

REVISTA JURÍDICA

UNIJUS

ISSN 1518-8280

R. Jur. UNIJUS	Uberaba-MG	V.10	n. 13	Nov. 2007	p. 1-264
----------------	------------	------	-------	-----------	----------



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. Pêrsio Henrique Barroso

Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Núcleo de Estudos Jurídicos de Uberaba

Coordenadora: Miralda Dias Dourado de Lavor – 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.

Tiragem: 1.500 exemplares - 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 passou 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
Newton Luís Mamede
Patrícia de Oliveira Portela
Sandra Maria da Silva
Wagner Guerreiro

Coordenador Editorial

Jurandir Sebastião

Os trabalhos podem ser enviados para:

Universidade de Uberaba – UNIUBE

Pró-Reitoria de Pesquisa, Pós-Graduação e Extensão

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. Miralda Dias Dourado de Lavor

Rua Segismundo Mendes, n.º 175 - Centro

CEP 38.010-140 – Uberaba-MG

Telefone (0xx34) 3313.6142 - Fax (0xx34) 3333.8996

E-mail: miralda@netsite.com.br

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



SUMÁRIO

EDITORIAL p. 7

ARTIGOS:

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO
E O ÔNUS DA PROVA

Jurandir Sebastião p. 13

A DECISÃO DO STF NO HC 82.959-7/SP, A
PROGRESSÃO DE REGIME E A LEI Nº 11.464/2007

Cláudio da Silva Leiria p. 41

POLÍTICA CRIMINAL E CRIME DE TRÁFICO DE
DROGAS – ANÁLISE CRÍTICA DO ART. 33
DA LEI 11.343/2007

João José Leal

Rodrigo José Leal p. 57

REFLEXOS JURÍDICOS DE CONVIVÊNCIA
FAMILIAR MÚLTIPLA E SIMULTÂNEA

Ibrahim Fleury de Camargo Madeira Filho p. 67

ASPECTOS CONSTITUCIONAIS E PENAIS
SIGNIFICATIVOS DA LEI MARIA DA PENHA

Roberta Toledo Campos p. 91

A (RE)DEFINIÇÃO DA COMPETÊNCIA DOS
JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS ESTADUAIS

Éder Ferreira p. 103

AÇÕES AFIRMATIVAS À BRASILEIRA:
NECESSIDADE OU MITO?

Roberta Fragozo Menezes Kaufmann p. 117

NATUREZA E AUTONOMIA DA LIQUIDAÇÃO E
DA EXECUÇÃO DE SENTENÇA COLETIVA

Arthur Mendes Lobo

Heveraldo Galvão p. 145



SUMÁRIO

A EXECUÇÃO DE TUTELA ANTECIPADA PARA O PAGAMENTO DE SOMA EM DINHEIRO Lúcio Delfino	p. 161
PRINCÍPIOS QUE REGEM O MODERNO INQUÉRITO POLICIAL Elster Lamoia de Moraes	p. 177
A REPRESENTAÇÃO DOS TRABALHADORES PREVISTA NO ART. 11 DA CF/88 E A REFORMA SINDICAL Verônica Altes Barros.....	p. 193
OS LIMITES DO JUIZ NA INTERPRETAÇÃO DAS CLÁUSULAS GERAIS DO CÓDIGO CIVIL Nereu Ramos Figueiredo	p. 213
PREVENÇÃO E REPRESSÃO AO DELITO DE “LAVAGEM” DE DINHEIRO Patrícia Teodora da Silva	p. 237
O TRABALHO SOCIAL DESENVOLVIDO PELO NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA DA UNIVERSIDADE DE UBERABA Vinicius Carneiro Gonçalves	p. 257



Neste mês de novembro do ano de 2007, a instituição de ensino UNIVERSIDADE DE UBERABA completa 60 anos de dedicação, ininterrupta, à educação. Iniciada como Faculdade de Odontologia do Triângulo Mineiro, em 1947, e como Faculdade de Direito, em 1951, seguindo-se com a instalação de outros tantos cursos com o passar dos anos, o *status de universidade* se consolidou em 1988. E a Revista Jurídica UNIJUS, iniciada em 1998, em feliz parceria com o Ministério Público de Minas Gerais, para produção intelectual, via Núcleo de Estudos Jurídicos de Uberaba, completa, neste semestre, o seu décimo ano de circulação ininterrupta, colocando à disposição do público acadêmico da área do Direito, assim como aos profissionais desse ramo, a sua edição nº 13.

Os objetivos da UNIJUS, de *informar* e de *divulgar* produção intelectual na área do Direito, têm sido cumpridos. O *informar* se constitui na oportunidade de leitura de artigos jurídicos sobre temas variados e atuais. O *divulgar* se concretiza por meio da preservação de espaço gráfico destinado à publicação de trabalhos jurídicos elaborados por graduandos, graduados e pós-graduados, e, em maior volume, aqueles elaborados por técnicos profissionais – professores acadêmicos e operadores do Direito em geral: advogados, defensores públicos, promotores de justiça, juízes, etc. Enquanto os primeiros se alimentam das informações doutrinárias críticas e atuais, os segundos, como regra, têm por sustentação de seus trabalhos a experiência profissional do cotidiano.

A tônica da seleção dos trabalhos, a compor cada edição, continua sendo a de imediata *utilidade*, seja ela de apenas *crítica* e *reflexão*, seja de indicação de *rumos* com base na realidade social, mas agasalhada pela melhor doutrina e pela jurisprudência mais lúcida. Aqui, a nota sonante é a coerência dos pontos de vista que cada julgamento registra. A preferência se dá para os trabalhos que concluem pela adesão ao novel texto legal que exprima correto *avanço*, ou pelo desdobramento do texto legal criticado, ou, por fim, pela proposta de *modificação* legal. Como regra, a revista não é lugar para tertúlias literárias, ainda que sobre tema jurídico; nem de difusão de utopias sociais mirabolantes; muito menos de adoção de preconceitos sociais ou de racismos ou de defesa de privilégios aviltantes. Vanguarda de idéias sociais não se confunde com a instalação do caos; nem com a eliminação sumária do *diferente*. E a crítica, quando adequada, não pode se distanciar da linguagem cortês. Nesses aspectos, com acerto, o Conselho Editorial tem sido intransigente em seu crivo.

Felizmente, o afluxo de trabalhos acadêmicos e/ou de profissionais da área do Direito tem sido abundante. E aqui vai o registro do nosso reconhecimento e agradecimento a todos os autores dos trabalhos a nós remetidos, já publicados ou aguardando publicação.

Para adiantamento ao leitor ávido, do conteúdo desta edição nº 13, como de praxe, eis o resumo introdutório:

a) – No artigo **A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO E O ÔNUS DA PROVA**, de nossa autoria, são analisadas as situações e as circunstâncias de como se devem desenvolver as atividades advocatícias, pelo prisma da responsabilidade civil. Em razão do *status* de

atividade “*indispensável à administração da justiça*”, como expresso no art. 133 da Constituição Federal, no âmbito do cumprimento obrigação de *empenho* – característica de sua natureza jurídica – procuramos acentuar a relevante *função social* do exercício da advocacia, dando relevo aos deveres de conduta profissional *ética*, no sentido amplo predominando sobre o estrito, e com observância dos cânones legais de natureza processual. Dessa visão decorre o dever de o advogado agir com boa-fé, serenidade, firmeza e *lealdade processual*, sob pena de indenização pela litigância de má-fé ou pela perda de uma chance, dentre outras práticas censuráveis no exercício da profissão, além de punição administrativa pelo órgão de classe. Sobretudo, realça-se que o advogado há de ficar atento à nova concepção de Teoria do Processo, de modo a levar para os autos todos os elementos de prova a seu alcance, para o convencimento do julgador de que o constituinte que representa tem *melhor direito*, no confronto de interesses legítimos, mas opostos, das partes. Por essa visão, voltada para o predominante interesse público, o *ônus da prova* deixou de ser *encargo* processual da parte para se transformar em *regra* de julgamento.

b) - No artigo **A DECISÃO DO STF NO HC 82.959-7/SP, A PROGRESSÃO DE REGIME E A LEI Nº 11.464/2-7**, de *Cláudio da Silva Leiria*, o autor, estudioso do Direito Constitucional e com sua vivência no Ministério Público do Rio Grande do Sul, aborda, dentre várias questões, duas em especial: *uma*, relativa ao *não* efeito vinculante de decisão do STF, quando decide pela inconstitucionalidade em caráter incidental; *outra*, relativa à vedação à progressão de regime para condenados por crimes hediondos, antes do advento da Lei n.º 11.464/07. Para defesa desses pontos de vista, o autor demonstra que a decisão proferida pelo STF, no HC 82.959-7/SP, por sua natureza incidental, não vincula os demais Órgãos do Poder Judiciário. Na seqüência, o autor faz substancial crítica ao posicionamento dos que sustentam a possibilidade da progressão de regime com o cumprimento de apenas 1/6 da pena, para os que cometeram crimes hediondos antes da entrada em vigor da Lei 11.464/07, em 29.03.2007. Incitando o leitor à reflexão, o autor arremata seu trabalho em conclusões articuladas, deixando claro o posicionamento defendido e justificado.

c) – No artigo **POLÍTICA CRIMINAL E O CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS – ANÁLISE CRÍTICA DO ART. 33, DA LEI 11.343/2007**, de *João José Leal* e de *Rodrigo José Leal*, os autores, professores universitários de graduação e de pós-graduação, analisam algumas das questões político/jurídicas relativas à nova descrição do crime de tráfico de drogas. Como dizem os autores, “O estudo inicia com uma abordagem acerca do conceito jurídico/penal da expressão *tráfico ilícito de drogas* para, em seguida, examinar a opção, em termos de Política Criminal, pelo aumento da pena mínima, agora cominada ao tipo penal sob exame. O estudo prossegue com a análise dos tipos penais equiparados ao tráfico ilícito, tipificados nos três incisos do § 1º, do art. 33, da Lei Antidrogas, e termina analisando a conveniência política da nova causa de redução de pena, aplicável ao traficante primário e de bons antecedentes”. Arrimados em farta doutrina que justifica severa resposta aos praticantes do delito de tráfico, como forma de pronto combate pela sociedade, os autores findam o trabalho asseverando que a *política criminal* somente será vitoriosa, como fator de diminuição da criminalidade, se, concomitantemente, houver adoção, pelo Estado, de medidas gerais socioeconômicas destinadas ao bem estar social.

d) – No artigo **REFLEXOS JURÍDICOS DE CONVIVÊNCIA FAMILIAR MÚLTIPLA E SIMULTÂNEA**, de *Ibrahim Fleury de Camargo Madeira Filho*, o autor, com sua visão de Magistrado e estudioso do Direito de Família, desenvolve trabalho sobre a evolução da instituição *família*, desde os primórdios da Civilização até os dias atuais, para demonstrar que as *formas* de convívio passaram por diversas modificações no curso do tempo. Nesse percurso, a derradeira modalidade contemplada pela legislação pátria é a de *união estável*, que se equiparou, em parte, ao *casamento*. Em especial, cuida o artigo do enfrentamento que o Judiciário deve fazer em relação aos reflexos patrimoniais decorrentes de “ligações” humanas duradouras, unitárias ou plúrimas, estabelecidas no convívio social. A inexistência de leis específicas não pode ser motivo de vedação ao acesso ao Judiciário, nem de solução de mérito. Por isso que formas de convívio não regulamentadas, a exemplo das parcerias homossexuais e da bigamia, esta pelo ângulo de casamento *putativo*, hão de merecer análise detida, caso a caso, para a devida solução judicial. Como escreve o autor, “O ordenamento jurídico trata de casamento putativo e uma das hipóteses é a bigamia. Não há normas, sequer protetivas, acerca de ‘uniões estáveis putativas’. Há isolados registros jurisprudenciais e abordagens doutrinárias. Analisamos os possíveis efeitos jurídicos dessas hipotéticas situações, apontando soluções práticas para partilha de bens, alimentos, direitos sucessórios e previdenciários, dentre outros”. O trabalho está assentado em farta doutrina, como referência e fonte de consulta aos interessados no seu aprofundamento.

e) – No artigo **ASPECTOS CONSTITUCIONAIS E PENAS SIGNIFICATIVOS DA LEI MARIA DA PENHA**, de *Roberta Toledo Campos*, mestre em Direito e professora de Direito Penal da UNIUBE, a autora desenvolve trabalho crítico, técnico-científico, sobre essa novel lei, mostrando que sua origem, embasada na política das chamadas “ações afirmativas”, não é senão mais um exemplo do descaso ao princípio constitucional da *isonomia*, por parte dos administradores públicos. Com acerto, diz a autora, no resumo introdutório, que “A Lei Maria da Penha foi publicada no afã político de diminuir a violência contra a mulher. Ao estabelecer medidas que superprotegem a mulher, a Lei n. 11.340/2006 não hesitou em violar direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição da República Brasileira de 1988. Esse mecanismo de ação afirmativa, sob o pretexto de proteger grupos considerados frágeis, acaba por reafirmar discriminações culturais e inferiorizar tais grupos. A principiologia democrática constitucionalizada não autoriza que a implementação de direitos fundamentais seja discriminada em função do sexo ou do gênero do cidadão. A isonomia fundamental, nesse aspecto, é absoluta”.

f) – No artigo **A (RE)DEFINIÇÃO DA COMPETÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS ESTADUAIS**, de *Éder Ferreira*, o autor desenvolve trabalho pontuando os possíveis desencontros de interpretação da nova lei, principalmente em relação às respectivas competências, indicando rumos para a aplicação dos dispositivos processuais e efetividade do direito material. Como diz o autor, no resumo introdutório, “O presente artigo visa apresentar as inovações jurídico-legais no que tange à competência dos Juizados Especiais Criminais integrantes do Poder Judiciário Estadual, enfatizando as alterações introduzidas pelo Código de Trânsito, Estatuto do Idoso, criação dos Juizados Criminais Federais, e legislação de proteção à mulher. Sua importância reside no *princípio do juízo natural* como garantia constitucional do *devido processo legal*”.

g) – No artigo **AÇÕES AFIRMATIVAS À BRASILEIRA: NECESSIDADE OU MITO?**, de *Roberta Fragoso Menezes Kaufmann*, a autora, Procuradora do Distrito Federal e Mestre em Direito e Estado, desenvolve trabalho sobre o controvertido e emocional tema “cotas raciais para ingresso em universidades”, descrevendo a história socioeconômica de nosso país e comparando-a com outros povos similares, para análise axiológica das medidas adotadas para inclusão social das classes de cidadãos que sofrem preconceito racial. Esclarece a autora que “A partir de um estudo interdisciplinar, a correlacionar áreas distintas, como Direito, História e Sociologia, examina-se neste artigo se existe uma real necessidade de se adotarem políticas afirmativas no Brasil em que a raça funcione como o critério exclusivo, ou se essa discussão nos é estranha e apenas decorre de um deslumbramento quanto ao modelo norte-americano. [...] conclui-se que é mais condizente com a nossa realidade a implementação de um modelo próprio – ações afirmativas à brasileira –, de forma a considerar a raça, mas não de forma isolada. Deve-se conjugá-la com a pobreza, para que o sistema a ser adotado possa finalmente resolver as questões que nos são peculiares, em vez de querer combater nossas enfermidades com remédios fabricados para outras doenças”.

h) – No artigo **NATUREZA E AUTONOMIA DA LIQUIDAÇÃO E DA EXECUÇÃO DE SENTENÇA COLETIVA**, de *Arthur Mendes Lobo* e de *Heveraldo Galvão*, os autores, mestrandos e professores de Direito, desenvolvem comentários críticos e práticos sobre a Lei nº 11.232, de 22.12.2005, que revogou os artigos 603 a 611 do CPC (dispositivos estes que regulavam o antigo processo de *Liquidação de Sentença*). Em substituição, a lei em comento criou os artigos 475-A a 475-H, disciplinando essa matéria. Como dizem os autores, com propriedade, “Mais que simples deslocamento tópico, a Liquidação de Sentença passou a ter requisitos próprios. Trata-se, por isso, de tema novo e, portanto, há certa dificuldade em esgotá-lo em tão compacto estudo. Assim, propomo-nos abordar tópicos que elegemos como mais relevantes para um bom entendimento do significado e da autonomia da liquidação, e da execução de sentença coletiva. Buscamos compreender a natureza jurídica desse tipo de processo, além de outros dados de relevância para a fixação de um entendimento médio sobre o tema”. O arremate do trabalho se faz em proposições objetivas, de modo a orientar aqueles que enfrentam na prática, como credor, devedor ou julgador, o tema *execução de sentença*.

i) – No artigo **A EXECUÇÃO DE TUTELA ANTECIPADA PARA O PAGAMENTO DE SOMA EM DINHEIRO**, de *Lúcio Delfino*, o autor, Doutor em Direito e Professor da UNIUBE, desenvolve, arrimado na doutrina, substancioso artigo crítico, demonstrando o avanço e a correção da novel Lei nº 11.232, de 22.12.2005, permitindo – desde que corretamente interpretada – a efetividade do direito material relativo à satisfação do credor, antecipadamente. Como diz o autor, no resumo introdutório, “Esse breve trabalho aborda o tormentoso tema da ‘execução’ ou ‘efetivação’ da tutela antecipada de soma em dinheiro, apontando, dentre as respeitadas posições doutrinárias já existentes, aquela que mais se ajusta a uma interpretação a luz do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva”.

j) – No artigo **PRINCÍPIOS QUE REGEM O MODERNO INQUÉRITO POLICIAL**, de *Elster Lamoia de Moraes*, o autor, Delegado de Polícia Federal e pós-graduado em Direito Público, desenvolve trabalho demonstrando que “O Inquérito Policial, desde a sua inserção no ordenamento jurídico, em 1871, sofreu poucas alterações quanto à sua formalidade e à

sua regulamentação legal. Todavia, com o advento da nova ordem constitucional, passou por profundas mudanças no que tange à sua finalidade, exigindo, na sua instrução, a observância dos princípios constitucionais e de boa parte dos princípios infraconstitucionais aplicáveis ao processo penal. Assim, deixou de ser “mera peça informativa do órgão acusador estatal”, para se tornar verdadeiro instrumento de busca da verdade real e de defesa da cidadania e da dignidade da pessoa humana, na medida em que é procedimento “transparente” e isento capaz de atender aos anseios sociais de uma efetiva repressão penal, sem abrir mão da manutenção dos direitos e garantias individuais dos investigados assegurados pela Constituição”. O artigo é leitura obrigatória para todos que se interessam pela prática do Direito Penal.

k) – No artigo **A REPRESENTAÇÃO DOS TRABALHADORES PREVISTA NO ART. 11 DA CF/88 E A REFORMA SINDICAL**, de *Veronica Altef Barros*, a autora, professora de Direito do Trabalho em graduação e em pós-graduação, desenvolve análise crítica sobre o sistema de equilíbrio de forças que deve imperar nas organizações de trabalho – sindicato *versus* administração empresarial. Como diz a autora, “Atualmente, é ponto pacífico que o sistema sindical e trabalhista necessita de mudanças. Assim, foi constituído o Fórum Nacional do Trabalho para discutir e elaborar propostas para a denominada Reforma Sindical, com a pretensão de proporcionar maior equilíbrio à relação capital-trabalho, a partir do fomento da negociação. Para que tal pretensão seja alcançada, são necessários: a liberdade sindical, o aprimoramento da autonomia negocial coletiva, e o estímulo à representação dos trabalhadores no local de trabalho. O presente trabalho tratará da representação dos trabalhadores na empresa, prevista no art. 11 da CF/88, e a proposta de sua regulamentação disposta no anteprojeto de lei das relações sindicais, a fim de dar continuidade à análise e reflexão dessa nossa realidade”.

l) – No artigo **OS LIMITES DO JUIZ NA INTERPRETAÇÃO DAS CLÁUSULAS GERAIS DO CÓDIGO CIVIL**, de *Nereu Ramos Figueiredo*, o autor, Juiz de Direito e professor de Direito, desenvolve trabalho analítico sobre as cláusulas gerais do Código Civil de 2002, comparando-as com o sistema do CC/1916, e indicando rumos aos aplicadores do Direito, para dar efetividade aos princípios de *eticidade, sociabilidade e operabilidade*. Não obstante ser trabalho de larga pesquisa, reconhece o autor, diante da vastidão do tema, que este artigo é apenas “[...] um estudo preliminar das cláusulas gerais do Código Civil e da discricionariedade do Juiz na sua aplicação. Enfatiza a importância dos princípios na sua interpretação, identificando-os como o limite da liberdade judicial, com destaque no dever de fundamentação das decisões”.

m) – No artigo **PREVENÇÃO E REPRESSÃO AO DELITO DE “LAVAGEM” DE DINHEIRO**, de *Patrícia Teodora da Silva*, a autora, bacharel em direito pela UNIUBE, em 2007, e servidora no Juizado Especial Federal, desenvolve trabalho analítico e crítico sobre a complexidade do delito de “lavagem” de dinheiro, acentuando os seus malefícios no âmbito nacional e internacional. Como escreve na introdução, “O presente trabalho versa sobre o delito de “lavagem” de dinheiro, sua relação com as garantias individuais e com as formas de prevenção e repressão, esboçando diretrizes e evidenciando as tendências mundiais no combate ao crime. [...] Um dos aspectos mais relevante são as formas de *prevenção* e de *repressão* ao delito em comento, que esbarram, inarredavelmente, nos direitos e garantias fundamentais insertos na Constituição da República de 1988. Tem-se por propósito a busca de uma visão crítica e atualizada acerca da interpretação das normas constitucionais em face do princípio

da proporcionalidade e razoabilidade. As garantias individuais limitam o arbítrio do Estado, impondo regras. Outrossim, elas não podem ocultar atividades ilícitas que coloquem em risco o Estado Democrático de Direito. A coletividade merece tanta proteção quanto o indivíduo delinqüente. Aliás, as garantias fundamentais não são apenas para o indivíduo, mas de igual forma para a sociedade”.

n) – No artigo **O TRABALHO SOCIAL DESENVOLVIDO PELO NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA DA UNIVERSIDADE DE UBERABA**, de *Vinicius Carneiro Gonçalves*, o autor, doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais, e professor de prática jurídica na UNIUBE, procura demonstrar a importância do ensino prático para a formação do profissional do direito, ao mesmo tempo em que acentua o relevante trabalho social desenvolvido pelo Núcleo de Prática Jurídica da Universidade de Uberaba junto à comunidade carente local. Consegue o autor coordenar as informações legais sobre a obrigatoriedade do exercício prático do aprendizado com o resultado benéfico, de natureza social, na comunidade uberabense, modelo que poderá ser seguido por todos os demais cursos de direito que, porventura, ainda não desempenham essa atividade.

Como regra de nossa coordenação, críticas, sejam quais forem, serão bem vindas. Se produtivas, a elas humildemente nos renderemos.

Uberaba, novembro de 2007.

Jurandir Sebastião
Coordenador Editorial



A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO E O ÔNUS DA PROVA¹

Jurandir Sebastião²

Resumo:

No presente trabalho, procura-se demonstrar a *função social* do exercício da advocacia, por ser atividade “*indispensável à administração da justiça*”, assim como sua característica jurídica de dever de *empenho*. Com esse duplo enfoque, são acentuados os deveres de conduta profissional *ética* no sentido amplo e, também, estrito, com isenção e com observância dos cânones legais, devendo o advogado agir com boa-fé, serenidade, firmeza e lealdade processual, sob pena de indenização pela litigância de má-fé ou pela perda de uma chance, dentre outras práticas censuráveis no exercício da profissão, além de punição administrativa pelo órgão de classe.

Palavras-chave: Advogado. Função social da advocacia. Contrato de empenho. Deveres processuais. Litigância de má-fé.

SUMÁRIO:

1. Advocacia: múnus público – 2. Advocacia: enfoque constitucional – 3. A função social e a ética do advogado – 4. Natureza jurídica da prestação de serviços advocatícios – 5. Ônus da prova no exercício da advocacia – 6. Erro de direito e erro de fato – 7. Perda de uma chance de vitória – 8. Dever de recorrer. 9. A desídia profissional e a responsabilidade solidária da sociedade de advogados – 10. Conduta profissional censurável – 10.1 Ato atentatório ao exercício da jurisdição – 10.2 Conduta processual temerária ou lide temerária – 10.3 Litigância de má-fé – 11. A solidariedade do advogado na litigância de má-fé – 12. Dever de aconselhamento – 13. Quebra de sigilo – 14. Impedimentos, incompatibilidades, faltas éticas e a responsabilidade civil – 15. Prescrição na advocacia – 16. Conclusões – 17. *Abstract* – 18. Referências.

1. ADVOCACIA: MÚNUS PÚBLICO

Quanto maior a importância social de uma atividade profissional, maior será a responsabilidade e o dever de conduta funcional de seus atuantes. Daí o caráter de interesse público da advocacia e, por conseqüência, o grau de importância social do advogado.

Há mais de 50 anos, AGUIAR DIAS já doutrinava: “*Por força do caráter de munus público que tem a função advocatícia, ao advogado se impõe uma correção especial no exercício da profissão*”.³

Por natural desdobramento desse dever de *correção* de conduta profissional, prossegue alhures o saudoso mestre:

“Aceita a causa, obriga-se o advogado a dedicar o maior zelo e atenção no desempenho do mandato, dando ao cliente informações constantes e completas sobre o andamento do pleito e tomando ou fazendo tomar as providências que se fizerem

1 Este trabalho, agora revisto e ampliado, foi originalmente publicado no livro *Responsabilidade Civil – Estudos em homenagem a José de Aguiar Dias*. (Coord.) Nagib Slaibi Filho e Sergio Couto. Editora Forense. Rio de Janeiro: 2006.

2 Magistrado aposentado. Pós-graduação em Direito Civil e Direito Ambiental. Professor de Direito Civil da Universidade de Uberaba. Membro do Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Coordenador da Revista Jurídica UNIJUS. Advogado.

3 AGUIAR DIAS, José. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, Vol. I, p. 326.

necessárias ao bom êxito da incumbência ou, pelo menos, na medida das possibilidades do desfecho favorável ao cliente, promover tudo o que estiver ao seu alcance”.⁴

Escreve NETTO LÔBO que

“Múnus público é o encargo a que se não pode fugir, dadas as circunstâncias, no interesse social. A advocacia, além de profissão, é múnus, pois cumpre o encargo indeclinável de contribuir para realização da justiça, ao lado do patrocínio da causa, quando atua em juízo. Nesse sentido, é dever que não decorre de ofício ou cargo públicos”.⁵

2. ADVOCACIA: ENFOQUE CONSTITUCIONAL

Antes do advento da CF/88, a função advocatícia, sem embargo da concepção de múnus público de que sempre desfrutou, caracterizava-se, predominantemente, como monopólio do *jus postulandi* privado em todas as instâncias, garantido por disposições nos sucessivos códigos de processo e nos Estatutos da Advocacia. Hoje, por expressa disposição constitucional (art. 133 da CF/88), a função advocatícia tem enfoque amplo e permanente: tornou-se “*indispensável à administração da justiça*”. E o advogado, para o exercício de sua função, goza da *prerrogativa de inviolabilidade* de seus atos e manifestações, nos limites da lei. Esse dispositivo está grafado no Capítulo IV da Carta Magna, intitulado “*DAS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA*”. Nesse Capítulo, a Seção I assegura a atuação *DO MINISTÉRIO PÚBLICO* (arts. 127-139); a Seção II, *DA ADVOCACIA PÚBLICA* (arts. 131-132); e a Seção III, *DA ADVOCACIA E DA DEFENSORIA PÚBLICA* (arts. 133-135). Por essa colocação tópica e disposição expressa, é necessário compreender que o advogado, quando exercita sua profissão, mais que múnus público, está a exercer verdadeira função de *agente* político, integrante do conceito *JUSTIÇA*, no que se refere à paz social. A nosso ver, enquanto o conceito de múnus público significa dever de *atuar com transparência*, mas voltado tão-somente para os interesses individuais do cliente no contexto social, o conceito de *agente* político importa, além da mesma atuação transparente, o dever de *agir*, comissiva e corretamente, para o bom resultado *social*, ou seja, sua atuação, ao lado da indispensável fidelidade ao cliente, há de ir diretamente ao encontro do interesse *coletivo*. Com essa mesma compreensão é o disposto no art. 2º do Código de Ética do Advogado, elaborado pela OAB em 1995: “*Art. 2º. O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce*”.

Desse modo, a partir da CF/88, não mais se pode pensar em *advocacia* como atividade profissional liberal *independente, livre*, voltada exclusivamente para satisfação e o *arbitrio* ilimitado de seu agente, como se pudesse dissociar-se de sua *função social* obrigatória, não obstante permanecer, predominantemente, como *Ministério Privado* (sem prejuízo da Advocacia Pública e da Defensoria Pública). O advogado somente é livre enquanto, no recôndito de seu escritório ou na via pública, decide se patrocina ou não os interesses de quem o procura. Mas, tão logo analisados os direitos de quem o procurou e, acertadas as bases da remuneração pelos serviços a serem prestados, de provocação processual ou de defesa, perante Autoridades Públicas Judiciárias ou Administrativas, não mais lhe restará a *liberdade* de agir profissional-

4 Obra citada, p. 330.

5 NETTO LÔBO, Paulo Luiz. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 34.

mente. A partir do momento em que aceita patrocinar a causa, tão-somente ocorrerá o *dever* de agir de acordo com os requisitos processuais e procedimentais próprios a cada espécie, com amparo no direito material preexistente expresso ou implícito, de natureza civil, penal ou administrativa, todos orientados pela *ética* no sentido *lato*. E desse modo de agir, o seu constituinte de tudo há de ficar bem informado. A liberdade profissional remanescerá apenas para os efeitos de eventual *rescisão* do contrato de trabalho, ou seja, opção do advogado por *renunciar* ao mandato, respondendo, entretanto, pelos deveres da representação processual por mais 10 dias, a contar da juntada da prova da comunicação da renúncia ao constituinte, nos termos do art. 45 do CPC. Entretanto, se o advogado estiver agindo por nomeação, para atuar em *assistência judiciária*, nem *liberdade* para renúncia há. Para que esta se formalize, sem repercussão ética ou de responsabilização civil contra o advogado, a renúncia há de ser motivada. O mesmo ocorre na esfera processual *penal* (art. 5º, § 3º, e art. 34, XI, da Lei 8.906/94, e arts. 12, 13 e 21, do Código de Ética), guardadas as respectivas diferenças, já que na esfera *civil* o princípio processual determinante é o da *disponibilidade* do direito, enquanto que na esfera *penal* o princípio é o de interesse do *Estado* (neste, inserido o da coletividade e as garantias individuais, porque não se desenvolve, validamente, processo *penal* sem a adequada *defesa*).

Pelo viés sociológico e dialético, não é possível assentar conflito social sem o devido processo legal de *juízo*. Em nosso sistema de convívio social, em país democrático, para julgar, o juiz necessita de regular *provocação* (acusação: *tese*); para examinar o outro lado (interesses do acusado), o juiz necessita de *defesa* (contrariedade: *antítese*); com essa visão bilateral, mas integral do conflito, o julgador poderá prolatar a decisão (*síntese*). Essa situação é bem representada pela figura descrita por CALAMANDREI referente ao quadro que se encontra no museu de Londres, pintado por Champaigne, contendo o mesmo personagem retratado em três posições diferentes: as figuras laterais, representando, de um lado, o *acusador* e, de outro, o *defensor*, olhando, cada qual, para a figura central – o *juiz*. Este, olhando em frente e com serenidade para julgar, porque tem a visão integral de cada lado da questão em conflito. Daí o arremate em figura poética primorosa:

“O advogado, tal como o artista, pode ter o dom de descobrir e revelar os mais inesperados e os mais secretos aspectos da verdade. Pode por isso dar aos profanos – que não têm idêntica faculdade – a impressão de que os fatos que relata com amorosa fidelidade são de sua invenção. Mas o advogado não altera a verdade se consegue tirar dela aqueles elementos mais característicos, que escapam ao vulgo. Não é justo acusá-lo de trair a verdade quando, pelo contrário, consegue ser, como o artista, o seu intérprete sensível”.⁶

3. A FUNÇÃO SOCIAL E A ÉTICA DO ADVOGADO

Vimos acima que o advogado exerce relevante função *social*, como autêntico *agente político*, quer no Ministério *Privado* (preventivo/consultivo, administrativo, contencioso ou extrajudicial, incluindo-se a assistência judiciária), quer na *Advocacia Pública* ou na *Defensoria Pública*. Em quaisquer das áreas em que venha a atuar, a *fidelidade* ao cliente é imprescindível, sem que o advogado possa abrir mão de sua independência intelectual, moral e funcional (técnica). Por exemplo, quando o advogado atua na área cível defendendo constituinte inadimplente, caloteiro ou estelionatário, não significa que, por isso, também poderá agir de igual forma; quando defende constituinte criminoso, há de lembrar, sempre,

6 CALAMANDREI, Piero. *Eles os juizes vistos por nós, os advogados*. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1940, p. 98.

que com ele não se confunde, nem se assemelha, etc. O seu norte há de ser, sempre, o da *ética* no sentido *lato*, mais relevante do que no sentido estrito. Daí as palavras candentes de PAULO LUIZ NETTO LÔBO:

“A ética do advogado é a ética da parcialidade, ao contrário da ética do juiz, que é a da isenção. Contudo, não pode o advogado cobrir com o manto ético qualquer interesse do cliente, cabendo-lhe recusar o patrocínio que viole sua independência ou a ética profissional. Não há justificativa ética, salvo no campo da defesa criminal, para a cegueira dos valores diante da defesa de interesses sabidamente aéticos ou de origem ilícita. A recusa, nesses casos, é um imperativo que engrandece o advogado”.⁷

Sobre esse tema, e com sustento nas lições de MAURICE GARÇON, escreve GERALDO DONI JÚNIOR:

“O advogado deve medir seus escrúpulos da mesma forma que exigiria a medida de quem para ele trabalhasse. Segundo GARÇON, ele deve dominar não só as próprias paixões, mas as daqueles que o rodeiam. Não deve ceder nunca a solicitações suspeitas, tanto mais sedutoras quanto a serem atendidas, poderiam facultar-lhe vantagens rendosas. A sua honestidade, a sua independência e a sua moderação – que não exclui a firmeza – devem estar acima de toda a suspeita; a sua autoridade será tanto maior quanto menos pasto der à crítica. Na verdade, a autoridade que um advogado desfruta deve estear-se numa moralidade intransigente; é somente quando a sua pessoa e o seu caráter forem inatacáveis que o advogado será respeitado e poderá exercer plenamente a sua missão. Não deve contentar-se em ser honesto, deve ser excessivamente escrupuloso”.⁸

Nesse mesmo sentido, escreve ELIAS FARAH:

“Nas Primeiras Jornadas Latino-Americanas de Direito Processual (1957), em homenagem a Couture, consagraram-se os cânones de que no Judiciário o processo precisa estar submetido aos princípios do dever da verdade, com ou sem texto expresso, com ou sem sanções, porque a justiça não há de apoiar-se na mentira. Se o advogado constitui, por honroso tributo, “um elemento indispensável à administração da justiça” e traço de união entre o juiz e a parte – intoleráveis hão de ser as tentativas de enganar o julgador.”⁹

Ademais de tudo, o advogado, no exercício de sua profissão, por exemplo, na área civil, jamais poderá esquecer as regras expressas do Código de Processo Civil, em especial as contidas no Capítulo II: “*Dos deveres das Partes e dos seus Procuradores*” – artigos 14-18.

Relembre-se o artigo 14:

“Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

I – expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II – proceder com lealdade e boa-fé;

III – não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;

7 Obra citada, p. 186.

8 DONI JÚNIOR, Geraldo. *Responsabilidade Civil do Advogado – A Ética no Exercício da Profissão*. Curitiba, PR: Juruá, 2001, p. 87.

9 ELIAS FARAH. *O Advogado e o Dever de Veracidade no Processo*. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, Vol. 7, item 39. São Paulo: jan-jun 2001, p. 51.

IV – não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito;

V – cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

Parágrafo único. (*omissis*)”.

É oportuno registrar que o constituinte *sabe o que quer*, enquanto que o advogado *sabe o que pode*, com vistas às normas legais vigentes e suas interpretações pelo Judiciário. Cumpre ao advogado *deixar* de atender ao cliente quando sabe ser *impossível* realizar o desejo desse interessado. Se, entretanto, for *possível*, mas com pouca probabilidade de êxito, deve o advogado *informá-lo*, exaustivamente, sobre os percentuais dos *riscos* de perda da demanda (diante de interpretação adversa e predominante nos Tribunais, de texto legal a ser invocado), com todos os seus ônus decorrentes, para que esse cliente não se surpreenda com eventual insucesso. Nesse quadro de fato, se o advogado sabe, por antecipação, que o desfecho será desfavorável ao cliente e, mesmo assim, sem alertá-lo, assume o compromisso de representar seus interesses, estará agindo com alheamento e má-fé. Dessa postura poderá decorrer responsabilidade material, imaterial e ética. Se o cliente insatisfeito com o insucesso da demanda mover ação indenizatória contra o advogado, cabe a este provar que aceitou a incumbência porque o intento era plenamente *possível, plausível e amparável* pelos princípios gerais do Direito e que, a seguir, o *empenho* técnico observado foi absolutamente acertado, mas, por entendimento diverso das Autoridades Judiciárias ou Administrativas, o resultado não foi o desejado. Sobre conduta profissional no *processo* e alcance dos artigos 14 a 18 do CPC, voltaremos a falar no item 10, a seguir, intitulado “CONDUTA PROCESSUAL CENSURÁVEL”.

4. NATUREZA JURÍDICA DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS

A prestação de serviços profissionais advocatícios se faz mediante *contrato* escrito ou verbal, expresso ou tácito, gratuito ou oneroso. Em quaisquer dessas modalidades, a responsabilidade civil é a mesma: trata-se de contrato de *meios*, cuja responsabilidade civil é *subjetiva*, ou seja, pendente de apuração da *culpa*.

Nenhuma novidade encerra a afirmação acima porque, como sabido, a prestação de serviços profissionais *liberais* (nessa categoria encontram-se os advogados) envolve *contrato de meios*, como regra geral. O art. 14, § 4º, do CDC, estabelece que a responsabilidade pessoal desses profissionais seja apurada mediante “*verificação da culpa*”. O art. 186, do CC/2002, diz que “*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*”. E o art. 187, do mesmo CC, estabelece que “*Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes*”. Como consequência, diz o art. 927, *caput*, do mesmo CC: “*Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo*”. Em especial, o artigo 32 da Lei nº 8.906/94 (Estatuto do Advogado) determina que “*O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa*.”

A doutrina¹⁰ denomina esse tipo de relação jurídica como contrato de *meios*, em

10 SILVIO VENOSA, citado por PABLO STOLZE, escreve: “... existem áreas de atuação da advocacia que, em princípio, são caracterizadas como obrigações de resultado. Na elaboração de um contrato ou de uma escritura, o advogado compromete-se, em tese, a ultimar o resultado”. *In Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil*, Vol. III, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 252.

oposição ao conceito de contrato de *resultado*. Para os demais *prestadores de serviços*, em caso de dano ao consumidor, estabelece o art. 14, *caput*, que a reparação será feita “*independentemente da existência de culpa*”. Pelo ângulo processual, a doutrina denomina a primeira modalidade (a de *verificação de culpa*) como responsabilidade *subjetiva*. E a segunda (aquela que se caracteriza, por força de lei, *independentemente da existência de culpa*), como responsabilidade *objetiva*. Diga-se logo que a distinção entre contrato de *meios* e de *resultado*, assim como entre responsabilidade *subjetiva* e responsabilidade *objetiva*, destina-se, tão-somente, ao ônus da prova,¹¹ em caso de conflito judicial a ser dirimido em juízo. Quando se fala em contrato de *meios*, significa adoção da teoria da responsabilidade *subjetiva*, o que, como regra geral, acarreta ao cliente (proponente da ação) o dever de levar para os autos a prova da *constituição* do seu direito e, também, a prova do *descumprimento* da obrigação por parte do acionado. E, quando se fala em contrato de *resultado*, compete ao proponente lesado narrar a relação contratual e o dano ocorrido, enquanto que ao acionado cabe fazer a prova de que foi impossível ter atingido o resultado contratado, por motivos justificáveis.

Em matéria de *ônus da prova*, ocorre distinção entre os critérios de *apuração de culpa* (ou culpa provada) e o de *dispensa* de apuração de culpa. Na dicção legal, esta última categoria vem grafada nos termos “*independentemente da existência de culpa*”, como se vê no *caput* do art. 12 e do art. 14, do CDC. Como já dito, a essa última categoria a doutrina dá o nome de “responsabilidade *objetiva*”, enquanto que, para a primeira, o de “responsabilidade *subjetiva*”. Também a doutrina, assentada na exegese de casos hipotéticos e/ou fáticos, desdobra a responsabilidade *objetiva* em duas categorias: *absoluta* e *relativa* (ou *mitigada*). A primeira se satisfaz apenas com o *nexo de causalidade* (como se fosse contrato de *seguro*), desprezando pesquisa da culpa, enquanto que a segunda importa *presunção* de culpa – fato que admite defesa mediante prova de absoluta *ausência* de conduta reprovável por parte daquele a quem se atribui a responsabilidade ou de impossibilidade de resultado diverso.

Na ordem prática, para solução dos conflitos cliente/adogado, essas distinções não são importantes, como a seguir será visto. E, por outro lado, como regra geral de processo, no pertinente ao ônus da produção de provas para a efetividade do direito material, toda vez que a vítima não tem como se defender ao momento da eclosão do dano, em razão de situação de fato no relacionamento social, cumpre ao responsável pelo prejuízo fazer prova de ausência de conduta censurável.

5. ÔNUS DA PROVA NO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA

O exercício da *advocacia*, como dito, envolve contrato de *meios*, subordinado à teoria da responsabilidade *subjetiva*, como matéria especialmente disciplinada pela lei. A responsabilidade civil, como já dito, decorre da previsão contida no § 4º, do art. 14, do CDC; nos artigos 186, 187 e 927, *caput*, do CC/2002; e no art. 32 do Estatuto do Advogado. E nas indenizações aplica-se o princípio da *proporcionalidade*, em caso de *culpa recíproca* (art. 945 do CC/2002). Essas disposições, à primeira vista, levam o leitor desavisado à conclusão de que o *ônus da prova* cabe, com exclusividade, ao autor da ação (constituente ou cliente, no

11 Com a costumeira clareza e acerto, escreve MIGUEL KFOURI NETO, alicerçado nas lições de García-Alcalá: “Questões relativas à responsabilidade contratual e extracontratual, responsabilidade objetiva e subjetiva, obrigações de meios e de resultado, em última análise, resumem-se à distribuição do ônus da prova”. In *Culpa Médica e Ônus da Prova*. Edição Revista dos Tribunais, SP, 2002, p. 58 (repetido na p. 60), citando Calixto Díaz-Reganón García Alcalá (*El regimen de la prueba en la responsabilidad civil médica*. Pamplona: Aranzadi, 1996. p. 45).

caso da advocacia). Mas assim não é. Para justificar nosso ponto de vista, amparamo-nos nas disposições do Código de Ética e Disciplina da OAB. Deste, no que diz respeito ao *dever de conduta profissional* do advogado, dentre outros dispositivos, destacam-se:

“Art. 2º. (*omissis*).

Parágrafo único. São deveres do advogado:

I – (*omissis*);

II – atuar com destemor, independência, honestidade, decoro, veracidade, lealdade, dignidade e boa-fé;

III – (*omissis*);

IV – empenhar-se, permanentemente, em seu aperfeiçoamento pessoal e profissional;

V – (*omissis*);

VI – estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios;

VII – aconselhar o cliente a não ingressar em aventura judicial; (*omissis*)”.

“Art. 3º. O advogado deve ter consciência de que o Direito é um meio de mitigar as desigualdades para o encontro de soluções justas e que a lei é um instrumento para garantir a igualdade de todos”.

“Art. 6º. É defeso ao advogado expor os fatos em Juízo falseando deliberadamente a verdade ou estribando-se na má-fé”.

“Art. 8º. O advogado deve informar o cliente, de maneira clara e inequívoca, quanto a eventuais riscos da sua pretensão, e das conseqüências que poderão advir da demanda”.

“Art. 20. O advogado deve abster-se de patrocinar causa contrária à ética, à moral ou à validade de ato jurídico em que tenha colaborado, orientado ou conhecido em consulta; da mesma forma, deve declinar seu impedimento ético quando tenha sido convidado pela outra parte, se esta lhe houver revelado segredos ou obtido seu parecer”.

“Art. 21. É direito e dever do advogado assumir a defesa criminal, sem considerar sua própria opinião sobre a culpa do acusado”.

Da leitura acima (sem prejuízo de outros textos aplicáveis), o que se vê é que a liberdade do advogado para contratar e para rescindir, relativamente ao exercício da profissão (contrato de *meios*), está subordinada à função social da profissão (neste ponto, harmônica com a regra do art. 421 do CC/2002). Por esse conjunto de regras, não obstante a prestação de serviços advocatícios ter natureza geral de contrato de *meios* – fato que, à primeira vista, torna aplicável a Teoria da Responsabilidade *Subjetiva*, de modo a atribuir ao autor da demanda o ônus da prova (art. 333, I, do CPC) –, a característica especial de contrato de *empenho* obriga todos os profissionais do direito (quando réus em processos judiciais) a levarem para os autos a prova do efetivo *cumprimento* da obrigação, dentro das recomendações técnicas/científicas e das possibilidades de fato, caso a caso.

Não se trata de fazer prova *negativa*, mas, sim, *positiva*, da atuação profissional oportuna e adequada. Nem se confunde com *inversão* do ônus da prova estabelecido no art. 6º, VIII, do CDC – matéria processual de características próprias, cujo efeito é desalojar o réu da comodidade do silêncio, no aguardo da produção de provas pelo autor. Enfim, consiste

no dever de o profissional do Direito *levar* para os autos todos os documentos e informes disponíveis para demonstração do efetivo cumprimento do contrato de *empenho* a que se obrigara para o convencimento do julgador.

A nosso ver, por obrigação de *empenho*,¹² mais que a efetiva e boa *utilização* de todos os recursos adequados e disponíveis, há de se compreender o *comprometimento* do contratado com o contratante e o *dever de dedicação*, com afinco, para um bom resultado dos serviços prestados em prol do mesmo contratante, de maneira a evidenciar que o profissional se *interessou* pela sorte do destinatário, como se deste fosse *parte* integrante, enquanto que a obrigação de *meios* se esgota na simples e desmotivada utilização dos *recursos* adequados e disponíveis, sem a preocupação pessoal do prestador de serviços com a sorte do destinatário, ou seja, o contrato de *meios* resume-se na utilização daquilo que *serve* ou *permite* alcançar um fim. Desse modo, nos conflitos judiciais sobre *advocacia*, cabe ao cliente reclamante relatar, com minudência, sua insatisfação e de como, equivocadamente (a seu ver), o advogado agiu ou deixou de agir quando deveria fazê-lo. Ao advogado cabe esclarecer como atendeu e como agiu profissionalmente, em benefício do cliente, dentro das circunstâncias de fato e segundo as recomendações da Ciência do Direito. Aplica-se, desse modo, o inciso II do art. 333 do CPC, em interpretação compreensiva, com vistas à efetividade do direito material, porque o *exato* cumprimento do *empenho* se traduz por fato *impeditivo* ou *extintivo* da pretensão do autor. Nesse ponto, a interpretação da conduta profissional do advogado é absolutamente idêntica à conduta profissional do médico. A diferença entre médico e advogado é que o primeiro tem dificuldade para fazer a prova de seu *empenho* (mercê da singularidade psicofísica de cada paciente e da ausência de documentos – cópias, recibos, certidão, etc.), enquanto que o segundo – o advogado – tem à sua disposição certidões e cópia documental de todos os procedimentos adotados. E, se nos conflitos na área de *saúde*, a doutrina jurídica denomina esse dever de conduta processual como princípio da *carga probatória dinâmica*¹³,¹⁴ – porque, na medida em que o réu leva para o processo os elementos de prova ao seu favor, transfere-se ao autor, na *dinâmica dialética* do processo, o ônus de fazer prova em contrário, para sustento do pedido inicial –, o mesmo princípio se aplica para solução dos conflitos entre constituinte e advogado, no exercício da *advocacia*. Pela mesma regra, em caso de atendimento *sucessivo*, por advogados diferentes, a cada um destes cabe o dever de demonstrar como agiu profissionalmente. Enfim, a cada qual dos réus cabe fazer prova da absoluta *ausência de culpa* e exato cumprimento do contrato de *empenho*.

É oportuno dizer que, pela nova concepção de Teoria do Processo, com vistas ao predominante interesse público, a *prova* deixou de ser *ônus* da parte para ser *meio* de julgamento. Definir quem deva produzir a prova é secundário. O relevante é o juiz bem decidir o conflito. Se assim é, o importante é a parte levar para o processo todos os elementos de convencimento disponíveis, para que o julgador possa acolher o seu pedido. Por isso que,

12 Nesse sentido já escrevemos no artigo Responsabilidade Civil e Ética na Odontologia e o Ônus da Prova, in Revista Jurídica UNIJUS, Uberaba, V. 10, nº 12, maio de 2007, p. 25

13 - Nesse sentido são os elementos contidos em nosso livro *Responsabilidade Médica Civil, Criminal e Ética*. 3ª edição Del Rey, Belo Horizonte, MG, 2003, p. 301-305.

14 ANTONIO DANILO MOURA DE AZEVEDO, no artigo *A Teoria Dinâmica De Distribuição Do Ônus Da Prova No Direito Processual Civil Brasileiro*, no item 2.1, intitulado “Origem e definição”, em feliz síntese, define que essa teoria “consiste em retirar o peso da carga da prova de quem se encontra em evidente debilidade de suportar o ônus da prova, e impondo-o sobre quem se encontra em melhores condições de produzir a prova essencial ao deslinde do litígio”. In *Jus Navigandi*: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10264>. Acesso em 10/08/2007.

de ordinário, compete à parte levar para o processo todos os elementos destinados a defesa do seu direito. Secundária é a preocupação em saber *quem* deva fazer isso.¹⁵ Em resumo, o advogado não deve ficar preocupado em saber qual das partes deva produzir prova, mas, sim, de quais provas dispõe para o convencimento do julgador de que o seu constituinte está com a melhor razão.¹⁶

Relativamente à distribuição do ônus da prova, PABLO STOLZE, após registrar que o exercício da advocacia envolve contrato de *meios*, escreve:

“O importante é perceber, todavia, que, embora exercendo uma atividade com potencial risco de dano, a responsabilidade civil será sempre subjetiva (CDC, art. 14, § 4º, e Lei 8.906/94 – Estatuto da Advocacia – art. 32), distribuindo-se o ônus da prova do elemento culpa em função da natureza da obrigação avençada e geradora do dano, em benefício do consumidor do serviço”.¹⁷ (original sem destaques).

Do mesmo sentir, também com enfoque no direito e na vulnerabilidade do *consumidor* e, por decorrência, na responsabilidade *presumida*, é a lição de PAULO LUIZ DE NETTO LOBO:

“A culpa perdeu progressivamente o lugar privilegiado que ostentava com o crescimento das hipóteses de responsabilidade objetiva. Contudo, no que respeita ao profissional liberal, ela ainda é elemento fundamental, conquanto sempre presumida, como demonstraremos a seguir”.

[...]

“A responsabilidade culposa *tout court* dos profissionais liberais é incompatível com o sistema de proteção do consumidor, porque significaria sua exclusão das regras e princípios do Código do Consumidor, o que não ocorreu. Também não seria hipótese de responsabilidade objetiva, porque a lei impõe a “verificação da culpa”. Para o Código do Consumidor, havendo dano em virtude do fato do serviço, imputável (responsável) é o fornecedor, sem consideração à culpa. Sendo profissional liberal, é o responsável presumido.

Ressalte-se que o Código do Consumidor não excluiu o profissional liberal das regras sobre responsabilidade do fornecedor. Se assim fosse, tê-lo-ia retirado de seu campo de aplicação, no art. 3º. Também não o remeteu à responsabilidade negocial do direito comum das obrigações; sua responsabilidade é extranegocial nas relações de consumo. Não impôs ao consumidor o ônus de provar a alegação do dano pelo fato do serviço do profissional liberal. Em suma, a ele se aplicam todas as regras e princípios incidentes à relação de consumo, exceto quanto a não ser responsabilizado sem ficar caracterizada sua culpa, afastando-se a responsabilidade objetiva que prevalece contra os demais prestadores de serviços”.¹⁸

15 Pertinente ao tema, mas dirigido ao julgador, é o substancioso artigo do Prof. LUIZ GUILHERME MARINONI: “Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto”. In RT 862, p. 11-21.

16 Leciona BARBOSA MOREIRA: “O juiz não tem que preocupar-se com as regras legais da distribuição do ônus da prova, a não ser no momento de sentenciar. Aí então, verificando que determinado fato não foi provado, ele terá que imputar a alguém as conseqüências desfavoráveis da falta de prova daquele fato; eis aí para que servem as regras sobre a distribuição do ônus da prova. Se ele verifica que o fato não provado era o constitutivo, atribui ao autor as conseqüências nefastas dessa lacuna probatória. Se ele verifica que a prova faltante é do fato impeditivo, modificativo ou extintivo, quem suportará as conseqüências melancólicas será o réu.” In Revista de Processo, nº 35, p.178.

17 PABLO STOLZE Gagliano. *Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil*, Vol. III, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, item 5.2.1, p. 253.

18 Obra citada, p. 189-190.

Em conclusão, vale repetir: cabe ao advogado, quando réu em razão do exercício da profissão, fazer prova do exato cumprimento do contrato de *empenho* a que se obrigara, como forma de extinguir a pretensão reparatória exposta na petição inicial.

Registre-se, por fidelidade científica, que RUI STOCO, assim como CAVALIERI FILHO, professam entendimento contrário ao aqui defendido. Para o primeiro, alicerçado na vasta doutrina que transcreve e na regra de interpretação da lei no tempo, a responsabilidade é *subjetiva*, subordinando, por esse fato, a distribuição do ônus da prova pela regra geral, ou seja, cumpre ao autor da demanda provar o dano efetivo e a culpa do advogado para sucesso em pedido indenizatório:

“Ora, se o princípio adotado pelo CDC é o da responsabilidade objetiva, ao estabelecer a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais, afastou-os, como exceção, do seu âmbito de abrangência, reconhecendo que estes profissionais são regidos por estatuto próprio, como ocorre com os advogados, na consideração de que a lei que estabeleça disposições gerais (CDC) não revoga a lei especial, ou seja, a lei específica que regulamenta determinadas profissões liberais (LICC, art. 2º, § 2º).

Consequentemente, não há falar em presunção de culpa do advogado nem, portanto, em inversão do ônus da prova, de modo que este somente poderá ser responsabilizado se comprovado que atuou, na defesa da causa para a qual foi contratado, com dolo ou culpa e que de sua ação ou omissão decorreu efetivo dano para o seu cliente”.¹⁹

Já CAVALIERI FILHO, ao fundamento de contrato de *meios* e com fincas no art. 32 do Estatuto do Advogado, escreve: “... *não há presunção de culpa nessa espécie de responsabilidade, a despeito de ser contratual. O cliente só poderá responsabilizar o advogado pelo insucesso da demanda provando que ele obrou com dolo ou culpa*”.²⁰

6. ERRO DE DIREITO E ERRO DE FATO

A prática da advocacia não se assemelha ao exercício de *tiro ao alvo*. Por isso, mesmo que o advogado não “acerte o alvo”, o juiz tem o dever de aproveitar, sempre que possível, todos os elementos levados para os autos, na Inicial ou no curso da instrução, para o bom e correto desenvolvimento e desfecho da demanda, porque o que está em jogo não é o prestígio do advogado, mas, sim, o interesse do jurisdicionado. Também a advocacia não se assemelha à participação em *olimpíadas*, em busca de medalha de ouro, de modo a tornar o advogado obcecado pela vitória. Por exemplo: na advocacia cível, não obstante reconhecer como legítima e regular a obrigação a que se exige cumprimento, não se justifica o devotamento exagerado e sem limites, na resposta judicial, para a obtenção do decreto de improcedência, pelo mérito; de igual forma, na advocacia criminal, não se justifica conduta profissional obsessiva pelo decreto de inocência, se sua convicção íntima e os elementos objetivos constantes dos autos o convencem da culpabilidade de seu cliente. Muito menos, o dever profissional de lealdade e de empenho significa tornar-se igual ao cliente. Advogar, como profissão regulamentada, significa *representar* o constituinte e defender os interesses deste da melhor forma possível e dentro dos limites da lei. Não significa *substituição* de pessoa, nem *subsunção*. Muito menos, impedir a aplicação da lei.

O senso de *responsabilidade social* da advocacia, como função “indispensável à ad-

19 RUI STOCO. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 481.

20 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 386.

ministração da justiça” (CF, art. 133), não pode ser relegado ao ostracismo. Daí a permanente exigência de conduta profissional clara, serena, isenta, firme, corajosa e equilibrada. Ademais, a vitória na disputa judicial, mesmo nos casos em que os fatos parecem se conformar ao Direito, nem sempre é certa, e o senso de *justiça* é conceito dinâmico, consoante aos avanços e necessidades da própria sociedade humana, em cada momento histórico. Daí a característica marcante de ser a advocacia contrato de *meios*.

Mas o advogado não pode, jamais, causar dano ao seu constituinte por *desídia*, *incompetência* ou *erro técnico grosseiro*.

O erro de *fato* envolve *informação errônea*, levada aos autos pelo advogado *desidioso*. Ou inserida em contrato por ele elaborado, causando, em ambas as hipóteses, e só por isso, prejuízo ao constituinte. Já o erro de *direito* significa *incompetência* técnica grosseira, decorrente, igualmente, da *desídia* em verificar os requisitos legais em vigor e aplicáveis ao caso fático do constituinte, assim como a consolidação da jurisprudência na interpretação desses mesmos requisitos legais. Aplica-se aqui, para evitar a prática do “erro de direito”, o dever que o advogado tem de *empenhar-se, permanentemente, em seu aperfeiçoamento pessoal e profissional*, como estabelecido no parágrafo único do art. 2º, inciso IV, do Código de Ética. De qualquer forma, para justificar decisão judicial condenatória do advogado pela incidência no *erro de direito* no exercício da profissão, há de restar provado que o desconhecimento da legislação, da doutrina e da jurisprudência pertinentes é que causou o dano ao constituinte.

Relativamente à pesquisa prévia como obrigação do advogado, em trabalho extraordinário sobre *Responsabilidade Civil do Advogado*, ÊNIO SANTARELI ZULIANI (digno Desembargador do TJSP e professor de Direito) acentua a importância da jurisprudência como norte da advocacia e melhor forma de interpretação das leis. Eis sua advertência:

“O advogado se tornou refém da pesquisa jurídica e do mecanismo da teoria do risco criado, apropriada para vencer o dano. O insuperável Alvinho Lima afirmou que é preciso avançar “sem dismantelar e desencorajar as atividades úteis” e, para “tal conseguir não devemos nos encastelar dentro de princípios abstratos, ou de preceitos envelhecidos para a nossa época, só por amor à lógica dos homens, à vaidade das concepções, ou à intransigência de moralistas de gabinetes”. O erro do advogado, nesse setor de metodologia de informação jurisprudencial, poderá ser conceituado como de direito e grave, sugerindo o dever de indenizar. Sem dúvida de que o trabalho do advogado do futuro, já estressante, constitui um desafio diante da instabilidade dos julgados, de modo que a obrigação de se atualizar deixou de ser motivo de captação de clientela; virou seguro de responsabilidade civil”.²¹

Escreve SÉRGIO NOVAIS DIAS:

“O advogado responde sempre pelos erros de fato por ele cometidos, como, por exemplo, quando, ao elaborar uma defesa trabalhista, admite que o reclamante trabalhava até às 20 horas todos os dias, fazendo *jus* a 2 horas extras por dia, conquanto no relatório escrito entregue a ele pelo cliente, para a elaboração da defesa, estivesse dito que o reclamante trabalhava apenas até as 18 horas, diariamente.

Quanto ao erro de direito, a questão é mais complexa. Compete ao advogado manter-se adequadamente atualizado da lei, da doutrina e da jurisprudência na área do direito em que está militando. Não é preciso, pois, que seja uma enciclopédia jurídica ambulante, mas não pode escusar-se dos conhecimentos médios do advogado

21 ZULIANI, Ênio Santarelli. *Responsabilidade Civil do Advogado*. Rio de Janeiro: Revista Forense, vol. 374, p. 84.

razoavelmente atualizado”.²²

De qualquer forma, a síntese derradeira vem com RUI STOCO: “A primeira observação que se deve fazer é de que se não indenize por qualquer *erro*, pois este há de ser grave, *irrecusável* e efetivamente lesivo”.²³

Pelo ângulo de Direito Material, em ocorrendo *erro grave, irrecusável e lesivo*, no exercício da advocacia, o advogado poderá ter contra si três conseqüências distintas, isoladas ou concomitantes, a saber: a) punição *administrativa*, perante o órgão de classe (OAB); b) condenação *civil*, indenizatória, perante o constituinte; c) punição *criminal*, se delicto configurar.

7. PERDA DE UMA CHANCE DE VITÓRIA

Repita-se que o exercício da advocacia envolve, como regra geral, contrato de *meios*. Por contrato de *meios* há de se compreender o dever de *empenho* técnico,²⁴ adequado e satisfatório o quanto necessário, por parte do advogado. Quando o *empenho* não é adequado *tecnicamente* o quanto *necessário*, o constituinte recebe menos do que tinha direito. A *imperfeição técnica* profissional do advogado ou a perfeição, mas com dedicação *insatisfatória*, poderá impedir a preservação do patrimônio ou da liberdade do constituinte, pela *perda da chance de vitória* judicial.

O princípio de responsabilização em razão da perda de uma chance ocorre tanto no exercício da Advocacia, como no da Medicina – nesta última, com maior incidência. Ela ocorre quando o erro grave do advogado limitou-se à perda da *probabilidade plausível* de êxito. Daí a razão de ter semelhança com indenização por dano *moral puro*,^{25, 26} mas com valor reduzido, porque não há certeza de vitória, caso o advogado tivesse aproveitado a chance que existia. É, por isso, de um lado, a *punição* patrimonial ao advogado relapso e, de outro, uma *compensação* parcial à vítima – o cliente. Se o *erro* grave causou dano *material* direto, não mais se cogita de *perda* de uma *chance*, mas, sim, do ressarcimento material, o quanto necessário (extensão do dano), pelas regras comuns. Colhe-se de NOVAIS DIAS:

“Na perda de uma chance nunca se saberá qual seria o resultado do julgamento se o ato houvesse sido praticado, como, no exemplo da ausência de recurso, nunca se saberá com absoluta certeza se a decisão que o cliente desejava que fosse reexaminada seria reformada em seu favor, ou não”.²⁷

22 NOVAIS DIAS, Sérgio. *Responsabilidade Civil do Advogado – Perda de uma chance*. São Paulo: LTr, 1999, p. 34.

23 Obra citada, p. 481.

24 SÉRGIO NOVAIS DIAS, a respeito da defesa do advogado em ação indenizatória pela perda de uma chance, escreve na sinopse n° 26: “Compete ao advogado, na sua defesa, alegar e demonstrar o cumprimento de sua obrigação, ou, em admitindo o descumprimento, a inexistência de nexo de causalidade entre o ato e o dano, fazendo-o, sempre, no exercício do juízo de probabilidade, ou seja, no estudo do resultado provável da decisão se julgamento houvesse ocorrido.” Obra citada, p. 96.

25 Na apelação n° 688.509-00/9, a 12ª Câmara do 2º TAC/SP, relator JAYME QUEIROZ LOPES, em 18.11.2004, unânime, reconheceu a ocorrência de *perda de uma chance* pelo fato de o advogado ter deixado de fazer o preparo recursal em ação de despejo, fato que gerou deserção do recurso. O cliente, posteriormente, ingressou com ação reparatória contra o advogado, com pedido de dano *material* e de dano *moral*. Na primeira instância, o pedido de dano *material* foi acolhido e o de dano *moral* foi rejeitado, sem que o cliente/autor tivesse recorrido. O advogado/réu recorreu da condenação em dano *material* e a 12ª Câmara a ele deu provimento, ao fundamento de que *perda de uma chance* somente se indeniza a título de dano *moral*, e, como este foi rejeitado no juízo *a quo*, com trânsito em julgado, não pode prevalecer a condenação em dano *material*. E, assim, por linhas transversas, o advogado livrou-se do pedido indenizatório. *In LEX*, 211, p.585-590.

26 JURANDIR SEBASTIÃO, obra citada, p. 70-78.

27 Obra citada, p. 13.

A respeito da *perda de prazo* para recorrer, como motivo para indenizar pela perda de uma chance, o mesmo autor pondera na sinopse nº 16:

“16. Na grande parte dos casos não há uma só decisão judicial tida como certa, mas sim a que é mais provável de ser adotada dentro das circunstâncias do caso concreto. Não se deseja, nem se espera que as decisões sejam absurdas, destemperadas e destoantes da melhor doutrina e jurisprudência. Na avaliação da probabilidade do julgamento, deve-se contar sempre com decisões razoáveis.”²⁸

A indenização pela *perda de uma chance* ainda é insipiente em nosso sistema legal indenizatório. Mas a tendência é adotá-la, ao lado das já existentes, como fundamento de indenizar, já que a perda da chance importa em dano pessoal. Evidentemente, não se trata de indenizar a *álea*. Mas, sim, o prejuízo que não foi evitado por decorrência da má prestação de serviços. A indenização se faz como se fosse dano moral *puro*, porém com redução do *quantum*, já que *não* se trata de *certeza* de vitória judicial, caso a conduta do advogado tivesse sido outra. O *quantum* indenizatório há de ser obtido por meio de prudente critério judicante. Em princípio, há de ser *proporcional* ao índice de *probabilidade*, caso a caso.

SÉRGIO SAVI, depois de afirmar que a *perda de uma chance* é uma *subespécie de dano emergente* (em oposição ao conceito de *lucros cessantes*), escreve em suas conclusões:

“Ao se inserir a perda de chance no conceito de dano emergente, elimina-se o problema da certeza do dano, tendo em vista que, ao contrário de se pretender indenizar o prejuízo decorrente da perda do resultado útil esperado (a vitória na ação judicial, por exemplo), indeniza-se a perda da chance de obter o resultado útil esperado (a possibilidade de ver o recurso examinado por outro órgão de jurisdição capaz de reformar a decisão prejudicial).

Ou seja, não estamos diante de uma hipótese de lucros cessantes em razão da impedida futura vitória, mas de um dano emergente em razão da atual possibilidade de vitória que restou frustrada.

Assim, não se concede a indenização pela vantagem perdida, mas sim pela perda da possibilidade de conseguir esta vantagem. Isto é, faz-se uma distinção entre resultado perdido e a chance de consegui-lo. Ao assim proceder, a indenização da perda de uma chance não se afasta da regra de certeza do dano, tendo em vista que a possibilidade perdida, em si considerada, era efetivamente existente: perdida a chance, o dano é, portanto, certo.

Contudo, a aplicação da teoria encontra limites, pois, evidentemente, não é qualquer possibilidade perdida que obrigará o ofensor a ressarcir o dano. Nem todos os casos de perda de chance serão indenizáveis. Isto porque a chance para poder ser indenizada deverá ser considerada séria e real. Simples esperanças aleatórias não são passíveis de indenização.

Somente será possível admitir a indenização da chance perdida quando a vítima demonstrar que a probabilidade de conseguir a vantagem esperada era superior a 50% (cinquenta por cento). Caso contrário, deve-se considerar não produzida a prova da existência do dano, e o juiz será obrigado a julgar improcedente o pedido de indenização. Assim, feita a prova de que a vítima tinha mais de 50% (cinquenta por cento) de chances de conseguir a vantagem esperada, demonstrado estará o *an debeatur*, faltando, somente, quantificar esse dano (*quantum debeatur*).²⁹

28 Obra citada, p. 94.

29 SAVI, Sérgio. Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p. 102-103.

Por qualquer ângulo que se analise, a responsabilidade civil em razão da “*perda de uma chance de vitória*” há de estar atrelada, sempre, à *desídia*, ao *erro grosseiro*, à *omissão* ou à ação *censurável* do advogado. Enfim, à *culpa*. Nenhuma relação tem com a obrigação em contrato de *resultado*, uma vez que a característica de contrato de *meios* permanece. E por se tratar de cogitação de fato *aleatório*, como nexos causal, a fixação da indenização tem natureza *moral* e deve ser arbitrada, como dito acima, estatisticamente, de acordo com o índice de *probabilidade* de êxito, caso a *chance* não tivesse sido perdida. Nesse ponto, favorável ao instituto, mais uma vez, vale a lição de ÊNIO SANTARELLI ZULIANI:

“O único parâmetro confiável para o arbitramento da indenização, por perda de uma chance, continua sendo a prudência do juiz. Não se pode exigir rigor demasiado na aferição do prognóstico da ação perdida (dano zero), porque isso representaria a frustração do direito do cliente de ser reparado com equidade e, tampouco, se permitirá larga expectativa favorável, porque a graduação excessiva da possibilidade da chance poderá conduzir a criação de um dano não comprovado, hipotético ou inexistente”.³⁰

A característica principal é a *insatisfatoriedade* do *empenho*, quer pela ausência injustificável de *precisão* técnica profissional, quer pela negligência na *dedicação* necessária à boa execução das diligências advocatícias. Obviamente, a prova de má atuação profissional há de ser convincente de que ocorreu a *perda* de efetiva *chance* que existia, e não a existência de simples *possibilidade* de êxito judicial.

Em síntese, a nosso ver, poderá ocorrer a perda de uma chance, dentre outras, nas seguintes hipóteses:

- 1) – perda de prazo para contestar e preclusão para produção de provas, quando a matéria submetida a julgamento é controvertida e pende de prova de fato;
- 2) – perda de prazo para contestar e produzir provas, acarretando julgamento antecipado desfavorável, por esse motivo;
- 3) – inércia para propor ação, acarretando, por isso, decadência ou prescrição do direito;
- 4) – perda de prazo para recorrer, quando há probabilidade plausível de provimento ao recurso;
- 5) – interposição incompleta ou errônea de recurso, gerando desconhecimento pelo juízo *ad quem*, quando havia probabilidade plausível de provimento, se tivesse sido interposto recurso adequado;
- 6) – propositura de ação inadequada à pretensão do constituinte, acarretando, por essa conduta, danos materiais e/ou morais.

Registre-se que RUI STOCO é radicalmente contrário à possibilidade de indenização com fundamento na *perda de uma chance*. Para esse insigne Desembargador do TJSP e doutrinador, “*admitir a possibilidade de o cliente obter reparação por perda de uma chance é o mesmo que aceitar ou presumir que essa chance de ver a ação julgada conduzirá, obrigatoriamente, a uma decisão a ele favorável. Será também admitir a existência de um dano não comprovado e que não se sabe se ocorreria.*”³¹

30 Obra citada, p. 89.

31 Obra citada, p. 490.

8. DEVER DE RECORRER

O advogado não é obrigado a recorrer de todas as decisões desfavoráveis ao seu cliente. Dentro de sua liberdade de ação e do privativo discernimento técnico, cumpre-lhe, e agora por obrigação profissional, recorrer, sempre, de todas as decisões que se mostrarem *injustas* e prejudiciais aos interesses de seu cliente, desde que contrárias às leis ou aos princípios gerais do direito. Na dúvida, deve decidir juntamente com seu constituinte, dele colhendo anuência para recorrer ou para não recorrer.

Colhe-se, por adequada, a decisão da 4ª Turma do STJ, em 19.02.2004, REsp. 596.613-RJ, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA:

“O advogado que recebe e aceita mandato que veicula poderes para defender o seu constituinte em juízo assume os deveres e responsabilidades inerentes à sua nobre profissão enquanto atuar no patrocínio da causa. A omissão, sem o consentimento prévio do constituinte, quanto à interposição de qualquer recurso ordinário que se impunha necessário para defesa dos interesses do patrocinado, configura-se desídia de todos os outorgados do mandato judicial, quando os poderes foram conferidos para atuação em conjunto ou isoladamente de cada advogado”.

NOVAIS DIAS, no tocante à decisão de não recorrer, escreve na sinopse nº 24:

“24. Pode o advogado decidir não recorrer, por verificar a inviabilidade de sucesso do recurso cabível, pois cabe a ele a direção técnica do processo. Contudo, assume inteiramente a responsabilidade do ato. Constatada a improbabilidade de êxito do recurso, não existiria nexo de causalidade entre o ato e o dano. Entretanto, se verificado que o cliente tinha chances de sucesso naquele recurso que deixou de ser promovido, o advogado poderá ser responsabilizado pela perda de uma chance. O recurso, que não houve, teria de ser cabível, isto é, previsto em lei processual contra determinada decisão e ainda adequado para aquela espécie”.³²

Não se pode esquecer que o recurso infundado, sem amparo jurídico, poderá provocar o ônus da pena de litigância de má-fé ou de lide temerária, por provocação do recorrido ou por ato de ofício do Tribunal *ad quem*. Se o advogado entende, profissionalmente, que não deve recorrer, mas assim não concorda seu cliente, deve o procurador *renunciar* ao mandato, cumpridos os requisitos do art. 45 do CPC. Mas, nunca, violentar sua independência e dignidade profissional. Nesse sentido é a lição de CAVALIERI FILHO:

“No que respeita à conveniência ou não de recorrer, entendemos que, sendo o advogado o primeiro juiz da conveniência de se ajuizar ou não a ação, deve sê-lo, também, da conveniência de recorrer, mormente tratando-se de recurso especial ou extraordinário, sujeitos a requisitos rigorosos e específicos. O advogado, principalmente quando zeloso do seu bom nome, não pode ser obrigado a interpor um recurso manifestamente incabível. Não deve, entretanto, deixar de recorrer no caso de indiscutível necessidade, ou contrariando a vontade do cliente. Neste último caso, se tem convicção jurídica contrária, o caminho será a renúncia.”³³

9. A DESÍDIA PROFISSIONAL E A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA SOCIEDADE DE ADVOGADOS

A sociedade de advogados, prevista e regulamentada pela Lei nº 8.906/94, em seus

32 Obra citada, p. 95.

33 Obra citada, p. 387.

artigos 15-17, é *sui generis*. Como escreve NETTO LÔBO,

“É entidade coletiva de organização, meios e racionalização para permitir a atividade associativa de profissionais, que distribuem e compartilham tarefas, receitas e despesas, quando atingem um nível de complexidade que ultrapassa a atuação individual.”

(*omissis*)

“Característica marcante dessas sociedades é sua finalidade exclusiva. Seus fins únicos são as atividades de advocacia, não podendo incluir qualquer outra atividade, lucrativa ou não (exemplos: administração ou venda de imóveis, contabilidade, consultoria econômica, religião, política).”³⁴

Nada impede a existência de advogados *sócios* da sociedade e advogados *empregados* da mesma sociedade. Em caso de *desídia* de advogado *sócio*, causando dano ao cliente ao exercitar tarefa advocatícia, serão responsabilizados tanto o advogado sócio que praticou o ato, como os demais advogados sócios que integrem a procuração, solidária e ilimitadamente. Se o advogado que atuou com *desídia* for *empregado* da sociedade, em caso de erro na prestação de serviços serão responsabilizados esse advogado empregado e a sociedade empregadora, também solidária e ilimitadamente.

NOVAIS DIAS, na sinopse nº 13 de seu livro, escreve:

“13. Os sócios de uma sociedade de advogados respondem perante os clientes, subsidiariamente à própria sociedade, bem como ilimitadamente quanto ao seu patrimônio pessoal, pelos danos que por dolo ou culpa causarem aos seus clientes. Respondem, também, pelos danos causados por advogados empregados da sociedade, cabendo ação regressiva contra estes, nas hipóteses do artigo 462, § 1º, da CLT. Sendo possível identificar o advogado-sócio culpado pela perda de uma chance, somente ele responde perante o cliente pelas perdas e danos, por aplicação analógica do artigo 908 do Código Civil. Não sendo possível para o cliente identificar qual foi o advogado-sócio culpado, todos os advogados contratados poderão ser responsabilizados, cabendo, todavia, ação regressiva dos demais advogados contra o(s) advogado(s) que na divisão de tarefas, dentro da sociedade, ficou(aram) encarregado(s) da prática do ato causador do dano.”³⁵

No caso de advogado não sócio, nem empregado devidamente registrado, mas que atende cliente na sede social de sociedade de advogados, a responsabilidade civil será desse advogado e da sociedade que “cede” suas instalações para a prestação de serviços. É que, nessa hipótese, aos olhos desse cliente, o atendimento e a aceitação da causa são feitos pelo “*escritório de advocacia*”, ou seja, pela sociedade de advogados. Não pode ele, cliente, ser levado a engodo. Daí a solidariedade, como forma de proteção do consumidor.³⁶

Também, nada impede que advogados se *associem*, sem formar sociedade e sem estabelecer relação de emprego, para prestar serviços mediante procuração comum. Associam-

34 Obra citada, p. 119.

35 Obra citada, p. 93-94.

36 Nesse sentido e rico em fundamentos é a decisão unânime da 3ª Câm. Cível do TJRN, em 13.09.2005, relator Dês. João Rebouças, mantendo a condenação do causídico omissis e a solidariedade passiva da sociedade de advogados, com a ementa (cuja redação não faz jus à exuberância da fundamentação do julgado): “Manifesto o nexo de causalidade entre as condutas omissivas do advogado, que recebeu honorários e foi constituído para ajuizar a causa e por negligência não o fez, ocasionando, com isso, dano patrimonial e moral à cliente. Diante da não comprovação de que o advogado exerce a profissão com menor relação com o escritório, a responsabilização recai solidariamente, a teor do art. 932, II, do CC c/c o art. 14 do CDC”. RT 844, p. 359-367.

se para cuidar de uma causa e podem não se associar para outras, livremente. O elemento definidor é a procuração. Perante o cliente, todos os que integram a procuração são solidários, em caso de erro profissional causador de dano.

ÊNIO SANTARELLI ZULIANI, com sustento nas lições que menciona, entende que, nos casos de *sociedade* de advogados, ocorrendo erro censurável na prestação de serviços, com dano ao cliente, a responsabilidade do causídico que assim atuou é *subjetiva*, enquanto que a responsabilidade da sociedade de advogados é *objetiva*. Eis sua lição:

“Quando o serviço jurídico é prestado por sociedades de advogados, a responsabilidade deixa de ser subjetiva (dependente de culpa) e regula-se pela objetiva, ou seja, independente da prova de culpa. Evidente que não se outorga procuração a uma sociedade de advogados; contudo, mesmo se emitindo mandato para determinados sócios, a sociedade de advogados responderá de forma objetiva e, depois, poderá exercer o direito de regresso em face do profissional culpado. No caso de o dano ser provocado por advogado empregado de uma empresa, a sociedade empregadora responderá e, da mesma forma, poderá exercer o direito de regresso ao culpado.”³⁷

Com a devida vênia, não comungamos com esse entendimento. A nosso ver, a responsabilidade continua sendo *subjetiva* em quaisquer dos casos. Se não for detectada *culpa* no proceder do advogado *sócio*, do advogado *empregado* ou do advogado *coligado*, a ação de indenização terá que desembocar na improcedência. Entretanto, nesse particular, como defendemos no item “*ônus da prova no exercício da advocacia*”, essa distinção é irrelevante, porque cumpre aos réus (pessoa física e/ou jurídica) fazer prova do exato cumprimento do contrato de *empenho*.

10. CONDUTA PROCESSUAL CENSURÁVEL

É oportuno sempre lembrar que o nosso Direito Material está estruturado nos princípios do *equilíbrio* das relações sociais e na *boa-fé objetiva*. Por isso, não basta vontade *subjetiva* indeterminada, nem simples “boa intenção” para a prática dos atos jurídicos. A verdadeira intenção deve ser externada com transparência, e que a conduta pessoal, na defesa dos seus interesses, encontre limite no *equilíbrio* e na reciprocidade das relações sociais. Daí a censura ao exercício do direito com *abuso*. O Direito Processual, como instrumento de efetividade do Direito Material, não foge dessa regra geral.

O advogado, quando, no processo civil, desvia-se do correto exercício da profissão, pode incorrer em três modalidades distintas censuráveis: a) ato atentatório ao exercício da jurisdição; b) conduta processual temerária; c) litigância de má-fé. São condutas processuais distintas, mas que se entrelaçam e podem ocorrer simultaneamente, e todas são passíveis de sanção proporcional à intensidade e a gravidade do ato praticado. A má conduta profissional também poderá tipificar *infração ética*, a ser punida pelo órgão de classe.

Registre-se, como fato a ser objeto de reflexão e, quiçá, de procedimentos fiscalizatórios de ofício pela OAB, o deplorável espetáculo de alguns poucos advogados que, desprezando a ética e a honra da beca, prestam serviços às Organizações Criminosas (como se empregados destas fossem) e, no interesse delas, inserem-se como “defensores” “dativos” de réus regularmente alcançados em processo penal, com a principal missão de impedir que esses réus “defendidos” venham a denunciar comparsas ou os seus “chefes”. Infelizmente, é fato não raro nas Varas Criminais. O julgador, quase sempre, percebe a coação e o verdadei-

37 Obra citada, p. 100.

ro propósito da “defesa”, mas pouco pode fazer para evitar essa “liberdade” de “defender”, mesmo porque a conduta profissional tem a *aparência* de regularidade.

10.1 Ato atentatório ao exercício da jurisdição

Por *ato atentatório ao exercício da jurisdição* compreende-se todo e qualquer ato pessoal praticado pelo advogado, pela parte ou por outrem que participe do processo civil, isolado ou em conjunto, com o objetivo de *impedir*, ou *embaraçar* ou afastar o regular *cumprimento* de ordem judicial, de natureza antecipatória ou final. As sanções poderão ser processuais, civis e criminais decorrentes da Lei nº 10.358/01, que deu nova redação ao *caput* do art. 14 do CPC e introduziu o inciso V e o parágrafo único:

“Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

[...]

V – cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado”.

É preciso compreender a verdadeira extensão desse parágrafo único. A expressão “*Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB*” não significa que o advogado está ao largo das sanções processuais, civis e criminais. Mas, sim, que o advogado *também* está sujeito às sanções *administrativas* que se impuserem, de acordo com a gravidade e reiteração da conduta censurável, inclusive, se for o caso, com a penalidade extrema de cassação do registro profissional. O que o dispositivo legal assegura é o privilégio de punição *administrativa* pela OAB Seccional competente, no que diz respeito ao exercício da profissão regulamentada. Mas isso não afasta nem isenta o advogado das conseqüências *processuais, civis e criminais*, na exata dimensão de sua participação nos autos. Seria absurdo pensar que a *parte* e os *terceiros* participantes do processo pudessem ser alcançados por tais sanções (processuais, civis e criminais), não obstante serem leigos na Ciência do Direito, e o advogado, *expert* que é na mesma ciência (e, por isso, com maior consciência e responsabilidade social), pudesse ficar imune às referidas sanções.

A respeito dessa equivocada e inválida tentativa de submissão do advogado tão-somente ao crivo fiscalizatório da OAB, quando praticar *ato atentatório ao exercício da jurisdição*, OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA registra sua irrisignação, definindo-o como “*injustificável privilégio*”. Em seu prol, traz à colação a doutrina de LUIZ R. WAMBIER e TERESA A. ALVIM WAMBIER, apontando a “*quebra clamorosa da isonomia constitucional*”. Eis sua lição:

1. O art. 14 servia-se do vocábulo *parte*, para prescrever regras e princípios cuja observância impõe-se naturalmente, em certos casos, a todos os sujeitos que, por motivos os mais variados, participem da relação processual. A redação dada a este dispositivo pela Lei 10.358/2001 estendeu, corretamente, a referência às partes

e a todos aqueles que, de qualquer forma, participam do processo, compreendendo os terceiros, o Ministério Público, os auxiliares do juízo, bem como as testemunhas, peritos e arbitradores. A rigor, o próprio juiz não está imune à observância de idênticas prescrições, apenas com a diferença de que as eventuais sanções que lhe venham a ser cominadas serão de outra ordem, como de outra ordem haverão de ser as que caibam contra os auxiliares do Juízo e ao próprio representante do Ministério Público que não seja parte na causa.

As modificações introduzidas no art. 14 do Código de Processo Civil orientaram-se no sentido de fazer com que os princípios de veracidade e boa-fé que o Código exigia das partes e de seus procuradores se tornassem uma exigência comum a todos aqueles que, de uma ou outra forma, participam da relação processual. A expressão “todos aqueles que de qualquer forma participam do processo” abrange os magistrados? Não vemos como excluí-los. Pense-se no juiz que, desidiosamente, não dá cumprimento à carta precatória. Haverá “embaraço à efetivação de provimento judicial”. Entretanto, a exclusão dos advogados, que o parágrafo único do art. 14 não alcança, é um injustificável privilégio.

Como observam LUIZ R. WAMBIER e TERESA A. ALVIM WAMBIER, os magistrados e os membros do Ministério Público, mesmo estando sujeitos à disciplina profissional por seus respectivos órgãos de classe, não gozam do privilégio reconhecido aos advogados. É uma quebra clamorosa da isonomia constitucional. A fiscalização do exercício profissional exerce-se com finalidade e sentido diversos daqueles decorrentes de atos atentatórios ao exercício da jurisdição. Basta considerar que de sua prática poderá resultar até responsabilização criminal do advogado. Seria de supor que o legislador tenha criado, a favor dos advogados, uma imunidade penal, uma vez que, segundo o parágrafo único do art. 14, os advogados se sujeitam *exclusivamente* aos estatutos da OAB.”³⁸

Não é preciso falar que “*injustificável privilégio*” e “*quebra clamorosa da isonomia constitucional*”, assim como a “*imunidade penal*”, resultam na invalidade total desse “equivoco” (para não usar outra expressão) legislativo. A função do Judiciário, em cada momento de *dizer o direito*, é negar validade a todos os textos que ferem os princípios constitucionais. Portanto, o *privilégio*, indevidamente inserido no texto, é letra morta.

10.2 Conduta processual temerária ou lide temerária

O “proceder de modo temerário” vem estampado no inciso V do art. 17, do CPC (cuja lista é exemplificativa), como uma das hipóteses que define a litigância de má-fé.

“Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

[...]

V – proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo.”

A temeridade tanto pode ocorrer na prática de ato processual isolado, como na postulação ou defesa como um todo.

“Proceder de modo temerário” é conceito aberto, mas de fácil compreensão. O simples descumprimento dos deveres especificados nos incisos I, II, III e IV do art. 14 do CPC importa em procedimento temerário. Agir com lealdade processual e boa-fé é dever *profissional e institucional*. O primeiro, porque expressamente previsto nesse artigo 14; e o segundo, porque se cuida de função pública (indispensável à administração da justiça – CF, art. 133).

38 OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, *in* Comentários ao Código de Processo Civil, Volume 1, 2ª ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2005, p. 104.

Sobretudo, esses deveres devem ser exercitados com serenidade pessoal e com firmeza. Não se compreende, nem se justifica conduta irascível, descontrolada e violenta do advogado.

Enquanto o “*proceder*” importa compreensão de ato isolado, mas censurável e identificável no desenvolvimento dos procedimentos processuais, a *lide temerária* significa compreensão de que a postulação na Inicial não tem amparo legal, ou, pior, é o ingressar em juízo com pedido Inicial abertamente contra a lei; o mesmo pode ser dito em relação à defesa: pode ser resposta judicial tão-somente sem amparo legal, ou resistência afrontando abertamente a lei.

A melhor definição de *lide temerária* vem com PLÁCIDO E SILVA³⁹:

“É a que se intenta em razão e com *abuso de direito*, ou por *espírito de emulação* ou mero *capricho*. Revela-se na *ilegitimidade* do direito, em que se procura fundar o objeto da ação. Desse modo, a *imprudência da ação*, a *maldade de sua interposição*, a *desonestidade* ou *má-fé*, revelada na intenção do autor, caracterizam a *improbidade da lide*, mostram o abuso de direito ou o nenhum direito de propor a ação, porque ao *litigador* faltam legitimidade e qualidades, julgadas indispensáveis para justeza de seu ato. E daí se gera a *lide temerária*, proposta sem outro intuito que o de trazer danos ao demandado”.

10.3 Litigância de má-fé

A litigância de má-fé é a forma mais grave de conduta profissional censurável do advogado, no processo. Envolve qualquer expediente por ele usado, com vontade definida, mas contra a ética no sentido *lato*, na proposição de ação ou na defesa.

A simples, mas censurável, “*influência indevida*” prevista no Código de Ética do Advogado (art. 2º, parágrafo único, inciso VII) se traduz por litigância de má-fé. A respeito, colhe-se, mais uma vez, a lição de OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA:

“2. Surgem alguns problemas de exegese que devem ser enfrentados. O primeiro deles refere-se a saber se as hipóteses descritas no art. 17 são meramente exemplificativas ou não. O verbo “*reputa-se*”, empregado pelo legislador, sugere que a enumeração seja meramente exemplificativa. O Código de Ética do Advogado, em seu art. 2º, parágrafo único, inc. VIII, determina que o advogado abstenha-se de: a) utilizar influência indevida, a seu benefício ou do cliente. Esta é uma hipótese que pode caracterizar litigância de má-fé, pois a locução *influência indevida*, ampla como é, poderá traduzir alguma forma de colaboração ou auxílio de terceiros, capaz de refletir-se na sorte da demanda. Como os atos devem ser praticados pelo advogado como se fossem atos da parte, para o fim de responsabilizá-la por perdas e danos, a hipótese contida neste preceito do Código de Ética pode, em certos casos, configurar uma forma de litigância de má-fé, a ser incluída nas sanções do art. 17. ARRUDA ALVIM lembra a hipótese de o advogado reter abusivamente os autos que recebera com vistas ou extraviá-los, como conduta vedada ao advogado, que pode acarretar responsabilidade por perdas e danos a seu constituinte”.⁴⁰

Pouco importa a distinção ou a exata definição da modalidade de conduta censurável do advogado praticada no processo, ou fora dele, mas para este voltada. Em ocorrendo conduta processual censurável, as sanções são as previstas nos artigos 14 a 18 do CPC. Se as

39 DE PLÁCITO E SILVA. Vocabulário Jurídico. 25ª ed. Editora Forense. Atualizado por Nagib Slaibi Filho e Cláucia Carvalho. Rio de Janeiro, 2004, p. 847.

40 - OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, obra citada, p. 113.

cominações estabelecidas na decisão judicial não forem suficientes à reparação, a parte lesada poderá mover ação indenizatória complementar em autos apartados.

11. A SOLIDARIEDADE DO ADVOGADO NA LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

Em se tomando como legítima a redação gramatical do parágrafo único do art. 32 da Lei nº 8.906/94, o advogado, no exercício da profissão, somente responderia pela indenização, em caso de litigância de má-fé, se restasse provada sua *coligação* com o cliente, com o propósito de lesar a parte contrária.

Vejamos a redação desse dispositivo:

“Art. 32. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício da profissão, praticar com dolo ou culpa.

Parágrafo único. Em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria.”

Esse dispositivo legal contempla duas situações distintas:

a) - A primeira, prevista no *caput*, situa-se no âmbito geral da responsabilidade civil disciplinada pelo Código Civil nos artigos 186 e 187. Repete o princípio de que aquele que causa dano a outrem, por *dolo* ou *culpa*, ou com *abuso* no exercício de um direito, fica obrigado à sua reparação. Neste caso, a reparação tanto pode ocorrer em relação ao próprio cliente, como em relação à parte contrária;

b) - A segunda, estabelecida no *parágrafo único* acima transcrito, destina-se à indenização tão-somente à parte contrária, por decorrência de lesão derivada do mau exercício da advocacia. Mas aqui, pela redação gramatical inválida, para que ocorresse a *solidariedade* entre o advogado e o seu cliente, seria necessária a demonstração de “coligação” entre ambos, apurável em autos próprios.

Nada mais equivocado. O parágrafo único colide com o *caput*, de tal modo que uma coisa anula a outra. Nesses casos, como regra de hermenêutica, o parágrafo, por ser único, ao invés de excetuar uma situação especial da situação geral, está tornando inoperante a regra geral. Por isso, nenhuma valia tem.

Na ordem prática, é impossível existir “lide temerária” sem a participação *dolosa* ou *culposa* do advogado. Por essa realidade, a *coligação* não é uma exceção, mas, sim, a *regra*. Em sendo regra, contra o advogado milita a *presunção* de coligação. Por isso, cabe a ele, agora sim, em autos próprios, provar sua inocência, para se isentar da responsabilização pela indenização. Mesmo que não existisse referido artigo 32, da Lei 8.906/94, a responsabilização do advogado ocorreria com base nas regras gerais indenizatória: quem causa dano se obriga à sua reparação.

Censurando esse dispositivo, mas com os olhos voltados para o próprio constituinte, escreve FABIANO RUBINGER DE QUEIROZ (ilustre Magistrado mineiro):

“... pela redação em vigor, a conduta temerária e a litigância de má-fé (que sempre foram atribuídas à parte, mas praticadas por meio de procurador a quem outorgou poderes para representá-la em juízo), ainda que comprovado que o constituinte não agiu contrariamente à lei, não poderão recair sobre o advogado, como regra geral, mediante a aplicação da sanção prevista no art. 18 do CPC, pelo seu comportamento prejudicial ao andamento da causa. O entendimento predominante é

que a parte sancionada poderá exercer, posteriormente, o direito de regresso em face de seu procurador. Todavia, deve buscar o legislador um meio mais efetivo e menos oneroso para que o profissional culpado, aquele que provocou o dano, possa desde logo ser responsabilizado sem a necessidade da custosa e demorada ação regressiva. Obrigar aquele que foi prejudicado a promover ação autônoma contra o advogado que desvirtuou os fatos ou incidiu em regra de deslealdade processual implica um trabalho demorado e por vezes de alto custo.”⁴¹

A nosso ver, não há necessidade de modificação da redação do final do parágrafo único do art. 32 do Estatuto da Advocacia. É simples questão de interpretação teleológica e harmonização com as regras gerais de responsabilização, com vistas à efetividade do Direito Material. Como praxe, a lide temerária e a litigância de má-fé somente ocorrem com a participação consciente e voluntária do advogado, por ação, omissão ou abuso do exercício do direito. Apenas nos casos de *versão dos fatos* não verdadeira (passada ao advogado pelo cliente), ou utilização de *documentos falsos* (também fornecidos pelo cliente), é possível que o advogado tenha sido vítima da má-fé de seu constituinte, e por este usado como “instrumento”, com o propósito de causar dano a terceiros ou tão-somente de levar o julgador em erro. Excetuada essas duas hipóteses, todo o desenvolvimento do processo abusivo ou contrário à lei deve ser debitado ao advogado. Mesmo nessas duas hipóteses, tão logo o advogado fique sabendo, por denúncia da parte contrária, que levou para os autos versão não verdadeira ou documento falso, compete a ele conferir os fatos com o seu constituinte. Constatado que foi ludibriado, cumpre a ele advogado motivar seu constituinte à composição ou modificar sua versão nos autos, ou renunciar ao mandato. Nunca, levar adiante o embuste, com o objetivo de causar dano a terceiro ou de enganar o julgador.

Se assim é a lógica dos fatos, assim deve ser a regra geral: em caso de litigância de má-fé ou lide temerária, constatada nos autos ao cabo da instrução, a condenação, com base no art. 18 do CPC, deve incidir sobre a parte e seu procurador judicial, solidariamente. A ação separada, de regresso, quer do advogado contra seu cliente, quer deste contra aquele, é questão que somente interessa a estes. Não à parte inocente, assim reconhecida nos autos.

Ademais de tudo, mesmo nos casos de efetiva *coligação* para a prática da litigância de má-fé, a *parte* condenada pagaria sozinha a indenização, porque, para regressar contra seu advogado e repartir o prejuízo, esbarraria na carência de ação, diante do princípio de que “*o torpe não pode tirar proveito da própria torpeza*” – já que agiu de má-fé.

Aplica-se ao caso, como já dito, mas vale a pena repetir, a regra geral dos arts. 186 e 187 do CC/2002, ou seja, aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, imprudência ou abuso do direito violar direitos ou causar danos a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. E, nos termos do art. 927, aquele que comete ato ilícito fica responsável pela reparação.

Desse modo, não há necessidade de a vítima mover ação em separado, contra o advogado, para o ressarcimento do dano sofrido ou para o recebimento da multa processual compensatória, ao pressuposto de coligação para a litigância de má-fé. Se, ao cabo da instrução, o juiz ou o tribunal detectou e declarou litigância de má-fé ou de lide temerária, a fase cognitiva está encerrada em prol da vítima, situação que, inexoravelmente, incidirá sobre a parte contrária e seu procurador judicial, *solidariamente*, para o devido ressarcimento nos

41 QUEIROZ, Fabiano Rubinger de. *Ligeiras observações sobre a conduta ética ou abusiva dos participantes do processo civil*. Uberaba: Revista Jurídica UNIJUS, vol. 8, nº 9, novembro de 2005, p. 257.

mesmos autos. A respeito desse assunto, já tivemos oportunidade de escrever:

“O que não se concebe, em princípio, é a litigância de má-fé *sem* a atuação *convivente* ou *isolada* do advogado. Até é possível e comum o cliente (constituente) desconhecer a conduta temerária de seu advogado. Mas, na ordem prática, o inverso é impossível, porque sem a participação consciente do procurador judicial não se instala a litigância de má-fé. Daí a necessidade de inversão da presunção legal, para que o advogado, no exercício de sua profissão e como integrante do Poder Judiciário, passe a ser melhor *colaborador* e eficiente *fiscal* do Direito. Ademais de tudo, não é possível cogitar-se de aprimoramento do Poder Judiciário sem a participação ativa e positiva desse profissional. Por força do art. 133 da CF/88 e do art. 2º da Lei nº 8.906/94, é o advogado integrante *indispensável* do *Judiciário*, com todas as prerrogativas inerentes, mas sem nenhuma obrigação ou fiscalização, exceto a da ética profissional e o de sua consciência pessoal na reserva e no sigilo de seu escritório. Por óbvio que o advogado pode e deve se acautelar, através do exame prévio e metucioso das afirmações do seu constituente e das provas por este exibidas, antes de se aventurar no pólo ativo ou passivo da demanda. Não é ele, nunca, escudo ou instrumento de marginais ou delinquentes. Nos casos de dúvida ou de excepcionalidade das circunstâncias, deve colher e arquivar consigo prévia declaração de fidelidade e de autenticidade dos fatos e das provas, para, se necessário, demonstração da cautela prévia, boa-fé e zelo profissional. Claro que o advogado, agindo de boa-fé, pode ser ludibriado pelo seu constituente, de modo que somente ao final da instrução resulte apurada (e para sua surpresa) a conduta simulada do cliente ou a falsificação documental. Mas, como já dito acima, por se tratar de excepcionalidade, compete ao advogado provar sua isenção no exercício profissional, por todos os meios permitidos em direito, para inversão da presunção de coligação. Mesmo porque só ele (e previamente) pode tomar essas cautelas.”⁴²

Entretanto, para que ocorra a condenação do advogado em *solidariedade*, ao pressuposto de coligação com o seu cliente, há necessidade de se *compatibilizar* o Direito Material com o *devido processo legal*, para não violar o preceito constitucional do *princípio do contraditório* e da *ampla defesa*.

No processo civil, tão logo venha hábil contestação, exceção ou reconvenção, com alegação de *litigância de má-fé*, ou de *lide temerária*, decorrente de *coligação* entre o *Autor* e seu *advogado*, ao ser intimado para responder, com base no art. 327, em interpretação compreensiva, o Autor e seu patrono devem, ambos, responder a todos os termos da contestação, sob as conseqüências processuais de *presunção* de veracidade. Não é preciso que essas contrariedades ou impugnações sejam feitas em peças separadas. Basta que sejam expressas e claras. Dessa forma, após a regular vista dos autos, a relação processual envolvendo o autor, como parte, e seu advogado, como devedor *solidário*, pela coligação alegada pelo Réu, ficará regularizada – cumprindo-se o *devido processo legal*. Nessa situação, o juiz apreciará e decidirá a litigância de má-fé, ou de lide temerária, assim como a *solidariedade* de seu patrono.

Entretanto, se o réu, ao contestar a ação, alegar litigância de má-fé, mas não afirmar, expressamente, existir *coligação* entre a parte e seu procurador, eventual decreto de condenação pela conduta processual censurável não poderá dispor sobre *coligação* – ainda que esta fique evidenciada nos autos. Nessa situação, o réu-vencedor somente poderá estender a condenação

42 SEBASTIÃO, Jurandir. *O Poder Judiciário do Futuro – O primeiro passo*. I Concurso de Monografias do TJMG. Belo Horizonte: 1999, p. 90-91.

em litigância de má-fé, ou de lide temerária, ao procurador judicial do Autor-vencido, em autos apartados, após o trânsito em julgado.

A litigância de má-fé poderá ser praticada também pelo réu na contestação, na reconvenção e na exceção. Nesses casos, compete ao Autor, ou Autor-reconvido, ou Excepto alegar a litigância de má-fé. E, se o fizer, com alegação expressa de que houve coligação do réu e seu patrono, caberá a estes, de igual forma, fazerem a contrariedade, sob pena de presunção de veracidade. E a condenação poderá alcançar o advogado, se julgador se convencer da existência de coligação.

Por fim, quando o réu não alegar ocorrência de litigância de má-fé, mas o juiz a detectar no curso da instrução, convencendo-se de que essa conduta processual censurável é fruto do despreparo ou dolo do advogado de uma das partes, o juiz terá duas opções: a) converter o julgamento em diligência e, justificando a decisão, mandar intimar o procurador judicial contra quem desponta a coligação com a parte, para se defender no prazo que lhe for assinalado – esse prazo não deverá ser inferior a cinco (5) dias, nem superior a 10; b) ou condenar em litigância de má-fé, ou lide temerária, fixando as devidas penas, mas nada dispendo sobre *solidariedade* do advogado. Neste caso, como já dito, somente em autos apartados a questão poderá ser suscitada e decidida.

12. DEVER DE ACONSELHAMENTO

O dever de aconselhamento, quando descumprido, envolve duas questões distintas: uma de *responsabilização* civil, perante o constituinte; e outra, de ofensa à *ética* profissional, ensejando punição administrativa pelo Órgão de Classe (Art. 2º, VII, Código de Ética e Disciplina).

O dever de *aconselhar* importa dever de *não patrocinar* causa contra a *lei*, ou contra os *princípios* do direito, mesmo que o cliente assumo o risco de insucesso da demanda, diante da ciência de inexistência de chance de vitória. É que, se a atividade do advogado tem caráter *público e íntegro* o Poder Judiciário, como prevê a Constituição, não pode ele, jamais, pleitear contra o Direito.

No tocante ao dever de não patrocinar *contra a lei*, é preciso destacar que, quando, no caso concreto, o texto legal mostrar-se *inconstitucional* ou *injusto*, deve, sim, o advogado ingressar em juízo, explicando e fundamentando a necessidade de provimento ao pedido, ao princípio de que ao Judiciário cabe “dizer o Direito”, de acordo com os fins sociais a que a norma se destina.

Quanto ao dever de *aconselhar*, o advogado, ao examinar o interesse do constituinte, deve expor todas as regras de direito aplicáveis e suas conseqüências, assim como as probabilidades de decisões desfavoráveis para que o mesmo constituinte possa tomar uma decisão esclarecida. Mais que isso, quando se tratar de demanda com pouca ou nenhuma probabilidade de êxito, mas com gastos certos e consideráveis, deve aconselhar o não ingresso em juízo. Nos casos de contestação, se a situação também for de pouca ou nenhuma probabilidade de êxito, deve o advogado aconselhar o consulente a cumprir o pedido ou fazer acordo de modo a extinguir a demanda pelo mérito, pelo modo mais favorável ao seu consulente. Se, depois de esclarecido e advertido, o constituinte insistir no aforamento da ação ou na apresentação de resposta judicial contestando o pedido judicial, deve o advogado obter do constituinte declaração, por escrito, de que está ciente das probabilidades adversas e das conseqüências processuais. Com esse procedimento, o advogado provará sua conduta ética. E, em caso de

interpretação como litigância de má-fé, se condenado pela solidariedade, poderá regressar contra seu constituinte para reaver aquilo que pagou e, ainda, receber os honorários pelos serviços prestados. Mas registre-se que a obtenção desse documento não abre espaço para o advogado, no processo, agir de modo temerário ou com má-fé.

13. QUEBRA DE SIGILO

O dever de sigilo é inerente a todas as profissões. Sua quebra poderá acarretar *punição administrativa* perante o respectivo Órgão de Classe, assim como *punição judicial penal*, com base no art. 154 do Código Penal.

Algumas profissões têm necessidade de maior observação do sigilo, a exemplo da Medicina, porque cuida da situação biológica de cada paciente; e a exemplo da Advocacia, porque cuida dos sigilos relativos à intimidade, à liberdade e ao patrimônio de cada cliente. Por isso que a regra do sigilo deve ser observada com rigor. Mesmo nos casos de ação judicial de cobrança de honorários advocatícios, o profissional não pode dar publicidade a fatos obtidos em razão do exercício da profissão (Arts. 25, 26 e 27 do Código de Ética e Disciplina da OAB), exceto se para contrapor à negativa do réu – ex-constituinte. E, no caso de depor em juízo, como testemunha, desobrigado estará de expor os fatos ou exibir documentos, com amparo no art. 207 do CPP. A esse respeito, escreve NALINE:

“O cliente não guarda reserva alguma para com seu advogado. Confia nele plenamente. Sabe que o sigilo profissional é inerente à profissão. Não precisa pedir segredo ao procurador, pois o advogado que revelar, sem justa causa, segredo de que tem ciência em razão de profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem, pratica crime. O advogado sempre deve se recusar a depor, poupando-se de ter de revelar segredo profissional. O Código de Processo Penal o proíbe de depor, salvo se, desobrigado pela parte interessada, quiser dar seu testemunho. Enquanto isso, o Código de Ética da OAB dilarga as exceções ao sigilo, permitindo-o quando houver grave ameaça ao direito à vida, à honra ou quando o advogado se veja afrontado pelo próprio cliente e, em defesa própria, tenha que revelar segredo. Esta última hipótese é considerada por Gonzales Sabathié e assim justificada: “A obrigação do segredo profissional cede às necessidades da defesa pessoal do advogado, quando for objeto de perseguições por parte do seu cliente. Pode revelar então o que seja indispensável para sua defesa e exibir no caso os documentos que aquele lhe haja confiado”. De qualquer forma, a revelação sempre estará restrita ao interesse da causa.”⁴³

Em ocorrendo quebra do sigilo, além da possibilidade de punição *administrativa e penal*, o advogado ficará sujeito à indenização por dano *moral, e/ou material* (se ocorrer).

14. IMPEDIMENTOS, INCOMPATIBILIDADES, FALTAS ÉTICAS E A RESPONSABILIDADE CIVIL

Em inúmeras situações de fato pode ocorrer a *incompatibilidade* ou o *impedimento*. Como expresso no art. 27, a *incompatibilidade* determina a proibição *total* do exercício da advocacia, e o *impedimento*, a proibição *parcial*. O art. 28, da Lei 8.906/94, relaciona as situações de incompatibilidade, enquanto que o art. 30 cuida das hipóteses de impedimento. Além delas, o Estatuto do Advogado também prevê as situações de *infrações disciplinares*, no exercício da profissão, como se vê do extenso rol do art. 34.

43 NALINE, José Roberto. Ética Geral e Profissional. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 350-351

Ao lado dessas situações de *incompatibilidade*, de *impedimento* e de *infrações disciplinares*, há, ainda, os casos de desrespeito ao *Código de Ética e Disciplina*, baixado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em 13 de fevereiro de 1995. O advogado que incorrer em quaisquer delas ficará sujeito a uma das sanções estabelecidas no art. 35: *censura*, *suspensão* e *exclusão*, cumulada ou não com *multa*.

No que interessa às presentes anotações, caso a infringência de quaisquer das situações previstas resulte em *dano* ao cliente ou à parte contrária, o advogado ficará responsável pela respectiva indenização.

15.PRESCRIÇÃO NA ADVOCACIA

Para *receber* honorários advocatícios, tanto o Estatuto dos Advogados (art. 25), como o atual Código Civil de 2002 (art. 206, § 5º, inciso II), estabelecem prazo prescricional de cinco (5) anos, a contar do término da prestação dos serviços ou da interrupção pela cessação do contrato. Já para a “*reparação civil*”, o mesmo CC/2002, no art. 206, § 3º, inciso V, estabelece prazo prescricional de três (3) anos. Pelo CDC, para a vítima exigir *indenização* civil, pela má prestação de serviço (erro censurável do profissional liberal – *in casu*, advogado), o prazo continua sendo de cinco (5) anos, com base no art. 27 desse Estatuto Consumerista. Esse prazo conta da *ciência* do dano (fato) e do conhecimento de sua autoria.

O aparente conflito não é óbice. Não obstante o art. 206, § 3º, inciso V, do CC/2002, estabelecer prazo de três (3) anos para “*reparação civil*”, entendemos, com apoio no § 2º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, que essa regra *geral* não altera a *especial* de prestação de serviços ao *consumidor* (art. 27 do CDC), ou seja, a nosso ver, a prescrição para as ações indenizatórias, contra o advogado, é de cinco (5) anos. É oportuno lembrar, com base no princípio da *equidade* que deve imperar nas relações sociais, que seria absurdo negar direito ao cliente para receber indenização por *erro grave e danoso* cometido pelo advogado, em razão do escoamento do prazo de três (3) anos e, após isso, por essa mesma conduta danosa, ser o cliente acionado e compelido a pagar os honorários advocatícios, diante do prazo de cinco (5) anos estabelecido no art. 25 da Lei 8.906/94, e no art. 206, § 5º, do CC/2002.

A *execução* da sentença também prescreverá nos mesmos prazos previstos para a respectiva ação. *In casu*, em cinco (5) anos, consoante Súmula 150 do STF, a contar do trânsito em julgado da condenação.

Quanto à matéria processual, hoje, por força da Lei nº 11.280/06 (que *modificou* a redação do § 5º do art. 219 do CPC, e *revogou* o art. 194 do CC/2002), o juiz “*pronunciará*” (imperativo) a prescrição (seja ela qual for), de ofício. Antes do advento dessa lei, o juiz somente podia conhecer da prescrição, de ofício, se ela *não* incidisse sobre “direitos patrimoniais”. Agora, para a aplicação, de ofício, a prescrição incide sobre toda e qualquer lesão de direito submetida à apreciação do Judiciário – exceto em relação aos direitos previstos, constitucionalmente, como *imprescritíveis*. A redação é imperativa: “§ 5º O juiz *pronunciará, de ofício, a prescrição*”. A controvérsia jurisprudencial sobre o *momento* processual da arguição da prescrição e a proibição de o juiz decretá-la de ofício estão, finalmente, encerradas. A Inicial do pedido definitivo ou da medida cautelar será indeferida de plano (art. 295, IV; e art. 810, ambos do CPC), se o juiz detectar incidência de prescrição. Outrossim, caso o juiz deixe de decretar a prescrição no despacho inicial, poderá fazê-lo a qualquer tempo, por se tratar de *condição da ação*. De igual maneira, caso o juiz deixe de assim agir, compete à parte interessada, por meio de seu advogado, requerer, a qualquer tempo, a aplicação da prescrição, com sustento no art. 193 do CC/2002.

A prescrição quinquenal, para honorários profissionais e para indenização civil, também poderá ser *intercorrente*, ou seja, ser argüida e aplicada se o respectivo processo judicial ficar paralisado por mais de 5 anos, por desinteresse do credor.

16. CONCLUSÕES

a) – Os conflitos judiciais sobre advocacia, por se subordinarem ao princípio constitucional de que se trata de “*atividade indispensável à administração da justiça*” (art. 133 da CF/88), têm natureza própria que ultrapassa os limites da relação contratual *privada*. Suas características são a de intangibilidade do exercício da profissão, sua liberdade e prerrogativas, com vínculo indissociável com a ética nos sentidos amplo e estrito, e com os deveres de boa-fé e de lealdade processual.

b) – A responsabilização pelos danos causados ao cliente ou a terceiros, decorrentes da prestação de serviços de advocacia, judicial ou extrajudicial, é feita mediante *apuração da culpa*, nos termos do art. 14, § 4º, do CDC; art. 32 do Estatuto do Advogado; e artigos 186, 187 e 927, *caput*, do CC/2002. Nas indenizações, quando for o caso, aplica-se o princípio da *proporcionalidade*, em ocorrendo *culpa reciproca* (art. 945 do CC/2002).

c) – Para a apuração da culpa, não obstante cuidar-se de responsabilidade *subjetiva*, compete ao advogado *fazer prova* do regular exercício da profissão, diante do *dever de empenho* a que está submetido, por força das disposições expressas do Código de Ética e Disciplina da OAB. Por isso, faz incidir sobre o advogado a *presunção de culpa*, em caso de dano ao seu constituinte ou à parte contrária. Mesmo porque, como regra, o advogado tem em seu poder a prova documental do empenho profissional adotado, aplicando-se, aqui, o princípio processual da *carga probatória dinâmica*.

d) – Para os efeitos de indenização ao cliente ou à parte contrária, nos casos de dano material ou moral, não há distinção entre prestação de serviços pagos ou gratuitos (justiça gratuita voluntária ou assistência judiciária por nomeação).

e) – No caso de prática de “*ato atentatório ao exercício da jurisdição*”, relativamente ao descumprimento dos “*provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final*”, o advogado é responsável, isoladamente ou em conjunto com o seu cliente, não obstante o parágrafo único do art. 14, do CPC, estabelecer *ressalva* de o advogado somente responder perante a OAB, já que essa distinção fere o princípio da isonomia, devendo, por isso, ser interpretada como letra inexistente.

f) – Em caso de *litigância de má-fé*, o advogado é responsável, solidariamente, com seu constituinte, perante a parte contrária, pela *presunção* de conluio. A ressalva de necessidade de apuração de coligação do advogado com seu cliente, em autos próprios, para os efeitos de reparação à parte contrária, contida no parágrafo único do art. 32 do Estatuto do Advogado, deve ser interpretada como norma não escrita, porque colide e torna inócua a regra do *caput*. Entretanto, para que o advogado seja alcançado na mesma sentença e mesmos autos, pela condenação *solidária* em litigância de má-fé, ao fundamento de *coligação*, é preciso que a parte vencedora, na contestação ou na impugnação, tenha expressamente se referido a essa *coligação*, e ao advogado contra quem recai a acusação tenha sido ofertado prazo para responder.

g) – O prazo *prescricional* para reparação de dano *moral* e dano *material* é de cinco (5) anos, na forma do art. 25 do Estatuto do Advogado, e art. 27 do CDC, não obstante o art. 206, § 3, V, do CC/2002, estabelecer prazo de três (3) anos para a “*reparação civil*”. O conhecimento e aplicação da prescrição ocorrem de ofício, diante da redação imperativa do § 5º, do art. 219, do CPC.

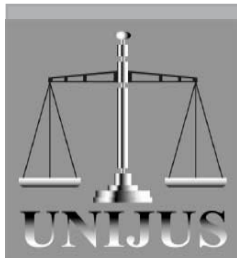
17. ABSTRACT:

This present work try to show the social function of attorney's exercise on advocacy, been an activity "indispensable to administration of justice", therefore as its juridical character as to be supposed to be apply it. With this approach, there are profound obligations from ethical professional conducts in large sense, as well in strict sense, including with observing the legal canonicals, should the attorney to act with honest, serenity, crispness and loyalty procedure, on condition that damage by misdeed litigation or by failure with deadlines, as many others reproach acts of profession's exert, besides to suffer administration punishment by organ of class.

Key-words: Attorney. Social function from advocacy exert. Contract of apply on. Prosecutes issues. Misdeed litigation procedures.

18. REFERÊNCIAS

- AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.
- BARBOSA MOREIRA, J.C. *O Juiz e a Prova*. Revista de Processo, nº 35, ano 9. Edição Revista dos Tribunais, São Paulo, SP, p. 178-184, julho/setembro de 1984.
- CALAMANDREI, Piero. *Eles os juizes vistos por nós, os advogados*. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1940.
- CASILO, João. *Dano à Pessoa e sua Indenização*. 2ª ed. SP: Revista dos Tribunais, 1994.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 3ª ed. 2002. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*. SP: Saraiva, 1994.
- DONI JÚNIOR, Geraldo. *Responsabilidade Civil do Advogado – A Ética no Exercício da Profissão*. Curitiba, PR: Juruá Editora, 2001.
- ELIAS FARAH. *O Advogado e o Dever de Veracidade no Processo*. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, vol. 7. São Paulo: jan/junho de 2001.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- IVAN PRUX, Oscar. *Responsabilidade Civil do Profissional Liberal no Código de Defesa do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- KFOURI NETO, Miguel. *Culpa Médica e Ônus da Prova*. SP: Revista dos Tribunais, 2002.
- LIMA MARQUES, Cláudia. *Contratos no CDC*. 4ª ed. SP: Revista dos Tribunais, 2002.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto*. Revista dos Tribunais. Vol. 862, p. 11-21, SP, agosto de 2007.
- MOURA DE AZEVEDO, Antonio Danilo. *A teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova no direito processual civil brasileiro*. <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10264>. **Jus Navigandi**. Acesso em 10/08/2007.
- NALINE, José Renato. *Ética Geral e Profissional*. 5ª ed. SP: Revista dos Tribunais, 2006.
- NETTO LÔBO, Paulo Luiz. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- NOVAIS DIAS, Sergio. *Responsabilidade Civil do Advogado – Perda de uma chance*. São Paulo: LTR Editora, 1999.
- PABLO STOLZE Gagliano. *Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil*, Vol. III, 2ª ed. São Paulo: Saraiva.
- QUEIROZ, Fabiano Rubinger de. *Ligeiras observações sobre a conduta ética ou abusiva dos participantes do processo civil*. Uberaba: Revista Jurídica UNIJUS, vol. 8, nº 9, nov/2005, p. 245-266.
- SEBASTIÃO, Jurandir. *Responsabilidade Médica Civil, Criminal e Ética*. 3ª ed. BH: Del Rey, 2003.
- _____. *O Poder Judiciário do Futuro – O primeiro passo*. I Concurso de Monografias do TJMG. Belo Horizonte: TJMG, 1999, p. 71-110.
- SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006.
- STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 6ª ed. SP: Revista dos Tribunais, 2004.
- _____. *Abuso do direito e má-fé processual*. SP: Edit. Revista dos Tribunais, 2002.
- TEPEDINO, Gustavo, e outros. *Problemas de Direito Civil – Constitucional*. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Contratos em espécie e responsabilidade civil*. SP: Atlas, 2001.
- ZULIANI, Ênio Santarelli. *Responsabilidade Civil do Advogado*. Rio de Janeiro: Revista Forense, vol. 374, p. 79-110.



A DECISÃO DO STF NO HC 82.959-7/SP, A PROGRESSÃO DE REGIME E A LEI N.º 11.464/2007

Cláudio da Silva Leiria¹

Resumo:

A vedação à progressão de regime para condenados por crimes hediondos, antes do advento da Lei n.º 11.464/07, era constitucional, pois a decisão proferida pelo STF, no HC 82.959-7/SP, de caráter incidental, não vinculava aos demais Órgãos do Poder Judiciário. Faz-se também uma crítica ao posicionamento dos que sustentam a possibilidade da progressão de regime com o cumprimento de apenas 1/6 da pena para os que cometeram crimes hediondos antes da entrada em vigor da Lei 11.464/07, em 29.03.2007.

Palavras-chave: Crime. Hediondo. Regime. Progressão. Constitucionalidade.

SUMÁRIO:

1. Introdução – 2. A constitucionalidade do revogado artigo 2º, 1º, da Lei n.º 8.072/90 – 3. A ausência de eficácia vinculante da decisão tomada pelo STF no HC 82.959-7/SP – 3.1. O argumento da mutação constitucional – 4. A Lei n.º 11.464/2007 e a progressão de regime – 5. Conclusões articuladas – 6. *Abstract* – 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Em 23 de fevereiro de 2006, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o *Habeas Corpus* n.º 82.959-7/SP, decidiu que o então vigente artigo 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90, padecia de vício de inconstitucionalidade, por vedar a progressão de regime prisional aos condenados por crimes hediondos e delitos equiparados. Imediatamente, a maioria dos órgãos do Poder Judiciário, por entender vinculante essa decisão, passou a conceder progressão de regime para condenados por crimes hediondos, o que, a par de se constituir em crasso erro técnico-jurídico (dar efeitos *erga omnes* à decisão de caráter incidental), violou o direito fundamental à segurança, de que são detentores todos os cidadãos. E, para agravar o quadro, exigia-se apenas o cumprimento de 1/6 da pena pelo crime hediondo como requisito objetivo para progressão de regime.

Posteriormente, com a edição da Lei n.º 11.464/07, de 28.03.2007, o legislador possibilitou a progressão de regime para apenados por crimes hediondos, fixando, para isso, requisitos objetivos temporais de 2/5 e 3/5, conforme o agente seja reincidente ou não. No entanto, mesmo com a nova lei, infelizmente alguns julgadores consideram suficiente como requisito objetivo o cumprimento de apenas 1/6 da pena para progressão de regime em crimes hediondos e equiparados.

No presente artigo, têm-se, basicamente, três objetivos: a) comprovar que era constitucional a vedação à progressão de regime para crimes hediondos antes da edição da Lei n.º 11.464/2007; b) demonstrar que a decisão tomada pelo STF, no *habeas corpus* 82.959-7/SP não possuía efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário; c) demonstrar que não é possível juridicamente conceder-se progressão de regime para apenados por crimes hediondos praticados antes da Lei 11.464/2007 mediante cumprimento de apenas 1/6 da pena (salvo situação excepcional de sentença transitada em julgado em favor do condenado).

¹ Promotor de Justiça de Guaporé/RS. Endereço: Rua Gino Morassutti, 1050 - Guaporé/RS. CEP 99.200-000

2. A CONSTITUCIONALIDADE DO REVOGADO ART. 2º, § 1º, DA LEI N.º 8.072/90

Inicialmente, não se pode deixar de registrar o inusitado da decisão do Supremo Tribunal Federal, que, por 16 anos afirmou a constitucionalidade da vedação à progressão de regime para, em fevereiro de 2006, decidir que a mencionada vedação era inconstitucional.

O Plenário do STF havia reconhecido a constitucionalidade do regime integralmente fechado para o cumprimento de penas por crimes hediondos e equiparados no *habeas corpus* 69.657, julgado em 18.12.1992. A decisão no HC 82.959-7/SP foi seguida pela maioria dos Órgãos do Poder Judiciário, que a entendiam com efeitos *erga omnes*, contando-se aos milhares os agravos em execução providos para deferir-se à progressão de regime para apenados por crimes hediondos, inclusive daqueles para quem a sentença já havia transitado em julgado. Cumpre destacar que muitos juízes, mesmo acreditando que o regime integralmente fechado para crimes hediondos, ao invés de ferir a Carta Magna, concretizava um comando constitucional, decidiram em conformidade com a nova orientação jurisprudencial emanada do STF. Chamaram a isso de pragmatismo, pois argumentavam que a decisão contrária será revista pelas instâncias superiores, e não consideraram proveitoso ‘obrigar’ a parte a recorrer, atulhando ainda mais o Poder Judiciário. Indubitavelmente, tal postura ‘pragmática’ deu margem a alguns questionamentos por parte dos operadores do Direito: não devia o juiz decidir de acordo com sua consciência, independentemente de posicionamentos jurisprudenciais majoritários em sentido contrário? Poderia o juiz cancelar, por ‘pragmatismo’, situação que considerava juridicamente injusta? A consciência do juiz deveria ser sacrificada no altar da economia e celeridade processuais? Mas estas são indagações que refogem aos objetivos principais deste artigo. Não havia qualquer vício de inconstitucionalidade no então vigente §1º do artigo 2º da Lei n.º 8.072/90. O legislador positivo editou essa Lei com o escopo de individualização da pena, posto que os delitos ali contidos efetivamente merecem maior rigor na constrição da liberdade; desse modo, se estaria contemplando o caráter ressocializador da reprimenda.

No julgamento do Agravo em Execução n.º 700014578322, o Desembargador Ranolfo Vieira, da 1ª Câmara Criminal do TJRS, fez judiciosas considerações sobre a constitucionalidade da vedação à progressão de regime para crimes hediondos, que praticamente esgotavam o tema. Pela excelência das razões, seguem abaixo transcritas:

“Não vejo ofensa aos princípios constitucionais da individualização da pena e da proibição de penas cruéis.

Observo, quanto ao primeiro, que a individualização da pena não é um princípio absoluto. Não pode o juiz, a pretexto de ajustar a pena ao indivíduo, afastar-se dos preceitos legais que disciplinam o apenamento e sua execução.

Assim, o juiz não pode fixar a pena aquém ou além daquela cominada pela lei. Se o legislador determinou pena de reclusão de três a quinze anos para o tráfico ilícito de entorpecentes ou drogas afins, por exemplo, não pode o julgador, a pretexto de dar atendimento ao princípio da individualização, entender suficiente, para o caso, pena de dois anos, ou insuficiente o máximo legal de quinze anos.

Não pode, a seu bel-prazer, aplicar pena de natureza diversa da correspondente ao tipo penal, reclusão por detenção ou multa; multa por detenção, etc.

Não pode substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos quando a condenação decorre de crime praticado com violência a pessoa ou quando excedente, a primeira, ao quantitativo fixado na lei.

Não pode determinar o cumprimento da privação de liberdade em regime

inicial menos gravoso do que aquele fixado pelo legislador, tendo em conta o quantitativo de pena aplicado. Por exemplo, regime semi-aberto ou aberto quando a pena aplicada for superior a oito anos (CP, art. 33).

No âmbito da execução, não pode conceder progressão de regime ou livramento condicional independentemente do cumprimento da parcela de pena fixada na lei, por maior que pareça ao juiz o mérito do condenado ou que, para aquele indivíduo, o regime menos brando ou a liberdade sob condições seja, no entendimento pessoal do julgador, o que melhor atenda ao processo de reeducação.

Parece-me que a Constituição, embora impondo o princípio da individualização da pena, permite ao legislador dosar as penas de acordo com a maior ou menor gravidade do crime cometido, regulando sua aplicação e execução. Deixa ao Poder Legislativo o juízo de conveniência e oportunidade, de política criminal, para repressão dos delitos. Aos crimes mais graves, conforme, repito, o entendimento do legislador, sanções mais severas.

E é o próprio constituinte que atribui maior reprovabilidade aos crimes hediondos (deixando ao legislador a faculdade de defini-los), à prática da tortura, ao tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e ao terrorismo, declarando-os inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia (CF, art. 5º, XLIII).

Assim, se o princípio da individualização da pena não é absoluto, permitido ao legislador traçar limites, neste ponto, à atividade do juiz, de acordo com critérios de política criminal, não é lícito, no meu entender, aos membros do Poder Judiciário substituir o critério adotado pelo legislador por seu entendimento próprio de que tal ou qual medida melhor atende a ressocialização do condenado.

O mesmo se diga, *mutatis mutandis*, com referência à proibição de penas cruéis. O regime fechado não é cruel em si mesmo. Já disse, em outras oportunidades: Saliente-se que o regime fechado, previsto e disciplinado no Código Penal e na Lei de Execução Penal, não caracteriza pena desumana ou cruel. O regime fechado não é sinônimo de cumprimento da pena em masmorra, a ferros, como se fazia na idade média, de modo desumano, sem reconhecimento de qualquer direito ao preso. Conforme a legislação em vigor, o preso em regime fechado conserva todos os seus direitos, como qualquer outro apenado. Pode trabalhar no interior do estabelecimento prisional e remir a pena com seu trabalho. Satisfeitos determinados requisitos, também pode exercer trabalho externo. Recebe visitas nas mesmas condições dos outros presos. Pode estudar e instruir-se. Participa das atividades culturais, religiosas, esportivas e de lazer proporcionadas aos demais condenados. Pode alcançar o livramento condicional. Enfim, o regime fechado é apenas um regime pouco mais severo do que o semi-aberto.

Também não se pode considerar cruel ou desumana a proibição de progressão de regime.

Ainda que se possa entender desacertado o entendimento do legislador, o que não me parece, não se o pode dizer ilegítimo ou contrário à Constituição. Afinal, o tema é polêmico, como resulta do próprio posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que anteriormente sumulara: “Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura.” (Súmula 698, DJU de 12.10.2003).

Ocorre que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição” (CF, art. 1º, Parágrafo Único). É no Legislativo que, precipuamente, radica a representatividade popular. A vontade do povo é expressa, basicamente, pela lei.

Verdade que a mesma Constituição, expressão máxima da vontade do povo,

atribui ao Poder Judiciário a interpretação e a aplicação da lei. Mas não legitima a ação do juiz que nega aplicação a norma legitimamente estabelecida, salvo quando a obra do legislador ordinário conflite com a própria Constituição. E o critério para aquilatar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei não pode ser, como já expressei, cogitações teóricas sobre melhor forma de alcançar a reinclusão do apenado no convívio social. Tal avaliação é reservada aos representantes eleitos do povo, que trazam a política criminal a ser seguida num determinado momento.”

Cabe, ainda, não esquecer as duras, mas verdadeiras, palavras do jurista VOLNEY CORRÊA LEITE DE MORAES JÚNIOR² em relação aos que, antes do advento da Lei 11.464/2007, defendiam a progressão de regime para crimes hediondos (grifos não constantes do original):

“a lei considerará inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem” (art. 5º, XLIII).

Deveras, nesse título dedicado aos direitos e garantias individuais, tudo quanto direito não seja, garantia há de ser.

Ora, bem, a instituição da categoria dos crimes hediondos, claramente não traduzindo um direito, certamente é uma garantia dos direitos fundamentais – ‘à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade’ (art. 5º, caput).

Conseqüentemente, os inimigos da Lei dos Crimes Hediondos são inimigos dos direitos fundamentais, que aquela garantia resguarda, são inimigos do garantismo constitucional, são inimigos da Constituição-Cidadã. Significa dizer: são hipócritas, porque vivem a proclamar juras de amor ao garantismo, quando, na verdade, desejam ver abolida uma das mais eficazes garantias dos Direitos Humanos.

De outra parte, nenhuma hesitação deve haver em classificar em dois grupos os inimigos da Lei dos Crimes Hediondos: os inocentes úteis; os testas-de-ferro e porta-vozes do crime organizado (particularmente, os ligados às milionárias quadrilhas especializadas no tráfico ilícito de entorpecentes).”

3. A AUSÊNCIA DE EFICÁCIA VINCULANTE DA DECISÃO TOMADA PELO STF NO HC 82.959-7/SP

Por diversas razões, o entendimento então externado pelo Supremo Tribunal Federal quanto à inconstitucionalidade da progressão de regime para crimes hediondos – benefício permitido somente a partir da Lei 11.464/07, de 28.03.2007 - foi equivocado.

Em primeiro lugar, porque se tratou de julgamento em que o controle de constitucionalidade deu-se pela *via de exceção* (incidental). Assim, tinha-se inconstitucionalidade *incidenter tantum*, que ostentava eficácia *inter partes* (efeito particular), ou seja, operando seus efeitos apenas em relação às partes litigantes, nada modificando em relação a terceiros. Nas palavras de MICHEL TEMER³ “A via de exceção (ou de defesa) [...] não é declaração de inconstitucionalidade de lei em tese, mas exigência imposta para a solução do caso concreto”. Nota particularizadora dessa espécie de controle de constitucionalidade é a ausência de efeito que vincule o julgamento das instâncias verticalmente inferiores do Poder Judiciário à decisão do STF, acerca da inconstitucionalidade de determinada matéria, declarada *incidenter tantum*.

2 Em torno do roubo. Campinas: Editora Millennium, 1ª edição, 2003, p. IX.

3 **Elementos de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 14ª Edição; 1998, p. 43.

Portanto, a decisão do STF não tinha o condão de arranhar o princípio do livre convencimento motivado dos demais Órgãos do Poder Judiciário. Caso a decisão tivesse sido tomada no âmbito do controle concentrado, que fulmina a lei em tese, a solução seria diversa, mas isso não ocorreu com relação ao revogado artigo 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos.

Em segundo lugar, o princípio da tripartição dos Poderes, um dos elementos estruturantes das repúblicas democráticas, não autoriza que o Poder Judiciário legisle em tese. Oportuno aqui relembra a sábia lição de Ferrara: “[...] alguns intérpretes tentam colocar, na lei, o que na lei escrito não está, de acordo com as suas preferências, ou dela suprimir aquilo que não lhes agrada, transfigurando-se mais em legislador do que em hermeneutas”.⁴ Infelizmente, o ‘fenômeno’ exprobrado por Ferrara acontece, com muita frequência, no âmbito do Poder Judiciário, em que os juízes criminais, tão-somente por antipatia com a Lei dos Crimes Hediondos, e por terem idéias peculiares sobre a melhor forma de reinserção do condenado na sociedade – desprezando o critério posto pelo legislador –, conferiam, antes da Lei 11.464/07, o direito à progressão de regime prisional.

Não se convenciam esses julgadores – por mais sólidos que fossem os argumentos técnico-jurídicos que se lhes apresentassem – que a ruptura do texto legal somente deve ocorrer em situações de gritante injustiça. Por preconceitos ideológicos, muitos juízes sempre buscam, para a situação do réu, uma medida menos severa, acreditando-se magnânimos, a quintessência do humanismo; no entanto, o que fazem, via de regra, é trazer, com tais posicionamentos jurídicos, um sentimento de desalento para a população, que passa a descrer do sistema de justiça para a solução dos conflitos. Por carecer de efeito vinculante, a declaração de inconstitucionalidade na via difusa, em especial, com relação a pessoas estranhas à demanda, fica a depender da intervenção do Senado Federal, a quem compete, precipuamente (artigo 52, inciso X), suspender a execução, no todo ou em parte, da lei assim declarada. Neste sentido, JOSÉ AFONSO DA SILVA⁵, em lapidar lição, com acerto ensina:

“A declaração de inconstitucionalidade, na via indireta, não anula a lei nem a revoga; teoricamente, a lei continua em vigor, eficaz e aplicável, até que o Senado Federal suspenda sua executoriedade nos termos do art. 52, X (...).

Mas, no sistema brasileiro, qualquer que seja o tribunal que a proferiu, não faz coisa julgada em relação à lei declarada inconstitucional, ‘porque qualquer tribunal ou juiz, em princípio, poderá aplicá-la por entendê-la constitucional, enquanto o Senado Federal, por resolução, não suspender sua executoriedade’[...]”

O Senado não está obrigado a suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão terminativa do Pleno do Supremo Tribunal Federal. Tem essa Casa Legislativa discricionariedade (política) para cumprir o disposto no artigo 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988.

Entender em sentido diverso significaria afrontar o princípio da separação de poderes. Ainda, consoante clara dicção dos artigos 386 e 387 do Regimento Interno do Senado Federal, regulamentando o assunto, a comunicação do Pretório Excelso não prescinde de manifestação do Procurador-Geral da República para, então, ser encaminhada à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, que poderá, caso decida pela suspensão da execução da lei, formular projeto de resolução que a refaça de maneira parcial. Pela repercussão negativa junto à opinião pública, o Senado optou por não fazer uso da prerrogativa conferida no artigo 52,

4 FERRARA, Francesco. *Interpretação e Aplicação das Leis*, 2ª ed., Coimbra, 1963, p. 129.

5 **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9ª edição, 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 1994, p. 54.

X, da Constituição. E o Congresso Nacional decidiu regulamentar a matéria de progressão de regime em nova lei, que recebeu o n.º 11.464/2007. Desse modo, a lei, no ponto em que vedava a progressão de regime tinha existência jurídica e se encontrava em plena vigência até a edição da Lei n.º 11.464/2007. A contrariedade ao decidido pelo STF no HC 82.959-7/SP, quanto à vedação de progressão de regime, também veio externada nos julgamentos de muitas câmaras criminais de tribunais de estados da federação, como RS, SP, RJ, MG e PE.

Frente à teratológica decisão no HC 82-959-7/SP, seria de se perguntar aos Ministros do Supremo Tribunal Federal: para que servem, então, as ações declaratórias de inconstitucionalidade, as de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e as ações declaratórias de constitucionalidade, se o mesmo efeito poderia ser obtido *erga omnes*, em decisão de *habeas corpus* ou outro recurso criminal *inter partes* envolvendo a matéria?

A situação foi surrealista: a decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 82.959-7 foi tomada, pelos aplicadores do direito, como precedente da *common law*, como se nosso sistema jurídico não fosse de caráter romano-germânico. A maioria dos doutos Ministros do STF⁶, no julgamento do HC 82.959-7/SP), parece ter esquecido a velha lição de CARLOS MAXIMILIANO⁷:

Os tribunais só declaram a inconstitucionalidade de leis quando esta é evidente, não deixa margem à séria objeção em sentido contrário. Portanto, se entre duas interpretações mais ou menos defensáveis, entre duas correntes de idéias apoiadas por juriconsultos de valor, o Congresso adotou uma, o seu ato prevalece. A bem da harmonia e do mútuo respeito que devem reinar entre os poderes federais (ou estaduais), o Judiciário só faz uso de sua prerrogativa quando o Congresso viola claramente ou deixa de aplicar o estatuto básico, e não quando opta apenas por determinada interpretação não de todo desarrazoada” .

No julgamento do agravo n.º 700014578322, já referido nesse trabalho, o Des. Raulo Vieira, da 1ª Câmara Criminal do TJRS, também demonstrou que a decisão do STF no HC 82.959-7 tinha efeitos apenas entre as partes:

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal é o guardião e o intérprete máximo da Constituição da República. Compete-lhe, com primazia, o controle de constitucionalidade da lei. E esse controle, como sabido, é exercido por duas formas: o controle concentrado, que lhe é privativo, e o controle difuso, este comum a todo o Poder Judiciário.

O controle concentrado, direto, é exercido sobre a lei em tese, independentemente dos efeitos jurídicos que ela produziu ou que poderia ter produzido. Tem por objeto paralisar a norma, retirar-lhe a eficácia; produz efeitos *erga omnes*. O Parágrafo Único do art. 28 da Lei n.º 9.868/99, que disciplina o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, dispõe: “A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.”

Já o controle difuso que, como dito, pode ser exercido por qualquer órgão

6 A maioria vencedora foi composta pelos Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Eros Grau, Cezar Peluso, Sepúlveda Pertence e Carlos Ayres Britto. Votaram vencidos os Ministros Carlos Velloso, Ellen Gracie, Joaquim Barbosa, Celso de Mello e Néelson Jobim.

7 **Hermenêutica e aplicação do Direito.** Rio de Janeiro: Forense, 19ª edição, 2005, p. 251.

judicial, é incidental. Produz efeitos na ação em que exercido. Não tem aplicação automática a casos análogos.

Este é o ponto central da questão ora em análise. A recente decisão do Supremo Tribunal Federal é incidental. Produziu efeitos jurídicos diretos apenas em relação à causa em que proferida. Não se estende a outros casos nem tem efeito vinculante, com relação aos demais órgãos do Poder Judiciário.

[...]

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, ao dispor sobre a declaração incidental de inconstitucionalidade, estabelece: “Declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade, na forma dos arts. 176 e 177, far-se-á comunicação, logo após a decisão, à autoridade ou órgão interessado, bem como, depois do trânsito em julgado, ao senado Federal, para os efeitos do art. 42, VII, da Constituição Federal.” (RI do STF, art. 178).

Sobre o inciso VII do art. 42 da Constituição Federal de 1967/69, em cuja vigência foi elaborado o Regimento Interno do STF, o eminente Pontes de Miranda sintetizava: “A suspensão (eficácia erga omnes contra a regra jurídica) é da competência do Senado Federal.” (Comentários à Constituição de 1967 com a emenda n.º 1 de 1969, Editora revista dos Tribunais, São Paulo, 1970, Tomo III, pág. 90).

A Constituição ora vigente reproduz, na essência, a referida disposição da Carta anterior, no inciso X do art. 52: Compete privativamente ao Senado Federal: “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.”

A extensão a todos dos efeitos da decisão incidental do STF, depende, pois, de manifestação do Senado Federal, suspendendo a execução da lei declarada inconstitucional pelo STF.

Defendeu, também, a inexistência de efeitos *erga omnes* da decisão tomada no HC 82.959/SP, o Procurador de Justiça e eminente jurista gaúcho, LENIO LUIZ STRECK, em parecer ofertado nos autos do Agravo em Execução n.º 70014946958, da 5ª Câmara Criminal do TJRS:

[...]

6. Decidida a inconstitucionalidade – que, aliás, foi sempre a minha posição, e até por isso a tese que ora estou sustentando é absolutamente insuspeita – restava definir os efeitos da decisão. Obviamente, na medida em que se tratava do controle difuso, os efeitos da decisão beneficiavam aquele acusado que impetrara o *habeas corpus* (*leading case*). Seu efeito *erga omnes* está – parece óbvio – vedado. Afinal, a decisão não ocorreu em sede de controle concentrado. Mais ainda, o Supremo Tribunal Federal nem sequer remeteu a decisão ao Senado, que, ao suspender a execução do dispositivo, daria, ai sim, o efeito contra todos. Veja-se, de pronto, a violação do art. 52, X, da Constituição.

7. Mas, de qualquer modo, isso não seria suficiente, uma vez que, mesmo que fosse remetida ao Senado, ainda assim a eficácia seria *ex nunc*. Fosse *ex tunc* e todos os acusados que cumpriram (e cumprem) pena em regime fechado (sem progressão) **teriam direito a indenização**. Afinal, foram todos tolhidos em seu direito de receber o benefício da progressão por uma lei nula, írrita, nenhuma. Ou isso, ou, de fato, o efeito não pode retroagir. Portanto, ou uma coisa ou outra. As duas ao mesmo tempo são antitéticas. Repito: ao se dar efeito retroativo a uma decisão as conseqüências devem ser bem sopesadas. Aliás, por isso é que nos E.U.A. a exceção para o efeito *ex tunc* é exatamente o Direito Penal.

8. Dito de outro modo: se o STF aprecia, no modo *full bench*, apenas uma

vez a questão constitucional relacionada à determinada lei ou dispositivo, e, portanto, encerra a discussão, **deve obedecer ao disposto no art. 52, X, da CF, remetendo a decisão de inconstitucionalidade para o Senado**; se leva mais de uma vez a questão ao plenário, e, desse modo, não a remete ao Senado, é porque a questão, em sede de controle difuso, *não está suficientemente assentada*. Conseqüentemente, **também não se poderá exigir que, enquanto a decisão de inconstitucionalidade não for remetida ao Senado, os tribunais estejam vinculados a tal decisão, mediante a dispensa da suscitação do respectivo incidente**, o que nada mais é do que aceitar a matéria como definitiva. A leitura dos arts. 52, X, e 97 da Constituição não permite que se conclua que, em sede de controle difuso, **possa haver discricionariedade por parte do Supremo Tribunal** para remessa de decisão de inconstitucionalidade de ato normativo por ele declarado inconstitucional, ao Senado da República.

9. Insista-se no assunto referente ao efeito da decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade. Em sede de recurso extraordinário (ou outro recurso ou ação), o efeito da decisão é *inter partes e ex tunc*. Assim, na hipótese de o Supremo Tribunal declarar a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em sede de recurso extraordinário, *remeterá a matéria ao Senado da República, para que este suspenda a execução da referida lei (art. 52, X, da CF)*. Caso o Senado da República efetive a suspensão da execução da lei ou do ato normativo declarado inconstitucional pelo STF, agregará aos efeitos anteriores a eficácia *erga omnes e ex nunc*.

10. Estou convicto que os efeitos da decisão suspensiva do Senado não podem ter efeitos *ex tunc* (veja-se que, no direito alemão, admite-se a revisão, a qualquer tempo, de sentença penal condenatória baseada **em lei declarada inconstitucional**, só que essa declaração é sempre originária de controle concentrado, pela simples razão de que naquele sistema não há controle difuso). Afinal, há que se fazer uma diferença entre a retirada da eficácia da lei, em sede de controle concentrado, e a suspensão de execução que o Senado faz de uma lei declarada inconstitucional em sede de controle difuso. **Suspender a execução da lei não pode significar retirar a eficácia da lei**. Caso contrário, não haveria diferença, em nosso sistema, entre o controle concentrado e o controle difuso. Suspender a vigência, aliás, só poderia ser tarefa do Poder Legislativo; ao Judiciário, em sede de jurisdição constitucional, cabe tão-somente trabalhar no plano da eficácia. Por isso a decisão de suspensão da execução da lei não pode ter o condão de fazer retroagir esses efeitos. Uma lei produziu efeitos, que não podem ser revogados desse modo.

11. A suspensão da lei somente pode gerar efeitos *ex nunc*, pela simples razão de que a lei está suspensa (revogada), à espera da retirada de sua eficácia. **Daí a diferença entre suspensão/revogação e retirada da eficácia**. Não se olvide a diferença nos efeitos das decisões do Tribunal Constitucional da Áustria (agora adotada no Brasil), de onde deflui a diferença entre os efeitos *ex tunc* (nulidade) e *ex nunc* (anulabilidade).

12. Dito de outro modo, *quando se suspende a execução de uma lei, seus efeitos permanecem; quando se a nulifica, é esta írrita, nenhuma*. Não fosse assim, bastaria que o Supremo Tribunal remetesse a lei declarada inconstitucional, em sede de controle difuso, ao Senado, para que os efeitos fossem equiparados aos da ação direta de inconstitucionalidade (que historicamente, seguindo o modelo norte-americano, sempre foram *ex tunc*). Se até o momento em que o Supremo Tribunal declarou a inconstitucionalidade da lei no controle difuso, a lei era vigente e válida, *a decisão no caso concreto não pode ser equiparada à decisão tomada em sede de controle concentrado*.

13. Repetindo: a valer a tese de que os efeitos da decisão do Senado retroagem, portanto, são *ex tunc*, qual a real modificação que houve com a implantação do controle concentrado, em 1965? Na verdade, se os efeitos da decisão desde sempre tinham o condão de transformar os efeitos *inter partes* em efeitos *erga omnes* e *ex tunc*, a pergunta que cabe é: *por que, na prática, desde o ano de 1934 até 1965, o controle de constitucionalidade tinha tão pouca eficácia?* Desse modo, tenho que a razão está com aqueles que sustentam os efeitos *ex nunc* da decisão suspensiva do Senado.

14. Numa palavra: se a tese de que a decisão do Senado produz efeito *ex tunc* e *erga omnes* é correta, qual a razão pela qual o STF dela não se utiliza desse instrumento constitucional? No caso em questão, bastaria remeter a recente decisão ao Senado.”

3.1. O argumento da Mutação Constitucional

Mutação constitucional,⁸ sabemos, é uma espécie de reforma da Constituição, mas sem a alteração do texto. O que se modifica é apenas a interpretação dada à norma objeto do processo de reforma. Sobre o tema, transcrevem-se as seguintes considerações:

“[...] denomina-se mutação constitucional o processo informal de mudança da Constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da Lex Legum, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (construction), bem como dos usos e costumes constitucionais.”

Finalmente, ainda nos aproveitando do entendimento do Prof. Uadi, ressalta o mestre, na direção do caminho que estamos construindo desde o Capítulo 1, que: “De fato, as mudanças informais são difusas e inorganizadas, porque nascem da necessidade de adaptação dos preceitos constitucionais aos fatos concretos, de um modo implícito, espontâneo, quase imperceptível, sem seguir formalidades legais.”

Atuam modificando o significado das normalizações depositadas na Constituição, sem vulnerar-lhes o contido expresso; são apenas perceptíveis quando comparamos o entendimento dado às cláusulas constitucionais em momentos afastados no tempo.”

Desta feita é válido asseverar que a mutação constitucional constitui uma alteração no conteúdo de alguma(s) norma(s) constitucional(is), sem qualquer alteração no Texto Maior, objetivando o acompanhamento da evolução do pensamento do corpo social, mantendo intacto o entrosamento entre soberania popular e Norma Fundamental.”

Os defensores do efeito vinculante da decisão tomada pelo STF no HC 82.959-7/SP pretendiam encontrar guarida na doutrina de GILMAR FERREIRA MENDES, Eminentíssimo Ministro do Supremo Tribunal Federal, e autor do excelente artigo “O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional”, publicado na Revista de Informação Legislativa n.º 162 (abr/jun. 2004), páginas 149/168.

Refere o autor, em síntese:

a) A ampliação do sistema concentrado, com multiplicações de decisões dotadas de eficácia geral, acabou por modificar radicalmente a concepção sobre a divisão de poderes,

8 Ronaldo Guimarães Gallo. Mutação constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 63, mar. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3841>>. Acesso em 16 jan. 2007.

tornando comum no sistema a decisão com eficácia geral, que era excepcional sob a EC 16/65 e sob a Carta de 1967/69;

b) A ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental admitiu a impugnação ou a discussão direta de decisões judiciais das instâncias ordinárias perante o Supremo Tribunal Federal, constituindo-se em uma ‘ponte’ entre os dois modelos de controle de constitucionalidade, ao atribuir eficácia geral a decisões de perfil incidental;

c) Os órgãos fracionários de outros tribunais ficaram exonerados do dever de submeter a declaração de inconstitucionalidade ao Plenário ou Órgão Especial, na forma do artigo 97 da CF/88, quando já houver decisão plenária do STF reconhecendo a inconstitucionalidade, orientação incorporada ao direito positivo (art. 481, parágrafo único, parte final, na redação da Lei n.º 9.756/98);

d) A finalidade da decisão do Senado (art. 52, X, da CF/88) é apenas tornar pública a decisão do STF, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos;

e) Em consequência, as decisões legislativas e judiciais referidas significam autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico, devendo ser dada nova interpretação ao artigo 52, X, da CF/88.

Os argumentos utilizados pelo culto e operoso Ministro, salvo melhor juízo não se apresentam suficientes para infirmar o disposto no artigo 52, inciso X, da CF/88.

Crê-se que duas vetustas normas de interpretação das leis salvam a interpretação tradicional do texto do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal. A primeira delas é: *‘Commodissimum est, id accipi, quo res de qua agitur, magis valeat quam pereat* (Prefira-se a inteligência dos textos que torne viável o seu objetivo, ao invés da que os reduza à inutilidade), que deve ser conjugada com a segunda: *Verba cum effectu, sunt accipienda* (Não se presumem, na lei, palavras inúteis).

Com efeito, *o sistema jurídico deve ter uma coerência interna, funcional, ou seja, o controle difuso não pode ser igualado ou equiparado ao controle concentrado*. Assim, o art. 52, X não é velharia, relíquia jurídica, letra morta por ter “caído em desuso”, até mesmo porque, no nosso sistema romano-germânico, costume não revoga lei. Se o costume revogasse a lei, nosso sistema jurídico seria caótico, pois como aferir objetivamente se determinada norma está em desuso? Como suplantar, pelo costume, a norma positivada (elaborada pelo Parlamento, e supostamente fruto da vontade geral) e vigente?

Existe uma longa tradição brasileira de controle difuso de constitucionalidade que não pode ser quebrada, ainda que por louvável pragmatismo. Não se olvide que forte é a presunção de constitucionalidade de uma interpretação de dispositivo constitucional, quando data de longos anos – no caso, desde a Constituição de 1934.

Lembre-se que o STF, no ano de 1966, afirmou, no Mandado de Segurança n.º 16.512, que o Senado não estava constitucionalmente obrigado a suspender o ato declarado inconstitucional. Pelo voto do então Ministro Victor Nunes Leal, firmou-se que a suspensão trata-se de ato discricionário do Senado Federal, atrelado a critérios de conveniência e oportunidade.

Pode o Senado Federal não entender conveniente tal suspensão pelos mais variados motivos: a decisão não estar suficientemente pacificada; aposentadoria breve de ministros que votaram pela inconstitucionalidade da norma; a iminência da norma impugnada ser alterada legislativamente, com novo regramento para a matéria; desgaste político de suspender a execução da norma declarada inconstitucional, etc.

Mencione-se, também, que quando uma Constituição mantém os mesmos institutos da Constituição anterior, sem alteração significativa de redação, é porque não pretendeu introduzir mudanças, devendo ser aplicada a mesma interpretação aceita para a Constituição anterior. E é justamente o que ocorre com o artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, ‘sucessor’ do artigo 42, inciso VII, da Constituição de 67/69. Isso é tão óbvio que nem precisaria ser dito, mas o problema é que muitas vezes nos meios jurídicos não se consegue ver o óbvio. Aliás, a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal no HC 82.959 tornava letra morta o artigo 52, inciso X, da CF/88, o que equivale a dizer que tal norma nenhuma eficácia teria e que permanece no texto constitucional como ‘alma penada’, simples ornamento, o que não é admissível. Retomando os ensinamentos de CARLOS MAXIMILIANO⁹, é de se dizer que a prática constitucional, longa e uniformemente aceita pelo Poder Legislativo ou Executivo, tem mais valor para o intérprete do que as especulações engenhosas dos espíritos concentrados, *não sendo a Constituição repositório de doutrinas*.

Ora, afirmar, como fizeram alguns, que o papel do Senado, na declaração incidental de inconstitucionalidade, é apenas ‘dar publicidade à decisão do STF, levando-a ao conhecimento dos cidadãos’, é aviltar o papel daquela Casa Legislativa, atribuindo-lhe um papel de ‘mero divulgador’ das decisões da Suprema Corte Brasileira. Para tal objetivo – dar publicidade à decisão do STF, em controle incidental de constitucionalidade – certamente o legislador constituinte de 1988 prescindiria do Senado Federal, bastando que a decisão fosse publicada no Diário da Justiça da União, como ocorre nas decisões em controle concentrado de constitucionalidade. Nada pode ser mais lógico do que isto! Não se olvide, aqui, a sábia advertência de que a interpretação das normas jurídicas não pode levar a absurdos.

Caso o Senado Federal, dentro do seu juízo de discricionariedade, suspenda a execução da lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo STF, a eficácia será *erga omnes* e *ex nunc*. A decisão não pode ter efeitos *ex tunc* (retroativos) porque há diferenças entre a retirada de eficácia de uma lei (no controle concentrado) e a suspensão da execução feita pelo Senado em sede de controle incidental ou difuso.

Venia concessa, para novamente dizer o óbvio: suspensão de execução de lei não é sinônimo de retirada de eficácia de lei, sob pena de supressão de diferenças entre as formas de controle *concentrado* e controle *difuso* de constitucionalidade. A suspensão de vigência de lei é atribuição do Poder Legislativo, não do Poder Judiciário. Este último atua no plano da eficácia, motivo pelo qual a decisão de suspensão de execução da lei não pode ter efeitos retroativos. Quando a execução de uma lei é suspensa os efeitos remanescem, diferentemente do que acontece quando uma lei é nula, ou seja, írrita. Se não houvesse tal distinção, seria suficiente que o STF encaminhasse ao Senado a lei que afirmou inconstitucional, em sede de controle incidental, para que os efeitos fossem idênticos aos de uma ação direta de inconstitucionalidade. Mas, não o são, já que até 23.02.2006, data em que, finalizado o julgamento do HC 82.959-7/SP, o artigo 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90 era norma jurídica plenamente vigente e válida.

A decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 82.959/SP ainda causou outros severos ‘danos’ ao sistema jurídico, enquanto ordenamento concatenado e coerente. A interpretação do STF consagrou um desrespeito à legitimação ativa prevista na Constituição para deflagrar-se o procedimento de controle abstrato das normas. Se, no artigo 103 da atual Constituição, estão previstos os legitimados ativos para a propositura das ADINs e ADECONs é porque o

9 Op. cit. p. 255.

poder constituinte originário, por seus representantes, não quis que essas espécies de ações fossem ajuizadas por qualquer pessoa do povo. Considerando-se que foi admitido, pelo STF, a abstração dos efeitos da decisão de caráter difuso (o que equivale aos efeitos das ações de controle concentrado de constitucionalidade), quebrou-se a regra de legitimação.

Quais os benefícios para o ordenamento jurídico em quebrar-se regras de competência estabelecidas constitucionalmente? Contrariar uma norma constitucional, a pretexto de ‘modernidade’, mas com a intenção inequívoca (e não revelada) de somente esvaziar presídios, robustecerá nossas instituições? **Concretizará o direito fundamental à segurança que a população tem direito?** Hipertrofiar o Poder Judiciário, permitindo ao Supremo Tribunal Federal que retire do ordenamento jurídico uma lei elaborada pelo Parlamento, em razão de julgamento em caráter incidental de qualquer processo subjetivo, não será abrir a porta para a tirania dos juízes?

4. A LEI N.º 11.464/2007 E A PROGRESSÃO DE REGIME

A Lei n.º 11.464/2007 deu nova redação ao artigo 2º da Lei n.º 8.072/90, possibilitando a progressão de regime para os crimes hediondos e figuras equiparadas (tortura, tráfico de drogas e terrorismo). Essa lei veio a lume em razão do açonamento do legislador, que sequer esperou para saber o posicionamento da atual composição do Supremo Tribunal Federal – depois do julgamento do HC 82.959-7 aposentaram-se os Ministros Carlos Velloso e Nélson Jobim. E em vias de se aposentar está Sepúlveda Pertence, que proferiu voto da orientação vencedora no julgamento mencionado. A nova lei, em que pese ter revogado a vedação à progressão de regime para crimes hediondos, deve ser respeitada, pois não se pode, a exemplo dos autodenominados ‘garantistas’ (‘Luís Flávio Gomes & Cia Ltda’), enxergar inconstitucionalidades em tudo que contraria posicionamentos ideológicos pró-delinquentes. À Constituição e à lei dobram-se os verdadeiros juristas, mesmo que eventualmente não concordem com algumas de suas disposições. O artigo 2º, § 2º, da Lei dos Crimes Hediondos, com a redação introduzida pela Lei n.º 11.464/2007, possui o seguinte teor: “A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.” Que esses novos lapsos temporais para progressão de regime se aplicam em relação aos que praticam crimes a partir da edição da Lei n.º 11.464/2007 ninguém discute. O problema surge quando se pretende dar aplicação retroativa ao novo prazo diferenciado para a progressão de regime. Em outras palavras: aplicam-se os percentuais de 2/5 e 3/5 aos que cometeram crimes hediondos antes da entrada em vigor da Lei 11.464/2007, ou a estes agentes se aplica a regra geral de progressão de regime capitulada no artigo 112 da Lei de Execução Penal, qual seja, um sexto do cumprimento?

Como já se pode perceber, a resposta a esta questão depende do posicionamento que se adote a respeito dos efeitos do julgamento do habeas-corpus 82.959-7 pelo STF.

MARCELO LESSA BASTOS¹⁰ bem resume a questão:

“Para aqueles que entendiam que era inconstitucional vedar a progressão de regime em casos tais, só restava resolver a questão afastando a norma impeditiva e, até 29 de março de 2007, calcular a progressão a partir do cumprimento de 1/6 da pena, que era a única regra até então a disciplinar este cálculo (art. 112 da Lei de

10 Crimes hediondos, regime prisional e questões de direito intertemporal. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n 1380, 12 abr. 2007. Disponível em <http://jus2uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9734>> Acesso em 26 jun. 2007.

Execuções Penais). Neste passo, as novas regras quanto ao tempo de cumprimento de pena para progressão constituem-se em *novatio legis in pejus*, sendo vedada, por óbvio, sua aplicação aos fatos anteriores, na forma do art. 5º, XL, da Constituição Federal.

“Já para aqueles que entendiam estar em perfeita sintonia com a Constituição a vedação à progressão de regime nos crimes hediondos e figuras equiparadas, posição que aqui se sustenta e reitera, as novas regras constituem-se em *novatio legis in mellius*, eis que, num cenário de vedação à progressão de regime, passou-se a admiti-la, ainda que com um tempo maior do que aquele utilizado para o cálculo nas outras espécies de infração penal. Não há nenhum problema, portanto, em se exigir, para os crimes praticados antes da mudança legislativa, o cumprimento de 2/5 ou 3/5 da pena, conforme o caso, como requisito objetivo à progressão de regime, posto que tal exigência vem a substituir um quadro em que tal progressão era completamente vedada e, sendo assim, vem para melhorar a situação do réu. O princípio da igualdade não se constitui em óbice a esta afirmação, ao passo em que os novos condenados por crimes hediondos, cometidos após 29 de março de 2007, também estarão sujeitos à progressão de regime no mesmo espaço de tempo. Desigualdade gera a corrente anterior, defendida por Luiz Flávio Gomes, que trata desigualmente situações idênticas – beneficiando com a progressão após 1/6 da pena os condenados por crimes hediondos e figuras equiparadas anteriores a 29 de março de 2007, e após 2/5 ou 3/5 conforme o caso, os condenados por crimes hediondos e figuras equiparadas cometidos após esta data, quando, antes, era expressamente vedado o benefício, em norma que era perfeitamente compatível com a Constituição...”

Frise-se que é inviável juridicamente sustentar que a declaração incidental de inconstitucionalidade proferida pelo STF no julgamento do HC n.º 82.959-7/SP criou o parâmetro temporal de 1/6 de cumprimento da pena para progressão de regime ou determinou sua aplicação. O critério de 1/6, adotado pela maioria dos juízes brasileiros, foi um parâmetro de cunho provisório diante da lacuna estabelecida pela decisão do STF. Para significativa parcela de magistrados representou optar por um critério que afrontava às suas convicções pessoais; traduzia, porém, a rendição ante a inevitável reforma de qualquer decisão em sentido contrário, passível de ser atacada por meio de *habeas corpus* direcionado à Suprema Corte. No entanto, o parâmetro de cumprimento de 1/6 da pena, além de ferir o princípio da igualdade, impondo a crimes comuns e hediondos um mesmo requisito quando a própria Constituição determinou tratamento mais rigoroso aos crimes hediondos e equiparados, gestou uma proibitiva proteção deficiente de bens jurídicos de máximo escalonamento tais como a vida, a liberdade sexual, a saúde pública, valores sociais de elevada envergadura, tutelados pelas normas incriminadoras dos assim denominados crimes hediondos.

A propósito do tema, cabe referir trecho de sentença do magistrado gaúcho Eugênio Facchin Neto (grifos não constantes do original):

Quanto à proibição de proteção deficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. **A proibição de proteção deficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental.** Nesse sentido, ensina o Professor Lênio Streck:

“Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (Abwägung) entre fins e meios; **de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos.** Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador.” (Streck, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Revista da Ajuris, Ano XXXII, nº 97, marco/2005, p.180)

No mesmo sentido, o Professor Ingo Sarlet:

“A noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que abrange, (...), um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal, onde encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados.” (Sarlet, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. Revista da Ajuris, ano XXXII, nº 98, junho/2005, p. 107.)

E continua o Professor Ingo Sarlet:

“A violação da proibição de insuficiência, portanto, encontra-se habitualmente representada por uma omissão (ainda que parcial) do poder público, no que diz com o cumprimento de um imperativo constitucional, no caso, um imperativo de tutela ou dever de proteção, mas não se esgota nesta dimensão (o que bem demonstra o exemplo da descriminalização de condutas já tipificadas pela legislação penal e onde não se trata, propriamente, duma omissão no sentido pelo menos habitual do termo).” (Sarlet, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. Revista da Ajuris, ano XXXII, nº 98, junho/2005, p. 132.)”

Assim, o critério de 1/6 de cumprimento da pena para crimes hediondos e equiparados com vistas à progressão de regime, iniludivelmente iníquo, deve ser desprestigiado, para que outro, mais justo, possa ter lugar. A aplicação imediata da Lei 11.464/07, que deu nova redação ao art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos, só encontra barreira nos casos de apenados já beneficiados com a progressão de regime pelo indevido critério de 1/6 quando haja sentença transitada em julgado em seu favor, surgindo, nessa hipótese, um instituto pilar do constitucionalismo moderno: o direito adquirido. Destarte, só têm direito adquirido à progressão com 1/6 aqueles condenados que, quando da entrada em vigor da Lei 11/464, de 28/03/2007, já tinham em seu favor uma decisão judicial que lhes concedeu a progressão. Nesse caso, a regressão somente será possível mediante as hipóteses legais: falta grave ou superveniência de novas

condenações que imponham o regime fechado. **Mesmo assim, uma vez regredidos, terão de se submeter aos novos requisitos legais para segunda progressão.** Na esteira do argumentado neste trabalho, veja-se, sinteticamente, algumas hipóteses de condenação por crime hediondo e suas conseqüências, de acordo com o tempo em que prolatadas as sentenças:

a) Condenação antes da vigência da Lei n.º 11.464/2007 e após o julgamento de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal: regime **inicialmente** fechado, Ministério Público não recorre. Regra: Código Penal: 1/6 de cumprimento da pena para progressão. **Trânsito em julgado.** Não incide a nova lei, pois nesse caso não seria mais benéfica e a decisão já transitou em julgado;

b) Condenação antes da vigência da Lei n.º 11.464/2007: regime **inicialmente** fechado, Ministério Público recorre. **Não transitou em julgado.** Incide a nova lei, pois nesse caso a lei nova em cotejo com a Lei 8.072/90 é mais benéfica;

c) Condenação antes da vigência da Lei n.º 11.464/2007: regime **integralmente** fechado. O condenado recorre e pede progressão. Ministério Público não recorre. A progressão é concedida – regra do Código Penal: 1/6 do cumprimento da pena. **Trânsito em julgado.** Não incide a Lei 11.464/2007, pois transitou em julgado e tal decisão é mais benéfica ao condenado;

d) Condenação antes da vigência da Lei n.º 11.464/2007: regime **integralmente** fechado. O condenado recorre e pede progressão. **Não transitou em julgado.** Incide a nova lei, pois nesse caso não transitou em julgado e a nova lei é mais benéfica.

Cabe, no entanto, fazer referência que regramento diverso se aplica à situação dos que cometeram o crime de tortura. Com efeito, desde a edição da Lei n.º 9.455/97 era permitida a progressão de regime para os agentes que cometeram o crime de tortura, com base no disposto no artigo 112 da Lei de Execução Penal – requisito objetivo do cumprimento de 1/6 da pena. Desta forma, os novos parâmetros temporais de progressão de regime instituídos pela Lei 11.464/2007 (2/5 e 3/5) se caracterizam como *novatio legis in pejus*, não podendo ter aplicação retroativa, só alcançando os crimes de tortura praticados após a vigência da Lei n.º 11.464/2007.

5. CONCLUSÕES ARTICULADAS

1. O artigo 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90 (redação anterior à dada pela Lei 11.464/2007), quando vedava a progressão de regime para apenados por crimes hediondos, não padecia de qualquer vício de inconstitucionalidade, já que o legislador constituinte havia deixado a cargo do legislador ordinário a fixação dos parâmetros de individualização da pena;

2. A decisão proferida pelo STF, no HC 82.959-7/SP, nunca possuiu efeito vinculante, pois proferida em sede de controle *incidental* de constitucionalidade, valendo apenas *inter partes*;

3. Para que a decisão do STF pudesse ter eficácia *erga omnes*, deveria ser obedecido o disposto no artigo 52, X, da CF/88;

4. O Senado Federal possui discricionariedade para suspender a execução de ato normativo julgado inconstitucional incidentalmente pelo Supremo Tribunal Federal;

5. O argumento de que houve uma *mutação* constitucional, que tornou possível a extensão de efeitos *erga omnes* da decisão tomada no HC 82.959-7/SP, é por demais frágil, pois: a) torna o Senado Federal mero divulgador das decisões proferidas em sede de controle

incidental pelo STF, o que não se coaduna com a importância dessa Casa Legislativa; b) quebra a coerência interna, funcional, do sistema jurídico constitucional, pois praticamente faz desaparecer as diferenças entre controle *concentrado* e controle *difuso* de constitucionalidade; c) ignora que a suspensão de vigência da lei é atribuição do Legislativo, enquanto o Poder Judiciário, no controle difuso, trabalha com a questão da eficácia da lei; d) a suspensão da lei não pode ter efeitos retroativos, pois até a declaração da inconstitucionalidade em controle difuso a norma era válida e eficaz; e) quebra a regra de legitimação do art. 103 da CF/88, permitindo que os efeitos de decisões de processos subjetivos (caráter incidental) sejam equiparados aos das decisões de caráter concentrado de controle da constitucionalidade.

6. Não há inconstitucionalidade em estabelecer-se para os crimes hediondos e figuras equiparadas requisitos temporais mais severos que os aplicáveis às demais espécies de delitos, com vistas à obtenção da progressão de regime; ao contrário, assegura-se o atendimento da vontade do Poder Constituinte originário, que almejou tratamento mais rigoroso para os crimes hediondos.

7. Os requisitos temporais de 2/5 e 3/5 de cumprimento da pena (conforme reincidente ou não o agente) para obtenção de progressão de regime em crimes hediondos e equiparados são aplicáveis aos delitos dessas espécies cometidos antes da entrada em vigor da Lei n.º 11.464/2007 (salvo se houver decisão judicial com requisito temporal mais favorável transitada em julgado), pois se constituem em *novatio in melius* em relação à legislação anterior, que impunha a vedação à progressão de regime.

6. ABSTRACT

The prohibition to the progression of regimen for condemned by hideous crimes, before the advent of the Law n.º 11.464/07, was constitutional, therefore the decision pronounced for the STF, in the HC 82.959-7/SP, of incidental character, did not tie with the too much members of the Judiciary Power. A critical one to the positioning also becomes of that they support the possibility of the progression of regimen with the fulfilment of only 1/6 of the penalty for that they had committed hideous crimes before the entrance in force of Law 11.464/07, in 03.29.2007.

Key words: Crimes. Hideous. Regimen. Progression. Constitutionality.

7. REFERÊNCIAS

BASTOS, Marcelo Lessa. Crimes hediondos, regime prisional e questões de direito intertemporal. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n 1380, 12 abr. 2007. Disponível em <http://jus2uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9734>> Acesso em 26 jun. 2007.

FERRARA, Francesco. **Interpretação e Aplicação das Leis**. 2ª ed., Coimbra: 1963.

GALLO, Ronaldo Guimarães. Mutação constitucional. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 63, mar. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3841>>. Acesso em: 16 jan. 2007.

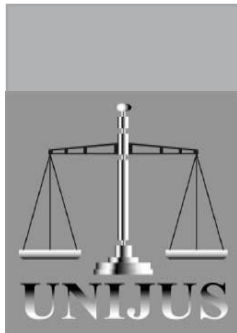
JÚNIOR, Volney Corrêa Leite de Moraes. **Em torno do Roubo**. Campinas: Millenium Editora, 2003.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 19ª edição, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. Publicado na **Revista de Informação Legislativa** n.º 162 (abr/jun. 2004), páginas 149/168.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 14ª Edição; 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9ª edição, 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.



POLÍTICA CRIMINAL E O CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS - ANÁLISE CRÍTICA DO ART. 33, DA LEI 11.343/2007

João José Leal¹
Rodrigo José Leal²

Resumo

Neste artigo, são analisadas algumas questões político/jurídicas relativas à nova descrição típica do crime de tráfico ilícito de drogas, positivada no art. 33, *caput* e em seu § 1º, incisos I a III, da Lei nº 11.343/2006. O estudo inicia com uma abordagem acerca do conceito jurídico/penal da expressão *tráfico ilícito de drogas* para, em seguida, examinar a opção, em termos de Política Criminal, pelo aumento da pena mínima, agora cominada ao tipo penal sob exame. O estudo prossegue com a análise dos tipos penais equiparados ao tráfico ilícito, tipificados nos três incisos do § 1º, do art. 33, da Lei Antidrogas, e termina analisando a conveniência política da nova causa de redução de pena, aplicável ao traficante primário e de bons antecedentes.

Palavras-Chave: Tráfico de Drogas. Lei 11.343/2006. Política Criminal. Substância Entorpecente. Tóxicos.

SUMÁRIO:

1. Introdução – 2. Nova Política Criminal para o Controle das Drogas? – 3. Conceito Jurídico/penal de Tráfico Ilícito de Drogas – 4. Nova Descrição Legal para o Tipo Básico – 5. Aumento da Pena Mínima para o Crime de Tráfico – 6. Demais Formas Típicas Equiparadas ao Tráfico Ilícito de Drogas – 7. Causa de Redução de Pena (art.33, §4º) – 8. Considerações Finais – 9. *Abstract* – 10. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Em artigos anteriores, examinamos as normas da Lei 11.343/06 - aqui denominada de Lei Antidrogas - que tratam do crime de porte para uso pessoal de drogas e das infrações intermediárias ali positivadas. Estas últimas são aquelas condutas típicas situadas entre o simples porte (art. 28) e o crime maior de tráfico ilícito de drogas (art. 33, *caput*), da nova lei .

Houve mudanças na forma legal de estabelecer o controle das modalidades típicas mais graves. A primeira delas consistiu no aumento da pena mínima para o tipo básico de tráfico e, em conseqüência, para os que lhe são equiparados.

Em contrapartida, houve, também, abrandamento de situações típicas antes tratadas com a mesma sanção prevista para o tipo básico do crime de tráfico ilícito de substância entorpecente. Portanto, ao elaborar e aprovar a Lei Antidrogas, o legislador fez sua opção por uma política criminal que entendeu ser a mais adequada e necessária – no atual momento histórico – para o enfrentamento do problema relacionado ao uso e ao tráfico de drogas ilícitas, pelo poder estatal.

1 Livre Docente-Doutor – UGF/FURB. Professor do Curso de PósGraduação em Ciência Jurídica – CPCJ/UNIVALI. Ex-Procurador Geral de Justiça de SC e Ex-Diretor do CCJ/FURB - Associado do IBCCrim e da AIDP.

2 Mestre em Ciência Jurídica – UNIVALI. Doutorando em Direito – Universidade de Alicante. Professor de Direito Penal – UNIVALI e UNIFEFE.

Fica claro que o legislador, navegando em águas revoltas pela polêmica doutrinária existente em torno do assunto, abraçou o sistema punitivo onde havia reclamos neste sentido, mas também adotou alternativas de maior severidade, em determinadas questões pontuais do novo controle penal sobre a matéria.

2. NOVA POLÍTICA CRIMINAL PARA O CONTROLE DAS DROGAS?

A categoria denominada Política Criminal deve ser vista como um ramo da Política Jurídica. Esta, no entender de Osvaldo Ferreira de Melo, desempenha um importante papel corretivo epistemológico, ideológico e operacional em sua interrelação com o sistema jurídico vigente. Sua função essencial é a de “buscar o direito adequado a cada época, tendo como balizamento de suas proposições os padrões éticos vigentes e a história cultural do respectivo povo”.³ Para o autor, Política e Direito são conceitos intimamente relacionados, devendo ser entendidos (apreendidos) sempre “num sentido ético-social, identificados, tanto quanto possível, com a idéia do justo, do correto, do legitimamente necessário (útil)”.⁴

Assim sendo, a Política Criminal, que tem por fim o estudo e a prática das ações mais adequadas ao controle da criminalidade, deve ser entendida como o conjunto de conhecimentos capazes de conduzir o legislador – no momento de gestação da norma penal – e o operador jurídico, no momento de sua aplicação e execução, a construir um sistema penal mais eficiente (útil) e legítimo (justo).

Não tem sido outro o conceito dos doutrinadores consultados quanto ao sentido políticojurídico da categoria Política Criminal. Assim, Heleno Cláudio Fragoso escreveu que a Política Criminal deve ser entendida como atividade que tem por fim determinar os “meios mais adequados para o controle da criminalidade, valendo-se dos resultados que proporciona a Criminologia”.⁵ De modo mais objetivo, porém menos jurídico/penal e mais vinculado à Sociologia, Mireille Delmas-Marty entende a Política Criminal como sendo “o conjunto dos procedimentos através dos quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal”.⁶

Para Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangelli, toda norma jurídica surge e é filha de uma decisão política. E definem a Política Criminal como *a ciência ou a arte de selecionar os bens (ou direitos) que devem ser tutelados jurídica e penalmente e escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que iniludivelmente implica a crítica dos valores e caminhos já eleitos*” (grifo no original).⁷ Em seu estudo de Criminologia, Günter Kaiser define a Política Criminal como sendo o conjunto sistematizado “das estratégias, táticas e instrumentos de controle social da delinquência”.⁸

Em seu estudo monográfico sobre esta categoria político/jurídica, Fernando Galvão define Política Criminal como o “conjunto de princípios e recomendações que orientam as ações da justiça criminal, seja no momento da elaboração legislativa ou da aplicação e exe-

3 MELO, Osvaldo Ferreira de Melo. *Temas Atuais de Política do Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor-CPCJ/UNIVALI, 1998, p. 80.

4 *Idem*, p. 129.

5 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 18.

6 DELMAS-MARTY, Mireille. *Modelos e Movimentos de Política Criminal*. Rio de Janeiro: Revan: 1992, p. 24.

7 ZAFFARONI, Eugênio Raúl e PIERANGELLI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 132.

8 KAISER, Günter. *Introducción a la Criminología*. Trad. Rodríguez Devesa. Madri: Dykinson, 1988, p. 52.

ção da disposição normativa”⁹.

Neste artigo e com base no conceito de Política Criminal acima exposto, examinaremos algumas questões jurídicas relacionadas ao crime de tráfico ilícito de drogas (art. 33, *caput*) e aos três tipos penais que lhe são equiparados, descritos nos incisos I a III, do seu § 1º, da Lei Antidrogas.¹⁰

3. CONCEITO JURÍDICO/PENAL DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

Quanto ao conceito ou significado jurídico/penal de tráfico ilícito de drogas, a exemplo da lei anterior, também a atual Lei Antidrogas não indica expressamente qual a conduta (ou condutas) portadora deste *nomen juris*. Nem o art. 33, seus parágrafos e incisos, nem nenhum outro dispositivo incriminador são assinalados com a rubrica ou a denominação legal de *tráfico de drogas*. Ainda na vigência da Lei Antidrogas anterior, acertadamente, Alberto Silva Franco já havia assinalado que “inexiste, no direito penal brasileiro, figura típica que atenda pelo *nomen juris* de tráfico ilícito de entorpecentes”.¹¹

Portanto, a lei positiva não adotou um *nomen juris* para, de forma unívoca, designar o tipo penal em estudo. Cremos que isto se explica pela multiplicidade de verbos utilizados para demarcar as ações proibidas sob a ameaça de pena criminal. Na verdade, tratando-se de crime de ação múltipla, torna-se difícil reduzir a uma única denominação jurídico/penal o sentido e o espaço de proibição representado por esse tipo penal tão multifforme.

No entanto, a doutrina penal e a jurisprudência têm utilizado, de forma corrente e sem divergência, a expressão *tráfico ilícito de drogas* para denominar o crime anteriormente descrito no art. 12, *caput*, da Lei 6.368/76 e agora tipificado no art. 33, *caput*, da Lei Antidrogas. Embora a comercialização da droga não seja a marca absolutamente obrigatória da ação criminosa, cremos que o que caracteriza o tráfico é a idéia de que a conduta incriminada - expressa por meio de qualquer um dos dezoito verbos da descrição típica - seja praticada com a vontade de que a droga seja transferida ou colocada na posse de terceiros para consumo.

Portanto, a finalidade da conduta típica deve estar relacionada à idéia de comercialização escusa ou fraudulenta da droga ou, ao menos, a uma certa forma de mercancia, mesmo que indireta, acessória ou preparatória de um futuro negócio ilícito de venda de drogas.

Assim sendo, em termos conceituais e de semântica jurídico/penal e seguindo a terminologia doutrinária corrente, podemos continuar denominando *tráfico ilícito de drogas* ao crime tipificado no art. 33, *caput*, da Lei Antidrogas.

Já as modalidades típicas previstas no seu § 1º, incisos I a III e que têm a mesma cominação penal, devem ser denominadas de *crimes equiparados* ou *assemelhados* ao tráfico ilícito de drogas, que constitui o típico básico. São, também, formas típicas de tráfico ilícito de drogas.

A Lei Antidrogas tipificou, ainda, condutas que, por ultrapassarem o espaço normativo das infrações de médio e de menor potencial ofensivo, podem ser denominadas de

9 GALVÃO, Fernando. *Política Criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 23.

10 Sobre o tema Política Criminal e controle penal do uso e do tráfico de drogas, ver: SILVEIRA, Renato de Melo Jorge. *Drogas e Política Criminal: Entre o Direito Penal do Inimigo e o Direito Penal Racional*. In REALE JÚNIOR, Miguel (Org). *Primeiro Encontro de Mestres e Doutores do Departamento de Direito Penal da Faculdade de Direito da USP. Drogas – Aspectos Penais e Criminológicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 25-52

11 FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 146.

infrações complementares ou *vinculadas* ao crime de tráfico ilícito de drogas. Estas estão previstas nos arts. 34, 35, 36 e 37, da Lei Antidrogas.

4. NOVA DESCRIÇÃO LEGAL PARA O TIPO BÁSICO

Com mudanças pontuais, na forma descritiva do tipo básico ou fundamental,¹² a nova lei manteve a incriminação do tráfico ilícito de drogas em seu art. 33, *caput*, com a seguinte dicção normativa:

“Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 50 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Verifica-se que a nova descrição típica é mais objetiva, em comparação com o texto do art. 12, da lei revogada. Na verdade, em termos de conteúdo semântico e jurídico, o texto anterior foi objeto apenas de um pequeno ajuste de redação e de sintaxe. No novo dispositivo, a expressão “*ainda que gratuitamente*” está descrita após a série de verbos. Isto significa que todas essas ações recebem a marca da tipicidade penal e devem ser consideradas crime de tráfico ilícito, mesmo quando praticadas sem o objetivo de lucro. O essencial é que o agente atue com a finalidade de transferir para outro a droga ilícita.

Em termos de linguagem jurídica, portanto, a correção tornou o novo texto legal mais coerente com a regra da taxatividade em matéria penal.

Mesmo assim, continuam os dezoito verbos indicadores das ações capazes de realizar o tipo objetivo (desde o ato de *importar*, até o de *fornecer drogas*, ainda que gratuitamente). Por isso, para a devida compreensão do sentido jurídico/penal de cada um dos inúmeros núcleos verbais (tipo objetivo ou forma objetiva de realização do tipo penal), que integram o texto do dispositivo penal em exame, remetemos o leitor à extensa bibliografia já publicada sobre a matéria.¹³

5. AUMENTO DA PENA MÍNIMA PARA O CRIME DE TRÁFICO

Além disso, coerente com a nova terminologia utilizada em todo o seu texto, a atual Lei Antidrogas abandonou a complicada expressão “substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica”, adotada no texto revogado do referido art. 12, *caput*, da Lei 6.368/76. Já vimos que se trata de expressão que havia causado muita discussão a respeito de seu verdadeiro significado jurídico/penal, além de estar completamente superada nos discursos

12 Conforme já antecipamos acima, denominamos *tipo penal básico ou fundamental de tráfico ilícito de drogas* ao tipo penal descrito no art. 33, *caput*, da atual Lei Antidrogas. Na vigência da Lei Nº 6.368/76, o crime em referência encontrava-se positivado no art. 12, *caput*. Cremos que a identificação se torna necessária para se estabelecer a distinção entre este tipo penal básico e suas formas legalmente equiparadas, previstas no § 1º e seus três incisos, do referido art. 33 e nos arts. 34 a 37, da atual Lei Antidrogas.

13 Ver, entre outros autores, que comentam a atual ou a antiga Lei Antidrogas: DELMANTO, Celso. *Tóxicos*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 12 e segs.; GOMES, Luiz Flávio e outros. *Nova Lei de Drogas Comentada – Lei 11.343, de 23.08.2006*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, especialmente, p. 145-165. GRECO FILHO, Vicente. *Tóxicos. Prevenção – Repressão*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 78 e segs.; GUIMARÃES, Isaac Sabbá. *Tóxicos. Comentários, Jurisprudência e Prática à Luz da Lei 10.409/02*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 30 e segs.

médicopsiquiátricos e dos organismos internacionais da ONU relacionados à saúde.¹⁴

Assim sendo, o novo texto legal refere-se apenas às *drogas*, como objeto material de uma das múltiplas ações configuradoras do tráfico ilícito. Neste ponto, é preciso reconhecer que o conteúdo normativo do novo art. 33, *caput*, ficou mais simples de ser interpretado, pois o conceito legal de *drogas* encontra-se positivado no art. 66, da própria Lei Antidrogas.

De maior significado penal, no entanto, foi o aumento da pena mínima de *três* para *cinco* anos de reclusão e da pena pecuniária (500 a 1.500 dias-multa), a serem aplicadas ao traficante, agente da forma básica do tipo penal em exame.

A nosso ver, o recrudescimento da repressão ao tráfico representa uma resposta do legislador ao sentimento de insegurança e de medo que impera nos grandes aglomerados urbanos de nosso país. Ninguém pode desconhecer a realidade urbana e delinqüencial brasileira. Zonas ou bairros periféricos, marginalizados ou favelizados de nossas grandes cidades, geralmente, são espaços urbanos tomados (ou de circulação controlada) por quadrilhas organizadas do tráfico ilícito de drogas.

O mais grave é que a criminalidade ali verificada não se restringe apenas e propriamente ao crime de tráfico. Este tem sua operacionalização intimamente associada – seja como causa ou conseqüência – à violência sempre crescente dos assassinatos e execuções, que são responsáveis por verdadeiros genocídios da marginalidade urbana. Estes, por sua vez, são componentes inevitáveis das violentas guerras urbanas travadas entre quadrilhas rivais pelo do comando da sinistra rede de distribuição das drogas.

É evidente que o verdadeiro consumidor da droga, geralmente, não habita esse espaço urbano degradado ou da exclusão social. Mas, é ali que o usuário de drogas, residente dos bairros “de bem estar social”, vai encontrar o produto proibido para suas viagens psicodélicas de devaneios e de delírios. É nesse espaço de exclusão social, portanto, que o tráfico opera e impõe a sua contracultura da marginalidade e da violência.

Isto, sem dúvida, assusta e gera insegurança coletiva. E explica, também e, em parte, a resposta da lei em favor do aumento da pena mínima, de três para cinco anos de reclusão, para o crime de tráfico ilícito de drogas. Aqui, a nova lei insiste na equivocada e ilusória crença de que a solução está na adoção de pena mais rigorosa.¹⁵

Creemos que o aumento da pena mínima representou, também, uma reação à tendência do judiciário de fixar a sanção punitiva em seu mínimo legal. Esta, aliás, tem sido uma reação reiterada em alguns momentos legislativos da construção do subsistema punitivo representado pela legislação dos crimes hediondos – LCH - da qual o crime de tráfico era um dos integrantes ou, como quer boa parte da doutrina, um crime assemelhado aos crimes hediondos.

Se houve aumento da pena mínima cominada, é preciso ressaltar que, em contrapartida, houve também abrandamento da repressão legal em relação ao condenado primário e de bons antecedentes. Em conseqüência, a Lei Antidrogas criou uma causa de redução de pena – de um sexto a dois terços (art. 33, § 4º) – para beneficiar o delinqüente do primeiro crime e distingui-lo do traficante reincidente e integrante de quadrilhas ou organizações criminosas. Assim sendo, a lei garante ao primário e de bons antecedentes um incentivo penal

14 Política Criminal e a Lei 11.343/2006: Nova Lei, Novo Conceito de Substância Causadora de Dependência. *Jus Navegandi*. Teresina, Nº , de . Disponível em: <http://www.jus2.uol.com.br/doutrinas>

15 Sobre o tema, ver: BOTTINI, Pierpaolo. In REALE JÚNIOR, Miguel (Org). Primeiro Encontro de Mestres e Doutores do Departamento de Direito Penal da Faculdade de Direito da USP. *Drogas – Aspectos Penais e Criminológicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 69-86.

para abandonar a prática do tráfico.

Com a Lei Antidrogas, o crime de tráfico ganhou plena autonomia em relação às normas de maior rigor penal previstas LCH. A partir de agora, essas normas especiais e de maior rigor - no que diz respeito ao crime de tráfico e aos que lhe são equiparados - estão positivadas no texto da própria Lei Antidrogas. Em consequência, no tocante aos crimes relacionados às drogas, cremos não mais ser possível recorrer àquela fonte tão polêmica, que é a Lei 8.072/90.

É preciso ressaltar que, com o aumento da pena mínima, algumas questões ficaram superadas. Agora, aplicada a pena mínima de cinco anos de reclusão, não haverá mais discussão sobre o cabimento do sursis ou a substituição por uma pena restritiva de direitos. No entanto, não há proibição expressa de se conceder o sursis ao condenado por tráfico e que tenha sido beneficiado com a referida causa de redução de pena. Já a conversão da pena detentiva por restritiva de direitos, há proibição expressa, prevista no próprio dispositivo legal positivador da minorante (art. 33, § 4º).

Quanto à pena pecuniária, o aumento de seus patamares mínimo e máximo foi ainda significativamente maior. Neste caso, a atual Lei de Drogas parece refletir a tendência da nova Política Criminal, comprometida com a idéia de se buscar alternativas à prisão, sendo uma delas a crença na maior eficácia de medidas patrimonializadoras do sistema punitivo.

6. DEMAIS FORMAS TÍPICAS EQUIPARADAS AO TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

A mesma pena prevista para o autor do crime tráfico ilícito de drogas, descrito no *caput* do art. 33, é também cominada para sancionar as formas típicas descritas no § 1º e seus incisos. Assim, incorre também na pena de reclusão de cinco a quinze anos, quem:

I – importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II – semeia, cultiva ou faz colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para preparação de drogas;

III – utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

Portanto, tais condutas típicas devem ser consideradas como equiparadas ao crime de tráfico de drogas e assim podem ser juridicamente denominadas.

Cabe ressaltar que a atual Lei de Drogas não alterou apenas a redação dos incisos que se encontravam distribuídos em dois parágrafos da lei antiga, mas também o conteúdo do direito repressivo ali positivado. Agora, num só parágrafo e três incisos, foram descritas as modalidades típicas equiparadas ao tipo penal básico.

Na vigência da lei anterior, eram cinco os tipos penais equiparados ao crime de

tráfico, agora reduzidos aos três acima transcritos. Isto significa que, uma forma típica antes equiparada ao tipo básico, com a nova lei, recebeu tratamento legal distinto e bem mais brando: *induzimento ou auxílio ao uso indevido de droga* (art. 33, § 2º). Para esta modalidade típica, a pena, antes cominada entre o mínimo de três e o máximo de quinze anos de reclusão, é agora de detenção de um a três anos e a pena pecuniária de cem a trezentos dias-multa.

Indiscutivelmente, houve um significativo abrandamento do controle penal em relação a uma conduta que, na vigência da lei anterior, era punida com a mesma carga punitiva cominada ao crime de tráfico ilícito de drogas. Já não se trata mais de um tipo penal equiparado ao crime de tráfico, mas de um crime que, embora relacionado às drogas, ganhou uma indiscutível autonomia normativa.

Tratando-se de norma repressiva mais favorável ao infrator, sua eficácia retroativa deve ser reconhecida para beneficiar todos os acusados que estejam respondendo a processo criminal ou os condenados que, ainda, estejam cumprindo pena, desde que o crime tenha sido cometido durante a vigência da Lei 6.368/76.

Outra forma típica, antes também equiparada ao crime de tráfico – *contribuição ou incentivo para o uso de droga* – não foi objeto de incriminação expressa pela nova lei. Na verdade, a conduta de “contribuir de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso indevido ou o tráfico ilícito de substância entorpecente”, até então incriminada no § 2º, inciso III, da Lei 6.368/76, dependendo do caso concreto, agora, pode ser enquadrada na moldura típica do crime de tráfico ilícito ou no crime, bem menos grave, de induzimento ou auxílio ao uso indevido de drogas.

Afinal, no tocante ao concurso de pessoas, nosso Código Penal adotou a teoria monista (art. 29, *caput*), para a qual quem contribui, de qualquer modo, para a realização do crime, incide nas penas a ele cominadas.

7. CAUSA DE REDUÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º)

A atual Lei Antidrogas trouxe uma importante inovação, que certamente irá contribuir para o abrandamento do controle penal em relação ao condenado do primeiro tráfico e que apresente um perfil criminológico de menor potencial ofensivo em relação ao bem jurídico protegido, que é a saúde pública. Trata-se da causa de redução de pena, de um sexto a dois terços, criada para beneficiar o condenado primário, de bons antecedentes e que “não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa” (art. 33, § 4º).

Parece-nos que o objetivo maior da minorante em exame é o de permitir ao juiz um instrumento mais racional e mais justo, em termos de aplicação e de individualização da pena, para enfrentar essa camisa de força imposta pela adoção da teoria monista, adotada por nosso Código Penal, em termos de concurso de pessoas. Como o tráfico, geralmente, é praticado por quadrilhas ou, ao menos, em concurso de pessoas, nem sempre é juridicamente justo ou razoável tratar o traficante primário – quando for o caso de um simples passador ou distribuidor da droga, é claro – com a mesma carga punitiva a ser aplicada aos principais agentes do crime.

Além de primário e dos bons antecedentes, o condenado deve demonstrar que, descontando sua atuação no tráfico, não se dedica às atividades criminosas e nem pertence a uma organização criminosa. Neste último caso, organização criminosa somente pode ser aquela a que se refere – embora sem defini-la – a Lei 9.034/95. Cremos que a minorante foi criada

para beneficiar o traficante primário e de bons antecedentes que, isoladamente, na ponta da cadeia criminosa, faz seu trabalho à margem (ou, ao menos, sem contato direto) dos principais integrantes da quadrilha ou organização e que são os verdadeiros responsáveis pelo sinistro negócio do tráfico de drogas.

No entanto, cabe ressaltar que a norma em exame proíbe expressamente que a pena privativa de liberdade aplicada – embora possa ser objeto de redução – seja convertida em restritiva de direitos. Verifica-se, portanto, que a opção por um controle penal mais brando para o traficante do primeiro crime não o livrou do efetivo cumprimento da pena reclusiva.

A Lei Antidrogas, no entanto, não proíbe a aplicação do regime inicial aberto. Por isso, no caso de a pena aplicada ser reduzida para quatro anos ou menos de reclusão, o regime inicial aberto é perfeitamente cabível, pois se há merecimento penal para a redução da reprimenda haverá, necessariamente, merecimento também para a concessão do regime prisional mais benéfico; se a pena reclusiva for fixada acima de quatro até oito anos, o regime prisional inicial deve ser o semiaberto.

Também não há proibição expressa de concessão do sursis. Assim, se o condenado primário e de bons antecedentes tiver sua pena reclusiva reduzida para dois anos ou menos, a nosso ver é cabível o benefício da suspensão condicional da penal.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No tocante ao crime de tráfico ilícito de drogas, a nova Lei Antidrogas trouxe algumas inovações em termos de controle penal desta preocupante conduta. Operou, também, alguns ajustes em termos de linguagem descritos dos tipos penais acima examinados.

Em termos de Política Criminal, as inovações mais significativas consistiram no aumento da pena mínima, de três para cinco anos de reclusão, na previsão de uma causa de redução de pena para o traficante do primeiro crime e de bons antecedentes e, ainda, na redução, de seis para três, das hipóteses típicas equivalentes ao tráfico. Se, no primeiro caso, a lei nova optou por uma resposta penal mais severa, nas duas últimas prevaleceu a opção política por um controle penal de maior flexibilidade e de abrandamento do sistema.

Se o legislador acertou na correção da legislação anterior e se adotou regras de convivência mais adequadas para o enfrentamento da problemática relacionada ao uso e tráfico de drogas, só o tempo e a práxis poderão dar a resposta. A verdade é que, desde Montesquieu e, posteriormente, Beccaria, é sabido que vale mais a efetividade da norma penal do que uma eventual ameaça de maior severidade punitiva.

Além disso, é preciso ressaltar que, para a Política Criminal contemporânea, é elevar o entendimento de que a redução dos elevados índices de delinquência, aí incluída a criminalidade das drogas, depende principalmente da adoção de uma transformadora política socioeconômica e cultural capaz de criar uma sociedade de bem estar social e mais igualitária. Sem isto, as leis penais, por mais bem elaboradas que sejam do ponto de vista técnicojurídico, revelam-se ineficientes para cumprir a sua necessária função de controle penal.

De qualquer modo, vale a lição de Osvaldo Ferreira de Melo ao afirmar que a Política Jurídica tem por tarefa propor as necessárias correções na legislação vigente ou de descobrir as regras de convivência exigidas pelos chamados novos direitos, pois o Direito a ser produzido, com vistas à legalidade do futuro, deve “buscar renovar-se nas legítimas

fontes das utopias”¹⁶.

9. ABSTRACT

In this article, some political and legal matters related to the new description of the drug traffic crime are analyzed, inserted by the art. 33, caput, and in its first paragraph, items I to III, of the Law Number 11.343/2006. The study initiates with an approach about penal law concept of the expression illegal drug traffic, and after that, to examine the option, in terms of Criminal Politics, for the increase of the minimum penalty for five years of reclusion, now imposed to this crime under examination. The study continues with the analysis of the criminal types equalized to the illicit traffic, characterized at the three items of the first paragraph, in the art. 33, of antidrug Law and finishes analyzing the political convenience of reducing the penalty applicable to the primary dealer with a good record.

Key words: *Drugs. Illegal Drugs. Law n. 11.343/2006. Criminal Politics. Toxics. Traffic.*

10. REFERÊNCIAS

- BOTTINI, Pierpaolo. In REALE JÚNIOR, Miguel (Org). Primeiro Encontro de Mestres e Doutores do Departamento de Direito Penal da Faculdade de Direito da USP. *Drogas – Aspectos Penais e Criminológicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 69-86.
- DELMANTO, Celso. *Tóxicos*. São Paulo: Saraiva, 1982.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Modelos e Movimentos de Política Criminal*. Rio de Janeiro: Revan: 1992.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- GALVÃO, Fernando. *Política Criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 23.
- GOMES, Luiz Flávio e outros. *Nova Lei de Drogas Comentada – Lei 11.343, de 23.08.2006*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, especialmente, p. 145-165.
- GRECO FILHO, Vicente. *Tóxicos. Prevenção – Repressão*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- GUIMARÃES, Isaac Sabbá. *Nova Lei Antidrogas Comentada. Crimes e Regime Processual Penal*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 30 e segs.
- KAISER, Günter. *Introducción a la Criminología*. Trad. Rodriguez Devesa. Madri: Dykinson, 1988.
- LEAL, João José. Política Criminal e a Lei 11.343/2006: Nova Lei, Novo Conceito de Substância Causadora de Dependência. *Jus Navegandi*. Teresina, N° , de . Disponível em: <http://www.jus2.uol.com.br/doutrinas>
- MELO, Osvaldo Ferreira de. *Temas Atuais de Política do Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor-CPCJ/UNIVALI. 1998.
- REALE JÚNIOR, Miguel (Org). Primeiro Encontro de Mestres e Doutores do Departamento de Direito Penal da Faculdade de Direito da USP. *Drogas – Aspectos Penais e Criminológicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

16 MELO, Osvaldo Ferreira de Melo. *Temas Atuais de Política do Direito*, cit., p. 72.

SILVEIRA, Renato de Melo Jorge. Drogas e Política Criminal: Entre o Direito Penal do Inimigo e o Direito Penal Racional. In REALE JÚNIOR, Miguel (Org). Primeiro Encontro de Mestres e Doutores do Departamento de Direito Penal da Faculdade de Direito da USP. *Drogas – Aspectos Penais e Criminológicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 25-52.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl e PIERANGELLI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 132.



REFLEXOS JURÍDICOS DE CONVIVÊNCIA FAMILIAR MÚLTIPLA E SIMULTÂNEA

Ibrahim Fleury de Camargo Madeira Filho¹

RESUMO:

O ordenamento jurídico trata de casamento putativo e uma das hipóteses é a bigamia. Não há normas, sequer protetivas, acerca de “uniões estáveis putativas”. Há isolados registros jurisprudenciais e abordagens doutrinárias. Analisamos os possíveis efeitos jurídicos dessas hipotéticas situações, apontando soluções práticas para partilha de bens, alimentos, direitos sucessórios e previdenciários, dentre outros.

Palavras-chave: União estável. Relacionamento monogâmico. Casamento putativo. Bigamia. Direito de família.

SUMÁRIO:

1. Breve abordagem sobre direito convivencial – 2. Evolução histórica dos institutos concubinato, união estável e casamento – 3. Efeitos jurídicos de relacionamento convivencial – 4. Característica monogâmica da união estável – 4.1. Linha doutrinária que admite efeitos jurídicos às situações fáticas de famílias simultâneas – 5. Existência fática de convivências simultâneas – 5.1. Precedentes jurisprudenciais sobre o tema – 6. Problemas jurídicos de convivências simultâneas – 6.1. Algumas abordagens sobre casamento putativo – 6.2- Linha doutrinária contrária à aplicação, por analogia, das regras concernentes a casamento putativo para resolver situações de convivências simultâneas – 7. Soluções para resolver situações de convivências simultâneas no aspecto patrimonial – 8. Inafastabilidade da tutela jurisdicional e sua eficácia – 9. Conclusão – 10. *Abstract* – 11. Referências.

1. BREVE ABORDAGEM SOBRE DIREITO CONVIVENCIAL

O tema é regido pelo direito de família.

Ensina-nos Maria Helena Diniz: “Direito de família é o ramo do direito civil concernente às relações entre pessoas unidas pelo matrimônio, pela união estável ou pelo parentesco e aos institutos complementares de direito protetivo ou assistencial, [...]”.² Não tem conteúdo econômico, a não ser indiretamente – este aspecto é importante para o estudo dos problemas jurídicos de convivências simultâneas.

Em sentido *lato*, o termo *família* abrange cônjuges, companheiros e outras pessoas, abrangendo aquelas ligadas por afinidade.

União estável é tema dos mais importantes e de repercussão para a sociedade como um todo.

A Constituição da República, no art. 226, §3º, assim estabelece: “Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

O Código Civil de 2002 trata desse instituto em diversos dispositivos, com destaque para os arts. 1.723 a 1.727 e 1.790.

1 Juiz de Direito em Minas Gerais. Mestrando em Direito Civil Comparado pela PUC/SP.

2 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 2007, Vol. 5, p. 04.

Interessantes explanações sobre o tema *união estável*, nos moldes do Código Civil de 2002, depreendem-se dos estudos de Jurandir Sebastião³, que enfocou o regime de comunhão parcial e/ou contratual, no contexto de ampla abordagem sobre casamento, e de André Menezes Delfino⁴, que abordou os aspectos de direito sucessório. Reportamos o leitor a essas orientações doutrinárias, como complemento do presente estudo. Jurandir Sebastião também destaca o requisito da fidelidade entre os conviventes, aspecto central do presente trabalho.

Sobre o tema, merece destaque o estudo de Maria Helena Marques Braceiro Danelluzzi⁵, que apresenta soluções para diversos problemas concernentes a união estável.

Quanto às propostas de modificação do Código Civil de 2002, acerca do instituto união estável, sugerimos leitura do Projeto de lei n. 6.960 de 2002, com a respectiva exposição de motivos, em estudos feitos por Juarez de Oliveira, Antonio Cláudio da Costa Machado e Zacarias Barreto⁶.

Relacionamento entre homem e mulher é decorrência da própria natureza humana. É, por isso, fato natural. Ao longo da história, os vínculos entre homem e mulher passaram a ser regradados pelo Estado, conforme as peculiaridades de cada fase da humanidade.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS INSTITUTOS CONCUBINATO, UNIÃO ESTÁVEL E CASAMENTO⁷

As primeiras reminiscências do concubinato datam do período em que a poligamia era a forma comum de casamento.

É muito interessante o estudo feito por Adahyl Lourenço Dias⁸, que adiante procuramos sintetizar.

Na Babilônia, a devassidão dos costumes sexuais e orgias comprometeram a sociedade. As mulheres freqüentavam lugares sagrados mantendo culto a Milita e Vênus, levando vida sexual desregrada, o que, entretanto, era permitido pelas respectivas normas religiosas.

Entre os hebreus, descendentes dos caldeus, admitia-se a poligamia, em decorrência dos costumes. Todavia, diferenciavam esposa, concubina e meretriz. A primeira em plano superior às outras duas, e a concubina em plano superior à meretriz.

Consta que o Rei Salomão chegou a desposar setecentas mulheres, todas de boa condição, inclusive a filha de um Faraó, e mantinha mais trezentas concubinas.

Admitiu-se concubinato também na antiga Grécia, época de comportamentos lascivos, com exaltação ao sexo a partir de cultos a Vênus e Adônis. Mas, objetivando frear tal imoralidade, Licurgo, rei-legista, editou normas, posteriormente complementadas por Sólon (como constatados nas instituições do *Dicterion*), limitando a *lasciva amorosa* aos recintos fechados, diferenciando virgens e casadas das concubinas, conferindo às últimas regras próprias.

3 SEBASTIÃO, Jurandir. Casamento, regimes de bens, partilha em vida e no direito sucessório, *Revista Jurídica UNIUS*, Uberaba: UNIUBE, Vol. 9 – n. 10, Maio/2006, p.13/44.

4 DELFINO, André Menezes. A união estável no direito sucessório – a vantagem e as desvantagens da nova legislação, *Revista Jurídica UNIUS*, Uberaba: UNIUBE, Vol. 7 – n. 1, Novembro/2004, p. 49/55.

5 DANELLUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. *União estável*, dissertação de Mestrado apresentada na PUC/SP.

6 OLIVEIRA, Juarez de, e outros. *Código Civil de 2002 – comparado e anotado*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 751 a 808.

7 A maior parte desse subitem tem por base pesquisa realizada por Andréa Cristina Zanetti, em trabalho apresentado durante programa de Mestrado da PUC-SP.

8 DIAS, Adahyl Lourenço. *A concubina e o direito brasileiro*, 4ª ed, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 13 a 19.

Os registros tratam de notórias concubinas ao tempo da Grécia antiga, dentre as quais merece destaque Aspásia, que ensinou retórica a grande número de alunos. Natural de Mileto, cidade do Mar Egeu, era considerada estrangeira e, conseqüentemente, não pôde casar-se com Péricles. Mas com este viveu feliz, mantendo concubinato público e histórico. Antes de viver com Péricles, Aspásia manteve concubinato com Sócrates e, depois da morte deste, com Alcebiades.

Roma também recebeu influência da civilização babilônica. As diferentes formas de uniões podiam ser divididas em casamento normal (*justae nuptiae*); casamento entre peregrinos (*jus gentium*); união entre escravos (*contubernium*); e *concubinatus* (estas, uniões livres).⁹

Tal como na Babilônia, o sexo desregrado acarretou ao Império Romano a dissolução moral familiar, o que levou o imperador Augusto a editar a *Lex Julia* como reação à crise e ao perigo do aniquilamento dos núcleos sociais. Por força dessa norma, o concubinato passou a ser opção de vida amorosa para os libertos, fazendo expandir a figura do casamento.

À época de Roma, o concubinato significava, para a concubina, convivência mútua de vida, posto que admitido pelos preceitos morais, não estigmatizando a mulher. Entretanto, não se equiparava à condição da mulher legítima (casamento), tampouco permitia que desfrutasse da condição social do companheiro, pois faltava a relação *honor matrimonii*.¹⁰

No ano 326 dC Roma passou a estimular o casamento e desestimular o concubinato, até mesmo com sanções.

Depois da vinda dos Imperadores Cristãos para Roma, passou a ser estimulado o casamento, bem como a conversão do concubinato em casamento. **Decorre desta época o disposto no art. 226, §3º, de nossa Constituição Federal.**

Ao tempo de Justiniano, passou-se a admitir o concubinato entre desimpedidos para o matrimônio (livres para contrair casamento), desde que houvesse coabitação e fidelidade. Exigia-se vínculo monogâmico.

O *concubinatus* e a concubina apresentam aspectos de honestidade, com as aparências de um casamento, embora ainda não reconhecido como instituto jurídico, obtido apenas com o Digesto.¹¹

Por força do Digesto, ao concubinato foram atribuídos efeitos civis. Homem e mulher que convivessem sob o mesmo teto, de forma duradoura, embora com impedimento para se casar, constituíam união ‘louvável’, especialmente se houvesse diferença social, como as de liberta e patrono. Constituía-se sem a exigência de formalidades. Mas, em que pese a esse amparo legal, o concubinato continuava em plano secundário, sem a expressão e o significado do *casamento*, mantido num plano superior.

9 DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, Vol. 1, p. 893 e 1.069; DIAS, Adahyl Lourenço, *A concubina...*, ob. cit., p. 23.

10 DIAS, Adahyl Lourenço. *A concubina...*, ob. cit., p. 27.

11 Consoante Aloísio Surgik, in *Enciclopédia Saraiva de Direito*, vol. 35, São Paulo: Saraiva, 1979 (Coord. Prof. Rubens Limongi França e atualização legislativa por Juarez de Oliveira). Também conhecida como *Deo Auctore*, trata-se da compilação de normas promovida pelo Imperador Justiniano, que nomeou 16 juristas, advogados e professores, considerando *iura* (matéria referente à doutrina) e *leges* (matéria constitutiva de textos legais), que haviam sido antes dispostas no *Codex*. Logo após a promulgação do Código (em 07 de abril de 529), Justiniano autorizou a elaboração do Digesto (em 15 de dezembro de 530), pela Constituição *Deo Auctore*, assim conhecida porque seu texto inicia-se com estas palavras.

Conforme Guilherme Calmon Nogueira da Gama¹², a situação do concubinato, em Roma, foi alterada por Constantino, imperador influenciado pela doutrina cristã, que revogou as leis *Julia* e *Papia*, tornando o concubinato ilegal. O imperador Justiniano conservou apenas os efeitos jurídicos aos filhos advindos desta espécie de relacionamento, desde que homem e mulher pudessem se casar, bem como existisse união monogâmica e coabitação ou companhia duradoura.

Durante o período medieval, principalmente no ano 400 dC, a união estável foi tolerada pela Igreja Católica, por força do Cânon 4, dist. 34, Concílio de Toledo, por volta do ano 430 dC, proibindo-se que o homem não mantivesse esposa e concubina simultaneamente. Desde então passou a ser reprovado o concubinato, o que veio a ser reforçado com o Concílio da Basileia, entre os anos de 1431 e 1445. Proibição expressa, pela Igreja, veio com o Concílio de Trento, em 1563, passando a ser vedado não só o casamento presumido como o concubinato, este com previsão de penas severas, inclusive a excomunhão, em caso de desobediência.

Tal entendimento da Igreja influenciou países eminentemente católicos, sobretudo Espanha e Portugal, fazendo com que encontremos semelhanças entre o Direito Canônico e as Ordenações da época.

No século XVI, as Ordenações Lusitanas, com destaque para as Afonsinas, passaram a tolerar o concubinato, a despeito da proibição de se manter concubinas na corte. Esse regramento manteve-se de forma semelhante nas Ordenações Manuelinas (1521) e Filipinas (1603).

No Brasil colonial, em razão de vigerem as referidas ordenações portuguesas, não havia regulamentação do concubinato.¹³

Como esclarece Rodrigo da Cunha Pereira, “no Brasil, como em todos os países do mundo, o concubinato nunca foi tipificado como crime. Nossos textos legais não o regulamentavam, mas também não o proibiam. É o que se pode constatar das Ordenações Filipinas.”¹⁴

A humanidade prosseguiu sua caminhada e a França teve papel de destaque quanto ao reconhecimento de efeitos jurídicos para os relacionamentos constituídos sem as formalidades do casamento. No ano de 1805, a união livre entre um homem e uma mulher passou a ser reconhecida, desde que levada a registro perante o Cartório do Registro Civil.

O concubinato (relacionamento em que um dos parceiros sofre impedimento matrimonial) passou a produzir efeitos jurídicos após decisão da justiça gaulesa, proferida dia 18 de dezembro de 1833. Outorgou-se 1/4 dos bens do falecido à concubina sobrevivente, por reconhecer sociedade de fato, evitando-se enriquecimento sem causa. Foi a primeira decisão a respeito, mas ainda tratando o tema sob a ótica de sociedade de fato.

Lei francesa, sem número, de 16 de novembro de 1912, passou a permitir o reconhecimento da paternidade de filho proveniente de concubinato notório.

O atual amparo estatal conferido à união estável, especialmente à mulher, teve como outros marcos históricos a Revolução Industrial, a Segunda Guerra Mundial e a admissão

12 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo: uma espécie de família*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 99 a 101.

13 Quanto a esse tema, recomenda-se a leitura do livro *Em busca da família no novo milênio*, de Rosana Amara Girardi Fachin, que retrata a situação da família, desde o período do Brasil colônia até a idade contemporânea.

14 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubina e união estável*, Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 16.

do divórcio, na maioria dos países (inclusive o Brasil, como veremos adiante), a partir da década de 1970.

No Brasil imperial, inicialmente, o casamento era apenas religioso, passando a ser admitidos efeitos civis a partir do Decreto de 1861.

Proclamada a República, foram editados os Decretos n. 181 e 521, ambos de 1890, dando primazia ao vínculo matrimonial civil e vedando a precedência do religioso.

O Código Civil de 1916 admitia apenas casamento civil, nada mencionava acerca do concubinato puro (entre pessoas desimpedidas para o matrimônio), fazendo alusão ao concubinato impuro somente para impedir casamento, doação, seguro, herança (arts. 183, VII, 248, IV, 1.177, 1.474 e 1.719, III).

União entre homem e mulher, não formada pelo casamento, passou a ser tratada pelos tribunais como sociedade de fato, reconhecendo-se direito a indenização por serviços prestados e indenização por morte (Súmula 35 do Supremo Tribunal Federal – “Em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio”).

Vale mencionar a respeito, o estudo de Rui Ribeiro de Magalhães.¹⁵

3. EFEITOS JURÍDICOS DE RELACIONAMENTO CONVIVENCIAL

Antes mesmo da Carta Constitucional de 1988, algumas leis passaram a tratar da matéria pontualmente, permitindo, por exemplo: a) direito de filho ajuizar ação investigação de paternidade (Lei n. 883, de 21/10/1949 conforme art. 51 da Lei n. 6.515, de 26/12/1977); b) direito a benefício previdenciário (Lei n. 4.297/1963 e outras); c) ser a mulher beneficiária de seguro por acidente de trabalho, desde que tenha sido declarada beneficiária na carteira de trabalho, além de outras exigências (Decreto-lei n. 7.036/1944); d) ser pensionista de servidor público civil, militar ou autárquico, solteiro, separado ou viúvo, que não tenha filhos capazes de receber o benefício e desde que haja subsistido impedimento legal para o casamento (se tal servidor tiver filhos, somente poderá destinar à companheira, que vive sob sua dependência econômica há 5 anos, metade da pensão (Lei n. 4.069, de 11/06/1962), em determinadas circunstâncias (Leis n. 3.765, de 04 de maio de 1960 e 5.774/1971); e) uso do nome (Lei n. 6.015, 31/12/1973, art. 57, §§2º a 7º).

Com o advento da Constituição Federal de 1988, embora seu art. 226, §3º não oriente para a edição de normas substantivas, os direitos entre companheiros foram reiterados e ampliados por leis ordinárias, p.ex.: direito a alimentos (Lei n. 8.971, de 29/12/1995, art. 1º e parágrafo único, Lei n. 9.278, de 10/05/1996, art. 7º, Código Civil de 2002, arts. 1.694 e 1.708); direito de participar da sucessão (CC/02, art. 1.790); direito real de habitação do imóvel em que residia com o convivente pré-morto, conforme Lei n. 9.278/96, art. 7º, parágrafo único, c/c art. 5º, Código Civil de 2002, art. 1.831 e CF, art. 6º (Enunciado n. 117 do Conselho de Justiça Federal – Jornadas de 2002); direito à administração do patrimônio comum (Lei n. 9.278/96, art. 5º, §2º).

São algumas previsões do extenso rol compilado por Maria Helena Diniz.¹⁶

15 MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. *Direito de família no novo Código Civil brasileiro*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2ª ed., 2003, p. 277/295.

16 DINIZ, Maria Helena. *Curso...*, ob. cit., p. 379/401.

Reiteramos que a permissão do divórcio foi marco importante para a evolução do instituto da união estável.

Leclona Yussef Said Cahali¹⁷ que, desde a Constituição Federal de 1934, consagrou-se a indissolubilidade do casamento. Somente depois de acirradas controvérsias, aos 28/06/1977, foi promulgada a Emenda Constitucional n. 09, decorrente de projeto capitaneado pelo então Senador Nelson Carneiro, alterando o §1º do art. 175 da Constituição Federal de 1967 (com as alterações decorrentes da Emenda Constitucional n.01, de 1969), passando a existir o divórcio como exceção ao princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial e viabilizando-se novo casamento dos divorciados. Regulamentada essa alteração constitucional pela Lei n. 6.515, de 26/12/1977, aumentou o número de uniões livres.

Como todo relacionamento humano (todo fato de relevância jurídica), os vínculos formados sem casamento passaram a exigir regramento estatal.

A Constituição da República de 1988 disciplinou o instituto em seu art. 226, §3º – “Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” (grifo nosso). Como se percebe, há artigo definido, masculino e feminino, no singular, demonstrando o número de cada um dos integrantes dessa modalidade de relacionamento. Pressupõe relacionamento de “um homem com uma mulher”¹⁸ – grifo nosso.

O Código Civil de 2002, art. 1.723, §§1º e 2º, reiterou essa exigência.

4. CARACTERÍSTICA MONOGÂMICA DA UNIÃO ESTÁVEL

Verifica-se, pois, que a própria Constituição da República estabelece caráter monogâmico para o relacionamento convivencial, acatando o que se passou ao longo da história.

Merece ressalva que existiram e ainda há civilizações que admitem poligamia e poliandria. Continuam aceitas, respectivamente, na Arábia Saudita e na Índia¹⁹.

A monogamia passou a ser valorizada a partir do Direito Romano, inclusive como consequência do patriarcado e outros fatores explanados no item 3 retro.

Edgard de Moura Bittencourt²⁰ já sustentava a “unicidade de concubina” com base em Demogue (Revue, 32-1933, p. 81 e 33-1934, p. 606).

Por força do princípio da monogamia, a união estável tem como um de seus pressupostos a lealdade (art. 1.724 do Código Civil de 2002). Essa é a predominante orientação doutrinária.

Maria Helena Diniz ensina-nos, ao destacar como um dos elementos essenciais da união estável “*fidelidade ou lealdade (CC, art. 1.724)*”, que:

“Impossível será a existência de duas sociedades de fato simultâneas, configuradas como união estável (RT 585:166). Não havendo fidelidade, nem relação monogâmica, o relacionamento passará à condição de ‘amizade colorida’, sem o *status* de união estável. Todavia, é preciso estabelecer que tal dever de fidelidade visa

17 CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 9ª ed., 2003, p. 45.

18 DINIZ, Maria Helena. *Curso...*, ob. cit., p. 353/354.

19 FERREIRA, Pinto. *Enciclopédia Saraiva do Direito*, São Paulo: Saraiva, 1977, Vol. 59, p. 165/168.

20 BITTENCOURT, Edgard de Moura. *O concubinato no direito*, Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 2ª ed., 1969, 1º vol., p.157/159.

tão-somente valorizar a união estável, podendo os conviventes rompê-la, livremente, sem sofrer, em regra, qualquer sanção”. ... “Porém, excepcionalmente, em atenção à boa-fé daquelas mulheres em união simultânea com o mesmo homem, há decisão aceitando o direito de indenização e os mesmos efeitos da união estável, mesmo não caracterizada, às que foram enganadas por ele.”²¹

O requisito fidelidade é realçado no aludido estudo de Jurandir Sebastião que, ao discorrer sobre as diretrizes da união estável, enfatiza: “São as mesmas regras básicas do casamento: fidelidade e assistência mútua”.²²

Na mesma linha de pensamento, Euclides Benedito de Oliveira²³, defendendo a “unicidade de vínculo”, leciona:

“Como é próprio da união formalizada pelo casamento, também na união estável exige-se que o vínculo entre os companheiros seja único, em vista do caráter monogâmico da relação. Havendo anterior casamento, ou subsistindo anterior união estável, não podem os seus membros participar de união extra, que seria de caráter adúlterino ou desleal, por isso não configurada como entidade familiar. ... Importa lembrar que incidem os impedimentos matrimoniais absolutos na formação da união estável. Não há previsão na Lei 9.278/96, porém a matéria tem trato específico no Novo Código Civil, art. 1.723, situando-se no rol dos impedimentos o fato de ser a pessoa casada, salvo se estiver separada judicialmente ou de fato (v. itens 5.2, 7.2.9 e 7.3). Mais ainda: união envolvendo pessoa impedida constitui mero concubinato, conforme definição do art. 1.727 do mesmo Código.”

A existência de verdadeiro “princípio da monogamia” é sustentada por Rodrigo da Cunha Pereira²⁴, que enaltece a característica monogâmica dos relacionamentos, dizendo ter a função de princípio jurídico ordenador das relações jurídicas da família do mundo ocidental, ultrapassando aspectos antropológicos, psicológicos e jurídicos, sendo uma questão filosófica.

A premissa de fidelidade consiste numa condenação moral pela infração ao pacto social da monogamia.

Para manter-se a organização jurídica da família, baseada na monogamia, é necessário que haja interditos. A infidelidade torna-se interesse do Estado na medida em que ele pretende dar proteção às famílias.

Fidelidade é regra jurídica e um dos deveres do casamento, consoante a maioria dos ordenamentos legislativos ocidentais:

- Código Civil espanhol – Art. 68. *Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardar-se fidelidad y socorrerse mutuamente.*

- Código Civil francês – Art. 212. *Lês époux se doivent mutuellement fidélité, secours,*

21 DINIZ, Maria Helena. *Curso...*, ob. cit., p. 364/365.

22 SEBASTIÃO, Jurandir. *Casamento...*, ob. cit., p. 41.

23 OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *União estável, do concubinato ao casamento – antes e depois do novo Código Civil*, São Paulo: Método, 2003, 6ª ed., p. 127/128.

24 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*, Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 106/115.

assistance.

- Código Civil português – Art. 1.672. *Os cônjuges estão reciprocamente vinculados pelos deveres de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência.*

- Código Civil argentino – Art. 198. *Los esposos se deben mutuamente fidelidad, asistencia y alimentos.*

Nosso Código Civil de 2002, no art. 1.566, inciso I (que reiterou o disposto no art. 231, inciso I, do Código Civil de 1916), também exige a fidelidade recíproca entre os cônjuges.

A ruptura desse arquétipo decorrerá de eventual relação extraconjugal geradora, simultaneamente, de uniões estáveis ou casamento. Seria violado o preceito da monogamia, ainda que houvesse permissão do companheiro ou do cônjuge. Mas, em contrapartida, a outra família, paralela à união estável ou ao casamento, fora constituída de fato, tornou-se uma realidade jurídica. Como conciliar o justo e o legal, compatibilizar o princípio da monogamia com essas situações fáticas, questiona Rodrigo da Cunha Pereira. Lastreado em estudos de Schopenhauer, Engels, Freud, Lacan, Adam Phillips, Giorgio Del Vecchio, entende que

“O acesso da mulher ao mercado de trabalho remodelou a relação homem e mulher, comprovando a teoria de Friedrich Engels, de que a monogamia está entrelaçada com a questão econômica (ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Trad. Leandro Konder. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1995, p. 78). [...] Engels, um dos autores que melhor escreveu sobre a origem da monogamia e sua introdução no cenário da Idade Antiga, Média, Moderna e Contemporânea, nos diz que a monogamia entra na História não com uma forma mais elevada de matrimônio e não é também um reconciliação entre o homem e a mulher. Ela surge sob a forma de escravização de um sexo pelo outro, apacando um conflito, ignorado na pré-história, mas principalmente para garantir que a paternidade seja indiscutível e que os filhos na qualidade de herdeiros terão assegurada a transmissão da herança. A monogamia foi um grande progresso histórico, mas também uma forma de garantir as riquezas privadas e paradoxalmente a escravidão e o regime patriarcal se instalaram às custas da dor e da repressão dos outros.”

O atual conceito de união estável e concubinato é conseqüência de processo evolutivo do direito, tendo como “eixo gravitacional” a monogamia. É inegável que o concubinato (adulterino) fere o princípio da monogamia, bem como a lógica do ordenamento jurídico ocidental e, em particular, o brasileiro. E, enfatiza Rodrigo da Cunha Pereira:

“Se o fim dos princípios jurídicos é ajudar a atingir um bem maior, ou seja, a justiça, este paradoxo do concubinato adulterino deve ser resolvido, então, em cada julgamento, e cada julgador aplicando outros princípios e a subjetividade que cada caso pode conter é quem deverá aplicar a justiça, dentro de seu poder de discricionariedade. Assim, estaremos preservando o princípio jurídico da monogamia, eixo gravitacional sob o qual todo o Direito de Família está estruturado. ... É inconcebível que uma pessoa constitua duas uniões estáveis simultaneamente, assim como é impossível dois casamentos simultâneos.”²⁵

No item 8 deste trabalho, será ressaltado o pensamento de Maria Helena Diniz, a

reforçar os efeitos das decisões judiciais a respeito, aplicando orientações hermenêuticas de calibragem.

O princípio da monogamia também é consagrado pela jurisprudência. Por exemplo²⁶: Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Recurso Especial 789.293, DJ de 20-3-2006, p. 271; Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 13ª Câmara Cível, Apelação Cível 2005.001.09810, j. em 24-10-2005; Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 2ª Câmara Cível, Apelação Cível 2005.001.02037, j. em 12-04-2005). O egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro consolidou entendimento consoante dizeres do Enunciado n. 14:

“É inadmissível o reconhecimento duplice de uniões estáveis concomitantes. Justificativa: A Constituição Federal reconheceu a união estável como entidade familiar (art. 226, §3º). A moral da família é uma só. A duplicidade de casamentos implica na figura típica da bigamia, logo não pode ser admitida a ‘bigamia’ na união estável.”

4.1. Linha doutrinária que admite efeitos jurídicos às situações fáticas de famílias simultâneas ²⁷

Carlos Eduardo Pianovsky Ruzik, que sustenta a necessidade de o ordenamento jurídico aceitar e tratar de situações em que pessoas aceitam conviver em “famílias simultâneas”, com transparência e boa-fé, argumenta que:

“A atribuição de efeitos jurídicos às relações travadas em uma situação de simultaneidade familiar se dá em concreto, no momento da construção normativa. Essa construção, nos termos exposto alhures, é, ao mesmo tempo, tópica e sistemática. Parte, portanto, do caso concreto, mas se dirige à ordem sistemática, com suas regras e princípios”.

Por força do princípio da boa-fé, seria possível afirmar o surgimento de deveres para o sujeito que se relaciona, de modo específico, com algum dos componentes daquela dada entidade familiar.

Na hipótese de ser constituída uma família, paralela a outra, com um personagem comum, que com elas mantém simultâneas relações de “conjugalidade”, incidiriam deveres éticos de respeito e proteção à esfera moral e patrimonial de ambos os núcleos.

O personagem comum deveria tornar ostensiva a nova relação para o núcleo original, para evitar que permaneçam desconhecendo a nova realidade. Seria um dever de transparência, uma imposição ética de se agir com lealdade em relação às legítimas expectativas do outro acerca da comunhão de vida instituída pela família.

Com isso, permite-se que o cônjuge ou companheira(o) primeva(o) tenha a oportunidade de optar entre aceitar a nova situação ou exigir a exclusividade, hipótese em que o(a) personagem comum teria que decidir ao lado de quem prosseguir a vida. A transparência deverá existir quanto à outra pessoa com a qual se formará o segundo núcleo.

²⁶ Colacionados por DINIZ, Maria Helena. *Curso ...*, ob. op. cit. p. 364/365.

²⁷ Neste subitem faremos abordagem do estudo feito por RUZIK, Carlos Eduardo Pianovsky, *Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 185/198.

_____. *Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional*, in: *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*, IBDFAM, Belo Horizonte: 2005.

Mas, caso haja aceitação, mantendo-se íntegros ambos os relacionamentos, coexistindo a afetividade, a simultaneidade não seria desleal, não violaria os deveres de respeito à confiança. A aceitação da simultaneidade significaria opção pela “felicidade coexistencial de todos os componentes das famílias em tela.”

Prosseguindo seu estudo, Carlos Eduardo Pianovsky Ruzek aborda a corrente doutrinária antagonista, mencionando Euclides Benedito de Oliveira. Mas argumenta:

“Com efeito, a deslealdade mencionada pelo autor (Euclides B. de Oliveira) pode permitir, como exposto, que não se atribua eficácia jurídica plena à relação assim constituída. Da negação, pode, entretanto, emergir dialeticamente a afirmação de algo. Nesse sentido, se não pode subsistir a chancela de certos efeitos às uniões simultâneas desleais, verifica-se que, se a lealdade está presente, poderá se afigurar a eficácia jurídica da situação de simultaneidade familiar na perspectiva da conjugalidade. Impende remarcar que sobre a simultaneidade de relações de conjugalidade não pode incidir uma presunção absoluta acerca da configuração de uma conduta desleal, violadora de preceitos éticos inerentes à convivência social e à tutela da dignidade do outro.”

[...]

“De outro lado, se não houver violação de deveres éticos decorrentes da boa-fé pelo sujeito da relação familiar que demanda dados efeitos jurídicos, não será possível negar eficácia, na perspectiva daquele sujeito, à situação de simultaneidade.”

Ressalta, por fim, que:

“O direito não pode se colocar como alheio às pretensões de felicidade coexistencial dessas pessoas: se a violação da boa-fé pode obstar, por conta do sentido ético que dela emerge, a produção de certos efeitos, esse mesmo sentido ético se coloca, quando a boa-fé resta plenamente atendida, a impor eficácia jurídica à situação de simultaneidade. A excepcionalidade da situação passível de eficácia tendencialmente plena não é argumento suficiente para que o direito negue aos sujeitos que a compõem a devida proteção.

Daí buscar-se, em um movimento que, ao mesmo tempo, implica negação e conservação, a síntese que pode, quiçá, emergir da dialética que contrapõe a afirmação peremptória de Euclides Benedito de Oliveira [Impedimentos matrimoniais na união estável. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e cidadania: o novo CCB e a 'vacatio legis'*. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002, p. 184], de que ‘não é possível a simultaneidade de casamento e união estável ou de mais de uma união estável’, a uma concepção excessivamente elastecida e aparentemente alheia a limitações no plano da eficácia jurídica, como a adotada por Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho [Famílias simultâneas e concubinato adúlterino. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e cidadania: o novo CCB e a 'vacatio legis'*. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002, p. 160]”.

5. EXISTÊNCIA FÁTICA DE CONVIVÊNCIAS SIMULTÂNEAS

Raros são os registros jurisprudenciais acerca de situação fática de convivências simultâneas, mas não é de todo improvável que possam ocorrer. Considere-se que coabitação não é requisito para a existência da união estável. Embora não trate especificamente do tema, serve de parâmetro a Súmula 382 do Supremo Tribunal Federal – “A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável para a caracterização do concubinato”.

5.1. Precedentes jurisprudenciais sobre o tema

Abordando o direito comparado, Maria Helena Diniz²⁸ e Edgard de Moura Bittencourt²⁹ mencionam casos marcantes ocorridos em França e na Hungria.

Na França, um homem teria vivido por vinte e seis anos com uma mulher, que usava seu nome, e com outra, com a qual teve filho, e também usava seu nome. A Corte de Paris, em aresto de 18 de novembro de 1932, concedeu indenização a ambas: ‘à primeira, porque sua situação pode ser, em certa medida, assimilada à da esposa legítima’, e à outra, em razão de receber ela do defunto pensão em favor do filho comum. Mas a Corte de Cassação anulou o julgado. Mantendo as mulheres em localidades diferentes, a Corte de Paris desprezou o conseqüente caráter imoral das relações, sua precariedade e inestimabilidade do vínculo. Tais ligações não poderiam criar direito em prol de nenhuma delas.

Concluiu que, bem analisada a situação, assiste razão à Corte de Paris. A companheira de vinte e seis anos, que utilizava o nome do concubino, em verdadeira posse de estado, mereceria indenização. A outra nada teria direito e nada lhe foi dado, a não ser justa pensão ao filho comum.

Conforme reportagem de Lionz Gazdag (Folha de S. Paulo, de 5-8-67), sobre decisões dos tribunais da Hungria, três companheiras do mesmo homem, engenheiro de siderurgia, falecido em Budapeste, disputaram o seguro social por ele deixado. Viveram com ele durante mais de quarenta anos, concomitantemente, como não poderia deixar de ser. Alternava-se o concubino com elas, revezando-se em dias certos da semana e também com elas repartindo o produto do trabalho. Ambas as mulheres pleitearam a pensão previdenciária deixada pelo morto. A solução dada pelas autoridades foi a de divisão em partes iguais da verba mensal destinada aos dependentes do segurado.

Retornando ao direito pátrio, houve sentença proferida pelo juiz Evandro Gueiros Leite, Primeira Vara da Justiça Federal da Guanabara, em 18/08/1967, condenando o IPASE a repartir a pensão vitalícia do segurado falecido entre duas pretendentes, ambas solteiras, com as quais viveu simultaneamente, em estado de concubino (Jornal ‘O Estado de S. Paulo, 18-8-67’).

Esses registros históricos, colacionados por Maria Helena Diniz e Edgard de Moura Bittencourt, poderão nortear a solução para eventuais casos similares da atualidade.

O egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul resolveu intrincado processo concernente a dois relacionamentos familiares concomitantes, proferindo a seguinte ementa:

UNIÃO ESTÁVEL. SITUAÇÃO PUTATIVA. COMPROVAÇÃO. O fato

28 DINIZ, Maria Helena. *Curso ...*, ob. cit., p. 364.

29 BITTENCOURT, Edgard de Moura. *O concubinato...*, ob. cit., p.157/159.

de *de cuius* não ter rompido definitivamente o relacionamento com a companheira com quem viveu longo tempo, mas com quem já não convivia diariamente, mantendo às ocultas essa sua vida afetiva dupla, não afasta a possibilidade de se reconhecer, em favor da segunda companheira, uma união estável putativa, desde que esta ignore o fato e fique comprovada a *affectio maritalis* e o fato ânimo do varão de constituir família com ela, sendo o relacionamento público e notório e havendo prova consistente nesse sentido. Embargos infringentes desacolhidos. (Embargos Infringentes. n. 599469202, 4º Grupo Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Relator Desembargador Sérgio Fernando de V. Chaves, julgamento ocorrido aos 12 de novembro de 1999).

O inteiro teor desse acórdão não foi divulgado em respeito ao segredo de justiça.

Aproveitamos o ensejo para ressaltar que, em regra, as decisões judiciais são públicas, mas a lei pode limitar o acesso aos autos do processo às partes e seus procuradores, de modo a preservar o direito à intimidade (Constituição da República, art. 93, inciso IX, combinado com Lei n. 9.278, de 10/05/1996, art. 9º, e Código de Processo Civil, art. 155).

6. PROBLEMAS JURÍDICOS DE CONVIVÊNCIAS SIMULTÂNEAS

Os mencionados direitos gerados por força de relacionamento convivencial (item 4 retro) geram intrincados problemas jurídicos se houver simultaneidade de convivências.

Para Rodrigo da Cunha Pereira, mencionando Francisco José Cahali:

“Se porventura subsistir a caracterização simultânea de duas ou mais uniões, socorre à parte que ignorava a situação o instituto da União Estável Putativa, ou seja, aquele em que um dos partícipes desconhecia por completo a existência de outra união *more uxorio* – matrimonial ou extramatrimonial – do outro, devendo esta produzir os mesmos efeitos previstos, para uma união monogâmica”.³⁰

Doutrina e jurisprudência tentam resolver as questões aplicando normas concernentes a:

- sociedade de fato (art. 981 do Código Civil de 2002), por ser inegável que a contribuição, mesmo que indireta, do trabalho doméstico da mulher é relevante para a formação do patrimônio do casal, conforme Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.”;

- princípio da boa-fé objetiva, para vedar abuso de direito, evitando enriquecimento sem causa – nesse sentido, leciona Flávio Tartuce³¹. Observa que o art. 1.561 do Código Civil de 2002 não trata de boa-fé objetiva – relacionada com conduta –, mas de boa-fé subjetiva, intencional, relacionada com a crença, com o poder imaginativo da pessoa humana, consoante Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzuk. Por isso, não desenvolve o estudo considerando esse dispositivo legal (art. 1.561 do Código Civil), mas defende a aplicação

30 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato ...*, ob. cit., p. 75.

31 TARTUCE, Flávio. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família, *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 35 (esse estudo é mencionado por Maria Helena Diniz, em *Curso...*, ob. cit., p. 364).

das disposições constantes dos arts. 113, 187 e 422 do Código Civil de 2002, sendo estes fundamento legal para a caracterização de responsabilidade civil daquele que desrespeitar a boa-fê objetiva. Discorrendo sobre “a boa-fê objetiva e a união estável plúrima ou múltipla”, depois de analisar os ensinamentos de Maria Helena Diniz, Euclides de Oliveira e Maria Benenice Dias, sustenta que a boa-fê objetiva pode ser útil para resolver problemas decorrentes de tais situações.

- casamento putativo, art. 1.561, §1º, do Código Civil de 2002, por analogia. Nesta linha é a doutrina de Hélio Borghi³². Ressalta a dificuldade de incidência dos efeitos da putatividade para união estável, em razão de o vínculo formar-se gradativamente, o que dificulta que perdure o desconhecimento do impedimento – constatada situação impeditiva à constituição de união estável (conforme art. 1.726 do Código Civil de 2002), deixaria de existir boa-fê. Sustenta que:

“Todavia, entende-se possível a admissão dos efeitos da putatividade em relação aos companheiros, quando da descoberta de algum desses fatos impeditivos à estabilidade da união, ou mesmo depois que já houvessem convertido sua união em casamento, desde que de completo desconhecimento de um ou de ambos os companheiros, aplicando-se, por analogia, aos casos da união que se pretendia estável ou de casamento por conversão dessa união e invalidados, os preceitos relativos aos efeitos da putatividade no casamento inválido (CC, art. 1.561 e parágrafos)”.

Em seguida, Hélio Borghi apresenta as soluções que entende adequadas para tais situações.

Euclides Benedito de Oliveira³³ – após defender a unicidade de vínculo e discordar de eventual simultaneidade de casamento e união estável ou de mais de uma união estável, leciona:

“Mas cumpre lembrar a possibilidade de união estável putativa ou de anulação da segunda união, quando haja boa-fê por parte de um ou de ambos os cônjuges, com reconhecimento de direitos (art. 221 do CC/16; art. 1.561 do NCC). A segunda, terceira ou múltipla união de boa-fê pode ocorrer em hipóteses de desconhecimento, pelo companheiro inocente, da existência de casamento ou de anterior e paralela união estável por parte do outro. Subsistirão, em tais condições, os direitos assegurados por lei ao companheiro de boa-fê, desde que a união por ele mantida se caracterize como duradoura, contínua, pública e com propósito de constituição de família, enquanto não reconhecida ou declarada a nulidade. Cumpre ressaltar que são raras essas hipóteses, exatamente pelo caráter público de que deve se revestir a união estável, tornando difícil o reconhecimento de boa-fê de um segundo companheiro, que pode ser quebrada na relação amorosa com outrem. Quem sabe restem as possibilidades de uma vivência assim poligâmica, sem que o outro saiba, nas aventuras de caixeiros viajantes ou de marinheiros que se dediquem a um amor em cada praça ou porto de parada.”

32 BORGHI, Hélio. *Casamento e união estável – formação, eficácia e dissolução*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2ª ed., 2005, p. 204/207.

33 OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *União estável*,..., p. 127/128.

6.1. Algumas abordagens sobre casamento *putativo*

Casamento *putativo*, no dizer de Maria Helena Diniz³⁴,

“[...] é o casamento nulo ou anulável que produz efeitos civis válidos em relação aos consortes e à prole, se um deles ou ambos o contraíram de boa-fé, ignorando a existência do impedimento legal. Isso é assim porque a boa-fé suprime o impedimento, fazendo com que a eficácia da sentença que invalidar o casamento seja *ex nunc* em relação ao inocente, não afetando os direitos já adquiridos.”

A expressão *putativo* advém do latim *putativus* (imaginário), *putare* (crer, imaginar)³⁵.

É tema concernente ao sistema de nulidades do casamento.

Ao tratar de modo abrangente de normas peculiares ao regime de nulidade ou anulabilidade matrimonial, Maria Helena Diniz ressalta que o sistema de nulidades do casamento contém normas próprias que o tornam uma especialização da teoria geral das nulidades. Ademais, sem embargo da opinião de Kelsen, que, dentro da ordem jurídica, não pode haver algo como a nulidade, mas apenas anulabilidade em diferentes graus, a doutrina tem mantido a distinção entre atos nulos e anuláveis, que é também aceita em direito matrimonial, com algumas alterações.

Prosegue seus ensinamentos abordando as distinções entre nulidade absoluta e relativa, com as devidas ressalvas acerca das peculiaridades do casamento nulo e anulável. Depois de discorrer sobre nulidade e anulabilidade matrimonial, destina item específico à declaração de putatividade do casamento nulo e anulável.

Nesse item, leciona que a teoria das nulidades matrimoniais possui princípio básico que, nulo ou anulável, o casamento produz efeitos civis válidos em relação aos consortes e à prole se um deles ou ambos o contraírem de boa-fé (Código Civil/02, art. 1.561). A ignorância pode decorrer de erro de fato ou de direito. A boa-fé deve existir no instante do ato nupcial, sendo que ela se presume até prova em contrário.

Com o intuito de aprofundarmos nosso estudo sobre o interessante tema casamento putativo, a seguir, reportar-nos-emos aos primorosos estudos de Yussef Said Cahali³⁶.

Quanto à nulidade do casamento e suas conseqüências, esclarece que:

“Declarado nulo o casamento, este não só deixa de produzir efeitos, como também cessam aqueles que se tenham produzido do casamento aparentemente válido: direta exigência lógica ou imposição jurídica necessária, a sanção da nulidade elimina o ato em todas as suas conseqüências, tanto no passado, como presente ou para o futuro, fazendo certo que, *quod nullum est, nullum producit effectum*. O matrimônio considera-se como não tendo sido realizado, operando-se o fenômeno da

34 DINIZ, Maria Helena. *Dicionário...*, ob. cit., Vol. 1, p. 623/624.

35 DINIZ, Maria Helena. *Curso...*, ob. cit., p. 252/280 – nota de rodapé integrante da ampla abordagem que faz sobre o tema.

36 CAHALI, Yussef Said. *O casamento putativo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. Neste subitem 6.1, doravante colacionamos trechos dessa clássica obra doutrinária, em razão de estar com edição esgotada, pelo que, de difícil, especialmente aos acadêmicos de direito. Trata-se da dissertação com a qual Yussef Said Cahali concorreu à livre docência de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Embora escrita sob a vigência do Código Civil de 1916 (que tratava do tema em seu art. 221), continua plenamente útil e, podemos dizer, atualizada, pois o Código Civil de 2002 praticamente repetiu aquele texto legislativo em seu art. 1.561, *caput* e §1º, apenas positivando entendimento doutrinário e jurisprudencial no §2º do art. 1.561 e no art. 1.563.

retroatividade, próprio dos negócios jurídicos nulos”.

Sobre as razões de o legislador atribuir efeitos ao casamento putativo, esclarece que³⁷:

“Resultam, assim, da nulidade do casamento, graves conseqüências, evidenciando, desde logo, como seriam dolorosos tais efeitos para aqueles que, de boa-fé, acreditavam-se validamente casados.

Mas tão duro castigo pode ser injusto, ao punir pessoas que não visaram contrariar a lei, ferindo gente que foi levada ao matrimônio na ignorância do impedimento (SÍLVIO RODRIGUES, D. Família, n. 42, pág. 123), ligando-se através de uma união que parecia regular aos olhos de todos.

Donde a necessidade da atenuação.

Daí, ou por motivo político, ou por indulgência para com o cônjuge de boa-fé e comisseração para com a prole; ou devido a razões humanitárias e de eqüidade, o ordenamento jurídico foge à sistemática própria e empresta àquele casamento anulado, ou mesmo nulo, efeitos do casamento válido, até que a nulidade seja pronunciada.

[...]

A teoria que se forma em torno dele funda-se na proteção que parece necessário assegurar à boa-fé; os esposos acreditavam constituir uma união honesta e válida; é eqüitativo que a sua boa-fé não seja ilaqueada, que a sua expectativa não seja frustrada, que eles não sejam vítimas de fatos desconhecidos (BEUDANT, *L'État et la Capacité*, II, n. 630, pág. 513).

À lógica geral do direito, substitui a lógica especial do instituto (SÁ PE-REIRA, D. Família, pág.178).

A lei, para não conturbar profundamente a ordem familiar, constituída sobre a base da boa-fé, e para evitar os danos sociais da ilegitimidade da prole, faz a aparência valer como realidade; e converte em união legítima, a exterioridade material do vínculo, contornando-lhe o defeito (CRISAFULLI, *Matr. Putativo*, n. 35, pág. 67).

O interesse da sociedade, que o direito tutela, se resguarda com a declaração da nulidade do matrimônio (LAURENT, *Cours*, I, n. 183, pág. 254; *Principes*, II, n. 502, pág. 635).

O vínculo se elimina porque viciado; mas seus efeitos se terão produzido e suas conseqüências remanescem, como se o casamento, ao invés de anulado, tivesse sido simplesmente dissolvido.”

A denominação teria surgido com os canonistas dos séculos XV e XVI. Anteriormente, à época dos jurisconsultos romanos, foi utilizada a terminologia “quase-matrimônio”, e antes do Concílio Trentino houve quem o denominasse “matrimônio presumido”. Teria sido o canonista Johannes Andreae o primeiro jurista a empregar a expressão *matrimonium putativum*.

Quanto à natureza jurídica do instituto, considerando o disposto no art. 221 do Código Civil de 1916 (reproduzido pelo Código Civil de 2002, art. 1.561), Yussef Said Cahali conclui que não se trata de simples ficção, mas o legislador, exercendo os poderes que lhe são

37 CAHALI, Yussef Said. *O casamento putativo*, ob. cit.

inerentes, atribui efeitos a uma situação, mandando aplicar as regras de outro instituto, não por ficção, mas por adoção dessa técnica legislativa. Pondera que “não são as conseqüências jurídicas próprias do casamento; uma coisa são estas e outra coisa são os efeitos que o direito atribui a um fato realmente acontecido, como na hipótese é realmente havia a celebração de um casamento”, conforme consagrada doutrina estrangeira a que se reporta – Trabucchi, *Matrimonio Putativo*, pág.19; Pacifici-Mazzoni, *Istituzioni*, VII, n. 92, pág. 114; Crisafulli, *Matrim. Putativo*, n. 71, pág. 122; Cicu, *Sul fondamento del matrimonio putativo*, n. 10, pág. 313; Pires de Lima, *Casamento Putativo*, n. 3, pág. 23.

Origem e evolução do instituto são consideradas a partir do direito romano, porque seria a primeira fase da humanidade a exigir apreciação do tema e também porque “a evolução jurídica da família importa, entre os povos da nossa área cultural, a partir de Roma” (SÁ PEREIRA, *D. Família*, pág. 332). Esclarece que, para alguns autores, o direito romano admitiu efetiva teoria do casamento putativo, mas a opinião predominante seria a de localizar a origem do instituto no direito canônico. Não obstante essa ressalva, analisa o tema à época de Roma.

Com relação ao direito canônico, leciona Yussef Said Cahali: “Será, portanto, no direito canônico, que se vai estruturar primariamente o instituto do casamento putativo; o que se compreende em razão dos precedentes históricos que determinaram a sua elaboração”.

Em sede de direito comparado, merecem análise os sistemas inglês, norte-americano, soviético, francês, italiano, espanhol, português, argentino, mexicano, prussiano, suíço e alemão.

O direito brasileiro é estudado a partir da fase anterior à codificação, destacando a influência do direito canônico e tratando do Decreto de 1890. Ensina que³⁸:

“Quando Coelho Rodrigues foi incumbido de elaborar o seu projeto (15 de junho de 1890), já proclamada a República, o casamento se tinha secularizado por força do Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890; embora, ao fazê-lo, o legislador tivesse tomado por empréstimo, ao direito canônico, o essencial do instituto.”

Merecem análise os requisitos para reconhecimento da *putatividade* do vínculo matrimonial e os efeitos dessa situação.

No que diz respeito às relações patrimoniais, Yussef Said Cahali esclarece que deixa de existir o regime de bens entre os cônjuges, decorrentes da lei ou do pacto antenupcial, ou seja³⁹:

“É como se houvesse entre o homem e a mulher uma simples sociedade de fato; cada qual recupera os bens trazidos à comunhão e lucros respectivos, com reassunção das dívidas; perdem-se os direitos sucessórios, e se houve imissão na posse de bens, impõe-se sua restituição, com os frutos (‘Mas os legados e liberalidades contidos no testamento são, em princípio, válidos, devendo reger-se pelas normas relativas à doação’ – BORDA, *Família*, I, n. 217, pág. 168); o marido devolverá os bens dotais ou seu equivalente, deixando a mulher de ter hipoteca legal sobre os bens daquele, e termina o direito a alimentos”.

38 CAHALI, Yussef Said. *O casamento putativo*, ob. cit.

39 CAHALI, Yussef Said. *O casamento putativo*, ob. cit.

Ao tratar dos “conflitos de meação”, da partilha, em situações de nulidade por bigamia, Yussef Said Cahali analisa os pensamentos dos consagrados doutrinadores Aubry e Rau, Carvalho Santos, Marcadé, Braudy-Lacantinerie, Durantou, Toullier, Dias Ferreira, Pires de Lima e Pontes de Miranda, para concluir que⁴⁰:

“Dentro de um rigor lógico, parece-nos mesmo inviável qualquer posição absoluta; isto porque as soluções que se buscam decorrem de princípios jurídicos igualmente válidos, porém irremediavelmente conflitantes.

Pois, se o direito da primeira mulher deve ser respeitado na sua plenitude, incorporando-se na comunhão de que participa, tudo aquilo que vier a ser adquirido, de qualquer forma ou a qualquer título, pelo cônjuge bigamo, tanto que os autores só ousam fingir que o primeiro casamento se dissolveu quando do segundo putativo, não é menos certo que, em razão dos efeitos da putatividade, incorpora-se a comunhão de que participa o segundo cônjuge inocente, tudo aquilo que pertencia ao marido, de qualquer forma ou a qualquer título, propiciando a natural comunicação dos bens do primeiro casamento (legítimo) ao segundo casamento (putativo), o que aparenta ser um absurdo.

Mas, qualquer esquema que seja preconizado (contendo, cada qual, um mínimo de autenticidade jurídica), deve orientar-se no sentido de não permitir que a partilha seja fonte de locupletamento ilícito para algum dos cônjuges, impedindo que qualquer deles seja injustamente lesado (dentro dessas considerações, o esquema de CUNHA GONÇALVES bem pode ser aproveitado); sendo até recomendável que o julgador descambe para as soluções de equidade, que melhor atendam ao caso concreto.

Aliás, só assim se compreende a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que atribuiu exclusivamente ao cônjuge putativo, o direito à meação, preterindo a própria esposa legítima, com o argumento de que os bens tinham sido amealhados na vida em comum da segunda esposa com o bigamo (Primeira Câmara, j. 28 fevereiro 1967, Rev. Tribs. 381/126).

E, dentro dessa orientação, deve-se procurar resolver todos os conflitos de interesse patrimonial, que envolvam os diversos cônjuges do bigamo (Tratando-se de montepio, a Primeira Turma do Supremo Tribunal já decidiu que deve ser dividido em partes iguais, para atender ao direito de duas senhoras que foram casadas com o contribuinte e aos filhos respectivos – j. 6 setembro 1942, Rev. Forense, 95/575).”

6.2. Linha doutrinária contrária à aplicação, por analogia, das regras concernentes a casamento putativo para resolver situações de convivências simultâneas

Com todo respeito às opiniões em contrário, ponderamos que, conforme prestigiado entendimento doutrinário, em atenção aos preceitos de hermenêutica, normas de ordem pública e cogentes não estão sujeitas a interpretação extensiva, tampouco a analogia.

Nesse sentido são os ensinamentos de Maria Helena Diniz⁴¹ e Carlos Maximiliano⁴², ao discorrerem sobre leis de ordem pública, distinguindo-as das de ordem privada.

Segundo Carlos Maximiliano:

40 CAHALI, Yussef Said. *O casamento putativo*, ob. cit.

41 DINIZ, Maria Helena. *Curso...*, ob. cit., p. 377/378.

42 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, Rio de Janeiro: Forense, 17ª ed., 1998.

“Recrudescer a dificuldade na fixação das espécies quando se trata de disposições de ordem pública incluídas nos domínios do Direito Privado: aquelas em que visivelmente predomina o objetivo de tutelar o interesse geral, e subordinado a ele se deixa o do indivíduo (Beudante, vol. I, p. 282). Tais são as normas que têm por objeto fixar o *estado* das pessoas, a capacidade ou incapacidade, os direitos e deveres que do mesmo procedem; regular os bens na sua divisão e qualidade, ou a forma e a validade dos atos, e salvaguardar o interesse de terceiros (Francesco de Filippis, *Corso Completo di Diritto Civile Italiano Comparato*, vol. I, 1908, p. 90; Fiore, vol. II, n. 1.000; Huc, vol. I, n. 186; Beudant, vol. I, n. 120; Alves Moreira, vol. I, p. 65-66.).

Consideram-se de ordem pública as disposições sobre a organização da família: por exemplo, as que dizem respeito ao exercício do pátrio poder, aos direitos e deveres dos cônjuges, assim como as que proíbem a poligamia, ou o casamento entre parentes até certo grau (Alves Moreira, vol. I, p. 65; Fiore, vol. II, n. 1.000; de Filippis, vol. I, p. 90).” Grifo nosso.

No que diz respeito à interpretação dessa categoria de normas, o ensinamento de Carlos Maximiliano é que: “As prescrições de ordem pública, em ordenando ou vedando, colimam um objetivo: estabelecer e salvaguardar o equilíbrio social. Por isso, tomadas em conjunto, enfeixam a íntegra das condições desse equilíbrio, o que não poderia acontecer se todos os elementos do mesmo não estivessem reunidos. Atingido aquele escopo, nada se deve aditar nem suprimir. Todo acréscimo seria inútil; toda restrição, prejudicial. Logo é caso de *exegese estrita*. Não há margem para interpretação extensiva, e muito menos para analogia (Vander Eycken – *Méthode Positive de l’Interprétation Juridique*, 1907, p. 314-315; Bernardino Carneiro, *op. cit.*, § 53.).

É sobretudo teleológico o fundamento desse modo de proceder. Só ao legislador incumbe estabelecer as condições gerais da vida da sociedade; por esse motivo, só ele determina o que é de ordem pública, e, como tal, peremptoriamente imposto. Deve exigir o mínimo possível, mas também tudo o que seja indispensável. Presume-se que usou linguagem clara e precisa. Tudo quanto reclamou, cumpre-se; do que deixou de exigir, não obriga ao particular: na dúvida, decide-se pela liberdade, em todas as suas acepções, isto é, pelo exercício pleno e gozo incondicional de todos os direitos individuais.

O objetivo do preceito é assegurar a ordem social. O que não seja indispensável para atingir aquele escopo constitui norma dispositiva ou supletiva, exequível, ou derogável, a arbítrio do indivíduo. Só excepcionalmente se impõem coerções, dentro da órbita mínima das necessidades inelutáveis (Vander Eycken, *op. cit.*, p. 315-316).”

Portanto, as normas concernentes a casamento putativo, por pertencerem à categoria de normas de ordem pública incluídas nos domínios do direito privado, não admitem interpretação extensiva, muito menos analogia, o que impede sejam aplicadas a relações jurídicas que não são casamento, mas união estável.

Além do mais, **regras concernentes a casamento putativo, constantes do Código**

Civil, dizem respeito aos efeitos do reconhecimento de anulabilidade ou nulidade da relação matrimonial, o que não se aplica à união estável.

Sílvio Rodrigues, embora sem fazer alusão à união estável, ao tratar de casamento putativo, colacionou ensinamento do jurista Pires de Lima (*Casamento putativo*, Coimbra, 192) que, no direito romano, pouco foi postulada a anulação do casamento, por ser mais simples aplicar os institutos do divórcio e do repúdio⁴³.

Ora, a dissolução da união estável não exige maiores formalidades, tais como as exigidas para o casamento.⁴⁴ Não haveria necessidade de pleitear-se declaração de anulabilidade ou nulidade, nos moldes do art. 1.561, §1º, do Código Civil de 2002.

Para cogitar situação de simultaneidade de convivências putativas, urge partir da premissa que as(os) traídas(os) estão de boa-fé, acreditam manter relacionamento monogâmico.

7. SOLUÇÕES PARA RESOLVER SITUAÇÕES DE CONVIVÊNCIAS SIMULTÂNEAS

Para Maria Helena Diniz:

“a quebra da lealdade pode implicar injúria grave, motivando a separação dos conviventes, gerando, em atenção à boa-fé de um deles, indenização por dano moral (*RT*, 437:157) e os efeitos jurídicos da sociedade de fato. Será, portanto, imprescindível a unicidade de ‘amante’, similarmente ao enlace matrimonial, pois, p. ex., a união de um homem com duas ou mais mulheres faz desaparecer o ‘valor’ de ambas ou de uma das relações, tornando difícil saber qual a lesada. Porém, excepcionalmente, em atenção à boa-fé daquelas mulheres em união simultânea com o mesmo homem, há decisão aceitando o direito de indenização e os mesmos efeitos da união estável, mesmo não caracterizada, às que foram enganadas por ele”⁴⁵

Problemas de divisão de patrimônios podem ser resolvidos conforme os preceitos relativos à dissolução de sociedade de fato. Mas é provável que surja dificuldade para estabelecer a proporção de cada um na partilha dos bens, conforme a contribuição que prestou à formação do patrimônio. Servirão de orientação a Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal e o Enunciado 115 do Conselho de Justiça Federal, aprovado durante as Jornadas de Direito Civil de 2002. Este é o entendimento de Carlos Eduardo Pianovsky Ruzyk⁴⁶ ao cogitar de famílias simultâneas.

Deverão ser consideradas as regras concernentes ao regime de bens adotado pelos conviventes.

43 RODRIGUES, Sílvio. *Comentários ao código civil*, Coord. Antônio Junqueira de Azevedo, São Paulo: Saraiva, 2003, Vol. 17, p.114/115.

44 Os integrantes de relacionamento convivencial têm todas as garantias de acesso ao Poder Judiciário para postular proteção aos muitos direitos que podem adquirir, seja pela via litigiosa, seja pela via consensual – neste caso, buscando a homologação de transação extrajudicial, inclusive. Por ser tema que merece especial atenção e, se fosse abordado neste momento, exigiria que este trabalho fosse além dos limites propostos para sua edição, deixaremos para tratá-lo em outra oportunidade, provavelmente de modo específico. Mas, desde logo, registramos haver, também nesse aspecto, valiosas orientações de Maria Helena Diniz, *Curso...*, ob. cit., p. 377/401.

45 DINIZ, Maria Helena. *Curso...*, ob. cit., p. 364/365.

46 RUZYK, Carlos Eduardo Pianovsky. *Famílias simultâneas ...* ob. cit., p. 23/26.

Com relação a regime de bens, Jurandir Sebastião⁴⁷ leciona:

“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 efeitos de convencimento do julgador, em caso de conflito, posto que, na dúvida – se contrariado ou negado pelo réu –, a interpretação será a de invalidade ou de inexistência dessa modalidade de manifestação de vontade). 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).”

As situações de convivências simultâneas dificultam a apuração do real valor da quota parte a que cada personagem terá direito. Todavia, é necessário aferir o justo valor de cada porção dessa “sociedade de fato”.

Sugerimos que, para superar as dificuldades, essa apuração de haveres ocorrerá sob as luzes da operabilidade (um dos pilares do direito civil contemporâneo, ao lado da eticidade e da socialidade, sob inspiração do pensamento de Miguel Reale).

Há muitos estudos e precedentes jurisprudenciais concernentes à apuração de quinhões em situações de casamento putativo pela bigamia. No aspecto fático e patrimonial, são situações semelhantes às de simultâneas convivências putativas.

Com o intuito de obter a devida operabilidade, podem ser considerados, como referencial, critérios de cálculo semelhantes aos empregados em situações de casamento putativo pela bigamia.

Poderão ser observadas as orientações de Yussef Sahid Cahali, retro mencionadas, ao tratar de “conflitos de meação”.

Não estamos caindo em contradição e defendendo aplicação, pura e simples, das regras de casamento putativo por analogia, o que seria vedado, como já verificado em tópico precedente – reiteramos, com todo respeito às doutas opiniões em contrário. Apenas defendemos a utilização de métodos que se mostraram eficazes para a divisão patrimonial em situações de casamento putativo pela bigamia, pois, como já enfatizado, no aspecto fático, são situações semelhantes.

Pensamos que a operabilidade nos permite assim agir, sem ferir as regras maiores de hermenêutica.

Nesse caso, imaginemos a hipótese de um homem haver traído duas mulheres, ou seja, um homem ser o “bígamo” – *assim cogitamos, apenas objetivando a clareza do raciocínio, sem nenhum preconceito ou machismo*. Constatada a segunda relação convivencial, deve proceder-se à partilha dos bens do segundo casal. Para tanto, será imperioso considerar o que foi trazido ao primeiro casal pelo personagem traído (por exemplo, a primeira mulher), aquilo

47 SEBASTIÃO, Jurandir. *Casamento,...*, ob. cit., p. 35.

que trouxe, ao segundo casal, o personagem de boa-fé (por exemplo, a segunda mulher), e os bens do “bígamo”, além dos adquiridos na constância dos dois relacionamentos, e até a data da desconstituição do segundo relacionamento. A fim de apurar qual a meação da segunda mulher, deve ser separada, em primeiro lugar, a meação da primeira mulher. Será necessário inventariar todos os bens, com exclusão, apenas, dos que pertencem à segunda mulher. Os bens adquiridos, todos, serão considerados pertencentes ao primeiro casal. Separada a meação da primeira mulher, jungir-se-á a meação do bigamo aos bens da segunda mulher, se esta os tiver. Formado, assim, o segundo monte partível, será este dividido entre o bigamo e a “companheira putativa”. Depois, a meação do “bígamo” regressará ao primeiro relacionamento convivencial, que subsistirá até que se dissolva, por qualquer das vias de desconstituição de união estável. É essa a sugestão que apresentamos.

Mas os problemas podem não se restringir ao aspecto puramente patrimonial. Em situações de convivências simultâneas, poderá haver dificuldade para solucionar questões relativas a **efeitos, como:** uso do nome, desconto para pagamento de imposto sobre a renda, inclusão como pensionista de previdência, alimentos, direitos sucessórios etc.

Tomando como exemplo o **direito a alimentos**, caso fosse possível aplicar, por analogia, as regras de casamento putativo (o que, segundo nosso entendimento, não é recomendado, como retro enfatizado), urge verificar se a sentença, reconhecedora da putatividade, faz cessar tal obrigação.

Segundo Maria Helena Diniz⁴⁸ e Yussef Said Cahali⁴⁹, para cônjuges nossa legislação não contém disposição específica a respeito da continuidade da obrigação alimentar, diversamente do que ocorre na Argentina, Portugal e Itália. A Lei Matrimonial da Argentina (art. 87, inc. I) estabelece que, não obstante a declaração da nulidade, subsiste a obrigação de prestar alimentos, se houver necessidade. O Código Civil lusitano estabelece que, declarado nulo ou anulado o casamento, o cônjuge de boa-fé conserva o direito a alimentos após a sentença (art. 2.017), cessando em razão de novo casamento ou de indignidade (art. 2.019). O Código Civil italiano trata da questão em seu art. 129, com a redação da Lei n. 151/75.

Facilmente verificamos que tampouco para conviventes há regras concernentes a alimentos em situações de convivências simultâneas.

Considerando que sequer para cônjuge putativo existe legislação, não podemos cogitar de analogia – o que, reiteramos, seria inadequado procedimento de hermenêutica.

Com relação a **direitos sucessórios**, acerca de casamento putativo Maria Helena Diniz⁵⁰ esclarece:

“Se o casamento for putativo, o cônjuge de boa-fé (CC, art. 1.561, §1º) sucede ao pré-defunto se a sentença anulatória for posterior ao falecimento do cônjuge de cuja sucessão se trata, embora o de má-fé não suceda ao de boa-fé, porque relativamente ao que contraiu matrimônio de má-fé os efeitos civis não lhe aproveitarão (CC, art. 1.561, §2º).”

Tendo por base essa orientação sobre casamento putativo e considerando que convivente tem o direito de participar da sucessão, mesmo que apenas nos moldes do art. 1.790 do

48 DINIZ, Maria Helena. *Curso ...*, ob. cit., p. 279/280.

49 CAHALI, Yussef Said. *O casamento putativo*, ob. cit., p. 141/145.

50 DINIZ, Maria Helena. *Curso ...*, ob. cit., vol. 6, p. 121.

Código Civil de 2002, haverá grande dificuldade para definir o quinhão dos(as) conviventes de boa-fé.

Acerca de direitos sucessórios, novamente nos reportamos aos estudos de André Menezes Delfino⁵¹ e Jurandir Sebastião⁵², inicialmente mencionados.

8. INAFSTABILIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL E SUA EFICÁCIA

Na hipótese de algum caso de convivência simultânea ser submetido ao Poder Judiciário, terá que ser apreciado, em respeito ao princípio da inafastabilidade da jurisdição (Constituição Federal, art. 5º, inciso XXXV – “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciária lesão ou ameaça a direito.”) e ao disposto no Código de Processo Civil, art. 126 – “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito”. Serão de grande valia as disposições da Lei de Introdução ao Código Civil, art. 4º – “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito” e “Art. 5º - Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins a que ela se destina e às exigências do bem comum.”

Como já constatado por Rodrigo da Cunha Pereira, cada órgão jurisdicional, ao deparar com determinado caso concreto, busca dar a solução mais adequada.

Transitada em julgado a decisão final, seus efeitos deverão ser respeitados, ainda que amparem alguma inconstitucionalidade – por hipótese, indevida aplicação de analogia, quando é vedado assim proceder.

De acordo com os ensinamentos de Maria Helena Diniz, em decorrência da eficácia social, haverá a produção de efeitos jurídicos por força da teoria da incidência normativa, que privilegia o fenômeno eficaz e não o da validade. Observa-se o princípio da interação. A pura técnica deverá render-se à realidade fática. Para tanto, aplica-se “regra de calibragem”, segundo a qual: “*Deve-se respeitar o caso julgado, prestigiando o órgão julgante que prolatou a decisão, devido à presunção *jure et de jure* de sua licitude, absorvendo a sua inconstitucionalidade.*”⁵³ Essas regras garantem que a autoridade jurídica assuma os comandos inconstitucionais como vinculantes.

9. CONCLUSÃO

a) O direito pátrio não admite convivências simultâneas, por consagrar o princípio da monogamia.

b) De uniões estáveis, ainda que “putativas”, decorrem efeitos jurídicos, ao menos com caráter protetivo ao personagem de boa-fé, mesmo porque a norma constante do art. 226, §3º, da Constituição da República, prestigia as normas protetivas da entidade familiar.

c) Muitos problemas jurídicos haverá se ocorrem eventuais fatos consistentes em convivências simultâneas.

d) Entendemos adequadas as soluções cogitadas no item 8 retro, em síntese:

d.1) Quanto aos “conflitos de meação” (dificuldades para apurar o quinhão de cada

51 DELFINO, André Menezes. *A união estável...*, ob. cit., p. 49/55.

52 SEBASTIÃO, Jurandir. *Casamento...*, ob. cit., p.39/40.

53 DINIZ, Maria Helena. *Curso ...*, ob. cit., p. 401/404.

personagem dos relacionamentos simultâneos), imaginemos a situação de o personagem “bí-gamo” ser um homem, o traidor de duas mulheres. Primeiro partilham-se os bens do segundo casal, verificando o que foi trazido ao primeiro casal pelo personagem traído (a primeira mulher); o que trouxe, ao segundo casal, o personagem de boa-fé (a segunda mulher), e os bens do “bí-gamo”, além dos adquiridos na constância dos dois relacionamentos, e até a data da desconstituição do segundo relacionamento. Separa-se o quinhão da primeira mulher, inventariando todos os bens, com exclusão, apenas, dos que pertencem à segunda mulher. Todos os bens adquiridos serão considerados pertencentes ao primeiro casal. Apurada e separada a meação da primeira mulher, somar-se-á a meação do “bí-gamo” aos bens da segunda mulher. Com isso, forma-se o segundo monte partível, que será dividido entre o bí-gamo e a “companheira putativa” (a segunda mulher). Depois, a meação do “bí-gamo” regressará ao primeiro relacionamento convivencial, que subsistirá até que se dissolva, por qualquer das vias de desconstituição de união estável.

d.2) Com relação à obrigação alimentar, nossa legislação nada prevê acerca do personagem de boa-fé do segundo relacionamento.

d.3) No que se refere a direitos sucessórios, deverá ser observado o disposto no art. 1.790 do Código Civil de 2002, em conjunto com as disposições atinentes à apuração da porção patrimonial que cada um dos núcleos de “entidade familiar putativa” adquiriu onerosamente, o que poderá ser verificado conforme as sugestões constantes do item d.1 retro.

e) Caso os envolvidos em situações fáticas de convivências simultâneas não consigam resolver de maneira amigável e extrajudicial os problemas surgidos, poderão se valer do Poder Judiciário, que deverá prestar-lhe a adequada tutela jurisdicional;

f) Transitada em julgado a sentença ou acórdão, terá presunção *jure et de jure* acerca de sua licitude, por força das mencionadas regras de calibragem e do princípio da interação.

10. ABSTRACT:

The juridical adjustment deals with putative marriage and one of the possibilities is bigamy. There are no rules, even protective, concerning “putative unions”. There are isolated jurisprudential registries and academical approaches. We analyzed the possible juridical effects of these hypothetical situations, indicating practical solutions to goods partition, descent law and social security rights, from others.

Key words: Putative union. Monogamic relationship. Putative marriage. Bigamy. Family law.

11. REFERÊNCIAS

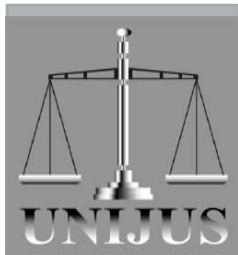
BITTENCOURT, Edgard de Moura. *O concubinato no direito*, Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1969.

BORGHI, Hélio. *Casamento e união estável – formação, eficácia e dissolução*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *O casamento putativo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

- DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. *União estável*, dissertação de Mestrado apresentada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
- DELFINO, André Menezes. A união estável no direito sucessório – a vantagem e as desvantagens da nova legislação, *Revista Jurídica UNIJUS*, Uberaba: UNIUBE, Vol. 7 – n. 1, Novembro/2004.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 2007, Vol. 5.
- _____. *Dicionário jurídico*, São Paulo: Saraiva, 2005, Vol. 1
- FERREIRA, Pinto. *Enciclopédia Saraiva do Direito*, São Paulo: Saraiva, 1977, Vol. 59.
- MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. *Direito de família no novo Código Civil brasileiro*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003
- OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *União estável, do concubinato ao casamento – antes e depois do novo Código Civi*, São Paulo: Método, 2003.
- OLIVERIA, Juarez de, e outros. *Código Civil de 2002 – comparado e anotado*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*, Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- RODRIGUES, Sílvio. *Comentários ao código civil*, Coord. Antônio Junqueira de Azevedo, São Paulo: Saraiva, 2003, Vol. 17.
- RUZIK, Carlos Eduardo Pianovsky. Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional, in: *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*, IBDFAM, Belo Horizonte: 2005.
- _____. *Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- SEBASTIÃO, Jurandir. Casamento, regimes de bens, partilha em vida e no direito sucessório, *Revista Jurídica UNIJUS*, Uberaba: UNIUBE, Vol. 9 – n. 10, Maio/2006.
- SURGIK, Aloísio. *Enciclopédia Saraiva de Direito*, vol. 35, São Paulo: Saraiva, 1979 (Coord. Prof. Rubens Limongi França e Atualização Legislativa por Juarez de Oliveira).
- TARTUCE, Flávio. O princípio da boa-fê objetiva no direito de família, *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 35, IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família.
- ZANETTI, Andréa Cristina. *O papel da mediação familiar na união estável*. Trabalho apresentado durante programa de Mestrado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.



ASPECTOS CONSTITUCIONAIS E PENAIS SIGNIFICATIVOS DA LEI MARIA DA PENHA

Roberta Toledo Campos¹

*“A verdadeira viagem de descobrimento não consiste em
ver novas paisagens, mas em ter novos olhos”.*
Marcel Proust

Resumo:

A Lei Maria da Penha foi publicada no afã político de diminuir a violência contra a mulher. Ao estabelecer medidas que superprotegem a mulher, a Lei n. 11.340/2006 não hesitou em violar direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição da República Brasileira de 1988. Esse mecanismo de ação afirmativa, sob o pretexto de proteger grupos considerados frágeis, acaba por reafirmar discriminações culturais e inferiorizar tais grupos. A principiologia democrática constitucionalizada não autoriza que a implementação de direitos fundamentais seja discriminada em função do sexo ou do gênero do cidadão. A isonomia fundamental, nesse aspecto, é absoluta.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha. Princípio da isonomia. Discriminação sexual. Ação afirmativa.

SUMÁRIO:

1. Introdução – 2. Antecedentes Legislativos Da Lei Maria Da Penha – 3. O Ser Mulher - 4. O Ser Mulher como Sujeito Passivo da Lei Maria da Penha – 5. Lei Maria da Penha: uma (des)igualdade fundamental – 5.1 A natureza principiológica constitucional dos direitos fundamentais – 5.2 Direitos fundamentais como piso de igualdade – 5.3 Sexo na Lei Maria da Penha, uma desigualdade fundamental – 6. Aspectos penais significativos da Lei Maria da Penha – 7. Considerações finais – 8. *Resumi* – 9. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Uma coerente e criteriosa análise da violência contra a mulher não pode deixar de levar em conta aspectos que escapam ao âmbito puramente dogmático ou jurídico-penal. Aquele que sabe tudo de Direito Penal, mas apenas isto, corre o risco de não saber nada de Direito Penal. Acaba ficando um estudo esquizofrênico, fragmentado. A abordagem da Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006) será feita no paradigma adotado pela nossa Constituição da República de 1988, o Estado Democrático de Direito. A violência contra a mulher se insere em uma problemática que, necessariamente, abrange questões ligadas à igualdade entre sexos. Trata-se de tema com elevado grau de complexidade, já que densa é a carga ideológica que carrega. Como é inevitável quando se trata da abordagem do humano, refletir a respeito do indivíduo, da família, do sexo, do gênero, da isonomia, é indagação ontológica e histórica, tarefa que se impõe sobretudo em tempos de transformação da sociedade e de crise de valores. E é exatamente por isso que nos socorreremos de alguns conceitos psicanalíticos.

2. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DA LEI MARIA DA PENHA

A Lei n. 11.340, sancionada em 7 de agosto de 2006 pelo Presidente Luiz Inácio

¹ Mestre em Direito pela PUC-SP. Professora de Direito Penal da Uniube. Advogada.

Lula da Siva, foi batizada de **Maria da Penha** em homenagem a uma vítima da violência doméstica. Em 1983, a biofarmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes levou um tiro nas costas que a deixou paraplégica, aos 38 anos de idade. O autor do disparo foi seu marido, o professor universitário Marco Antônio Heredia Viveros, que após uma primeira tentativa ainda procurou matá-la por eletrocução. Heredia foi condenado e preso em 28 de outubro de 2002, cumprindo dois anos de prisão.

O caso de Maria da Penha chegou à Comissão Interamericana dos Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos, que responsabilizou o Brasil por negligência e omissão em relação à violência doméstica. A OEA, com base na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção do Belém do Pará), acatou, pela primeira vez, uma denúncia de crime de violência doméstica e iniciou uma série de investigações sobre o andamento do caso na esfera judicial brasileira. Em abril de 2001, a OEA condenou o Brasil a definir uma legislação adequada a esse tipo de violência.

Um consórcio de entidades ligadas ao movimento feminista apresentou à bancada feminina do Congresso Nacional e à Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres um anteprojeto de lei definindo as diversas formas de violência doméstica e familiar contra as mulheres e estabelecendo mecanismos para prevenir e coibir este tipo de violência e prestar assistência às vítimas. Com a nova lei, que entrou em vigor no dia 22 de setembro de 2006, a comunidade feminina espera que a violência doméstica e familiar contra a mulher diminua.

3. O SER MULHER

Ao ler a Lei Maria da Penha, a primeira reflexão a ser feita é a respeito do conceito de **MULHER**, de tamanha complexidade para ser respondido com uma mera espiada no dicionário. Segundo a Enciclopédia e Dicionário Koogan/Houaiss, mulher é o ser humano do sexo feminino. Sexo é a diferença física e constitutiva do homem e da mulher, do macho e da fêmea: sexo masculino e feminino. Sexo feminino é o que se refere ao sexo caracterizado pelo ovário (nos animais e nas plantas). Então, ser mulher é apenas ter órgãos sexuais femininos? É a genitália que distingue o sexo fêmeo do sexo macho? E como se distingue o gênero feminino do gênero masculino? A genitália é capaz, por si só, de determinar o gênero feminino ou masculino do ser humano?

Aprende-se em Psicanálise que desde o nascimento nos espelhamos no olhar de um outro. Nascemos seres dependentes física e psicologicamente. A maturidade apenas modifica a qualidade dessa dependência. A nossa ansiedade de nos distinguirmos dos demais torna-nos, porém, desses dependentes – não de alguém em particular, mas do outro em geral. É através do convívio com outras pessoas que nós nos vemos, trocamos olhares e nos identificamos, formando uma auto-estima de nós mesmos. Reconhecermo-nos nas semelhanças e diferenças que se refletem no olhar do outro é uma necessidade que atravessa a nossa existência.

Como ensina Giselle Câmara Groeninga (2004, p. 250), a investigação de um conhecimento de forma interdisciplinar vem reconhecer esta necessidade de outro olhar que nos leva a um fortalecimento da identidade e a um redimensionar de cada disciplina, rumo a um novo horizonte epistemológico – o de ampliar os princípios mesmos que regem os conhecimentos de cada área do saber. Estamos vivendo em plena crise paradigmática. Os pressupostos que formavam o que acreditávamos serem as bases do nosso conhecimento têm se modificado. Depois da demonstração de Freud da existência de um inconsciente que é estruturado com uma lógica que lhe é própria, tivemos acesso a outro sujeito além do SUJEITO DE DIREITO – O SUJEITO

DO DESEJO. O eu e a consciência perdem sua soberania. A partir dessa *descoberta*, buscamos a integração diferenciada desses dois aspectos de um mesmo sujeito, e não mais a disjunção.

O caminho que ora se afigura é o da integração da subjetividade, do interesse pela subjetividade na objetividade, de sua legitimação como ciência, e não de sua exclusão. A fase da exclusão da subjetividade como característica da objetividade científica já está sendo superada. Percebemos que a realidade de sujeito humano é também composta de subjetividade e de afeto. Somos razão e emoção, corpo e espírito, sujeito e alma.

O Direito havia perdido de vista o humano, na tentativa de se auto-afirmar como ciência, considerando apenas a objetividade. Valorizava o homem-máquina em detrimento do homem-desejante. Porém, nos tempos atuais, especialmente após a Constituição da República de 1988, percebeu-se que a postura de ignorar a natureza humana, que combina sentimento, ação e pensamento, é um equívoco. Somente a combinação da subjetividade e da objetividade atende ao reconhecimento da dignidade da pessoa humana, postulado fundamental do nosso Estado Democrático de Direito. Segundo Heidegger (1998), o homem não é o ser do ENTE atmosférico, telúrico, carnal, mas o SER que, mesmo assim contingenciado, é um PLUS que, diferente do animal, é capaz de pensar o seu próprio SER.

Ente é tudo de que falamos, tudo que entendemos, com que nos comportamos dessa ou daquela maneira, ente é também o que e como nós mesmos somos. Ser está naquilo que é e como é, na realidade, no ser simplesmente dado, no teor e recurso, no valor e validade, na pré-sença, no “há”. (HEIDEGGER, 1995, p. 32)

Há ser no seu próprio ser (1979, p. 98). O ser é sempre o ser de um ente. Como SER-NO-MUNDO, o homem *ek-siste* não como um fato objetivo, mas como um acontecimento vivido, e isto significa que em cada instante ele se manifesta no SER. Aqui, *ek-sistir* não indica o fato de ser, mas o modo de ser. A essência do homem consiste em revelar-se como *ek-sistência*, isto é, como o AI, a clareira do SER. A *ek-sistência* é uma tarefa a realizar. O sujeito humano é uma construção. Ser-no-mundo é, portanto, uma estrutura de realização. Nossa EXISTÊNCIA (*Dasein*²) nada mais é que NOSSO SER-NO-MUNDO. *A essência do ser-ai reside na sua existência* (1979, p. 99).

Como seres humanos, podemos ser analisados como raciocinadores lógicos ou como feixes físicos de carne e osso, mas como *daseins* não somos nada além de nossas compreensões e incompreensões do mundo e do lugar que nele ocupamos, e de nossas mais ou menos claras compreensões e incompreensões dessas próprias compreensões, e assim por diante, interminavelmente. Para o *dasein*, existir é ontologizar. É no *dasein* que o homem constrói o seu modo de ser, a sua existência, a sua história etc. Nesse sentido, Heidegger explica que:

O *Dasein* não é apenas uma entidade que ocorre em meio a outras entidades. É, antes, uma entidade que se distingue onticamente pelo fato de que, em seu ser, é esse próprio ser que importa para ela. Mas, então, a essa constituição do ser do *Dasein* pertence o fato de que, em se ser, está presente uma relação dirigida para esse ser. E isso, por outro lado, significa que, de certa maneira e de forma em certa medida explícita, o *Dasein* entende-se a si mesmo em seu ser. É peculiar a essa entidade que, com e por meio de seu próprio ser, esse ser a ela se revele. A compreensão do ser é, ela própria, uma característica determinante do ser do *Dasein*. O que distingue onticamente o *Dasein* é que ele é ontológico. (2000, p. 17).

2 Este é um termo clássico dentro do pensamento do filósofo Heidegger, usado por ele para referir-se àquilo que constitui o ser ou a essência do homem, isto é, a sua EXISTÊNCIA no sentido de ultrapassagem e transcendência. É o SER DO HOMEM. Não é um termo técnico, e como *Daseins* somos simplesmente entidades com atitude ontológica.

A essência do homem é tal, que é necessariamente o lugar exclusivo da compreensão do SER. Ela é a tradução de uma diferença. A existência não está incluída na essência; é constituída *ek-sistência* pelo SER que nela se torna essência. ENTE e SER, EXISTÊNCIA e ESSÊNCIA habitam agora o âmbito do mesmo homem. Desse modo, aquilo que o homem é, a sua ESSÊNCIA,

[...] consiste no fato de que ele, como ser pensante, aberto para o ser, está posto em face dele, permanece relacionado com o ser e assim lhe corresponde. O homem é propriamente esta relação de correspondência, e é somente isto. “Somente” não significa limitação, mas uma plenitude. No homem impera um pertencer ao ser; este pertencer escuta ao ser, porque a ele está entregue como propriedade. E o ser? Pensemos o ser em seu sentido primordial como apresentar. O ser se apresenta ao homem, nem acidentalmente nem por exceção. Ser somente é e permanece enquanto aborda o homem pelo apelo. Pois, somente o homem, aberto para o ser propicia-lhe o a advento enquanto apresentar. [...] Homem e ser estão entregues reciprocamente um ao outro como propriedade. Pertencem um ou outro (1999, p. 127).

Para Giselle Groeninga (2004, p. 254), a consideração do sujeito em sua integralidade significa a busca do que ela chama de o **DIREITO A SER HUMANO**. Já se sabe, portanto, que, para atender à dignidade humana, a consideração do ser humano deve ser feita em todos os níveis de nossa constituição – espírito, mente e corpo; o individual e o coletivo.

Do exposto, é possível apenas concluir que o SER mulher não é mera pulsão orgânica, não é apenas aquele ser humano portador de ovário e genitália feminina. Seu destino não se restringe a seu ser biológico. É muito mais do que isso. É o MODO do SER, o seu estilo, o modo de conduzir a sua vida.

4. O SER MULHER COMO SUJEITO PASSIVO DA LEI MARIA DA PENHA

Para ter incidência a nova lei, o sujeito passivo da violência deve necessariamente ser uma MULHER e a ambiência deve ser a unidade doméstica, familiar ou de afeto. Portanto, é fundamental que se constate que a violência seja contra a MULHER e que haja um vínculo doméstico, familiar ou de afeto com o agente do fato (art. 1º da Lei 11.340/2006).

No Estado Democrático de Direito (CB, art. 1º), ensina o Prof. Rosemiro Pereira Leal (2005, *passim*) que o desatendimento de direitos fundamentais de VIDA e DIGNIDADE implica impedir o SER do HOMEM, mesmo que aferidas as condições entitativas de possibilidade de sua sobrevivência orgânica (ENTE). A constitucionalidade brasileira prioriza a VIDA de um SER-HOMEM (liberdade fundamental) e não vida histórico-biológica, já que esta é mera extensão daquela. A garantia é do HOMEM enquanto titular da autoria do seu mundo; é garantia da liberdade de o HOMEM escolher entre as várias possibilidades de seu mundo no ESTAR-AÍ (*Dasein*) dos entes. Assim, conclui Rosemiro Pereira Leal, o direito à vida é a escolha de um mundo no intramundo pelo SER-HOMEM, é a liberdade de decidir sobre o mundo do seu SER.

Ser livre, segundo Heidegger, é experimentar-se situado na intersecção do SER-NO-MUNDO com o mundo do SER. A liberdade realiza a emergência do mundo no interior do SER. A liberdade é, pois, a própria prática do pensamento, uma vez que ela deixa-ser o SER. (1979, p. 101). Nesse sentido, a Lei Maria da Penha também conferiu ampla tutela à mulher como SER-HOMEM. Basta uma leitura dos arts. 2º e 3º para verificar que os direitos fundamentais de DIGNIDADE e LIBERDADE da mulher são garantidos para que ela possa escolher o mundo do seu SER. Se não bastassem os citados artigos, há ainda o art. 5º, parágrafo único, que enfatiza a liberdade da mulher de ORIENTAÇÃO SEXUAL do seu SER. Ora, mais uma vez temos que nos

socorrer da Psicanálise no que toca aos estudos sobre sexualidade. A idéia de sexualidade é de tamanha importância na doutrina psicanalítica que, com justa razão, pôde-se afirmar que todo o edifício freudiano assentava-se sobre ela, o que é um exagero.

Freud efetuou uma verdadeira ruptura epistemológica com a sexologia, estendendo a noção de sexualidade a uma disposição psíquica universal e extirpando-a de seu fundamento biológico, anatômico e genital, para fazer dela a própria essência da atividade humana. Distinguiu, assim, os dois grandes campos da sexualidade: a determinação anatômica e biológica (sexo), por um lado, e a representação social e psíquica (gênero³) – identidade sexual, por outro. Mostrou que a sexualidade tanto era uma representação ou uma construção mental quanto o lugar de uma diferença anatômica. Para Freud, com efeito, a existência de uma diferença anatômica entre os sexos não desembocava numa concepção naturalista, uma vez que essa famosa diferença, ausente no inconsciente, atesta, para o sujeito, uma contradição estrutural entre a ordem psíquica e a ordem anatômica. É possível, portanto, uma não concordância entre o psíquico e o anatômico, entre o SER e o ENTE.

A partir dessa distinção entre o sexo, como a especificidade biológica e anatômica, e o gênero (*gender*), como a representação social e psíquica da diferença sexual – identidade sexual, possibilitou-se interrogar a identidade sexual do SER do ENTE, o que possibilitou que a visão que a sociedade ocidental tinha da sexualidade e da história da sexualidade em geral se transformasse totalmente. Percebendo a necessidade de reflexão sobre a redistribuição das relações de identidade entre os sexos, já que a determinação anatômica não se sustenta mais, vislumbrando pois a possibilidade de *homem-masculino*, *homem-feminino*, *mulher-feminino* e *mulher-masculino* (NOLASCO, 1995, p. 16), começaram os estudos sobre bissexualidade, homossexualidade, heterossexualidade, transexualidade, hermafroditismo real e os fenômenos de travestismos.

Assim, diante do exposto, percebe-se que a Lei Maria da Penha ratificou a garantia constitucional democratizada da liberdade do ENTE de escolha sobre o seu próprio mundo, inclusive a sua liberdade de escolha da identidade sexual de seu SER.

5. LEI MARIA DA PENHA: UMA (DES)IGUALDADE FUNDAMENTAL

5.1 A natureza principiológica constitucional dos direitos fundamentais

O paradigma positivado pela Constituição da República Brasileira de 1988 é o do Estado Democrático de Direito (art. 1º, CB), que é aquele que se estrutura em uma democracia representativa, participativa e pluralista, e garante a realização prática dos direitos fundamentais, inclusive dos direitos sociais, através de instrumentos apropriados conferidos aos cidadãos, sempre tendo em vista a dignidade humana.

As bases dessa democracia constitucionalizada são a soberania do povo, expressa na manifestação da vontade popular, e a dignidade humana, consagrada na enunciação dos direitos fundamentais. Em razão deste segundo pilar, evidencia-se uma ampliação do conceito de democracia a qual terá que se realizar não apenas no plano político, mas também nas dimensões econômica, social e cultural.

3 O termo *gênero* é utilizado habitualmente para designar qualquer categoria, classe, grupo ou família que apresente os mesmos sinais em comum. Em trabalhos contemporâneos, designa-se por SEXO o que deriva do corpo sexuado (macho ou fêmea) e por GÊNERO o que se reporta à significação sexual do corpo na sociedade (masculinidade ou feminilidade). Cf. ROUDINESCO, Elisabeth; PLON, Michel. *Dicionário de psicanálise*. Trad. Vera Ribeiro, Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p. 291.

Norberto Bobbio (1992, p. 1) enfatiza que a marca característica do Estado Democrático de Direito é a sua legitimação pela consagração e promoção dos Direitos Fundamentais, já que sem Direitos do HOMEM, reconhecidos e protegidos, não há democracia. Um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito é a DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (CR/88, art. 1º, III). Isso significa que o indivíduo é o limite e o fundamento do domínio político da República. A República, assim, é uma organização que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos políticos-organizatórios. A dignidade humana é o valor-fonte para definir os direitos fundamentais, isto é, os direitos fundamentais são desdobramentos da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, a Constituição da República, no art. 5º, *caput*, positiva a *inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade*. Esse panorama evidencia que a dignidade da pessoa humana é o fundamento material da unidade da Constituição, é ela a unidade axiológica ou teleológica da Constituição. O valor pessoal do homem impõe um limite deontológico à interpretação constitucional.

Portanto, reconhece-se aos direitos fundamentais a natureza principiológica constitucional de justificação do Estado. Tais direitos são fundantes, ou seja, são fontes de legitimação de todo o Direito, condicionam a produção e interpretação das normas jurídicas infraconstitucionais.

5.2 Direitos fundamentais como *piso de igualdade*

Ao assegurar direitos fundamentais para todos os cidadãos, o Estado Democrático de Direito deve garantir um PISO DE IGUALDADE (LEAL, 2005, p. 79) para todos os cidadãos como ponto de partida para verificar as diferenças. Só será possível verificar diferenças após o atendimento dos direitos fundamentais à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, ao patrimônio, à moradia, enfim, aos direitos necessários à dignidade humana.

A IGUALDADE JURÍDICA na democracia nivela todos os cidadãos no plano da titularidade dos conteúdos normativos dos direitos fundamentais. Não há que se falar em DESIGUALDADE JURÍDICA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS (LEAL, 2005, p.80), porque, uma vez que são cumpridos os direitos fundamentais, o que se tem são desníveis patrimoniais e de personalidade (identidades), sem que tal diferencial pudesse quebrar a igualdade entre as partes a ponto de recuperar a velha máxima de *justiça* do Estado Liberal – tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais⁴.

Rosemiro Pereira Leal explica que não há DIREITO À DIFERENÇA no plano dos direitos fundamentais já acertados constitucionalmente para todos, sob pena de romper o princípio da igualdade jurídica. A possível existência de direitos diferentes só ocorre no sobrenível da normatividade fundamental. Enfatiza ele que “direitos diferentes, na teoria da democracia, não geram diferenças jurídico-fundamentais entre pessoas a suplicarem tratamento discriminatório” (LEAL, 2005, p. 79). As desigualdades possíveis seriam apenas física, psíquica, cultural, estética, ideológica ou econômica. Portanto, o negro, o índio, o homossexual, a lésbica, o deficiente não são desiguais a ninguém quanto a direitos fundamentais na teoria da constitucionalidade democrática. Tanto eles quanto os brancos, os amarelos, as mulheres, os heterossexuais: “homem ou mulher, são iguais em direitos fundamentais e titulares de igualdade processual (simétrica paridade-isonomia) no direito democrático” (LEAL, 2005, p. 79). Os

4 Um dos pontos frágeis deste imperativo moral é ter sido defendido em nome de um suposto Direito Natural. Platão busca nos fazer crer que, se naturalmente alguns indivíduos são superiores, não podem ser tratados de forma igual aos que lhe são desiguais. Para ele, Estado justo era aquele que operacionalizava a manutenção de cada indivíduo no seu “lugar natural”.

direitos diferentes não implicam uma desigualdade ilegal porque os direitos fundamentais já foram atendidos. Isso não equivale a ser desigual no Estado Democrático de Direito.

É necessário esclarecer que OS DIREITOS DIFERENTES só podem ser discutidos via DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL. A discussão, negação, produção, defesa, afirmação e aplicação de direitos diferentes, na teoria democrática, só se fazem ISONOMICAMENTE no espaço-tempo da estrutura procedimental processualizada. A isonomia é princípio jurídico-processual que rege a atuação dos sujeitos do processo na construção de direitos não fundamentais (direitos diferentes), garantindo condições argumentativas isonômicas (igualdade argumentativa na formação processualizada do direito diferente). E, assim, a isonomia não pode ser abandonada “na construção e exercício da constitucionalidade democrática, porque é ela que torna possível a igualdade (simétrica paridade) entre os economicamente desiguais, entre os física e psicologicamente diferentes e entre maioria e minoria política, ideológica ou social” (LEAL, 2005, p. 79).

5.3 Sexo na Lei Maria da Penha, uma desigualdade fundamental.

A Constituição Brasileira assegura a igualdade fundamental aos seus cidadãos no *caput* do art. 5º - “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)*”. Como já explicitado, no Estado Democrático de Direito todos os cidadãos são iguais em relação à titularidade de direitos fundamentais. Nesse sentido, o art. 2º, III, estabelece como objetivo fundamental da República Brasileira *promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*.

Para não restar qualquer dúvida de que todos os cidadãos são isonomicamente titulares de direitos fundamentais, a Constituição ainda estabelece no art. 5º, I, que “*homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição*”. Ora, é nítida que a intenção do legislador foi a de impedir desníveis de direitos fundamentais fundados no SEXO. As diferenças justificadas estão inclusive previstas na própria Constituição Federal: arts. 7º, XVIII e XIX; 143, §§ 1º e 2º; 201, § 7º, I e II. Portanto, qualquer excepcionalidade na garantia de direitos fundamentais, seja qual for o critério discriminatório utilizado, é inconstitucional. Embora não precisasse, o texto constitucional é expresso em determinar no art. 5º, XLI, que “*a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*”. Atualmente, o Estado Brasileiro é inadimplente em assegurar os conteúdos dos direitos fundamentais. Daí tantas desigualdades fundamentais. A omissão pública chega a ser hedionda. São milhões de esfomeados e despossuídos. Isso é que constitui *crime contra os direitos humanos*. Enfim, a atuação estatal é estupidamente inconstitucional.

Nesse contexto, com o discurso salvacionista dos excluídos e estigmatizados, o Estado legisla as chamadas AÇÕES AFIRMATIVAS, como se a discriminação por ele promovida e já sofrida pelas minorias, ou pelos “diferentes” (negros, homossexuais, mulheres etc.), também não violasse o texto constitucional democrático. Aliás, a inadimplência dos agentes públicos na garantia do direito à dignidade humana é a inconstitucionalidade mais grave no Estado Democrático de Direito, pois viola um de seus fundamentos (art. 1º, III, CR).

As ações afirmativas são proclamadas pelos legisladores como necessárias à implementação dos direitos fundamentais, o que é um equívoco, pois, segundo o Prof. Rosemário Pereira Leal (2005, p. 79), ao se enunciarem constitucionalmente fundamentais, são direitos

líquidos (autoexecutivos) e certos (infungíveis), e, assim, devem ser imediatamente satisfeitos pela Administração Pública (art. 2º, I, II, III e IV). Conseqüentemente, só se pode falar em DISCRIMINAÇÃO depois de executados os direitos fundamentais. Falar de discriminação no atual Estado Brasileiro é o mesmo que *chover no molhado*. Enquanto a Administração Pública não implementar os direitos fundamentais, as pessoas estarão sempre em níveis de uma desigualdade fundamental ilegal. A pretexto da inclusão social das mulheres e defesa de seus direitos, bem como da promoção do que se chama de *discriminação lícita*, o Estado Brasileiro editou a Lei Maria da Penha.

A Lei Maria da Penha deixa claro em seu preâmbulo e no art. 1º a razão de sua existência: CRIAR MECANISMOS PARA COIBIR A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A **MULHER**. Na essência, quer viabilizar à MULHER o exercício dos direitos fundamentais, a saber: vida, liberdade, igualdade, segurança, propriedade, enfim, a dignidade humana.

A lei estabelece, portanto, dois critérios para determinar a sua aplicação: primeiro, o sujeito passivo deve ser MULHER; segundo, a violência deve ser no âmbito familiar, doméstico ou de afeto. Como ação afirmativa, a Lei Maria da Penha pretende garantir a implementação de direitos fundamentais às mulheres, porém é inconstitucional quando excepciona a implementação de direitos fundamentais em função do SEXO, o que gera uma DESIGUALDADE FUNDAMENTAL.

Realmente, a atuação da nossa Administração Pública é trágica: é inadimplente na garantia dos direitos fundamentais e, quando legisla para dissimular a sua omissão, excepciona a implementação desses direitos.

6. ASPECTOS PENAS SIGNIFICATIVOS DA LEI MARIA DA PENHA

As principais alterações penais trazidas pela lei são:

a) Configura violência doméstica e familiar contra mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial à MULHER, desde que o ambiente seja a unidade doméstica, familiar ou de qualquer relação pessoal afetiva. (art.5º, incisos I, II e III). Se a sexualidade do indivíduo deve ser avaliada sob os critérios do SEXO e do GÊNERO, como fica a violência doméstica e familiar empregada contra os hermafroditas, transexuais (por exemplo, Roberta Close), travestis (por exemplo, Rogéria) e *gays*, já que podem ser indivíduos do sexo macho com gênero feminino (ou vice-versa)?

b) As relações homoafetivas FEMININAS estão protegidas pela lei (art.5º, parágrafo único). Interessante o que o AFETO fez de sua entrada no Direito de Família, como nas relações de filiação, na adoção e nas relações homoafetivas, como denomina Maria Berenice Dias (2000, passim). A ordem familiar deixou de ser fundada na diferença sexual. O conceito de família precisou ser reinventado. A família passou a ser identificada pela presença de um elo de afetividade; os vínculos de parentalidade vêm sendo definidos pela identidade sócio-afetiva, e não pela consangüinidade. A verdade biológica perdeu significado. Exigem-se novos referenciais para o estabelecimento dos laços de parentesco. Família passou, então, a ser concebida como um ESPAÇO DE AFETIVIDADE destinado a realizar os anseios de felicidade de cada um (HIRO-NAKA, 2000, p. 21). Em assim sendo, começam a ser reconhecidas como entidades familiares as relações homoafetivas, justamente porque houve um alargamento conceitual da família, que passou a ser vivenciada como um espaço de afetividade para a realização do projeto pessoal

de felicidade. Nas relações homoafetivas há quem desempenhe o gênero masculino e quem desempenhe o gênero feminino. É possível, inclusive, nas FAMÍLIAS HOMOPARENTERAIS⁵ que um desempenhe a função paterna e o outro a função materna⁶. Pergunta-se: a violência doméstica e familiar praticada no âmbito das relações homoafetivas contra o indivíduo do sexo macho e gênero feminino está excluída da “proteção” da Lei Maria da Penha?

c) As formas de violência doméstica e familiar contra a mulher estão definidas no art.7º (violências física, psicológica, sexual, patrimonial e moral). Quais são as possíveis conseqüências da violência pública (não implementação dos direitos fundamentais) para as relações familiares, domésticas ou íntimas entre os gêneros?

A tradicional divisão sexual das funções domésticas, familiares e afetivas está em xeque: homens na produção, no público e na chefia da casa, mulheres na reprodução, na esfera doméstica, eventualmente *ajudando* no trabalho remunerado. O momento atual é de *transição de gênero*. Os pressupostos que formavam o que se acreditava serem as bases da identidade de gênero têm se modificado. Outros pressupostos surgem no horizonte. Vive-se uma verdadeira *crise paradigmática*, o que nos traz incertezas. E como diz Gisella Groninga (2004, p251), crise é “um estado de um sistema em que uma mudança é iminente”.

Nolasco (1995, *passim*) conclui que o homem nesta situação, tendo perdido a base anterior da sua identidade de gênero, mas sem palavras para nomear *o novo*, reage com violência: ele vive o desmonte da identidade masculina de provedor. Giddens (2000, p. 92) considera que

“É possível que boa parte da violência que os homens praticam hoje contra a mulher, não seja apenas a persistência do velho sistema, e, sim, uma incapacidade ou recusa de adaptar-se ao novo. Ou seja, não é apenas a continuação do patriarcado tradicional, mas uma reação contra a sua derrocada”.

d) A **RENÚNCIA** nos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a **MULHER** só pode ocorrer perante o juiz, ouvido o Ministério Público (art. 16);

e) É vedada a aplicação, nos casos de violência contra a **MULHER**, de **PENAS PECUNIÁRIAS**, como as penas de cesta básica, bem como substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa (art. 17). Vale lembrar que: I) se a violência contra a pessoa-mulher for dolosa, não cabe substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos (art.44, I, CP); II) as penas pecuniárias estão vedadas em qualquer tipo de violência contra a mulher, isto é, tais penas não terão incidência seja no caso de violência física ou grave ameaça, seja no caso de outras violências.

No caso de crimes idênticos, é possível diferenciar a aplicação de penas em função do sexo do sujeito passivo? Se o Direito Penal visa à tutela de bens jurídicos fundamentais ao indivíduo e à sociedade, como justificar constitucionalmente a aplicação diferenciada de penas a dois crimes idênticos, porém, em um deles o sujeito passivo é homem e no outro é mulher?

5 O termo *homoparentalidade* foi criado na França em 1996 pela Associação dos Pais e Futuros Pais Gays e Lésbicos.

6 Entre 1973 e 1995, foram realizados procedimentos investigativos nos Estados Unidos para testar as aptidões psicológicas dos homossexuais para serem pais, pois há no continente americano de 1 a 5 milhões de mães lésbicas, de 1 a 3 milhões de pais *gays*, e de 6 a 14 milhões de crianças criadas por pais homossexuais. Essas pesquisas revelaram que os homossexuais eram pais tão comuns quanto os outros, isto é, semelhantes àqueles de famílias horizontais do final do século, incessantemente recompostas. Cf. Elisabeth Roudinesco. *A família em desordem*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003, p.190.

Exemplo: se um filho bate na sua mãe, causando-lhe lesões corporais leves, a sua pena será privativa de liberdade; ao passo que, se bate no seu pai, também lhe causando lesões corporais leves, será possível a incidência da Lei 9.099/95 e, assim, a aplicação de penas restritivas de direitos. Mais uma vez, a Lei Maria da Penha quebra o princípio da igualdade ao promover a discriminação sexual. É oportuno lembrar que o Código Penal ainda mantém discriminação sexual na tutela de bens jurídicos, especialmente quanto ao crime de estupro. Se a mulher constrange o homem, mediante violência ou grave ameaça, a manter conjunção carnal, a sua conduta está tipificada no art. 146 do CP – constrangimento ilegal.

f) Os crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a **MULHER**, independentemente da pena prevista, **NÃO** são mais regidos pela **LEI 9.099/95** (art. 41). Se o Estado já reconheceu a ineficiência da estrutura dos Juizados Especiais Criminais, por que os demais cidadãos devem suportá-lo? Será que a imposição de apenas **UMA** solução processual penal para o conflito doméstico, sem possibilidade de qualquer *acordo*, não irá afastar ainda mais as mulheres da Função Judiciária?

g) A alínea f do inciso II do art. 61 do Código Penal passou a figurar com a seguinte redação: “com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a **MULHER** na forma da lei específica” (art. 43).

Todos os crimes praticados com violência no âmbito doméstico, familiar ou de afeto contra a mulher sofrerão a incidência dessa agravante. Ex.: ameaça, constrangimento ilegal, lesão corporal, homicídio, estupro, atentado violento ao pudor, extorsão mediante seqüestro, roubo, calúnia, injúria, difamação etc. É nítida mais uma violação ao princípio da isonomia por promoção de discriminação sexual quanto à titularidade do bem jurídico lesado, isto é, se o titular do bem jurídico lesado for do gênero feminino, a pena será agravada.

h) O art. 129 do Código Penal recebeu as seguintes alterações:

- § 9º - “se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade: **PENA – DETENÇÃO, DE 3 MESES A 3 ANOS.**” (A pena era de detenção, de 6 meses a 1 ano).

- §11 – “na hipótese do § 9º deste artigo, a **PENA** será aumentada de um terço se o crime for cometido contra **PESSOA** portadora de deficiência” (art. 44);

i) O parágrafo único do art. 152 da Lei de Execução Penal passou a vigorar assim: “nos casos de violência doméstica contra a **MULHER**, o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório **DO AGRESSOR** a programas de recuperação e reeducação” (art. 45).

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O homem exalta a violência. Virou o grande monstro que ameaça a família. O povo grita por *socorro*. E o Estado, num ato salvacionista, edita a Lei Maria da Penha. Lógico! Como é inadimplente na implementação dos direitos fundamentais, como educação, saúde, moradia, cultura, emprego etc., e, assim, gerador de muitas das mazelas humanas, faz uso de uma de suas atribuições a mais viável economicamente: o processo legislativo e o sistema penal.

Ao criar leis, o Estado transmite ao povo carente de direitos fundamentais a sensação de dever cumprido, já que as leis entram em vigor imediatamente e induzem a ilusão de que

agora temos *leis fortes*, que não deixam mais brechas para a impunidade. Aliás, nem pensar em aplicar penas alternativas, pois é o mesmo que não punir. Afinal de contas, lugar de bandido é na cadeia. Ao atribuir responsabilidade ao Direito Penal de resolver todas as misérias humanas, cria-se a expectativa de que tudo está resolvido. O Estado, aproveitando-se dessa ilusão, que sabe ser falsa, continua deixando de implementar os direitos fundamentais, agravando cada vez mais a violência. E dessa violência pública já sabemos quais são as conseqüências para as relações familiares, domésticas ou íntimas entre os gêneros. Aliás, muitas vezes, a intervenção estatal penal é mais danosa que a sua ausência. O dano social gerado pela exclusão propiciada pela intervenção penal do Estado é violentíssimo. Mas, na verdade, o que tudo isso importa? Parece que nada importa a ninguém. Há apenas indiferença.

Nós, seres humanos, estamos motivados a nos livrar de nossas couraças e repensar o nosso futuro. Sabemos que só entre nós poderemos avançar nessas questões da nossa condição. Não nos escapa que é momento de refletir sobre a crise da masculinidade e da feminilidade. Há dúvida de que a natureza determina de modo tão sumário a diferença entre masculino e feminino. *HOMEM*, *MULHER*, *MASCULINO* e *FEMININO* são construções. Efetivamente, muitos de nós criticamos o modelo masculino ou feminino sob o qual fomos criados⁷. Já se sabe atualmente que é possível ser homem sem ser *MACHO* e opressor. O desmoronamento dos modelos tradicionais de gênero é mais uma possibilidade do que uma perda. É a possibilidade de mudança. E é esta crise que nos leva à auto-reflexão para a construção de um *NOVO SER HUMANO*. Ser humano este não determinado por sua biologia, mas capaz de encontrar livremente a sua própria identidade, o seu *SER*, tomando o cuidado para não cometer o erro de supor a possibilidade de uma nova síntese, de uma nova identidade estereotipada.

Aliás, no Estado Democrático de Direito em que estamos construindo a *IDENTIDADE DO SUJEITO CONSTITUCIONAL*, parece-nos que deve ser revista a própria conceituação de gênero em masculino e feminino, já que a Constituição Brasileira tem como um de seus fundamentos a *DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA* (art. 1º, III, CR). Pelo menos no âmbito jurídico constitucional, não se deve fazer referência à identidade como masculina ou feminina, mas apenas à identidade do sujeito constitucional. Não é possível diante da principiologia democrática constitucionalizada estabelecer modelos de identidade masculina ou feminina. Estereotipar a identidade em masculino e feminino é, no mínimo, discriminatório. Falar em encontrar uma *NOVA* identidade masculina ou feminina é um equívoco. É possível apenas refletir sobre a construção da *NOVA IDENTIDADE DO SUJEITO CONSTITUCIONAL* no atual *ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO*.

Por todo o exposto, percebe-se que a violência doméstica e familiar deve ser tratada por uma equipe multidisciplinar. Tanto autores quanto vítimas de violência e seus familiares precisam de atenção integral, evitando-se a *revitimização* através de uma rede articulada de assistência médica, psicológica, social, política, jurídica e social.

7 Os movimentos masculinos têm refletido sobre o seguinte modelo: necessidade de se mostrar sempre forte e capaz; de limitar a expressão de sentimentos; de viver quase que exclusivamente em campos competitivos; de funcionar como servidor da mulher; de ser permanentemente provedor; de ocupar-se apenas de coisas “sérias”, como trabalho, política etc.; e de perder o contato sensível com os filhos, amigos, natureza, estando proibidas entre os homens expressões tais como “fracassei”, “não sei”, “me equivoquei”, “não posso”. Assim também as mulheres refletem sobre o arquétipo feminino instituído ao longo de anos: escravo-senhor. Cf. NOLASCO, Sócrates. A desconsideração do masculino: uma contribuição crítica à análise de gênero. In: *A desconstrução do masculino*. Org. Sócrates Nolasco. Rio de Janeiro: Rocco, 1995.

8. SÍNTESE

La legge Maria della Pegna è stata pubblicata nello affano político per diminuire la violenza contro le donne. Nel stabilire misura che superproteggono le donne, la legge N°11.340/2006 non ha esitato in violare i diritti fondamentali stabiliti dalla costituzione della repubblica brasiliana di 1988. Questo meccanismo di azione affermativa che sotto la giustificazione da proteggere i gruppi considerati fragili, finisce per rafforzare le descriminação culturale ed inferiorizzare i gruppi. La principiologia democratica costituzionalizada non autorizza la implementazione dei diritti fondamentali, sia descriminateda in funzione del sesso o del genero del cittadino. La parità fundamentalli, nello aspetto, è assoluta.

Parole-chiave: Legge Maria della Pegna. Principio della parità. Discriminação sessuale. Azione affermativa.

9. REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 8ª ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito e a justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

GIDDENS, A. **Conversas com Anthony Giddens: o sentido da modernidade**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2000.

GROENINGA, Giselle Câmara. Direito e psicanálise. In: GROENINGA; PEREIRA (Coord.). **Anais IV Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

HEIDEGGER, M. **Essência do Fundamento**. Edições 70: Lisboa, 1988.

_____. *apud* MICHELAZZO, José Carlos. **Do um como princípio ao dois como unidade: Heidegger e a reconstrução ontológica do real**. São Paulo: FAPESP: Anablume, 1999.

_____. *apud* RÊE, Jonathan. **Heidegger: história e verdade em Ser e Tempo**. Trad. José Oscar de Almeida Marques, Karen Volobuef. São Paulo: Editora UNESP, 2000.

_____. *apud* RESWEBER, Jean-Paul. **O pensamento de Martin Heidegger**. Trad. João Agostinho A. Santos. Coimbra: Livraria Almedina, 1979.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. In: **Direito Civil: estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

LEAL, Rosemiro Pereira. O Direito à vida e o meio ambiente. In: **Relativização inconstitucional da coisa julgada: temática processual e reflexões jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. Isonomia processual e igualdade fundamental a propósito das retóricas ações afirmativas. In: **Relativização inconstitucional da coisa julgada: temática processual e reflexões jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. O garantismo processual e direitos fundamentais líquidos e certos. In: **Relativização inconstitucional da coisa julgada: temática processual e reflexões jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

NOLASCO, Sócrates. A desconsideração do masculino: uma contribuição crítica à análise de gênero. In: **A desconstrução do masculino**. Org. Sócrates Nolasco. Rio de Janeiro: Rocco, 1995.



A (RE)DEFINIÇÃO DA COMPETÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS ESTADUAIS

Éder Ferreira¹

*“Clama o povo por uma justiça eficiente, ágil e rápida.
No entanto, os ‘processos se arrastam, envelhecendo junto com as partes’.
Acusam-na de privilegiar os ricos, de propiciar a impunidade.
Mas, na verdade, a nossa Justiça é mais doente do que culpada.
A responsabilidade pela ineficiência não é, apenas, sua.”
Fernando da Costa Tourinho Neto
Joel Dias Figueira Júnior*

Resumo:

O presente artigo visa apresentar as inovações jurídico-legais no que tange à competência dos Juizados Especiais Criminais integrantes do Poder Judiciário Estadual, enfatizando as alterações introduzidas pelo Código de Trânsito, Estatuto do Idoso, criação dos Juizados Criminais Federais, e legislação de proteção à mulher. Sua importância reside no princípio do juízo natural como garantia constitucional do devido processo legal.

Palavras-Chave: Juizados Especiais Criminais. Competência. Processo Penal. Direito Penal.

SUMÁRIO:

1 Introdução; 2 Competência original dos Juizados (Lei nº 9.099/95); 3 Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97); 4 A criação dos Juizados Especiais Federais (Lei nº 10.259/01); 5 Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03); 6 A reconceitualização de *infração de menor potencial ofensivo* e a questão da continência e da conexão (Lei nº 11.313/06); 7 Novo trato aos crimes cometidos com violência doméstica (Lei nº 11.340/06); 8 Considerações finais; 9 *Abstract*; 10 Referência.

1. INTRODUÇÃO

Os Juizados Especiais Criminais Estaduais – JECRIM’s – não foram instituídos por simples decisão do constituinte em *receptionar* tais agências judiciais, mas são um resultado histórico do desenvolvimento de uma sociedade capitalista, caracterizada pela complexidade e multiplicidade de relações sociais. A respeito, escreve WOLKMER³:

Diante da complexidade e da multiplicidade de espécies de conflitos produzidos pelas atuais sociedades capitalistas, talvez a resposta eficaz para a implementação de uma Justiça menos ritualizada e burocrática, mais flexível, rápida e informalizada seja o alargamento da “mediação” e da “conciliação” em direção à instituição dos

1 Bacharel em Direito pela Universidade de Uberaba (2005). Pós-Graduado em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (2007). Conciliador Criminal na Vara do Juizado Especial Criminal da Comarca de Uberaba/MG.

2 Quando os autores afirmam que a culpa da ineficiência do Judiciário não é, apenas, sua, querem nos indicar que em parte a culpa é da própria instituição, ou dos que ela compõem, mas em parte, também o são: a influência do poder econômico, a inércia dos cidadãos frente à problemática do acesso à justiça, a educação jurídica superior deficitária, dentre outros.

3 WOLKMER, Antônio Carlos. *In Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Alfa-Omega, 1997, p. 268.

“juizados de pequenas causas”. O “juizado de pequenas causas”, regulamentado pela Lei 7.244, é uma instância pouco formalizada e de mínima institucionalização, constituída por juizes togados e leigos, objetivando apreciar litígios de valor pecuniário reduzido. Igualmente, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 98, I, acolhe as disposições que atribuem à União e aos Estados-membros capacidade para criar os juizados especiais, “competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas civis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo (...)”. Esses tribunais especiais, no Brasil, nasceram do esforço de se buscar alternativas ao aparato inoperante das instâncias jurisdicionais do Estado, recorrendo aos juizados informais de conciliação e arbitragem, mais ágeis, práticos e informais, propiciando o estímulo às formas extrajudiciais de resolução de conflitos e almejando assegurar concretamente o acesso à Justiça de grandes massas populares.

Os JECRIM's são, então, instâncias judiciais altamente informalizadas e flexíveis e foram inspirados nas *Small Claims Courts* norte-americanas. Apesar de implicarem uma profunda contribuição estratégica à “desregulamentação” e à “desburocratização” da cultura jurídica brasileira,

não deixam de ser procedimentos alternativos instituídos por iniciativa do próprio Estado. Entretanto, o legislador estatal atribuiu uma autonomia relativa a essas instâncias judiciais sumaríssimas, porquanto definiu certas exigências para sua efetivação, preconizando, de um lado, a obrigatoriedade do provimento de juizes togados, de outro, a indicação necessária de bacharéis em Direito para as funções de conciliadores e árbitros.⁴

Ou seja, muito embora os JECRIM's não sejam resultado direto de reivindicações dos movimentos sociais, bem como exijam a chancela de juizes togados na resolução dos conflitos, existe uma margem consignável de autonomia das partes conflitantes para “criarem um novo direito e um novo procedimento *in casu*”, além da possibilidade de serem indicados bacharéis em Direito para atuarem como conciliadores, o que implica, a certa maneira, uma descentralização dos atos judiciais. Por assim ser, torna-se essencial conhecer quais casos, ou quais tipos penais serão processados, julgados e executados nos JECRIM's, visto ser garantia constitucional do cidadão o princípio do juízo natural, segundo o qual, na esfera criminal, a partir do local onde foi cometida a infração penal e pela sua natureza já está predefinida a instância judicial competente para apreciação do fato.⁵

Reside aí a necessidade de delimitar-se a competência dos JECRIM's, levando-se em consideração as regras do Estado democrático de Direito e, por conseguinte, os princípios e regras gerais de Direito, a Teoria Geral do Processo, assim como o Direito Constitucional, Penal e Processual Penal.

Nesse sentido, foi realizado um levantamento, a partir de documentos oficiais (Leis federais, Súmulas do STF e do STJ, Enunciados do FONAJE e demais jurisprudências), das regras que delimitam a competência dos JECRIM's. Tais documentos foram interpretados e analisados e, em seguida, foram submetidos a uma revisão teórica. Os resultados serão apresentados a seguir, de tal sorte que a definição da competência dos JECRIM's e suas alterações foram dispostas consoante sua cronologia.

4 WOLKMER. Obra cit., p. 269.

5 MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 305-306.

2. COMPETÊNCIA ORIGINAL DOS JUIZADOS (LEI Nº 9.099/95)

A competência original dos JECRIM's estaduais foi definida em 1995, pela Lei Federal nº 9.099/95, em razão de dois critérios: natureza da infração e lugar da infração. Em razão da natureza da infração, o art. 60 c/c 61 do referido diploma legal, determinou competência dos juizados para a conciliação, o julgamento e a execução⁶ das infrações penais de menor potencial ofensivo, assim consideradas: a) os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, exceto aqueles cuja lei defina procedimento especial (Tais como crime de abuso de autoridade, calúnia, injúria e difamação, crimes eleitorais⁷, dentre outros); e b) as contravenções penais (definidas pelo Decreto-Lei nº 3.688/41).

Em razão do lugar do crime, o art. 63 do supracitado instrumento legal fixou a competência do JECRIM estadual pelo local em que foi praticado o injusto penal. Ou seja, a Lei nº 9.099/95 limitou a competência dos Juizados à conciliação, julgamento e execução das infrações de menor potencial ofensivo, excetuados os crimes para os quais seja previsto procedimento especial, cometidas no raio da jurisdição da comarca integrante do órgão jurisdicional. Outras duas importantes exceções à regra de competência dos JECRIM's estaduais encontram-se no parágrafo único do art. 66 e no § 2º do art. 77, ambos da Lei nº 9.099/95. O parágrafo único do art. 66 (Lei 9.099/95) prescreve que, quando o autor do fato (acusado) não for encontrado, ocultar-se, for inacessível o lugar onde estiver para ser citado pessoalmente ou for incerta a pessoa que tiver de ser citada⁸, deverá o(a) juiz(a) encaminhar as peças existentes nos autos do processo à Justiça Comum⁹, para adoção do procedimento legal¹⁰.

A hipótese do § 2º do art. 77 (Lei nº 9.099/95), por seu turno, refere-se à complexidade ou às circunstâncias do caso que, quando não permitirem a formulação da denúncia, autorizam o Ministério Público a requerer ao Juiz o encaminhamento das peças existentes ao juízo comum (na forma do parágrafo único do art. 66 da mesma Lei). De acordo com o Enunciado 18 do FONAJE, as peças apenas serão encaminhadas ao juízo comum se, após serem encaminhadas à Delegacia Policial para as diligências necessárias, persistir a impossibilidade de formulação da denúncia¹¹. Nas hipóteses do parágrafo único do art. 66 e do § 2º do art. 77 (ambos da Lei nº 9.099/95), a remessa dos autos à Justiça Comum exaure a competência do

6 Inclusive para execução de pena de multa: “Enunciado 15 – O Juizado Especial Criminal é competente para execução da pena de multa. (Alteração aprovada no XII Encontro – Maceió – AL)” – FONAJE.

7 Criminal. Conflito de **competência**. Crime eleitoral. **Competência** em razão da natureza da infração. Lei dos Juizados Especiais. Aplicabilidade aos crimes sujeitos a procedimentos especiais. **Competência** do juízo suscitado. I. A criação dos Juizados Especiais Criminais não afasta a competência da Justiça Eleitoral para processar e julgar os crimes elencados no Código Eleitoral e nas demais leis, in casu, Lei n.º 9.504/97, por se tratar de competência em razão da natureza da infração. II. Aplica-se, todavia, no que cabível, os institutos preconizados na Lei n.º 9.099/95. III. A Lei dos Juizados Especiais incide nos crimes sujeitos a procedimentos especiais, desde que obedecidos os requisitos autorizadores, permitindo a transação e a suspensão condicional do processo inclusive nas ações penais de **competência** da Justiça Eleitoral. IV. Conflito conhecido para declarar a **competência** do Juízo de Direito da 3ª Zona Eleitoral de Blumenau/SC, o Suscitado. (STJ. RJADCOAS, Brasília, DF, vol. 47 p. 558, jun. 2003.)

8 “Enunciado 65 - Nas hipóteses dos artigos 362 e 363, inciso I, do Código de Processo Penal, aplica-se o parágrafo único do artigo 66 da Lei 9.099/95 (Aprovado no XV Encontro – Florianópolis/SC)” - FONAJE.

9 “Enunciado 64 (Substitui o Enunciado 12) - O processo será remetido ao Juízo Comum após a denúncia, havendo impossibilidade de citação pessoal no Juizado Especial Criminal, com base em certidão negativa do Oficial de Justiça, ainda que anterior à denúncia. (Aprovado no XV Encontro – Florianópolis/SC)” - FONAJE.

10 Vide arts. 498-502 e 531-540, CPP e art. 1º da Lei 1.508/51 (Crime de Jogo do Bicho).

11 “Enunciado 18 - Na hipótese de fato complexo, as peças de informação deverão ser encaminhadas à Delegacia Policial para as diligências necessárias. Retornando ao Juizado e sendo o caso do artigo 77, parágrafo 2.º, da Lei n. 9.099/95, as peças serão encaminhadas ao Juízo Comum” - FONAJE.

Juizado Especial Criminal, que não se restabelecerá com localização do acusado (Enunciado 51 e 52 do FONAJE, respectivamente)¹². Desse modo, a competência originária do JECRIM estadual pode ser representada pela tabela a seguir:

Tabela 1 - Competência originária dos Juizados Especiais Criminais Estaduais

Critério de competência	Competência	Legislação
Em razão da matéria* (Infrações de menor potencial ofensivo)	Contravenções Penais	Art. 61, 1ª figura, da Lei nº9.099/1995 c/c Dec.-lei nº3.688/1941.
	Crimes a que lei comine pena máxima não superior a um ano**.	Art. 61, 2ª figura, da Lei nº9.099/1995 c/c Código Penal (Parte Especial) e Legislação Extravagante.
Em razão do lugar	Lugar em que foi praticada a infração.	Art. 63, Lei 9.099/1995.

Fonte: Lei Federal nº 9.099/1995.

* Excluídos os casos em que o acusado não puder ser citado pessoalmente ou a complexidade do caso exigir (Competência: Justiça Comum).

** Excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial.

Apesar de a lei explicitamente tratar apenas desses dois critérios para fixação da competência dos JECRIM's, não se pode olvidar a incidência das regras gerais de direito penal e processual penal, em matéria de competência, na aplicação da Lei nº 9.099/95, quais sejam: 1) determinação da competência: 1.1) pelo domicílio ou residência do réu; 1.2) pela prerrogativa de função; 1.3) por distribuição; 1.4) por prevenção; 1.5) por conexão ou continência; 2) levando-se em consideração: 2.1) concurso de crimes; 2.2) as qualificadoras.

O *domicílio ou residência do réu* afeta a fixação da competência (art. 69, inc. II, Código de Processo Penal) do JECRIM quando: a) em conformidade com o art. 72 do Código de Processo Penal, não se puder determinar o lugar da infração. “Trata-se de foro supletivo, só considerado quando for desconhecido o lugar da infração”¹³; ou b) na ação penal privada exclusiva, em que o querelante poderá preferir o *forum domicilii*, ainda quando conhecido o lugar da infração, consoante o art. 73 do Código de Processo Penal.¹⁴ Como o Código de Processo Penal não cuidou de explicitar o conceito de domicílio, ou o que se deve entender por residência, aplicam-se os conceitos de direito civil.¹⁵

Quanto à *prerrogativa de função*, tal categoria foi erigida como critério de determinação da competência (art. 69, inc. VII, CPP) sob alegação de que o foro privilegiado se dá pela função da pessoa, ou seja, leva em consideração a dignidade do cargo exercido e não do

12 Criminal. Conflito de **competência**. Injúria e desacato. Crimes de menor potencial ofensivo. *Habeas corpus* impetrado contra autoridade coatora do juízo comum. **Competência** do Tribunal de Justiça. I. [...] IV. Se o feito encontra-se em curso perante o Juízo Comum, em virtude da aplicação, ao caso, do disposto no parágrafo único do art. 66 da Lei 9.099/95, tendo em vista que a ré não foi localizada para ser citada, afasta-se a **competência** da Turma Recursal do Juizado Especial Criminal para o julgamento do *habeas corpus* impetrado. [...]. (STJ. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, p. 184, mar. 2005).

13 TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Juizados Especiais Federais Criminais. In FIGUEIRA JR, Joel Dias. **Juizados especiais federais cíveis e criminais**: comentários à Lei n. 10.259, de 10.07.2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.509.

14 MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 188.

15 Vide arts. 70-78 do Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

indivíduo que exerce. Assim sendo, o foro privilegiado estaria fundado na utilidade pública, no princípio da ordem e da subordinação e na maior independência dos tribunais superiores.¹⁶ Entretanto, esse argumento não convence. “Se todos são iguais perante a lei, seria preciso uma particular e relevante razão para afastar o criminoso do seu juiz natural, entendido este como o competente para julgar todos os casos semelhantes ao que foi praticado”¹⁷. Não existe motivo suficiente para que o Prefeito Municipal seja julgado na Capital do Estado, nem que o juiz somente o seja pelo Tribunal de Justiça ou, ainda, o Desembargador, pelo Superior Tribunal de Justiça; e assim por diante. Se no juízo cível todos respondem com igualdade, sem distinção alguma, correto seria que tal regra se aplicasse, então, ao juízo criminal. Afirmar que não teria cabimento um juiz *a quo* julgar um Ministro de Estado que cometa um crime, pois haveria “subversão de hierarquia” não é razoável, uma vez que os magistrados são todos independentes e, no exercício de suas funções judicantes, não se submetem a ninguém, nem existe hierarquia para controlar o mérito de seus julgamentos.

Logo, julgar um Ministro de Estado ou um médico exige do juiz a mesma imparcialidade e dedicação, devendo-se clamar pelo mesmo foro, levando em conta o lugar do crime e não a função do réu. Por que não haveria sentido, como muitos afirmam, que um juiz julgasse um Ministro do Supremo Tribunal Federal? Não está julgando o cargo, mas sim a pessoa que cometeu um delito. Garantir que haja foro especial é conduzir justamente o julgamento para o contexto do cargo e não do autor da infração penal. Por acaso teria o Judiciário maior zelo para condenar um Presidente da República do que um brasileiro comum? Pensamos que jamais deveria agir com tal postura discriminatória, o que justifica deverem ser todos julgados pelo magistrado do lugar da infração ou do domicílio do réu, excetuados apenas os casos de matérias específicas.¹⁸

Assim, muito embora haja discordância com a fixação da competência por *prerrogativa de função*, esse critério possui previsão constitucional e encontra aplicação plena no judiciário pátrio, constituindo inclusive efetividade do princípio do juízo natural. Nesse sentido, nos crimes de menor potencial ofensivo a que, em razão da prerrogativa de função, seja competente para processamento, julgamento e execução um Tribunal, deverão ser observados os benefícios da transação penal, da composição dos danos civis e da suspensão condicional do processo¹⁹. A *distribuição*, por sua vez, é um critério hábil quando não há meios de se resolver eventual conflito entre juizes de igual competência, situados na mesma Comarca. Ou seja, quando utilizados os outros critérios de fixação da competência (lugar da infração, natureza da infração, domicílio do réu...) e ainda restarem mais de um juiz(o) competente para o julgamento. Nesse caso, a escolha do juiz(o) natural é feita aleatoriamente, por sorteio (art. 75, Código de Processo Penal). A *prevenção* também se apresenta como subsídio para determinar competência quando existe a possibilidade de haver dois ou mais julgadores

16 MIRABETE. Obra cit., p. 199.

17 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 236.

18 NUCCI. Obra cit., p. 236-237.

19 Conflito negativo de **competência**. Processual penal. Desacato praticado por prefeito municipal. Aplicação da lei dos Juizados Especiais. **Competência** do Tribunal de Justiça. 1. Na hipótese de cometimento de crimes comuns, sem atingir interesses da União, o prefeito municipal, que possui prerrogativa de foro constitucionalmente estabelecida, deve ser processado e julgado pelo Tribunal de Justiça local, sem prejuízo da aplicação dos institutos da Lei n.º 9.099/95, quando se tratar de crimes de menor potencial ofensivo. 2. Conflito conhecido para declarar competente o Tribunal de Justiça do Mato Grosso. (STJ. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, p. 127, set. 2005.)

competentes em mesmo local ou, estando em locais diferentes, com jurisdição cumulativa. “São juizes com *jurisdição cumulativa* aqueles aptos a julgar a mesma matéria, mas que se localizam em foros diferentes (é o que se dá com o crime continuado, que transcorre em várias comarcas próximas, pois qualquer dos magistrados poderia julgá-lo)”²⁰ Ocorre quando um juiz(o) toma conhecimento antecipado de determinada questão jurisdicional, o que o torna competente para apreciar os processos conexos e continentes. Aliás, a conexão e a continência, como já fora mencionado, também servem de parâmetro para a fixação de competência. A *conexão* determina a competência nas seguintes hipóteses:

Art. 76. A competência será determinada pela conexão:

I - se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas contra as outras;

II - se, no mesmo caso, houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas;

III - quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração. (Código de Processo Penal)

A conexão é, pois, o “liame existente entre infrações, cometidas em situações de tempo e lugar que as tornem indissociáveis, bem como a união entre delitos, uns para [...] propiciar, fundamentar ou assegurar outros, além de poder ser o cometimento de atos criminosos de vários agentes reciprocamente”²¹ Ou seja, a conexão diz respeito a um estado de fato, a uma relação entre ações e fatos que torna necessária sua apreciação pelo mesmo juízo, razão pela qual não há que se falar, via de regra, em quebra do princípio do juiz(o) natural.

A *continência* também determina a competência em alguns casos, quais sejam:

Art. 77. A competência será determinada pela continência quando:

I - duas ou mais pessoas forem acusadas pela mesma infração;

II - no caso de infração cometida nas condições previstas nos arts. 51, § 1º, 53, segunda parte, e 54 [*rectius*, pela reforma de 1984, Lei nº 7.209/84, arts. 70 (concurso formal), 73 (erro na execução) e 74 (resultado diverso do pretendido)] do Código Penal. (Código de Processo Penal)

Então, continência quer significar que um fato criminoso contém outros, que os torna uma unidade indivisível, motivo pelo qual tal unidade (dois ou mais fatos criminosos) deve ser apreciada pelo mesmo juízo. Dessa maneira, fixou-se o entendimento de que havendo crimes conexos em processamento no JECRIM e na Justiça Comum, prevalece a competência da Justiça Comum que atrai o processo em trâmite no JECRIM²². Quanto à continência deve ser aplicado o mesmo entendimento, embora não haja menção expressa pelo FONAJE. É que o art. 79 do Código de Processo Penal impõe como regra a unidade de processos em caso de conexão e continência²³. Então, no caso de conexão ou continência entre processos em tramitação no JECRIM e na Justiça Comum, deveria prevalecer a competência da Justi-

20 NUCCI. Obra cit., p. 234.

21 NUCCI. Obra cit. p. 214.

22 “Enunciado 10 - Havendo conexão entre crimes da competência do Juizado Especial e do Juízo Penal Comum, prevalece a competência deste” – FONAJE.

23 Exceções: “I - no concurso entre a jurisdição comum e a militar; II - no concurso entre a jurisdição comum e a do juízo de menores. § 1º Cessará, em qualquer caso, a unidade do processo, se, em relação a algum co-réu, sobrevier o caso previsto no art. 152. § 2º A unidade do processo não importará a do julgamento, se houver co-réu foragido que não possa ser julgado à revelia, ou ocorrer a hipótese do art. 461.” (Art. 79, Código de Processo Penal).

ça Comum, não sendo afastado o cabimento dos benefícios da Lei nº 9.099/95. Entretanto, quando houver conexão ou continência os processos deverão ser separados para que sejam julgadas a infração de competência do JECRIM e outra infração de natureza diversa. Ou seja, não deve ter força a regra do art. 79 do CPP, pois a competência do JECRIM é fixada por norma constitucional (art. 98, II, CF/88), não podendo ser modificada por legislação ordinária (Código de Processo Penal).²⁴

Por derradeiro, impõe-se a análise dos últimos fatores que influem na competência dos JECRIM's, quais sejam o *curso de crimes* e as *qualificadoras*. O *curso de crimes* ou a *continuidade delitiva* teriam o condão de afastar a competência do JECRIM? Na verdade, a soma ou acréscimo de penas, decorrentes do *curso de crimes* ou da *continuidade delitiva*, “não pode transformar um crime de menor potencial ofensivo em crime de gravidade maior. O crime não pode ser, ao mesmo tempo, de maior ou de menor potencial ofensivo, a depender do número de vezes que foi praticado ou se foi em concurso com outro ou outros delitos”.²⁵ Por isso, o Enunciado 80 do FONAJE nos dá a indicação de que “no caso de concurso de crimes (material ou formal) e continuidade delitiva, as penas serão consideradas isoladamente para fixação da competência” (aprovado no XIX Encontro – Aracaju/SE)²⁶.

Qualificadoras, por sua vez, têm o condão de alterar a competência, afastando a aplicação da Lei nº 9.099/95 e, por conseguinte, a competência do JECRIM, uma vez que a forma qualificada não se trata do mesmo crime porque se agrega uma circunstância ao tipo penal que o modifica. É o que ocorre no crime de *lesão corporal* (art. 129, *caput*, do Código Penal) e de *lesão corporal de natureza grave* (art. 129, § 1º, do Código Penal), em que a qualificação pelo resultado exclui a competência do JECRIM em relação à *lesão de natureza grave*. Dito de outra forma, o crime de lesão corporal (leve) tem como pena máxima cominada um ano de detenção, enquanto o delito de lesão corporal grave, dependendo do resultado da lesão, prevê como pena máxima cinco ou oito anos de reclusão:

§ 1º Se resulta:

- I - Incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias;
 - II - perigo de vida;
 - III - debilidade permanente de membro, sentido ou função;
 - IV - aceleração de parto;
- Pena - reclusão, de um a cinco anos.

§ 2º Se resulta:

- I - Incapacidade permanente para o trabalho;
- II - enfermidade incurável;
- III - perda ou inutilização do membro, sentido ou função;
- IV - deformidade permanente;
- V - aborto;

Pena - reclusão, de dois a oito anos. (Art. 129 do Código Penal Brasileiro)

Assim, como o resultado da lesão a qualifica, cominando-lhe nova pena máxima em abstrato superior a dois anos, a competência para seu processamento, julgamento e execução

24 Nesse sentido, ver GRINOVER, Ada Pellegrini [et. Al.]. Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099/95, 2000, p. 65.

25 TOURINHO NETO. Obra cit., p.481.

26 O Enunciado 80 do FONAJE substituiu os Enunciados 11 e 78 que expressavam o seguinte, respectivamente: “Os acréscimos do concurso formal e do crime continuado não devem ser levados em consideração (para efeito de aplicação da Lei 9.099/95)”; “No caso de concurso material as penas serão consideradas de per si, para fixação da competência (Aprovado no XVIII Encontro – Goiânia/GO)”.

não encontra guarida no JECRIM, mas na Justiça Comum.

3. CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO (LEI Nº 9.503/97)

Com a vigência do Código de Trânsito Brasileiro, Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, foram definidos crimes cuja competência recaía aos JECRIM's, por terem penas máximas cominadas em até um ano e, por força do disposto no art. 291 da referida norma, outros delitos, cuja pena ultrapassa o limite definidor dos delitos de menor potencial ofensivo, mas que recebem os benefícios da Lei n. 9.099/95. O parágrafo único do art. 291 (CTB) determinou aplicação dos benefícios da transação penal e da composição dos danos civis no processamento dos crimes de trânsito de *lesão corporal culposa* (art. 303, CTB), de *participação em competição não autorizada* (art. 308, CTB), e de *embriaguez ao volante* (art. 306, CTB), apesar de as penas máximas a eles cominadas serem superiores a um ano e, no caso do crime de *embriaguez ao volante*, a pena máxima de 3 anos. Assim como o processamento e o julgamento, escapa, ainda, da competência dos JECRIM's, por força do Enunciado 54 do FONAJE, a execução das medidas despenalizadoras aplicáveis ao crime definido no art. 306 do referido diploma legal²⁷. Não afasta, porém, a competência do JECRIM a possibilidade de aplicação de suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículos automotores por até cinco anos (art. 293 da Lei nº 9.503/97), perda do cargo, inabilitação para exercício de cargo, função pública ou mandato eletivo ou outra sanção diversa da privação da liberdade (Enunciado 67 do FONAJE).

4. A CRIAÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS FEDERAIS (LEI Nº 10.259/01)

Com o advento dos JECRIM's federais, houve uma ampliação da competência dos juizados estaduais não tão bem delimitada, quer pela redefinição de infração de menor potencial ofensivo, quer pelo silêncio quanto aos delitos com previsão de processamento especial. Os juizados criminais federais foram instituídos pela Lei nº 10.259, de 10 de julho de 2001, a qual fixou competência para processamento e julgamento das infrações de menor potencial ofensivo, assim considerados os delitos cuja pena máxima não ultrapasse dois anos (art. 2º da Lei que institui os Juizados Especiais Federais). Em face da criação dos JECRIM's federais e, por conseguinte, da redefinição do conceito de infração de menor potencial ofensivo, conforme Garcete²⁸, surgiu a seguinte questão: “teria havido revogação do citado art. 61 da Lei n. 9.099/95?”.

É que a ação penal, no âmbito do Juizado Especial Criminal, é informada pelo princípio da “discricionariedade regrada”, o que permite que o Ministério Público possa dar iniciativa à chamada “transação penal”, com vista à resolução do *ius persequendi in iudicio*. Na verdade, o Juizado Especial Criminal é inspirado, entre outras coisas, pelos princípios da descriminalização e da despenalização, prestigian-do, em parte, o brocardo *minima non curat praetor* (o Estado não cuida de coisas insignificantes).²⁹

27 “Enunciado 54 - SUBSTITUI o Enunciado 24 - O processamento de medidas despenalizadoras, aplicáveis ao crime previsto no art. 306 da Lei nº 9503/97, por força do parágrafo único do art. 291 da mesma Lei, não compete ao Juizado Especial Criminal” – FONAJE.

28 GARCETE, Carlos Alberto. A ampliação de competência dos juizados especiais criminais no âmbito da justiça estadual. Disponível em: <http://www.tj.ms.gov.br/portal2005/noticias/artigos/art09.html>. Brasil: 2001, s/p.

29 GARCETE. Obra cit., s/p.

Ou seja, a ação penal, no Juizado Especial, confere tratamento privilegiado ao acusado, vez que lhe faculta a possibilidade de arquivamento do procedimento sem julgamento de mérito, desde que atendidas as condições propostas pelo Ministério Público (transação penal) e sujeitas a homologação pelo juízo especializado (art. 76 da Lei nº 9.099/95)³⁰. Assim sendo, em conformidade aos princípios constitucionais da isonomia e da proporcionalidade, não se deve admitir que a mesma conduta delituosa receba na Justiça Estadual tratamento mais gravoso e na Justiça Federal, mais brando.³¹

Ocorre que o Juizado Especial Criminal Estadual não pode estar limitado aos crimes e contravenções cuja lei comine pena máxima não superior a um ano (Lei n. 9.099/95, art. 61), quando o Juizado Especial Criminal Federal açambarca os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa (Lei n. 10.259, art. 2o, par. Único), sob pena de o réu da Justiça Estadual, em determinados casos, sofrer tratamento mais gravoso do que o réu da Justiça Federal, em resposta à mesma conduta criminosa.³²

Nesse sentido, defende Garcete ter havido a revogação tácita do art. 61 da Lei nº 9.099/95, pelo parágrafo único do art. 2º da Lei nº 10.259/01³³, posicionamento reforçado pela rubrica de Alberto Silva Franco, Fernando Capez, Luiz Flavio Gomes e Damásio Evangelista de Jesus, e referendado no Enunciado 46 do FONAJE. Quanto às ações ajuizadas antes da data de vigor da Lei 10.259/01, permanece a regra de que os JECRIM's estaduais não são competentes para conhecer, processar nem julgar feitos criminais que versem sobre delitos

30 Respeitados os impedimentos previstos no §2º do art. 76 da Lei nº 9.099/95, quais sejam: “I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo; III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.”

31 Penal e processual penal. Conflito negativo de **competência**. Turma Recursal e Tribunal de Alçada do mesmo Estado. **Competência** do STJ para dirimi-lo. (CP, art. 132). I – Com o advento da Lei nº 10.259/2001, que instituiu os **Juizados Especiais Criminais** na Justiça Federal, por meio de seu art. 2º, parágrafo único, ampliou-se o rol dos delitos de menor potencial ofensivo, por via da elevação da pena máxima abstratamente cominada ao delito. Desse modo, devem ser considerados delitos de menor potencial ofensivo, para efeito do art. 61 da Lei nº 9.099/95, aqueles a que a lei comine, no máximo, pena detentiva não superior a dois anos, ou multa, sem exceção. [...] (STJ. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, p. 187, ago. 2003.); Conflito negativo de **competência**. Turma Recursal e Tribunal de Justiça do mesmo Estado. **Competência** do STJ para dirimir o conflito. Inteligência do art. 105, I, d, da CF. Decisão plenária do STF. Precedentes do STJ. Calúnia e injúria. Infração de menor potencial ofensivo. Art. 2º, Parágrafo único, da Lei nº 10.259/01. Recurso de apelação. Julgamento sob a égide da lei nova. Norma processual. Incidência imediata. [...] 2. As Turmas que compõem a Terceira Seção desta Egrégia Corte firmaram o entendimento no sentido de que, preenchidos os requisitos autorizadores, a Lei dos **Juizados Especiais Criminais** aplica-se aos crimes sujeitos a ritos **especiais**, inclusive àqueles apurados mediante ação penal exclusivamente privada; outrossim, que, com o advento da Lei nº 10.259/01, em obediência ao princípio da isonomia, o rol dos crimes de menor potencial ofensivo foi ampliado, porquanto o limite da pena máxima foi alterado para 02 anos. [...] (STJ. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, p. 217, set. 2003.); Conflito de **competência**. Penal. Turma Recursal e Tribunal de Justiça. Infração de menor potencial ofensivo. Nos termos do entendimento jurisprudencial já assentado nesta Corte de Justiça, o novo conceito de crime de menor potencial ofensivo – Lei nº 10.259/01 estende-se aos Juizados Estaduais. [...] (STJ. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, p. 184, mar. 2005.); Penal. Processual penal. **Competência** jurisdicional. Crime de porte ilegal de arma (art. 10 da Lei nº 9.437/97). Delito de menor potencial ofensivo. Rol ampliado pela Lei nº 10.259/2001. Ilícito praticado após o advento da lei. Incompetência do juízo comum. Nulidade dos atos decisórios. **Competência** do Juizado Especial. Conflito prejudicado. *Habeas corpus* de ofício. (STJ. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, p. 173, set. 2005.).

32 GARCETE, Carlos Alberto. A ampliação de competência dos Juizados Especiais Criminais no âmbito da Justiça Estadual. Disponível em: <http://www.tj.ms.gov.br/portal2005/noticias/artigos/art09.html>. Brasil: 2001, s/p.

33 Enunciado 56 - Os Juizados Especiais Criminais não são competentes para conhecer, processar e julgar feitos criminais que versem sobre delitos com penas superiores a um ano ajuizados até a data em vigor da Lei n. 10.259/01 (Aprovado no XI Encontro – Brasília-DF) – FONAJE.

com penas superiores a um ano (Enunciado 56 do FONAJE)^{34, 35, 36}. Importante lembrar que a Lei nº 10.259/01, ao contrário da Lei nº 9.099/95, não excluiu da competência dos Juizados Especiais Federais o processamento e julgamento dos crimes de menor potencial ofensivo cuja lei prevesse procedimento especial³⁷. Além disso, Giacomolli sempre defendeu não haver justificativa razoável para que fossem excluídos do rol das infrações de menor potencial ofensivo, aquelas processadas por ritos especiais “pois estes não foram instituídos em razão de menor ou maior dano às vítimas ou à sociedade, mas por apresentarem peculiaridades em razão do bem jurídico atingido (honra, funcionários públicos), da forma de persecução (propriedade imaterial, falências), da forma de agir (imprensa) etc”^{38, 39}.

5. ESTATUTO DO IDOSO (LEI Nº 10.741/03)

Outra regra legal que influiu na competência jurisdicional dos JECRIM's foi o Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, que além de definir crimes cuja pena máxima cominada não ultrapassa dois anos, impôs aplicação do processamento previsto

34 Sim, a Lei dos Juizados Federais estende-se aos Juizados Especiais Estaduais. Não é possível que um determinado crime seja tratado de modo distinto nas Justiças Estadual e Federal. Por força do princípio da isonomia ou igualdade, todos merecem tratamento igualitário. (...) — ALBERTO SILVA FRANCO; (...) Entendemos que tal modificação, a despeito de expressamente ser circunscrita ao âmbito federal, deve ser aplicada por analogia, também aos crimes de competência dos Juizados Especiais Criminais da Justiça Comum, ficando derrogada a mencionada norma do art. 61 nesse aspecto. Não pode ser admitida a existência simultânea de duas definições legais sobre um mesmo conceito.(...) — FERNANDO CAPEZ; A Lei n. 10.259/01, ao definir o que se entende por infração de menor potencial ofensivo (art. 2o), ampliou esse conceito e, portanto, aplica-se também aos Juizados Estaduais. (...) Conclusão: não se pode admitir o disparate de um desacato contra policial federal ser infração de menor potencial ofensivo (com todas as medidas despenalizadoras respectivas) e a mesma conduta praticada contra um policial militar não o ser. Não existe diferença valorativa dos bens jurídicos envolvidos. O valor do bem e a intensidade do ataque é a mesma. Fatos iguais, tratamento isonômico. — LUIZ FLÁVIO GOMES; (...) Em face disso, entendemos que o parágrafo único do art. 2o da Lei n. 10.259/2001 derrogou o art. 61 da Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei n. 9.099/95). Em consequência, sejam da competência da Justiça Comum [Estadual] ou Federal, devem ser considerados delitos de menor potencial ofensivo aqueles a que a lei comine, no máximo, pena detentiva não superior a dois anos, ou multa. (...) — DAMÁSIO E. DE JESUS.

35 Enunciado 46 - A Lei nº 10.259/2001 ampliou a competência dos Juizados Especiais Criminais dos Estados e Distrito Federal para o julgamento de crimes com pena máxima cominada até dois anos, com ou sem cumulação de multa, independente do procedimento. Alteração aprovada no XII Encontro - Maceio-AL. (grifo nosso)

36 Processo Penal. Conflito de competência. Crime julgado pela justiça comum. Advento da Lei nº 10.259/01. Ampliação do conceito de menor potencial ofensivo. Competência da justiça comum. [...] 2. As ações ajuizadas até o advento da Lei 10.259/2001 devem permanecer sob a jurisdição dos juízos originários, não obstante seja imperativa a observância dos benefícios instituídos, adequando-se o procedimento em curso aos preceitos da Lei 9.099/95. 3. A superveniente alteração do conceito de menor potencial ofensivo não implica deslocamento da competência recursal. Precedentes do STF. [...] (STJ. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, p. 289, out. 2006)

37 “Enunciado 46 - A Lei nº 10.259/2001 ampliou a competência dos Juizados Especiais Criminais dos Estados e Distrito Federal para o julgamento de crimes com pena máxima cominada até dois anos, com ou sem cumulação de multa, independente do procedimento (Alteração aprovada no XII Encontro - Maceio-AL)” – FONAJE. (grifo nosso)

38 GIACOMOLLI, Nereu José. *Juizados especiais criminais*. Lei 9.099/95: Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 32.

39 Conflito de competência. Penal. Crime de imprensa. Competência territorial. Artigo 42 da Lei de Imprensa. Juízo do local da impressão do jornal ou periódico. [...] Cabível a aplicação da Lei nº 9.099/95 aos crimes tipificados na Lei de Imprensa (cf. HC nº 77.962/SP, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, in DJ 11/12/98; Resp nº 169.027/RJ, Relator Ministro Jorge Scartezzini, in DJ 4/10/99; HC nº 9.475/CE, Relator Ministro Fontes de Alencar, in DJ 8/11/99). 3. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo de Direito do III Juizado Especial Criminal do Rio de Janeiro/RJ, o suscitado. (STJ. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, p. 317, dez. 2003.); Criminal. CC. Conflito entre Tribunal de Alçada e Turma Recursal do Juizado Especial. Competência do STJ. Julgamento de recurso em sentido estrito. Lei dos juizados especiais. Aplicabilidade aos crimes sujeitos a procedimentos especiais. Lei nº 10.259/01. Princípio da isonomia. Alteração do limite de pena máxima para a transação penal. Natureza processual, incidência imediata. Competência absoluta e improrrogável. Competência da turma recursal. (STJ. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, p. 222, nov. 2004.).

na Lei nº 9.099/95 aos crimes contra idosos cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4 (quatro) anos (art. 94 do Estatuto do Idoso). No entanto, o processamento da medida despenalizadora prevista no artigo 94 da Lei 10.741/03, conforme Enunciado 61 do FONAJE, não compete ao Juizado Especial Criminal. Ou seja, muito embora sejam aplicáveis as disposições atinentes aos JECRIM's nos crimes contra idosos, cuja pena máxima cominada seja maior que dois e menor ou igual a quatro anos, tais crimes são de Competência da Justiça Comum (art. 94 do Estatuto do Idoso c/c Enunciado 61 do FONAJE). Isso ocorre porque o art. 94 do estatuto foi taxativo ao impor a aplicação apenas do procedimento, qual seja, o sumaríssimo, por ser mais célere e mais eficiente, e compatível com as necessidades do idoso, não se aplicando, na referida hipótese, benefícios como a transação penal e a composição civil dos danos⁴⁰.

6. A RECONCEITUAÇÃO DE INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO E A QUESTÃO DA CONTINÊNCIA E DA CONEXÃO (LEI Nº 11.313/06)

A Lei nº 11.313/06, de 28 de junho de 2006, em seu art. 1º, *caput, in fine*, impôs o respeito às regras de continência e conexão na delimitação da competência do JECRIM, além de, no art. 2º, reconceituar as infrações de menor potencial ofensivo seguindo as orientações jurisprudenciais decorrentes da interpretação da lei nº 10.256/01. Sendo assim, com fulcro no art. 2º da referida lei, passaram a ser infrações de menor potencial ofensivo os crimes cuja pena máxima não ultrapasse dois anos e as contravenções penais, não se fazendo distinção quanto aos delitos com previsão de rito especial. Já no que se refere ao art. 1º (Lei nº 11.313/06), reveste-se de inconstitucionalidade, vez que ofende frontalmente regra constitucional que define a competência do JECRIM. Não merece aplicação, pois embora se revista de constitucionalidade formal (respeito ao processo legislativo), possui um vício material, qual seja confronta-se com o art. 98, inc. I, da CF/88, o qual é norma superior em relação ao art. 1º da Lei nº 11.313/06. Assim sendo, como norma superior derroga norma inferior, a regra constitucional deve prevalecer em relação à regra legal ordinária.

7. NOVO TRATO AOS CRIMES COMETIDOS COM VIOLÊNCIA DOMÉSTICA (LEI Nº 11.340/06)

No ano de 2004, a Lei nº 10.886/04 acrescentou o § 9º ao art. 129 do Código Penal Brasileiro, o qual tipificou o crime de violência doméstica como sendo a *lesão corporal praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade*. A esse crime foi cominada pena máxima de um ano, ou seja, foi estabelecida competência do JECRIM para o processamento, julgamento e execução do crime de violência doméstica. Entretanto, no ano de 2006, dentre as medidas para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, foi ampliada, pela Lei nº 11.340/06, a pena do delito de violência doméstica, que passou a ter como pena máxima três anos de detenção. Assim sendo, o crime de violência doméstica foi excluído da competência dos JECRIM's.

Além disso, a Lei nº 11.340/06 definiu *violência doméstica e familiar contra a mulher* como sendo *qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial* (art. 5º) *no âmbito da*

40 Nesse mesmo sentido, ver BECHARA, Fábio Ramazzini. O estatuto do idoso e a lei 9.099/95; e FREITAS, Jayme Walmer de. O estatuto do idoso e a lei 9.099/95.

unidade doméstica (I)⁴¹, da família (II)⁴² ou em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação (III), independente de orientação sexual (parágrafo único). No art. 33 da referida norma legal foram retirados do rol de competência dos JECRIM's os crimes cometidos com violência doméstica e/ou familiar contra a mulher. Além disso, o art. 41 do referido diploma legal preceitua que, na hipótese de crime praticado com violência doméstica e familiar contra a mulher, mesmo que ao crime seja cominada pena máxima não superior a dois anos de reclusão ou detenção, não será aplicada a lei nº 9.099/95.

Desse modo, independente do bem jurídico tutelado pela norma penal (vida, dignidade humana, integridade física, sexual ou psicológica ou patrimônio), tratando-se de crime de menor potencial ofensivo contra mulher e praticado com violência doméstica ou familiar, a competência é da Justiça Comum e não do JECRIM. Por exemplo, o crime de ameaça (art. 147 do CPB), cuja pena máxima cominada é de seis meses, se praticado com violência doméstica ou familiar e tendo como sujeito passivo um ser humano do sexo feminino, será processado na Justiça Comum, constituindo mero detalhe o fato de o bem jurídico tutelado ser a integridade psicológica da mulher. A grande questão que surge é a seguinte: e às contravenções cometidas com violência doméstica e/ou familiar tendo como vítima mulher, aplica-se a lei nº 9.099/95? Parece óbvio que o legislador referiu-se a crime em sentido *lato*, ou seja, disse crime quando quis dizer delito ou infração penal. E, se por um lado a legislação penal e processual penal não pode ser interpretada *in pejus* do autor da infração penal⁴³, de outro devemos analisar a lei de forma sistemática e com vistas à sua finalidade. Então, no que tange às contravenções penais praticadas com violência doméstica e/ou familiar contra a mulher, temos, em tese, um conflito entre a proibição da interpretação da lei penal *in pejus* e a finalidade da Lei nº 11.340/06 que visa coibir a prática e punir o autor dessa “nova” modalidade de infração penal. Entretanto, em matéria de direito penal e processual penal, quando se quis incluir as contravenções penais fez-se menção expressa, como na definição de infração de menor potencial ofensivo, por exemplo. E não se admite, também, ampliar o conceito de crime para absorver as contravenções penais, como se pode notar na fixação da competência da Justiça Federal, que jamais poderá julgar contravenções, nem quando houver interesse da União, nem mesmo quando houver conexão ou continência com crime federal. Desse modo, não se aplica às contravenções penais o disposto no art. 41 da Lei 11.340/06, muito embora essa pareça ter sido a vontade do legislador. É que o silêncio do legislador não pode ser preenchido ao bel prazer do intérprete e em prejuízo do réu, conforme impõe o princípio constitucional da reserva legal em matéria criminal.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo fato de as normas processuais penais, em Estados modernos, pretenderem tutelar o *princípio do juízo natural*, torna-se imperativa a observância das regras de fixação de competência dos JECRIM's, sob pena de abalo da importante viga de sustentação do sistema jurídico democrático, qual seja, o *devido processo legal*. Diante disso, traçamos, sinteticamente,

41 Compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas.

42 Compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa.

43 *In poenalibus causis benignus interpretandum est* (Adote-se nas causas penais a exegese mais benigna).

um esquema de delimitação das ações penais cabíveis nos JECRIM's:

a) – Em regra, são da competência do JECRIM, para processamento, julgamento e execução, as infrações de menor potencial ofensivo, assim consideradas: 1º) os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, cumulada ou não, com pena de multa; 2º) as contravenções penais.

b) – Como exceção, destacam-se as seguintes:

1ª) Os casos em que o acusado não puder ser citado pessoalmente (Competência: Justiça Comum), conforme parágrafo único do art. 66 da Lei nº 9.099/95 e Enunciado 51 do FONAJE;

2ª) Quando a complexidade do caso exigir (Competência: Justiça Comum), conforme § 2º do art. 77 da Lei nº 9.099/95 e Enunciado 52 do FONAJE;

3ª) Muito embora haja discordância com a fixação da competência por *prerrogativa de função*, esse critério possui previsão constitucional e encontra aplicação plena no judiciário pátrio, afastando a competência dos JECRIM's nos casos de infração penal de menor potencial ofensivo cometidos por Prefeito Municipal (TJ), Magistrados e Membros do Ministério Público (Tribunal a que estejam vinculados), Presidente da República (STF), dentre outros;

4ª) Estão excluídas da competência dos JECRIM's Estaduais os crimes cuja lei preveja pena máxima superior a um ano, quando a ação tiver sido ajuizada antes da entrada em vigor da Lei nº 10.259/01 (Enunciado 56 do FONAJE);

5ª) Quando houver conexão ou continência os processos deverão ser separados para que sejam julgadas a infração de competência do JECRIM e outra infração de natureza diversa. Ou seja, não deve ter força a regra do art. 1º da Lei nº 11.313/06, pois a competência do JECRIM é fixada por norma constitucional (art. 98, II, CF/88), não podendo ser modificada por legislação ordinária (Código de Processo Penal e Lei nº 11.313/06);

6ª) O art. 33 da Lei nº 11.340/06 retirou do rol de competência dos JECRIM's os crimes cometidos com violência doméstica e/ou familiar contra a mulher. Além disso, o art. 41 do referido diploma legal preceitua que, na hipótese de crime praticado com violência doméstica e familiar contra a mulher, mesmo que ao crime seja cominada pena máxima não superior a dois anos de reclusão ou detenção, não será aplicada a lei nº 9.099/95.

7ª) Aplicam-se os benefícios da transação penal e da composição civil, assim como a suspensão condicional do processo nos seguintes crimes: I) Embriagues no volante (art. 306 c/c 291 do CTB e Enunciado 54 do FONAJE); II) Crimes previstos no Estatuto do Idoso com pena maior que dois e não superior a quatro anos; III) Nos casos em que a competência seja definida em razão da prerrogativa de função.

9 ABSTRACT

The present article aims at to present the legal-legal innovations in what it refers to the attribution of the Criminal Special Courts of State Justice, emphasizing the alterations introduced for the Code of Transit, Statute of the Aged one, creation of the Federal Criminal Courts, and legislation of protection to the woman. Its importance inhabits in the principle of the natural judgment as constitutional guarantee of due process of law.

Key-words: *Criminal Special courts. Attribution. Criminal proceeding. Criminal law.*

10 REFERÊNCIAS

BECHARA, Fábio Ramazzini. O Estatuto do Idoso e a Lei nº 9.099/95. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 180, 2 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4662>>. Acesso em: 02 jan. 2007, às 15:00 horas.

FÓRUM PERMANENTE DE COORDENADORES DE JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E CRIMINAIS DO BRASIL – FONAJE. Enunciados 10, 11, 15, 18, 24, 46, 51, 52, 54, 56, 61, 64, 65, 67, 78 e 80. Disponível em: <<http://www.fonaje.org.br/2006/>>. Acesso em 12 jan. 2007, às 19:20 horas.

FIGUEIRA JR, Joel Dias; TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Disposições gerais comuns e introdutórias. In **Juizados especiais federais cíveis e criminais**: comentários à Lei nº 10.259, de 10.07.2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 33-78.

FREITAS, Jayme Walmer de. O Estatuto do Idoso e a Lei nº 9.099/95. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 180, 2 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4655>>. Acesso em: 02 jan. 2007, às 22:00 horas.

GARCETE, Carlos Alberto. A ampliação de competência dos juizados especiais criminais no âmbito da justiça estadual. Disponível em: <http://www.tj.ms.gov.br/portal2005/noticias/artigos/art09.html>. Consulta em: 26/11/2006, às 16:24 horas.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Juizados especiais criminais**. Lei 9.099/95: Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini [et. Al.]. **Juizados especiais criminais**: comentários à Lei 9.099/95. São Paulo: RT, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Superior Tribunal de Justiça. Conflito de competência nº 37595. Terceira Seção. Relator: Ministro Gilson Dipp, 09 de abril de 2003. **RJADCOAS**, Brasília, DF, vol. 47 p. 558, jun. 2003.

_____. Conflito de competência nº 45332. Terceira Seção. Relator: Ministro Gilson Dipp, 09 de março de 2005. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, p. 184, mar. 2005.

_____. Conflito de competência nº 41659. Terceira Seção. Relator: Ministra Laurita Vaz, 24 de agosto de 2005. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, p. 127, set. 2005.

_____. Conflito de competência nº 37819. Terceira Seção. Relator: Ministro Gilson Dipp, 09 de abril de 2003. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, p. 170, jun. 2003.

_____. Conflito de competência nº 38512. Terceira Seção. Relator: Ministro Felix Fischer, 25 de junho de 2003. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, p. 187, ago. 2003.

_____. Conflito de competência nº 46611. Terceira Seção. Relator: Ministro José Arnaldo Da Fonseca, 14 de fevereiro de 2005. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, p. 184, mar. 2005.

_____. Conflito de competência nº 48045. Terceira Seção. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, 24 de agosto de 2005. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, p. 173, set. 2005.

_____. Conflito de competência nº 44195. Terceira Seção. Relator: Ministro Paulo Medina, 14 de dezembro de 2005. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, p. 202, fev. 2006.

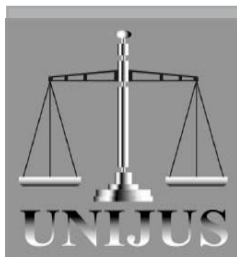
_____. Conflito de competência nº 52331. Terceira Seção. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, 27 de setembro de 2006. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, p. 289, out. 2006.

_____. Conflito de competência nº 38940. Terceira Seção. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido, 26 de novembro de 2003. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, p. 317, dez. 2003.

_____. Conflito de competência nº 43886. Terceira Seção. Relator: Ministro Gilson Dipp, 13 de outubro de 2004. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, p. 222, nov. 2004.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Juizados Especiais Federais Criminais. In FIGUEIRA JR, Joel Dias. **Juizados especiais federais cíveis e criminais**: comentários à Lei 10.259, de 10.07.2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 471-766.

WOLKMER, Antônio Carlos. O pluralismo jurídico nas práticas de justiça participativa. In **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no Direito. São Paulo: Alfa-Omega, 1997, p. 255-299.



AÇÕES AFIRMATIVAS À BRASILEIRA: NECESSIDADE OU MITO?¹

Roberta Fragozo Menezes Kaufmann²

RESUMO:

A partir de um estudo interdisciplinar, a correlacionar áreas distintas, como Direito, História e Sociologia, examina-se neste artigo se existe uma real necessidade de se adotarem políticas afirmativas no Brasil em que a raça funcione como o critério exclusivo, ou se essa discussão nos é estranha e apenas decorre de um deslumbramento quanto ao modelo norte-americano. Assim, procede-se a um breve estudo comparativo sobre como se desenvolveram as relações raciais nos dois países, desde a colonização. Por fim, conclui-se que é mais condizente com a nossa realidade a implementação de um modelo próprio - ações afirmativas à brasileira -, de forma a considerar a raça, mas não de forma isolada. Deve-se conjugá-la com a pobreza, para que o sistema a ser adotado possa finalmente resolver as questões que nos são peculiares, em vez de querer combater nossas enfermidades com remédios fabricados para outras doenças.

PALAVRAS-CHAVES: Ações Afirmativas. Direito Comparado. Princípio da Igualdade. Políticas Públicas. Cotas. Direitos Fundamentais. Racismo. Negros. Estados Unidos.

SUMÁRIO:

1. Introdução – uma análise comparada entre o Brasil e os Estados Unidos – 2. Antecedentes históricos. As diferentes formas de colonização efetuadas no Brasil e nos Estados Unidos. O surgimento das ações afirmativas – 3. Conceito. Objeto. Objetivos das Ações Afirmativas – 4. A raça a ensejar Ações Afirmativas no Brasil – 4.1 Sistemas de classificação racial – 4.2 O sistema birracial norte-americano – 5. O sistema multirracial brasileiro – 6. A análise de programas afirmativos à luz dos princípios da igualdade e da proporcionalidade – 7. *Abstract* – 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO – UMA ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE O BRASIL E OS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

O tema das Ações Afirmativas desperta muitos debates e é alvo de discussões nem sempre pautadas pela racionalidade e pela cientificidade. Difícil se torna, então, falar sobre um tema quando este já vem impregnado de diversas pré-compreensões, acompanhadas, no mais das vezes, por uma postura passional e extremista. Com este trabalho, propõe-se abandonar as posturas já assumidas sobre o assunto, para a partir daí realizar uma releitura, desta feita interligando áreas de conhecimento distintas, como são o Direito, a História e a Sociologia.

O trabalho pretende analisar se existe de fato uma real necessidade em se adotar políticas públicas afirmativas no Brasil em que a raça esteja entre um dos fatores a ser considerados, ou, então, em que funcione como o critério exclusivo, ou se, do contrário, essa

1 O presente artigo reproduz, de forma resumida, pontos de nosso livro, de 311 páginas, intitulado “*Ações Afirmativas à Brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*”. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2007.

2 Procuradora do Distrito Federal. Professora de Direito Constitucional e Direito Administrativo na Escola da Magistratura do DF – ESMADF, e no Instituto de Direito Público – IDP. Coordenadora da Pós-Graduação em Direito Constitucional pelo Instituto de Direito Público – IDP. Mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília – UnB. MBA em Direito Econômico pela Fundação Getúlio Vargas – FGV.

discussão nos é estranha e apenas decorre de um deslumbramento em relação ao modelo adotado alhures, muitas vezes esquecendo as diferenças estruturais entre o país que inspirou a criação das políticas positivas – Estados Unidos – e aquele em que se pretende adotá-las – Brasil. Para tanto, faz-se mister estudar o contexto histórico e sociológico em que as ações afirmativas foram criadas e se desenvolveram. Daí a razão pela qual faremos uma abordagem comparativa entre os Estados Unidos, país onde o programa teve início, e o Brasil. Isto nos leva, entretanto, ao estudo e à análise de um passado longínquo, que não interessa diretamente ao assunto, mas que se faz imprescindível para reconstituir o quadro das relações raciais brasileiras e norte-americanas.

O estudo enfocará de maneira prioritária as ações afirmativas destinadas aos negros, porque foram para estes que originariamente tais medidas foram criadas nos Estados Unidos. A ampliação dos programas positivos para as outras minorias, como as mulheres, os índios, os deficientes físicos e os imigrantes, decorreu de justificativas diferentes das que embasaram a criação dos programas para os negros e que fogem ao trabalho que nos propomos.

Com a quantidade de livros publicados sobre o tema, principalmente nos Estados Unidos, poder-se-ia acreditar que o assunto estaria praticamente esgotado, e que restava aos pesquisadores brasileiros fazer uma ligeira adaptação do material já publicado – como de fato é o que vem sendo feito até agora. Entretanto, a justificativa para uma nova abordagem afigura-se-nos assustadoramente fácil, porque a necessidade de uma nova perspectiva, na qual se enfoque a história das relações raciais nos dois países paradigmas desse estudo, Brasil e Estados Unidos, parece-nos deveras óbvia, quando se trata de ações afirmativas. Entretanto, nada ainda havia sido escrito sob tal enfoque, especialmente no meio jurídico. Há asserções soltas e sugestivas de que o contexto brasileiro difere do norte-americano, sem que os autores de tais afirmativas procedam, contudo, à análise de quão profundas são essas diferenças. A quase totalidade dos muitos artigos e poucos livros escritos no Brasil não renova os argumentos³ e analisa os programas positivos como se estes fossem os resultados de uma evolução lógica da concretização do princípio da igualdade, partindo do Estado Liberal ao surgimento do Welfare State – Estado do bem-estar social. Ora, pesquisar é trazer à tona algo novo, questionando as posições tidas por consolidadas. Este estudo propõe-se a fazer cócegas na inteligência do leitor, convidando-o a participar de uma nova visão dos fatos, de uma forma diferente do que vem sendo escrito até então.

Os defensores das ações afirmativas no Brasil tomam por base o modelo político instituído nos Estados Unidos, como se este fosse impermeável e acima de qualquer tipo de crítica. Argumentam, de forma enfadonha e repetitiva, que os norte-americanos encaram o problema e que no Brasil o racismo é muito pior, porque camuflado, ocultado, escondido. Viver-se-ia aqui uma hipocrisia racial, baseada em um mito, o da democracia racial, de modo que só teríamos a *aprender* com os americanos do norte. Curioso é perceber que, ao tentar promover a resolução dos problemas brasileiros, grande parte da militância pró-ações afirmativas *desconhece* a história do próprio país e acata, de forma passiva e subserviente, os métodos

3 A observação desse fenômeno não é peculiar ao Brasil. Os argumentos usados por aqueles que escrevem sobre as ações afirmativas repetem-se de maneira tão estrondosa, mesmo nos Estados Unidos, que chegam a ser ridicularizados, conforme demonstra Gabriel Chin: “A literatura é, também, impressionantemente repetitiva. Os mesmos temas básicos são expostos repetidamente; os fatos do caso *Bakke*, por exemplo, foram recontados tantas vezes que Stephen King escreveu, no seu *best-seller Christine*, sobre um casal que ‘poderia contar capítulo e versículo sobre o caso Allan Bakke até adormecer’. Com a habilidade de inventar este tipo de história arrepiante, não é de se impressionar que King é conhecido como o mestre do horror”. Tradução livre. CHIN, Gabriel J. (1998:p. IX).

e mecanismos de resolução para a problemática racial pensados alhures.

As ações afirmativas surgiram e prosperaram nos Estados Unidos, país cujo contexto histórico difere em muito do brasileiro. Para proceder a um estudo sério acerca do assunto, vários tópicos não podem fugir à análise do pesquisador, dentre os quais o exame de como se desenvolveram as relações entre brancos e negros⁴ nos Estados Unidos antes da imposição das ações afirmativas, de que maneira o Estado lidava com essas manifestações inter-raciais, se havia uma política legal a dar suporte à discriminação, de que modo a Suprema Corte atuava, se as decisões buscavam impedir ou fomentar o ódio racial. Tudo isso deve ser analisado de uma maneira comparativa com o Brasil, para que possamos avaliar os riscos quanto à adoção de medidas afirmativas e o grau de eficácia do instituto.

Por outro lado, pretende-se realizar um estudo comparativo sobre como se desenvolveram as relações raciais nos dois países, desde o início da colonização. Nesse sentido, ainda que de maneira resumida, serão analisadas as características dos povos colonizadores – Portugal e Inglaterra –, a forma como se originou o povoamento, o motivo do emprego da mão-de-obra escrava negra, a existência ou não de miscigenação entre as raças, as causas da abolição, o modo pelo qual se desenvolveram as relações raciais após a extinção do trabalho escravo. Com isso, observar-se-ão as conseqüências originadas dos diferentes processos históricos, para, alfim, proceder-se às conclusões sobre a necessidade de medidas afirmativas para os negros no Brasil.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS. AS DIFERENTES FORMAS DE COLONIZAÇÃO EFETUADAS NO BRASIL E NOS ESTADOS UNIDOS. O SURGIMENTO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS.

As diferentes formas de colonização realizadas no Brasil e nos Estados Unidos geraram conseqüências importantes sobre como se desenvolveram as relações raciais em cada um dos países. A colonização realizada por Portugal nos fez herdar características já presentes naquele reino, em todos os aspectos da vida social. Não havia em Portugal excedente populacional apto a promover a colonização no Brasil. Quando esta foi finalmente efetuada, realizou-se apenas por homens brancos, já que os portugueses não trouxeram consigo as famílias. Esse fato deu ensejo à relativa falta de mulheres brancas na colônia, e conseqüente caldeamento dos portugueses com as índias e com as escravas negras. Essa conjunção de raças favoreceu a formação de um povo altamente miscigenado, como é o brasileiro⁵.

4 O termo *negro* nesse trabalho é usado na maioria das vezes representando tanto a categoria racial preta, quanto a parda. Os momentos de diferenciação entre eles, quando acontecerem, serão explicitados no texto.

5 Nesse sentido, bem afirmou Gilberto Freyre: “A escassez de mulheres brancas criou zonas de confraternização entre os vencedores e os vencidos, entre senhores e escravos. Sem deixarem de ser relações – as dos brancos com as mulheres de cor – de ‘superiores’ com ‘inferiores’ e, no maior número de casos, de senhores desabusados e sádicos com escravas passivas, adoçaram-se, entretanto, com a necessidade experimentada por muitos colonos de constituírem família dentro dessas circunstâncias e sobre essa base. A miscigenação que largamente se praticou aqui corrigiu a distância social que doutro modo se teria conservado enorme entre a casa-grande e a mata tropical; entre a casa-grande e a senzala”. FREYRE, Gilberto. (2002: p. 46). Destaque-se que a tese de Freyre sobre a miscigenação, duramente criticada por tanto tempo, recentemente foi resgatada e assumida. O professor Sérgio Danilo Pena, da UFMG, e a sua equipe, realizaram pesquisa a propósito dos 500 anos do País na qual procuraram desvendar os mistérios da miscigenação brasileira. A conclusão não poderia ser diferente: somos um dos povos mais miscigenados do mundo. Assim falou o professor: “Os dados que obtivemos dão respaldo científico a essa noção [de miscigenação] e acrescentam um importante detalhe: a contribuição europeia foi basicamente por meio de homens e a ameríndia e africana foi principalmente por meio de mulheres. A presença de 60% de matrinhagens ameríndias e africanas em brasileiros brancos é inesperadamente alta e, por isso mesmo tem grande relevância social” Ver matéria em LEITE, Marcelo. (2000: p. 26 a 28).

Nos Estados Unidos, por sua vez, a colonização feita por ingleses foi no intuito de povoar a terra, originando núcleos familiares. À época, mudanças estruturais haviam ocorrido na Inglaterra. O estabelecimento das incipientes manufaturas teve como consequência o cercamento dos campos e a expulsão dos camponeses. Tal fato, aliado aos conflitos religiosos – período da contra-reforma católica à religião protestante - fez com que houvesse uma multiplicidade de pessoas ávidas a sair do país. O sucesso de tal empreitada colonizadora pode ser explicado ainda por outros fatores, como a glorificação da ética do trabalho e a recompensa ao esforço individual, típicas do protestantismo. As condições em que se desenvolveu a colonização nos Estados Unidos geram uma série de ilações no que tange à questão racial. Com efeito, a colonização efetuada por famílias fez com que não houvesse nos Estados Unidos uma forte miscigenação entre as raças, da maneira como foi conhecida no Brasil – não havia carência de mulheres brancas. Por sua vez, o estabelecimento da mão-de-obra escrava negra alhures somente teve início efetivo a partir do século XVIII; até então, contava-se com o trabalho dos trabalhadores temporários brancos. Ademais, a religião protestante admitia o divórcio, de modo que às mulheres era garantido o direito de se divorciarem dos maridos que, eventualmente, praticassem a infidelidade com as negras, o que dificultou a miscigenação.

Outro fator histórico que traz consequências para as relações raciais contemporâneas é o fato de os portugueses já serem acostumados com a presença dos negros desde antes do descobrimento do Brasil. Portugal era um país altamente miscigenado antes mesmo do início da colonização brasileira. No entanto, o mesmo não pode ser afirmado no que tange à Inglaterra. A despeito de a Grã-Bretanha ter desempenhado papel de destaque para fazer ressurgir a escravidão e o tráfico de escravos, devido aos vultosos ganhos comerciais que se originavam com a magnífica frota de navios negreiros saídos principalmente de Liverpool, o trabalho servil nunca fora considerado mão-de-obra efetiva para os ingleses, de modo que a Inglaterra não conheceu a miscigenação tal como já experimentara os Países Ibéricos. Isso explicará, em parte, porque nos Estados Unidos a miscigenação foi largamente desestimulada. Por outro lado, a plasticidade do povo português, acostumado a oito séculos de dominação moura, fez gerar em terras tupiniquins uma estrutura social extremamente maleável, o que garantiu a alguns negros, mesmo na época do Brasil Colônia ou do Império⁶, em que vigente o sistema escravocrata, a possibilidade de alcançar postos de destaque. Deste modo, o negro

6 Com efeito, a história é pródiga em demonstrar que a cor não se constituiu, isoladamente, em fator impeditivo para a assunção de cargos públicos ou posições sociais de prestígio. Nessa linha, cite-se a Ordem de 1731, emanada por D. João V, que conferiu poderes ao Governador da Capitania de Pernambuco, Duarte Pereira, para que empossasse um mulato no cargo de Procurador da Coroa, de grande prestígio à época, afirmando que a cor não lhe servia como um impedimento para exercer tal função. E destaque-se que tal determinação ocorreu 157 anos antes da abolição da escravatura. Diversos são os exemplos a apontar a presença de negros nas classes sociais mais elevadas, como Henrique Dias, o Conselheiro Rebouças, Luís Gama, José do Patrocínio, Machado de Assis, Cruz e Souza. Perdigão Malheiro, ao mencionar tal fato, em obra publicada em 1867, já fazia a distinção entre o preconceito praticado no Brasil e o dos Estados Unidos. Afirmando: “Ali [nos Estados Unidos] a questão não era só de escravidão, era também de raça; questão esta que no Brasil não é tomada em consideração pelas leis, e também pelos costumes. Ser de cor, provir mesmo de Africano negro, não é razão para não ser alguém, no nosso país, admitido nas sociedades, nas famílias, nos veículos públicos, em certos lugares nas igrejas, aos empregos, etc.; longe disto, o homem de cor goza no Império de tanta consideração como qualquer outro que a possa ter igual; alguns têm até ocupado e ocupam os mais altos cargos do Estado, na governança, no Conselho de Estado, no Senado, na Câmara dos Deputados, no Corpo Diplomático, enfim, em todos os empregos; outros têm sido e são distintos médicos, advogados, professores ilustres das ciências mais elevadas; enfim, todo o campo da aplicação da atividade humana lhes é, entre nós, inteiramente franco e livre”. PERDIGÃO MALHEIRO, Agostinho Marques. (1867: p. 124). Assim, pode-se afirmar que nos causa certo espanto a atribuição conferida a Gilberto Freyre de ter criado o mito da democracia racial no Brasil, em *Casa-Grande & Senzala*. Perdigão Malheiro já o havia sugerido, com pelo menos 60 anos de antecedência!

livre no Brasil possuía *status* social definido, antes mesmo da abolição da escravatura.

Outra distinção relevante decorre do modo segundo o qual se lidou com a liberdade dos negros antes da abolição. No Brasil, a possibilidade de alforria, além de em alguns casos derivar de expressa disposição normativa, poderia também ser obtida por determinação dos senhores, por disposições de última vontade, ou então pela compra da liberdade pelo próprio escravo. Já no contexto norte-americano, houve a edição contínua de leis visando a evitar a existência de negros livres nos estados escravistas, o que decerto dificultou a interação racial⁷. Com efeito, ainda que as limitações à aquisição da liberdade antes da abolição da escravatura não fossem absolutas nos Estados Unidos, serviram para impedir a formação de uma numerosa classe de negros livres, o que trouxe conseqüências graves para o desenvolvimento das relações entre as raças naquela sociedade. Nos anos imediatamente anteriores à abolição da escravatura norte-americana, apenas 12,5% dos negros eram livres. Já no Brasil, a relativa facilidade para aquisição da alforria fez com que os brancos já estivessem acostumados à presença dos negros livres na sociedade antes da abolição, de modo que os escravos, quando libertos, não encontraram uma resistência social organizada. Calcula-se que os escravos constituíam apenas 5% da totalidade da população brasileira em 1887, sendo que a esmagadora maioria dos negros, 90%, já era livre.

A par desse aspecto, é importante destacar que no Brasil a abolição da escravatura não foi precedida de guerras nem conflitos. Do contrário, foi permeada por sentimentos de exaltação nacionalista. Decretou-se no País feriado por cinco dias e a Princesa Isabel foi agraciada com o título de “A Redentora”. Já nos Estados Unidos, a abolição da escravatura foi precedida da mais violenta Guerra Civil que se tem notícia, que resultou na morte de 600.000 pessoas. Os negros foram considerados os verdadeiros culpados do conflito, o que acirrou a violência praticada contra eles⁸. O ódio que se originou do fosso racial nos Estados Unidos implicou a formação de duas comunidades distintas, a partir da segregação institucionalizada, qual seja, incentivada e patrocinada por meio de políticas públicas e promovidas por meio de leis, de decisões administrativas e da jurisprudência. Por meio dela, os negros foram proibidos de freqüentar as mesmas escolas que os brancos, proibidos de ter propriedades, de viver em certas vizinhanças, de obter licenças para trabalhar em algumas profissões, de casar com brancos, de votarem, de testemunharem. Não podiam dirigir nas mesmas estradas, sentar nas mesmas

7 Nos estados do Mississippi, no Alabama e em Maryland, a concessão da liberdade aos escravos por meio de testamento era nula; na Geórgia, lei de 1818 impunha uma multa de mil dólares ao senhor que tentasse conceder a liberdade ao escravo. Na Carolina do Norte, norma de 1830 previa que o senhor que quisesse conceder a liberdade ao escravo deveria primeiro fazer um seguro de mil dólares contra atos de vadiagem que este viesse a praticar. Além disso, o ex-escravo deveria deixar imediatamente o estado e nunca mais voltar. No Tennessee, para que o escravo fosse considerado livre, era preciso que se lhe nomeasse um fiador, além do consentimento do Tribunal estadual e da expulsão do negro do estado. Na Virgínia, em 1691, determinou-se que nenhum negro poderia ser libertado, ao menos que se lhe pagasse o transporte para outro país. No mesmo estado, lei de 1782 determinou a nulidade de qualquer tipo de libertação voluntária dos escravos e, em 1793, proibiu-se o ingresso na Virgínia de negros livres. Os que lá residiam, antes da proibição, foram expulsos, e, acaso permanecessem, seriam novamente submetidos à escravidão. No estado do Mississippi, lei de 1831 determinou que todos os negros livres com mais de 16 e menos de 60 anos deveriam deixar o estado, exceto se pudessem obter um certificado de boa conduta a ser apresentado pelos Tribunais do Condado. Nesse sentido, ver em TANNENBAUM, Frank. (1992: p. 70 e ss).

8 Entre 1882 a 1903, mais de dois mil negros morreram linchados, sendo que, somente em 1890, foram quase 200 execuções. As autoridades públicas do país não procederam às punições cabíveis. Explodiram movimentos extremistas organizados contra os negros, como o Conselho dos Cidadãos Brancos e a Ku Klux Klan – que chegou a angariar quase cinco milhões de membros nos Estados Unidos, na década de 20, dentre os quais Presidentes da República, governadores, prefeitos, senadores, e outras autoridades.

salas de espera, usar os mesmos banheiros ou piscinas, comer nos mesmos restaurantes, ou assistir a peças nos mesmos teatros reservados aos brancos. Aos negros, era simplesmente vedado o acesso a parques, praias e hospitais⁹.

Não podemos olvidar que o sistema segregacionista estadunidense foi não somente admitido, mas sobretudo fomentado com as decisões da Suprema Corte. Nesse sentido, mencione-se o famoso precedente *Plessy v. Ferguson* – 163 U.S 537 (1896), quando a Suprema Corte declarou a constitucionalidade do Estatuto da Louisiana de 1890, por meio do qual se determinava que o transporte em estradas de ferro deveria ser feito por acomodações iguais, mas separadas entre os brancos e os negros (a famosa máxima *equal, but separated*). Assim, seria perfeitamente constitucional que os negros fossem barrados, se porventura quisessem viajar nas áreas destinadas aos brancos, porque à época a idéia de igualdade não significava que brancos e negros pudessem dividir o mesmo espaço físico.

Observa-se, desse modo, que nos Estados Unidos a segregação não fora promovida apenas por organizações particulares, mas, espantosamente, foi incentivada pelo próprio Estado. Na medida em que o próprio governo institucionalizou a discriminação entre as raças, fez surgir no imaginário nacional a idéia de que a separação entre brancos e negros era legal e legítima, de que não era correto haver relações entre as raças, nem mesmo de cordialidade. Assim, despertou a consciência das pessoas para a diferença, em vez de procurar promover a igualdade. Naquela sociedade, as modificações no sistema segregacionista surgiram somente após muita luta. As décadas de 1960 e de 1970 foram marcadas pelo auge do movimento negro organizado, com os líderes Martin Luther King e Malcolm X, e ainda as manifestações contínuas de diversas organizações¹⁰. Na esfera política, programas de combate à discriminação começaram a surgir, nos governos de Kennedy e Johnson¹¹, mas mesmo com tais medidas, a miscigenação entre negros e brancos permanecia verdadeiro anátema social.

No entanto, uma série de eventos principiou a mudança de direção das políticas públicas relativas aos negros. Observou-se que apenas proibir a discriminação não demonstrou ser suficiente. Na década de 60, explodiram inúmeros eventos ligados aos conflitos raciais, difundindo o medo, o terror e a confusão na sociedade. A situação se agravava porque a polícia respondia com intensa brutalidade, o que acirrava ainda mais o caos social instalado. Para se ter uma idéia da magnitude da questão, o problema racial foi capa da Revista *Time* por três semanas consecutivas. Em 31 de julho de 1967, a capa do *U.S News and World Report* foi “Os Estados Unidos serão capazes de se auto-governarem?”. Destaque-se que as manifestações dos negros tornaram-se mais violentas a partir do assassinato, em 1968, do líder Martin Lu-

9 Como afirma o historiador norte-americano Chin: “Para muitos americanos, desde o hospital onde nasceram até o cemitério onde foram enterrados, todas as principais instituições sociais eram rigidamente segregadas pela raça”. Tradução livre. CHIN, Gabriel J. (1998: p. XV)

10 Por oportuno, podemos citar a Associação Nacional para o Progresso das Pessoas de Cor, os Mulçumanos negros, a Associação de Melhoramentos de Montgomery, a Comissão Estudantil de Coordenação Não-Violenta, o Congresso de Igualdade Racial, as Panteras Negras, dentre outras.

11 Como se observa dos textos das Ordens Executivas nº 10.925 e 11.246, os governos de Kennedy e Johnson não iniciaram as ações afirmativas conforme as entendemos hoje. Originalmente, o conceito de ação afirmativa significava uma política institucionalizada de combate à discriminação e não medidas de inclusão propriamente ditas. É que, à época, acreditava-se que o simples fato de o governo deixar de apoiar a discriminação, em uma sociedade desenvolvida sob os auspícios do sistema segregacionista, já sinalizava vultosos ganhos para a comunidade negra.

ther King, quando este organizava uma grandiosa manifestação contra a pobreza¹². Não fora coincidência o título escolhido para publicação, em 1968, do livro sobre a temática racial nos Estados Unidos, de Garry Wills – *The Second Civil War: Arming for Armageddon*¹³.

Assim, já então sob o comando de Richard Nixon (1969-1974), o governo estadunidense compreendeu que já não bastava o comprometimento oficial com as políticas de combate à discriminação. Era preciso fazer mais. Havia sido criadas as condições específicas e propícias para o desenvolvimento de uma política afirmativa, que reconhecesse a necessidade de adotar medidas inclusivas para inserir os negros na sociedade, sob pena de, em assim não o fazendo, implodir a segunda guerra civil. Os motins urbanos ocorridos na década de 60, aliados ao relativo fracasso das medidas antidiscriminatórias¹⁴, provocaram o ambiente necessário ao surgimento de uma política afirmativa cujo objetivo maior era o de tentar eficazmente promover a integração. No entanto, é importante observar que a política desenvolvida por Nixon não foi acompanhada de argumentos pela concretização do princípio da igualdade ou pela efetivação da justiça. Do contrário, procurou especificamente diminuir a quantidade de conflitos e evitar que os próprios brancos pudessem sofrer mais danos, físicos ou materiais¹⁵.

Desse modo, percebe-se que uma das ironias sobre a criação das ações afirmativas é que estas foram imaginadas e colocadas em prática por alguns brancos que estavam no poder. Do contrário, os principais líderes do movimento negro organizado não se manifestaram favoravelmente a uma política integracionista, mas lutaram apenas para combater a discriminação institucionalizada. Martin Luther King chegou a se manifestar sobre o tema, advertindo que a adoção de políticas afirmativas seria contraproducente para o movimento negro, porque não conseguiria encontrar justificativas diante de tantos norte-americanos brancos pobres. Com efeito, nunca houve uma marcha para Washington em favor dessas medidas, nem mesmo

12 Refresquemos a memória para os fatos: em 1963, a explosão de uma bomba em uma Igreja Batista matou 4 crianças negras. Kennedy, primeiro defensor de políticas para negros, morreu brutalmente assassinado no mesmo ano; em 1964, eclodiu enorme onda de violência contra os negros, principalmente no norte dos Estados Unidos, o que levou James Farmer, Diretor Nacional do Congresso Nacional de Igualdade Racial a liderar manifestação para sensibilizar a opinião pública. O resultado, todavia, foi a sua prisão, com mais 293 pessoas. Ao ser libertado, entretanto, lançou a ameaça de que aquele seria o maior e mais quente verão que o país já tivera, e complementou: “Agora é o tempo do ódio”. Sobre a violência e a magnitude que havia tomado conta das ruas dos Estados Unidos na década de 60, Skrentny afirmou: “Assim era vida em meados da década de 60 na América urbana. As violências pretas misteriosas continuaram explodindo em centenas de cidades pela América, aparentemente ao acaso. Doug McAdam, em um dos poucos estudos do movimento de direitos civis que vão além da legislação promulgada em 1964 e em 1965, contou 290 ‘explosões hostis’ no período de 1966 a 1968. 169 pessoas foram assassinadas na violência, 7.000 ficaram feridas, e mais de 40.000 foram presas. E esta projeção é conservadora. A Câmara de Compensação sobre a Desordem Civil na Universidade de Brandeis registrou 233 desordens somente em 1967, e 295 desordens nos primeiros quatro meses de 1968. McAdam afirma que ‘não seria um exagero sustentar que o nível de desafio aberto para a ordem econômica e política estabelecidas foi maior durante este período do que em qualquer outro da história desse país, salvo a Guerra Civil’”. SKRENTNY, John David. (1996: p. 71).

13 Tradução livre: “A Segunda Guerra Civil – Armando-se para o final dos tempos”.

14 afirmou Rosenfeld: “Uma vez que o Estado havia praticado a segregação racial, um mero retorno à política cega à cor, todavia, não seria suficiente para conduzir à integração”. Tradução livre. ROSENFELD, Michel. (1991: p. 163).

15 Assim justificava Nixon a concessão de algumas vantagens para os negros: “Pessoas que possuírem as próprias casas não irão incendiar a nossa vizinhança”. Tradução livre. Apud SKRENTNY, John David. (1996: p. 101). Na esfera judicial, quatorze anos após a célebre decisão do caso *Brown v. Board of Education (1954)*, que havia posto fim à doutrina do *iguais, mas separados*, a Suprema Corte ainda discutia a velocidade com que a extinção da política segregacionista deveria ser colocada em prática. Na verdade, infimo havia sido o progresso social diante da decisão do caso *Brown*, pois muitos governantes simplesmente se recusaram a extinguir o modelo segregacionista.

pressão política consistente e relevante a favor de cotas ou de mecanismos de integração¹⁶. Como se denota, tais medidas não se originaram da observação de que era preciso desenvolver uma sociedade mais justa, mais democrática ou mais humana. As ações afirmativas surgiram em um momento social marcado pela iminência de grave conflito civil. Não houve relevante construção teórica prévia, nem dos negros, nem de brancos, nem de partidos de esquerda, nem de direita, sobre as justificativas do princípio da igualdade, a partir de considerações sobre as modalidades de justiça compensatória ou de justiça distributiva, dentre outras questões jurídico-filosóficas. Mesmo porque, o primeiro Presidente dos Estados Unidos que efetivamente adotou política pública concretizadora da integração, Richard Nixon, era um republicano cujo maior apoio na campanha adveio dos eleitores conservadores dos estados sulistas, contrários às medidas de integração. Enquanto os democratas Kennedy e Johnson nada fizeram em termos integrativos, coube a um republicano conservador adotar essas medidas¹⁷.

Com efeito, ainda hoje muitos autores discutem o tema considerando que as ações afirmativas surgiram da evolução do princípio da igualdade, do Estado partindo de uma situação de neutralidade até o advento do Estado Social, com a implementação de políticas públicas. No entanto, essa conclusão nos parece apressada e apenas parcialmente correta. Ademais, seria um verdadeiro paradoxo se a explicação das ações afirmativas estivesse vinculada à concretização do princípio da igualdade, a partir do Estado Social, considerando que o país no qual as ações afirmativas foram criadas – Estados Unidos – talvez seja o exemplo que mais se assemelhe, no mundo, ao modelo de Estado eminentemente Liberal.

Sob a administração de Nixon, as ações afirmativas iniciaram nova fase, sobretudo a partir de decisões favoráveis da Suprema Corte e da criação de agências governamentais para implementar tais medidas. Nas décadas de 70 e 80 eclodiram ações afirmativas no âmbito estadual, municipal, em empresas privadas, no comércio, no sistema educacional e em associações. Entretanto, a partir dos governos Reagan (1981-1989) e Bush (1989-1993) tais programas foram reduzidos sensivelmente. Ainda durante a campanha presidencial, Reagan já sinalizara contrariamente à adoção de medidas afirmativas, por acreditar que tais programas representavam uma intervenção do Estado na economia privada, o que não mais seria admissível, linha esta de entendimento também seguida pelos sucessores.

Atualmente, a adoção de ações afirmativas vem se enfraquecendo nos Estados Unidos. Observa-se tal limitação por meio da política restritiva desenvolvida no atual governo de George W. Bush. No Judiciário, elegeu-se o exame judicial rigoroso no que tange às medidas positivas. A sociedade, por sua vez, vem dando demonstrações cada vez mais freqüentes de que não está mais suportando a política de benefícios para determinados grupos, observando-as com aversão. Em junho de 2003, o julgamento pela Suprema Corte sobre a política afirmativa posta em prática pela Universidade de Michigan, no sentido de que a raça não pode ser considerada fator decisivo para o ingresso, retomou o debate do tema pela sociedade. E,

16 Nessa linha, afirma Skrentny: “Embora grupos de direitos civis e afro-americanos possam ter apoiado ações afirmativas como medidas preferenciais de direitos civis desde, pelo menos, a década de setenta, a política [de ações afirmativas] foi largamente uma construção da elite branca masculina, a qual tradicionalmente tem dominado o governo e os negócios”. Tradução livre. SKRENTNY, John David. (1996: p. 5).

17 Não deixa de ser outra ironia o fato de as ações afirmativas terem sido implementadas por aquele que era conhecido como o *inimigo dos Direitos Civis*. Nixon era tão criticado pelos liberais que o cientista político Charles Hamilton escreveu um ensaio intitulado “O que Nixon está fazendo conosco?” no qual enumerou as *traições* do governante, por ter enfraquecido a Lei dos Direitos de Voto, recusado ajuda aos movimentos urbanos e declinado apoio aos movimentos civis. Apud SKRENTNY, John David. (1996: p. 178).

finalmente, em 28/06/2007 a Suprema Corte norte-americana, ao julgar o caso *Parents involved in community schools vs. Seattle School District n.º. 1º et al* decidiu que também na esfera escolar a raça não pode ser um critério decisivo¹⁸. A conclusão sobre o assunto, todavia, ainda está longe de acontecer e se revela, quando muito, apenas mais um capítulo na luta pela democracia racial estadunidense.

Uma vez analisado o modelo de ações afirmativas implementado nos Estados Unidos, ainda que de maneira concisa, cumpre-nos esclarecer que no Brasil, até o momento, os debates que vêm sendo estabelecidos se limitam, no mais das vezes, à observação do modelo norte-americano e à conseqüente conclusão pela cópia do sistema no Brasil. Para chegar à ilação de que viveríamos problema semelhante, os defensores das medidas afirmativas utilizam-se dos indicadores sociais, que demonstram a precária situação dos negros no País. Assim, a equação formada pela leitura precipitada e superficial do modelo estadunidense, conjugada com os índices sociais desfavoráveis para os negros no Brasil, foi suficiente para que a implementação de ações afirmativas se tornasse, momentaneamente, o debate do dia¹⁹.

Observa-se, desse modo, que profundas diferenças históricas e sociais separam as relações raciais desenvolvidas no Brasil e nos Estados Unidos, o que inviabiliza, decerto, a simples importação do modelo praticado alhures. Como vimos até aqui, a adoção de programas afirmativos nos Estados Unidos foi uma resposta ao sistema de segregação institucionalizada que teve início posteriormente à abolição da escravatura. O fato de não termos tido esse sistema no Brasil, por óbvio, não obsta à adoção de políticas públicas afirmativas. Todavia, os paradigmas que nos servirão de análise são outros, diferentes dos que inspiraram a adoção das medidas alhures. No Direito Brasileiro, a análise das ações afirmativas deve ser feita a partir da observação da nossa realidade, visando a combater as razões que efetivamente impediram e impedem o negro de se integrar socialmente, e como forma de efetivação de certos direitos fundamentais, conforme destacaremos a seguir.

3. CONCEITO. OBJETO. OBJETIVOS DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

Antes de vislumbrarmos quais devam ser os critérios a nortear as ações afirmativas à brasileira, cumpre-nos, inicialmente, conceituar as ações afirmativas. Com efeito, trata-se de instrumento temporário de política social, praticado por entidades privadas ou públicas, nos diferentes poderes e nos diversos níveis, por meio do qual se visa a integrar certo grupo de pessoas à sociedade, objetivando aumentar a participação desses indivíduos sub-representados em determinadas esferas, nas quais tradicionalmente permaneceriam alijados por razões de

18 Como exemplo, poderíamos citar lei de 1996, do Estado da Califórnia, por meio da qual se determinou que nenhuma instituição estadual poderia discriminar ou garantir preferências para qualquer indivíduo, tomando por base raça, sexo, cor, grupo étnico ou origem nacional, em setores públicos como empregos, educação ou contratos. Medida similar também foi adotada por Washington, em 1998, e em outros estados norte-americanos. Ver mais em DWORKIN, Ronald. Op. cit. p. 386. Como afirma Skrentny: "Uma análise recente das atitudes públicas em relação às ações afirmativas demonstrou que a opinião pública vai além de rejeitá-las simplesmente. A essência da idéia de preferência racial teve um efeito negativo nas atitudes de americanos brancos relativas aos pretos, parecendo provocar uma antipatia generalizada". Tradução livre. SKRENTNY, John David. (1996: p. 5).

19 Nessa óptica, compartilhamos as observações realizadas pelo sociólogo Jessé Souza, quando afirma: "Duas pressuposições, altamente duvidosas, são implicitamente assumidas nesse movimento. Primeiro, que os Estados Unidos são um modelo cultural acima de ambigüidades e crítica. Segundo, que não existem peculiaridades no Brasil que possibilitem pensar um modelo cultural que, embora tributário da mesma herança ocidental que possibilita a democracia política e a autonomia moral individual, seja visto como um desenvolvimento alternativo ao americano, com as perdas e ganhos que toda escolha cultural envolve". SOUZA, Jessé. (1997: p. 24).

raça, sexo, etnia, deficiências física e mental ou classe social. Procura-se, com tais programas positivos, promover o desenvolvimento de uma sociedade plural, diversificada, consciente, tolerante às diferenças e democrática, uma vez que concederia espaços relevantes para que as minorias participassem da comunidade. É importante destacar que a adoção de políticas afirmativas deve ter um prazo de duração, até serem sanados ou minimizados os efeitos do preconceito e da discriminação sofridos pelas minorias desfavorecidas. Se as ações afirmativas visam a estabelecer um equilíbrio na representação das categorias nas mais diversas áreas da sociedade, quando os objetivos forem finalmente atingidos, tais políticas devem ser extintas, sob pena de maltratarem a necessidade de um tratamento equânime entre as pessoas, por estabelecerem distinções não mais devidas. Para ser sujeito passivo das ações afirmativas, é preciso ainda demonstrar que a discriminação contra aquele grupo determinado atua de maneira poderosa e decisiva, a impedir ou a dificultar substancialmente o acesso das minorias a determinadas esferas sociais, como ao mercado de trabalho e à educação. Deve-se, ainda, comprovar que não há uma projeção de integração natural de determinada minoria em um futuro próximo, de modo que se nada for feito, não haverá qualquer tipo de mudança social relevante, dentro de um espaço razoável de tempo.

Os defensores dos programas afirmativos procuram justificar a opção por tais programas a partir, basicamente, de duas teorias: a da Justiça Compensatória e a da Justiça Distributiva. Apesar de ambas procurarem inserir os desfavorecidos, são, de fato, teorias distintas: enquanto a teoria distributiva é um pleito de justiça no presente, a compensatória quer buscar a justiça pelo passado. A Justiça Compensatória baseia-se na retificação de injustiças ou de falhas cometidas contra indivíduos no passado, ora por particulares, ora pelo governo. O fundamento deste princípio é relativamente simples: quando uma parte lesiona a outra, tem o dever de reparar o dano, retornando a vítima à situação que se encontrava antes de sofrer a lesão. Propriamente dita, a teoria compensatória é a reivindicação para que se repare um dano ocorrido no passado em relação aos membros de determinado grupo minoritário. Por meio desta teoria, assevera-se que o objetivo dos programas afirmativos para os negros seria o de promover o resgate da dívida histórica, e que tal dívida teria sido o período de escravidão à que foram submetidos.

O problema da adoção dessa teoria para justificar a imposição de políticas afirmativas é que se afigura deveras complicado responsabilizar, no presente, os brancos descendentes de pessoas que, em um passado remoto, tiveram escravos. Além disso, revela-se bastante difícil conseguir identificar quem seriam os corretos beneficiários do programa, já que os negros de hoje não foram vítimas da escravidão²⁰. Dessarte, culpar pessoas inocentes, responsabilizando-as pela prática de atos dos quais discordam seriamente parece promover a injustiça, em vez de procurar alcançar a equidade. Assim, a teoria compensatória não poderia ter espaço quando os indivíduos que são tratados como grupo – seja daqueles que promoveram a escravidão, seja dos descendentes dos antigos senhores escravocratas - não endossaram as atitudes em relação às quais serão responsabilizados ou, então, não exerceram qualquer tipo de contro-

20 Nesse sentido, Fiscus: “Mais especificamente, há duas objeções relacionadas ao argumento da justiça compensatória para as ações afirmativas. Elas são fundamentadas nos princípios complementares de que a compensação deveria ser paga à pessoa prejudicada e de que deveria ser pago por aquele que ocasionou o dano. Programas de ações afirmativas baseados na justiça compensatória podem fracassar, pelo primeiro princípio, de várias maneiras (...). Sustentar que os descendentes de milhões de pretos lesionados ao longo de nossa história têm direito à compensação, pelo prejuízo ocasionado aos seus ancestrais em um passado longínquo, é violar o primeiro princípio da justiça compensatória, que os sujeitos da compensação sejam aqueles prejudicados”. FISCUS, Ronald J. (1992: p. 9 e 10).

le em relação a elas²¹. Ademais, haveria ainda o problema de identificar quem seriam os possíveis beneficiados da política compensatória. Todos os descendentes de africanos? E os negros que imigraram para o País recentemente, teriam direito? Por outro lado, em um País miscigenado como o Brasil, saber quem é ou não descendente de escravos se afigura uma missão praticamente impossível. O País adotou a mão-de-obra escrava por um período de 300 anos, mas durante todos os 500 anos, desde o início da colonização, houve uma miscigenação constante entre as raças. Como o Brasil nunca conheceu leis que proibissem o relacionamento inter-racial, ou o casamento entre negros e brancos, essa prática foi amplamente difundida, e muitas vezes até motivada.

Outro fundamento para a aplicação de medidas positivas seria a teoria da Justiça Distributiva, que, por sua vez, diz respeito à redistribuição de direitos, benefícios e obrigações pelos membros da sociedade. A teoria distributiva diz respeito à promoção de oportunidades por meio de políticas públicas para aqueles que não conseguem se fazer representar de maneira igualitária. Nesse sentido, o Estado passaria a redistribuir os benefícios aos cidadãos, de maneira a tentar compensar as desigualdades que o preconceito e a discriminação efetivaram no passado e continuam a efetivar no presente²². Assim, procura-se minimizar a exclusão na sociedade de certos grupos minoritários, tendo em vista a necessidade de promover a concretização e efetivação do princípio da igualdade, como direito fundamental. É importante destacar que apesar de as medidas inclusivas raciais não visarem, especificamente, à desqualificação dos não-beneficiados, de qualquer modo a implementação dessa política pode gerar prejuízos para aqueles que não foram contemplados. É a chamada discriminação reversa, que ocorre quando as políticas afirmativas reservam vagas específicas para grupos beneficiados. E é por isso que se deve ter cautela na escolha dos critérios a ensejar uma política afirmativa, haja vista que a eleição de fatores não justificáveis pode ofender os princípios da igualdade e da proporcionalidade, além de não serem considerados legítimos. Os defensores das ações afirmativas sugerem ainda que tais políticas seriam benéficas para toda a sociedade por promoverem a inserção de representantes de diferentes minorias²³ em ambientes nos quais, normalmente, não teriam acesso, possibilitando o surgimento de uma

21 Nessa linha, bem adverte Fiscus: “Que os programas de ações afirmativas freqüentemente foram justificados em termos de justiça compensatória é um fato extremamente infeliz. Essa justificativa é problemática, nestes casos, e suas vulnerabilidades foram agarradas pelos críticos – inclusive, e talvez de modo mais importante, pelos *Justices* da Suprema Corte – para desacreditar as ações afirmativas. Argumentos de justiça compensatória, no contexto das ações afirmativas, vão de encontro à nossa forte e arraigada oposição geral às responsabilidades de grupo e aos direitos de um grupo – castigando ou recompensando um indivíduo simplesmente porque ele ou ela pertence a um determinado grupo”. Tradução livre. FISCUS, Ronald J. (1992: p. 9).

22 Assim confirma Fiscus: “De maneira simplificada, para nossa proposta, a justiça distributiva, como uma questão de igual proteção, é a exigência que um indivíduo ou grupo possui quanto aos benefícios, vantagens e posições que teriam conseguido, acaso estivessem sob condições justas – condições estas identificadas aqui como a ausência de discriminação odiosa”. Tradução livre. FISCUS, Ronald J. (1992: p. 8).

23 Um dos principais defensores dessa linha de argumentação é o jusfilósofo Ronald Dworkin. O autor, justificando o argumento da diversidade no corpo estudantil — e combatendo as críticas segundo as quais se acreditava que para promover efetivamente a diversidade, seria melhor escolher os estudantes negros pobres, ou então os que possuíssem características culturais específicas, a ter de admitir negros ricos que tivessem hábitos parecidos aos dos brancos, por tais não propiciarem verdadeiro espaço multicultural — afirma que o maior benefício da mistura entre as raças é justamente o de atenuar o ódio racial nos Estados Unidos. Alega: “Essa objeção perde o aspecto da diversidade posto em questão, que não é o que a raça poderia ou não demonstrar, mas a raça em si. Infelizmente, os piores estereótipos, suspeitas, medos e ódios que ainda envenenam a América, são codificados pela cor, e não pela classe ou pela cultura. É crucial que negros e brancos passem a se conhecer, e a melhor apreciarem-se uns aos outros”. Tradução livre. DWORKIN, Ronald. (2000: p. 403). Ora, será que tais argumentos podem ser aplicados à situação brasileira?

sociedade mais diversificada, aberta, tolerante, miscigenada e multicultural. No entanto, essa linha de raciocínio mais uma vez demonstra a necessidade de o tema, no Brasil, ser tratado de maneira própria e com cautela. Isto porque, segundo nos parece, assertivas em favor da diversidade podem fazer mais sentido em países como os Estados Unidos, no qual até a década de 1970 praticamente não havia um só local em que negros e brancos pudessem interagir de forma pacífica. Já no Brasil, argumentos nesse sentido dificilmente seriam defensáveis. Isto porque, neste País, não há como se defender a existência de uma cultura paralela formada pelos negros, à qual os brancos só tenham acesso muito raramente²⁴. No Brasil, a existência de valores nacionais, comuns a todas as raças parece quebrar o estigma da classificação racial maniqueísta. Encontram-se elementos da cultura africana em praticamente todos os ícones do orgulho nacional, seja na identidade que o brasileiro tenta construir, seja na imagem do País difundida no exterior, como samba, carnaval, futebol, capoeira, pagode, chorinho, mulata e molejo. A unidade do Brasil não depende da pureza das raças, mas antes da lealdade de todas elas a certos valores essencialmente *panbrasileiros*, de importância comum a todos. E mais. a participação crescente de negros e mulatas em propagandas, em programas de televisão, atuando inclusive como protagonistas, encenando membros de famílias de classe média, representando o Brasil em concursos internacionais de beleza, sugere que, esteticamente, a concepção de *boa aparência* no Brasil está mudando, acompanhando a tendência mundial de valorização do tipo africano. Ainda se poderia mencionar que a tendência crescente de criação de produtos de beleza específicos para os negros funciona, ao menos, como um forte indicativo de que o negro está sendo visto pelas empresas como uma fatia relevante do mercado consumidor, a merecer atenção especial, destacada e autônoma.

Observação importante no que se refere às modalidades de programas positivos é que estas não podem ser reduzidas à fixação de cotas. As cotas são apenas um dos mecanismos existentes na aplicação das políticas públicas de proteção às minorias desfavorecidas, e podem aparecer não somente com a reserva de vagas em universidades, mas também na estipulação de determinada porcentagem de empregos reservada para determinados grupos. É preciso destacar, no entanto, que existem diversas outras modalidades de medidas positivas, como bolsas de estudo, reforço escolar, programas especiais de treinamento, cursinhos pré-vestibulares, linhas especiais de crédito e estímulos fiscais diversos. Por sua vez, o sistema de cotas é bastante criticado, porque provoca a discriminação reversa, atingindo diretamente o direito de outros, que não promoveram a discriminação. A escassez dos bens sociais, como o acesso às Universidades e a aos concursos públicos, faz com que a reserva de vagas seja observada como uma ofensa ao tratamento igualitário. Em larga medida, a política de cotas fere o princípio da igualdade, porque os não-beneficiados acabariam por ser tratados de maneira desigual, na medida em que se delimita o direito de acesso a todos, com a redução no número das vagas disponíveis. Assim, pessoas inocentes terminariam sofrendo as conseqüências de atos - o preconceito e a discriminação que impediram o acesso das minorias - para os quais não deram causa, e em relação aos quais, em tese, podem divergir profundamente.

Se as ações afirmativas adotadas não forem numericamente fixadas por meio de cotas,

24 A tese de que as políticas afirmativas deveriam ser impostas para efetivar um ambiente multicultural encontra opositores até mesmo nos líderes de esquerda, que, certamente, não poderão ser tachados de conservadores. Nessa linha, Aldo Rebelo, analisando a importação de modelos norte-americanos para a nossa realidade, afirmou: "Os ensaios de Gilberto Freyre nos servem ainda hoje de frondosa vassoura de piaçaba para tanger do nosso terreiro o lixo ideológico que, na forma de multiculturalismo, ensandece a cabeça dos que tentam aportar no Brasil com modelos norte-americanos de combate ao racismo". REBELO, Aldo. (2000: 29).

os efeitos da política positiva seriam diluídos entre toda a sociedade e, assim, não haveria o risco de discriminar reversamente alguém. E se porventura houvesse a necessidade de adotar uma política afirmativa mais agressiva, ao menos que fosse a partir de um plano de metas, que funcionam como ideal a ser perseguido. É de se ressaltar que, nos Estados Unidos, o sistema de cotas para acesso às Universidades nunca foi considerado constitucional²⁵.

A concretização de ações afirmativas para negros pode ainda suscitar outros problemas. De início, haveria o afastamento do critério republicano meritocrático, o que poderia, perigosamente, aumentar o racismo, ao incitar o ódio entre as raças. Nessa linha, poder-se-ia gerar hostilidade em relação aos beneficiados, com possíveis efeitos negativos sobre o reconhecimento social e a auto-estima daqueles a quem supostamente se favorece²⁶.

4. A RAÇA A ENSEJAR AÇÕES AFIRMATIVAS NO BRASIL

A palavra raça pode ser empregada nas mais diferentes maneiras. Pode ter um sentido de fenótipo, a revelar um conjunto de características físicas, como cor da pele, cor e textura do cabelo, cor e formato dos olhos, formato do nariz e espessura dos lábios. Pode, ainda, significar uma região específica do planeta, como por exemplo, quando se fala em raça africana, raça oriental, raça ocidental. Ou, além, pode ter um sentido biológico, como a reunião de pessoas em grupos de indivíduos que possuam características específicas e distintas dos outros grupos. Até o final do século XIX, os cientistas promoveram diversas tentativas de classificar biologicamente as pessoas em raças distintas. Mas como afirma o geneticista Cavalli-Sforza: “Os resultados, muitas vezes contraditórios, constituem um bom indício da dificuldade do empreendimento. Darwin compreendeu que a continuidade geográfica frustraria toda tentativa de classificar as raças humanas. Ele observou um fenômeno recorrente ao longo da história: diferentes antropólogos chegaram a contagens totalmente discrepantes do número de raças – de três a mais de cem”²⁷.

O interesse científico em classificar os homens em raças biologicamente distintas chocava-se com a mobilidade com que as características raciais mudavam. Nesse sentido, o geneticista Sérgio Pena explicou que a espécie humana é “demasiadamente jovem e mó-

25 Nesse sentido, afirmaram Nowack e Rotunda: “No julgamento da constitucionalidade de programas positivos, uma distinção precisa ser extraída dentre as duas formas básicas de ação afirmativa. Pode-se fixar uma cota, por meio da qual se reserve um número específico de lugares para os representantes das minorias, e um número específico para os demais. Alternativamente, podem ser fixados padrões separados de tratamento, por meio dos quais se conceda um tratamento preferencial a minorias, sem para tanto ser necessário o uso de uma cota”. E, assim, concluíram: “Programas de cota são difíceis, se não impossíveis, de defender. Quando o governo distribui benefícios sob um sistema de cotas rígido, desconsidera totalmente as circunstâncias individuais, e, além disso, sobrecarrega os membros das raças minoritárias”. Tradução livre. NOWACK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. (1995:p. 694).

26 Nesse sentido, George Reid Andrews advertiu que a instituição de ações afirmativas nos Estados Unidos aumentou ainda mais o racismo contra os negros. E assim afirma “Pesquisas indicam que a mera menção às ações afirmativas pode provocar a expressão de atitudes e comportamentos mais racistas entre os brancos do que na ausência de uma menção de tais programas”. A consequência de tal fato, no sistema norte-americano, foi a vitória de candidatos republicanos, conservadores e contrários à adoção das políticas positivas, nas campanhas eleitorais de 1980 e 1990. E o resultado dessas vitórias foi a redução não somente de programas afirmativos, mas também a diminuição do empenho do governo federal com as políticas sociais como um todo. Alfim, conclui o autor que os ônus das políticas positivas foram demasiadamente elevados, enfatizando, sobretudo, que as medidas beneficiaram especificamente a classe média negra norte-americana: “As conquistas da classe média negra nos anos de 1970 e 1980 exigiram um custo muito alto, na forma do agravamento dos conflitos e tensões raciais no país”, deixando à margem do programa justamente aqueles que deles mais precisavam: os negros pobres. Ver em ANDREWS, George Reid. (1997:p. 139).

27 CAVALLI-SFORZA, Luigi Luca.(2003: p. 37).

vel para ter se diferenciado em grupos tão distintos²⁸”. E, ainda que se quisesse fazer uma aproximação da quantidade de raças existentes no mundo, os números poderiam ultrapassar um milhão de raças distintas²⁹. Nessa óptica, o mapeamento do genoma humano confirmou a impossibilidade de divisão dos homens em raças³⁰. Assim, poder-se-ia indagar sobre o que levaria à permanência do interesse em utilizar-se do critério racial? Por que a insistência nesse enfoque divisório?

Na verdade, o conceito de raça subsiste, atualmente, porque, a despeito de não poder ser analisado sob o espectro biológico, permanece o interesse pela construção cultural do tema³¹. O fato de, biologicamente, não ser possível classificar as pessoas segundo as raças, não quer dizer que o conceito cultural de raça inexistia. A importância da classificação advém do aspecto social, para estudarmos o modo como cada comunidade classifica seus indivíduos e analisarmos as razões que justificaram a opção pelos critérios eleitos em cada sociedade.

Nesse sentido, o estudo sobre a maneira como se procedeu à classificação das raças na sociedade norte-americana e na brasileira será de importância reveladora, porquanto exibirá as diferenças que presidem as relações raciais nos Estados Unidos e no Brasil.

4.1 Sistemas de classificação racial:

A) O sistema birracial norte-americano

Nos Estados Unidos, para que o sistema segregacionista se efetivasse, e os norte-americanos pudessem dividir as atividades sociais proibidas para os negros e as reservadas apenas para os brancos, fez-se necessário aplicar um sistema de classificação racial bastante excludente. Não bastava tentar classificar as pessoas segundo a cor que aparentavam, era preciso adotar um critério por meio do qual se alijasse a maior quantidade de pessoas possíveis. Assim, para poder delimitar ao máximo aqueles que pudessem ser considerados brancos, a sociedade segregacionista norte-americana criou um critério de classificação racial segundo a ancestralidade do indivíduo. Naquela sociedade, diferentemente do Brasil, nunca existiu um percentual muito grande de negros, já que escravidão era uma instituição regional, havia se limitado praticamente aos estados do sul e desenvolvera-se tardiamente. Dessa forma, nos Estados Unidos, seriam consideradas negras as pessoas que possuíssem quaisquer ascendentes africanos, mesmo que estes fossem antepassados longínquos. Em alguns casos, o Judiciário Estadual limitou a fixação da ascendência em trinta e dois graus; em outros, em dezesseis e até em oito graus, mas, como regra geral, não havia limitação. Tal critério tornou-se conhecido como a regra da *uma gota de sangue*, ou *one drop rule*.

A classificação empreendida nos Estados Unidos tem importância fundamental nesse estudo, porque mostra como a sociedade norte-americana faz uma profunda distinção entre os negros e os brancos. Enquanto o critério da aparência é feito subjetivamente, o critério

28 PENA, Sérgio et. al. (2000: p. 17-25).

29 CAVALLI-SFORZA, Luigi Luca. (2003: p. 52).

30 Sobre o tema, destaquem-se as considerações feitas pelo professor Kevin Boyle: BOYLE, Kevin. (2001: p. 490). Tradução livre: “Reconhecemos hoje que a classificação biológica de seres humanos em raças e hierarquias raciais – no topo da qual obviamente estaria a raça branca – era produto da pseudociência do século XIX. No momento em que nós mapeamos o genoma humano, prodigiosa pesquisa que envolveu o uso de material genético de todos os grupos étnicos, sabemos que só há uma raça – a raça humana. Diferenças humanas em aspectos físicos, cor da pele, etnias e identidades culturais não são baseadas em atributos biológicos. Aliás, a nova linguagem dos mais sofisticados racistas abandona qualquer fundamento biológico em seus discursos. Eles agora enfatizam supostas diferenças culturais irreconciliáveis como justificativa para seus pontos de vista extremistas”.

31 Ver em FERREIRA, Nayara. (2007: p. 245).

da ancestralidade procura aspectos mais objetivos para classificação. E mais. A definição a partir da ancestralidade nos Estados Unidos somente se aplicou para os negros, e não para os demais grupos sociais, ainda que considerados minoritários, como hispânicos e índios³². Implementou-se nos Estados Unidos uma sociedade birracial, ou seja, uma comunidade na qual somente havia a possibilidade de a pessoa ser enquadrada como branca ou como negra. Não havia a categoria dos morenos, dos mulatos, ou dos pardos, como no Brasil³³. Decerto, por meio desse sistema, tornou-se mais simples identificar os sujeitos da política segregacionista, bem como, posteriormente, foi menos complicado instituir programas afirmativos em que a raça fosse o único critério levado em consideração. Apenas uma gota de sangue negro, enegrecia a pessoa, ainda que, aparentemente, o indivíduo fosse branco. Mesmo com a adoção da regra do *one drop rule*, os negros atualmente nos Estados Unidos compõem apenas 13% da população.

32 O critério adotado nos Estados Unidos muitas vezes causa confusão e perplexidade para terceiros. O professor de sociologia da Universidade de Illinois, James Davis, conta-nos a história de uma candidata negra ao concurso de Miss América. Durante muito tempo, as negras não puderam se candidatar, mas na década de 80 essa restrição foi retirada. Em 1984, a candidata Vanessa Williams, considerada negra pela regra do *one drop rule*, mas branca na aparência, ganhou o concurso e foi intitulada como a primeira negra norte-americana a se tornar Miss América. Tal fato despertou certa comoção nacional, porque ninguém acreditava que ela realmente fosse negra. A situação ficou tão constrangedora que os organizadores do concurso, para tentar legitimar o slogan de *a primeira negra a vencer o Miss América*, anularam a vitória de Vanessa, alegando que ela havia posado para fotos sensuais antes do concurso, e elegeram a segunda colocada como vencedora, Suzette Charles, que, aparentemente, era um pouco mais negra do que Vanessa. Ver em DAVIS, F. James. (2001: p. 2). Outros casos são contados pelo professor, como o do líder do movimento negro, Reverendo Adam Clayton Powell Jr., que era loiro, dos olhos azuis e de nariz aquilino. O Reverendo Powell chegou a liderar uma marcha de 6.000 pessoas até a Prefeitura de Nova Iorque, mas, dentro da organização, era visto com certa desconfiança. Por outro lado, as atrizes negras pela regra da ascendência, mas brancas na aparência, viviam um verdadeiro dilema, nos Estados Unidos, haja vista a determinação de que não poderiam interpretar brancas – estariam ofendendo o sistema *Jim Crow*. Todavia, somente conseguiam papéis como negras se tivessem de pintar a pele, para que aparentassem uma cor que não possuíam. Uma das artistas que sofreu os ônus desse sistema foi Lena Horne, atriz e cantora norte-americana da década de 60. Os pais de Lena eram muito brancos, assim como ela. A aplicação da regra do *one drop rule* fez com ela fosse considerada negra por causa da sua tataravó materna, que era uma negra vinda de Angola. Lena ingressou em uma escola para negros, mas, a todo o tempo, sofria discriminações. Os negros a chamavam de *yellow bastard* – bastarda amarela. James Davis conta que a atriz logo cedo aprendeu que: “Ter uma pele clara implica ilegitimidade, e, aliado a pais que pertencem à classe social mais baixa, significava uma vergonha na comunidade negra”. Tradução livre. DAVIS, F. James. (2001: p. 3).

33 Nesses termos, de extraordinária clareza são os esclarecimentos do professor Carl Degler sobre o critério birracial. Em capítulo intitulado *Quem é negro?*, explica como o critério é aplicado nos Estados Unidos: “Até agora a palavra *Negro* tem sido usada sem definição, e, todavia, a fonte mais fértil de confusão, senão de erro, na comparação das relações raciais entre os Estados Unidos e o Brasil é que o conceito de negro difere nos dois países. Historicamente, nos Estados Unidos, qualquer pessoa com ancestrais negros seria considerada negra, ainda que parecesse branca. Nos dias da escravidão e enquanto perdurou a segregação legal, um negro era definido por lei e pelos costumes como qualquer um que tivesse uma certa quantidade de ascendência negra – aproximadamente um oitavo. Mas já ocorreram casos no século XX em que qualquer quantidade de sangue negro levaria a que a pessoa fosse considerada, legalmente, como negra. Assim, um estatuto na Virgínia, elaborado em 1924 visando à votação de uma lei antimiscigenação, definia como branca ‘... a pessoa que não tenha qualquer traço de sangue que não seja caucasiano; mas pessoas que tenham um-dezesseis avos ou menos de sangue índio americano e nenhum outro sangue não-caucasiano seja serão consideradas pessoas brancas’. Como a aparência não decidia o assunto, pessoas de olhos azuis, pele clara e cabelos claros ou loiros, como Walter White, durante muitos anos dirigente da NAACP, podiam ser consideradas negras. O simples fato de White reconhecer sua ascendência negra, a despeito de sua aparência, tornava-o negro. Também por causa dessa definição, brancos poderiam, de repente, tornarem-se ‘Negros’, como aconteceu não somente em obras de ficção, como *Kingsblood Royal*, de Sinclair Lewis, mas também na vida real. Por essa definição genética ou biológica, milhares de negros também ‘passam’ para o mundo dos brancos, a cada ano, lá permanecendo enquanto desejarem, ou conseguirem manter o seu segredo. Historicamente, palavras como *mulato*, *quadroon* ou *octorron* nos Estados Unidos – todas elas descrevendo diferentes graus de ascendência negra – já foram usadas. Mas, na verdade, elas são apenas descritivas, não implicam qualquer significado social ou legal. Há apenas duas qualidades no padrão racial dos Estados Unidos: branco e preto – o indivíduo ou é um ou outro, não há posição intermediária”. Tradução livre. DEGLER, Carl. (1986: p. 101 e 102).

Talvez por tais razões se perceba que, na sociedade norte-americana, negros e brancos não compartilham dos mesmos valores, nem da mesma identidade como povo. Existem lugares praticamente destinados para negros, como o *Harlem*, em Nova Iorque, além de ritmos específicos, como o *blues* e Igrejas reservadas, como as Batistas. Não se desenvolveram valores comuns para a comunidade negra e para a branca, apesar de, obviamente, poderem dividir certos gostos. As essências de ambas as culturas são distintas. Se eventualmente um negro tentar se passar por branco, estará renegando toda a sua comunidade. Nessa linha, já advertira o sociólogo brasileiro Oracy Nogueira que o fenômeno do *passing* nos Estados Unidos pode ocasionar profundos conflitos mentais, de pessoas que tiveram de mudar de nome, de cidade, de estado, para tentar apagar o passado e, assim, conseguir viver como branco, o que lhe garantiria direitos que aos negros eram negados, devido ao sistema segregacionista.

Pelas razões expostas, pode-se concluir que o sistema birracial norte-americano, ao determinar a existência de apenas duas categorias raciais distintas – negros e brancos –, aliado à institucionalização da política de preconceito e de segregação, facilitou, em muito, a adoção de programas afirmativos para negros. A justificativa para uma ação governamental afirmativa era latente, pois as medidas de exclusão que haviam sido perpetradas durante décadas contra os negros foram, sobretudo, impostas pelo governo. Ademais, diante da regra da uma gota de sangue, a implementação de ações afirmativas certamente não recairia no dilema, tipicamente brasileiro, de conseguir identificar aqueles que seriam os beneficiados do sistema.

B) O sistema multirracial brasileiro

Para que as ações afirmativas sejam implementadas no Brasil de modo a não maltratarem o princípio da igualdade, faz-se mister uma prévia análise das nossas relações raciais, para que, finalmente, cheguemos a adotar um critério próprio para a resolução dos nossos problemas. Não basta copiarmos o modelo implementado pelos Estados Unidos, porque, conforme procuramos demonstrar, a nossa realidade racial é outra. Múltiplos fatores precisam ser considerados para a adoção de ações afirmativas à brasileira: o fato de nos constituirmos em um País cuja miscigenação inter-racial foi e é uma constante, desde o início da colonização, além de nunca termos desenvolvido um critério legal, lógico e preciso sobre a definição de quem é negro no País³⁴. Sobre esse ponto, talvez, resida uma das principais diferenças no modo de lidar com a questão racial nos Estados Unidos e no Brasil, e é o que vamos analisar

34 Roberto Da Matta conta uma história interessante que aconteceu nos Estados Unidos, em 1968, na Universidade de Harvard, quando estava cursando o doutorado em antropologia. Carente de contatos com a pátria, ao saber da visita de um grupo de estudantes brasileiros, foi direto ao local em que se realizaria uma reunião, com a temática dos movimentos negros. Após o discurso dos norte-americanos, que enfatizaram as conquistas realizadas pelos negros nos Estados Unidos, os estudantes brasileiros iniciaram uma série de perguntas provocativas, em que ressaltaram que as modificações não afetaram a estrutura do capitalismo, que permanecia calcada na exploração do trabalho. Os brasileiros acreditavam que era preciso mudar o *sistema*, por meio de uma revolução. Após tal impasse ideológico, os palestrantes estadunidenses resolveram endurecer, e falaram: “Curioso que vocês cobrem tanto do nosso sistema. O fato é que estamos trabalhando com o que podemos, para mudar as relações raciais aqui. Vocês, que se dizem uma democracia racial, são muito piores, em termos práticos. Pois vejamos só: no meio de mais ou menos oitenta estudantes brasileiros, eu vejo apenas sete ou oito negros. A grande maioria é branca. Onde está a tal ‘democracia racial’ de vocês?”. Da Matta destaca que, alfin do encontro, o que mais havia chocado os brasileiros era saber, dentre a comitiva, quem eram os sete ou oito negros a que os estudantes norte-americanos haviam se referido porque, na contagem deles, somente haveria um ou dois. DA MATTA, Roberto. (1997: p. 71). Também Antônio Guimarães preocupa-se com a definição de quem pode vir a ser considerado negro no Brasil. Afirma: “A questão que se levanta não é superficial. Se não se pode definir formalmente, sem margem a dúvidas, o beneficiário de uma política pública, então sua eficácia será nula”. GUIMARÃES, Antônio. (1997:p.240).

nesse momento³⁵.

No Brasil, nunca houve qualquer tentativa de objetivamente limitar o acesso das pessoas a determinadas atividades por causa da raça, ou de classificar a raça das pessoas a partir de critérios objetivos preestabelecidos. A base de divisão racial somente foi usada, aqui, quando muito, para fins de pesquisas estatísticas, para sabermos quais são as cores que compõem a população. De qualquer sorte, registre-se que nem todos os Censos brasileiros indagaram sobre a raça, mas, naqueles em que tal fator foi considerado, sempre se adotou o sistema de autoclassificação, ora mediante a apresentação das raças delimitadas pelo instituto de pesquisa com posterior escolha pelo entrevistado, ora a atribuição da cor fora deixada ao livre-arbítrio do indivíduo³⁶.

A Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD, realizada em 1976, demonstra como a solução dessa questão se revela tormentosa, no Brasil. Com efeito, neste PNAD, deixou-se livre ao pesquisado realizar uma autoclassificação. À pergunta: *Qual é a cor do(a) senhor(a)?*, caberia ao entrevistador apenas anotar a resposta, ainda que esta lhe parecesse estranha. Por consequência, identificaram-se espantosas 135 cores no País³⁷. Os dados censitários revelam-nos muito sobre o problema da adoção da cor como critério a nortear a adoção de ações afirmativas no Brasil, porque nos mostram a grande variação com que o brasileiro é capaz de se identificar.

Pode-se, então, afirmar que o sistema de classificação racial no Brasil difere do norte-americano porque aqui existe uma multiracialidade, ou seja, há várias raças intermediárias entre os brancos e os negros. No sistema determinado atualmente pelo IBGE, utilizam-se cinco possibilidades de classificação racial: brancos, pretos, amarelos, pardos e indígenas. Pesquisas, no entanto, indicam que há uma rejeição muito grande ao termo pardo: cerca de 71% dos que se classificam como pardos, preferem utilizar o termo moreno. Se em vez de *pardo* se adotasse *moreno*, este grupo certamente formaria a maior parte da população, e, dessa forma, o percentual de morenos no Brasil seria superior ao de brancos.

35 Thomas Skidmore atenta para esse problema, e afirma: “Em suma, o Brasil é multirracial, não birracial. Isso torna as relações raciais mais complexas do que nos Estados Unidos, e mais complexas do que a maioria dos europeus imagina”. SKIDMORE, Thomas. (2001: p. 152). Também em SKIDMORE, Thomas. (1992: p. 1).

36 A larga utilização do termo afro-descendente, atualmente, no Brasil, significa mais uma cópia subserviente desta mentalidade de colônia que, muitas vezes, nos é peculiar. Enquanto preto, pardo e negro têm uma acepção morfológica ligada à cor e ao fenótipo do indivíduo, o conceito de afro-descendente revela um sentido de ancestralidade, a perquirir a origem da pessoa, tal qual o modelo birracial norte-americano, do *one drop rule*.

37 Não se pode deixar de reconhecer que essa amostra divulga um verdadeiro tratado de antropologia nacional. Observe-se a lista de cores que os brasileiros se classificaram: Acastanhada, Agalegada, Alva, Alva-escuro, Alvarenta, Alvarinta, Alva-rosada, Alvinha, Amarela, Amarelada, Amarela-queimada, Amarelosa, Amorenada, Avermelhada, Azul, Azul-marinho, Baiano, Bem-branca, Bem-clara, Bem-morena, Branca, Branca-avermelhada, Branca-melada, Branca-morena, Branca-pálida, Branca-queimada, Branca-sardenta, Branca-suja, Branquilha, Bronzeada, Bugrezinha-escuro, Burro-quando-foge, Cablocla, Cabo-verde, Café, Café-com-leite, Canela, Canelada, Cardão, Castanha, Castanha-clara, Castanha-escuro, Chocolate, Clara, Clarinha, Cobre, Corada, Cor-de-café, Cor-de-canela, Cor-de-cuia, Cor-de-leite, Cor-de-ouro, Cor-de-rosa, Cor-firma, Crioula, Encerada, Enxofrada, Esbranquecimento, Escuro, Escurinha, Fogoio, Galega, Galegada, Jambo, Laranja, Lilás, Loira, Loira-Clara, Loura, Lourinha, Malaia, Marinheira, Marrom, Meio-amarelo, Meio-branca, Meio-morena, Meio-preta, Melada, Mestiça, Miscigenação, Mista, Morena, Morena-bem-chegada, Morena-bronzeada, Morena-canelada, Morena-castanha, Morena-clara, Morena-cor-de-canela, Morena-jambo, Morenada, Morena-escuro, Morena-fechada, Morenã, Morena-parda, Morena-roxa, Morena-ruiva, Morena-trigueira, Moreninha, Mulata, Mulatinha, Negra, Negreta, Pálida, Paraiba, Parda, Parda-clara, Polaca, Pouco-clara, Pouco-morena, Preta, Pretinha, Puxa-para-branca, Quase-negra, Queimada, Queimada-de-praia, Queimada-de-sol, Regular, Retinta, Rosa, Rosada, Rosa-queimada, Roxa, Ruiva, Russo, Sapecada, Sarará, Saraúba, Tostada, Trigo, Trigueira, Turva, Verde, Vermelha. Nesse sentido, ver em VENTURI, Gustavo; TURRA, Cleusa. (1995:p. 33 e 34).

Talvez uma das interpretações possíveis para a quantidade de classificações raciais existentes no Brasil seja a intensa miscigenação ocorrida ao longo da história. E as múltiplas categorias de cor, aliadas à falta de objetividade na definição de uma pessoa como negra ou parda, remete-nos a um dos pontos de maior controvérsia nas propostas afirmativas em que a raça é o fator levado em consideração: **saber quem é negro no Brasil**³⁸. Tal questão inviabiliza a legitimidade dos programas afirmativos em que a raça seja o único critério levado em consideração, uma vez que, com o sistema de autoclassificação, haverá sempre a possibilidade de fraude, abrindo espaço para a má-fé de pessoas que, não sendo negras, assim se declaram com a finalidade de assegurar participação nas cotas estabelecidas³⁹. Não se pode perder de vista as ponderações realizadas pelo professor Sérgio Pena, quando chegou à conclusão de que, além dos 44% dos indivíduos autodeclarados negros e pardos, existem no Brasil mais 30% de afro-descendentes, dentre aqueles que se declararam brancos, por conterem no DNA a ancestralidade africana, principalmente a materna. Desse modo, os afro-descendentes constituiriam, no Brasil, a maioria da população, com 62,2%, e os brancos seriam apenas 37,8% do povo brasileiro⁴⁰.

Nesses termos, a intensa miscigenação brasileira terminaria por colocar em dúvida a eficácia de programas afirmativos nos quais a raça funcione como critério exclusivo de integração do negro à sociedade, porque não haveria como determinar quem, efetivamente, é o destinatário da política. Retroceder à utilização de critérios objetivos para determinar a ancestralidade, com coleta de sangue e determinação do grau de ancestralidade africana, por outro lado, parece-nos totalmente fora de consideração. A política afirmativa que viesse a ser adotada no Brasil teria de vencer o desafio da legitimidade e suportar as críticas de não conseguir definir racionalmente quem seriam os beneficiados.

Para se tentar flexibilizar este debate praticamente insolúvel – saber quem é negro no Brasil –, ao mesmo tempo em que também se procura combater outra barreira, talvez a principal a impedir a ascensão do negro, faz-se necessário um novo modelo de ações afirmativas, próprio para a realidade brasileira. Desse modo, acreditamos que somente a conjugação de fatores, o racial e o social, poderiam garantir uma maior legitimidade ao debate, a menor possibilidade de utilização da má-fé, a diminuição da possibilidade de discriminação reversa, e, finalmente, o melhor atendimento aos princípios da igualdade e da proporcionalidade. Assim, o problema da relativa falta de integração do negro às camadas sociais mais elevadas

38 Carlos Hasenbalg já chamou a atenção para esse problema, em seminário realizado sobre as ações afirmativas: “As experiências de ações afirmativas até agora desenvolvidas em outras partes do mundo se deram em países em que as fronteiras ou divisas entre grupos étnicos e raciais estão claramente definidas. Esse não parece ser o caso do Brasil. Nos últimos vinte anos, cientistas sociais que estudam as relações raciais no país, entre os quais me incluo, bem como militantes do movimento negro, têm usado sistemas de classificação racial dicotômicos: brancos/negro ou branco/não-branco. Ao mesmo tempo, pesquisas como o PNAD-1976 e a mais recente da Folha de São Paulo, em 1995, surpreendem pela variedade de termos usados pela população para identificar-se em matéria de cor ou raça. Esta é uma das ambigüidades do sistema racial do Brasil e dos demais países da América Latina que deve ser encarada na hora de estabelecer o conjunto de regras que permita identificar quais são os indivíduos ou grupos que podem beneficiar-se com os programas de ação afirmativa”. HASENBALG, Carlos. (1997: p. 67.).

39 A experiência das cotas na UERJ demonstrou que muitas pessoas, que se consideravam brancas, declararam-se negras para concorrer às vagas destinadas aos negros. Reportagens publicadas à época trouxeram depoimentos de alunos brancos que confirmaram ter agido de má-fé. Semelhante problema também foi identificado com a imposição de cotas na UnB, onde houve inúmeras fraudes – candidatos que sempre se classificaram como brancos, após meses de sol intenso, passaram a se classificar como negros apenas para tentar pleitear vagas por meio das cotas.

40 O percentual de indígenas, por ser muito baixo e somente ter ingressado no sistema de classificação racial em 1991, foi desconsiderado.

pode tentar ser resolvido no Brasil sem despertar manifestações de ódio racial extremado ou violento. Isso somente se torna possível porque, no âmbito social, a nossa comunidade foi capaz de se desenvolver a partir da interpenetração das culturas as mais diversas e, na esfera biológica, houve uma forte miscigenação entre as raças. Tal fato não pode ser olvidado quando da adoção de políticas públicas pelo governo. Tentar implementar ações afirmativas em que a raça seja o único critério levado em consideração poderá, de alguma forma, afetar esse relativo equilíbrio existente entre as raças que compõem o País, e, em vez de promover a inserção dos negros, criar esferas sociais apartadas, daqueles que são beneficiados pelas cotas e dos que não são.

Os negros, no Brasil, passam por sérios problemas de exclusão. São os que apresentam os piores indicadores sociais. Todavia, o que se quer demonstrar é que talvez o preconceito arraigado na sociedade não se constitua no fator exclusivo a impedir a representatividade dos negros nas classes sociais mais elevadas. Fortes indícios demonstram que o verdadeiro anátema do negro se localiza na precária situação econômica em que se encontram, tornando-os despreparados para uma competição justa no mercado de trabalho e na educação. Não se quer adotar uma teoria reducionista e diminuir a problemática racial à questão econômica. Quer-se, apenas, sugerir que as ações afirmativas a serem implementadas no Brasil não fujam desse binômio: raça e pobreza, porque assim se estaria atacando as duas principais mazelas que impedem a ascensão dos negros nas esferas sociais⁴¹.

Como já mencionado, políticas afirmativas que adotem somente o critério racial, isoladamente, sem conjugá-los com a baixa renda, terminariam por beneficiar, sobretudo, a classe média negra, que já conseguiu obter um mínimo de qualificação necessária e não seria a mais carente dos benefícios. Por outro lado, políticas afirmativas universalistas que não levem o fator racial em consideração dificilmente alcançariam os objetivos desejados, o de integrar os negros, escurecendo a elite, a curto ou médio prazo. Assim, a raça deve ser um fator levado em consideração, mas não de forma excludente.

O fato de em ambos os países existir preconceito e discriminação não significa que a origem do preconceito esteja no mesmo fato: a origem africana. No Brasil, muitas vezes a ascendência africana pode ser suavizada, outras vezes esquecida, seja por questões econômicas - a assertiva de que no Brasil negro rico vira branco e pobre branco vira preto⁴², seja pelo

41 Nesse sentido é o pensamento de Marvin Harris, quando afirma que o verdadeiro dilema no Brasil não é somente o racial, mas também o econômico. E aduz: “Um brasileiro nunca é simplesmente um ‘homem branco’ ou um ‘homem de cor’; ele é um rico, bem educado homem branco, ou um pobre, ignorante homem de cor; um rico, bem educado homem de cor ou um pobre, ignorante branco. O resultado dessa qualificação de raça por educação e nível econômico determina a identidade de classe à que o indivíduo pertence. É a classe à que ele pertence e não a raça que determina a adoção de atitudes subordinadas ou superiores entre os indivíduos específicos nas relações face a face. É a classe que determina quem vai poder entrar em determinado hotel, restaurante ou clube social; quem receberá o tratamento preferencial nas lojas, igrejas, clubes noturnos e nos meios de transporte. (...) A cor é um dos critérios para identidade racial, mas não o único”. Tradução livre. HARRIS, Marvin. (1974: p. 60 e 61).

42 Nessa linha, o pensamento de Marvin Harris, antropólogo norte-americano que estudou as relações raciais no Brasil: “Um *Negro* é qualquer um dos seguintes: Um branco miserável; um mulato miserável; um mulato pobre; um negro miserável; um negro pobre; um negro classe média. Um *Branco* é qualquer um dos seguintes: Um branco rico; um branco classe média; um branco pobre; um mulato rico; um mulato classe média; um negro rico”. Tradução livre. HARRIS, Marvin. (1952: p. 72). Como também já previu Roberto Da Matta, em relação ao Brasil: “a raça (ou a cor da pele, o tipo de cabelo, de lábios, do próprio corpo como um todo etc.) não é o elemento exclusivo na classificação social da pessoa. Existem outros critérios que podem nuançar e modificar essa classificação pelas características físicas (que são definidas culturalmente). Assim, por exemplo, o dinheiro ou o poder político permitem classificar um preto como mulato ou até mesmo como branco”. DA MATTA, Roberto. (1987: p. 81).

fenótipo apresentado, a chamada válvula de escape do mulato. Por outro lado, não há dúvidas de que a falta de preparo adequado pode ser associada às precárias condições econômicas dos negros e à necessidade de estudar em escolas públicas, nas quais o ensino fundamental e médio, na maioria das vezes, é de qualidade inferior à do ensino privado. Reconhecer esse ciclo vicioso – escolaridade insuficiente ou precária, falta de preparo para ingressar em uma boa instituição de ensino superior e ausência de oportunidades para conquistar melhores empregos é desmistificar a cor da pele como a única ou a principal causa da exclusão social no Brasil⁴³. Despiciendo se torna demonstrar a relação entre a quantidade e a qualidade dos anos de estudos com os salários percebidos⁴⁴. Em um mercado de trabalho extremamente competitivo, quem não possui as qualificações necessárias, simplesmente tem de aceitar trabalhos menos qualificados, cujos salários são menores.

É preciso destacar que os estudos promovidos pelo IPEA, ou nas estatísticas demonstradas pelos índices do IBGE, não objetivam demonstrar a existência de racismo, como ódio entre as raças, mas sim a existência de profundas desigualdades sociais entre negros e brancos. Nem a passagem do tempo, tampouco as políticas assistencialistas promovidas ao longo dos anos, pelos mais diferentes governos, conseguiram dar resposta satisfatória à necessidade de inclusão dos negros. Evidencia-se, assim, a exigência da formulação de políticas públicas ou privadas em que haja a opção consciente em relação à raça. Não bastam políticas assistencialistas, haja vista que são praticamente inexistentes os índices de melhora das condições dos negros em relação aos brancos ao longo dos anos. Por sua vez, é de se compreender que as estatísticas não são auto-explicáveis, de modo que os resultados podem ser elucidados a partir de causas diversas. O fato de os negros no Brasil ocuparem a base da pirâmide social, revelando uma inferioridade econômica em relação aos brancos, pode ter diversas interpretações possíveis, sendo o racismo apenas uma delas. Desse modo, faz-se imperioso reconhecer

43 Ao prefaciá-lo, Peter Fry explica que existem três idéias básicas sobre as relações raciais brasileiras: “1) é impossível compreender as relações raciais no Brasil sem levar em consideração as relações de classe; 2) a taxinomia racial no Brasil é extremamente complexa, senão ambígua, e o processo de classificação dos membros da sociedade se dá não só segundo sua aparência física, mas também segundo sua posição de classe; e 3) apesar da existência de uma ideologia de ‘democracia racial’, há uma correlação entre raça e classe social, os mais escuros sendo os mais pobres”. In: MAGGIE, Yvonne; REZENDE, Cláudia Barcellos. (2002: p. 8). Dados do PNAD/IBGE demonstram que aproximadamente 70% dos indigentes no Brasil são negros, e, dentre os pobres, a proporção de negros é de 64%. A média da renda dos negros é de 2,2 salários mínimos, enquanto a dos brancos é de 4,5 mínimos. Entre as pessoas mais ricas do país, há nove brancos para cada negro. Como, então, se poderia desvincular o critério econômico como um fator relevante a ser levado em consideração nas políticas afirmativas? A sub-representatividade dos negros brasileiros está diretamente relacionada às profissões nas quais se faz necessário maior investimento financeiro, seja pelo alto valor das mensalidades cobradas nas universidades, seja pelos gastos com o material utilizado na profissão – dentistas, médicos, veterinários – seja na aquisição de livros – juristas, médicos, engenheiros. A representação dos negros (considerados neste estudo tanto os pretos como os pardos) no ensino superior é de aproximadamente 21% dos estudantes. A representação no curso de Odontologia é inferior a 10%, em Medicina é inferior a 15%, em Medicina Veterinária também inferior a 10%. Já no curso de História, a representação é de aproximadamente 38%, no curso de Letras, aproximadamente 29%, no de Matemática, 33%. O que se pretende demonstrar é que nos cursos que requerem maior disponibilidade de recursos, por envolverem custos mais altos, com a utilização de material a ser adquirido pelo aluno, a representação do negro é menor. Já nos cursos mais teóricos, em que os alunos não precisam de equipamentos sofisticados, além dos livros, há uma maior representatividade dos negros. A exceção parece ficar por conta do curso de Direito, que é eminentemente teórico, mas a concorrência muito alta termina por afastar a população menos preparada. A representação negra no curso de Direito fica em torno de 14%. Os dados são do Provão, de 2002.

44 Mesmo assim, trazemos os dados do IBGE, na Síntese dos Indicadores Sociais de 2002: da classe que possuía até 4 anos de estudo para a que contava com 5 a 8 anos de estudo, o rendimento-hora elevava-se em até 31,6%. Já a diferença desta classe para a que possuía entre 9 a 11 anos de estudo era de 56% e desta para a classe que contava com mais de 12 anos de estudo, a variação de renda era de 189,7%.

a interferência também de fatores econômicos nessa tormentosa questão⁴⁵.

A par desse aspecto, é preciso ressaltar que a sociedade brasileira vem demonstrando avanços significativos na área do controle social no que tange ao combate à discriminação e ao resgate da auto-estima dos negros⁴⁶. A conjunção desses fatores demonstra que a sociedade brasileira atingiu um nível de maturidade racial a ponto de praticamente não mais tolerar qualquer tipo de manifestações de preconceito ou de discriminação contra os negros, além de permitir que debates, como este que por ora se apresenta, da criação de políticas afirmativas para negros no Brasil, ocorram sem que haja transtornos sociais relevantes e separatistas.

5. A ANÁLISE DE PROGRAMAS AFIRMATIVOS À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da igualdade não funciona, em tese, como limitador à adoção de programas afirmativos. Entretanto, a constitucionalidade ou não de programas positivos não pode ser diagnosticada em abstrato, devendo ser analisada no caso concreto, a partir de cada medida específica. Em princípio, sabe-se que é próprio das normas estabelecerem critérios diferenciadores entre as pessoas, desde que a eleição de tais critérios seja justificável. O desafio de interpretar o alcance do princípio da igualdade reside justamente em impedir certas diferenciações que não possuem fundamento razoável e que, assim, transgrediriam a igualdade, por serem desproporcionais⁴⁷.

Para sabermos se, em determinado caso concreto, a política afirmativa adotada ofende ou não o princípio da isonomia, deve-se analisá-la sob a ótica da proporcionalidade⁴⁸. Nesse diapasão, o princípio da proporcionalidade funciona como princípio constitucional interpretati-

45 Nesse sentido, é exemplar a lucidez do argumento de Lynn Walker Huntley, ao prefaciar livro sobre o racismo no Brasil: “Seria um simplismo analisar a desigualdade racial e a concentração de pobreza como tendo uma ou outra raiz, ou seja, como uma questão apenas de cor, ou apenas de classe. No mundo real, tanto a questão de classe como a questão racial, como também outros fatores – momento, relação familiar, o fator sorte, o fator geográfico, interesse, talento, momento econômico, etc. –, interagem para criar as oportunidades de vida de cada um. Todos nós temos uma identidade de múltiplos aspectos e todos esses aspectos têm influência sobre nossas vidas”. Também já afirmou Florestan Fernandes, “o ‘dilema racial brasileiro’ reside mais no desequilíbrio existente entre a estratificação racial e a ordem social vigente, que em influências etnocêntricas específicas e irredutíveis” HUNTLEY, Lynn; GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. (2000: p. 13). FERNANDES, Florestan. (1977: p. 124 e 125).

46 Com efeito, diversas medidas favoráveis à integração do negro poderiam ser citadas, como a criação de delegacias especializadas contra o racismo, a demonstração de rigor na realização e na aplicação das leis para punir condutas discriminatórias, o surgimento da Secretaria especial de políticas e promoção da igualdade racial, em nível de Ministério. Atualmente, inúmeras são as palestras, seminários e conferências sobre o tema; criou-se a universidade Zumbi dos Palmares, especificamente destinada aos negros, com dotações públicas e particulares, também houve a elevação de Zumbi à categoria dos heróis da pátria, cujo nome repousa no panteão da praça dos três poderes, em Brasília, a transformação do dia 20 de novembro no dia da consciência negra, a determinação de que o estudo da História da África e dos Negros deve ser ministrado no ensino fundamental e médio.

47 Nesse sentido, a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello é bastante precisa: “Se o tratamento diverso outorgado a uns for justificável, por existir ‘correlação lógica’ entre o fator de discrimen tomado em conta e o regramento que lhe deu, a norma ou a conduta são compatíveis com o princípio da igualdade; se pelo contrário, inexistir esta relação de congruência lógica ou – o que ainda seria mais flagrante – se nem ao menos houvesse um fator de discrimen identificável, a norma ou a conduta serão incompatíveis com o princípio da igualdade”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. (1993: p. 81 e 82).

48 Acompanhamos o professor Gilmar Mendes, quando este afirma: “A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade”. MENDES, Gilmar Ferreira. (1998: p. 68). Ver ainda BONAVIDES, Paulo. (2001: p. 386 e 387).

vo, por oferecer subsídios para a melhor hermenêutica da Constituição, principalmente quando se estiver diante de delimitações ou restrições aos direitos constitucionalmente previstos.

Para que o critério a ser adotado na política afirmativa brasileira não fira o princípio da igualdade, deve passar pelo crivo da proporcionalidade, a partir da análise dos seus subprincípios. O primeiro deles seria o da conformidade ou da adequação dos meios (*Geeingnetheit*), por meio do qual se examinaria se o critério adotado seria apropriado para concretizar o objetivo visado, com vistas ao interesse público. Assim, para que atenda ao subprincípio da adequação, faz-se necessário que a política afirmativa a ser implementada seja adequada aos nossos próprios problemas raciais e não simples transposição de ações desenvolvidas para outra realidade. Por sua vez, para atender ao segundo subprincípio da proporcionalidade, é necessário que o critério afirmativo adotado seja exigível ou o estritamente necessário (*Erforderlichkeit*). Assim, não se deve extravasar os limites da consecução dos objetivos determinados, procurando sempre o meio menos gravoso para atingir a missão proposta. A partir dessa análise, o intérprete constitucional deve observar se, no caso, não existiriam outros meios menos lesivos que pudessem, da mesma forma, atingir os objetivos propostos, a um custo menor aos interesses dos demais indivíduos. Paulo Bonavides registra que esse cânon é também chamado de princípio da escolha do meio mais suave⁴⁹. É de se ressaltar que o subprincípio da exigibilidade tem, praticamente, a mesma carga normativa do critério *narrowly tailored* – estreitamente desenhado – eleito pela Suprema Corte norte-americana como base para análise da constitucionalidade de qualquer programa afirmativo em que a raça seja um critério considerado.

Desse modo, a implementação de ações afirmativas para negros comprovadamente pobres atenderia ao objetivo visado, que é o de permitir o ingresso em estratos sociais sub-representados, e, por outro lado, constituir-se-ia em política melhor desenhada, porque mais específica, diminuindo, ainda que um pouco, a margem de pessoas reversamente discriminadas – os brancos pobres. Desse modo, as medidas seriam as mais limitadas possíveis, visando a atender ao objetivo de integração, porquanto não ampliariam o programa demasiadamente, para negros ricos ou de classe média alta. O último subprincípio é o da proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit*), também chamado de regra da ponderação. Procura-se, a partir dele, perquirir se os resultados obtidos pela política afirmativa seriam proporcionais à intervenção efetuada por meio de tais medidas. Parte-se para um juízo de ponderação entre os valores que estão em jogo: de um lado, a necessidade de programas afirmativos para integrar o negro, de outro lado, os demais cidadãos que não foram beneficiados com essas medidas. Alertando sobre a problemática da intervenção estatal nos direitos fundamentais dos cidadãos, aduziu Robert Alexy: “Quanto mais grave é a intervenção em um direito fundamental, tanto mais graves devem ser as razões que a justifiquem”⁵⁰. Assim, seria justificável um programa que beneficiasse negros ricos, por exemplo, em um País em que brancos pobres também não têm a igualdade de oportunidades? Acreditamos que não. Além do que, a união do critério racial com o social, traria maior legitimidade ao debate, na medida em que o programa receberia maior apoio popular, diminuindo os focos de tensões que a implementação dos programas afirmativos poderia gerar. E, de qualquer modo, se a maioria dos pobres são negros – 70% – apenas uma pequena parcela deles não estaria sujeita ao programa.

49 BONAVIDES, Paulo. (2001: p. 361).

50 ALEXY, Robert. (1999: p. 78).

6. CONCLUSÕES

Durante este trabalho, procurou-se demonstrar a importância de analisar as ações afirmativas sob um novo enfoque, próprio para a realidade brasileira. De uma perspectiva somente jurídica, percebendo as medidas positivas como uma evolução do princípio da igualdade — ou como produto do Estado Social —, progredir para um estudo interdisciplinar, conjugando aspectos jurídicos, históricos e sociológicos sobre a temática racial.

O estudo sobre a situação dos negros na sociedade brasileira é mais delicado do que aparentemente se supõe. Não basta sugerir que a nossa realidade é diferente da norte-americana, é preciso se aprofundar na análise dessas distinções. Somente após realizar um estudo histórico-comparativo, acreditamos ter sido possível chegar a algumas conclusões sobre a impossibilidade de adotarmos as ações afirmativas da maneira como foram pensadas para os Estados Unidos. Isto porque, cada época histórica e cada contexto social vive um complexo de normas que lhes são próprias. É preciso, então, observar as condições que antecederam a criação das ações afirmativas nos Estados Unidos, estabelecer as diferenças entre o processo de formação da sociedade norte-americana e a brasileira, e, assim, imaginar novas soluções para os nossos problemas raciais. Esta foi a razão que motivou o nosso estudo, e que nos faz chegar, agora, às seguintes conclusões:

1) Portugal foi um país fortemente marcado pela miscigenação, mesmo antes de proceder à colonização do Brasil. A peculiar posição geográfica do país, situado entre a Europa e a África, favoreceu o constante contato com os mouros e com os negros, resultando na formação de um povo caracterizado pela alta plasticidade e no qual não se desenvolveu um forte orgulho de raça;

2) A colonização brasileira, inicialmente, não despertou maior interesse do reino português. As especiarias do Oriente proporcionavam um melhor retorno financeiro; além disso, não havia excedente populacional em Portugal apto a garantir a formação de núcleos de povoamento no Brasil. Foi necessário que particulares procedessem à colonização, a partir do sistema de capitânicas hereditárias;

3) Quando finalmente se deu início à colonização, os lusitanos vieram sozinhos para a nova terra, não trouxeram família. O objetivo era obter lucro o mais rápido possível, e não povoar o local. Desbravar o desconhecido desencorajou a vinda de mulheres brancas para a colônia, em um primeiro momento. A par desse aspecto, a escravidão negra foi implementada desde os primórdios da colonização. Essa relativa ausência de mulheres portuguesas no Brasil, aliada à presença abundante de negras e de índias, propiciou um intenso cruzamento inter-racial, originando uma sociedade cuja miscigenação foi, talvez, a maior do mundo;

4) Em 1888, proclamou-se a abolição do trabalho escravo no Brasil, seguida da decretação de feriado nacional por cinco dias. Com efeito, a abolição da escravatura não ensejou grandes mudanças na estrutura social. À época, 90% dos negros já eram livres. No Brasil, era larga a possibilidade de o escravo vir a obter a liberdade, antes mesmo da abolição definitiva da escravatura, seja por meio de leis que concediam a alforria, seja por meio de testamentos particulares, seja por meio da compra da liberdade, o que facilitou a miscigenação e a convivência entre os grupos raciais, antes mesmo da abolição;

5) Nos Estados Unidos, a colonização desenvolvida pelos ingleses em muito diferiu da colonização portuguesa. Praticou-se no norte dos Estados Unidos a colonização de povoamento, efetuada por famílias imigrantes da Inglaterra. As razões da emigração decorreram, principalmente, do fenômeno do cercamento dos campos — que expulsou milhares de cam-

poneses da terra — e das perseguições originadas com a contra-reforma religiosa;

6) Vale destacar que nos Estados Unidos não havia uma grande quantidade de negros livres antes da abolição. A ausência de miscigenação e de convívio entre as raças, aliado ao fato de que os negros foram vistos como os verdadeiros culpados da Guerra Civil e como prováveis concorrentes dos brancos pobres no mercado de trabalho, fez surgir na sociedade norte-americana um ódio irracional e violento contra os negros, consubstanciado em organizações que visavam a exterminá-los e a bani-los do território nacional, como a Ku Klux Klan e o Conselho dos Cidadãos Brancos;

7) A tentativa de segregar os negros não se limitou a organizações privadas, mas foi institucionalizada e disseminada pelo próprio Estado. Tal sistema de discriminação oficial ficou conhecido como Jim Crow, em alusão a um grupo musical do sul dos Estados Unidos, que se apresentava imitando os negros. Nesse sentido, surgiram diversas leis objetivando difundir a mensagem de inferioridade racial, de que os negros não eram dignos de conviver no mesmo espaço com os brancos. A divisão racial foi imposta, assim, em parques, ônibus, escolas, restaurantes, piscinas, bares, banheiros, bebedouros, cemitérios, trens, hospitais. Além disso, era simplesmente vedado que os brancos tivessem relacionamentos amorosos com os negros, inclusive com a instituição de prisões e de multas pesadas para aqueles que violassem as proibições;

8) O sistema Jim Crow também foi posto em prática pela Suprema Corte norte-americana. O grande marco do método segregacionista jurisprudencial foi o julgamento do caso **Plessy v. Ferguson**, por meio do qual se estabeleceu a doutrina do equal, but separated;

9) A grande virada do sistema Jim Crow, no plano judicial, ocorreu em 1954, com o julgamento do caso **Brown v. Board of Education**, por meio do qual se estabeleceu que, em se tratando de educação, a doutrina do equal, but separated não deveria ser adotada. Essa decisão, todavia, levou mais de uma década para efetivamente entrar em vigor;

10) Na esfera do Poder Executivo, as mudanças somente vieram nos governos de Kennedy e de Lyndon Johnson, que promulgaram diversas leis com o fito de combater a discriminação. Ressalte-se que tais medidas ainda não podiam ser denominadas ações afirmativas, uma vez que objetivavam apenas conter a segregação antes institucionalizada;

11) Uma série de conflitos raciais eclodiu na década de 60, nos Estados Unidos, mais especificamente após o assassinato de Martin Luther King, em 1968. Milhares de pessoas foram presas e feridas, centenas foram mortas, em demonstrações de violência interna que somente haviam encontrado precedentes na Guerra Civil. Nesse contexto, não havia muito espaço para manobras políticas. A situação trágica requeria medidas ainda mais drásticas para combater a violência. Assim, coube a Richard Nixon, um presidente conservador e republicano — que inclusive já havia sinalizado de maneira contrária à adoção de políticas benéficas para os negros —, instituir as primeiras medidas de ações afirmativas no sentido que as conhecemos hoje, qual seja, de políticas inclusivas aptas a promover a integração dos negros em determinadas esferas sociais. Esta, talvez, seja uma das principais ironias das ações afirmativas;

12) É preciso destacar, desse modo, que nos Estados Unidos, país pioneiro na implementação de ações afirmativas para negros, não houve uma teorização prévia sobre o princípio da igualdade material, da fraternidade ou da justiça social para que se adotassem medidas positivas. Estas decorreram de uma situação histórica e pontual: o governo precisava

dar uma resposta à política segregacionista que havia sido efetuada e realizada pelo próprio Estado. As experiências anteriores à administração de Nixon demonstraram que não bastavam medidas de combate à discriminação, era preciso fazer mais, para conter os ânimos acirrados da população. Outra ironia das ações afirmativas é que nenhum dos líderes dos movimentos negros chegou a mencionar a necessidade de o Poder Público adotar tais políticas, elas foram idealizadas por uma minoria branca que estava no poder;

13) As ações afirmativas podem ser conceituadas como um instrumento temporário de política social, praticada por entidades privadas ou pelo governo, nos diferentes poderes e nos diversos níveis, por meio do qual se visa a integrar certo grupo de pessoas à sociedade, objetivando aumentar a participação desses indivíduos sub-representados em determinadas esferas, nas quais tradicionalmente permaneceriam alijados por razões de raça, sexo, etnia, deficiências física e mental ou classe social;

14) Deve-se demonstrar que o preconceito e a discriminação quanto ao grupo minoritário funcionam como barreiras a impedir a ascensão social. No entanto, as medidas positivas devem funcionar como verdadeiras redistribuidoras de riquezas, direitos e benefícios e não como políticas compensatórias de atitudes perpetradas no passado. Não há como pretender responsabilizar a sociedade de hoje pelos danos efetuados pelos seus antepassados, por não lhes haver dado causa e, sobretudo, por muitos dos cidadãos atuais discordarem seriamente do passado de escravidão. Por outro lado, os negros de hoje não foram aqueles que diretamente sofreram os reveses da escravidão;

15) As principais críticas à adoção das ações afirmativas aduzem que tais medidas desprivilegiariam o critério meritocrático, conduziriam à discriminação reversa, aumentariam o racismo, ao incitar o ódio entre as raças, além de favorecer a classe média dos negros, que não seria a mais necessitada dos benefícios;

16) Nessa linha, as cotas são apenas uma das modalidades de política positiva, mas existem diversas outras medidas, como bolsas de estudo, reforço escolar, programas especiais de treinamento, linhas especiais de crédito, estímulos fiscais diversos;

17) A reserva de vagas é uma das formas de ações afirmativas mais criticadas, porque induz à discriminação reversa daqueles que não foram beneficiados pelo sistema. As demais medidas, por terem o ônus dividido entre toda a sociedade, seriam menos lesivas ao princípio da igualdade;

18) No que concerne ao sistema de classificação racial, adotou-se, no Brasil, o critério subjetivo, ou de autoclassificação. A regra aqui é de aparência, a pessoa determina à qual cor pertence, originando uma sociedade multirracial, em que várias cores são previstas. Nos Estados Unidos, diferentemente, houve a imposição da regra do one drop rule, segundo a qual uma gota de sangue negro enegrece a pessoa. O critério utilizado é o da ancestralidade; basta que uma pessoa tenha qualquer ascendente negro para que seja considerada negra, independentemente do seu fenótipo;

19) Apesar de cientificamente não se poder admitir a divisão dos homens em raças distintas, a classificação racial ainda é válida por critérios culturais. Na medida em que os grupos se diferenciam nas condições sociais e econômicas desfrutadas, é importante dividir, para melhor analisar e combater o problema;

20) No sistema constitucional brasileiro, não há óbice à adoção de medidas afirmativas, em tese, desde que a criação dos programas seja efetivada a partir de critérios adequados,

razoáveis e proporcionais aos objetivos a que se proponham realizar;

21) No Brasil, como nunca houve um sistema de segregação institucionalizada, a análise do tema precisa ser feita a partir de paradigmas totalmente distintos dos estadunidenses. O cerne da nossa sociedade é a miscigenação, desde os tempos de colônia. A profunda mistura entre as raças, proclamada por diversos autores — que por isso foram duramente penitenciados e acusados de terem desenvolvido a idéia da democracia racial —, finalmente obteve o aval científico: pesquisas recentes demonstraram que, afora os 44% autoproclamados negros e pardos no Brasil, mais 30% do total dos brancos são, na verdade, afro-descendentes. Desse modo, poder-se-ia afirmar que, em termos de miscigenação, o Brasil não encontra segundo exemplo no mundo, e que dificilmente a aparência européia, no País, pode atestar uma pureza racial;

22) O dilema racial brasileiro está longe de se constituir em um problema apenas de cor da pele — e, muito menos, no tocante à origem racial. A ausência de uma política integracionista para os negros, após a abolição da escravatura, o mercado de trabalho ainda fortemente agrícola, a imigração de trabalhadores europeus incentivada pelo governo fizeram com que, no Brasil, o problema do negro fosse também de classe, gravemente marcado por uma escassez de recursos econômicos. O efeito perverso da pobreza decorrente da escravidão foi transmitido por herança às gerações seguintes — trata-se do chamado efeito transgeracional da exclusão de origem;

23) Em uma sociedade como a brasileira, em que a pobreza se confunde com a negritude — 70% dos pobres são negros —, a criação de medidas positivas em que a cor seja o único fator levado em consideração não parece ter a eficácia desejada para combater a raiz dos problemas. Pretender tão-somente copiar o modelo de ações afirmativas adotado nos Estados Unidos, é se furtar à análise efetiva da origem dos problemas raciais nos dois países. No Brasil, a eficácia da assimilação de programas formulados por outros países seria, quando muito, relativa, e poderia originar medidas apenas simbólicas — no sentido de passar uma imagem do Estado preocupado com os anseios da população. Acatar pacificamente propostas de ações afirmativas, criadas a partir de experiências totalmente distintas, para a resolução dos nossos problemas, poderia trazer conseqüências desastrosas, acirrando os conflitos raciais, ao invés de combatê-los. Ademais, a mera importação de modelos atrofia o pensamento científico nacional, que, em vez de originalmente procurar as soluções para as próprias mazelas, repetiria os expedientes pensados e utilizados em outros contextos;

24) Seria mais condizente com os ideais de justiça e de igualdade no Brasil a realização de uma política afirmativa em que a cor e a classe social fossem consideradas em conjunto. Mesmo porque, fortes indícios, colhidos da própria história, demonstram que o preconceito e a discriminação não atuaram, aqui, como barreiras intransponíveis para os negros, tal como aconteceu na sociedade norte-americana. Os negros brasileiros conseguiram ingressar em áreas comumente associadas à elite, como a Guarda Nacional e o Exército, além de haverem tomado posse em cargos públicos de prestígio, consolidando uma sociedade plural e mais tolerante à diversificação. Nesse sentido, confira-se com a Ordem de 1731, emanada por D. João V, a revelar um magnífico exemplo de recusa à discriminação. Por meio dela, o Rei conferiu poderes ao Governador da Capitania de Pernambuco à época, Duarte Pereira, para que empossasse um mulato no cargo de Procurador da Coroa, de grande prestígio à época, afirmando que a cor não lhe servia como um impedimento para exercer tal função. E destaque-se que tal determinação ocorreu com, pelo menos, 150 anos de avanço em relação ao fim da

escravatura;

25) Nos Estados Unidos, o problema da integração do negro à sociedade parece ter se revelado unicamente em razão da origem racial, que atuava como fator isoladamente considerado. No Brasil, a cor funciona como mais um obstáculo a ser vencido, observado em um conjunto de superações que devem ser combatidas simultaneamente. Desse modo, as ações afirmativas brasileiras devem considerar a raça, na medida em que o preconceito age como um filtro social, mas não de forma isolada. Por isso, faz-se necessário adotar no País um modelo próprio de programas afirmativos, ações afirmativas à brasileira, em que a raça seja um critério levado em consideração, mas não de forma exclusiva ou excludente. Deve-se conjugá-la com outros fatores, como situação econômica precária, para que o sistema a ser adotado possa finalmente combater os nossos problemas, em vez de querermos combater nossas enfermidades com remédios fabricados para outra doença. Doença norte-americana, talvez.

7. ABSTRACT:

Beginning from an interdisciplinary study correlating different areas, such as Law, History and Sociology, this work analyzes if there is a real need for the adoption of affirmative politics in Brazil where race would work as an exclusive criterion, or if, otherwise, this discussion is misleading and just depicts a certain dazzle in relation to the model adopted in North America. In order to get acquainted with the viability of the adoption of affirmative actions in Brazil, in the molds that they were originally proposed, it is advisable to perform a comparative study on the way in which racial relationships in the two countries grew since the beginning of the colonization. In this way, it would be in accordance with our reality, to implement of our very own model — affirmative actions the Brazilian way — considering race, but not in an isolated way. Other factors, such as precarious economic conditions, should be considered, so that the adopted system could finally fight our very own peculiar matters instead of fighting our disease with a medication tailored for someone else's ailment.

KEY-WORDS: *Affirmative Actions. Comparative Law. Equal Protection Clause. Equality. Public Politics. Quotas. Civil Rights. Racism. Brazil.*

8. REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. (1999). Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. In: RDA, Rio de Janeiro: Renovar, v. 217, p.67-78, jul/set.
- ANDREWS, George Reid. (1997). Ação Afirmativa: um Modelo para o Brasil? In: SOUZA, Jessé. (Org.). **Multiculturalismo e Racismo. Uma comparação Brasil-Estados Unidos**. Brasília: Paralelo 15, p. 137-144.
- BONAVIDES, Paulo. (2001). **Curso de Direito Constitucional**. SP: Malheiros.
- CAVALLI-SFORZA, Luigi Luca. (2003). **Genes, Povos e Línguas**. São Paulo: Companhia das Letras.
- DA MATTA, Roberto. (1987). **Relativizando. Uma Introdução à Antropologia Social**. Rio de Janeiro: Rocco.
- DA MATTA, Roberto. (1997). Notas sobre o Racismo à brasileira. In: SOUZA, Jessé. (Org.). **Multiculturalismo e Racismo. Uma comparação Brasil-Estados Unidos**.
- DAVIS, F. James. (2001). **Who is Black? One Nation's Definition**. Pennsylvania: State University Press.
- DEGLER, Carl N. (1986). **Neither Black nor White. Slavery and Race Relations in Brazil and the United States**. Madison, Wisconsin: The University of Wisconsin Press.

- DWORKIN, Ronald. (2000). **Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality**. Cambridge: Harvard University Press.
- FERNANDES, Florestan. (1977). Relações de Raça no Brasil: Realidade e Mito. In: FURTADO, Celso. **Brasil: Tempos Modernos**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, p. 111-137.
- FERREIRA, Nayara. (2007). A Constitucionalidade das Políticas Afirmativas. In: **Revista Jurídica UNIJUS**. Vol. 10, n. 12.maio. Uberaba: UNIUBE, P. 217-232.
- FISCUS, Ronald J. (1992). **The Constitutional Logic of Affirmative Action**. Durham and London: Duke University Press.
- FREYRE, Gilberto. (2002). **Casa-Grande & Senzala**. 46ª edição. RJ: Record.
- GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. (1997). A Desigualdade que anula a Desigualdade. Notas sobre a Ação Afirmativa no Brasil. In: SOUZA, Jessé. (Org.). **Multiculturalismo ...** Brasília: Paralelo 15, p. 233-242.
- HARRIS, Marvin. (1974). **Patterns of Race in the Americas**. New York: Norton Library.
- HASENBALG, Carlos. (1997). O Contexto das Desigualdades Raciais. In: SOUZA, Jessé. (Org.). **Multiculturalismo...** Brasília: Paralelo 15, p. 63-68.
- HUNTLEY, Lynn; GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. (Orgs.). (2000). **Tirando a Máscara: Ensaio sobre o Racismo no Brasil**. São Paulo: Paz e Terra.
- LEITE, Marcelo. (2000). Retrato Molecular do Brasil. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 26 mar. Editorial Mais!, Seção Ciência, p. 26 a 28.
- MAGGIE, Yvonne; REZENDE, Cláudia Barcellos. (Org.). (2002). **Raça como Retórica. A Construção da Diferença**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. (1993). Princípio da Isonomia: Desequiparações Proibidas e Desequiparações Permitidas. In: **RTDP**. SP: Malheiros, nº 1, p. 79-83.
- MENDES, Gilmar Ferreira. (1998). **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional**. SP: Celso Bastos Editor.
- NOWACK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. (1995). **Constitutional Law**. Fifth Edition. Saint Paul: West Publishing CO.
- PENA, Sérgio et. al. (2000). Retrato Molecular do Brasil. **Revista Ciência Hoje**. vol. 27, nº 159, abr. p. 17-25.
- PERDIGÃO MALHEIRO, Agostinho Marques. (1867). **A Escravidão no Brasil. Ensaio Histórico-Jurídico-Social**. Rio de Janeiro: Typographia Nacional.
- REBELO, Aldo. (2000). Um Homem que entendeu o Brasil. In: REBELO, Aldo (et. al). (2000). **Gilberto Freyre e a Formação do Brasil**. Brasília: Câmara dos Deputados.
- ROSENFIELD, Michel. (1991). **Affirmative Action and Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry**. New Haven and London: Yale University Press.
- SKIDMORE, Thomas. (1992). **Fact and Myth: Discovering a Racial Problem in Brazil**. Working Paper nº 173. University of Notre Dame, Indiana, USA. Apr.
- SKIDMORE, Thomas. (2001). **O Brasil Visto de Fora**. Rio de Janeiro: Paz e Terra.
- SKRENTNY, John David. (1996). **The Ironies of Affirmative Action. Politics, Culture, and Justice in America**. Chicago & London: The University of Chicago Press.
- SOUZA, Jessé. (1997). Multiculturalismo, Racismo e Democracia. Por que comparar Brasil e Estados Unidos? In: SOUZA, Jessé. (Org.). **Multiculturalismo...** Brasília: Paralelo 15, p.23-35.
- TANNENBAUM, Frank. (1992). **Slave and Citizen: The Classic Comparative Study of Race Relations in America**. Boston: Beacon Press.
- VENTURI, Gustavo; TURRA, Cleusa. (Org.). (1995). **Racismo Cordial. Folha de São Paulo/Datafolha. A mais Completa Análise sobre o Preconceito de cor no Brasil**. São Paulo: Ática.



NATUREZA E AUTONOMIA DA LIQUIDAÇÃO E DA EXECUÇÃO DE SENTENÇA COLETIVA

ARTHUR MENDES LOBO¹
HEVERALDO GALVÃO²

RESUMO:

A Lei nº 11.232, de 22.12.2005, revogou os artigos 603 a 611 do CPC – que regulavam o antigo processo de Liquidação de Sentença – e, em substituição, criou os artigos 475-A a 475-H, disciplinando essa matéria. Mais que simples deslocamento tópico, a Liquidação de Sentença passou a ter requisitos próprios. Trata-se, por isso, de tema novo e, portanto, há certa dificuldade em esgotá-lo em tão compacto estudo. Assim, propomo-nos abordar tópicos que elegemos como mais relevantes para um bom entendimento do significado e da autonomia da liquidação, e da execução de sentença coletiva. Buscamos compreender a natureza jurídica desse tipo de processo, além de outros dados de relevância para a fixação de um entendimento médio sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Condenação ilíquida. Condenação coletiva. Liquidação. Arbitramento. Autonomia. Coisa julgada.

SUMÁRIO:

1. Introdução – 2. Natureza jurídica da liquidação – 3. Da autonomia da liquidação – 4. Autonomia da liquidação frente à autonomia da execução – 5. Conclusões – 6. *Abstract* – 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Quando se obtém a procedência do pedido em uma ação coletiva, a liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados do art. 82, conforme regra do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, em seu artigo 97.

Por esta legislação, define-se que o cumprimento da sentença genérica será promovido mediante nova demanda, dividida em duas fases distintas: a da *liquidação*, destinada a complementar a atividade cognitiva (até então restrita ao núcleo de homogeneidade dos direitos demandados), e a da *execução*, em que serão promovidas as atividades práticas destinadas a satisfazer, efetivamente, o direito lesado, mediante a entrega da prestação devida ao seu titular (ou, se for o caso, aos seus sucessores).

No presente trabalho, analisaremos primeiramente o instituto jurídico da liquidação de sentença coletiva, e posteriormente a sua execução.

A liquidação de sentença visa “determinar a quantidade ou individualizar a coisa devida como objeto da prestação”, isso tanto na legislação revogada, quanto nos novos textos

¹ Mestrando em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto UNAERP. Pós-Graduado em Direito Ambiental pela Universidade Gama Filho. Ex-Professor Substituto da PUC-MG. Advogado.

² Mestrando em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto UNAERP. Juiz Conciliador do Juizado Especial Civil da Comarca de Catanduva/SP. Professor Universitário da FAECA e da FAFICA/Catanduva. Advogado.

normativos³. Equivale afirmar que a liquidação complementar­á o t­ıtulo executivo judicial que tenha remanescido il­quido, exatamente dentro dos limites fixados pelo pr­oprio provimento judicial condenat­orio,⁴ conforme coment­arios de Luiz Rodrigues Wambier.⁵

Recentemente, as altera­c­oes no CPC produzidas pela Lei 11.232/2005 inovaram consideravelmente a liquida­c­ao da senten­ca, com s­erias repercuss­oes nas demandas coletivas. Com as novas disposi­c­oes dos artigos 475-A a 475-H, introduziu-se a mat­eria na parte que o CPC dedica ao processo de conhecimento, integrando o Cap­itulo IX – Da liquida­c­ao de senten­ca, que foi inserido no T­ıtulo VIII do Livro I, com vig­encia a partir de 24/06/2006. Na mesma oportunidade, foram revogados os artigos 603 a 611 daquele *codex*.

Quanto à execu­c­ao de senten­ca judicial, tamb­em chamada por alguns doutrinadores de *cumprimento de senten­ca*, as modifica­c­oes procedimentais foram substanciais. No Cap­itulo X, artigos 475-I ao 475-R, a mesma Lei 11.232/05, com o manifesto escopo de conferir celeridade ao rito processual, foram introduzidas mudan­cas profundas, muito discutidas atualmente na doutrina e jurisprud­encia.

Um ponto interessante da aludida reforma diz respeito à discuss­ao sobre a autonomia do processo de execu­c­ao. Veremos que a quest­ao é pol­emica, j­a que divide opini­oes. Para uma parte da doutrina a autonomia persiste, eis que a execu­c­ao diz respeito à outra a­c­ao. Para outros, a unifica­c­ao do procedimento implica a unifica­c­ao do processo, tratando-se, portanto, o cumprimento de uma continua­c­ao da a­c­ao cognitiva. E, finalmente, há os que afirmam existir um *sincretismo* entre o processo de conhecimento e a execu­c­ao. As conseq­u­encias de se adotar um ou outro entendimento s­ao graves e levam o int­erprete a caminhos distintos.

Neste estudo, as observa­c­oes e id­eias foram apresentadas, sem a ambi­c­ao de exaurir o tema, com o escopo de demonstrar e sugerir a adequa­c­ao da nova legisla­c­ao ao processo coletivo, sua instrumentalidade, que, antes de ser uma uniformidade entre os doutrinadores, tem instigado in­umeros e entusiasmados di­alogos, sempre no intuito de atender as leg­itimas pretens­oes da sociedade contempor­anea.

2. NATUREZA JUR­IDICA DA LIQUIDA­C­AO

A liquidez n­ao é atributo da senten­ca condenat­oria, mas do objeto da condena­c­ao⁶, o que significa ter o objeto mensura­c­ao definida, ser determin­avel e estar individuado, tendo como objetivo justamente eliminar a generalidade presente na condena­c­ao, de molde a tornar exeq­u­ivel a obriga­c­ao constitu­ida pela senten­ca que condenou o r­eu, afirma Luiz Rodrigues Wambier.⁷

Ser dotado de liquidez significa, em primeiro lugar, ter mensura­c­ao definida, isto é, mais do que se referir apenas à determina­c­ao da quantidade de coisas, diz respeito tamb­em à indica­c­ao de extens­ao, volume, medida, enfim, à grandeza ou ao tamanho daquilo que deve ser prestado (p.ex., coisas a serem entregues, dinheiro devido, atividade a ser realizada, etc.); em segundo lugar, diz-se tamb­em que há liquidez quando o objeto da obriga­c­ao é determin­avel, como quando se exige a realiza­c­ao de simples c­alculos para a aferi­c­ao do *quantum debeat*,

3 CAMPOS, Ronaldo Cunha. Apura­c­ao de valor de cr­edito em execu­c­ao por t­ıtulo extrajudicial, *Repro*, V.29, p. 75.

4 SANTOS, Moacir Amaral, *Primeiras linhas de direito processual civil*, 3 ed, v. 3, S­ao Paulo: Saraiva, 1979. p. 244.

5 WAMBIER, Luiz Rodrigues, *Senten­ca Civil: Liquida­c­ao e cumprimento*, 3^a ed. S­ao Paulo: RT, 2006. p. 79.

6 MEDINA, Jos­e Miguel Garcia, *Execu­c­ao civil*. 2. ed., S­ao Paulo: RT, 2002. p. 11.

7 WAMBIER, Luiz Rodrigues, *op. cit.*, p. 111.

hipótese em que bastará ao exequente, a teor do que dispõe o art. 475-B do CPC, instruir seu pedido com memória discriminada e atualizada do crédito; por fim, falta de liquidez, ainda, quando ausente a individualização do objeto devido.

Segundo Calmon de Passos,⁸ a indeterminação reside na circunstância de que, já conhecido o que é devido (*an debeatur*), a quantidade e/ou a qualidade do que é devido (*quantum debeatur*) pedem ainda determinação. Vale acrescentar que a indeterminação, quando se trata de ações coletivas, pode estar nos sujeitos beneficiários da sentença condenatória (*cui debeatur*).

Vale lembrar ainda que a sentença objeto da ação de liquidação pode conter obrigação líquida numa parte, portanto executável de plano, e ilíquida em outra parte, que terá de ser submetida a um processo de liquidação para que seja possível a execução. Nesse caso, o credor não poderá cumular a execução e a liquidação por absoluta incompatibilidade de ritos, hoje de acordo com o artigo 475-I, §2º, do CPC, (antigo art. 589, revogado desde 24/06/2006), significando que deve executar a parte líquida nos autos do processo e promover a liquidação da parte ilíquida em autos apartados.

Para alguns doutrinadores, a natureza jurídica da sentença de liquidação tem eficácia *constitutiva*, e para outros, *declaratória*, repercutindo na escolha o seu efeito, pois, se constitutiva, produzirá efeito *ex-nunc*, e, se declaratória, o efeito será *ex-tunc*, pela regra geral.

Não há harmonia entre os doutrinadores a respeito da natureza da sentença (ou da decisão interlocutória) que julga a ação de liquidação. Na doutrina brasileira, duas são as principais correntes de opinião a respeito.

Uma das correntes segue a linha defendida por Pontes de Miranda, na qual a liquidação é sentença constitutivo-integrativa, afirmando que o caráter constitutivo da liquidação se deve ao fato de que ela “se faz para integrar o título executivo, de modo que não se declara, constitui-se”⁹, no que é acompanhado por Araken de Assis¹⁰ e Alcides de Mendonça Lima, que explica sua posição pela *natureza constitutiva* porque visa “modificar o estado jurídico incerto e indeterminado, oriundo da sentença condenatória ilíquida”.¹¹ Nelson Nery Júnior¹² assim também se posiciona pelo fato de poder explicar a possibilidade de liquidação zero. Este último autor também entende que a liquidação de sentença na atual sistemática possui rito procedimental mais expedito, sem a autonomia e independência que havia no regime do revogado CPC 603/611.

Outra corrente entende que a liquidação de sentença tem natureza jurídica meramente *declaratória*, como se vê na lição de Liebman, sustentando que se trata de sentença meramente declaratória, que “em si não altera situação jurídica em favor de uma ou outra parte”¹³, mas simplesmente traz a lume o que, de modo implícito, já foi estabelecido pela sentença anterior. Ela visa exclusivamente definir, especificar, e patentear, esclarecer, mostrar o que está

8 PASSOS, Calmon de. *Liquidação de sentença, após o advento da Lei nº 8.898/94*, Revista do Tribunal Regional Federal-1ª Região, Brasília, v. 7, nº1, jan./mar. 1995, p. 59.

9 MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Forense, tomo IX, 1976, p.540.

10 ASSIS, Araken de. *Manual de Processo de Execução*. 3ª ed., São Paulo: RT, 1996, 179.

11 LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, v. VI, 1991, p. 546.

12 NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 9ª ed. São Paulo: RT, 2006. p. 629.

13 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1986. p. 56.

indeterminado, genérico, encoberto, enevoado na sentença exequiênda.

Entendendo ser de natureza declaratória a ação de liquidação, encontramos Amílcar de Castro¹⁴, Humberto Theodoro Júnior¹⁵, Cândido Rangel Dinamarco¹⁶, Patrícia Pizzol¹⁷ e Teori Albino Zavascki¹⁸, que sustentam que a finalidade da ação de liquidação é *declarar* o que já está contido virtualmente na sentença, limitando-se a afirmar o valor da obrigação referida na sentença condenatória genérica.

Entendemos que, a princípio, seria possível pensar que a liquidação tem por objeto uma sentença que afirmaria a existência de uma obrigação (*an debeat*), pois, antes de o credor propor a ação de execução desta sentença condenatória, deverá buscar *complementação* do dispositivo dessa sentença, o que somente ocorrerá pela sentença que julgar a ação de liquidação. Portanto, partindo-se desse raciocínio, o valor do débito não se originaria com a sentença, ele já seria preexistente, sendo apenas declarado *a posteriori*. Assim, a sentença de liquidação, embora constituísse o título executivo, seria apenas funcionalmente constitutiva integrativa, pois substancialmente teria *natureza declaratória*. Sua finalidade seria dar liquidez à obrigação constante da sentença condenatória para que juntas possam formar o título executivo, que precisa ser líquido, certo e exigível.

Com a devida *venia*, a despeito de esse raciocínio ser aceito por eminentes doutrinadores, ficamos com a outra corrente doutrinária, pois entendemos que a sentença de liquidação tem, sim, natureza *constitutiva*. Tal constatação fica ainda mais evidente quando tratamos das ações coletivas. Cita-se como exemplo uma sentença que contém o *quantum debeat* (*valor a pagar*), mas que não demonstra o *cui debeat* (*a quem pagar*).

Apenas para ilustrar, imaginemos uma sentença coletiva que condenou uma empresa de capitalização a pagar a cada consumidor adquirente de determinado título emitido no mercado a quantia certa de R\$500,00. O *quantum* está devidamente demonstrado na decisão de mérito, porém os credores ainda não são conhecidos, razão pela qual cada pessoa que se achar beneficiária deverá postular a liquidação da sentença coletiva e comprovar que possui a qualidade de credora daquela quantia certa. Nesse caso, a sentença avaliará o conjunto probatório para saber se o suposto credor tem ou não direito material ao pagamento, constituindo ou não o seu crédito.

Outro exemplo, quando uma empresa poluidora de um rio é condenada, em ação coletiva, a reparar os lucros cessantes sofridos por todos os pescadores da bacia hidrográfica. Assim, cada indivíduo que afirmar ser um pescador lesado terá que liquidar a decisão, não somente para discutir o *quantum debeat*, mas também o *cui debeat*, ou seja, a quem o devedor deve pagar.

Nos dois exemplos supracitados, entendemos que haveria nova discussão de mérito se o devedor alegar que o *suposto* credor não provou ter essa qualidade, ou que a liquidação foi proposta após a decorrência do prazo prescricional do direito material, ou ainda que o pescador não sofreu prejuízo algum, pois, embora fosse pescador, não pescou no período da contaminação do rio por outro motivo qualquer. Enfim, a discussão na ação de liquidação vai

14 CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VIII, São Paulo: RT, 1974, p. 126-132.

15 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de Execução*, São Paulo: Leud, 1997, p. 135.

16 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p.522.

17 PIZZOL, Patrícia Miranda. *Sentença Civil: Liquidação nas Ações Coletivas*. São Paulo: Lejus, 1998. p. 47-49

18 ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*. São Paulo: RT, 2006. pg. 196.

além do que foi delimitado na sentença coletiva genérica.

Se fosse meramente *declaratória*, a sentença que julga a liquidação visaria tão-somente a declaração da certeza objetiva de “existência ou inexistência de relação jurídica”¹⁹. Portanto, entendemos, *permissa venia*, que a sentença da liquidação é *constitutiva*. Isso porque a decisão teria, sim, em algumas hipóteses, o condão de “modificar o estado jurídico incerto e indeterminado, oriundo da sentença condenatória ilíquida”.²⁰

Não se pode olvidar, contudo, que a sentença de liquidação, apesar de em sua funcionalidade ter natureza constitutiva, em sua substância, tem também cunho declaratório quanto aos efeitos, pois, uma vez já apurados os elementos essenciais da norma jurídica materializada, urge que a decisão tenha eficácia *ex tunc* e não apenas *ex nunc*, como é regra nas sentenças constitutivas. Isso porque a sentença será destinada a identificar e precisar os seus elementos ainda faltantes para que a definição resulte completa, sem comprometer o conteúdo do que já foi decidido (art. 475-G, CPC), em respeito à coisa julgada.

3. DA AUTONOMIA DA LIQUIDAÇÃO

Entendem Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery que a liquidação se processa nos mesmos autos da ação de conhecimento da qual se originou a sentença liquidanda, salvo quando o autor optar por um dos foros concorrentes do CPC art. 475-P, parágrafo único. Assim, deixam claro que o processo é único, formado pelas ações de conhecimento, de liquidação e de execução.²¹

Outra situação de processamento em autos apartados é da ação de liquidação na qual figuram muitos indivíduos interessados, *v. g.*, quando há centenas de indivíduos que pretendam receber, cada qual, a sua indenização. Nesta hipótese, a liquidação deverá processar-se em autos apartados para evitar tumulto processual e outros óbices à sentença final.

O mesmo raciocínio haverá de ser feito quando a liquidação discutir *fato novo*. Cite-se como exemplo quando uma empresa poluidora é condenada em ação coletiva a indenizar os proprietários rurais de determinada área degradada. Cada interessado na indenização deverá trazer aos autos o título de sua respectiva propriedade. Mas e se, por acaso, uma propriedade estiver sendo objeto de disputa entre dois (02) possuidores, não se tendo um registro que a comprove com presunção *iuris tantum* de qual deles é o titular? Certamente, nesse caso, os supostos proprietários-litigantes haverão de discutir e provar na liquidação da sentença coletiva qual deles terá direito à indenização. Talvez, nenhum deles a receba, por ser a propriedade de domínio público. Haverá, portanto, muita discussão nessa liquidação. Nessa hipótese, entendemos que não há como a ação ser processada nos mesmos autos do processo de conhecimento originário da sentença liquidanda. Do contrário, entendemos que haveria ofensa à *economia processual*, já que nela, provavelmente, ocorrerão incidentes que inexisterão nas demais liquidações congêneres.

Quanto à *autonomia*, Luiz Rodrigues Wambier afirma que, embora condenação, liquidação e execução ocorram, a partir da entrada em vigor das alterações da Lei 11.232/2005, via de regra, no mesmo processo, a liquidação de sentença continua autônoma, em relação às

19 LIEBMAN, Enrico Tullio. *op. cit.* p. 56.

20 LIMA, Alcides de Mendonça. *op. cit.* p.546.

21 NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *op. cit.* p. 630.

ações condenatórias e de execução.²²

O mesmo autor informa que, não obstante estabeleça o novo art. 475-H que “da decisão de liquidação caberá agravo de instrumento”, estaremos diante de pronunciamento que tem conteúdo de *sentença*, daí se devendo extrair as respectivas conseqüências jurídicas. Isso porque, em seu pronunciamento, o juiz decidirá porção da lide ainda não decidida, consistente exatamente na extensão do *quantum debeatur*. Embora seja cabível agravo de instrumento contra o referido pronunciamento jurisdicional, o recurso extraordinário ou especial que vier a ser interposto contra o acórdão que julgar tal agravo não deverá ficar retido (CPC, art. 542, § 3º), e, semelhantemente, pode ser cabível rescisória na hipótese.²³

4. AUTONOMIA DA LIQUIDAÇÃO FRENTE À AUTONOMIA DA EXECUÇÃO

Com a recente reforma, houve a unificação procedimental entre a ação condenatória, ação de liquidação e a ação de execução.

Contudo, não há como explicar a autonomia da liquidação, sem discorrer, ainda que perfunctoriamente, sobre a autonomia da execução, pois acaso o intérprete negue a existência dessa, negará também aquela.

José Miguel Garcia Medina assevera que a expressão autonomia é normalmente utilizada para

“designar que o processo de execução é independente do processo de conhecimento, formando uma nova relação jurídico-processual. [...] O princípio em análise, deste modo, diz respeito à relação entre processo de conhecimento e processo de execução. Não se trata, pois, de princípio do processo de execução, porquanto decorre também de características atribuídas ao processo de conhecimento. A autonomia, assim considerada, é recíproca”.²⁴

Portanto, em sentido figurado, em se tratando de cumprimento de sentença genérica, podemos afirmar que a execução nasce com a morte da liquidação. E, se uma ação dependesse da outra ou se ambas estivessem intrinsecamente ligadas, não poderíamos sustentar a autonomia de nenhuma das duas ações, apenas reconheceríamos que se trata de um único processo, contendo fases com funções distintas.

Já vimos que a ação de liquidação tem natureza cognitiva, em que o juiz avaliará os fatos para, assim, complementar a sentença. Resta analisar, agora, a relação de autonomia ou de sincretismo entre a liquidação e a execução.

A discussão doutrinária sobre a autonomia ou sincretismo da cognição e execução no processo civil não é novidade. Segundo Liebman²⁵:

“Desde a Idade Média até quase os nossos tempos, acolhia-se a solução de que a ação condenatória e executória deveriam ser consideradas momentos ou

22 WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Sentença Civil: liquidação e cumprimento*. 3. ed. Ver. Atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006. p. 76.

23 No mesmo sentido, ver considerações feitas, aprofundadamente, por Teresa Arruda Alvim Wambier, em “*Os Agravos no CPC Brasileiro*”, 4ª. ed., São Paulo: RT, 2005. n. 2.

24 MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução Civil: Princípios Fundamentais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002. p.189.

25 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudo sobre o Processo Civil Brasileiro*. Bestbook: Araras. 2001. p. 31/33

aspectos da mesma ação. Mas durante o século XIX, *pari passu* com a formação do novo processo introduzido pelas codificações francesa, italiana, germânica, austríaca e adotado por todas as que se seguiram até a recente reforma portuguesa, a doutrina européia acabou reconhecendo a separação dos processos de cognição e de execução e das ações correspondentes, embora num sentido muito diferente do da antiga *actio iudicati* romana. Dois fatores tiveram importância decisiva nesta mudança da doutrina. De um lado, a admissão cada vez mais ampla das ações declaratórias, que por definição se exaurem com a sentença passada em julgado e não comportam execução, pôs em relevo a autonomia do processo de cognição e destacou a função jurisdicional decisória na sua finalidade de simples verificação e declaração do direito no caso concreto. Este fato naturalmente também influenciou sobre o conceito de sentença condenatória: nela se havia notado, até então, sobretudo a finalidade de preparação da execução; começou-se depois a atribuir-lhe uma importância própria, prática e teórica, como resultado concreto e imutável do processo de cognição, de modo que a execução não foi mais considerada como continuação daquele, mas como um processo novo e separado. Por outro lado, o aparecimento de títulos executórios extrajudiciais, que dão lugar à execução imediata, mostrou, por sua vez, a autonomia do processo de execução, emancipado já de qualquer dependência do processo de cognição, considerado também ele, forma diversa mas perfeita de tutela processual.

Por outro lado, o órgão jurisdicional e as partes desenvolvem uma atividade muito diferente na cognição e na execução, e os atos dos dois processos são por natureza e efeitos profundamente diferentes entre si. Na cognição, a atividade do juiz é prevalentemente de *caráter lógico*: ele deve conhecer, isto é, estudar o caso submetido ao seu exame, investigar os fatos, escolher e aplicar as normas legais adequadas, fazendo, em suma, um trabalho intelectual que não difere, sob certos pontos de vista, do que um historiador, quando reconstrói e avalia os fatos do passado. O resultado de todas estas atividades é sempre de caráter ideal, porque consistem na afirmação da vontade do Estado orientada no sentido de regular as relações entre as partes. Na execução, ao contrário, a atividade do juiz é toda prática e material, visando produzir no mundo dos fatos modificações que tornem a realidade conforme àquela vontade. Quanto às partes, estão elas, na cognição, em posição de igualdade, pois o princípio do contraditório é essencial a este tipo de processo; e todas cooperam, cada uma no sentido do próprio interesse, para as investigações do juiz, objetivando um resultado que pode ser favorável tanto a uma quanto à outra. Muito pelo contrário, na *execução*, não há mais equilíbrio entre as partes, não há contraditório; uma exige que se proceda, a outra não pode impedir e deve suportar o que se faz em seu prejuízo, podendo pretender unicamente que, no cumprimento desta atividade, seja observada a lei. É certo que a controvérsia e o contraditório podem reaparecer durante a execução, mas isso somente em um novo processo de cognição, de caráter incidente, em que é autor o executado, processo que não faz propriamente parte da execução, mas pode somente influir no seu curso”.

É importante ressaltar que as sábias lições de Liebman foram escritas quando havia uma clara distinção entre processo de conhecimento, liquidação e processo de execução no direito positivo. Na redação revogada pela Lei 11.232/05, o executado podia exercer o con-

traditório por via de ação autônoma denominada *embargos à execução*, na qual era cabível discussão de fato novo, dentre outras matérias. Ademais, era aceita pela doutrina e pela jurisprudência, em restritas hipóteses, a interposição pelo devedor do incidente processual chamado de *exceção de pré-executividade*.²⁶

Segundo Luiz Rodrigues Wambier:

“O processo de execução, na conformação original do CPC de 1973, assentava-se, fundamentalmente, nos seguintes princípios: da autonomia, da *nulla executio sine titulo* e da tipicidade das medidas executivas. Preponderava, em relação às medidas executivas, a regra segundo a qual o executado não poderia ser compelido ao cumprimento da obrigação, preferindo o sistema a prática de atos executivos tendentes à obtenção do bem devido independentemente de sua participação.”²⁷

Quanto à nomenclatura, entendemos que o *cumprimento de sentença* passou a ser o gênero, enquanto que a *execução* e a *resolução espontânea* são espécies. A primeira supõe a violação da ordem judicial. Assim, haverá sanção quando descumprida a obrigação de fazer ou de não fazer, fundadas nos artigos 461 e 416-A do CPC, ou então quando a violação do preceito se der pela falta de pagamento da quantia certa, consoante o art. 475-I do CPC. A resolução espontânea pressupõe o cumprimento em sentido estrito.²⁸

Para Luiz Rodrigues Wambier,

“No caso das ações fundadas nos arts. 461 e 461-A do CPC pode haver, também, *execução*. No entanto, a adoção do termo “cumprimento” pelo legislador pode ser justificada porque, nessas ações, é possível a concessão de tutela mandamental. Como se sabe, as *sentenças mandamentais* têm mais do que a sentença condenatória. Em comum, há o elemento consistente no reconhecimento judicial de que houve violação à ordem normativa e da respectiva sanção. Na sentença mandamental, no entanto, a isso se soma uma ordem, que inexistente na sentença condenatória”.

Já quanto à sentença mencionada no art. 475-J do CPC, muito se discute sobre sua

26 Entendemos que a *exceção de pré-executividade*, também chamada por alguns juristas como objeção de não executividade, ainda é cabível, mesmo diante da reforma processual e do silêncio da lei, pois se trata de um instrumento processual célere que visa garantir a ordem pública, qual seja impedir que um título que não preencha os requisitos legais da certeza, liquidez e exigibilidade venha a dar ensejo à constrição judicial de bens do suposto devedor. Em última análise, esse instituto encontra guarida na Constituição Federal, mais propriamente nos Princípios do Devido Processo Legal e da Dignidade da Pessoa Humana, sendo ambos, preceitos fundamentais que não podem ser sobrepujados pela norma infraconstitucional.

27 WAMBIER, Luiz Rodrigues. Algumas considerações sobre o cumprimento da sentença que determina o pagamento de quantia em dinheiro, de acordo com a Lei n. 11.232/05. Migalhas. Disponível em: <http://www.apamagis-lex.com.br/al/publier4.0/texto.asp?id=725>. Acesso em 12.09.2006.

28 CARNELUTTI, Francesco leciona que: “Em sentido genérico, execução se contrapõe a resolução (deliberazione), e significa a conversão desta em atos.(...)Com referencia ao mandato jurídico, o significado de execução se concretiza no ato ou conjunto de atos necessários para determinar a situação conforme o próprio mandato. Mas neste ponto são possíveis duas hipóteses, às quais correspondem as duas espécies de execução conhecidas com os nomes de execução voluntária e forçada, conforme a efetuação do mandato, ou seja, a determinação de uma situação de fato conforme a mesma se produza por parte do obrigado ou contra ele: no primeiro caso, a execução não é mais que o cumprimento, no segundo supõe a violação do mandato, ou seja, o descumprimento da obrigação. Na voluntária, a situação determinada é conforme o preceito, na forçada é conforme a sanção”. Sistema de Direito Processual Civil. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. Vol I. 1ª ed. São Paulo: Classic Book, 2000. p. 288.

natureza jurídica, se ela seria uma sentença condenatória ou uma sentença *executiva lato sensu*. Isso em razão do que dispõe o *caput* do citado artigo. Senão vejamos:

“Art. 475-J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.

§ 1º Do auto de penhora e de avaliação será de imediato intimado o executado, na pessoa de seu advogado (arts. 236 e 237), ou, na falta deste, o seu representante legal, ou pessoalmente, por mandado ou pelo correio, podendo oferecer impugnação, querendo, no prazo de quinze dias.

§ 2º Caso o oficial de justiça não possa proceder à avaliação, por depender de conhecimentos especializados, o juiz, de imediato, nomeará avaliador, assinando-lhe breve prazo para a entrega do laudo.

§ 3º O exequente poderá, em seu requerimento, indicar desde logo os bens a serem penhorados.

§ 4º Efetuado o pagamento parcial no prazo previsto no *caput* deste artigo, a multa de dez por cento incidirá sobre o restante.

§ 5º Não sendo requerida a execução no prazo de seis meses, o juiz mandará arquivar os autos, sem prejuízo de seu desarquivamento a pedido da parte”.

Nota-se que agora, pelo texto legal, não será mais o devedor citado para pagar ou opor embargos à execução.

Pela simples interpretação literal do artigo 475-J, o devedor somente seria intimado depois que a *multa* fosse acrescida ao seu débito, ou seja, quando sobre ele já tivesse recaído a *sanção*. Desse modo, a sentença condenatória aproximar-se-ia consideravelmente da *sentença executiva lato sensu*.

Entendemos que o devedor deve ser intimado pessoalmente do trânsito em julgado da sentença ou, se for o caso, intimado da decisão que recebeu seu recurso apenas no efeito devolutivo, para que pague no prazo de 15 (quinze) dias. O pagamento, frise-se, é ato que deve ser praticado pela parte, não por seu advogado, razão pela qual não pode o advogado ser intimado para pagar. Com efeito, a única intimação na pessoa do advogado refere-se à intimação acerca da efetivação da penhora, ou seja, intimação para que o procurador interponha impugnação no prazo de 15 (quinze) dias. Outra não pode ser a interpretação, haja vista que o advogado somente pode ser intimado para praticar atos inerentes à sua profissão, por tal razão a única hipótese de intimação na pessoa do advogado foi inserida no §1º, e não no *caput* do artigo 475-J.

Sendo assim, ao transitar em julgado a sentença, ela será condenatória quando obrigar o réu a dar, fazer ou deixar de fazer alguma coisa, em favor do autor ou de terceiros, ainda que essa coisa seja qualificada apenas pelo gênero.

Já a sentença executiva *lato sensu* contém efeitos práticos da condenação que não dependem de ação de execução, produzindo diretamente seus efeitos no mundo empírico.

Segundo Luiz Rodrigues Wambier²⁹, esse tipo de ação não se destina a constituir título executivo (como ocorre nas ações condenatórias), sendo sua sentença exequível no mesmo processo em que foi proferida.

Então, pergunta-se: a sentença de liquidação pode ser considerada executiva *lato sensu*?

Parece-nos que não, pois há autonomia entre a liquidação e a execução, consoante o já mencionado entendimento de Luiz Rodrigues Wambier³⁰. Entretanto, ao tratar especificamente da sentença proferida com fundamento no art. 475-J do CPC, trata-se de sentença *sui generis*, “pois reúne características de sentença condenatória e de sentença executiva *lato sensu*: de um lado, a execução por expropriação (que é modalidade de execução direta) dependerá de requerimento do credor, o que permite inferir que a sentença é meramente condenatória, já que tais atos executivos não podem ser determinados pelo juiz na própria sentença; de outro lado, a imposição de multa, como medida coercitiva (que é modalidade de execução indireta), decorre automaticamente do descumprimento da sentença, razão pela qual pode a mesma ser considerada executiva *lato sensu*”³¹.

Há, pois, uma forte tendência no direito brasileiro, à qual aderimos, pela celeridade do processo, valorizando o *princípio do sincretismo entre cognição e execução*, deixando as sentenças executivas *lato sensu* de ser meras exceções à regra da autonomia do processo de execução. Essa parece que prevalecerá pura apenas na execução de título extrajudicial.

Pensamos que o novo art. 475-J do CPC corrigiu um contra-senso que havia no sistema processual civil brasileiro, uma vez que a execução da decisão que antecipa efeitos da tutela realiza-se no mesmo processo em que a decisão foi proferida, enquanto que a sentença que a confirmava tinha que ser executada em processo distinto.

Assevera Carnelutti que o processo de execução está subordinado ao processo de conhecimento, pois ambos se diferem pela antítese entre a razão e a força:

“Na realidade, aquela é um instrumento do processo cognitivo e esta o instrumento do processo executivo. [...] Até que não se tenha estabelecido a razão, não deve ser usada à força. Mas se a razão não serve por si só, terá que usar a força. As medidas coercitivas parecem-se com as medidas penais, pelo que concerne à estrutura, já que impõe ao obrigado descumpridor uma *aflição* que não coincide com o sacrifício do interesse subordinado pela ordem violada. [...] Quem estiver considerando a adoção das medidas coercitivas *sub specie* da execução, fizer a diferença da execução direta e da indireta, cometerá um erro de teoria geral”³².

Para esse jurista, não podem medidas coercitivas ser incluídas no conceito de execu-

29 WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Corrêa de; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil. vol. 1. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 148-150.

30 Para Wambier, “a unificação procedimental ocorrida, em que pese reunir as ações condenatória e de execução na mesma relação jurídico processual, não fulminou a autonomia da ação de liquidação, mesmo que realizada no curso do processo, incidentalmente”. Sentença Civil: Liquidação e Cumprimento. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 77-78.

31 WAMBIER, Luiz Rodrigues. Algumas considerações sobre o cumprimento da sentença que determina o pagamento de quantia em dinheiro, de acordo com a Lei n. 11.232/05. *op. cit.* p.01.

32 CARNELUTTI, Francesco. Sistema de Direito Processual Civil. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. Vol I. 1ª ed. São Paulo: Classic Book, 2000. p. 290

ção, pois se opõem à heterogeneidade de ambos os conceitos, porque a execução não é uma medida jurídica, e sim sua efetivação.³³

A decisão que antecipa os efeitos da tutela há de ser cumprida no mesmo processo cognitivo, eis que se trata de medida coercitiva que impõe um mal à parte sem esgotar o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal. Assim, o provimento tem finalidade satisfativa, não afluiva, para resguardar o resultado útil do processo cognitivo, que poderá ser favorável ou não à parte que sofre os efeitos da antecipação. De outro lado, tendo em vista que a decisão pode ser revista a qualquer tempo pelo juiz, há mais esse motivo para que tudo aconteça nos próprios autos do processo de conhecimento, pois as provas nele estão sendo colhidas e avaliadas durante toda a fase instrutória.

Outra consequência prática de se reconhecer a autonomia do processo de execução refere-se à incidência das custas processuais e honorários advocatícios.

Parece-nos que o legislador pretendeu afastar a cobrança de custas e honorários na execução da sentença. Sem dúvida, isso ocasionou uma economia processual, eis que desonerou a parte sucumbente.

Contudo, caso os Tribunais reconheçam que, embora tenha havido a unificação do procedimento no mesmo caderno processual, persiste no sistema a *autonomia* do processo executório, o que nos parece mais acertado, haverá de ser fixada a condenação do devedor nos honorários de sucumbência ao final da execução³⁴.

Decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais que o procedimento de execução

“[...] tem origem numa sentença judicial não cumprida voluntariamente, razão pela qual a parte teve que buscar a satisfação de seu crédito por meio de pedido em juízo. Para tanto, o procurador da parte, advogado habilitado, vem prestando os seus serviços, mercedores de honorários. O início da prática de atos de expropriação – penhora, arrematação, etc. – é condicionado pelo art. 475-J, do CPC, ao “requerimento do credor”. Assim, embora unificadas procedimentalmente as ações de conhecimento e de execução, a sentença mantém aspecto peculiar que a caracteriza como condenatória: o de depender, para a realização de atos executivos, de requerimento realizado posteriormente ao seu proferimento pelo credor. Diante do exposto, não sendo a sentença cumprida voluntariamente e tendo a parte que provocar a atividade jurisdicional para ver satisfeito seu crédito, por meio de profissional habilitado, a este cabem honorários advocatícios”³⁵.

Como a execução se trata de nova ação, embora contida dentro do mesmo procedimento e no mesmo processo, o executado *tem o direito de ser citado*, antes que se proceda à penhora ou venha a incidir na multa. Ainda que o Código chame essa citação de *intimação*, ela não perde a característica de inaugurar uma nova pretensão, qual seja: o pagamento como

33 WAMBIER Luiz Rodrigues, “a multa referida no art. 475-J do CPC, segundo pensamos, atua como medida executiva coercitiva, e não como medida punitiva.” (in: WAMBIER, Luiz Rodrigues. Algumas considerações sobre o cumprimento da sentença que determina o pagamento de quantia em dinheiro, de acordo com a Lei n. 11.232/05. *op. cit.* p.01.).

34 Entendemos que os honorários advocatícios não merecem incidir na hipótese de pagamento espontâneo. Apenas se houver penhora e arrematação dos bens do executado, o que justificaria a remuneração dos serviços advocatícios, eis que não raras vezes essa tarefa apresenta-se muito difícil aos advogados.

35 TJMG – Décima Quinta Câmara Cível. Ag. Instrumento nº: 1.0702.06.285009-5/001 - Relator Des. Mota e Silva, j. 31/05/2007. p. 19/06/2007.

direito subjetivo do credor.

Admitimos que esse é o melhor entendimento, visto que a intimação na pessoa do advogado viola a *ampla defesa* e o devido processo legal. Senão vejamos:

Ao deixar de fixar o marco inicial do prazo de 15 dias, esse dispositivo criou obscuridade ao devedor, pois ele não sabe³⁶ exatamente o início da contagem do prazo para pagamento sem a incidência da multa. Seria a partir da condenação irrecorrível? Seria a partir do trânsito em julgado? Seria após o retorno dos autos à primeira instância? Seria após o despacho de vista às partes sobre o retorno dos autos do Tribunal?

Se a nova lei impôs uma execução nos mesmos autos, deve garantir ao executado o direito de ser intimado ou citado pessoalmente. Não fosse assim, o devedor que, por exemplo, se encontrasse viajando no momento do trânsito em julgado da ação que lhe é desfavorável e, por esse motivo, não tenha sido localizado pelo seu advogado incorrerá na multa e demais consectários, sem sequer saber do decurso do prazo para pagamento.

Não vale o argumento de que a obrigação de encontrá-lo recai sobre o advogado. Ora, o advogado tem a responsabilidade de falar nos autos, não de cobrar seu cliente. Tal função é do Estado, não pode recair sobre o patrono da parte devedora. Não fosse assim, o advogado do devedor teria que calcular o débito, desde o trânsito em julgado, e ainda interpelar seu cliente, recomendando que ele pague, sob pena de multa, comportamentos que não se mostram coerentes com a função de defensor. Vale, ainda, frisar que, nessa absurda hipótese, em havendo erro nos cálculos apresentados, o advogado do devedor seria responsabilizado pelo valor faltante, o que é inadmissível, eis que o cálculo compete ao interessado, a saber: ao credor.

Passo seguinte, o devedor poderá pagar no prazo nela fixado sem incorrer na multa.

Neste mesmo sentido, esclarece-nos Alexandre Feitas Câmara³⁷:

“Tenho para mim que nenhuma dessas duas posições é a melhor. Penso que o termo ‘a quo’ desse prazo quinzenal é a intimação pessoal do devedor para cumprir a sentença. Não pode ser mesmo de outro modo. Em primeiro lugar, é expresso o art. 240 do CPC em afirmar que, salvo disposição em contrário, os prazos para as partes correm da intimação. Ora, se não há expressa disposição em contrário no art. 475-J (ou em qualquer outro lugar), o prazo de quinze dias ali referido tem de correr da intimação. Não pode, pois, ser aceita a idéia da fluência automática do prazo, por ser uma opinião ‘data venia’ contrária à lei. Isso, porém, não é tudo. Há de se levar em consideração, ainda, o fato de que a fluência desse prazo de forma automática implicaria, a nosso ver, uma violação à garantia constitucional do processo justo, decorrente do princípio do devido processo legal, uma vez que poderia acontecer de a multa incidir sem que a parte sequer soubesse que já se iniciara o prazo para o pagamento. Basta pensar nos casos em que o advogado não comunica à parte o momento inicial da eficácia da sentença ou, pior ainda, aqueles casos em que por alguma razão haja dificuldade em estabelecer com precisão a partir de que momento se deu o início da produção de efeitos da sentença”. E arremata: “... deve-se intimar a

36 Pelo menos até que a Jurisprudência pacifique a questão.

37 CÂMARA, Alexandre Feitas. *A nova Execução de Sentença*, 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumem Júris Editora, 2007, p. 115.

parte pessoalmente sempre que a finalidade da comunicação processual for provocar a prática de um ato que a ela caiba realizar pessoalmente (como, sem qualquer dúvida, é o ato de cumprir a sentença)”.

Destarte, pensamos que o juiz deve fixar, na sentença líquida, o prazo de 15 dias para o seu cumprimento, que será contado do seu despacho, intimando o devedor via correio ou até mesmo por telefone³⁸.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais fixou preclaro precedente neste sentido:

“Se o ato é pessoalíssimo da parte, a via adequada para instá-la ao cumprimento é a sua intimação pessoal, e direta e não de seu advogado, porquanto o dever jurídico de suportar uma condenação (no caso pagar a dívida) é algo que unicamente será exigido da parte, e não de seu procurador. - A incidência da multa de 10% sobre o débito, prevista no artigo 475-J do Código de Processo Civil, incidirá do término do prazo de quinze dias previsto, a partir da intimação pessoal do devedor.”³⁹

Muitos vão argumentar que isso procrastinará o andamento do processo, porque, não raras vezes, o devedor não será encontrado. Neste sentido, Ernane Fidelis dos Santos e Guilherme Rizzo Amaral, dentre outros, argumentam que basta a intimação do advogado para que se inicie a contagem do prazo⁴⁰.

Contudo, *permissa venia*, ficamos com a primeira corrente, pois entendemos que não pode a lei transferir ao advogado uma atribuição que é do Estado, qual seja a de localizar o devedor e forçá-lo a pagar, inclusive com a cominação de multa. Daí ser mais razoável reconhecer que foi preservada a *autonomia* do processo de execução, ainda que *mitigada pelo sincretismo procedimental*, em razão da unificação de seus atos ao procedimento da ação cognitiva.

38 Somos adeptos da intimação da parte por telefone, nesse caso, através ligação gravada e com a identificação prévia do devedor, a exemplo do que fazem as instituições financeiras, de cartão de crédito e telefonia. Isso porque a intimação pessoal poderia inviabilizar a celeridade processual e ensejar inúmeras fraudes. Respalamos nossas idéias na lição de Donald Pierson, para o qual: “a pesquisa é uma investigação sistemática levada a efeito no mundo real (e não apenas no de idéias), sempre se orientando pelas teorias anteriores e se esforçando para relacionar com elas, logicamente, todas as descobertas, verificando-as ou mostrando a necessidade de abandoná-las.” (PIERSON, Donald. Teoria e Pesquisa em Sociologia. *Apud*: Reflexões Filosóficas. José Geraldo Vidigal de Carvalho. Viçosa: Editora Folha de Viçosa, 2006. p. 214).

39 TJMG – Nona Câmara Cível. Agravo de Instrumento n°: 1.0194.05.052558-4/001. Relator Des. Osmando Almeida. j. 12/06/2007. p. 30/06/2007.

40 Para Nelson Nery Jr.: “O devedor deve ser intimado para que, no prazo de 15 dias a contar da efetiva intimação, cumpra o julgado e efetue o pagamento da quantia devida. A intimação deve ser feita na pessoa de seu advogado, que é o modo determinado pela reforma da Lei 11.232/05, para a comunicação do devedor na liquidação de sentença e na execução para cumprimento da sentença. A intimação do advogado do devedor, que se faz, de regra, pela imprensa oficial, para o cumprimento do julgado, é a de ofício do juiz, em decorrência do impulso oficial do art. 262.” (Código de Processo Civil Comentado, 9ª Ed., São Paulo: RT, 2006, p. 641). Ver acórdão da Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o qual entendeu que: “A multa prevista no caput do art. 475-J do CPC, introduzida no capítulo das execuções do Código de Processo Civil pela Lei n° 11.232/2005, incide na hipótese de o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não satisfazer a obrigação no prazo de quinze dias, contados do trânsito em julgado da decisão condenatória, independentemente de prévia intimação do devedor para efetuar o pagamento”. (TJMG - Agravo N° 1.0194.06.061594-6/001 – Relator Des. Pedro Bernardes. j. 24/04/2007. p. 02/06/2007). No mesmo sentido, confira os seguintes julgados: TJMG, Agravo n° 1.0024.99.001139-7/001 - Relator: Exmo. Sr. Des. Pereira da Silva, 10ª Câmara Cível, 29 de março de 2007. TJMG, Agravo n° 1.0024.99.069928-2/001 - Relator: Exmo. Sr. Des. José Flávio de Almeida, 12ª Câmara Cível, 14 de março de 2007.

Desse modo, uma nova citação/intimação do executado será necessária para que ele pague no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de multa. Vale lembrar que o art. 475-J do CPC exigiu o requerimento do credor para que se dê início aos atos de expropriação (penhora, arrematação, etc). Desta feita, a sentença continua sendo *condenatória*, eis que necessita de provocação da parte credora, para que se procedam aos atos executivos.

A sentença prolatada na forma do art. 475-J do CPC é dotada de duas eficácias executivas diferentes: *i)* consiste em sentença *imediatamente executiva* no que tange à incidência da medida coercitiva; *ii)* é considerada também uma sentença meramente *condenatória*, e portanto *mediatamente* executiva, quanto à realização da execução por expropriação.⁴¹

Em se tratando de ações coletivas que tutelam interesses individuais homogêneos, concordamos com Luiz Manoel Gomes Júnior⁴² para afirmar que a legitimidade para a execução é atribuída, preferencialmente, às vítimas e seus sucessores, só podendo os *entes co-legitimados coletivos* agir após o decurso do prazo de um ano, previsto no artigo 100 do Código do Consumidor, o qual tem início com a publicação da sentença coletiva.

5. CONCLUSÕES

Feitas todas essas considerações, concluímos que:

1) a sentença de liquidação tem natureza *constitutiva*, sobretudo em se tratando de ação coletiva em que se tutelam interesses individuais homogêneos, pois nela cada interessado irá exercer sua pretensão na *liquidação individual de sentença coletiva*. Exemplo disso é a sentença que traz o *quantum debeatur (valor a pagar)*, mas não demonstra o *cui debeatur (a quem pagar)*, hipótese em que o direito será constituído somente após a liquidação. Tal característica não impede que a decisão tenha eficácia *ex tunc* e não apenas *ex nunc*.

2) Em razão da unificação procedimental decorrente da Lei 11.232/06, a liquidação se processa nos mesmos autos da ação de conhecimento da qual se originou a sentença liquidanda, salvo se o autor optar por um dos foros concorrentes do CPC art. 475-P;

3) Se concorrerem muitos indivíduos interessados na liquidação da sentença coletiva, ela deverá processar-se em autos apartados para evitar tumulto processual;

4) A decisão que julga liquidação tem natureza de sentença, embora desafie agravo de instrumento. Sendo assim, o recurso extraordinário ou especial que vier a ser interposto contra o acórdão que julgar tal agravo não deverá ficar retido (CPC, art. 542, § 3º). Ademais, cabe ação rescisória contra tal decisão. Tal fato demonstra que a liquidação não é apenas uma fase do processo, mas uma ação autônoma. Não se pode confundir *procedimento* com *processo*. Apenas o procedimento foi unificado. As pretensões continuam distintas.

5) A exceção de pré-executividade ainda é cabível pela nova sistemática, pois se trata de instrumento processual célere que visa garantir a ordem pública, qual seja, impedir que um título que não preenche os requisitos legais da certeza, liquidez e exigibilidade dê ensejo à constrição judicial de bens do suposto devedor. Em última análise, esse instituto encontra guarida na Constituição Federal, mais propriamente nos Princípios do Devido Processo Legal e da Dignidade da Pessoa Humana;

6) O devedor deve ser intimado pessoalmente do trânsito em julgado da sentença

41 WAMBIER, Luiz Rodrigues. Algumas considerações sobre o cumprimento da sentença que determina o pagamento de quantia em dinheiro, de acordo com a Lei n. 11.232/05. op. cit. p. 01

42 GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. Curso de Direito Processual Coletivo. Rio de Janeiro: Forense 2005. p. 231-236.

ou, se for o caso, da decisão que recebeu seu recurso apenas no efeito devolutivo, para que pague no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de multa e penhora. O pagamento é ato da parte, e não de seu advogado, razão pela qual não pode o procurador ser intimado para pagar dívida alheia. A intimação na pessoa do advogado, prevista no §1º do art. 475-J do CPC, restringe-se à ciência da penhora. Justifica-se, nesta última hipótese, porque se destina à interposição de impugnação, ato que não pode ser praticado pelo devedor, eis que restrito à advocacia;

7) Foi preservada a *autonomia* do processo de execução, ainda que *mitigada pelo sincretismo procedimental*, em razão da unificação de seus atos ao procedimento da ação cognitiva;

8) Em razão da autonomia da ação de execução, são devidos honorários advocatícios da execução, eis que não foi a sentença cumprida voluntariamente e a parte teve que provocar a atividade jurisdicional para ver satisfeito seu crédito, por meio de profissional habilitado.

9) O prazo de um ano, previsto no art. 100 do CDC, conta-se da publicação da sentença coletiva. Decorrido tal lapso temporal, quaisquer dos co-legitimados coletivos do art. 82 do CDC poderão propor a liquidação e execução da indenização devida.

6. ABSTRACT:

We intend to study the new text which is within the period of validity since June 24th, 2006; the Law 11.232/05, that revoked the earlier system of verdict liquidation, foreseen in the Civil Proceedings Code, articles 603 end 611. Now, the verdict liquidation is ruled by the articles 475-A to 475-H, bringing the subject in the section where the CPC devotes to the cognizance process, that integrates the Chapter IX – From verdict liquidation which was inserted into Legal Title VIII of the Book I. It is a question of a new theme and so, there is a kind of difficulty in finishing it in such compact study. Thus, we propose to broach some topics which we elected as more relevant for a better understanding of the meaning and autonomy of the liquidation and execution of collective verdict. We search for a better comprehension of the juridical nature of this kind of process, besides other relevant date for the establishment of an average understanding about the theme.

KEY-WORDS: *Illiquid verdict. Collective verdict. Liquidation. Arbitratment. Autonomy. Judged thing.*

7. REFERÊNCIAS

- ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2001, v 2.
- _____, *Código do Consumidor Comentado*, São Paulo: RT, 1991.
- ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações Coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2002.
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Liquidação de sentença após o advento da Lei nº 8898/94*, Revista do Tribunal Regional Federal- 1ª Região, Brasília, nº 1, jan/março de 1995.
- CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Apuração de valor de crédito em execução por título extrajudicial*, Repro, V.29.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *A nova Execução de Sentença*, 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumem Júris Editora, 2007.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. Vol I. 1ª ed. São Paulo: Classic Book, 2000.
- CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed., v. 8. São Paulo: RT, 1976.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

- _____, *Fundamentos do processo civil moderno*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de Direito Processual Coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- _____, *Ação Popular - Aspectos Polêmicos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: 2005.
- _____, *Temas Controvertidos de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2002.
- _____, *Ações Coletivas: nota sobre competência, liquidação e execução*. RePro. São Paulo: RT, nº 132, Fevereiro de 2006.
- LIEBMAN, Enrico Túlio. *Processo de execução*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.
- LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, v. VI, 1981.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos*. São Paulo: Paloma, 2002.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução Civil: Princípios Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Novo Processo Civil Brasileiro*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- NERY JÚNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Constituição Comentada*. São Paulo: RT, 2006.
- _____, *Código de Processo Civil Comentado*. 9ª ed. São Paulo: RT, 2006.
- PASSOS, Calmom de. *Liquidação de sentença, após o advento da Lei nº 8.898/94*, Revista do Tribunal Regional Federal-1ª Região, Brasília, v. 7, nº1, jan./mar. 1995.
- PIERSON, Donald. *Teoria e Pesquisa em Sociologia. Apud: Reflexões Filosóficas*. José Geraldo Vidigal de Carvalho. Viçosa: Editora Folha de Viçosa, 2006.
- PIZZOL, Patrícia Miranda. *Sentença Civil: Liquidação nas Ações Coletivas*. São Paulo: Lejus, 1998.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
- SANTOS, Moacir Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, 3. ed., v. 3, São Paulo: Saraiva, 1979.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de Execução*. 18 ed. São Paulo: Leud, 1997.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Algumas considerações sobre o cumprimento da sentença que determina o pagamento de quantia em dinheiro, de acordo com a Lei n. 11.232/05. Migalhas*. www.apamagis-lex.com.br/al/publier4.0/texto.asp?id=725. Acesso em 12.09.2006.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Sentença civil: Liquidação e Cumprimento*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2006.
- _____, *Curso Avançado de Processo Civil*. coord., 3ª ed. São Paulo: RT, v. 1, 2001.
- _____, *Considerações sobre a liquidação de sentença coletiva na proposta de código-modelo de processos coletivos para Ibero-América*. RePro. São Paulo: Ed. RT, nº 116, julho-agosto de 2004.
- WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*. São Paulo: RT, 2006.



A EXECUÇÃO DE TUTELA ANTECIPADA PARA O PAGAMENTO DE SOMA EM DINHEIRO¹

Lúcio Delfino²

Resumo:

Esse breve trabalho aborda o tormentoso tema da “execução” ou “efetivação” da tutela antecipada de soma em dinheiro, apontando, dentre as respeitadas posições doutrinárias já existentes, aquela que mais se ajusta a uma interpretação a luz do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

Palavras-chave: Tutela antecipada – Soma em dinheiro – Execução – Urgência.

SUMÁRIO:

1. Introdução – 2. A desnecessidade de se estabelecer nova relação processual destinada à execução de decisão que concede tutela antecipada de soma em dinheiro – 3. Incoerência do procedimento da execução provisória para a execução de tutela antecipada de soma em dinheiro – 4. Alguns meios executórios destinados a garantir a efetividade da execução de tutelas antecipadas de pagamento de soma em dinheiro – 4.1. As *astreintes* – 4.2. A penhora *on line* – 4.3. Restrição de direitos – 4.4 A prisão – 5. Conclusões – 6. *Abstract* – 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Esclarece Teori A. Zavascki que o cumprimento imediato da medida antecipada, mediante ordens ou mandados expedidos na própria ação de conhecimento, não se apresenta incompatível com o sistema processual brasileiro, sendo, aliás, bem apropriado, em se tratando de medida que antecipe prestações de fazer ou não fazer ou, ainda, de entregar coisa. Descumprindo o demandado a ordem, poderá o juiz impor-lhe, imediatamente e de ofício, o seu cumprimento, utilizando-se, se necessário, das providências coercitivas e sub-rogatórias previstas no §5º do art. 461 do Código de Processo Civil (ou art. 84, §3º, do Código de Defesa do Consumidor). Tais providências, a rigor, em nada diferem, quanto ao conteúdo, das que seriam desenvolvidas para dar cumprimento à sentença definitiva, *cujo objeto da condenação seja uma tutela específica*, essa que, também, *não mais está sujeita a ação de execução autônoma* (CPC, arts. 461 e 461-A).³ Por outro lado, complexidades⁴ várias surgem

1 O presente trabalho, agora atualizado, foi originalmente publicado na Revista de Processo, 148, ano 32, junho/2007, p.11-31.

2 Doutor em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Professor universitário. Membro do Conselho Fiscal (suplente) do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON). Coordenador Subseccional da Escola Superior de Advocacia, na 14ª subseção da OAB/MG. Membro do Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Membro da Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Diretor da *Revista Brasileira de Direito Processual*. Advogado e consultor jurídico.

3 ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela. 4ª. ed. São Paulo : Saraiva, 2004. p. 97.

4 Essa dificuldade hermenêutica é também sentida por Flávio Luiz Yarshell: “*Se a “efetivação” da tutela antecipada parece não apresentar maiores problemas no que diz com as obrigações de fazer e não fazer e, ainda, nas obrigações de entrega de coisa, o tema parece ganhar contornos especiais quando se trata de obrigações de pagamento de quantia. O tema é fértil e parece, salvo engano, ainda pouco explorado pela doutrina pátria, comportando trabalho mais alentado.*” (YARCHELL, Flávio Luiz. “Efetivação da tutela antecipada: uma nova execução civil?”. Processo e Constituição. Coordenação: Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Tereza Arruda Alvim Wambier. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006. p. 330-339).

quando a postulação da tutela antecipada dirige-se ao *adiantamento de obrigação de soma em dinheiro*, cuja satisfação, no domínio da sistemática processual, depende, em regra, de atos expropriatórios demasiadamente burocratizados e nem sempre compatíveis com a situação de urgência que envolve o caso concreto.⁵

Neste espaço, o que se pretende é analisar o mecanismo de execução (ou efetivação)⁶ da tutela antecipada de soma pecuniária, tomando partido, dentre as diversas correntes de entendimento, por aquela que se afigura mais coerente com a natureza mesma do instituto.

2. A DESNECESSIDADE DE SE ESTABELECEM NOVA RELAÇÃO PROCESSUAL DESTINADA À EXECUÇÃO DE DECISÃO QUE CONCEDE TUTELA ANTECIPADA DE SOMA EM DINHEIRO

É notória a constatação de que os cinco *Livros* responsáveis pela estruturação do CPC não foram elaborados sob uma ótica voltada à tutela antecipada vulgarizada,⁷ instituto esse que, a propósito, apenas foi inserido no seu bojo décadas depois de sua publicação. Consciente da necessidade de conferir maior efetividade à tutela jurisdicional, o legislador optou pela realização de reformas pontuais no CPC, de modo a manter sua estruturação originária, mas eliminando certos gargalos que emperravam a máquina judiciária. Sem dúvida que a tutela antecipada generalizada, passível de ser postulada e deferida nos diversos procedimentos oriundos do processo de conhecimento – mesmo nos especiais –, representa uma conquista. Todavia, há de se ter sempre em mente a lição de Teori Albino Zavascki, no sentido de que a *“universalização do instituto da tutela antecipada importa necessidade de adaptação, pela via da hermenêutica, do regime do processo executivo à nova realidade, tarefa que demanda permanente engenho e criatividade da doutrina e da jurisprudência”*⁸.

Ao término do ano de 2000, o mestre Ovidio A. Baptista da Silva, em brilhante parecer, produzido em defesa da empresa Souza Cruz S.A., e juntado aos autos de uma ação coletiva ajuizada pela Associação de Defesa da Saúde do Fumante (ADESF), advogou a tese de que a execução de tutelas antecipadas – mesmo aquelas cujo conteúdo é a soma em dinheiro – deve se dar na própria relação processual do processo de conhecimento, independentemente do

5 ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 97.

6 Costumeiramente, a doutrina distingue “execução” de “efetivação”. Um dos pioneiros a se atentar para essa distinção foi, sem dúvida, o grande processualista J.E. Carreira Alvim. Nessa linha, leciona o mestre: *“Sempre distingui, em sede doutrinária, entre “efetivação”, que é o ato pelo qual se cumprem decisões interlocutórias, e “execução”, que é o ato pelo qual se cumprem sentenças (provisória ou definitivamente), razão pela qual sempre evitei falar em execução de tutela antecipada.”* E continua: *“A reforma anterior orientou-se nessa mesma linha, preferindo dizer que a “efetivação da tutela antecipada” observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588 (atual art. 475-O), 461, §§ 4.º e 5.º, e 461-A, do CPC, evitando a expressão “execução da tutela antecipada.”* (CARREIRA ALVIM, J.E. *Alterações do Código de Processo Civil*. 3ª. ed. Rio de Janeiro : Editora Impetus, 2006. p. 55). Entretanto, nesse trabalho, as expressões “execução” e “efetivação” foram utilizadas indistintamente, querendo se referir a qualquer atividade capaz de, efetivamente, alterar o mundo dos fatos, conformando a realidade à decisão ou ao título executivo.

7 Sabe-se que o tema “tutela antecipada” não configura propriamente uma novidade no sistema processual brasileiro. Afinal, já se conheciam formas típicas de antecipação, a saber, as liminares em processo possessório, no mandado de segurança, na ação popular, na ação civil pública, dentre outras. Em verdade, a novidade foi o legislador promover verdadeira *vulgarização* da tutela antecipada – por essa razão, Cândido Rangel Dinamarco já se referiu a ela como “poder geral de antecipação” –, permitindo o adiantamento dos efeitos da tutela jurisdicional pretendida sempre que se configurarem os requisitos previstos em lei. Assim, a grande inovação, trazida numa das etapas da Reforma, foi, portanto, a possibilidade de se utilizar a tutela antecipada de maneira generalizada.

8 ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 71.

ajuzamento de uma nova ação, agora de natureza executiva. Naquela oportunidade, o jurista ainda defendeu que as regras contidas no art. 588, II e III, do CPC – hoje revogadas pela Lei n. 11.232/2005 – haveriam de ser respeitadas, sendo a *execução provisória* o modo adequado de se dar efetividade às decisões concedidas a título de tutela antecipada. Ovídio A. Baptista da Silva, apesar de entender que o mais adequado para conjurar o risco de dano iminente ao direito seria a introdução das injunções utilizadas na *common law* – autorizando o juiz a emitir decisão que não simplesmente *condenasse*, mas, ao contrário, *ordenasse* ao devedor o cumprimento da obrigação –, deixou claro, em seu parecer, que não foi esse o caminho escolhido pelo legislador brasileiro.

Em parte, reputa-se correto o entendimento acima exposto, notadamente no tocante à *desnecessidade de se estabelecer nova relação processual destinada à execução de decisão que concede a tutela antecipada*. Aliás, encontra-se superada a tradicional sistemática processual, caracterizada pelo ideal científico de se alocar, em compartimentos quase que completamente estanques, as atividades cognitivas e executivas. Hodiernamente, o *cumprimento da sentença* concretiza-se mediante a instauração de medidas executivas no mesmo processo que a originou (o de conhecimento), numa atividade continuativa mais informal e desburocratizada (execução sincrética ou imediata). Essa idéia acabou por contagiar, também, as sentenças, cujas obrigações nelas registradas correspondem à soma de dinheiro, isso em razão de uma recente reforma advinda com a Lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005.

De qualquer modo, até pouco tempo atrás, a execução da sentença que condenava em pecúnia, ainda era conduzida por meio daquele sistema tradicional, *ex intervallo*, numa ação autônoma. Tal circunstância, não poucas vezes, animava o entendimento segundo o qual a execução de decisão interlocutória, cujo objeto era a antecipação provisória de soma em dinheiro, também deveria ocorrer numa nova relação processual, através de ação executiva própria. Contudo, olvidava-se que a execução da tutela antecipada, fundada no art. 273, I, do CPC, guarda sensíveis distinções de uma execução fundada em sentença judicial, transitada ou não em julgado (execução definitiva e provisória). A decisão que defere tutela antecipada visa ordinariamente satisfazer uma *situação emergencial*, cujo cumprimento não poderia, por óbvio, respaldar-se, detalhadamente, no custoso e burocrático procedimento de execução de quantia certa contra devedor solvente (Livro II), especialmente porque, se assim fosse, faleceria qualquer sentido lógico-jurídico no próprio ato de deferimento da tutela de urgência, já que, muito provavelmente, o direito material perseguido, conexo ao direito de crédito, pereceria. Na execução de sentença judicial (seja ela definitiva ou não), o ingrediente *periculum in mora* é inexistente, evidenciando a ausência de *urgência* que pudesse motivar o juiz a priorizar a *efetividade*, em desfavor da *segurança jurídica*. Logo, a melhor interpretação⁹, mesmo antes

9 Idêntica é a visão de Flávio Luiz Yarshell a esse respeito: “Para finalizar esse tópico, em que se procura determinar o alcance da alteração legislativa – de “execução” para “efetivação” –, restaria observar que, sem embargo das considerações precedentes, o fato de a atuação prática do comando antecipatório dar-se mediante sub-rogação (“execução forçada”) ou por técnicas de pressão sobre a vontade do devedor não afasta uma certeza: tudo isso se dá sem a instauração de um novo processo de execução, isto é, sem que nasça uma nova relação jurídica processual.” (YARCHELL, Flávio Luiz. “Efetivação da tutela antecipada: uma nova execução civil?. Processo e Constituição. Coordenação: Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Tereza Arruda Alvim Wambier. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006. p. 330-339). Essa, porém, não é a posição defendida pelo grande mestre gaúcho Araken de Assis: “A incompatibilidade da prática dos atos coercitivos, inerentes à execução digna da sua essência, e a simultânea tramitação da demanda de rito comum, ordinário e sumário, ou especial, se mostra flagrante e inarredável. Aliás, o art. 273, §3.º, exorta o prosseguimento dessa última demanda até o julgamento final, convindo evitar tumulto procedimental. A execução do provimento antecipatório terá seus próprios autos.” (ASSIS, Araken. Execução da tutela antecipada. Disponível em <www.abdpc.org.br>. Acessado em 02/03/ 2006).

da publicação da já citada Lei n. 11.232/2005, é aquela fundada na própria *finalidade da tutela de urgência*, donde se obtém a conclusão de que, devido à relevância emergencial da questão posta ao arbítrio do juiz, a tutela antecipada, que concede adiantamento de pecúnia, também deve ser executada no bojo do próprio processo de conhecimento em que foi deferida, independentemente de ajuizamento de ação executiva própria.

3. INCOERÊNCIA DO PROCEDIMENTO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA PARA A EXECUÇÃO DE TUTELA ANTECIPADA DE SOMA EM DINHEIRO

Sob outro foco, e também diante da natureza peculiar da tutela antecipada, é de se objetar a última conclusão suscitada pelo mestre Ovídio A. Baptista da Silva. Ou seja, acredita-se não ser adequada a tese – salvo melhor juízo, nascida de uma interpretação meramente literal – de que a execução da tutela antecipada devesse seguir obrigatoriamente o procedimento da execução provisória.

Estar-se-á diante de questão vinculada à confusão existente entre *execução de tutela antecipada de soma em dinheiro* e *execução provisória*, como bem ensina Luiz Guilherme Marinoni. Esclarece o jurista que a execução provisória, da forma como foi tradicionalmente concebida, não supõe a imperiosidade de realização imediata do direito de crédito, *mas apenas a necessidade de aceleração da atividade executiva para a segurança do juízo*. Tanto isso é verdade que ela – tal como instituída originariamente pelo CPC – permite a penhora de bem de propriedade do devedor, mas não a sua expropriação. A execução provisória pode ser suspensa – e, em regra, o é – porque a espera não mais produz prejuízos. Seu objetivo não é, pois, satisfazer o autor, cuja necessidade de soma em dinheiro é imediata, senão apenas permitir a segurança do juízo ou a garantia da viabilidade de futura e eventual realização do crédito. Por sua vez, a antecipação dos efeitos da tutela de soma em dinheiro não visa à segurança do juízo ou do direito de crédito, porquanto o autor não pode esperar, sem dano grave, a realização do direito de crédito. Contrariamente ao que ocorre na execução provisória, na antecipação de tutela “*parte-se da premissa certa de que a espera produzirá prejuízos, não sendo suficiente a mera cautela do direito de crédito*”¹⁰.

Mesmo na perspectiva da *nova execução provisória* – ainda forte nas lições de Marinoni –, donde se constata a possibilidade de obtenção plena da realização do direito declarado na sentença objeto de recurso ainda não julgado (art. 475-O, III, e seu §2.º, I e II, todos do CPC), muito embora ambas, a tutela antecipada e a execução completa da sentença impugnada, realizem – e não apenas acautelem – o direito material perseguido, tal direito, na execução provisória, não necessita ser realizado tão rapidamente quanto na tutela antecipada. Afinal, o elemento urgência encontra-se perceptível no pedido de antecipação de tutela, por ser medida idônea a “*impedir prejuízo irreparável a um direito conexo ao direito de crédito*”¹¹.

Diante das particulares características da tutela antecipada, especialmente aquela vinculada ao seu caráter emergencial, é imperioso um esforço hermenêutico destinado à adequada adaptação e uso da tutela antecipada de soma em dinheiro, mormente porque o legislador foi silente ao não estatuir caminhos legais capazes de guiar seguramente o operador do direito.

E, salvo melhor juízo, o critério mais adequado é aquele apontado por Teori Albino Zavascki, partindo da premissa de que *antecipar a tutela nada mais significa que antecipar*

10 MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 264-266.

11 MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 265-266.

*providências executórias que podem decorrer da futura sentença de procedência. A antecipação efetiva-se mediante atos tipicamente executivos, atos que impliquem modificações no status quo, provocando ou impedindo alterações no mundo dos fatos*¹². Atente-se às suas lições:

*“É possível, com base nos princípios da adequação das formas e da finalidade, o seguinte critério definidor do procedimento para a execução da medida antecipatória para pagamento de quantia: será cumprida imediatamente, na própria ação de conhecimento, a medida antecipatória deferida com fundamento no inciso I do art. 273, expedindo-se as ordens e mandados que se fizerem necessários; porém, em se tratando de antecipação deferida com base no inciso II ou no §6º ou, quando concedida com fundamento no inciso I, for incompatível ou frustrada a efetivação da medida antecipatória por simples mandado, na própria ação de conhecimento, caberá ao demandante promover ação autônoma de execução provisória, com fundamento no art. 588 do Código de Processo Civil, antecedida, se for o caso, por ação de liquidação se sentença”*¹³.

Esse entendimento, o qual efetivamente abona a possibilidade de transformação de uma obrigação de pagamento em obrigação de fazer, tem ao seu lado a capacidade de proporcionar efetividade, impedindo prejuízo irreparável a um direito conexo ao direito de crédito. Todavia, acredita-se, ao contrário do entendimento advogado por Teori Albino Zavascki, que, frustrada a efetivação da medida antecipada por simples mandado, não haveria obrigatoriedade de se ajuizar ação própria, com fundamento nas normas que regem a execução provisória.

Devido ao caráter emergencial da tutela antecipada, pouco sentido prático irradia-se da posição doutrinária, cuja idéia mestra é a de que sua execução deve pautar-se no respeito às normas que regem a execução provisória. Afinal, a execução provisória é, comumente, limitada, possuindo serventia mais adequada ao acautelamento do direito perseguido do que à sua satisfação propriamente dita. Conquanto a tutela antecipada abra oportunidade para uma execução fundada em cognição sumária, é certo que pode efetivamente realizar, parcial ou integralmente, o direito pretendido pelo autor, mediante uma execução completa. E essa execução completa há de se realizar sem a necessidade de instauração de nova relação processual, através do emprego de técnicas mandamentais e/ou executivas plenamente adequadas a garantir alteração no mundo sensível, a ponto de conceder o resultado pretendido ao postulante.¹⁴ Aliás, essa idéia ficou ainda mais palatável depois da publicação da Lei n. 11.232, já que o sincretismo processual atingiu a integralidade do processo de conhecimento, de forma que a sentença, atualmente, é satisfeita através de uma *atividade complementar* – uma nova fase, não um novo processo – a ocorrer no próprio processo de conhecimento. Se, outrora, se mostrava dificultosa uma interpretação que admitisse a antecipação de efeitos executivos, esses que poderiam vir a ocorrer apenas no âmbito de um outro processo (o de execução), sequer

12 ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 71.

13 ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 98-99.

14 Esse, aliás, parece também ser o entendimento de Márcio Louzada Carpena: “*Autoriza-se, destarte, para as decisões provisórias das obrigações de pagar quantia, a forma diferenciada de execução, por meio de emissão de ordem de cumprimento da decisão cumulada com medidas coercitivas, sempre que a situação assim requer, isto é, sempre que não for razoável sujeitar o credor ao mero procedimento normal de cumprimento, qual seja, o expropriatório cumulado com a multa limitada a 10% do valor do débito (art. 475-J).*” (CARPENNA, Márcio Louzada. Da execução das decisões de pagar quantia pela técnica diferenciada. *Revista de Processo*, 140. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006. p. 121).

ajuizado, agora esse empecilho desaparece, na medida em que todos os atos, de cognição e execução, serão concretizados num só *veículo*.

De tal sorte, na execução de tutela antecipada de obrigação pecuniária, o juiz não apenas *condena*, senão *determina*, *ordena*, podendo, ainda, se valer de medidas executivas diversas daquelas previstas e comumente utilizadas no procedimento de execução por expropriação, isso para garantir a plena satisfação do “bem da vida” perseguido.¹⁵ O próprio CPC abaliza tal entendimento, ao indicar, num de seus dispositivos legais, que *a efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas no art. 461, §§4.º e 5.º (art. 273, §3.º, do CPC)*.¹⁶

O raciocínio permanece mesmo diante da reforma processual advinda com a já aludida Lei n.º 11.232. Tal legislação albergou a possibilidade de, no procedimento da execução provisória, o exequente ter por dispensada a necessidade de ofertar caução, *até o limite de sessenta vezes o valor do salário mínimo* e desde que demonstrada sua situação de necessidade, não só nos casos de créditos alimentares, mas também naqueles afetos a *créditos decorrentes de ato ilícito* (art. 475-O, §2.º, I, do CPC). Essa inovação, embora louvável, não reforça a doutrina que prega o imperativo de a tutela antecipada ser executada por meio do procedimento de execução provisória. E isso porque é *qualificada* a urgência que alavanca o deferimento e a própria execução de uma tutela antecipada. Por tal razão, não haveria sentido prático-jurídico em se limitar a atividade executiva, destinada a satisfazer decisão que concede uma tutela antecipada, aos meios executivos sub-rogatórios, característicos das execuções por

15 Luiz Fux assim leciona: “*Até mesmo quando, excepcionalmente, compreenderem imposições de pagamento de somas de dinheiro (como, v.g., nos alimentos provisionais, outros pensionamentos similares, participações em rendas comuns, etc.), as medidas antecipatórias, se possível, dispensarão o rito das execuções por quantia certa, e, conforme o caso, poderão ser efetivadas por meio de averbação em folha de pagamento, retenção de receitas, ou bloqueio de somas junto a devedores do responsável pela prestação envolvida na medida antecipatória.*” (FUX, Luiz. Tutela de segurança e tutela de evidência. São Paulo : Saraiva, 1996. p. 129).

16 Outra é a conclusão de Flávio Luiz Yarchell: “*Indo adiante e considerando particularmente as obrigações de pagar quantia, parece lícito afirmar que, no direito brasileiro, não há respaldo legal para que os provimentos antecipatórios de tal espécie de prestação sejam “efetivados” na forma dos provimentos ditos “mandamentais”. Vale dizer: se o juiz defere a antecipação e determina que se pague, caso o requerido não cumpra a determinação, a atuação jurisdicional há que prosseguir, e assim será mediante a prática de atos materiais de invasão do patrimônio do devedor, consistentes em penhora, avaliação (se necessária) e expropriação (com entrega do produto ao credor).*” (YARCHELL, Flávio Luiz. “Efetivação da tutela antecipada: uma nova execução civil?. *Processo e Constituição*. Coordenação: Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Tereza Arruda Alvim Wambier. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006. p. 330-339). Ousamos divergir do talentoso autor. Parece-nos equivocado afirmar não haver respaldo legal para que os provimentos antecipatórios de soma em dinheiro sejam “efetivados” mediante provimentos mandamentais. Ora, o direito fundamental a tutela jurisdicional efetiva (CF, art. 5.º, XXXV) é fundamento mais que suficiente para autorizar esse caminho hermenêutico. Hodiernamente, é absolutamente imprópria uma interpretação restrita à literalidade da lei. Deve o intérprete – e, em especial, o juiz (intérprete autêntico) – conformar essa lei aos princípios constitucionais e direitos fundamentais, garantindo justiça a sua decisão. Nessa linha, nos parece certo afirmar que o juiz deve, sempre, analisar os preceitos processuais com os olhos voltados ao princípio da tutela jurisdicional efetiva, de modo a garantir uma prestação jurisdicional adequada. E prestação jurisdicional adequada não é aquela que simplesmente respeita os caminhos formais do processo. Materialmente falando, ao juiz é permitido, se assim o caso concreto reclamar, suprir uma omissão legislativa que obstaculiza o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva para estabelecer um procedimento mais crível e adequado àquela situação (nessa linha, o trabalho de Luiz Guilherme Marinoni, intitulado “A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva”, disponível em: <www.professormarinoni.com.br>). Enfim, há vínculo íntimo entre o princípio da efetividade da tutela jurisdicional e a interpretação jurídica da lei processual. Esse genuíno direito fundamental – arremata Marinoni – impõe aos interessados e ao próprio juiz que pensem a lei processual segundo as necessidades de direito material particularizadas no caso concreto. Não se há que pensar a jurisdição isoladamente da realidade da vida. A sua efetividade depende justamente de uma interpretação da lei processual compromissada com as necessidades de direito material e realidade social das partes envolvidas.

expropriação (definitiva ou provisória)^{17, 18}.

De igual forma, numa análise puramente constitucional, soaria ilógico pensar que a *satisfação provisória*, postulada por intermédio de uma tutela antecipada, encontrar-se-ia restrita à concessão de valores módicos (sessenta vezes o salário mínimo), como se o legislador pudesse prever qual o montante suficiente, isso em todas as peculiares crises de interesses que porventura possam vir a surgir no seio social, a imunizar o direito perseguido do *periculum in mora* que o assombra – direito esse, muitas vezes, vinculado à própria saúde e/ou vida do postulante. Ora, se a própria CF reza que a “*lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*” (art. 5.º, XXXV), careceria de qualquer coerência hermenêutica o argumento de que a tutela antecipada de obrigação de soma em dinheiro estaria restrita à importância de sessenta vezes o salário mínimo. Ameaçado o direito e presentes os requisitos necessários ao deferimento da tutela antecipada, o juiz é obrigado a deferi-la e executá-la sem limitações, *mesmo que não tenha o postulante condições de oferecer caução*.¹⁹ Afinal, a antecipação de apenas parte, ou percentagem, da importância pecuniária perseguida por meio da tutela antecipada, pode significar a derrocada de todo o direito a ela conexo (saúde, vida,

17 Também a esse respeito o jurista Flávio Luiz Yarshell aponta posição divergente: “Nem mesmo a urgência do provimento antecipatório convence quanto à conveniência de adotar o modelo do provimento “mandamental”, como regra geral, nas obrigações de pagamento de quantia. Primeiro, porque a urgência não é necessariamente pressuposto da antecipação, cabível em outras situações. Segundo, porque “urgente” pode ser também a satisfação do credor após anos de processo, tomados para que se formasse uma decisão “final”, quiçá até transitada em julgado.” (YARHELL, Flávio Luiz. “Efetivação da tutela antecipada: uma nova execução civil?. Processo e Constituição. Coordenação: Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Tereza Arruda Alvim Wambier. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006. p. 330-339). Para nós, a jurisdição serve a realidade da vida. Daí porque insistir numa interpretação da lei compromissada com as necessidades de direito material e com a própria realidade social das partes envolvidas (Marinoni). Nessa linha de raciocínio, é óbvio que a urgência do provimento antecipatório convence quanto à conveniência de se adotar o modelo “mandamental”, como regra geral, nas obrigações de pagamento de quantia. E isso porque esse “modelo” tende a ter maior eficácia. E se há efetivamente essa tendência ele deve ser experimentado (evidente que apenas naqueles casos em que essa possibilidade de efetivação por mandamento existir). Em tais casos emergenciais, a efetividade é nota preponderante e se não for alcançada quase que de imediato, pode colocar em derrocada o próprio direito (muitas vezes de natureza fundamental) conexo ao direito de crédito que se pretende “efetivar”. Desprezar a urgência do provimento antecipatório como condição apta a autorizar a utilização da técnica mandamental, é simplesmente desprezar a função social do processo, criando entre ele e o direito material um abismo profundo. É conferir ao processo excessivo caráter procedimental, olvidando-se que seu fim está conectado ao direito material que se busca satisfazer.

18 Se o pedido antecipatório satisfativo envolver alimentos, poderá o postulante se valer, outrossim, dos meios executórios da execução da prestação pecuniária alimentar. Esse, aliás, o posicionamento preciso de Araken de Assis: “*A execução da prestação pecuniária alimentar dispõe de três meios executórios diferentes: em primeiro lugar, o desconto em folha (art. 16 da Lei 5.478/68 c/c art. 734 do Cód. De Proc. Civil); depois, a expropriação de rendas e de aluguéis, a teor do art. 17 da Lei 5.468/68, porque a penhora de dinheiro permite seu levantamento (art. 732, parágrafo único); e, finalmente, à escolha do credor, a coerção pessoal (art. 733) ou a expropriação (artigos 732 e 735). Qualquer desses meios é idôneo para executar alimentos indenizativos, aplicando-se eles, outrossim, à execução do provimento antecipatório. Emitida tal decisão, a vítima poderá pleitear a “atuação” do provimento, mediante o singelo expediente do desconto (art. 734, parágrafo único). Todavia, nem sempre o autor do ilícito manterá relação de emprego ou estatutária, ensejando o desconto, que é o mais presto daqueles mecanismos. Na falta de rendas ou aluguéis penhoráveis (art. 17 da Lei 5.478/68), admite-se o emprego da coerção pessoal (art. 733); mas, o réu poderá alegar e provar impossibilidade temporária de cumprimento (p.ex., falta de dinheiro), ou, simplesmente, deixar-se prender (art. 733, §2º), acontecimentos que remetem o ofendido à expropriação (art. 735: “Se o devedor não pagar os alimentos provisionais a que for condenado [...]”). (ASSIS, Araken. *Execução da tutela antecipada*. Disponível em <www.abdpc.org.br>. Acessado em 02/03/ 2006).*

19 Esse, contudo, não é o entendimento do mestre Humberto Theodoro Júnior, para quem a “*exigência de caução idônea (...) é condicionalmente legal ao deferimento de qualquer medida antecipatória que importe levantamento de dinheiro pela parte (CPC, art. 273, §3.º).*” (JÚNIOR, Humberto Theodoro. O cumprimento das medidas cautelares e antecipatórias. *Revista de Processo*, 139. Revista dos Tribunais : São Paulo, 2006. p. 24).

intimidade, etc.), cujo encaixe se depreende por meio do processo judicial.

Porém, acaso insubsistentes a ordem de adimplemento e as medidas executivas destinadas a forçar o cumprimento da obrigação (art. 461, §5.º, do CPC), o procedimento a ser seguido pelo exequente, na execução de uma tutela antecipada cuja obrigação é de soma em dinheiro, será aquele criado para o *cumprimento da sentença* (arts. 475, I, e segs., do CPC), e não o da *execução provisória ou o previsto no Livro II do CPC*²⁰

4. ALGUNS MEIOS EXECUTÓRIOS DESTINADOS A GARANTIR A EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO DE TUTELAS ANTECIPADAS DE PAGAMENTO DE SOMA EM DINHEIRO

Adiante, apontar-se-ão alguns meios executivos – as *astreintes*, a penhora *on line*, a restrição de direitos e a prisão – que, na mais atual visão doutrinária e jurisprudencial, se mostram procedimentalmente coerentes com a necessidade material de se executar uma tutela antecipada de soma em dinheiro. Aliás, estando o intérprete consciente da natureza emergencial da tutela antecipatória – aqui, em especial, aquela que visa à antecipação de pecúnia –, o uso desses meios executivos será mais facilmente assimilável, suplantando-se visões excessivamente formalistas, as quais desconsideram a relação de complementaridade existente entre os direitos material e processual.

4.1. As *astreintes*

Sempre partindo da premissa de que a tutela antecipada de soma em dinheiro, se executada nos moldes normais da via expropriatória, não terá a efetividade necessária para evitar o *perigo de dano irreparável ou de difícil reparação*, de pronto já se constata a necessidade de utilização de meios executivos mais agressivos e eficientes, visando ao alcance do objetivo pretendido.

Insista-se na idéia de que a execução dessa espécie de tutela antecipada *não seguirá as regras do processo de execução por quantia certa* – e nem *necessariamente* deverá abraçar as novas regras que tratam do cumprimento da sentença (arts. 475, I, e segs., do CPC) –, especialmente em razão do caráter eminentemente emergencial da medida. Acredita-se inexistir sentido em se atravancar a busca da efetividade e a própria satisfação do direito material, conexo ao crédito pretendido, escorando-se no argumento de que o procedimento de execução por quantia certa (ou aquele que regula o cumprimento da sentença) deve ser obrigatoriamente respeitado também nas execuções de decisões que antecipam tutelas, já que o CPC não previu rito diverso para executar pecúnia. De igual maneira, é equivocada a tese que vê absoluta similitude entre a *execução provisória* e a *execução de tutela antecipada de soma em dinheiro* – e isso notadamente porque a primeira encontra limitações que não se ajustam à natureza da última, sobretudo pela urgência caracterizadora das tutelas de urgência e pela sua premente necessidade de efetividade.

20 O rito da execução provisória é inadequado para se efetivar tutelas antecipadas fundadas na urgência. *Necessidade urgente e execução provisória* se repelem. Por outro lado, se a tutela antecipatória *não* tiver caráter emergencial, alicerçando-se no *abuso do direito de defesa*, no *manifesto proposto protelatório do réu* ou em *pedido incontroverso* (CPC, art. 273, II, §6.º), certamente que a sua efetivação deverá seguir os ditames formais da execução provisória. Essa conclusão serve-se também a demonstrar a incompletude do conceito legal constante no art. 475, I, §1º do CPC, sobretudo por levar a compreensão de que não apenas sentenças são passíveis de serem executadas provisoriamente, mas também genuínas decisões interlocutórias.

Para Luiz Guilherme Marinoni²¹, escorado nas lições de Luigi Paolo Comoglio, se “o princípio da efetividade, albergado no art. 5.º, XXXV, da CF, garante o direito à tempestividade da tutela jurisdicional, ele também garante [...] o direito às modalidades executivas adequadas a cada situação conflitiva concreta. Assim, se a execução da tutela antecipatória baseada em fundado receio de dano não tem efetividade mediante a via expropriatória, deve ser admitida, inclusive para que seja observada a Constituição Federal, a tutela antecipatória de soma por meio da imposição de multa”²². É bem verdade que o legislador não atribuiu, de maneira expressa, a possibilidade de utilização da multa nas execuções de tutela antecipada de soma em dinheiro, apenas decretando que a efetivação da tutela antecipada observará, no que couber, e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588 (revogado), 461, §§4º e 5º, e 461-A, todos do CPC (art. 273, §3.º, do CPC). Entretanto, a ausência de previsão legal expressa não anuncia um veto direcionado ao juiz, proibindo-o de se valer da multa como forma de motivar o devedor a cumprir uma obrigação pecuniária, deferida em sede de tutela antecipada.

O Estado, ao desautorizar a auto-tutela, assumindo para si o monopólio da jurisdição, além de constituir para si um dever, edificou para os integrantes da sociedade o direito de obterem a tutela jurisdicional de forma adequada e tempestiva, direito esse inserido na CF/88, notadamente nas linhas mestras que dão contorno ao princípio da inafastabilidade do Judiciário. Obviamente que essa obrigação de prestar a tutela jurisdicional de maneira adequada, tornando efetivo o direito material perseguido, implica a necessidade de se construir procedimentos diferenciados, sintonizados com a variabilidade dos direitos materiais. Contudo, é incoerente – consoante vem pontuando a doutrina encabeçada por Luiz Guilherme Marinoni – com os ditames constitucionais a idéia de que, em não havendo procedimento positivado na legislação processual, ajustado às necessidades do direito material perseguido, deve o Estado simplesmente negar a devida prestação jurisdicional. Soa inconstitucional o argumento de que, em não havendo procedimento positivado, devidamente ajustado à efetivação da tutela antecipada de soma em dinheiro, ao Estado caberia unicamente negar a efetividade pretendida, maniatando-se no procedimento próprio regulado pelo Livro II do CPC – ou nas regras que regem a execução provisória, ou, ainda, no novo procedimento criado para o cumprimento da sentença, pela Lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005 (art. 475-I e segs., do CPC).

Em sede de tutela antecipada, tutela jurisdicional efetiva é aquela concedida de

21 Mais uma vez, importante a transcrição das lições do mestre Luiz Guilherme Marinoni: “Esse último modelo executivo (execução por expropriação) não serve para dar efetividade à tutela urgente. Aliás, é completamente inadequado à necessidade de obtenção de soma em dinheiro de modo urgente. A Constituição Federal, ao garantir o direito à tempestividade da tutela jurisdicional, também garante o direito às modalidades executivas adequadas a cada situação conflitiva concreta. Assim, se a execução da tutela antecipatória baseada em fundado receio de dano através da via expropriatória é inefetiva, não há como não admitir a sua execução mediante a imposição de multa, inclusive para que a própria Constituição seja observada.” E finaliza seu entendimento: “A efetividade da tutela antecipatória pressupõe que ao juiz tenha sido outorgada uma ampla latitude de poderes destinados à determinação das modalidades executivas adequadas. Não é preciso que o legislador tenha deferido ao juiz, expressamente, a possibilidade de usar a multa para efetivar a tutela antecipatória. A possibilidade de seu uso decorre do fato de que a outorga de poder (poder de conceder tutela antecipatória) implica a outorga de meios para que esse poder possa ser concretizado. Não há procedência em pensar que a multa só pode ser utilizada se prevista, uma vez que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (no caso à tutela antecipatória) não pode ser desconsiderado quando, diante de determinado caso concreto, a efetivação da tutela jurisdicional depender de sua utilização.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *A efetividade da multa na execução de sentença que condena a pagar dinheiro*. Disponível em <www.professormarinoni>. Acessado em 08/03/2006).

22 MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 268-269.

maneira quase instantânea, plenamente capaz de acelerar, parcial ou integralmente, os efeitos executivos da sentença de mérito. E, por óbvio, o procedimento de execução por quantia certa contra devedor solvente, ou, aquele, que regula a execução provisória, não serão capazes de garantir um resultado de tal natureza e vigor. A multa²³, desde que direcionada a devedor com condição patrimonial suficiente ao pagamento do crédito, desponta como meio coercitivo de eficácia comprovada na praxe forense, já que age sobre o seu espírito, compelindo-o a cumprir a determinação judicial – afinal, revela-se bem mais interessante pagar o principal sem qualquer acréscimo oriundo da incidência de multa. Acredita-se que sua utilização ajusta-se perfeitamente à execução de tutela antecipada de soma em dinheiro. Porém, deve o juiz atentar-se, ao arbitrar a multa – por requerimento ou de ofício –, sempre mediante decisão fundamentada, para a necessidade de dar ao réu a oportunidade de adimplir a obrigação ou justificar o não cumprimento²⁴.

4.2. A penhora *on line*

A chamada penhora *on line* também se apresenta como um valioso meio executório destinado à efetivação da tutela antecipada de soma em dinheiro. E é, mais uma vez, Luiz Guilherme Marinoni quem atenta para essa situação, indicando ser ela uma alternativa bastante importante para garantir a necessidade de imediata efetivação da tutela antecipada de importância pecuniária²⁵. O sistema BACENJUD, popularmente conhecido como penhora *on line*, é disponibilizado pelo Banco Central a todos os órgãos do Poder Judiciário que com ele firmem convênio. Trata-se de um sistema desenvolvido pelo próprio Banco Central e que lhe possibilita um melhor aproveitamento de seus quadros de pessoal, já que um expressivo número de servidores era disponibilizado para a leitura e encaminhamento das determinações judiciais provenientes de todo o País. A par disso, ganhou maior agilidade e eficiência no

23 A jurisprudência de vanguarda já acompanha esse entendimento. Exemplo interessante ocorreu em Uberaba, MG, onde uma missionária italiana faleceu após consumir um patê de fígado fabricado pela empresa Sadia S.A. No dia 17 de fevereiro do ano de 2005, a referida mulher teria ingerido o tal patê, cuja data de validade teria vencido dois dias antes do consumo (15/02/2005). Naquele mesmo dia, sentiu forte indisposição, ingressando num processo de vômitos; deu entrada no Pronto Socorro do Hospital São Domingos, localizado naquela mesma cidade. Em 22 de fevereiro, a missionária veio a óbito em decorrência de *botulismo tipo "A"*, conforme indicaram os resultados dos exames realizados no patê e no material orgânico da vítima, pelo Instituto Adolfo Lutz. O filho da missionária, cuja idade alcançava apenas nove anos, ajuizou ação indenizatória contra a referida indústria de alimentos. Postulou tutela antecipatória, requerendo o adiantamento de soma pecuniária mensal para lhe garantir a subsistência. O pedido a título de tutela antecipatória foi acolhido de pronto pelo Juiz da 5ª. Vara Cível da Comarca de Uberaba, Dr. Wagner Guerreiro. Para garantir o cumprimento da determinação judicial, foi estabelecida uma multa diária de igual valor para o caso de descumprimento. A decisão se baseou nas provas de que a morte ocorreu por botulismo e que foi provocada pelo consumo do patê. O juiz esclareceu, ainda, que o menor está desamparado, sem pai, órfão de mãe, contando apenas com o apoio de sua guardiã judicial, pessoa de parcos rendimentos. Com a perda da mãe, passou também a necessitar de acompanhamento psicológico. A Sadia S.A. recorreu ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais, alegando que “a morte da missionária se deu por sua própria culpa, ao consumir, imprudentemente, produto vencido.” Contudo, suas argumentações não surtiram efeito. Os Desembargadores Antônio Sérvulo (Relator), José Flávio de Almeida e Nilo Lacerda negaram provimento ao agravo de instrumento, mantendo a liminar deferida em primeiro grau de jurisdição, e isso em consideração ao vasto conjunto de provas em favor do menor e o risco de que lhe seja causada lesão grave e de difícil reparação, já que se encontra com quadro de saúde agravado e dificuldades financeiras. (Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Agravo de Instrumento n. 1.071.05.122115-1/001, Relator Desembargador Antônio Sérvulo, julgado em 30/11/2005. Informações obtidas no site <www.espacovital.com.br>. Acessado em 21/02/2006).

24 Não há que se pensar que a utilização da multa tem por condão eliminar a possibilidade de se executar por expropriação. Nada disso. A multa é mais um meio à disposição da efetividade de tutela jurisdicional. Atua conjuntamente, somando-se aos demais meios executórios, sempre focando a satisfação do credor.

25 MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 271.

procedimento construtivo, minimizando o insucesso das diligências²⁶.

O bloqueio de créditos disponíveis em contas bancárias tem evidente amparo na legislação nacional, tanto que sempre foi realizado, embora demandasse recursos mais morosos, consistentes na expedição de ofícios ao Banco Central, para identificação da existência de contas bancárias dos devedores e de disponibilidade de créditos, seguindo-se a diligência de constrição através de oficial de justiça. Quando a conta se situava em comarca diversa da área de competência geográfica do magistrado, fazia-se necessária a expedição de carta precatória para que outro juízo implementasse a constrição. Toda demora inerente ao procedimento tradicional, no mais das vezes, acabava por permitir que o devedor frustrasse a penhora, efetuando o saque de seus depósitos. Agora, o juiz pode encaminhar ofícios, via internet, às instituições financeiras, solicitando informações sobre a existência de contas bancárias ou aplicações financeiras em nome do devedor, determinando o bloqueio e/ou o desbloqueio de contas, ou requisitando outras informações que vierem a ser definidas pelas partes²⁷.

Esse meio executivo, a exemplo do que ocorre com a imposição de multa, apenas surtirá efeito positivo acaso o réu possua patrimônio, notadamente dinheiro, aplicado ou depositado em contas bancárias. Entretanto, tal constatação não desabona a importância desse mecanismo, pois, pelo princípio da responsabilidade patrimonial, o devedor, efetivamente, sempre responderá por suas dívidas com o patrimônio que possui. Sendo assim, havendo ausência de patrimônio, a execução restará frustrada, ao menos temporariamente, não em função da ineficácia do sistema BACENJUD, mas pela existência de obstáculos inerentes ao próprio ordenamento jurídico.

Atente-se, ainda, não ser coerente exigir-se do credor o esgotamento de todas as diligências e alternativas necessárias à localização de bens penhoráveis no patrimônio do devedor, antes de requisitar – e obter o deferimento de seu pedido – a penhora *on line*. Salvo melhor juízo, essa imposição, mesmo na ação de execução, mostra-se desprovida de fundamento jurídico,²⁸ apesar de muitos juízes entenderem de maneira contrária. Em se tratando de execução de tutela antecipada de soma pecuniária, mais razão ainda há para afastar essa idéia infundada, justamente em função da *urgência* que impregna os casos concretos em que ela é postulada. Ora, apenas haverá efetividade na execução de tutela de soma em dinheiro, quando essa soma for prontamente entregue ou disponibilizada ao autor. Por assim ser, absolutamente correta a decisão que ordena, de imediato, bloqueios de em contas correntes, ou aplicações financeiras, em nome daquele que se encontra obrigado a cumprir uma tutela antecipada de soma de dinheiro, e que, mesmo depois de intimado, se recusa a adimplir a determinação judicial, cuja efetividade se mostra imprescindível para garantir um direito relacionado ao direito de crédito – direito esse, muitas vezes, *fundamental*, a exemplo daquele vinculado à própria vida.

Em se tratando de execução de tutela antecipada de soma em dinheiro, logo depois de bloqueada a conta bancária ou aplicação financeira por meio do sistema BACENJUD, deverá o magistrado, de imediato, ordenar a expedição de alvará autorizando o levantamento, parcial ou integral, do numerário, nos exatos parâmetros da decisão. Afinal, o mero bloqueio não serve para satisfazer a pretensão urgente, tendo força meramente acautelatória. Logo, apenas

26 COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *Anamantra divulga nota em defesa da penhora on line*. Disponível em <<http://www.espcovital.com.br/asmainsnovas06082004x.htm>>. Acessado em 15/12/2005.

27 MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 272.

28 MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 272.

haverá efetividade depois que o dinheiro for levantado, entregue e utilizado por aquele que obteve a concessão da tutela de urgência.

Finalmente, não se poderia deixar de registrar que a recentíssima Lei n. 11.382, de 6 de dezembro de 2006, responsável por mais uma etapa de reformas do CPC, regulamentou a penhora *on line*, e isso mediante a criação do novo art. 655-A. Destarte, o juiz, para viabilizar a penhora em dinheiro, encontra-se legalmente autorizado, sempre mediante requerimento do credor, a requisitar à autoridade supervisora do sistema bancário, *preferencialmente por meio eletrônico*, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo, no mesmo ato, determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução. As informações limitar-se-ão à existência ou não de depósito ou aplicação até o valor indicado na execução. E mais: competirá ao executado, acaso assim queira, demonstrar que as quantias depositadas em conta-corrente estão revestidas de alguma forma de impenhorabilidade. Embora tal dispositivo esteja inserido no Livro II do CPC, sua utilização para fundamentar a penhora *on line*, como meio executivo a propiciar efetividade à tutela antecipada, é perfeitamente aceitável.

4.3. Restrição de direitos

A utilização de medida coercitiva destinada à suspensão de direitos também se apresenta como um interessante instrumento a atuar no espírito do inadimplente, de forma a motivá-lo a cumprir uma ordem contra ele imposta. Na lição de Márcio Louzada Carpena *“a restrição a um direito apresenta grande força para os casos em que o devedor ostenta condições de adimplir a dívida principal, mas não possui condições de adimplir com eventual multa coercitiva, a qual, destarte, se apresentaria inócua.”*²⁹

A exemplo da multa, aqui não há que se falar em expropriação. Não há invasão patrimonial a ser empreendida contra o faltoso. Essa medida de apoio não atuará diretamente na esfera patrimonial do devedor, mas se voltará, sim, contra aspectos inerentes do seu viver, tornando mais árdua e complexa a sua existência. Por óbvio, limites não existem. De regra, direitos fundamentais, ou outros a eles conexos, devem ser respeitados. Mas se a execução da tutela antecipada tiver por fim a consecução de um direito fundamental distinto a ela conexa, o qual, naquela circunstância específica mostra-se de maior relevo, a regra poderá ser suplantada e a restrição ao direito fundamental do inadimplente – de menor peso naquele caso concreto – admitida. A análise será feita casuisticamente.

A título de ilustração – e segundo aponta o já citado Márcio Louzada Carpena –, tome-se a medida coercitiva destinada a suspender o direito de dirigir veículos automotores, até que a ordem seja devidamente cumprida. Também a restrição de uso do telefone celular pelo devedor poderá acarretar dissabores em sua vida, desestimulando-o a prosseguir no desatendimento da decisão.³⁰ Igualmente é de se admitir decisão direcionada a registrar apontamento negativo em nome do devedor em cadastros de inadimplentes, restringindo seu crédito até que a tutela antecipada seja devidamente cumprida.

4.4. A prisão

Os alimentos têm por finalidade o fornecimento, ao alimentado, daquilo que for

29 CARPENA, Márcio Louzada. Da execução das decisões de pagar quantia pela técnica diferenciada. *Revista de Processo*, 140. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006. p. 130.

30 CARPENA, Márcio Louzada. Da execução das decisões de pagar quantia pela técnica diferenciada. *Revista de Processo*, 140. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006. p. 130.

preciso para a manutenção de sua subsistência, assegurando-lhe condições mínimas de sobrevivência e dignidade. Essa manutenção se concretiza, ou pelo fornecimento mesmo de alimentos (*in natura* ou obrigação alimentar própria), ou mediante a prestação de meios destinados a obtê-los (obrigação alimentar imprópria).

No elenco dos direitos e garantias fundamentais, encontra-se norma expressa impondo que “*não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel*” (art. 5.º, LXVII, da CF/88).

De igual modo, é a própria CF que apresenta conceito de *débitos de natureza alimentícia*:

“*Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil, em virtude de sentença transitada em julgado*” (art. 100, §1º-A, da CF/88).

A mera leitura de tais dispositivos conduz à conclusão de que *débitos de natureza alimentar* não são apenas aqueles oriundos de *vínculo familiar* entre credor e devedor, mas, também, os decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez fundadas na responsabilidade civil. Ou seja, uma interpretação constitucional da expressão *alimentos* evidencia toda sua amplitude, alheia às limitações de cunho eminentemente parental. Aliás, é nesse rumo o entendimento do jurista italiano Roberto de Ruggiero, lição perfeitamente ajustada ao Direito pátrio, quando afirma que a “*obrigação alimentar pode nascer entre estranhos, por virtude de convenção ou de disposição testamentária ou por efeito de um delito, ou por virtude da lei entre pessoas ligadas por um determinado vínculo de parentesco ou de afinidade*”³¹.

Há, sim, uma tendência doutrinária e jurisprudencial restritiva às obrigações de cunho eminentemente alimentar, para alguns maniatadas tão-somente a circunstâncias judiciais envolvendo partes adversárias que possuem algum vínculo familiar. E isso evidentemente ocorre com o intuito de limitar, ao máximo, a prisão civil por dívidas. De todo modo, a doutrina, e a própria jurisprudência de vanguarda, já vêm apresentando inclinações de revolta contra esse entendimento restritivo, contrário à própria CF. Repita-se: os alimentos não se limitam apenas ao que seja necessário à alimentação humana, relacionando-se diretamente à própria subsistência do alimentado, de modo a albergar o vestuário, a educação, o tratamento de saúde, enfim, todas aquelas despesas que a pessoa, como integrante da sociedade, necessita para viver com um mínimo de dignidade. Sendo assim, é quase óbvia a constatação de que a indenização, postulada em ação fundada em ato ilícito, *poderá* ter caráter alimentar. Imagine-se, por exemplo, situação em que um homem é levado à morte, em razão de um acidente de consumo, deixando esposa e filhos que dele dependiam integralmente. Aqui não há qualquer diferença ontológica entre a indenização eventualmente postulada por familiares do morto em desfavor do responsável pelo sinistro, e a condenação de soma em dinheiro, que um parente requer a outro para garantir sua subsistência, numa ação de alimentos. Incontestavelmente, em ambos os casos os pedidos referem-se a *alimentos*.

Contudo, é de se saber se a prisão civil poderia ser utilizada como medida executiva

31 RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Atualizado por Paulo Roberto Benasse. Campinas: Bookseller, 1999. v.2, p. 73-74.

a motivar o cumprimento de tutela antecipada de pagamento de soma em dinheiro, em ações indenizatórias por ato ilícito. Na intenção de elucidar esse problema, é curioso observar que o legislador constitucional estabeleceu que a indenização por morte ou invalidez, fundada em responsabilidade civil, apenas teria caráter alimentar³², *quando fundada em sentença transitada em julgado* (art. 100, §1º, da CF/88). Ora, se a indenização postulada em sede de tutela antecipada é naturalmente deferida por meio de uma decisão interlocutória, numa interpretação voltada exclusivamente à literalidade da lei, não seria ela verba de natureza alimentar, *mormente porque a norma constitucional fala em sentença transitada em julgado, e não em decisão interlocutória*. Decerto o constituinte não se atentou sobre a importância da tutela antecipada como instrumento concretizador dos alimentos, não a levando em consideração ao positivizar o art. 100, §1º-A, da CF/88. Entretanto, a norma constitucional existe e é bem clara. De qualquer sorte, não se há que descartar, de plano, a possibilidade de utilização desse meio coercitivo, próprio à execução de alimentos, na execução de tutela antecipada de soma em dinheiro, requerida em ação de indenização, sem antes estar-se defronte ao caso concreto. É a análise caso a caso que irá permitir ao julgador decidir sobre a possibilidade de se valer desse vigoroso meio executivo, próprio à obrigação alimentar, visando à execução de tutela antecipada de soma em dinheiro. Ser-lhe-á lícito superar a limitação constitucional (art. 100, §1º-A, da CF/88) se um direito fundamental, de maior relevância naquele caso concreto, encontrar-se na eminência de ser afetado. O princípio da proporcionalidade certamente conduzirá, de maneira ajustada, a decisão judicial. Consoante leciona o aplaudido mestre Luiz Guilherme Marinoni, o problema da prisão civil deve ser pensado sob uma perspectiva voltada aos direitos fundamentais. Se realmente se mostra necessário vedar a prisão do devedor que não possui patrimônio – e assim considerar um direito fundamental –, é absolutamente indispensável aceitar seu uso para garantir a efetividade da tutela de outros direitos fundamentais. Em não sendo efetivamente tutelado, o direito perde sua qualidade.

Por óbvio que a

“proibição de fazer justiça-de-mão-própria não tem muito sentido se ao réu for dada a liberdade de descumprir a decisão que concedeu razão ao autor, pois

32 Luiz Guilherme Marinoni é enfático ao afirmar que os meios executivos indicados nos arts. 733 e 734 do CPC são também utilizáveis como maneira de dar efetividade aos alimentos fundados em ato ilícito. Esclarece o jurista: *“A importância de pensar em direito fundamental à tutela jurisdicional, ao se abordar a necessidade de meio executivo adequado, reside em que a interpretação da lei deve sempre privilegiar o direito fundamental. Se o intérprete é obrigado a extrair da norma processual a sua máxima efetividade – desde que, obviamente, não sejam postos em risco outros direitos dignos de proteção –, é seu dever buscar o meio executivo capaz de dar efetividade aos alimentos indenizativos.”* E continua: *“No CPC, especificamente entre os arts. 732 e 735, é prevista a chamada “execução de prestação alimentícia”. Sustenta-se que esse procedimento não é aplicável aos alimentos indenizativos, mas apenas aos alimentos de direito de família. Assim não seria possível, para se dar efetividade aos indenizativos, o uso da prisão (art. 733, §1.º, CPC) ou o desconto em folha (art. 734, CPC). Essa última posição entende que a diversidade da fonte dos alimentos pode justificar a diferenciação dos meios de execução. Mas a conclusão é extraída de premissa falsa, pois a fonte dos alimentos não importa quando aponta para o mesmo grau de necessidade. Ora, como é absolutamente lógico, o que deve levar à discriminação dos meios executivos é a necessidade da soma em dinheiro, e não a fonte dos alimentos. Se a necessidade do credor de alimentos de direito de família é a mesma da do credor de alimentos indenizativos, e se esse último possui direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional, é obrigatória a conclusão de que os meios executivos que estão nos arts. 733 e 734 do CPC são aplicáveis aos alimentos fundados em ato ilícito. Frise-se, aliás, que a Constituição Federal, ao afirmar que a prisão é possível em caso de dívida alimentar (art. 5.º, LXVII, CF), teve a intenção de deixar evidenciada a possibilidade de se usar a prisão, como meio de coerção, em relação a qualquer espécie de obrigação alimentar. Tanto é que não fez qualquer alusão à fonte dos alimentos que por ela poderiam ser beneficiados”.* (MARINONI, Luiz Guilherme. *A efetividade da multa na execução de sentença que condena a pagar dinheiro*. Disponível em <www.professormarinoni>. Acessado em 08/03/2006).

*nesse caso ela estará fazendo prevalecer sua vontade, como se o Estado não houvesse assumido o monopólio da jurisdição, cuja atuação efetiva é imprescindível para a existência do próprio ordenamento jurídico*³³.

Ao cabo dessas considerações, na execução de tutela antecipada de soma em dinheiro, cuja natureza é alimentar, será lícito ao juiz, depois de deferida a tutela antecipada, ordenar que o réu efetue o pagamento ou justifique a impossibilidade de efetuar-lo, em conformidade com o disposto no art. 733 do CPC. Desatendida a ordem, ou não se escusando o devedor, o juiz deverá determinar – se o caso concreto comportar – o desconto em folha de pagamento da importância postulada a título de alimentos, sendo igualmente possível que determine sejam as prestações cobradas de alugueres de prédios ou de quaisquer outros rendimentos do devedor, que serão recebidos diretamente pelo alimentado ou por depositário nomeado pelo juiz. De igual forma, a multa e a penhora *on line* são meios executivos que poderão ser utilizados em tais casos. A prisão é alternativa última,³⁴ cabível acaso o réu não atenda à ordem, ou não sendo possível, no caso concreto, o desconto em folha ou o desconto de alugueres e rendimentos. Repita-se: são os contornos do caso concreto que orientarão o juiz em sua decisão³⁵. Caberá ao juiz decidir se o meio executório pretendido pelo autor mostra-se adequado a garantir a efetividade da tutela antecipada, sendo-lhe autorizado optar por meio outro, que não aquele postulado pelo interessado. Conquanto não haja na lei um catálogo impondo a ordem a ser seguida no momento de se determinar um meio executivo, a melhor exegese certamente implantará na mente do julgador a idéia de que a prisão, por ser medida extrema, deve ser colocada como alternativa derradeira.

5. CONCLUSÕES

Hoje se tem consciência de que o direito processual civil não deve ser estudado e praticado isoladamente, alheio as necessidades inerentes ao próprio direito material. Se, outrora, essa concepção foi importante para o próprio desenvolvimento dessa vertente da Ciência do Direito, hodiernamente ela se mostra superada, sobretudo numa interpretação alinhada aos ideais constitucionais, preocupada com a efetividade dos princípios constitucionais e direitos fundamentais. Nessa linha, os direitos material e processual não são estanques. Ao revés, eles se complementam. Um rege condutas as quais todos estão vinculados e devem respeito. O outro estabelece formas e caminhos a serem seguidos para a satisfação de pretensões vinculadas ao direito material não voluntariamente satisfeitas. O direito material sem o processo corre sério

33 MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 257.

34 Nesse ponto, Márcio Louzada Carpena apresenta opinião diversa: “*A pena de prisão, ainda que meramente coercitiva, não se afigurará possível, porquanto no nosso sistema é absolutamente proibida a prisão civil fora dos casos autorizados pela própria Constituição Federal de 1988, a qual limita a permissão às hipóteses de alimentante inadimplente e depositário infiel.*” (CARPENA, Márcio Louzada. Da execução das decisões de pagar quantia pela técnica diferenciada. *Revista de Processo*, 140. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.130).

35 Aqui se defende a utilização da prisão como meio executivo plenamente apto a realizar o direito material pretendido a título de tutela antecipatória. A prisão, como consequência da desobediência injustificada da ordem judicial, também tem cabimento, muito embora, nesse caso, perderá ela o caráter de meio executivo, considerando que o seu objetivo passa a ser repressivo. Segundo a lição de Jorge de Oliveira Vargas, “*é possível, excepcionalmente, o juiz civil considerar em flagrante delito, por crime de desobediência, de prevaricação ou do Decreto 201, art. 1.º, XIV, a pessoa que, sem justificativa plausível, descumpra a sua ordem, pois acima do direito individual daquele que abusa de seu direito de autonomia da vontade, está o interesse coletivo em fazer com que a jurisdição seja eficiente, e que bens ou valores relevantes sejam efetivamente protegidos, ainda que com o sacrifício da liberdade do renitente.*” (VARGAS, Jorge de Oliveira. *As consequências da desobediência da ordem do juiz civil*. Sanções: pecuniária e privativa de liberdade. Curitiba: Juruá, 2003. p. 184).

risco de inutilidade. O processo sem o direito material é inimaginável, não possuindo qualquer serventia. Logo, estando o intérprete imbuído desses valores, certamente se aperceberá da coerência das idéias aqui delineadas, defendidas por parte considerável da doutrina de vanguarda nacional. Se aperceberá que, se concedido um pedido de tutela antecipada, *cuja verossimilhança é condição para decisão de tal estirpe*, concluindo o juiz pender fortemente o julgamento final em prol do autor, e *havendo necessidade emergencial que justifique a aceleração da tutela*, sob pena de a prestação jurisdicional restar infrutífera ao final, a melhor interpretação é realmente aquela que admite a execução dessa decisão no mesmo processo em que foi ela concedida, e mediante técnica que aproxime o procedimento de *execução de obrigação de fazer* ao de *execução de obrigação pecuniária*. Para o jurisdicionado, cujas necessidades são emergenciais e imediatas, o que realmente interessa é a obtenção de uma efetividade quase instantânea. Manter o raciocínio em modelos procedimentais devidamente prescritos na lei, mas alheios à natureza da tutela antecipada e à necessidade material jurisdicionado, é negar vigência ao direito fundamental da tutela jurisdicional efetiva, tornando a decisão nada mais do que mera ficção jurídica.

6. ABSTRACT:

This brief work make reference at fear of "execution" or "effection" of an amount of money advanced in custody, following, among several doctrines positions which already exist, those what rule a interpretation of the light of fundamental law of legal capacity in vigour.

KEY WORDS: Urgent tutelage. Amount of money. Execution.

7. REFERÊNCIAS

- ARMELIN, Donald. Tutela jurisdicional diferenciada. *Revista de Processo*, 65. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992.
- ASSIS, Araken. *Execução da tutela antecipada*. Disponível em <www.abdpc.org.br>. Acessado em 02/03/ 2006.
- CARPENA, Márcio Louzada. Da execução das decisões de pagar quantia pela técnica diferenciada. *Revista de Processo*, 140. SP : Revista dos Tribunais, 2006. p. 115-134.
- CARREIRA ALVIM, J.E. *Alterações do Código de Processo Civil*. 3ª. ed. RJ : Editora Impetus, 2006.
- COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *Anamantra divulga nota em defesa da penhora on line*. Disponível em <<http://www.espcovital.com.br/asmainsnovas06082004x.htm>>. Acessado em 15/12/2005.
- FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela de evidência*. SP : Saraiva, 1996. p. 129
- JÚNIOR, Humberto Theodoro. O cumprimento das medidas cautelares e antecipatórias. *Revista de Processo*, 139. Revista dos Tribunais : São Paulo, 2006. p. 7-27.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 8. ed. SP: Malheiros, 2004.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *A efetividade da multa na execução de sentença que condena a pagar dinheiro*. Disponível em <www.professormarinoni.com.br>. Acessado em 08/03/2006
- RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Atualizado por Paulo Roberto Benasse. Campinas: Bookseller, 1999. v. 2,
- TUCCI, José Rogério Cruz e. Sentença condenatório. *Tribuna do Direito*. Ano 13. Fevereiro de 2006. p. 8
- VARGAS, Jorge de Oliveira. *As conseqüências da desobediência da ordem do juiz cível*. Sanções: pecuniária e privativa de liberdade. Curitiba: Juruá, 2003.
- YARCHELL, Flávio Luiz. "Efetivação da tutela antecipada: uma nova execução civil?". *Processo e Constituição*. Coordenação: Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Tereza Arruda Alvim Wambier. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006. p. 330-339.
- ZAVASCKI, Teoria Albino. *Antecipação da tutela*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.



PRINCÍPIOS QUE REGEM O MODERNO INQUÉRITO POLICIAL

Elster Lamoia de Moraes¹

RESUMO:

O Inquérito Policial, desde a sua inserção no ordenamento jurídico, em 1871, sofreu poucas alterações quanto à sua formalidade e à sua regulamentação legal. Todavia, com o advento da nova ordem constitucional, passou por profundas mudanças no que tange à sua finalidade, exigindo, na sua instrução, a observância dos princípios constitucionais e de boa parte dos princípios infraconstitucionais aplicáveis ao processo penal. Assim, deixou de ser “mera peça informativa do órgão acusador estatal”, para se tornar verdadeiro instrumento de busca da verdade real e de defesa da cidadania e da dignidade da pessoa humana, na medida em que é procedimento “transparente” e isento capaz de atender aos anseios sociais de uma efetiva repressão penal, sem abrir mão da manutenção dos direitos e garantias individuais dos investigados assegurados pela Constituição.

PALAVRAS-CHAVE: Penal. Processual penal. Polícia Judiciária. Inquérito Policial. Investigação. Princípios aplicáveis.

SUMÁRIO:

1. Introdução – 2. Histórico da organização criminal no Brasil e o surgimento do Inquérito Policial – 3. Natureza e características do Inquérito Policial – 4. Princípios que regem o Inquérito Policial – 4.1 Princípios constitucionais – 4.1.1 Princípio da legalidade – 4.1.2 Princípio da impessoalidade – 4.1.3 Princípio da moralidade – 4.1.4 Princípio da publicidade – 4.1.5 Princípio da eficiência – 4.1.6 Princípio da celeridade – 4.1.7 Princípio do controle – 4.2 Princípios infraconstitucionais – 4.2.1 Princípio da economia processual – 4.2.2 Princípio da oficialidade – 4.2.3 Princípio do impulso oficial – 4.2.4 Princípio da indisponibilidade – 4.2.5 Princípio da verdade real – 4.2.6 Princípio da não-contraditoriedade – 4.2.7 Princípio da imparcialidade – 5. Função social do Inquérito Policial – 6. Conclusões – 7. Abstract – 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O inquérito policial é, por excelência, o procedimento investigatório destinado à apuração da materialidade e da autoria das infrações penais, sendo o primeiro instituto regulado no Código de Processo Penal (artigos 4º a 23). Sua criação, no ordenamento jurídico pátrio, remonta ao final do Século XIX e, conquanto tenha sofrido poucas alterações de ordem formal, desde aquela época, tem passado, desde então, por profundas transformações quanto aos métodos de investigação nele empregados. Isso culminou, após a promulgação da atual Constituição, numa fase eminentemente técnica, ou o mais técnica possível da investigação, que fez com que as polícias judiciárias da União e dos Estados-membros, cada vez mais, passassem a contar com policiais especialmente treinados para promover investigações, coordenados por autoridades policiais bacharéis em Direito que, sempre que possível, valem-se do auxílio técnico-científico de peritos criminais. Todos realizam, contudo, a atividade de investigação sob a égide de princípios constitucionais que resguardam e garantem ao(s) investigado(s) o respeito aos seus direitos expressamente estabelecidos na Constituição e nas leis que compõem

1 Delegado de Polícia Federal. Chefe da Delegacia de Repressão a Crimes Contra o Patrimônio da Superintendência Regional do Departamento de Polícia Federal em Minas Gerais. Bacharel em Direito pela UFMG. Especialista em Direito Público pelo Centro Universitário Newton Paiva. e-mail: elster.elm@dpf.gov.br

o ordenamento jurídico pátrio. Não obstante, o inquérito policial ainda continua a ser regulado por legislação processual datada de 1941, que pouco ou nada se modificou na parte em que trata deste instituto, o que contribuiu para a rasa abordagem do tema inquérito policial por parte dos professores dos cursos de graduação em Direito, bem como pelos doutrinadores, seja em manuais de processo penal seja em artigos jurídicos, de forma que os profissionais de Direito, que não tiveram contato prático com o inquérito policial, saem da faculdade com poucos conhecimentos sobre o seu trâmite, bem como sem saber da sua importância enquanto meio de formalização de uma investigação criminal, o que os faz engrossar o coro dos que criticam a eficiência e a própria existência do instituto, ou, quando muito, contribui para que tenham a falsa impressão de que o inquérito policial é uma “mera peça informativa” do órgão estatal de acusação. Olvidam-se eles, contudo, que a grande maioria das ações penais em curso foi precedida de inquérito policial, baseia-se nas provas produzidas naquele procedimento e, na maior parte das vezes, acaba por converter em provas, mediante a aplicação do contraditório e da ampla defesa, os indícios obtidos e as provas produzidas na investigação policial, formalizada no inquérito policial que serviu de base às mesmas.

Pretende-se, com o presente trabalho, sem entrar no mérito da discussão sobre a exclusividade da investigação criminal por parte das polícias judiciárias, revelar que o inquérito policial moderno, além das características comumente explicitadas de ser procedimento inquisitivo, escrito, sigiloso, obrigatório e indisponível, também é regido, tal qual o processo criminal, por determinados princípios, como o da oficialidade, do impulso oficial, do inquisitório, da economia processual, celeridade e brevidade, do controle, da imparcialidade do Delegado de Polícia e dos demais servidores públicos envolvidos na investigação (Agentes de Polícia, Escrivães de Polícia, Papiloscopistas e Peritos Criminais) e, principalmente, pelo princípio da verdade real, fim a ser buscado em toda investigação policial. Da mesma forma, objetiva-se demonstrar a existência, no ordenamento jurídico vigente, de um direito/dever à investigação de fato supostamente criminoso por parte da Polícia Judiciária, previamente à ação penal (*persecução penal extra judicio*), a ser exercido em sede de inquérito policial, justamente devido à aplicação daqueles princípios, que o tornam um procedimento hábil a reunir, de forma imparcial, elementos de prova que permitam o ajuizamento da ação penal e o desenvolvimento válido do processo penal a ser instaurado, uma vez conhecido o fato em grau suficiente para apurar a existência do crime e da sua autoria, reconhecendo-se, por fim, que o inquérito policial é verdadeiro instrumento de defesa da cidadania e da dignidade da pessoa humana. Justifica-se o presente trabalho pela necessidade atual de se demonstrar, pelos motivos expostos no parágrafo precedente, que o inquérito policial não mais pode ser considerado, pejorativamente, como “mera peça informativa” do órgão acusador estatal, destacando-se a sua importância na apuração da verdade real, de vez que é voltado para a **apuração imparcial** de práticas criminosas, consistindo a sua instauração e instrução em um direito/dever de investigação por parte da autoridade policial, características que o tornam utilizável, inclusive, para a defesa do(s) investigado(s), principalmente quando a Polícia Judiciária reúne provas ou indícios veementes da sua não-participação, ou da inexistência de crime.

2. HISTÓRICO DA ORGANIZAÇÃO CRIMINAL NO BRASIL E O SURGIMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL

No Brasil, as primeiras medidas tendentes a promover a organização criminal remontam a 1531, quando foram conferidos pelo então Rei de Portugal, D. João III, ao Go-

vernador-geral nomeado, Martim Afonso de Souza, amplos poderes não só para organizar a administração, como também para promover a justiça e estabelecer o serviço de ordem pública do modo que julgasse mais conveniente. Daquela data até 1556, aproximadamente, as jurisdições cível e criminal, englobada nesta última a atividade hoje vista como policial, atribuídas pelo Monarca ao Governador-geral, de forma ampla, foram, por este último, delegadas, sucessivamente, de acordo com as alterações administrativas promovidas ao longo do tempo, a outras pessoas (juízes ordinários das vilas, donatários das Capitânias hereditárias, ouvidores-gerais dos distritos, Governador-geral do Norte e Governador-geral do Sul, etc), estabelecendo-se, dessa forma, as bases da justiça brasileira. De 1556 até 1640, com o domínio espanhol sobre Portugal, o Brasil passou a ser regido pelas Ordenações Filipinas, cujo livro V dispunha sobre o processo criminal. Em 1640, com a restauração da monarquia portuguesa, a administração do Brasil voltou a reger-se pelas Ordenações Manuelinas. Somente em 1712, com D. João VI, foi estabelecida a independência do Poder Judiciário em relação aos Governadores-gerais, sendo que, em 29 de novembro de 1832, foi promulgado o Código de Processo Criminal, que não tratava, contudo, do inquérito policial, nem estabelecia qualquer outro procedimento semelhante, de natureza investigatória.² Até então, as atribuições policiais e processuais penais ficavam a cargo do Judiciário, que as exercia, inicialmente, através dos Juízes de Paz, auxiliados pelos Inspetores de Quarteirão e, posteriormente, com a edição da Lei nº 261, de 3 de dezembro de 1841, pelo Chefe de Polícia, escolhido dentre os Juízes de Direito das Comarcas e que era auxiliado por Delegados e Subdelegados, nomeados pelo Imperador.³

A distinção entre Polícia Administrativa e Polícia Judiciária apenas foi feita em 31 de janeiro de 1842, com a edição do Regulamento nº 120, que regulamentou a Lei nº 261, de 03 de dezembro de 1841. No entanto, somente em 1871, com a edição da Lei nº 2.033, de 20 de setembro, regulamentada pelo Decreto-lei nº 4.824, de novembro do mesmo ano, foi criado o instituto do inquérito policial, definido como sendo o conjunto de “diligências necessárias para o descobrimento dos factos criminosos, de suas circunstâncias e dos seus autores e complicés” (art. 42, *caput*, do Decreto-lei nº 4.824, de 1871) e que ficava a cargo dos Delegados, subordinados aos Chefes de Polícia, que, por sua vez, integravam o Poder Judiciário.⁴ Com a Constituição de 24 de fevereiro de 1891, facultou-se aos Estados-membros a possibilidade de legislar sobre direito processual penal, tendo alguns deles editado seus Códigos de Processo Penal. Posteriormente, com a Constituição de 1934, estabeleceu-se que competia privativamente à União legislar sobre direito processual, disposição mantida na Constituição de 1937. Como consequência, foi editado, em 3 de outubro de 1941, o Decreto-lei nº 3.689, contendo o Código de Processo Penal, em vigor até a presente data. O Código de Processo Penal dispõe nos artigos 4º a 23 sobre o inquérito policial, feito, em regra, pela Polícia Judiciária (Polícia Cível dos Estados e Polícia Federal), vinculada ao Poder Executivo, sob a presidência da autoridade policial, o Delegado de Polícia.

Eis o disposto nos artigos 4º a 7º, do CPP:

Art. 4º. A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações

2 AQUINO, José Carlos G. Xavier de. *Manual de Processo Penal*, p. 85; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, p. 196.

3 ANDRADE, Ivan Morais de. *Polícia Judiciária*, p. 13-18.

4 FONSECA, Gilson. *Noções Práticas de Processo Penal*, p. 9; AQUINO, José Carlos G. Xavier de. *Manual de Processo Penal*, p. 85; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, p. 196.

penais e da sua autoria.

Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.

Art. 5º. Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado:

I - de ofício;

II - mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

§ 1º. O requerimento a que se refere o nº II conterá sempre que possível:

a) a narração do fato, com todas as circunstâncias;

b) a individualização do indiciado ou seus sinais característicos e as razões de convicção ou de presunção de ser ele o autor da infração, ou os motivos de impossibilidade de o fazer;

c) a nomeação das testemunhas, com indicação de sua profissão e residência.

§ 2º. Do despacho que indeferir o requerimento de abertura de inquérito caberá recurso para o chefe de Polícia.

§ 3º. Qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito.

§ 4º. O inquérito, nos crimes em que a ação pública depender de representação, não poderá sem ela ser iniciado.

§ 5º. Nos crimes de ação privada, a autoridade policial somente poderá proceder a inquérito a requerimento de quem tenha qualidade para intentá-la.

Art. 6º. Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais;

II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais;

III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;

IV - ouvir o ofendido;

V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por 2 (duas) testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura;

VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações;

VII - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias;

VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes;

IX - averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter.

Art. 7º. Para verificar a possibilidade de haver a infração sido praticada de

determinado modo, a autoridade policial poderá proceder à reprodução simulada dos fatos, desde que esta não contrarie a moralidade ou a ordem pública.”

Se compararmos os dispositivos acima com o conteúdo do art. 42 do Decreto-lei nº 4.824, de 1871, chegaremos à conclusão de que o inquérito policial pouca ou nenhuma alteração sofreu na essência da sua regulamentação legal e, até mesmo, na sua essência formal, desde a sua criação no ordenamento jurídico pátrio.

3. NATUREZA E CARACTERÍSTICAS DO INQUÉRITO POLICIAL

Como forma de manter a harmonia na sociedade e o direito de liberdade dos cidadãos, o Estado estabeleceu determinadas regras de conduta por meio da edição de leis gerais e abstratas. Prevendo-se a possibilidade do surgimento de conflitos de interesses entre os cidadãos e a necessidade da solução pacífica dos mesmos, como forma de se manter a paz social, foi abolida a possibilidade de resolução desses conflitos pela força, estabelecendo-se que a composição de litígios somente poderá ser feita pelo próprio Estado, no exercício da função jurisdicional. Contudo, aos bens mais importantes da sociedade, resolveu-se atribuir maior grau de proteção, editando-se as normas penais, com a cominação de penas restritivas de direitos, privativas da liberdade ou, até mesmo, de morte, ficando o Estado com a titularidade do direito de punir (*jus puniendi*). Por conseqüência, uma vez descumprida alguma das normas penais, o direito de punir até então previsto em abstrato passa a existir de forma concreta para o Estado, revelando-se na pretensão punitiva do infrator, ou seja, de fazer subordinar-se o interesse do autor da infração penal ao interesse do Estado de punir aquela violação da norma penal. Esse conflito de interesses é resolvido por meio da função jurisdicional do Estado, num processo penal, resguardadas as garantias constitucionalmente estabelecidas para o acusado.

Promove o Estado, então, pela ação penal, a persecução penal (*persecutio criminis*), com vistas a tornar efetivo o *jus puniendi* decorrente da prática do crime, impondo-se ao seu autor a sanção penal cabível.⁵ Todavia, para que se proponha a ação penal, o Estado deve dispor de elementos probatórios que comprovem a materialidade do crime e a sua autoria, de modo a se evitar que um cidadão seja alçado à condição de acusado sem o mínimo de subsídio que justifique o exercício da ação penal. Estes elementos de convicção, no direito brasileiro, em regra, são colhidos no inquérito policial, realizado pela Polícia Judiciária, sob a presidência do Delegado de Polícia.

Segundo a Exposição de Motivos do Código de Processo Penal,

“o inquérito policial, como instrução provisória, antecedendo à propositura da ação penal [...] constitui uma garantia contra apressados e errôneos juízos, formados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime ou antes que seja possível uma exata visão de conjunto de fatos, nas suas circunstâncias objetivas e subjetivas”.

Pode-se afirmar, então, que o inquérito policial é um **procedimento administrativo**, de vez que promovido por órgão do Poder Executivo, que objetiva possibilitar o exercício da ação penal com a satisfação dos requisitos do art. 43 do Código de Processo Penal, apresentando as seguintes características: a) inquisitorial (não contraditório); b) de instau-

5 MIRABETE, Júlio Fabrini. *Processo Penal*, p. 78/79.

ração obrigatória; c) indisponível; d) escrito; e) não sujeito a rito pré-definido; f) sigiloso; e g) sujeito a prazo certo. Como aqui já se afirmou, o inquérito policial tem por **finalidade imediata** colher o mínimo necessário de elementos de convicção sobre determinado crime e seu(s) autor(es) para que a persecução penal seja levada a juízo por meio da ação penal. **De forma mediata**, visa possibilitar a realização em concreto do direito de punir do Estado, com a responsabilização criminal do(s) autor(es) das infrações penais nele apuradas, de forma a reprimir a conduta criminosa e a prevenir a prática de outros crimes. Consta-se, portanto, que o inquérito policial é eminentemente investigatório, não voltado à resolução de uma lide ou à imposição de uma sanção penal ao responsável pela prática da infração penal no bojo do próprio inquérito policial⁶, não sendo, por tudo isso, um processo, mas procedimento administrativo informativo, tanto assim que o Código de Processo Penal o distingue da instrução criminal, regulando os institutos em artigos e capítulos diversos (artigos 4º/23 e 394/405, respectivamente)⁷. E, justamente por não se tratar de processo, com acusado formalmente indicado, mas de procedimento administrativo, sem a possibilidade de imposição de sanção ao suposto autor da infração penal, **não se lhe aplica o contraditório**, disto decorrendo a sua natureza **inquisitorial**, voltada primordialmente ao recolhimento de indícios suficientes sobre a autoria e a materialidade do crime que justifiquem a instauração de uma ação penal.

O inquérito policial é de **instauração obrigatória** (art. 5º, I, do Código de Processo Penal) pela autoridade policial, tão logo ela tome conhecimento da prática de infração sujeita a ação penal pública e, uma vez instaurado, é **indisponível**, devendo o resultado das investigações ser encaminhado ao Ministério Público por intermédio do Poder Judiciário, não podendo a autoridade policial arquivar autos de inquérito policial (art. 17 do Código de Processo Penal). Por expressa determinação do art. 9º do Código de Processo Penal, o inquérito policial é procedimento **escrito, não sujeito a rito pré-definido**, salvo no que tange às imposições legais quanto à sua forma de instauração, que somente se dá por meio de portaria ou de auto de prisão em flagrante delito, ou, ainda, quanto a determinadas diligências legalmente exigidas, como, por exemplo, o exame de corpo de delito (art. 158 do Código de Processo Penal). É **revestido do sigilo** necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade (art. 20, *caput*, do Código de Processo Penal), resguardando-se, todavia, o acesso do Judiciário, do Ministério Público e do investigado ou procurador por ele constituído aos autos. Caracteriza-se o inquérito policial, ainda, como procedimento administrativo sujeito a **prazo certo**, estabelecido em lei e, em algumas situações, prorrogável pelo Judiciário, em atendimento a pedido fundamentado da autoridade policial (art. 10 do Código de Processo Penal e disposições constantes de leis especiais).

4. PRINCÍPIOS QUE REGEM O INQUÉRITO POLICIAL

O inquérito policial é o procedimento administrativo destinado à apuração de infrações penais, consistindo na formalização escrita de todos os atos de investigação técnico-científicos realizados pela Polícia Judiciária, sob a presidência do Delegado de Polícia, para a comprovação da materialidade do crime e a identificação dos responsáveis pela sua prática, de modo a conferir justa causa à instauração da ação penal correspondente. Por se tratar de procedimento administrativo, deve submeter-se aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública, estabelecidos no art. 37 da Constituição Federal. Da mesma forma,

6 MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Processual Penal*, p. 180

7 MIRABETE, Júlio Fabrini. *Processo Penal*, p. 82.

por estar ligado à proteção da sociedade e da paz social e envolver diretamente liberdades individuais, sobretudo as dos investigados, é regido pelos princípios insertos na Constituição Federal na parte relativa aos direitos e garantias individuais (art. 5º). Ainda em virtude da sua natureza administrativa, mas, principalmente, por se tratar de procedimento regulado no Código de Processo Penal, que visa dar suporte fático-probatório a uma ação penal voltada para a repressão penal, e sem embargo da opinião contrária de alguns doutrinadores⁸, deve observar os princípios que, em virtude da política processual penal adotada pela República Federativa do Brasil, encontram-se inseridos no Código de Processo Penal e no restante da legislação infraconstitucional, sob pena de, eventualmente, vir a causar prejuízos à ação penal que visa instruir e servir de base.

Destarte, podemos identificar como princípios constitucionais aplicáveis ao inquérito policial os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, da celeridade e do controle. Os princípios infraconstitucionais que regem o inquérito policial são o princípio da economia processual, da oficialidade, do impulso oficial, da indisponibilidade, da verdade real, da não-contraditoriedade e da imparcialidade.

4.1 Princípios constitucionais

4.1.1 Princípio da legalidade

Previsto expressamente no art. 5º, II, da Constituição Federal e referido no *caput* do art. 37 da Carta Magna como aplicável a toda Administração Pública, constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais, na medida que impõe os limites da atuação administrativa, possibilitando à Administração Pública somente fazer o que a lei permite.⁹ Manifesta-se no inquérito policial de duas formas: a) impondo ao Delegado de Polícia a prática de determinados atos vinculados, decorrentes da obrigatoriedade de instauração do procedimento e da necessidade de apuração da materialidade e da autoria do crime; e b) facultando à autoridade policial a prática de atos discricionários necessários às investigações, limitando-se, contudo, o poder investigatório, na medida em que, ao órgão investigador, somente é possível tomar as medidas de restrição às liberdades individuais conforme as disposições da lei.

Na primeira vertente, por imposição do princípio da legalidade, é dever da autoridade policial a prática de determinados atos vinculados, tais como: a instauração do inquérito policial, a sua instrução com a produção de determinado tipo de prova, como, por exemplo, o exame de corpo de delito, a condução das investigações até a apuração da verdade real ou até o esgotamento das diligências possíveis e a comunicação do resultado das investigações ao Judiciário.

Na segunda vertente, o princípio da legalidade faculta ao Delegado de Polícia, durante as investigações, a realização de atos discricionários necessários à apuração da verdade real, atos estes que variam conforme as peculiaridades do crime que se está apurando (v.g. oitiva de testemunhas, acareação, requisição de documentos, vigilância de suspeitos, etc).

Contudo, são impostos limites a esses mesmos atos quando eles possam vir a afetar as liberdades individuais do investigado, exigindo-se prévia autorização judicial para a sua prática, nestes casos. É o que ocorre, por exemplo, quando da realização de busca e apreensão

8 MIRABETE, Júlio Fabrini. *Processo Penal*, p. 82

9 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 81/82.

são em situação não flagrancial, do afastamento de sigilo bancário e de sigilo telefônico, da decretação de prisão temporária ou preventiva, dentre outras hipóteses.

4.1.2 Princípio da impessoalidade

O princípio da impessoalidade está previsto no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, bem como no art. 2º, parágrafo único, III, da Lei nº 9.784/99. No inquérito policial, pode ser visto sob dois aspectos: a) observado em relação ao(s) investigado(s); e b) relativamente à própria Polícia Judiciária.¹⁰ No primeiro sentido, implica que o inquérito policial não pode ser utilizado com vistas a prejudicar ou beneficiar determinadas pessoas, mas, tão somente, para apurar a verdade real sobre o fato criminoso, com vistas à sua repressão e à prevenção de novos crimes. Isto não quer dizer que não possa haver interesse público ou particular na atividade do inquérito. Pelo contrário, em qualquer crime existe o interesse público na apuração do fato criminoso e na descoberta da autoria daquele fato, motivado pelo objetivo de pacificação social decorrente do exercício da atividade de persecução criminal. Da mesma forma, existe um interesse particular da vítima do crime no sucesso da investigação criminal, pois ela, além de ver a repressão da prática criminosa, com o sucesso do inquérito policial e o posterior exercício da ação penal culminando em um provimento condenatório, poderá obter, posteriormente, a declaração da obrigação do autor do crime de reparar o dano causado. O que não se permite é que exista interesse público ou particular de descoberta da autoria do fato diante de um indivíduo determinado. No segundo sentido, previsto expressamente no art. 2º, parágrafo único, III, da Lei nº 9.784/99, estabelece-se que o inquérito policial é realização da Polícia Judiciária e não dos policiais que o conduzem em nome do órgão policial, razão pela qual não pode ele ser utilizado para a promoção pessoal dos agentes ou autoridades envolvidos na investigação nele realizada. De se observar, ainda, que, por extensão, tal princípio deve ser observado pelos demais servidores públicos que tiverem acesso ao inquérito policial durante a sua instrução, como os integrantes e membros do Poder Judiciário e do Ministério Público.

4.1.3 Princípio da moralidade

Encontra previsão expressa no *caput* do art. 37 da Constituição Federal e no art. 2º, parágrafo único, IV, da Lei nº 9.784/99, que o traduz como a “atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé”. Pelo princípio da moralidade, é trazido para dentro do ordenamento jurídico todo o ordenamento moral, de forma que a conduta do servidor público/administrador, ainda que formalmente legal, se for imoral, será também ilegal. Em outras palavras, não basta conformidade com o ordenamento jurídico, o ato administrativo também precisa estar conforme a moral vigente, para que seja legal na acepção ampla da palavra. Como forma de aferir essa moralidade na Administração Pública, foi desenvolvido o conceito de probidade administrativa, que se traduz na soma do comportamento legal com o moralmente adequado.¹¹

No que tange ao inquérito policial, por se tratar de procedimento administrativo regulado por norma processual penal, diretamente ligado a uma posterior ação penal à qual visa instruir, a maior parte das leis processuais penais já traz implícita em seu texto forte carga moral, como forma de garantir ao máximo as liberdades individuais dos cidadãos e coibir

10 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 85.

11 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 83/85

eventuais abusos no exercício do poder punitivo estatal. Destarte, pode-se afirmar que o conceito de probidade administrativa, em se tratando do inquérito policial, fica quase restrito à análise da legalidade *stricto sensu*, de vez que, na maioria das situações, o que é moralmente adequado já foi positivado como uma garantia penal ou processual penal. A título de exemplo, veja-se a proibição do uso de provas ilícitas, bem como as destas derivadas, norma tipicamente mais afeta ao campo da moralidade (cujo mandamento moral seria: “os fins não justificam os meios”), do que ao campo da legalidade propriamente dito, que, no entanto, encontra assento no próprio texto constitucional¹². Idêntico é o caso da presunção de inocência, também assegurada constitucionalmente a todo investigado pela prática de infração penal¹³.

4.1.4 Princípio da publicidade

O princípio da publicidade aplica-se à Administração Pública, por força do que dispõe o *caput* do art. 37 da Constituição Federal. No que tange ao inquérito policial, por disposição expressa do *caput* art. 20 do Código de Processo Penal, há que se falar em uma publicidade relativa, que, por determinação legal, deve ser restringida quando a elucidação do fato ou o interesse da sociedade assim o exigirem¹⁴. Como o inquérito policial é procedimento administrativo, de natureza pública, portanto, há uma aparente contradição nessa restrição de publicidade. Há que se observar, todavia, que o inquérito policial, além de procedimento administrativo, é inquisitorial, sendo essa sua característica inquisitorial que demanda o sigilo, impedindo a ampla divulgação dos atos investigatórios praticados pela polícia judiciária, previamente à sua realização ou, até mesmo, posteriormente, sob pena de não apuração integral do fato criminoso. O sigilo no inquérito policial, segundo MIRABETE,

“é qualidade necessária a que possa a autoridade policial providenciar as diligências necessárias para a completa elucidação do fato sem que se lhe oponham, no caminho, empecilhos para impedir ou dificultar a colheita de informações com ocultação ou destruição de provas, influência sobre testemunhas, etc”¹⁵.

Destarte, sendo o inquérito policial procedimento escrito, a publicidade dos atos nele praticados se dá pelo exame dos autos, após a realização das diligências pela Polícia Judiciária, pelas partes da relação de direito penal que o ensejou, ou seja, pela vítima e pelo investigado e também pelo órgão acusador, que são as pessoas com legítimo interesse nas investigações promovidas no inquérito policial.

4.1.5 Princípio da eficiência

Encontra previsão no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, bem como no *caput* do art. 2º da Lei nº 9.784/99. Aplicado ao inquérito policial, impõe aos servidores públicos envolvidos na sua condução o melhor desempenho possível das suas atribuições, para a apuração da verdade real sobre o fato criminoso investigado. Assim, pode servir de limitação ao princípio da legalidade no que diz respeito à prática, no inquérito policial, de determinados

12 Art. 5º. [...] – “LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

13 Art. 5º. [...] – “LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

14 Art. 20. A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.

15 MIRABETE, Júlio Fabrini. *Processo Penal*, p. 83.

atos vinculados. Isto porque, se a prática do ato, apesar de conveniente e oportuna, por força de lei, não for eficiente no caso concreto, não estará a autoridade policial obrigada a praticá-lo.

Com efeito, a título de exemplo, uma vez colhidas provas suficientes sobre a prática de determinado crime, não há justificativa para que a autoridade policial aguarde por meses a conclusão de determinado exame pericial que apenas iria corroborar tais provas para, só então, relatar o inquérito, atrasando, dessa forma, a propositura da ação penal. Neste caso, conquanto haja a determinação da realização do exame pericial, poderá o mesmo ser concluído após o término do inquérito policial, remetendo-se o laudo, posteriormente, ao Juízo respectivo.

Da mesma forma, se na mesma investigação, já devidamente apurada, constatar-se que seis foram as testemunhas do crime, tendo sido inquiridas apenas duas, estando a autoridade policial com dificuldades em localizar as outras quatro testemunhas, que se tratam de estrangeiros que estavam em trânsito no local do crime, não estará a autoridade policial obrigada a proceder à oitiva das quatro testemunhas faltantes, devendo apenas mencionar, no seu relatório, a existência dessas testemunhas, bem como a qualificação completa delas, para posterior oitiva eventualmente necessária na fase judicial. Isto porque a realização das oitivas faltantes, conquanto seja conveniente e oportuna para a instrução do inquérito policial, não se revela eficiente, de vez que poderá causar prejuízos à ação penal que vier a ser instaurada (v.g. prescrição da pretensão punitiva), prejuízos estes decorrentes da demora na localização e oitiva de tais pessoas.

4.1.6 Princípio da celeridade

Inserido no art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal¹⁶ por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, referido princípio determina que o inquérito policial seja concluído no menor tempo possível. Permitem-se, contudo, justificadas prorrogações de prazo e tramitação superior ao prazo estabelecido no Código de Processo Penal ou legislação especial, desde que proporcionais às dificuldades impostas pela própria natureza ou condições em que foi praticado o crime investigado. Referido princípio encerra tanto uma garantia para o investigado, no sentido de não permanecer nesta condição mais tempo do que o necessário para o esclarecimento do fato e apuração da sua participação no crime, quanto em uma garantia para a própria sociedade de que o fato criminoso por ela repudiado será apurado de forma eficiente, possibilitando a repressão da sua prática no menor prazo possível.

4.1.7 Princípio do controle

Por força desse princípio, é feita a fiscalização das atividades exercidas pela Polícia Judiciária, com o objetivo de garantir a observância de suas finalidades institucionais e coibir eventuais abusos ou desvios de finalidade que possam ocorrer durante a investigação do fato criminoso. O controle das atividades de polícia judiciária é feito tanto internamente (autotutela), pelas Corregedorias de Polícia, quanto externamente, pelo Poder Judiciário, pelo Ministério Público e pelas partes de direito material (investigado/vítima) envolvidas no inquérito policial (tutela). O controle feito pelo Poder Judiciário decorre do que estabelece o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal¹⁷, bem como das disposições constantes dos artigos

16 Art. 5º. [...] – “LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

17 Art. 5º. [...] – “XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

4º a 23 do Código de Processo Penal, que determinam que o inquérito policial seja sempre fiscalizado pelo Juízo competente para processar e julgar a futura ação penal que visa instruir. O controle ministerial, por sua vez, encontra previsão expressa na Constituição Federal, no art. 129, VIII¹⁸, e é regulamentado nos artigos 9º e 10 da Lei Complementar nº 75/93.

Quanto ao controle externo da atividade policial feito pelas partes de direito material envolvidas no inquérito policial, o investigado e a vítima, ele se justifica porque, existindo interesse de ambos na conclusão das investigações, têm eles, por força do princípio constitucional da publicidade, aqui já estudado, direito de acesso aos autos do inquérito policial e aos documentos deles constantes, permitindo-se, destarte, que, ao tomarem conhecimento das investigações realizadas, manifestem-se ou comuniquem aos órgãos aqui mencionados qualquer irregularidade que tenham constatado no trabalho policial, bem como que requeiram à autoridade policial a realização de diligências que entendam pertinentes à apuração do fato investigado.

4.2 Princípios infraconstitucionais

4.2.1 Princípio da economia processual

O princípio da economia processual é essencial para assegurar a observância dos princípios constitucionais da eficiência e da celeridade. No inquérito policial, tal princípio obriga a autoridade policial a utilizar os meios mais racionais na busca de provas e indícios durante a instrução do inquérito policial, condenando a adoção de linhas investigativas ou de diligências que possam resultar em conclusões às quais se poderia chegar mais rapidamente com a adoção de outras medidas mais céleres. Justifica-se, desta forma, a produção, no inquérito policial, de “prova emprestada”, sobretudo a testemunhal e a documental decorrentes de procedimento administrativo de apuração realizado por outros órgãos públicos (CGU, TCU, etc) quando estas, por si sós, servirem para a instrução do inquérito policial ou muito contribuírem para tal finalidade. Da mesma forma, impõe a realização de diligência por agente policial ou perito criminal em cartórios, por exemplo, para a localização e obtenção mais célere de documentos que, por requisição, via ofício, certamente demorariam mais tempo para serem remetidos à autoridade policial.

4.2.2 Princípio da oficialidade

Como já se afirmou, o exercício do *jus puniendi* é função essencial do Estado, razão pela qual devem ser instituídos órgãos que assumam a persecução penal. Em sendo o inquérito policial atividade de persecução exercida, via de regra, pelas Polícias Judiciárias, ele é uma atividade oficial de Estado. Por força desse princípio, salvo as exceções expressamente previstas em lei, a atividade de investigação realizada tipicamente no inquérito policial, como a realização de oitivas, requisição de exames periciais, etc, somente pode ser desenvolvida por Delegados de Polícia, ou sob a supervisão destes, por seus agentes¹⁹. Deste modo, tirante as exceções legais expressamente previstas, outros servidores públicos não poderão exercer funções investigativas típicas de Polícia Judiciária. Não se exclui, todavia, a possibilidade

18 “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] “VII – exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior”.

19 Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria. Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.

de terceiros, sobretudo a vítima, obterem informações e, até mesmo, provas da prática criminosa, desde que esses atos ditos investigativos não adentrem na esfera de atribuições afetas ao órgão policial judiciário.

4.2.3 Princípio do impulso oficial

Por força deste princípio, a autoridade policial, em regra, independe de provocação para iniciar o inquérito policial. Tão logo tome conhecimento de determinada prática criminosa cuja ação penal for pública, tem o Delegado de Polícia o dever de instaurar o inquérito policial e prosseguir na sua apuração até exaurir as diligências possíveis e úteis à investigação. Excepcionam-se apenas os crimes cuja ação penal depender de ato de vontade da vítima, ocasião em que o inquérito policial dependerá de provocação dessa vítima. Isto porque não teria sentido exigir-se representação ou queixa-crime da vítima para a ação penal e não se exigir essa manifestação de vontade para a instauração de inquérito policial. Todavia, neste último caso, de apuração de crime de ação penal privada ou pública condicionada, uma vez feita a representação pela vítima e iniciado o inquérito policial, a autoridade policial tem o dever de prosseguir até o final da investigação, não podendo dispor do inquérito policial.

4.2.4 Princípio da indisponibilidade

Previsto expressamente no art. 17 do Código de Processo Penal²⁰, traduz o mandamento de que, uma vez iniciado o inquérito policial, ele deve obrigatoriamente prosseguir até a sua conclusão, não se permitindo à autoridade policial dispor do inquérito policial instaurado. Da mesma forma, garante que, uma vez instaurado um inquérito policial, ele será remetido ao juízo competente, relatando-se todas as diligências realizadas e que somente poderá ser arquivado por decisão judicial, após manifestação do Ministério Público nesse sentido.

4.2.5 Princípio da verdade real

O inquérito policial, por se tratar de procedimento que dá suporte ao exercício da ação penal, deve buscar colher elementos que garantam que o *jus puniendi* será exercido contra aquele que praticou a infração penal, detalhando a sua participação e a sua conduta (se dolosa ou culposa, motivação, etc), não encontrando limites na forma ou na iniciativa das partes.²¹

No inquérito policial, deve-se dar à investigação a maior amplitude e a maior profundidade possíveis, não se contentando com uma verdade formal, limitada, criada por presunções ou ficções, mas buscando-se identificar a verdadeira forma como os fatos investigados ocorreram.²² Impõe-se à autoridade policial, portanto, a busca da verdade real, ainda que a vontade das partes de direito material envolvidas no inquérito policial não corresponda a essa determinação legal.

4.2.6 Princípio da não-contraditoriedade

Diversamente do processo penal ao qual visa instruir, o inquérito policial é regido pelo princípio da não-contraditoriedade. Dois são os principais motivos da existência desse princípio: a) o fato de, no inquérito policial, não existir pluralidade de partes antagônicas; e

20 Art. 17. A autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito.

21 MIRABETE, Júlio Fabrini. *Processo Penal*, p. 47.

22 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, p. 40/42.

b) a sua característica inquisitorial, culminando na existência, naquele procedimento, apenas de atos desempenhados pela Polícia Judiciária na busca da verdade real, sem imposição de sanção penal no procedimento investigatório, não demandando, portanto, a observância do contraditório. Ademais, se no inquérito policial existisse contraditório, ele seria processo, de modo que teríamos uma situação anômala, onde o processo administrativo antecederia necessariamente o processo judicial.

4.2.7 Princípio da imparcialidade

O inquérito policial, procedimento administrativo que busca a apuração da verdade real relativamente à prática de determinado crime, deve ser desenvolvido de forma imparcial, tanto pela autoridade policial que o preside, quanto pelos demais servidores que o auxiliam (Escrivães, Agentes, Peritos, Papiloscopistas, etc). É comum entre os doutrinadores a afirmação de que a atividade investigatória realizada no inquérito policial é parcial, vez que voltada à produção de provas para que o órgão de acusação promova a ação penal. Tais afirmações dizem respeito à **finalidade** buscada no inquérito policial, de apuração da autoria e da materialidade do crime, que pode realmente ser vista como parcial, levando-se em conta que é tendente a “municiar” uma das partes do processo penal, no caso, a acusação.

Todavia, não se deve confundir esta finalidade do inquérito com a **conduta** dos profissionais envolvidos na investigação, que deve ser imparcial no sentido de não se limitar à busca pela produção de provas contra ou a favor de determinada pessoa investigada, parte da relação de direito material que ensejou a instauração do inquérito policial, mas de buscar a verdadeira forma como o ato criminoso ocorreu e o verdadeiro responsável pela sua prática. Isto, aliás, permite ao Delegado de Polícia, após as investigações, concluir expressamente pela não-participação de determinado investigado num crime, ou, até mesmo, pela própria inexistência do crime, o que não seria admissível, caso a sua conduta fosse parcial, hipótese em que necessariamente teria que agrupar provas ou indícios para incriminar determinada pessoa.

Não foi por outro motivo, senão o de evidenciar a imparcialidade da conduta dos profissionais de polícia judiciária, que o legislador dispôs na parte final do art. 107 do Código de Processo Penal que as autoridades policiais deverão declarar-se suspeitas, quando ocorrer motivo legal.²³ Destarte, atuando de forma parcial na condução do inquérito policial, a autoridade policial e os demais profissionais que o auxiliam poderão estar praticando, além de infrações disciplinares, crimes como prevaricação, advocacia administrativa ou abuso de autoridade. Constata-se, portanto, que a imparcialidade dos investigadores está diretamente ligada aos princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade e ao princípio da verdade real.

5. FUNÇÃO SOCIAL DO INQUÉRITO POLICIAL

Por força dos princípios anteriormente explicitados, sobretudo os da legalidade, oficialidade e do impulso oficial, uma vez praticado um fato tipificado em lei como criminoso, surge para o Delegado de Polícia um dever de investigação desse mesmo fato, visando a apuração da sua autoria, bem como da sua materialidade e das circunstâncias envolvidas na

²³ Art. 107. Não se poderá opor suspeição às autoridades policiais nos atos do inquérito, mas deverão elas declarar-se suspeitas, quando ocorrer motivo legal.



sua prática. Caso não seja instaurado o inquérito policial ou, ainda que instaurado, não sejam bem conduzidas as investigações, buscando-se alcançar a sua finalidade, estarão a autoridade policial e os demais policiais envolvidos na instrução do inquérito policial sujeitos a responsabilização criminal e administrativa (disciplinar).

Por outro lado, há que se falar em um direito da autoridade policial em realizar essa investigação, de vez que, enquanto servidor público e cidadão, tem o Delegado de Polícia interesse em ver restabelecida a paz social por meio da repressão à prática ilícita violadora da norma de conduta a todos imposta. Por tais motivos, estando sujeito aos citados princípios constitucionais e infraconstitucionais, há que se destacar que o inquérito policial, antes visto como procedimento de exercício do poder autoritário do Estado, tendente a violar os direitos do investigado, deve ser encarado hoje como instrumento de defesa da cidadania e da dignidade da pessoa humana, característica que revela a verdadeira função social do inquérito policial moderno.

Com efeito, realizando-se a investigação policial de forma responsável e com observância dos princípios elencados no presente trabalho, de modo a conhecer o fato criminoso em grau suficiente para afirmar a existência do crime e da sua autoria, com vistas a justificar o processamento ou o não-processamento de determinada pessoa a quem se imputa o fato criminoso, evitando-se que acusações infundadas prosperem, torna-se o inquérito policial utilizável, inclusive, para a defesa do(s) investigado(s), principalmente caso a Polícia Judiciária reúna provas ou indícios veementes da sua não-participação ou da inexistência de crime.

De se destacar, a título de exemplo, o recente “caso Francenildo”, onde um inquérito policial inicialmente instaurado para se apurar a movimentação financeira de um caseiro que havia denunciado irregularidades envolvendo o então Ministro da Fazenda, foi convertido em investigação na qual constatou-se a violação do sigilo bancário daquele mesmo caseiro, promovida a mando do Ministro da Fazenda, culminando no formal indiciamento deste último e concluindo-se pela regularidade da movimentação financeira do caseiro.

Da mesma forma, na denominada Operação Curupira, em que foram investigados servidores do IBAMA suspeitos de favorecerem madeireiros em desmatamentos praticados no Mato Grosso, dentre os quais o Gerente Executivo do Ibama naquele Estado, constatou-se, durante os vários meses de investigação promovida pela Polícia Federal, o não-envolvimento daquele servidor com a quadrilha investigada, fato expressamente mencionado, fundamentadamente, na representação feita pelo Delegado de Polícia Federal que presidia o caso. Não obstante, o Ministério Público Federal, inadvertidamente, representou pela prisão temporária do citado Gerente, pedido deferido pela Juízo Federal, tendo o mesmo Gerente Executivo do IBAMA se valido do resultado das investigações feitas pela Polícia Judiciária da União para requerer e conseguir a revogação da sua prisão, conforme amplamente divulgado pelos meios de comunicação, à época.

Por tudo isso, sobretudo em casos como estes aqui mencionados, não há como negar que o inquérito policial constitui atualmente mais que “mera peça informativa” do órgão acusador estatal, destacando-se a sua importância na apuração da verdade real, de vez que é voltado para a **apuração imparcial** de práticas criminosas, constituindo, quando bem conduzido, verdadeiro instrumento de defesa da cidadania e dignidade da pessoa humana.

6. CONCLUSÕES

O inquérito policial, apesar de ser um procedimento administrativo que poucas alterações sofreu quanto à sua formalidade e à sua regulamentação legal desde a sua inserção no ordenamento jurídico pátrio, em 1871, passou por profundas mudanças no que tange aos métodos investigativos empregados na sua instrução. Tais mudanças foram necessárias para a adequação da necessidade da sociedade de reprimir e prevenir os crimes praticados à evolução das práticas criminosas, que demandam, cada vez mais, um maior grau de especialização técnico-científica da Polícia Judiciária para a sua completa apuração. Da mesma forma, em virtude da ordem constitucional vigente desde 1988, o inquérito policial sofreu alterações quanto à busca da sua finalidade, exigindo-se das autoridades policiais a busca da verdade real sobre o fato criminoso investigado sem que se abra mão da proteção dos direitos e garantias individuais do investigado amplamente assegurados num Estado Democrático de Direito como o nosso.

Assim, na instrução do inquérito policial, necessariamente devem ser observados os princípios constitucionais constantes do art. 5º e do art. 37 da Constituição Federal, bem como dos princípios inseridos no Código de Processo Penal e na legislação infraconstitucional aplicável àquele apuratório, de forma a resguardar os direitos e garantias constitucionais dos investigados e impedir eventuais prejuízos à ação penal que o inquérito policial visa instruir e servir de base. Destarte, aplicáveis ao inquérito policial são os princípios constitucionais da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, da celeridade e do controle e os princípios infraconstitucionais da economia processual, da oficialidade, do impulso oficial, da indisponibilidade, da verdade real, da não-contraditoriedade e da imparcialidade.

Por tais motivos, o inquérito policial constitui, hoje, procedimento “transparente” e isento, capaz de atender aos anseios da sociedade de uma efetiva repressão penal aliada à manutenção dos direitos e garantias individuais do investigado assegurados pela Constituição. Contudo, tais mudanças no instituto do inquérito policial pouco têm sido percebidas pelos doutrinadores, professores e, até mesmo, por grande parcela dos profissionais do Direito que com ele lidam diuturnamente, fazendo com que o inquérito policial ainda seja tido como “mera peça informativa do órgão acusador estatal”, pleiteando-se, ao invés do seu aprimoramento, com a agilização das atividades investigatórias e concessão de autonomia às polícias judiciárias, a sua extinção.

Ocorre que, não obstante a patente necessidade de se modernizar o “processamento do inquérito”, há que se reconhecer que ele talvez seja o único instrumento processual penal não contraditório capaz de combinar o interesse social em promover a repressão delitiva com a garantia da busca imparcial da verdade real, observando-se as garantias e liberdades individuais do investigado ainda na fase pré-processual. Ademais, o inquérito policial serve de “contra-peso” ao poder acusatório estatal, de vez que, embora possa vir a ser utilizado pelo Ministério Público numa ação penal, é inteiramente desenvolvido pela Polícia Judiciária, órgão não subordinado ao *parquet*, nem afeto às influências do investigado, mas comprometido com a busca da verdade real, isento e livre, portanto, para realizar a investigação em sua plenitude, atendendo aos anseios da sociedade.

7. ABSTRACT:

The Police Report, since it was inserted in the juridical ordenament, in 1871, suffered few alterations in both its formality and legal regulation. It went through deep changes though, with the coming of the new constitutional order, regarding its purpose; thus, demanding in its instruction the observance of the constitutional and criminal process principles. Therefore, it is no longer a “public attorney’s mere informative piece”, but in fact, true instrument for searching the real truth and defend the citizenship as well as the human person’s dignity, taking the fact that it is a transparent and exempt procedure capable of assisting the social demands of an effective criminal repression, without giving up the rights and individual guarantees granted by the Constitution.

Key words: *Criminal. Criminal Process. Police Report. Applicable principles. Investigation by the Judiciary Police.*

8. REFERÊNCIAS

ANDRADE, Ivan Morais de. *Polícia Judiciária*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1953, p. 13/18.

AQUINO, José Carlos G. Xavier de. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 85/90.

AZEVEDO, Vicente de Paulo Vicente de. *Curso de Direito Judiciário Penal*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 122/145.

CABRAL NETO, Joaquim. *Instituições de Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 21/41.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 80/100.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. 1. ed. Vol. 1. Atualizado por José Geraldo da Silva e Wilson Lavorenti de acordo com a legislação vigente. Campinas: Bookseller, 2000, p. 283/366.

FONSECA, Gilson. *Noções Práticas de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Aide, 1993, p. 09/22.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 91/104.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Processual Penal*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 180/198.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26. ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, 782 p.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Processo Penal*. 16. ed. atual. até janeiro de 2004. São Paulo: Atlas, 2004. 849 p.

NORONHA, E. Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*. 18 ed. Atualizada por Adalberto José Q. Q. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 17/24.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 20. ed. rev. modificada e ampl. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1998. 635 p.



A REPRESENTAÇÃO DOS TRABALHADORES PREVISTA NO ART.11 DA CF/88 E A REFORMA SINDICAL

Veronica Altes Barros¹

Resumo:

Atualmente, é ponto pacífico que o sistema sindical e trabalhista necessita de mudanças. Assim, foi constituído o Fórum Nacional do Trabalho para discutir e elaborar propostas para a denominada Reforma Sindical, com a pretensão de proporcionar maior equilíbrio à relação capital-trabalho, a partir do fomento da negociação. Para que tal pretensão seja alcançada, são necessários: a liberdade sindical, o aprimoramento da autonomia negocial coletiva, e o estímulo à representação dos trabalhadores no local de trabalho. O presente trabalho tratará da representação dos trabalhadores na empresa, prevista no art. 11 da CF/88, e a proposta de sua regulamentação disposta no anteprojeto de lei das relações sindicais, a fim de dar continuidade à análise e reflexão dessa nossa realidade.

Palavras-chave: Representação dos trabalhadores. Artigo 11 da CF/88. Reforma sindical.

SUMÁRIO:

1. Introdução – 2. Representação dos trabalhadores na empresa – Aspectos gerais – 2.1 Tipos de representação – 2.2 Diferenciação – 2.2.1 Participação na gestão e representação na empresa – 2.2.2 Representação sindical e o art. 11 da CF/88 – 2.3 Formas de representação de trabalhadores na empresa previstas em legislação infraconstitucional – 2.4 Experiência brasileira – 2.5 Normas da Organização Internacional do Trabalho – OIT – 2.5.1 Convenção 135 – 2.5.2 Recomendação 143 – 3. Representação dos trabalhadores na empresa – Análise do Art. 11 da CF/88 – 3.1 A Constituição Federal de 1988 – 3.2 Análise do dispositivo constitucional – 3.2.1 Finalidade – 3.2.2 Cabimento – 3.2.3 Eleição, mandato e proteção dos representantes – 3.2.4 Eficácia – 3.3 Definição – 4. Representação dos trabalhadores na empresa prevista no Art. 11 da CF/88 e a reforma sindical – 4.1 Fórum Nacional do Trabalho – 4.2 Objetivos e diretrizes da Reforma Sindical – 4.3 Análise do Projeto de Emenda constitucional e do Anteprojeto em relação à representação de trabalhadores no local de trabalho – 4.3.1 PEC n. 369/2005 – 4.3.2 Anteprojeto da Lei de Relações Sindicais – 4.3.2.1 Objetivos da representação dos trabalhadores no local de trabalho – 4.3.2.2 Número de trabalhadores e representantes – 4.3.2.3 Eleição, mandato e proteção dos representantes – 5. Considerações finais – 7. *Résumé* – 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Ao longo da história dos trabalhadores brasileiros, observa-se uma demanda por organizações internas no âmbito da empresa, a fim de possibilitar um diálogo direto quanto às suas necessidades no local de trabalho. Algumas foram ensaiadas, constituindo as comissões de fábrica, mas não tiveram o estímulo para sua disseminação, pois ao Estado não interessava, uma vez que seria contrária à idéia do corporativismo; algumas entidades sindicais temiam seu enfraquecimento; e os empregadores a diminuição do seu poder organizacional. Apesar das resistências, a partir do final da década de 70, no contexto da redemocratização do país, verifica-se o registro de algumas experiências salutares, refletindo na nova constituição federal,

¹ Coordenadora acadêmica adjunta da graduação e Professora de Direito do Trabalho da graduação e da pós-graduação *lato sensu* da Faculdade de Direito de Campos/RJ. Mestre em Direito Empresarial pela Universidade de Franca/SP. Especialista em Direito Processual Civil e Direito Comercial pela Universidade Federal de Uberlândia/MG.

que formulou dispositivo próprio a respeito. No entanto, a redação do preceito constitucional vem gerando muitas dúvidas, bem como não foi recepcionada pelos atores sociais como almejado. Atualmente, é ponto pacífico que o sistema sindical e trabalhista necessita de mudanças. Assim, foi constituído o Fórum Nacional do Trabalho para discutir e elaborar propostas para a denominada Reforma Sindical, com a pretensão de regulamentar a relação capital-trabalho, proporcionando-lhe maior equilíbrio, a partir do fomento da negociação. Para que tal pretensão seja alcançada, são necessários: a liberdade sindical, o aprimoramento da autonomia negocial coletiva, e o estímulo à representação dos trabalhadores no local de trabalho.

Portanto, diante da importância dada ao tema pela própria Reforma Sindical, o presente trabalho tratará da representação dos trabalhadores na empresa, prevista no art. 11 da CF/88, e a proposta de sua regulamentação disposta no anteprojeto de lei das relações sindicais, a fim de dar continuidade à análise e reflexão dessa nossa realidade. Neste sentido, o trabalho tem como objetivo geral demonstrar a importância de se concretizar a representação não sindical dos trabalhadores no local de trabalho para a evolução do diálogo entre empregados e empregadores, conseqüentemente, do equilíbrio da relação capital – trabalho, a partir dos seguintes objetivos específicos: analisar o dispositivo constitucional sobre representação não sindical do trabalhadores no local de trabalho, mediante análise das formas existentes de representação no local de trabalho e suas diferenciações, com subsídio nas normas internacionais da OIT sobre o tema; apresentar as dúvidas decorrentes de sua interpretação, e dirimi-las a partir da análise do anteprojeto de lei das relações sindicais. Com vista a alcançar tais objetivos, o trabalho foi dividido em três capítulos, o primeiro abordará os aspectos gerais da representação dos trabalhadores no local de trabalho; o segundo analisará o dispositivo constitucional; e o último, discorrerá sobre a regulamentação do art. 11 da CF/88 proposta no anteprojeto.

2. REPRESENTAÇÃO DOS TRABALHADORES NA EMPRESA – ASPECTOS GERAIS

2.1 Tipos de representação:

Conforme Amauri Mascaro do Nascimento, a representação dos empregados na empresa pode variar em cada país ou num mesmo país, bem como em função do número de empregados na unidade produtiva. Assim, apresenta um elenco de modelos diversos:

A co-gestão, nos moles das empresas da Alemanha; os conselhos ou comitês de trabalhadores por empresas, estabelecimentos, seções, departamentos ou locais de trabalho, as seções sindicais na empresa, através das quais o sindicato é legitimado a exercer essa atribuição; a representação mista, sindical e não sindical; a representação unitária quando é uma só e mesma para todos os núcleos de trabalhadores na empresa; a representação múltipla quando separada para cada cédula de trabalhadores na empresa; a representação geral para toda a matéria, como a prevenção de acidente de trabalho; a representação colegiada quando há um órgão ou um grupo de representantes; e a representação singular quando há um representante como delegado do pessoal ou delegado sindical na empresa.²

José Francisco Siqueira Neto, em monografia sobre o tema, classifica os tipos de representação em relação aos integrantes; à composição; aos sindicatos; às empresas; e à forma de instituição. Quanto aos integrantes, podem ser colegiado-coletivas ou singulares/individuais.

2 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000. p.244

As primeiras, quando integradas por mais de um membro, seriam os comitês ou conselhos de empresa; e as segundas, quando desempenhadas por uma só pessoa, os delegados sindicais ou de pessoal.³ Quanto à composição de seus membros, podem ser puras, mistas e paritárias. As primeiras, integradas somente por trabalhadores; as segundas, integradas também por representantes das empresas em número inferior ou superior ao dos trabalhadores; e a última, integradas por representantes dos trabalhadores e dos empregadores em igual número.⁴ Quanto aos sindicatos, podem ser autônomas, controladas pelos sindicatos e contrárias a estes. As primeiras, quando organizadas sem ferir as competências sindicais, sem vinculação com os sindicatos. Estas se subdividem em autônomas e independentes dos sindicatos, quando não há quaisquer prerrogativas sindicais; autônomas e interdependentes dos sindicatos, quando há a existência de determinadas prerrogativas sindicais, como, por exemplo, quanto ao momento de realização das eleições. As segundas, aquelas controladas pelos sindicatos, tem-se quando não há qualquer autonomia ou independência em relação aos sindicatos. E por fim, as contrárias aos sindicatos, quando organizadas para concorrer com aqueles.⁵ Quanto às empresas, podem ser estruturais ou formais. As primeiras possuem poder de decisão na empresa, e as segundas, não.⁶ Quanto à forma de instituição, podem ser voluntárias ou decorrentes de lei. As primeiras são aquelas que decorrem de ato do empregador ou através da negociação coletiva.⁷

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 prevê, no art. 7º, XI, a participação na gestão da empresa, excepcionalmente, conforme definido em lei; no art. 8º, VIII, a representação sindical; e no art. 11, a representação não sindical na empresa. Vale ressaltar que são tipos diversos e não concorrentes de representação, portanto, a fim de melhor organização do tema proposto, necessária a apresentação das características que os diferenciam.

2.2 Diferenciação:

2.2.1 Participação na gestão e representação na empresa:

Participar significa “tomar parte em, associar-se pelo sentimento, pelo pensamento; solidarizar-se”⁸, ou seja, no sentido em questão, fazer parte de um todo, da administração da empresa. Assim, a participação na gestão significa que os trabalhadores irão participar das tomadas de decisões sobre o destino da empresa. Desta forma, a participação na gestão pressupõe, em regra, a representação, mas os trabalhadores são considerados pelo empresário não mais como um subordinado, e sim um colaborador na tarefa de administrar a empresa. Nos dizeres de Arion Sayão Romita, “instaura-se a democracia na empresa.”⁹ Portanto, aquela não se confunde com a representação dos trabalhadores no local de trabalho, pois nesta, o representante não interfere na gestão, não tem poder nas tomadas de decisões da empresa. Atuará de forma a manter um contato direto com o empregador nas questões de interesse dos empregados.¹⁰ Ressalta-se que a participação na gestão se dá por representantes da coletividade dos trabalhadores na empresa, e não pelo sindicato. Assim, não se confunde também com a

3 SIQUEIRA NETO, José Francisco. *Liberdade sindical e representação dos trabalhadores nos locais de trabalho*. São Paulo: LTr, 1999. p. 158.

4 Ibid., p. 159

5 Ibid., p. 159.

6 Ibid., p. 159.

7 Ibid., p. 160.

8 KOOGAN; HOUASSIS, *Enciclopédia e dicionário ilustrado*. Rio de Janeiro: Delta, 1994. p. 627.

9 ROMITA, Arion Sayão. Representação dos trabalhadores na empresa. *Revista LTr*, v. 52, n. 11, nov., 1988, p. 1.333.

10 MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 750.

representação sindical no local de trabalho.¹¹

2.2.2 Representação sindical e o art. 11 da CF/88:

A representação dos trabalhadores no local de trabalho, no sentido amplo, admite dois tipos fundamentais: pelo sindicato ou pelos próprios empregados. O primeiro se caracteriza pela atuação, no interior da empresa, de representante indicado pelo sindicato de trabalhadores, o chamado delegado sindical, e cabe a ele a defesa dos interesses de toda a categoria: fiscalizar o cumprimento da legislação trabalhista e das normas coletivas; formular e encaminhar as reivindicações de melhores condições de trabalho da categoria, naquela empresa, ao sindicato. Atividade reivindicativa ampla. O segundo ocorre com a eleição, pelos próprios trabalhadores de determinada empresa, de representante, sindicalizado ou não, o chamado delegado de pessoal, ao qual incumbe intermediar os interesses internos daqueles diretamente com o empregador, e não de toda a categoria. De acordo com José Augusto Rodrigues Pinto, exerce “uma atividade de cooperação, aconselhamento e apaziguamento dos choques naturalmente surgidos em suas relações diretas com o empregador”¹². Atividade reivindicativa estrita.

Vale mencionar que as comissões de fábrica, instituídas por convenções ou acordos coletivos, enquadram-se nesta segunda modalidade. Ressalta-se, mais uma vez, que tais tipos de representação não se excluem, podem coexistir, desde que não haja uma interferência nos objetivos de cada uma, bem como se tenha em mente o diálogo constante, a fim de não ocorrer contradições, e, por conseqüência, prejuízo aos próprios representados.

2.3 Formas de representação de trabalhadores na empresa previstas em legislação infraconstitucional

No direito brasileiro, existem outras formas de representação de pessoal no interior da empresa, já previstas em legislação ordinária, quais sejam:

- a) Comissões internas de prevenção de acidentes – art. 163, CLT. Será obrigatória a constituição de Comissão Interna de Prevenção de Acidentes – CIPA –, de conformidade com instruções expedidas pelo Ministério do Trabalho, nos estabelecimentos ou locais de obra nelas especificadas – NR 5 da Portaria 3214/78;
- b) Comissões mistas de consulta e colaboração – art. 621, CLT. As Convenções e os Acordos poderão incluir, entre suas cláusulas, disposição sobre a constituição e funcionamento de comissões mistas de consulta e colaboração, no plano da empresa e participação nos lucros. Estas disposições mencionarão a forma de constituição, o modo de funcionamento e as atribuições das comissões, assim como o plano de participação, quando for o caso.

As comissões internas de prevenção de acidentes (CIPA) têm finalidade específica de prevenção de acidentes e doenças decorrentes da prestação de serviços. Atua de forma a observar e relatar as condições de risco nos ambientes de trabalho, e solicitar medidas para reduzir até eliminar os riscos existentes e/ou neutralizá-los. Essa comissão é composta de representantes do empregador e dos empregados. Os primeiros são indicados e os segundos eleitos por escrutínio secreto pelos interessados. Estes últimos possuem garantia de emprego, desde o registro da candidatura, e quando eleitos, até 12 meses após o término do mandato,

11 ROMITA, op.cit., p. 1333.

12 PINTO, José Augusto Rodrigues. O representante dos trabalhadores e o delegado sindical na convenção internacional n. 135. In: PRADO, Ney (Coord.). *Direito sindical brasileiro*. São Paulo: LTr, 1998. p. 205.

exceto nas causas justificadoras: motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro. O mandato dos membros eleitos terá duração de 1 ano, permitida uma reeleição. As comissões mistas previstas no art. 621, CLT, por sua vez, dizem respeito à participação na gestão e nos lucros. Como já referido no item 2.2.1, a primeira está entre as formas de representação, mas não se confunde com aquela disposta no art. 11, CF/88, e conforme o art. 7º, XI, ela ocorrerá, excepcionalmente, nos termos definidos em lei. Quanto à participação nos lucros, ela prescinde de representação e já está disciplinada na lei 10.101/00. Apesar da ausência de norma infraconstitucional a que se refere a Carta Magna, nada impede que as convenções e acordos coletivos instituem tais comissões mistas como dispõe a própria CLT.

A respeito da participação na gestão ensina Arion Sayão Romita:

A intensidade da participação admite quatro graus: informação, colaboração, controle e co-gestão ou participação na direção. O direito de informação significa que o empregador é obrigado a levar ao conhecimento do pessoal certas informações pertinentes ao andamento da empresa. A colaboração autoriza os trabalhadores a emitirem opinião sobre a marcha da empresa: trata-se de intervenção restrita, pois o empregador não está obrigado a seguir os conselhos. O controle admite participação mais ativa por parte dos trabalhadores: estes exercem fiscalização e vigilância sobre as decisões do empregador e velam pela aplicação dos convênios coletivos e do regulamento interno. A co-gestão permite que os representantes dos trabalhadores participem da administração da empresa juntamente com o empresário, já no momento de tomar decisões, já na execução destas.¹³

2.4 Experiência brasileira – breve histórico

Em estudo realizado por Walküre Lopes Ribeiro da Silva, constatou-se que a primeira referência à representação dos trabalhadores na empresa, independentemente de previsão legal, remonta às greves de 1907 em São Paulo, quando a Federação Operária, de orientação anarquista, assume o papel de centro organizador e em sua sede reúnem-se os delegados sindicais para discutir os rumos do movimento.¹⁴ Nas greves de 1917, também se pode verificar o fenômeno, quando os trabalhadores têxteis, desempenhando papel de destaque, mobilizam-se por meio de ligas de bairro e núcleos de empresa, uma vez que inexistia um sindicato da categoria.¹⁵ Nos anos vinte, cresce a importância dos comunistas, que organizam as entidades sindicais em uma estrutura piramidal, tendo no vértice a Confederação Geral dos Trabalhadores (CGT), abaixo as federações, nacionais e regionais, e os sindicatos de base local. Assim, o movimento passa a ser controlado pela cúpula sindical, provocando um sufocamento da representação dos trabalhadores no local de trabalho, o qual se observa ao longo da década de 30.¹⁶ Durante o Estado Novo, instituído com golpe de 1937, a nova Constituição voltou a adotar o modelo baseado no sindicato único, em que o representante legal de toda a categoria econômica ou profissional em uma base territorial, é reconhecido e controlado pelo Estado, exercendo, por consequência, funções delegadas de poder público, a fim de obter maior controle das entidades sindicais para conduzir a atividade econômica do país. E pela impossibilidade de controle interno das empresas, não interessava, portanto, ao Estado a representação dos trabalhadores

13 ROMITA, 1988, p. 1.333-4.

14 SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. *Representação e participação dos trabalhadores na gestão da empresa*. São Paulo: LTr, 1998. p. 158.

15 Ibid., p. 158.

16 Ibid., p. 159-160.

o local de trabalho, tendo em vista que tal mecanismo de organização poderia fortalecê-los, o que contrariaria a idéia do corporativismo.¹⁷ No entanto, em 1944, quando a situação dos empregados do setor industrial, sobretudo da indústria têxtil, é agravada pelas demandas dos países em guerra, observou-se a retomada das comissões internas de trabalhadores. E com a derrota do nazi-fascismo na Segunda Guerra Mundial, propiciando o fim do Estado Novo, houve uma intensificação das greves, algumas comandadas por tais comissões.¹⁸

Visando extinguir o corporativismo, os comunistas propuseram uma emenda ao projeto da Constituição nos seguintes termos: ‘são garantidas a liberdade e a autonomia sindicais. A lei assegurará a representação dos trabalhadores nas empresas’¹⁹. No entanto, manteve-se, na Constituição de 1946, o modelo sindical corporativista. Vale mencionar que, no final do governo Vargas, foi instituído um tipo de representação dos trabalhadores na empresa, com fins específicos, a Comissão Interna de Prevenção de Acidentes – CIPA, regulada pelo Decreto-Lei n. 7036/1944, a qual passou a ser disciplinada pela Consolidação das Leis do Trabalho nos art. 163 a 165.²⁰ A partir do final de 1946, o PCB adotou a diretriz de organizar comissões de trabalhadores nos locais de trabalho como forma de democratizar o sindicalismo, através das bases. No entanto, em 1947, o PCB teve seu registro cassado e passou, sem apoio institucional, a organizar o movimento operário por meio das comissões informais de trabalhadores nos locais de trabalho.²¹ Em 1948, tentou-se introduzir, no ordenamento jurídico, a representação dos trabalhadores na empresa. João Mangabeira, do Partido Socialista Brasileiro, apresentou projeto de lei sobre sindicatos que previa a eleição de delegados nas empresas com mais de vinte trabalhadores e a formação de “Comissões de Empregados”, para as quais seriam eleitos três ou mais delegados na proporção do número de trabalhadores. O mandato era anual e revogável a qualquer tempo pelos eleitores, e o representante gozaria de estabilidade provisória, durante o mandato até um ano após seu término.²²

Outra tentativa de regulamentação foi apresentada por Evaristo de Moraes Filho no Anteprojeto do Código do Trabalho, nos art. 595 a 694, em que a representação dos trabalhadores seria instituída nas empresas com mais de cinquenta empregados, a qual gozaria de funções sociais e econômicas.²³ Apesar do anteprojeto não ter prosperado, é válida a reprodução dos dispositivos que estabeleciam tais funções. O art. 606 do Anteprojeto prevê as funções sociais, quais sejam:

- a) consulta e participação em proposições a favor da empresa e do pessoal; b) velar pelas normas coletivas; c) recepção de queixas de empregados; d) consulta sobre dispensas e transferências; e) elaboração de regimento interno; f) elaboração de normas sobre acidentes de trabalho; g) participação na gestão de obras sociais.²⁴

Quanto às funções econômicas da representação dos trabalhadores, estas foram relacionadas no art. 607 do Anteprojeto:

- a) estudo de sugestões sobre aumento e melhoria da produção e organização geral da

17 Ibid., p. 161.

18 SILVA, W., 1988, p. 161.

19 MARANHÃO, Ricardo apud SILVA, W., 1998, p. 161.

20 SILVA, W., op.cit., p. 162.

21 Ibid., p. 162-163.

22 Ibid., p. 163.

23 Ibid., p. 164.

24 Ibid., p. 164.

empresa; b) proposição de recompensas; c) consulta obrigatória em assuntos relativos à organização, gestão e marcha geral da empresa; d) informação obrigatória sobre os lucros da empresa.²⁵

Durante os anos sessenta, constatou-se também experiências de representação dos trabalhadores na empresa, motivadas por reivindicações trabalhistas e reconhecidas pelos empregadores, como, por exemplo, na Willis Overland, em São Bernardo do Campo, que em janeiro de 1963, instituiu uma “Comissão de Relações no Trabalho” encarregada de “cuidar das queixas dos empregados horistas, através de um procedimento formal”, e na Cobrasma, em Osasco, criou-se, em 1965, a Comissão de Fábrica.²⁶ No entanto, essas comissões e outras foram reprimidas pelo governo militar em decorrência das greves de 1968.²⁷ Apesar da política repressiva do governo militar, a Constituição de 1967, dispôs, pela primeira vez, no art. 158, V, sobre a participação dos trabalhadores nas decisões da empresa, com a seguinte redação: “a integração do trabalhador na vida e no desenvolvimento da empresa, com a participação nos lucros e, excepcionalmente, na gestão, nos casos e condições que forem estabelecidos”. A matéria também foi prevista no art. 165, V da Emenda Constitucional n.1 de 1969.²⁸ Também em 1967, foram instituídas, pelo o Decreto-lei n. 229, as comissões mistas de consulta e colaboração no plano da empresa e sobre participação nos lucros, dando nova redação ao art. 621 da Consolidação das Leis do Trabalho. Ressalta-se que aquelas não prosperaram na prática.²⁹ O fenômeno das comissões voltou a desempenhar papel de destaque no final dos anos setenta, como uma reação dos empregadores às greves de 1978. Tais comissões de fábrica eram instituídas por iniciativa patronal e visava propiciar o diálogo direto da empresa com seus empregados, afastando o sindicato. Foram criadas, principalmente, em empresas multinacionais que já tinham experiência com comissões de fábrica em seus países de origem, como, por exemplo, Volkswagen, Ford, Saab, Scania.³⁰

Vale salientar que os sindicatos reagiram negativamente à iniciativa das empresas, pois temiam a perda de representatividade. Assim, procuraram implantar uma representação interna a eles vinculada, os delegados sindicais.³¹ Entretanto, dadas as dificuldades para obter o reconhecimento dos empregadores, os sindicatos encontraram meios de entrar nas comissões, que se tornaram formas de representação mista, com a participação de sócios e não sócios da entidade sindical.³² Com a Constituição de 1988, tem-se, pela primeira vez, um dispositivo constitucional, que trata da representação não sindical dos trabalhadores no local de trabalho, o qual vem gerando diversas dúvidas, o quê contribui para a resistência de algumas entidades sindicais e dos próprios empregadores. Em síntese, constata-se que a experiência brasileira, do ponto de vista jurídico, é ainda bastante incipiente. E do ponto de vista prático, observou-se algumas experiências na forma de comissões de fábrica, e uma maior intensidade no setor automotivo. Atualmente, verifica-se que a representação dos trabalhadores no local

25 SILVA, W. 1998, p. 164-5.

26 Ibid., p. 165.

27 Ibid., p. 165.

28 Ibid., p. 166.

29 Ibid., p. 166.

30 Ibid., p. 167.

31 Ibid., p. 167.

32 SILVA, W., 1998, p. 167.

de trabalho, mesmo após a previsão constitucional, ainda não foi difundida como pretendia a nova Constituição, tem-se notícia de sua existência em algumas empresas de grande e médio porte, que possuem uma gestão mais democrática da empresa.

2.5 Normas da Organização Internacional do Trabalho – OIT

2.5.1 Convenção 135 – Relativa à proteção e facilidades a conceder aos representantes dos trabalhadores na empresa:

A convenção n. 135 de 1971, ratificada pelo Brasil em 18.05.1990, faz referência a duas modalidades de representação a sindical e a não sindical, art. 3:

- a) Representantes sindicais, isto é, representantes livremente eleitos pelos sindicatos ou pelos membros dos sindicatos;
- b) Representantes de pessoal, isto é, representantes livremente eleitos pelos trabalhadores da empresa, em conformidade com as disposições da legislação nacional ou dos contratos coletivos, cujas funções não se estendem às atividades que são reconhecidas, nos países interessados, como dependentes das prerrogativas exclusivas dos sindicatos.

Como já referido, tais representações não são concorrentes, mas devem ser encorajadas à cooperação. Neste sentido, a Convenção ressalva, no art. 5, que havendo, ao mesmo tempo, representantes sindicais e de pessoal na empresa, deverão ser tomadas medidas apropriadas, a fim de evitar que ocorra o enfraquecimento do respectivo sindicato e de seus representantes. Quanto à proteção, estabelece o art. 1 da convenção:

Os representantes dos trabalhadores na empresa devem beneficiar de uma proteção eficaz contra todas as medidas que lhes possam causar prejuízo, incluindo o despedimento, e que sejam motivadas pela sua condição de representantes dos trabalhadores ou pelas atividades dela decorrentes, pela sua filiação sindical ou pela sua participação em atividades sindicais, na medida em que atuam em conformidade com as leis, convenções coletivas ou outras disposições convencionais em vigor.

Observa-se que esta proteção específica ao representantes dos trabalhadores, vinculado ou não ao sindicato, trata-se de um complemento da proteção geral estabelecida pela Convenção 98 de 1949, sobre o direito de sindicalização e negociação coletiva, o que não poderia ser diferente tendo em vista a necessidade de autonomia em relação ao empregador para que haja uma real representatividade dos trabalhadores. Além da proteção, os representantes dos trabalhadores na empresa devem gozar de facilidades apropriadas ao desempenho rápido e eficaz de suas funções, levando em consideração as condições nacionais e o funcionamento eficiente da empresa.³³ Embora haja a previsão de proteção e facilidades aos representantes, sejam eles sindicais ou não, a Convenção, no art. 4, deixa a cargo da legislação nacional, convenções coletivas, sentenças arbitrais ou decisões judiciais a determinação do tipo ou tipos de representantes dos trabalhadores que serão abrangidos por tais garantias.

2.5.2 Recomendação 143 – sobre os representantes dos trabalhadores

A Recomendação n. 143 foi adotada em 1971, simultaneamente à Convenção n. 135, como instrumento complementar, pois a Convenção n. 135, como visto, limita-se a as-

33 SILVA, W. 1998, p. 41.

segurar, genericamente, a proteção aos representantes dos trabalhadores e facilidades para o desempenho de suas funções. Assim, a Recomendação apresenta medidas mais específicas, a quais foram denominadas pelo documento de medidas apropriadas de proteção e facilidades apropriadas. As primeiras foram dispostas da seguinte forma:

- a) definição detalhada e precisa dos motivos que podem justificar o término da relação de trabalho dos representantes dos trabalhadores;
- b) exigência de consulta, ou concordância de um organismo independente, público ou privado, ou de um organismo paritário antes da dispensa definitiva;
- c) procedimento especial de recurso acessível aos representantes dos trabalhadores que considerarem que sua dispensa foi injusta ou que suas condições de trabalho foram modificadas;
- d) quanto ao término injusta da relação de trabalho dos representantes dos trabalhadores, o estabelecimento de uma reparação eficaz que compreenda, a menos que seja contrário aos princípios fundamentais do direito do país interessado, a reintegração de tais representantes, com o pagamento dos salários do período e a manutenção dos direitos adquiridos;
- e) impor ao empregador, quando se alegar que a dispensa de um representante dos trabalhadores ou qualquer modificação desfavorável em suas condições de trabalho tenha um caráter discriminatório, a obrigação de provar que tal ato foi justificado;
- f) reconhecer a prioridade que aos representantes dos trabalhadores na continuação do emprego em caso de redução de pessoal.

Já as facilidades apropriadas, segundo o documento internacional, são aquelas que permitem, ao representante, o desempenho rápido e eficaz de suas funções, desde que não prejudiquem o funcionamento da empresa interessada. Apresenta, assim, algumas indicações: os representantes devem desfrutar, sem perda de salário nem outras vantagens sociais, de tempo livre necessário para desempenhar suas tarefas de representante, para assistir a reuniões, cursos de formação, seminários, congressos e conferências sindicais; devem ser autorizados a entrar em todos os lugares de trabalho na empresa, quando for necessário o desempenho de suas funções; e devem ter a possibilidade de comunicação com a direção da empresa e com os representantes por esta autorizados a tomar decisões, na medida necessária para o desempenho eficaz de suas funções.

3. REPRESENTAÇÃO DOS TRABALHADORES NA EMPRESA – ANÁLISE DO ART. 11 DA CF/88.

3.1 A Constituição Federal de 1988

Apesar de algumas experiências no Brasil quanto à representação dos trabalhadores na empresa, as constituições anteriores não trataram, especificamente, do assunto, vindo a CF/88 dispor sobre o tema no art. 11 da seguinte forma: “Nas empresas de mais de duzentos empregados é assegurada a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores”.

3.2 Análise do dispositivo constitucional

3.2.1 Finalidade

Como visto no item 2.2.2, o art. 11 da CF/88 trata da figura da representação geral dos trabalhadores na empresa, não se confundindo com a sindical. Diz respeito a todos os

trabalhadores da empresa, qualquer que seja o sindicato que os represente e a categoria a que pertençam, específica ou diferenciada. No art. 8º, III, VI CF/88, o constituinte estabeleceu que as prerrogativas do sindicato são: a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, e a participação nas negociações coletivas de trabalho. E no art. 11, dispôs que a finalidade exclusiva do representante é promover entendimento direto com os empregadores. Observa-se que o constituinte não pretendeu estabelecer atribuições concorrentes, caso contrário, haveria o esvaziamento da atuação do sindicato, perdendo o sentido do art. 8º, CF/88, que reconhece as organizações, bem como a obrigatoriedade da participação do sindicato nas negociações coletivas. Assim, se o representante de pessoal não se confunde com o representante sindical, se o constituinte já definiu quais são as atribuições do sindicato (art. 8º, III, VI CF/88), e a existência de uma representação não exclui a outra, quais matérias poderão ser tratadas pelo delegado de pessoal? Qual o alcance da expressão “entendimento direto com os empregadores”?

Luiz Carlos Gomes Godoi argumenta da seguinte forma:

[...] considerando-se que tanto a representação na empresa quanto as organizações sindicais integram o sistema de autonomia coletiva concebido na Constituição, tem-se que as tarefas de uma e outras são congruentes, e não concorrentes. Assim, se ao representante não cabe a celebração de acordos ou convenções, certo é que se constitui em valioso colaborador na negociações coletivas entre o Sindicato e a empresa, quer na criação de condições para o seu estabelecimento, quer na interpretação das cláusulas e condições delas resultantes. Cabe-lhe, igualmente, atuar no sentido da normalidade nas relações entre os empregados e o empregador, evitando que divergências resultantes da falta ou insuficiência de diálogo culminem em atos de indisciplina ou insubordinação, queda de produtividade da empresa, e despedidas com ou sem justa causa. Além disso, sem prejuízo das funções das CIPAS, incumbe ao representante pugnar junto à direção da empresa pela adoção de medidas que tornem mais confortáveis ou menos desconfortáveis as condições dos locais de trabalho.³⁴

Portanto, pode-se dizer que a representação de pessoal tem como finalidades: a tentativa de solução de conflitos relativos aos direitos trabalhistas individuais, por meio da conciliação, como, por exemplo, no caso de divergência no pagamento de horas extras de determinado trabalhador, ou mesmo coletivos, como o não depósito do FGTS de todos os trabalhadores, ou de parte deles, por meio da negociação direta; relativos às condições de trabalho estabelecidas em lei ou nos instrumentos de negociação coletiva; e às relações interpessoais como, por exemplo, situações de discriminação, assédio moral ou sexual, caracterização de justa causa, etc. Em suma, promover o entendimento direto com o empregador nas questões de conflitos existentes no próprio âmbito da empresa, nas questões do dia-a-dia da organização, desde que sejam observadas as prerrogativas exclusivas do sindicato.

3.2.2 Cabimento

Quanto a quais empresas se aplica o dispositivo, parece claro: naquelas que possuam mais de 200 empregados. No entanto, as dúvidas surgem quanto à forma de contagem do número de empregados, e, por consequência, do número de representantes. Ou seja, quando

34 GODOI, Luiz Carlos Gomes. Representação dos trabalhadores na empresa. In: ROMITA, Arion Sayão. (Coord.) *Curso de direito constitucional do trabalho*. São Paulo: LTr, 1991, v.2. p. 101.

a empresa possui diversos estabelecimentos leva-se em consideração o total de empregados da empresa, independentemente, do número de empregados de cada unidade produtiva? Ou o número de empregados em cada estabelecimento? Se for pelo número total de empregados da empresa, será um representante para todas as unidades produtivas, que podem estar em diferentes cidades ou Estados?

Amauri Mascaro do Nascimento assim se posiciona:

Ao permitir a eleição, pelos trabalhadores, de um representante nas empresas com mais de 200 empregados, a Constituição de 1988 o fez em função da empresa e não de cada estabelecimento da mesma. É viável concluir que a representação deve ser em cada unidade produtiva. Cada estabelecimento pode ter questões específicas. Seria, por outro lado, difícil, a um só empregado, representar, satisfatoriamente, os empregados de outra unidade da empresa, principalmente situada em localidade distante.³⁵

Se a finalidade é o entendimento direto com o empregador, o mais razoável seria a representação por estabelecimento, tendo em vista que o trabalhador eleito poderia exercer seu mandato com efetiva representatividade, uma vez que estaria mais próximo dos trabalhadores e das reivindicações levantadas. Muitas vezes o anseio dos trabalhadores em determinada empresa não são apresentados, justamente porque eles não têm, na prática, acesso, ou mesmo um canal de comunicação aberto com o próprio representante, o que tornará inócua a finalidade da norma constitucional. O ideal seria, nas grandes empresas, que a representação fosse por setor, tendo em vista as peculiaridades, a rotina de trabalho de cada um. Assim, o empregador teria uma melhor visão dos anseios e da motivação dos trabalhadores, facilitando o diálogo e a elaboração de uma solução conjunta, uma vez que se discutiria questões pontuais.

3.2.3 Eleição, mandato e proteção dos representantes

Se a norma constitucional tem por finalidade a promoção do diálogo e do entendimento entre os trabalhadores de determinada empresa e a direção desta, a representação não sindical, ora analisada, não poderia ocorrer de outro modo, senão por meio de eleição, a fim de garantir uma representatividade real, e a possibilidade de alcançar seu objetivo. No entanto, não dispõe sobre a forma da eleição, se secreta ou não, o período do registro da candidatura até o processo eletivo, e do próprio mandato. Compreensível tal omissão, pois o texto constitucional não tem o condão de regulamentar as matérias que ele dispõe, função essa das normas infraconstitucionais. Assim, na ausência de lei disciplinadora, nada impede que ocorra a eleição deste tipo de representante, desde que as normas estejam previamente estabelecidas em convenção ou acordo coletivo, ou até mesmo no regulamento interno, observado os direitos fundamentais.

Outro aspecto omissivo é quanto à estabilidade do representante, apesar de não haver norma a respeito, deve-se levar em conta a função exercida por ele. Se representa reivindicações de trabalhadores, isso ocasiona uma situação de conflito na relação laboral, e torna o representante, alvo de possível exclusão do quadro de pessoal. Prática totalmente contrária aos direitos fundamentais de liberdade de associação e expressão. Neste sentido, a convenção

35 NASCIMENTO, 2000, p. 246.

n.135 da OIT, no art.1, prevê a necessidade de regras de proteção ao representante contra todas as medidas que lhe possa causar prejuízo, inclusive o despedimento, a fim de que possa cumprir, adequadamente, suas atribuições.

A fim de dirimir qualquer dúvida quanto à proteção, o TST entendeu, conforme consta do precedente normativo da SDC n.86, que nas empresas com mais de 200 (duzentos) empregados é assegurada a eleição direta de um representante, com as garantias do art. 543, e seus parágrafos, da CLT.

3.2.4 Eficácia

A norma constitucional, quanto à eficácia, apresentou, ao longo da evolução teórica, várias classificações: desde a classificação em auto-executáveis (*self-executing provisions*) e não auto-executáveis (*not self-executing provisions*), a classificações como de eficácia plena, contida e limitada.³⁶ Tanto as classificações em auto-executável, de eficácia plena, significam que a norma tem aplicabilidade imediata, direta e integral, ou seja, desde a entrada em vigor da constituição produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular.³⁷

José Afonso da Silva define as seguintes características para esta categoria:

- a) contenham vedações ou proibições; b) confirmam isenções, imunidades e prerrogativas; c) não designem órgãos que autoridades especiais a que incumbam especificamente execução; d) não indiquem processos especiais de sua execução; e) não exijam a elaboração de novas normas legislativas que lhes completem o alcance e o sentido, ou lhes fixem o conteúdo, porque já se apresentam suficientemente explícitas na definição.³⁸

Quanto à norma constitucional de eficácia contida, ela também tem aplicabilidade imediata e direta, mas não integral, pois, apesar de sua aplicabilidade não estar condicionada a norma ulterior, fica dependente dos limites (daí eficácia *contida*) que podem ser estabelecidos em lei, ou de que as circunstâncias restritivas, constitucionalmente admitidas, ocorram.³⁹

E a norma de eficácia limitada ou reduzida possui aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre os interesses previstos após normatividade ulterior⁴⁰. São dispositivos que o destinatário não tem a disponibilidade para regular, de imediato, o objeto sobre o qual versa o enunciado. Estão divididas em normas de eficácia limitada de princípio institutivo e de princípio programático, as quais foram assim definidas por Manuel Jorge e Silva Neto:

As de princípios institutivo visam dar corpo a órgãos e instituições, razão por que também podem ser chamadas de normas de princípio orgânico ou organizativo, cujo exemplo a ser apontado é o §3º do art. 25 ('Os Estados, poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações de Municípios limi-

36 SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional do trabalho*. São Paulo: Malheiros, 1998. passim.

37 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. passim.

38 *Ibid.*, p. 101.

39 SILVA, *op.cit.*, passim.

40 *Ibid.*, p. 83

trofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum'). As normas de eficácia limitada de princípio programáticas são aquelas que evidenciam o caráter compromissório das constituições modernas, o caráter de transição entre o Estado essencialmente absenteísta para o Estado interventor.⁴¹

No que diz respeito ao art. 11 da CF/88, os autores variam quanto à forma de classificação, mas, independentemente desta, observa-se divergência entre eles.

Sérgio Pinto Martins classifica o dispositivo constitucional como auto-aplicável, e argumenta que a norma constitucional não vincula sua aplicabilidade à existência de lei regulamentadora, como em outros comandos constitucionais que trazem a expressão “na forma da lei”.⁴²

Arion Sayão Romita ao dispor sobre auto-aplicabilidade em artigo escrito em 1988, já recomendava que os empregados das empresas, que se enquadrassem, deveriam cuidar, imediatamente, de eleger seu representante.⁴³

Diante dos diversos questionamentos decorrentes da aplicação prática do art. 11, CF/88, Walküre Lopes Ribeiro da Silva, pondera que embora aquele seja auto-aplicável, “é conveniente que certos aspectos do direito de representação intraempresarial sejam disciplinados por lei”.⁴⁴ Em contrapartida, Arnaldo Sussekind entende que “o preceito constitucional não é de eficácia plena e imediata, devendo a lei dispor sobre o procedimento eleitoral, a duração do mandato e as facilidades para o seu exercício, os respectivos encargos e a garantia de emprego do representante”. Mas, flexibiliza a posição, dispondo que “nada impede, porém, que à falta da lei, ou sem afrontá-la, convenções e acordos coletivos disponham sobre os representantes de trabalhadores”.⁴⁵

Compartilha dessa posição Eduardo Gabriel Saad, para quem o dispositivo constitucional não é auto-aplicável, uma vez que não discrimina todos os elementos para que seja desde logo acatado pelos empregadores. Tal, porém, não significa impossibilidade de concreção da figura da representação, que pode resultar de pactos coletivos ou de regulamento interno de empresa, elaborado com a participação dos empregados.⁴⁶ No mesmo sentido, sustenta Irany Ferrari que a norma constitucional precisa ser regulamentada por lei ordinária.⁴⁷

Seguindo a segunda forma de classificação da norma constitucional acima exposta, e com base nas posições dos autores citados, tem-se que o dispositivo constitucional em foco não poderia ser de eficácia contida, pois não há previsão de se estabelecer limites ou restrições, como por exemplo o disposto no art. 5º, XIII, “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”, mas necessidade prática de regulamentação, uma vez que a norma constitucional não o vincula, de forma

41 SILVA NETO, 1998, p. 175.

42 MARTINS, 2006, p. 750.

43 ROMITA, 1988, p.1335.

44 SILVA, W., 1998, p. 170.

45 SUSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2004. P. 511.

46 SAAD, Eduardo apud GODOI, 1991, p. 105.

47 FERRARI, Irany. A representação dos trabalhadores na Constituição de 1988. In: PRADO, Ney (Coord.). *Direito sindical brasileiro*. São Paulo: LTR, 1998. p. 174.

expressa, a lei infraconstitucional.

Assim, diante desta argumentação, também não poderia ser de eficácia limitada, bem como não se enquadra como princípio institutivo, nem programático. Resta, portanto, sua classificação como norma de eficácia plena, pois se aproxima mais das características desta categoria definidas por José Afonso da Silva, apesar das dificuldades práticas evidenciadas, as quais poderão ser supridas por normas convencionais, o quê significaria um avanço na autonomia negocial dos atores sociais.

3.3 Definição

Diante do acima exposto, a representação dos trabalhadores na empresa pode ser definida como forma de manifestação do grupo de trabalhadores perante o empregador, exercida por um representante eleito por aqueles, dentre os integrantes do grupo, com o propósito de intermediar as reivindicações decorrentes das questões internas, do dia-a-dia da relação laboral no âmbito da empresa, que não dizem respeito aos interesses da categoria, os quais são de competência do sindicato.

4. REPRESENTAÇÃO DOS TRABALHADORES NA EMPRESA PREVISTA NO ART. 11 DA CF/88 E A REFORMA SINDICAL

4.1 Fórum Nacional do Trabalho

O Fórum Nacional do Trabalho foi elaborada seguindo a forma tripartite, conforme procedimentos adotados pela Organização Internacional do Trabalho – OIT. Trabalhadores e empregadores, por meio de suas entidades representativas nacionais, escolheram suas respectivas bancadas, com base em critérios que respeitam a legitimidade e representatividade das partes, sua importância no cenário nacional, seu grau de institucionalização pública e a cobertura de todos os setores de atividade econômica, passando a ter a seguinte composição: uma Plenária composta por 72 membros – 21 representantes dos trabalhadores, 21 representantes dos empregadores, 21 representantes do governo, e 9 representantes de micro e pequenas empresas, cooperativas e outras formas de trabalho.

Os temas foram organizados em 8 Grupos Temáticos. Cada um deles composto por 18 membros, sendo 6 representantes dos trabalhadores, 6 representantes dos empregadores e 6 representantes do governo.

Ao final das discussões de cada grupo, era elaborado um relatório e encaminhado para a Comissão de Sistematização, integrada por 21 membros, sendo 6 representantes dos trabalhadores, 6 representantes dos empregadores, 6 representantes do governo e 3 representantes de outros setores econômicos.

O FNT também contou com o auxílio da Comissão Nacional de Direito e Relações do Trabalho (CNDRT), criada com o objetivo de subsidiar o Ministério do Trabalho e Emprego em assuntos ligados ao direito do trabalho e às relações trabalhistas. A CNDRT é composta por juristas e especialistas em questões trabalhistas e por membros de entidades da área de relações do trabalho.

Além das atividades de âmbito nacional, foram realizadas Conferências Estaduais do Trabalho, coordenadas pelas Delegacias Regionais do Trabalho. Elas reuniram os representantes locais de trabalhadores, empregadores, poderes públicos e entidades da área trabalhista,

tendo como objetivo ampliar o debate para o maior número possível de pessoas e conhecer os temas de interesse regional.

4.2 Objetivos e diretrizes da Reforma Sindical

A reforma sindical proposta pelo Fórum Nacional de Trabalho (FNT), elaborada após um amplo processo de debate e entendimento entre as entidades representativas de trabalhadores e de empregadores, e encaminhada pelo governo ao Congresso Nacional, pretende, conforme documento publicado pelo próprio FNT, regulamentar a relação capital-trabalho com o objetivo de possibilitar uma convivência mais condizente com a realidade socioeconômica atual, bem como visa proporcionar maior equilíbrio de forças entre as entidades representativas de empregados e de trabalhadores, pois mesmo respeitando a tradição da cultura sindical brasileira, a conclusão que se chegou é de que o atual sistema vem se esgotando por si só, ao longo dos anos, devido a distorções e incoerências.⁴⁸

Diante desses objetivos gerais, o FNT estabeleceu as seguintes diretrizes:

- democratizar as relações de trabalho por adoção de novas regras de organização sindical, negociação coletiva e solução de conflitos;
- atualizar a legislação trabalhista em face das novas exigências do desenvolvimento nacional e da realidade do mundo do trabalho;
- modernizar as instituições de regulação do trabalho, especialmente o Ministério do Trabalho e Emprego e a Justiça do Trabalho;
- Fomentar o diálogo social e o tripartismo como base para a consolidação de um novo padrão de relacionamento trabalhista.⁴⁹

Quanto à representação de trabalhadores no local de trabalho, a proposta do FNT foi no sentido que a conciliação de conflitos individuais será exercida pela representação dos trabalhadores, extinguindo-se a comissão de conciliação prévia, tendo em vista a valorização da composição voluntária de conflitos do trabalho, por meio de conciliação, mediação e arbitragem, sem prejuízo do acesso ao Poder Judiciário, bem como a valorização da negociação coletiva em todos os níveis e âmbitos de representação, preservados os direitos definidos em lei como inegociáveis.

Feita esta abordagem geral sobre a reforma, passa-se a análise das alterações e regulamentações quanto à representação de trabalhadores no local de trabalho.

4.3 Análise do Projeto de Emenda Constitucional e do Anteprojeto em relação à representação de trabalhadores no local de trabalho:

4.3.1 PEC n.369/2005:

O projeto de Emenda Constitucional n.369/2005 altera o art. 11, e estabelece a seguinte redação: “É assegurada a representação dos trabalhadores nos locais de trabalho na forma da lei”. Justifica-se a supressão do número de empregados, do número de representan-

48 FÓRUM NACIONAL DO TRABALHO. *Diagnóstico das relações de trabalho no Brasil*. Disponível em: <http://www.fnt.gov.br>. Acesso em: 14 out. 2006.

49 FÓRUM NACIONAL DO TRABALHO. *Principais pontos da Reforma Sindical*. Disponível em: <http://www.fnt.gov.br>. Acesso em: 14 out. 2006.

tes, e do objetivo da representação, a fim de possibilitar maior flexibilidade e adequação ao anteprojeto de lei, que regulamentará a matéria. Vale mencionar que o projeto foi enviado à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados em 09/03/2005, e até a presente data (18/11/06), aguarda parecer, conforme consulta realizada no site da própria Câmara.

4.3.2 Anteprojeto da Lei de Relações Sindicais

4.3.2.1 Objetivos da representação de trabalhadores no local de trabalho:

O anteprojeto de Lei de Relações Sindicais trata do tema em título próprio: Título III – Da representação dos trabalhadores nos locais de trabalho, nos artigos 59 ao 92.

O art. 59 do anteprojeto estabelece que “é assegurada a representação dos trabalhadores, nos locais de trabalho, com a finalidade de promover-lhes o entendimento direto com a empresa”. Observa-se que reproduz a finalidade da representação apresentada no atual art. 11, CF/88.

Em análise a esse dispositivo constitucional, quanto a este aspecto, levantou-se as seguintes questões: quais matérias poderão ser tratadas pelo delegado de pessoal? Qual o alcance da expressão “entendimento direto com os empregadores? E vários autores apresentaram suas interpretações, entendendo a maioria que se tratava de questões ocorridas no âmbito interno da empresa, respeitando as prerrogativas do sindicato.

No entanto, na prática, observa-se que as atividades do representante dos trabalhadores no local de trabalho ainda geram dúvidas e controvérsias, principalmente em relação ao sindicato, o que dificulta a aplicação e efetividade daquela forma de representação. Assim, a fim de dirimir tais dúvidas e proporcionar sua efetiva aplicação, o anteprojeto trouxe, no art. 62, um elenco de objetivos da representação, quais sejam:

- I- representar os trabalhadores perante a administração da empresa;
- II- aprimorar o relacionamento entre a empresa e seus trabalhadores com base nos princípios da boa-fé e do respeito mútuo;
- III- promover o diálogo e o entendimento no ambiente de trabalho com o fim de prevenir conflitos;
- IV- buscar soluções para os conflitos decorrentes da relação de trabalho, de forma rápida e eficaz, visando à efetiva aplicação das normas legais e contratuais;
- V- mediar e conciliar os conflitos individuais do trabalho;
- VI- assegurar tratamento justo e imparcial aos trabalhadores, impedindo qualquer forma de discriminação por motivo de sexo, idade, raça, cor, religião, opinião política, atuação sindical, nacionalidade ou origem social;
- VII- encaminhar reivindicações específicas dos trabalhadores de seu âmbito de representação;
- VIII- acompanhar o cumprimento das leis trabalhistas, previdenciárias e dos contratos coletivos.

Verifica-se, no inciso V, que a conciliação dos conflitos individuais do trabalho poderá ser promovida pela representação dos trabalhadores, e a tal função foi dado maior destaque, uma vez que foi elaborado capítulo próprio que define suas regras: Capítulo IX, art. 89 a 92. Na leitura desses dispositivos, nota-se que se assemelham às regras das comissões de conciliação

prévia, justamente porque o objetivo é a extinção dessas comissões, deixando à representação o exercício de mediar e conciliar os conflitos individuais do trabalho.

Além daqueles objetivos, que de certa forma já eram previsíveis, o anteprojeto estabelece outro, um tanto quanto inovar, trata-se do art. 88, que abre a possibilidade da negociação coletiva ser conduzida diretamente pela representação dos trabalhadores, e finalizada por esta, se, antes do início do processo negocial ou até a aprovação da proposta por assembléia de trabalhadores, houver omissão do sindicato em avocar sua direção.

Diante de tal possibilidade, poder-se-ia levantar a seguinte questão: poderá a representação celebrar o contrato coletivo, se poderá conduzir a negociação coletiva? A resposta negativa parece óbvia, tanto com base no atual art. 8º, inciso VI, que dispõe sobre a obrigatoriedade da participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho, como na nova redação dada pela PEC 369/2005, que somente altera a palavra sindicatos para entidades sindicais. Assim, somente as entidades sindicais poderão celebrar o contrato coletivo, mesmo que a representação tenha conduzido a negociação. Frente a tal conclusão, outra questão poderia ser apresentada: e se houver a recusa do sindicado para a celebração do contrato coletivo após o comunicado de acordo alcançado pela representação?

Conforme o art. 88, § 5º, aplicar-se-á o art. 103, que dispõe:

Art. 103. Havendo recusa, devidamente comprovada, à negociação por parte das entidades representativas, será conferida a outra entidade sindical do mesmo ramo de atividade ou setor econômico a titularidade da negociação coletiva.

§1º A recusa reiterada à negociação caracteriza conduta anti-sindical e sujeita as entidades sindicais de trabalhadores ou de empregadores à perda da personalidade sindical.

§ 2º A recusa em celebrar o contrato coletivo não caracteriza a recusa à negociação coletiva.

2.2.2.2 Número de trabalhadores e representantes

Constatou-se que na alteração do art. 11, CF/88, houve a supressão do número de empregados e do número de representantes, os quais foram definidos no art. 64 do anteprojeto com seguinte proporção:

- I – de 30 a 80 trabalhadores: 1 representante;
- II – de 81 a 150 trabalhadores: 2 representantes;
- III – de 151 a 300 trabalhadores: 3 representantes;
- IV – de 301 a 500 trabalhadores: 4 representantes;
- V – de 501 a 800 trabalhadores: 5 representantes;
- VI – de 801 a 1000 trabalhadores: 6 representantes.

§ 1º Em empresas com mais de 1000 trabalhadores, deverão ser acrescentados 2 representantes para cada 1000 ou fração superior a 500 trabalhadores.

E ressalta no § 2º que, nas empresas com menos de 30 trabalhadores, poderá ser criada por contrato coletivo.

O art. 64, *caput*, dispõe que “a representação dos trabalhadores será constituída **nas empresas...**” (grifo nosso). Somente pelo *caput*, ainda poderia restar a dúvida se o número de trabalhadores em questão diz respeito a cada unidade produtiva ou ao total de trabalhadores

da empresa, quando a empresa possui diversos estabelecimentos.

O § 3º do mesmo artigo preceitua que nas empresas que possuam mais de um estabelecimento com menos de 30 trabalhadores cada um, mas que, somados, alcancem esse número, a representação será constituída com base no total de trabalhadores, desde que estejam no mesmo âmbito de representação sindical.

Portanto, o número a ser observado será de cada unidade produtiva, tomando-se o total de trabalhadores na empresa, quando em cada estabelecimento possuir menos de 30 trabalhadores e estiverem no mesmo âmbito de representação sindical.

2.2.2.3 Eleição, mandato e proteção dos representantes

Cada uma destas matérias foram disciplinadas em capítulo próprio: Capítulo IV, art. 65 a 73; Capítulo V, art. 74 a 79; Capítulo VI, art. 80 a 84, respectivamente.

A eleição será mediante sufrágio livre, pessoal, direito e secreto, cabendo ao sindicato com personalidade sindical convocá-la, com antecedência de 30 dias.

Poderão ser eleitores todos os que estiverem trabalhando na empresa há mais de 6 meses, e poderão ser eleitos todos os trabalhadores com mais de 18 anos de idade e empregados na empresa há mais de 12 meses, contados os períodos descontínuos. Exceção a tais normas diz respeito aos ocupantes de cargos de gestão, os quais não poderão votar nem ser votados, pois são cargos em que os empregados exercem funções como se fossem o próprio empregador, ocasionando, portanto, incompatibilidade com o instituto da representação dos trabalhadores. O mandato dos representantes será de 3 anos, sendo permitida uma reeleição, e terá proteção contra dispensa, desde o registro da candidatura até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei.

Estão disciplinadas também a proteção contra todo ato de discriminação em razão de atuação, contemporânea ou pregressa, do representante; contra transferência unilateral, exceto no caso de extinção do estabelecimento; bem como ser-lhe-á assegurada a liberdade de opinião, garantindo-se a publicação e distribuição de material de interesse dos trabalhadores.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diversas são as formas de representação dos trabalhadores no local de trabalho. A OIT na Convenção n. 135 complementada pela Recomendação 143 prevê duas formas: a representação sindical (delegado sindical) e representação não sindical (delegado de pessoal).

No Brasil, estão previstas na Constituição a participação na gestão da empresa (art.7º, XI), a representação sindical (art.8º, VI) e o representante não sindical (art.11), as quais não se confundem nem se excluem ou concorrem, mas se completam na busca do diálogo entre empregados e empregadores, e, por conseqüência, melhoria das condições de trabalho e quanto aos aspectos organizacional e interpessoal no dia-a-dia da empresa.

Em legislação infranconstitucional, estão previstas representações coletivas e mistas, as comissões internas de prevenção de acidentes (CIPAs, art.163, CLT), que possuem finalidade específica e são obrigatórias, e as comissões mistas de consulta e colaboração (art.621, CLT), as quais são facultativas, cabendo aos interessados a disposição de suas atribuições e funcionamento. Estas últimas se aproximam da participação na gestão, portanto, não tiveram a repercussão esperada, em razão da resistência da empresa na democratização do poder orga-

nizacional. Verifica-se, assim, que a legislação brasileira é incipiente quanto à representação dos trabalhadores no local de trabalho, bem como sua experiência ao longo da história, com a instituição, em alguns períodos, de comissões de fábrica, que ora foram reprimidas, ora fomentadas, tendo seu registro mais marcante no setor automobilístico, pela influência dos países de origem das empresas do setor. Isto demonstra que não havia interesse do Estado na intensificação do diálogo interno nas empresas, em razão da impossibilidade de controle, necessário para a manutenção do corporativismo.

Visando mudar esta realidade, a Constituição Federal de 1988, prevê, pela primeira vez, a representação não sindical dos trabalhadores na empresa. E, juntamente, com a liberdade sindical (ainda com distorções), observa-se um avanço, no plano jurídico, para o aprimoramento da autonomia negocial, e do diálogo entre os atores sociais. No entanto, do ponto de vista prático, não houve o resultado almejado, em razão: das dúvidas decorrentes do dispositivo constitucional, o que não justifica a não utilização, pois possui eficácia plena e não há qualquer vedação na regulamentação por normas convencionais; da resistência, ainda existente, de algumas entidades sindicais; e, principalmente, como já afirmado, dos empregadores, os quais temem o fortalecimento dos trabalhadores, e a diminuição do seu poder decisório, com a conseqüente democratização do âmbito empresarial, salvo as louváveis experiências de algumas poucas empresas brasileiras.

Observa-se que o sistema sindical e trabalhista no Brasil é deficitário. Na busca por uma reforma e avanço no diálogo entre os atores sociais, foi constituído o Fórum Nacional do Trabalho para elaborar uma reforma, do qual decorreram a PEC n. 369/2005 e o Anteprojeto da Lei de Relações Sindicais, que foram encaminhados à Câmara dos Deputados, mas, até a presente data (27/11/2006), não foram colocados em votação.

Dentre as propostas de reforma está a regulamentação da representação dos trabalhadores no local de trabalho, a qual define as atribuições do representante, como a conciliação de conflitos individuais; em quais empresas deverá ser instituída; o número de representantes na proporção do número de trabalhadores; normas para o processo eleitoral; período do mandato; e proteção dos representantes. Assim, o anteprojeto parece dirimir grande parte das dúvidas decorrentes do preceito constitucional, o que dificultava sua implantação; tem-se um avanço na abertura de um canal interno de diálogo com o empregador; e, por conseqüência, a possibilidade e estímulo na utilização dos mecanismos de solução de conflito extrajudicial e autocompositivo.

Almeja-se que a discussão da reforma sindical e trabalhista seja retomada e haja, realmente, sua efetivação, pois, apesar de perdas ocorrerem como em qualquer mudança, deve-se ter em mente que, ao final, ganhará a relação capital – trabalho.

6. RÉSUMÉ:

Actuellement, c'est point pacifique que le système syndical et du travail nécessite de changement. Ainsi, le Fórum National du Travail a été constitué pour la Réforme Syndical, fondé en la liberté syndical, l'autonomie collective et la représentation des travailleurs en le local du travail. Le présent texte traitera de la représentation des travailleurs en l'entreprise, prévue en l'article 11 de la CF/88, et l'avant-projet sur le système syndical, avec la raison de donner la continuité au débat et la réflexion sur notre réalité.

Mots-clé: *Représentation des travailleurs. Article 11 de la CF/88. Réforme syndical.*

7. REFERÊNCIAS

- BRITTO FILHO, José Cláudio Monteiro. *Direito sindical*. São Paulo: LTr, 2000.
- CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação da leis do trabalho*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- FERRARI, Irany. A representação dos trabalhadores na Constituição de 1988. In: PRADO, Ney (Coord.). *Direito sindical brasileiro*. São Paulo: LTr, 1998.
- FREDIANI, Yone. A representação dos trabalhadores no local de trabalho e a reforma sindical. *Revista de direito do trabalho*, ano 1, n. 119, jul./set., 2005.
- FÓRUM NACIONAL DO TRABALHO. *Publicações*. Disponível em: <http://www.fnt.gov.br>. Acesso em: 14 out. 2006.
- GODOI, Luiz Carlos Gomes. Representação dos trabalhadores na empresa. In: ROMITA, Arion Sayão. (Coord.) *Curso de direito constitucional do trabalho*. São Paulo: LTr, 1991, v.2.
- MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários à CLT*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- _____. *Direito do trabalho*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000.
- _____. *Curso de direito do trabalho*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. *Iniciação ao direito do trabalho*. 25. ed. São Paulo: LTr, 1999.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). *Convenção n.135*. Disponível em: <http://www.ilo.org/ilolex>. Acesso em: 4 nov. 2006.
- _____. *Recomendação n.143*. Disponível em: <http://www.ilo.org/ilolex>. Acesso em: 4 nov. 2006.
- PINTO, José Augusto Rodrigues. O representante dos trabalhadores e o delegado sindical na convenção internacional n. 135. In: PRADO, Ney (Coord.). *Direito sindical brasileiro*. São Paulo: LTr, 1998.
- ROMITA, Arion Sayão. *Os direitos sociais na constituição e outros estudos*. São Paulo: LTr, 1991.
- _____. Representação dos trabalhadores na empresa. *Revista LTr*, v. 52, n. 11, nov., 1988.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. *Representação e participação dos trabalhadores na gestão da empresa*. São Paulo: LTr, 1998.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional do trabalho*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- SIQUEIRA NETO, José Francisco. *Liberdade sindical e representação dos trabalhadores nos locais de trabalho*. São Paulo: LTr, 1999.
- SUSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2004.



OS LIMITES DO JUIZ NA INTERPRETAÇÃO DAS CLÁUSULAS GERAIS DO CÓDIGO CIVIL

Nereu Ramos Figueiredo¹

Resumo:

Este trabalho é um estudo preliminar das cláusulas gerais do Código Civil e da discricionariedade do Juiz na sua aplicação. Enfatiza a importância dos princípios na sua interpretação, identificando-os como o limite da liberdade judicial, com destaque no dever de fundamentação das decisões.

Palavras chaves: Cláusulas gerais. Poder discricionário. Segurança jurídica. Liberdade judicial. Princípios.

SUMÁRIO:

1. Introdução – 2. O código civil de 1916 – 2.1 Síntese das raízes históricas e sociológicas – 2.2 A necessidade de atualização – 3. O novo Código Civil – 3.1 Eticidade – 3.2 Socialidade – 3.3 Operabilidade – 4. As cláusulas gerais – 4.1 Razão – 4.2 Características – 4.3 Estrutura – 4.4 Funções – 5. Interpretação/Aplicação do Direito – 5.1 Concretização do Direito – 5.2 Direito posto e pressuposto – 6. Cláusulas gerais e princípios – 6.1 Antinomia entre regras e princípios – 7. Controle e fundamentação das cláusulas gerais – 8. Conclusão – 9. *Abstract* – 10. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho se propõe ao estudo das cláusulas gerais e dos limites da discricionariedade judicial na sua interpretação. Não se pretende identificar ou examinar todas as cláusulas gerais, mas defender a sua adoção, tendo em vista a sua utilidade em ambientes sociais em constante mudança. O trabalho está estruturado em sete partes, iniciando com uma síntese das raízes históricas e sociológicas do Código Beviláqua e da necessidade de sua atualização. Após, enfatiza a mudança de paradigma introduzida pelo Código Civil de 2002 e suas diretrizes. Busca-se conceituar e identificar qual a finalidade das cláusulas gerais, procurando destacar a importância dos princípios na sua interpretação, identificando-os como o limite da liberdade das decisões judiciais, nas quais deve preponderar agora, como maior peso, o dever de fundamentação. Na conclusão, destaca-se o problema central do estudo, que é a discricionariedade judicial na interpretação das cláusulas gerais, enfatizando-se a necessidade de um controle, de forma que a decisão defina o alcance da norma ao caso concreto, sem se afastar da segurança jurídica.

2. O CÓDIGO CIVIL DE 1916

2.1 Síntese das raízes históricas e sociológicas.

A Constituição Imperial de 25 de março de 1824, art. 179, n.º XVIII, determinou que se organizasse o Código Civil, fundado em sólidas bases de justiça e equidade. Sobreveio a República em 1889 sem que a tarefa se aperfeiçoasse, continuando a vigor as Ordenações até

¹ Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Santa Rita do Sapucaí-MG. Pós Graduado em Direito Processual Civil e Direito Civil pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pós Graduando em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas.

que em 1º de janeiro de 1917 entrou em vigor o Código Civil, que foi o marco da mudança da história jurídica de Brasil e Portugal, até então comum. Enquanto Portugal se deixava influenciar pelas idéias francesas, o Brasil permanecia fiel às tradições, devido à sua estrutura social, baseada na sociedade colonial amparada no trabalho escravo.

Orlando Gomes [2003:14] diz que

[...] o código incorporou certos princípios morais, emprestando-lhes conteúdo jurídico, particularmente no direito familiar. Muitos preceitos vêm impregnados de sentimentalismo próprio do temperamento brasileiro, causa do abrandamento da dureza de certas disposições do Direito português. Predomina na elaboração do código aquele privatismo doméstico que tem marcada influência na organização social do Brasil. Um direito mais preocupado com o círculo social da família do que com os círculos sociais da nação, nas palavras de Pontes de Miranda.

O conservadorismo do Código se manifesta pela consagração da posição privilegiada do homem na sociedade conjugal, na proibição do divórcio, na adoção da comunhão universal de bens como regime legal, com a permanente preocupação com o fortalecimento do grupo familiar. O Código Beviláqua sofreu intenso desajustamento interno entre os interesses da classe dominante. Se por um lado a pretensão era imprimir-lhe um cunho liberal e progressista, por outro encontrava forte resistência nos interesses dos fazendeiros.

Assinala Orlando Gomes [2003:30-31]:

[...] o Código Civil é obra de homens da classe média, que o elaboraram nesse estado de espírito, isto é, na preocupação de dar ao país um sistema de normas de Direito privado que correspondesse às aspirações de uma sociedade interessada em afirmar a excelência do regime capitalista de produção.

Mas esse propósito encontra obstáculos na estrutura agrária do país e não recebia estímulos de uma organização industrial a que se somasse o ímpeto libertário da burguesia mercantil.

A classe média, que o preparou por seus juristas, embora forcejasse por lhe imprimir um cunho liberal e progressista, estava presa aos interesses dos fazendeiros, que, embora coincidentes imediatamente com os da burguesia, não toleravam certas ousadias. Numerosas e concludentes são as provas de que o pensamento dominante na elaboração do Código Civil sofreu a influência desse desajustamento interno entre os interesses da classe dominante.

Na conclusão de seu ensaio a respeito do Código Civil, escrito no ano de 1958, Orlando Gomes [2003:45] arremata:

O Código Civil colocou-se, em conjunto, acima da realidade brasileira, incorporando idéias e aspirações da camada mais ilustrada da população. Distanciando-se dessa realidade, o seu papel seria, em pouco tempo, de grande significação na evolução cultural do país. Primeiramente, porque exerceu notável função educativa. O idealismo da elite tem sido, entre nós, como foi na elaboração do Código Civil, de irrecusável utilidade para o próprio desenvolvimento do país. Transplantando para um país subdesenvolvido, que vivia exclusivamente na dependência da exportação da produção agrícola, instituições e doutrinas oriundas de povos mais desenvolvidos, os elaboradores do Código Civil concorreram para o aperfeiçoamento do nosso Direito privado, sem sacrificar a tradição pela novidade e sem cair no servilismo de outras codificações.

2.2 A necessidade de atualização do Código.

O Código de Beviláqua perdurou por quase um século, regendo as relações privadas dos cidadãos, até que se sentiu a necessidade de atualizá-lo, em decorrência das profundas alterações vivenciadas pela sociedade. Miguel Reale [1975:3], na condição de Supervisor da Comissão Revisora, ao esclarecer sobre a necessidade da revisão do antigo Código, afirmou:

Não é menos verdade, porém, que o nosso tempo se mostra mais propício a vislumbrar as linhas do futuro do que o de CLÓVIS, quando ainda o planeta não fora sacudido pela tormenta de duas guerras universais e pelo impacto dos conflitos ideológicos. Muito embora sejamos partícipes de uma “sociedade em mudança”, já fizemos, no Brasil, a nossa opção pelo sistema e o estilo de vida mais condizentes com as nossas aspirações e os valores de nossa formação histórica. Se reconhecemos os imperativos de uma Democracia Social, repudiamos todas as formas de coletivismo ou estatualismo absorventes e totalitários. Essa firme diretriz não só nos oferece condições adequadas à colocação dos problemas básicos de nossa vida civil, como nos impõe o dever de assegurar, nesse sentido, a linha de nosso desenvolvimento.

Superado de vez o individualismo, que condicionara as fontes inspiradoras do Código vigente, reconhecendo-se cada vez mais que o Direito é social em sua origem e em seu destino, impondo a correlação concreta e dinâmica dos valores coletivos com os individuais, para que a pessoa humana seja preservada sem privilégios e exclusivismos, numa ordem global de comum participação, não pode ser julgada temerária, mas antes urgente e indispensável, a renovação dos códigos atuais, como uma das mais nobres e corajosas metas de governo.

Já naquela oportunidade, quando se questionava a opção pela codificação ou quando se emergia o fenômeno da descodificação, sustentava o Supervisor da Comissão Revisora [1975:4]:

Nem se diga que nossa época é pouco propícia à obra codificadora, tantas e tamanhas são as forças que atuam neste mundo em contínua transformação, pois, prevalecer tal entendimento, só restaria ao jurista o papel melancólico de acompanhar passivamente o processo histórico, limitando-se a interferir, intermitentemente, com leis esparsas e extravagantes. Ao contrário do que se assoalha, a codificação, como uma das expressões máximas da cultura de um povo, não constitui balanço ou arremate de batalhas vencidas, mas pode e deve ser instrumento de afirmação de valores nas épocas de crise. Mesmo porque, tal como a história no-lo comprova, há codificações, como a de Justiniano, elaboradas no crepúsculo de uma civilização, enquanto que outras, como o Código Civil de Napoleão, correspondem ao momento ascensional de um ciclo de cultura.

Após germinar no Congresso Nacional desde o ano de 1975, enfim entra em vigor o Novo Código Civil com pretensão, dentre outras: manter a estrutura do Código revogado; preservar sempre que possível a sua redação; atualizá-lo para superar os pressupostos individualistas que o moveram, além de introduzir novos institutos jurídicos, exigidos pela sociedade. Ainda em defesa da codificação e respondendo as críticas de que o Código já nascia ultrapassado, Reale [1975:6], na exposição de motivos que encaminhou ao Ministro da Justiça, no tópico das Diretrizes Fundamentais diz que uma das intenções do Código era:

i) Não dar guarida no Código senão aos institutos e soluções normativas já dotadas de certa sedimentação e estabilidade, deixando para a *legislação aditiva*

a disciplina de questões ainda objeto de fortes dúvidas e contrastes, em virtude de mutações sociais em curso, ou na dependência de mais claras colocações doutrinárias, ou ainda quando fossem previsíveis alterações sucessivas para adaptações da lei à experiência social e econômica.

Os códigos oitocentistas, tal como o Código Civil Brasileiro, de 1916, foram construídos como sistemas fechados, portanto, impermeáveis à intervenção da realidade da vida e do poder de criação da jurisprudência. Originários das concepções iluministas, eram dominados pela pretensão de plenitude lógica e completude legislativa. Diz-se que expressam um sistema fechado justamente porque, empregando a técnica da casuística, centrada em modelos cerrados, com a perfeita definição da *fattispecie* e de suas conseqüências, sua linguagem dificilmente permite a comunicação com a realidade que está em seu entorno, notadamente com os chamados elementos metajurídicos, tais como valores éticos, dados econômicos, científicos, tecnológicos, elementos de ordem social etc. Por esta razão, para a regulação dos novos problemas, faz-se necessária a constante intervenção legislativa. Portanto, para melhor compreensão e interpretação do novo Código, ainda porque mantido em sua maior parte o texto do Código Beviláqua, se faz necessário vê-lo com outros olhos, alçar novos vãos, afastado das Luzes do Estado Liberal, marca da codificação revogada, onde o centro de interesses e tutelas era o homem, como indivíduo e proprietário.

3. O NOVO CÓDIGO CIVIL

O Código Civil de 2002 encontra-se sedimentado em três princípios fundamentais, a *eticidade*, a *socialidade* e a *operabilidade*, paradigmas que irradiam suas luzes sobre todo corpo da codificação e devem ser observados quando de sua aplicação.

3.1 Eticidade.

O novo Código procurou superar o apego da legislação revogada, ao formalismo jurídico dos séculos 19 e 20, de influência do Direito tradicional português e da escola germânica dos pandectistas, notadamente dominada pelo tecnicismo originário do Direito Romano. Fazia-se necessário reconhecer a participação dos valores éticos no ordenamento jurídico, ainda que preservada a técnica jurídica, que com aqueles deve se compatibilizar. Com a opção pelas normas genéricas ou cláusulas gerais, sem a preocupação de excessivo rigorismo conceitual, pretende-se possibilitar a criação de modelos jurídicos hermenêuticos pelos operadores do direito, para contínua atualização dos preceitos legais. Diante da escolha pela eticidade, com frequência o Código Civil faz referência à probidade e boa-fé, assim como à correção, de que são exemplos os artigos 113, 187 e 422². A eticidade é considerada o espírito do novo Código, onde são reconhecidos critérios ético-jurídicos que permitem a concreção jurídica, com maior autorização ao juiz para encontrar a solução mais justa ao caso concreto, ponderando Reale [1998:28] que “O novo Código, por conseguinte, confere ao Juiz não só poder para suprir lacunas, mas também para resolver, onde e quando previsto, de conformidade com valores éticos, ou se a regra jurídica for deficiente ou injustável à especificidade do caso concreto”.

A boa-fé objetiva, que passa a exigir dos contratantes uma efetiva conduta honesta,

2 Art. 113: Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. Art. 187: Comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Art. 422: Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

leal e transparente, transformou-se em dever jurídico, em cláusula geral, implícita em todos os contratos, substituindo o velho conceito de boa-fé subjetiva, que traduzia mera exortação ética, que pouco contribuía para garantir equações econômicas justas. Como se não bastasse, converteu-se a boa-fé em primeiro critério de hermenêutica dos negócios jurídicos, o que representará sua louvável e necessária purificação ética. É a nova técnica das cláusulas gerais, de princípios indefinidos que aumenta, e muito, a discricionariedade dos juízes, permitindo-lhes adotar, diante do caso concreto, as medidas necessárias para compor o litígio, como o mais poderoso mecanismo de efetiva realização e acesso à justiça. Fácil é perceber que o juiz será, agora, o grande equilibrador ético e econômico das relações obrigacionais, cabendo-lhe velar pela preservação da equação financeira dos negócios jurídicos, restaurando a comutatividade inaugural. Do caráter individualista do código novecentista, passa-se à vinculação a função social do contrato, colocando-o a serviço não só das partes, mas também de toda a sociedade, passando a exigir dos contratantes uma efetiva conduta honesta.

3.2 A socialidade.

É constante o objetivo do novo Código no sentido de superar o manifesto caráter individualista da legislação revogada, daí o predomínio do social sobre o individual, fruto de um tempo em que a maior parte da população brasileira vive no meio urbano. Marcas desta diretriz do código encontram-se: na exigência da função social que limita o direito dos contratantes; do reconhecimento da posse trabalho; da redução dos prazos de usucapião; do poder expropriatório do juiz, dentre tantos outros³. O sentido social é uma das características mais marcantes da nova codificação, em contraste com o sentido individualista do Código Civil anterior. Se não houve a vitória do socialismo, houve o triunfo da “socialidade”, fazendo prevalecer os valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana⁴, assinala Miguel Reale [1998:23]. Em razão da socialidade, foram necessárias revisões no que se refere aos direitos dos cinco principais personagens do Direito Privado tradicional: o proprietário, o contratante, o empresário, o pai de família e o testador. Exigiu-se em razão da emancipação plena da mulher, a modificação da denominação de “pátrio poder”, para “poder familiar” a ser exercido por ambos os cônjuges. O conceito de posse foi revisto e atualizado, em consonância com os fins sociais da propriedade, reconhecendo-se ainda a posse-trabalho ou *pro labore*.

3.3 A operabilidade.

Muito importante foi a decisão tomada no sentido de estabelecer soluções normativas de modo a facilitar sua interpretação e aplicação pelo operador do Direito. Prevaleceu o entendimento de que o Código é para ser operado, com o objetivo de dar maior efetividade às suas regras. Neste sentido, tomou-se o cuidado de eliminar as dúvidas que haviam persistido durante a aplicação do Código anterior, por exemplo, com a distinção entre prescrição e decadência – confusão que trazia graves conseqüências no dia a dia dos operadores do direito. Para evitar esse inconveniente, resolveu-se enumerar, na Parte Geral, os casos de prescrição, sendo as hipóteses de decadência previstas em imediata conexão com a disposição normativa que a estabelece. Com o mesmo objetivo de facilitar a sua aplicabilidade, procurou-se o uso de expressões mais claras, que não gerassem dúvidas. Exemplo: distinção entre associação

3 A respeito confirmam-se os arts. 421, 422, 1228, 1238, 1239, 1240 e 1242 do Código Civil.

4 Valor fonte, segundo Reale.

e sociedade, destinando-se aquela para indicar as entidades de fins não econômicos, e esta para designar as de objetivos econômicos. Não menos relevante é a resolução de lançar mão, sempre que necessário, de cláusulas gerais, como acontece nos casos em que se exige probidade, boa-fé ou correção por parte do titular do direito, ou quando é impossível determinar com precisão o alcance da regra jurídica. Foram previstas hipóteses de indeterminação do preceito, permitindo-se ao juiz decidir à luz das circunstâncias concretas do caso⁵. Miguel Reale [2002] afirma que “[...] somente assim se realiza o direito em sua *concretude*, sendo oportuno lembrar que a teoria do Direito concreto, e não puramente abstrato, encontra apoio de juriconsultos do porte de Engisch, Betti, Larenz, Esser e muitos outros, implicando maior participação decisória conferida aos magistrados. É preciso notar ainda que o Código, notadamente forjado e marcado por novos princípios, encontra-se impregnado pelo pensamento de seu coordenador, afirmando Gerson Branco [2003:2-3] que “o Código, coordenado pelo jurista Miguel Reale, está impregnado pelo seu pensamento filosófico denominado culturalismo, que é uma corrente de pensamento que se utiliza da noção “cultura” como um paradigma central e decisivo nos domínios das ciências humanas”. As marcas do culturalismo estariam: na opção metodológica de não refazer integralmente o Código Civil, modificando apenas o que fosse necessário para a sua modernização, portanto, valorizando os bens culturais que são reconhecidos e aceitos pela comunidade; pela adoção do princípio da socialidade, que é a prevalência dos valores coletivos sobre os individuais e ainda o princípio da eticidade, a exigir uma atividade valorativa do julgador na sua aplicação.

Gerson Branco [2003:79-80] aponta o Código como arrojado: por propiciar mudanças e permitir a adaptação às novas realidades por meio de modelos abertos introduzidos pelas cláusulas gerais. Mas também o entende como tímido, pela ausência de inovação de regras, apenas consolidando modelos jurídicos que a doutrina e jurisprudência já haviam recepcionado. Concluindo o autor:

Isso revela um dos traços mais profundos do culturalismo, segundo o qual no mundo da cultura nada se inventa. Mesmo o pensamento como atividade abstrata faz parte da experiência humana e, portanto, da experiência cultural. E nada que não tenha sido objeto de alguma forma de experiência histórica e socialmente relevante merece ser inserido na *constituição do homem comum*.

O novo Código Civil é mais o alicerce do que o telhado. E, por isso, tanto o legislador quanto o jurista possuem a liberdade para atuar e definir exatamente o seu conteúdo, preservando a sistemática, mas ao mesmo tempo abrindo caminho para a aplicação tópica do direito.

4. AS CLÁUSULAS GERAIS

O novo Código ao afastar-se da ultrapassada técnica das situações tipo, do modelo fechado típico do século XIX adotou o modelo aberto, com a utilização das chamadas *cláusulas gerais*, técnica utilizada para dar maior mobilidade ao sistema, mais sensível à realidade de cada caso. Essa rotulação não nos dá perfeita idéia do conteúdo, pois a cláusula geral não é, na verdade, geral. O que primordialmente a caracteriza é o emprego de expressões ou termos vagos, cujo conteúdo é dirigido ao juiz, para que este tenha um sentido norteador no trabalho de hermenêutica, de interpretação. Trata-se, portanto, de uma norma mais propriamente dita genérica a apontar uma nova exegese. Em amparo a essa nova concepção, Martins Costa

5 Como exemplo o art. 575 e 720 do Código Civil.

[1998:6] afirma que a inspiração do Novo Código vem da Constituição, farta em modelos jurídicos abertos. Diz:

Sua linguagem, à diferença do que ocorrem com os códigos penais, não está cingida à rígida descrição de *fattispecies* cerradas, à técnica da casuística. Um código não totalitário tem janelas abertas para a mobilidade da vida, pontes que o ligam a outros corpos normativos – mesmos os extrajurídicos – e avenidas bem trilhadas, que o vinculam, dialeticamente, aos princípios e regras constitucionais.

Karl Engisch assinala, segundo Alberto Gosson Jorge Júnior [2003-9], que as cláusulas gerais devem ser entendidas como aquelas que se contrapõem às normas casuísticas:

Se o conceito multissignificativo de cláusula geral há de ter uma significação própria, então faremos bem em olhá-lo como conceito que se contrapõe a uma elaboração casuística das hipóteses legais. Casuística é aquela configuração da hipótese legal (enquanto somatório dos pressupostos que condicionam a estatuição) que circunscreve particulares grupos de casos na sua especificidade própria.

E, ainda, “deste modo, havemos de entender por cláusula geral uma formulação da hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos. As cláusulas gerais se definiriam por oposição às normas casuísticas”.

Alberto Gosson Jorge Júnior [2003:12] diz que “a generalidade do enunciado normativo pode ser descrita como uma característica das cláusulas gerais. Outra característica residiria num atributo que pode ser erigido à autêntica constante dos enunciados jurídicos. Referimo-nos aos conceitos indeterminados”. E na leitura que fez de Engisch, afirma ainda esse autor que “por conceito indeterminado, deveria ser entendido como um conceito cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos, afirmando ainda que conceitos absolutamente determinados são raros no Direito, citando como exemplo os valores numéricos, de medida e monetários”. Conceitos indeterminados seriam aqueles que manifestam vagueza, abstração, que não são possíveis de determinar antecipadamente sua extensão⁶. O problema da identificação e definição das cláusulas gerais são os vários aspectos em que ela se apresenta: ora pela generalidade, pela indeterminação de seus conceitos, ora pela técnica do reenvio. Entretanto, sua característica fundamental, o que a diferencia de outras normas, é a alta carga valorativa que ela permite na interpretação, visando à justiça do caso concreto.

4.1 Razão das cláusulas gerais.

Em um momento histórico em que o direito se vê impossibilitado em acompanhar a dinâmica dos fatos e da tecnologia reinante em nossos dias, da vertiginosa rapidez das mudanças de paradigmas sociais, o legislador fez a opção pela técnica das cláusulas gerais, tornando o sistema mais aberto, que visa à justiça do caso, ao contrário da opção pela casuística adotado

6 Eros Roberto Grau [2005:231-232] assegura com veemência que não existem conceitos indeterminados, mas sim termos indeterminados de conceitos. Diz o autor: “Em inúmeros textos afirmei ser isso de todo insustentável, dado que – assim argumentava eu – a *indeterminação* apontada em relação a eles não dos conceitos (idéias universais), mas de suas expressões (termos). Daí minha insistência em aludir a *termos indeterminados de conceitos*, e não a *conceitos indeterminados*. E prossegue: “Este ponto era e continua a ser, para mim, de importância extremada: não existem *conceitos indeterminados*. Se é indeterminado o *conceito*, não é *conceito*. O mínimo que se exige de uma soma de idéias, abstrata, para que seja um conceito é que seja determinada. Insisto: todo conceito é uma soma de idéias que, para ser conceito, tem de ser, *no mínimo*, determinada; o mínimo que se exige de um conceito é que seja determinado. Se o conceito não for, em si, *uma soma determinada de idéias*, não chega a ser conceito.

pela codificação revogada⁷. Nesse ambiente social onde a interdisciplinariedade parece ser o caminho das ciências sociais, onde o direito está em constante diálogo com outros ramos do conhecimento humano, a técnica das cláusulas gerais, busca apontar o caminho natural para a justiça do caso concreto, a exigir um maior empenho do juiz na tarefa de adaptação do direito às mudanças sociais. Como exemplo desse viés das ciências sociais, destaca-se a necessidade do estreitamento das relações da ciência jurídica com a sociologia. A respeito, Bobbio⁸ acentua que:

Não existe apenas uma ciência jurídica, mas tantas quantas sejam as imagens que o jurista tenha de si mesmo e da função que ocupa na sociedade. O jurista pode desempenhar o papel de quem *conserva* e transmite um determinado conjunto de regras do qual é depositário e guardião (intérprete do direito), ou, então, de *criador* desse sistema, transformando-o, integrando-o e inovando-o, num perfil de colaborador ativo e por vezes até crítico (pesquisador do direito).

E acrescenta:

Estas duas visões do papel do jurista na sociedade podem depender das seguintes situações: a) se o jurista trabalha num regime institucional *fechado* – onde prevalece um corpo rígido de normas com fontes do direito previamente determinadas e a interpretação se resume numa exegese; b) ou, ao contrário, se o sistema se caracteriza como *aberto* – onde a maior parte das regras encontram-se em estado fluido, propiciando o papel inovador do jurista que é chamado a colaborar com o legislador e o juiz – e onde as fontes formais e materiais não estão rigidamente demarcadas. Se a sociedade configura-se como *estável* – tendendo a perpetuar os próprios modelos culturais – ou em *transformação* – com a possibilidade de irromperem fatores de mudança que tornam inadequados os modelos culturais tradicionais.

Portanto, como a nossa sociedade encontra-se em constante transformação, como a necessidade da interdisciplinariedade é sentida a todo o momento, como os sistemas fechados parecem não mais atender às demandas sociais, optou-se pela utilização das cláusulas gerais, caracterizadoras dos sistemas abertos, propícios ao enfrentamento dos problemas concretos da vida. As cláusulas gerais funcionariam, para Alberto Gosson Jorge Júnior [2003:39-40], como *elementos de conexão* entre as regras presentes no interior do sistema jurídico e, para alguns autores, se caracterizariam por uma função bem mais ampla, qual seja a de propiciar o ingresso de valores situados fora do sistema jurídico e que podem, através das cláusulas gerais, virem a ser nele introduzidos por meio da atividade jurisdicional. Judith Martins-Costa, conforme se apura das citações de Alberto Gosson Jorge Júnior, diz:

Considerada do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui, portanto, uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente “aberta”, “fluida” ou “vaga”, caracterizando-se pela

7 Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka [2001] diz que “o paradigma da lei é estreito. E já se critica o paradigma do juiz, mesmo em sua evolução modernizada, isto é, mesmo sob esta sua nova postura e atuação, advindas de uma ampliação de seus poderes, pela autorização que lhe é concedida de decidir com base em noções vagas que são ilações de *conceitos jurídicos indeterminados*, como por exemplo, a função social, a boa-fé e as demais cláusulas gerais. Esse fenômeno que foi visto como o fenômeno da *fuga das leis para o juiz*, embora conveniente em certo momento, parece já não ter como se manter atuando, enquanto paradigma da pós-modernidade”. Conclui: “Se o percurso inicial foi o *império da lei*, e depois o percurso foi *da lei para o juiz*, bem pode ser agora, o percurso que busque a saída do juiz para o caso”.

8 Conforme Alberto Gosson Jorge Júnior [2003:22-24].

ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, *fundamentarão a decisão*, motivo pelo qual, reiterados no tempo os fundamentos da decisão, será viabilizada a *ressistemização* destes elementos originariamente extra-sistemáticos no interior do ordenamento jurídico [2003:40].

As cláusulas gerais constituem o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípios valorativos, expressos ou ainda inexpressos legislativamente, de *standarts*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, das normativas constitucionais e de diretivas econômicas, sociais e políticas, viabilizando a sua sistematização no ordenamento positivo [2003:65].

Estas normas buscam a formulação da hipótese legal mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significados intencionalmente imprecisos e abertos, os chamados conceitos jurídicos indeterminados. Em outros casos, verifica-se a ocorrência de normas cujo enunciado, ao invés de traçar punctualmente a hipótese e as suas conseqüências, é intencionalmente desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela abrangência de sua formulação, a incorporação de valores, princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao *corpus* codificado, bem como a constante formulação de novas normas: são as chamadas *cláusulas gerais* [2003:66].

O Código Civil, na contemporaneidade, não pode mais estar adstrito à técnica da casuística, ao modelo fechado, com rígida descrição de *fattispecies*, tão caro aos iluministas, pois deve buscar sua inspiração nas normas constitucionais, farta em modelos jurídicos abertos e aos princípios. Nas palavras de Judith Martins Costa [1998:6-7],

As cláusulas gerais, mais do que um “caso” da teoria do direito - pois revolucionam a tradicional teoria das fontes - constituem as janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos civis. Isto porque conformam o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos, ainda inexpressos legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfico jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos metajurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressistemização no ordenamento positivo.

4.2 Características das Cláusulas Gerais.

Ao contrário do sistema adotado no século passado, onde se pretendia a clareza e precisão da lei, quando se exigia o seu caráter abstrato e geral, ocorre em nosso tempo a total inversão desses paradigmas, assumindo a lei a característica de concreção e individualidade, de resposta a certos e determinados problemas da vida, pois afinal o direito deve servir para resolver questões concretas. Nesse contexto, surge uma linguagem legislativa diferenciada, advinda da certeza de não se poder prever a todas as questões da vida, ainda mais em nossos dias, quando a velocidade das mudanças e dos avanços tecnológicos atingem a todos. Passa-se a adotar normas que indicam o resultado esperado em proveito do bem comum e da utilidade social. Estes novos tipos de normas, segundo afirma Judith Martins Costa [1998:7],

[...] buscam a formulação da hipótese legal mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significados intencionalmente vagos e abertos, os chamados “conceitos jurídicos indeterminados”. Por vezes --- e aí encontraremos as cláusulas gerais propriamente ditas --- o seu enunciado, ao invés de traçar punctualmente a hipótese e as suas conseqüências, é desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela vagueza semântica que caracteriza os seus termos, a incorporação de princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao *corpus* codificado, do que resulta, mediante a atividade de concreção destes princípios, diretrizes e máximas de conduta, a constante formulação de novas normas.

Pela dimensão dessas normas se verifica a sua amplitude a inviabilizar o seu conceito e a doutrina nada mais obtém do que arrolar a diversidade de suas características, notadamente marcadas pela sua oposição à técnica da casuística, da subsunção. A contraposição entre ambas as técnicas legislativas foi divulgada por Karl Engisch, em sua obra *Introdução ao Pensamento Jurídico*, segundo notícia Judith Martins Costa [1998:7]:

Engisch afirma que a casuística constitui a configuração da hipótese legal (enquanto somatório dos pressupostos que condicionam a estatuição) que circunscreve particulares grupos de casos na sua especificidade própria. Em outra obra, o autor também assenta, ainda segundo Judith: A casuística não significa outra coisa senão a determinação por meio de uma concreção especificativa, isto é, regulação de uma matéria mediante a delimitação e determinação jurídica em seu caráter específico de um número amplo de casos bem descritos, evitando generalizações amplas como as que significam as cláusulas gerais.

A casuística ou “*técnica da regulamentação por fattispecie*” é a técnica utilizada nos textos normativos onde o legislador fixa, do modo o mais possível completo, os critérios para aplicar uma certa qualificação aos fatos por ela regulados, onde o intérprete pratica o processo mental da subsunção, não havendo abertura para a criação, ainda que em desprestígio da decisão justa. Este sistema também conhecido como fechado, onde predomina a tipicidade tem sido apontado como o fator de rigidez e envelhecimento dos códigos. De forma contrária, as cláusulas gerais são dotadas de linguagem aberta, intencionalmente imprecisa e vaga, com grau de tipicidade reduzido, sendo dirigida ao Juiz, que recebe uma autorização para a criação de novas normas, quando confrontá-las ao caso concreto. A crítica que se faz a essa técnica legislativa é de que ela propicia a incerteza e insegurança, até a consolidação da jurisprudência sobre o seu exato conteúdo. No entanto, não obstante a generalidade e imprecisão dessa técnica legislativa, existem outros mecanismos no corpo codificado, dotados de casuismo nas matérias que constituem o núcleo básico do direito civil, o que equilibra todo o sistema. O atual Código Civil, fiel a essa técnica, adotou a estrutura bipartida em Parte Geral e Especial, destinando-se a primeira justamente a fixar os parâmetros de todo o sistema, vindo marcada pelo propósito de máximo rigor conceitual, a dar suporte à interpretação dos conceitos vagos e abertos. Assim acontece, também, no vigente Código Civil Português, como bem lembra José Carlos Moreira Alves,⁹ porque se encontra fixado numa posição “em que predomina o caráter científico, com o seu conceitualismo e o emprego de cláusulas gerais, sem abdicar, contudo, do casuismo nas matérias que constituem o núcleo básico do direito civil, pela vantagem da certeza do direito”.

9 Conforme Judith Martins Costa [1998:8].

4.3 A estrutura da Cláusula Geral.

Judith Martins Costa [1998:9] sustenta que devido às suas características, as cláusulas gerais podem ser de três tipos, a saber: a) do tipo restritivo, que seriam aquelas que restringem e delimitam um conjunto de permissões de regra ou princípio jurídico; b) do tipo regulativo, que servem para regular, com base em um princípio, hipótese de fato que a casuística não previu; c) do tipo extensivo, que se destinariam a ampliar uma regulação, com a possibilidade de introdução de princípios e regras próprias de outros textos normativos. Há os que entendem que a cláusula geral não possui estrutura própria do ponto de vista metodológico, diante do elevado grau de generalidade de seus termos, enquanto que outros a consideram como normas em branco, que exigem a complementação em regras extrajurídicas.

No primeiro caso, diz Judith Martins Costa [1998:9] que elas podem ser tidas como normas completas, quando não descreverem apenas um caso ou um único grupo de casos, mas possibilitam a tutela de vários casos definidos mediante determinada categoria, indicada através da referência a um padrão de conduta (conforme aos usos do tráfico jurídico), ou um valor juridicamente aceito (boa-fé, bons costumes, função social do contrato). No segundo caso afirma a autora, seriam normas parcialmente em branco completadas pela atividade judicial, mediante o reenvio a modelos de comportamento e a pautas de valoração. Portanto, as cláusulas gerais permitem, como fonte legislativa, a constante atualização do sistema, autorizando que se reconheça como norma, por meio da jurisprudência, um valor moral ou um determinado padrão de comportamento, sem necessidade de mudança legislativa.

4.4 As funções das cláusulas gerais.

Judith Martins Costa [1998:10] assegura que as cláusulas gerais teriam as seguintes funções: permitir a criação de normas jurídicas com alcance geral pelo juiz; atuar como elementos de conexão para utilização de precedentes; permitir à doutrina operar a integração intra e inter-sistemática entre as disposições contidas nas várias partes do Código Civil. Assim entendido, a primeira função das cláusulas gerais seria autorizar o juiz a criar a norma do caso, definindo o seu alcance inclusive para além do caso, tendo em vista a reiteração e sua afirmação no tempo. Portanto, função individualizadora e generalizadora. Atuariam também como elemento de conexão a ser utilizado na fundamentação das novas decisões, com importantíssimo papel de atuar como ponto de referência entre os diversos casos, permitindo a formação de catálogo de precedentes. Teriam ainda as cláusulas gerais, função integradora, possibilitando a livre navegação dentro e fora do Código Civil, com a interligação e complementação de conceitos e valores, propiciando um permanente diálogo entre todo o sistema normativo. Judith Martins Costa [1998:11] pondera que além da mobilidade interna¹⁰, permitem as cláusulas gerais o permanente e dialético fluir de princípios e conceitos entre o Código Civil, a Constituição e as leis especiais, evitando a utilização estanque de cada sistema, em detrimento de sua globalidade e ainda da decisão do legislador do dia, propiciando também o suprimento da inflação legislativa. Nesta perspectiva, se a crítica hoje operada à codificação reside na inadequação dos códigos, por sua rigidez, para apreender as velocíssimas e surpreendentes mudanças da tipologia social, nada mais adequado que o Código Civil, na contemporaneidade, contemple este modo de legislar.

¹⁰ Que consiste nas palavras de Couto e Silva, na referência de Judith Martins Costa “na aplicação de outras disposições legais para a solução de certos casos, percorrendo às vezes a jurisprudência um caminho que vai da aplicação de um dispositivo legal para outro tendo em vista um mesmo fato”.

Tema recorrente, no que se refere às cláusulas gerais, é a preocupação de parte da doutrina, de que alguns juízes, por comodismo ou desconhecimento da amplitude introduzida pelo novo instituto, evitem aplicá-las ou confirmem-lhe um conteúdo excessivamente tímido, ou ainda que se permita o arbítrio judicial inconseqüente. Alberto Gosson Jorge Júnior [2003:186] afirma:

[...] parece razoável pressupor que os Tribunais tenderão a conferir uma interpretação “formalista” às clausulas gerais, no sentido de restringir a aplicação de seu conteúdo caso deparem com magistrados de primeiro grau que revelem pouca habilidade no manejo de tais dispositivos normativos, seja prolatando decisões que resvalam para o puro arbítrio, seja desconsiderando o consenso pautado pela sociedade e pelos precedentes jurisprudenciais. E pelo raciocínio inverso, presumimos que as instâncias superiores tenderão a acatar com maior desenvoltura as decisões monocráticas prolatadas por seus pares do primeiro grau caso vislumbrem maturidade na aplicação dos princípios e priorização dos valores abrigados nas cláusulas gerais; e não deverá ser de outra forma, cediço que é na primeira instância que o julgador se encontra frente à realidade dos fatos quando se defronta com os acontecimentos que lhe aparecem de maneira pulsante diante da proximidade com as partes, com as testemunhas, quando se é possível acompanhar o processo de obtenção das provas, avaliar a conduta das partes, etc, etc.

Mesmo antes das cláusulas gerais, portanto, sob a égide do Código Civil de 1916, nota-se que a jurisprudência brasileira tem sido sensível a criação de direitos pela incorporação de valores sociais que clamavam por reconhecimento e que não contavam com a positivação legislativa. Alguns exemplos podem ser citados: as indenizações reconhecidas à concubina, por serviços prestados no período em que durou o relacionamento, ou o direito à participação no patrimônio amealhado na constância da sociedade de fato consolidada entre os concubinos; a desconsideração da personalidade jurídica em casos de desvio de finalidade, abuso de poder e má-fé por parte dos sócios de pessoas jurídicas, dentre outros.

Alberto Gosson Jorge Júnior [2003:187-188] diz que o professor Miguel Reale ao traçar o perfil da norma jurídica na perspectiva que denomina de *teoria tridimensional dialético-integrante do direito* enuncia dentre as características que atribui à norma a de *elasticidade* – “capaz de atender, em maior ou menor grau, as variações fático-axiológicas”, diz que “a norma jurídica pode sofrer profundas alterações semânticas, não obstante a inalterabilidade formal de seu enunciado, ou a permanência intocável de sua roupagem verbal”. Esclarece ainda o autor [2003:188] que: “sob este prisma de análise, as cláusulas gerais, estruturalmente em nada diferem das demais normas jurídicas. Comportam sim, uma elasticidade maior proporcionada pela abrangência de seu conteúdo e, principalmente, pela possibilidade de expandir a interpretação ou mesmo de “importar” valores para dentro do enunciado normativo, colocando, outrossim, o problema dos limites dessa atividade”.

Alípio Silveira, no entendimento de Alberto Gosson Jorge Júnior [2003:190], diz que

Ao lado das normas legais super-rígidas, surgem outras menos rígidas. E aparecem ainda as elásticas, flexíveis ou maleáveis. Desde Platão, Hipódamos e Aristóteles, já se questionava entre os dois sistemas de administração da justiça: o da norma jurídica, preestabelecida e precisa, e o da livre discricção judicial, que Roscoe Pound prefere denominar “teoria da equidade”. A maioria dos juriconsultos põe em destaque este duplo sistema, esta atitude. Observa aquele grande jurista-filósofo que

quase todos os problemas da ciência do direito vêm a dar no problema fundamental da norma jurídica e do poder discricionário. Este contraste é um verdadeiro *leit-motiv* dos juristas. Georges Renard contrapõe a regulamentação geral e a avaliação direta e concreta. Giorgio Del Vecchio põe em relevo as exigências, suscetíveis de oposição, da *certeza* (satisfeita pela norma legal mais ou menos rígida), e da justiça, que pede poder discricionário. E assim, muitos outros. A maioria das legislações modernas estabelece o predomínio da lei precisa em grande número de matérias, e se inclina pelo uso das normas elásticas, flexíveis, de equidade, em certo número de outras.

No mesmo sentido, o autor [2003:191] refere-se a Clóvis V. do Couto e Silva, que afirmara:

Daí porque os juristas da escola positivista não têm apreço pelas possibilidades criadoras decorrentes da admissão de “cláusulas gerais”. De tal atitude resulta que as soluções jurídicas ganham, inegavelmente, em certeza, com prejuízo, no entanto, do aspecto propriamente ético. Com a superação, em nossos dias, do conceito de sistema como algo fechado, surgem contribuições de sociologia e as experiências da jurisprudência. A questão fundamental endereça-se agora ao sentido e ao valor do sistema e torna-se claro que a lógica-formal, fundada no princípio de não contradição, possui valor bem menor do que supunha a ciência do Direito do século precedente”[XIX].

5. A INTERPRETAÇÃO/APLICAÇÃO DO DIREITO

Para melhor compreender e aplicar as cláusulas gerais se faz necessário uma breve explanação sobre o que seja interpretar o direito, que deve ser entendido por atividade construtiva e não meramente declaratória. A necessidade de interpretar o direito é originária da falta de clareza dos textos normativos e ao fato de que a interpretação e aplicação do direito são uma só operação. Interpretamos para aplicar. O juiz como intérprete autêntico produz o direito porque completa o trabalho do legislador. Sua criação é uma conseqüência do próprio processo de interpretação, afirmando Eros Roberto Grau [2005:61] que “o intérprete autêntico (o juiz), produz o direito (isto é a norma), porque a norma, não é apenas o texto normativo, mas o conúbio entre o texto e os fatos (a realidade)”.

5.1 A concretização do Direito.

A norma jurídica é construída pelo intérprete no processo de concretização do direito, pois o texto é matéria que precisa ser trabalhada. Para Eros Roberto Grau [2005:25],

[...] a concretização implica um caminhar do texto da norma para a norma concreta (a norma jurídica), que não é ainda, todavia, o destino a ser alcançado; a concretização somente se realiza em sua plenitude no passo seguinte, quando é definida a norma de decisão, apta a dar solução ao conflito que consubstancia o caso concreto. Por isso sustento que interpretação e concretização se superpõem. Inexiste hoje, interpretação do direito sem concretização; esta é a derradeira etapa daquela.

A norma é produzida no caso do processo de concretização, não a partir exclusivamente dos elementos do texto, mas também dos dados da realidade à qual ela deve ser aplicada. Portanto a norma é composta pela história, pela cultura e pelas características da sociedade no âmbito da qual se aplica em um determinado momento. Eros Roberto Grau [2005:78] diz que a interpretação jurídica é uma interpretação prática e o direito é alográfico, tal como a inter-

pretação musical e teatral, em que a obra somente se completa com o concurso do autor e do intérprete. Não se contenta com o texto, mas com o sentido por ele expressado. É produzido como nova forma de expressão pelo intérprete: “O sentido expressado pelo texto, já é algo novo, distinto do texto, é a norma”. A norma é a moldura e o conteúdo quem outorga é o intérprete, que desvencilha a norma de seu invólucro (o texto), produzindo-a, não no sentido de criá-la, mas sim de reproduzi-la. A interpretação do direito opera a mediação entre o caráter geral do texto normativo, que nada mais é de que um sinal lingüístico e a sua aplicação particular, sua inserção na vida. Isso significa, como pondera Eros Roberto Grau [2005:93], que “[...] a *norma* é produzida, pelo intérprete, não apenas a partir dos elementos colhidos do *texto normativo* (mundo do dever-ser), mas também a partir de elementos do caso ao qual será ela aplicada – isto é, a partir de dados da realidade (mundo do ser)”. A linguagem jurídica, por ser ambígua e imprecisa, reclama interpretação para a aplicação do direito. Ao fazê-lo, o juiz não se limita a interpretar, portanto, compreender os textos normativos, mas também compreender e interpretar os fatos. No processo de interpretação deve ser afastada a interpretação literal, como exigida no passado, pois as palavras, como as notas musicais são símbolos convencionais, cujo significado encontra-se sujeito a mudanças e aberto a questões e incertezas. Não é demais recordar, que não se interpreta somente os textos de direito, mas também os fatos, em um determinado momento histórico. No que se refere à interpretação dos fatos, há que se concluir que o verdadeiro não existe, sendo inútil buscar a sua verdade. O que interessa para a construção da norma são aqueles fatos recebidos e percebidos pelo intérprete autêntico, que, munido da recepção e percepção dos fatos, produzirá a norma.

Eros Roberto Grau [2005:95] ensina que

Além de não descrevermos a realidade, porém o nosso modo de ver a realidade, (2ª) essa mesma realidade determina o nosso pensamento e (2b) ao descrevermos a realidade, nossa descrição da realidade será determinada (i) pela nossa pré-compreensão dela (= da realidade) e (ii) pelo lugar que ocupamos ao descrever a realidade (=nosso lugar no mundo e lugar desde o qual pensamos).

O autor ainda esclarece [2005:96:97] que existem duas espécies de discurso e de ideologia: do direito e jurídica. O discurso do direito é prescritivo, sendo utilizado pelos juízes e tribunais, sendo o discurso jurídico utilizado pelos advogados, professores de direito. A ideologia do direito é produzida: pelo intérprete autêntico e pelos textos e enunciados. A jurídica é aquela produzida por quem usa ou fala do direito. A interpretação do direito é uma prudência e a norma não é objeto de demonstração, mas de justificação, pois no direito há apenas o aceitável e a única resposta correta não existe. Diz Eros Roberto Grau [2005:101] que

[...] o intérprete, então, atua segundo a *lógica da preferência*, e não conforme a *lógica da consequência* [Comparato 1979:127]: a *lógica jurídica* é a da escolha entre as várias possibilidades *corretas*. Interpretar um texto normativo significa escolher uma entre várias interpretações possíveis, de modo que a escolha seja apresentada como adequada [Larenz 1983:86]. A norma não é objeto de *demonstração*, mas de *justificação*. Por isso, a alternativa *verdadeiro/falso* é estranha ao direito; no direito há apenas o *aceitável* (justificável). O sentido do justo comporta sempre mais de uma solução [Heller 1977:241].

A metodologia tradicional (dos métodos) deve ser afastada da interpretação, pois não se sabe qual o método deve ser usado em determinado caso, qual deve ser escolhido. “A interpretação é uma compreensão, que por sua vez é uma aproximação do sujeito que compreende

e o objeto a ser compreendido, até um encontro mútuo, produzindo uma transformação entre ambos (recíproca)”, segundo Hassemer, na leitura de Eros Roberto Grau [2005:110]. A norma decisional não é dada previamente, mas construída, considerando-se o direito como um todo e não apenas um determinado texto normativo. Ocorre no contexto histórico presente e não no contexto da redação do texto. Eros Roberto Grau [2005:125] diz que o direito há que estar sempre atualizado e voltado para a realidade social, pois “a realidade social é o presente; o presente é vida – e vida é movimento”, sendo, portanto, o direito um dinamismo. “A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade de seus conflitos”. Entende que deve ser afastada a chamada vontade do legislador, porque extraída de um momento histórico e ideológico do legislativo, talvez não adequado ao momento de interpretação do texto. Deve ser adotada ideologia dinâmica da interpretação jurídica, afastando-se a ideologia estática de interpretação jurídica. Não é demais repetir, que a jurisdição é uma prudência. O juiz decide sempre dentro de uma situação histórica determinada, participando da consciência social de seu tempo, considerando o direito todo, e não apenas um determinado texto normativo. O direito é contemporâneo à realidade. Por outro lado, a interpretação dos textos de direito, tem na pré-compreensão seu momento inicial e quem deseja compreender um texto realiza sempre um projetar. Diz ainda Eros Roberto Grau [2005:111]:

[...] o procedimento do intérprete do direito encontra na *pré-compreensão* o seu momento inicial. E a *pré-compreensão* – representação antecipada do resultado da tarefa de interpretação – parametriza o empreendimento dessa tarefa. Ela constitui o pressuposto decisivo da escolha do *cânone hermenêutico* a adotar para a interpretação [Zacaria 1990:22]. Neste momento o intérprete opera *juízos de valor*, seus – inexistem, como vimos, regras postas sobre a interpretação do direito.

Por isso, diz com razão Nilo Bairros de Brum, na citação de Eros Roberto Grau [2005:111] que o intérprete, como o julgador, “é condicionado por sua cultura jurídica, suas crenças políticas, filosóficas e religiosas, sua inserção sócio-econômica e todos os demais fatores que forjaram e integram a sua personalidade”. O intérprete efetua a pré-compreensão do texto, o que caracteriza o seu preconceito ideológico que deve ser confrontado com a ideologia da norma. Eros Roberto Grau enfatiza [2005:113]

[...] que a decisão judicial implica necessariamente elementos emotivos e volitivos, dado que o juiz decide sempre dentro de uma situação histórica determinada, participando da consciência social de seu tempo. A interpretação se dá no contexto histórico presente e não no contexto de redação do texto.

5.2 Direito posto e pressuposto.

O direito já se encontra no interior da estrutura social anteriormente à sua expressão como direito produzido pelo Estado. Eros Roberto Grau sustenta que o direito,

[...] enquanto nível do todo social – dado que consubstancia um discurso ou uma linguagem dele –, é elemento constitutivo do modo de produção social. Assim, ele já se encontra no interior da estrutura social anteriormente à sua expressão como *direito moderno*, vale dizer, produzido pelo Estado. O que sustento, resumidamente, é o seguinte: a forma jurídica é imanente à infra-estrutura, como *pressuposto* interior à sociedade civil, mas transcende enquanto *posta* pelo Estado, como direito positivo. O Estado põe o direito – direito que dele emana – que até então era uma relação jurídica interior à sociedade civil. Mas essa relação jurídica que preexistia, como *direito pressuposto*, quando o Estado põe a lei torna-se *direito posto (direito positivo)* [2005:142].

O direito pressuposto nasce como elemento da cultura e condiciona a elaboração do direito positivo, portanto dá suporte à atividade legislativa, mas este modifica o direito pressuposto, em um constante movimento de recriação, próprio da evolução humana. Afirma Eros Roberto Grau [2005:144-145] que o “direito pressuposto é a sede dos princípios que não são resgatados do ordenamento jurídico, porém descobertos no seu interior e se existem estão positivados. A jurisprudência não os cria, limita-se a declará-los após o descobrirem no direito pressuposto da sociedade a que corresponde”. O enunciado de um princípio implícito é a manifestação do espírito de uma legislação. Embora não expressamente enunciado no direito posto/positivo, existem em estado de latência, sob o ordenamento positivo, no direito pressuposto. São descobertos no interior de determinado ordenamento, onde já se encontravam.

6. CLÁUSULAS GERAIS E PRINCÍPIOS

Como um sistema ou ordenamento jurídico não é integrado exclusivamente por regras, mas também é composto por princípios, ressalta a importância destes na interpretação das cláusulas gerais, diante da técnica de reenvio de que são dotadas. Os princípios constituem normas e são tão importantes na interpretação, que foram inseridos no texto da Constituição. A norma é o limite, sendo o princípio o limite e conteúdo. Alberto Gosson Jorge Júnior [2003:52] diz que “os valores consolidam-se em princípios que acabam por adquirir uma importância maior ou menor de acordo com o peso do elemento axiológico que lhes serve de fundamento”. Diz ainda o autor, utilizando o pensamento de Josef Esser, conforme citação feita por Karl Larenz, que

“Os princípios formam-se, primeiro, inconscientemente, num <longo processo subterrâneo até que por fim a descoberta, a *inventio* de uma idéia até então desprovida de forma encontra de súbito uma formulação convincente e que não mais se confunde com a mera interpretação e construção do que já existe no Direito positivo>. Não são concebidos nem como <proposições jurídicas> (normas), ainda que entendidas de maneira muito ampla, nem <proposições> na acepção da lógica (proposições axiomáticas de que pudessem ser inferidas, por dedução racional, concretas proposições de dever). O princípio jurídico, no sentido que Esser lhe atribui, é descoberto originariamente no caso concreto; só depois se constitui numa <fórmula que sintetiza uma série de pontos de vista que, nos casos típicos, se revelam adequados. Mais adiante: -Por outro lado, mesmo depois de descoberto o princípio, o seu desenvolvimento posterior na jurisprudência não é simples <aplicação>, mas um processo de permanente <conformação>” [2003:59].

Larenz segundo Alberto Gosson Jorge Júnior [2003:59-60] esclarece que os princípios jurídicos não são senão pautas gerais de valoração ou preferências valorativas em relação à idéia do Direito, que todavia não chegaram a condensar-se em regras jurídicas imediatamente aplicáveis, mas que permitem apresentar <fundamentos justificativos> delas. Estes princípios subtraem-se, como todas as pautas <carecidas de concretização>, a uma definição conceptual; o seu conteúdo de sentido pode esclarecer-se com exemplos.”

Na concepção de Alberto Gosson Jorge Júnior [2003:65], as cláusulas gerais advêm da necessidade do diálogo entre os princípios representativos de valores aceitos e amadurecidos na sociedade e as regras contidas no ordenamento jurídico. Pondera que:

Configurado um possível impasse entre o *princípio* que representa um valor socialmente amadurecido e que está a pedir, não só o reconhecimento, mas a efetivação na ordem social e um ordenamento jurídico dotado de normas *pointuais*, que na

sua estruturação sob o prisma rígido da reserva legal não contempla a possibilidade de aplicação destes valores-princípios, soltos nos anseios da sociedade, surgiriam as *cláusulas gerais*, elementos de conexão entre os valores reclamados e o sistema codificado, propondo-se a efetuar o elo de abertura para a introdução desses valores no ordenamento, sem ruptura da ordem positivada, sem quebra do sistema.

Diz ainda o autor [2003:67] que “num comparativo entre princípios e cláusulas gerais constatamos que os princípios irradiam uma identidade própria no sistema jurídico, o que já não se passa com as cláusulas gerais que necessitam trazer consigo, ou a remeter a princípios, que acabam por se fundir com a sua própria razão de ser [das cláusulas gerais]”. Eros Roberto Grau [2002:209] esclarece que todo intérprete estará sempre vinculado pelos textos de direito, em especial pelos que veiculam *princípios* que interprete. Afirma que

A abertura dos *textos de direito*, embora suficiente para permitir permanença o direito a serviço da realidade não é absoluta. Qualquer intérprete estará, sempre, permanentemente por eles atado, retido. Do rompimento dessa retenção pelo intérprete resultará a subversão do *texto*. Além disso, outra razão me impele a repudiar o entendimento de que o juiz atua no campo de uma certa *discricionariedade*. Essa razão repousa sobre a circunstância de ao intérprete autêntico não estar atribuída a formulação de *juízos de oportunidade* - porém, exclusivamente, de *juízos de legalidade*. Ainda que não seja o juiz, meramente, *a boca que pronuncia as palavras da lei*, sua *função* – *dever-poder* – está contida nos lindes da *legalidade* (e da constitucionalidade).

A interpretação das cláusulas gerais evidencia a função do juiz ao proferir a decisão no caso concreto e põe em relevo o papel do precedente, da jurisprudência, que confere a resposta da atividade jurisdicional a cada um e a todos os casos que são postos para apreciação dos Tribunais. Importa, para a interpretação das cláusulas gerais, as quais são capazes de absorver valores e substituí-los quando exigidos pela sociedade, o que ensina Miguel Reale, na compreensão de Alberto Gosson Jorge Júnior [2003:83-84], sobre o processo vital das normas jurídicas:

Poderíamos dizer, em suma, que os modelos jurídicos, integrativos de fatos e valores, uma vez postos em vigor, atuam sobre o meio social, suscitando novos processos axiológicos ou assumindo dimensões axiológicas diversas, pela intercorrência de fatos imprevisíveis. No decurso do tempo, o modelo vive em um processo dialético, que possui eficácia nos limites da elasticidade de sua vigência: quando o índice máximo de adaptação é atingido, põe-se, com urgência, o problema de sua revogação formal, ou seja, da estruturação de outros modelos. Nem faltam exemplos de soluções obtidas graças a modelos jurídicos elaborados pela doutrina e pela jurisprudência, antecipando-se criadoramente à ação insuficiente ou tardia dos legisladores, contornando-se os empecilhos das normas legais esclerosadas através do instrumento tão sutil quanto prudente da *fictione juris*, em cujo emprego se distinguiram os juriconsultos romanos.

Ao que Alberto Gosson Jorge Júnior [2003:84] acrescenta:

A amplitude das cláusulas gerais propiciaria uma perenização deste modelo jurídico diante da sua capacidade de absorver valores e processar a substituição destes por outros valores mais adequados às necessidades sociais de um dado momento histórico, operação esta que se realiza dentro do mesmo arcabouço normativo, evi-

tando-se o processo de revogação formal da norma com a substituição por outra que nada mais é do que se faz num quadro usual de normativismo rígido.

6.1 Antinomia entre regras e princípios.

Alberto Gosson Jorge Júnior [2003:178] diz que “o manejo com as cláusulas gerais insere a problemática de como resolver as antinomias entre regras e princípios e os conflitos entre princípios”. Acrescenta, com Maria Helena Diniz, que a solução para o conflito de normas deve ser analisada juntamente com a concepção que se tenha do sistema jurídico, dizendo que: “O sistema jurídico é a ferramenta metodológica que ocupa um lugar central no exame desse problema, permitindo solucioná-lo satisfatoriamente”. Diz ainda a professora, na leitura de Alberto Gosson Jorge Júnior [2003:179]:

Deveras, ante a dinamicidade do direito, será possível redimensionar novos valores, pois a norma não é um modelo abstrato oposto à realidade concreta, mas um modelo que expressa uma temporalidade própria, que se caracteriza por um renovar-se e refazer-se das soluções normativas, tendo, portanto, um caráter prospectivo, o que obrigará o aplicador a ler a norma sob a luz dos valores, numa oscilação contínua que vai da descoberta do discurso original à experiência valorativa e ideológica do momento atual.

Em outro ponto, enfatiza a mesma autora, nas palavras de Alberto Gosson Jorge Júnior [2003:179-180], referindo-se à Recasens Siches e a Alípio Silveira:

Como a antinomia é uma situação anormal, uma realidade que impõe a determinação da estrutura da incompatibilidade normativa e uma tomada de posição conveniente à solução do conflito, dever-se-á preferir a decisão razoável à racional. Sugere-se a razoabilidade em oposição à racionalidade. ... A lógica do razoável ajusta-se à solução das antinomias, ante o disposto no art. 5º da nossa Lei de Introdução ao Código Civil, que prescreve que, na aplicação da lei, deverá atender-se aos fins sociais a que se dirige e às exigências do bem comum.

E, de forma taxativa, declara: “Assim, se produzir efeitos contraditórios às valorações e fins conforme os quais se modela a ordem jurídica, a norma, então, não deverá ser aplicada àquele caso”. Alberto Gosson Jorge Júnior [2003:180] diz que esta interpretação das normas tendo em vista os valores que inspiraram sua concepção aproxima-se da “jurisprudência de valores” preconizada por Karl Larenz e provavelmente serviu de fonte de inspiração para a defesa da *interpretação corretivo-equitativa* onde se erige a *equidade* em autêntico *standard* jurídico, que com fundamento nos arts. 4º e 5º da LICC sugerem familiaridade com a função desempenhada pelas cláusulas gerais naquela característica de remissão aos *valores* que se harmonizam ao sistema jurídico e que conferem a melhor opção, para adaptação da norma, ao caso concreto. Pondera o mesmo autor [2003:182] que “no que se refere à colisão de princípios a solução tende para o *balanceamento de valores* com o objetivo de se chegar a uma diretiva que conduza à decisão judicial”. Karl Larenz, conforme citação de Alberto Gosson Jorge Júnior, [2003:183] destaca que

[...] em caso de conflito, se se quiser que a paz jurídica se restabeleça, um ou outro direito (ou um dos bens jurídicos em causa) tem que ceder até um certo ponto perante o outro ou cada um entre si. A jurisprudência dos tribunais consegue isto mediante uma <ponderação> dos direitos ou bens jurídicos que estão em jogo conforme o <peso> que ela confere ao bem respectivo na respectiva situação. Mas

<ponderar> e <sopesar> é apenas uma imagem; não se trata de grandezas quantitativamente mensuráveis, mas do resultado de valorações que – nisso reside a maior dificuldade – não só devem ser orientadas a uma pauta geral, mas também à situação concreta em cada caso.

Na doutrina de Edilsom Farias [2003:184] assegura que “a colisão será submetida ao *processus de ponderação ou proporcionalidade strictu sensu* (Alexy) dos *princípios concorrentes* (Gianformaggio), em que se investigará a *importância ou peso específico* (Dworkin) dos mesmos com o escopo de descobrir qual deles terá a preferência nas circunstâncias do caso concreto”. Por conseqüência diz Alberto Gosson Jorge Júnior [2003:184] que: “no caso de conflito entre valores albergados em diferentes cláusulas gerais deverá prevalecer o método do *balanceamento axiológico* ou *princípio da proporcionalidade*¹¹ para que se possa eleger qual aquele que deverá preponderar num dado litígio”. Por outro lado, Eros Roberto Grau [2005:48] diz que a tensão entre os princípios é própria do sistema jurídico e que a contradição de dois princípios “é resolvida somente quando se confronta o caso concreto, ou seja, deve o juiz apurar qual dos dois princípios assume importância mais significativa, em relação aos dados da realidade”. Nega o autor a antinomia jurídica entre princípios e regras, afirmando que estas operam a concreção, a aplicação daqueles. Afirma que não existe regra no sistema para a escolha de um princípio, e somente se pode saber no contexto de um caso, portanto, no conflito, afirmando:

Logo, não se manifesta jamais a antinomia jurídica entre princípios e regras jurídicas. Estas operam a concreção daqueles. Em conseqüência, quando em confronto dois princípios, um prevalecendo sobre o outro, as regras que dão concreção ao que foi desprezado são *afastadas*: não se dá a sua aplicação a determinada hipótese, ainda que permaneçam integradas, validamente (isto é, dotadas de *validade*), no ordenamento jurídico. Aquelas regras que dão concreção ao princípio desprezado, embora permaneçam plenas de *validade*, perdem *eficácia* – isto é, *efetividade* – em relação à situação diante da qual o conflito entre princípios manifestou-se. [2005:192-193]

7. CONTROLE E FUNDAMENTAÇÃO DAS CLÁUSULAS GERAIS

A maior crítica que se tem feito às cláusulas gerais, conforme já enfatizado neste trabalho, é que conferem muito poder ao juiz, o qual, utilizando de discricionariedade exagerada, poderia dar causa a incerteza e insegurança jurídica. Gustavo Tepedino, na leitura de Flávio Tartuce [2004], critica o sistema de cláusulas gerais adotado pelo Código Civil, afirmando que ele já não deu certo entre nós em outras oportunidades. Lembra que a cláusula de boa-fé objetiva constava do Código Comercial de 1850 e sequer foi utilizada e que “não foi muito diversa a experiência italiana, onde as cláusulas gerais que, no Código Civil de 1942, eram inspiradas em clara ideologia produtivista e autárquica assumiram um significado inteiramente diverso por obra doutrinária, sobretudo depois do advento da Constituição de 1948”. Aponta ainda em sua crítica, que o sistema de cláusulas gerais gera *desconfiança, insegurança e incerteza*, tornando árduo o trabalho da jurisprudência. Em codificações anteriores, exemplos do Direito Comparado, tendo em vista o alto grau de discricionariedade atribuído ao aplicador da norma, muitas vezes, as cláusulas gerais tornaram-se letra morta ou dependiam de uma construção doutrinária capaz de lhe atribuir um conteúdo mais objetivo. Entretanto, o árduo

11 Eros Roberto Grau [2005:42] opõe severa crítica ao que chamou de banalização dos princípios. Diz que toma-se a nuvem por Juno, come-se gato por lebre e tudo passa a ser “principlizado” – se é que o termo já foi cunhado. Pautas normativas – como a da proporcionalidade e a da razoabilidade – são tidos como princípios e para imprecisão absoluta quanto ao que se possa ou deva ter como *princípios de direito*, coisa distinta dos *princípios gerais do direito*.

trabalho da jurisprudência, não pode ser motivo para a não aplicação das cláusulas gerais, que foram uma opção legislativa que o intérprete não está autorizado a dispensar. Em relação à desconfiança, insegurança e incerteza que se imputa a liberdade concedida ao juiz pela nova sistemática, também a preocupação deve ser afastada, porque a discricionariedade judicial não existe, o juiz não produz normas livremente, e como intérprete autêntico está atado, retido pelo texto normativo e pelos fatos. Não obstante a abertura dos textos contida nas cláusulas gerais, o juiz não atua livremente, pois está adstrito a todo o sistema jurídico, aos princípios e notadamente à Constituição Federal. O desafio do intérprete será a compatibilização entre segurança e a flexibilização introduzida no sistema. Alberto Gosson Jorge Júnior [2003:89-93] destaca que:

[...] uma forma de controle da fundamentação das cláusulas gerais poderia ser encontrada em sua adequação aos *princípios constitucionais*. Situados no plano hierarquicamente superior, os princípios constitucionais serviriam de parâmetros, de guias para o controle da aplicação das cláusulas gerais. Desde as decisões monocráticas de primeiro grau até os arestos emanados das mais altas Cortes do País, a jurisprudência revelará objetivamente os princípios e os valores que estarão sendo aplicados, sinalizando com parâmetros efetivos para a interpretação em tais casos, mediando flexibilidade e rigidez, necessárias para o atendimento dos valores sociais de *certeza e segurança*¹².

Com apoio em Edílson Pereira de Faria, o mesmo autor [2003:172] enfatiza:

Os princípios cumprem ainda a função de limitação da interpretação ao restringir a discricionariedade judicial. A referência obrigatória aos mesmos nos casos difíceis e duvidosos torna o processo de interpretação-aplicação do direito mais controlável e racional, porquanto evita que o operador jurídico invoque valores subjetivos não amparados de forma explícita ou implícita no ordenamento jurídico. Segundo L Gianformaggio, “a referência aos princípios é a única forma de vincular o intérprete-aplicador do direito, fechando aqueles espaços que inevitavelmente toda tentativa de formulação de todo direito em regras taxativas deixaria aberta à sua discricionariedade.

Eros Roberto Grau [2005:207] afirma que a “abertura” dos textos de direito (técnica das cláusulas gerais), embora seja suficiente para permitir que o direito permaneça a serviço da realidade, não é absoluta, pois o intérprete estará sempre por eles atado, retido, sob pena de subversão do texto. E acrescenta:

Todo intérprete, embora jamais esteja submetido ao “espírito da lei” ou à “vontade do legislador”, estará sempre vinculado pelos textos normativos, em especial – mas não exclusivamente – pelos que veiculam princípios (e faço alusão aqui, também, ao “texto” do direito pressuposto). Ademais, os textos que veiculam normas-objetivo reduzem a amplitude da moldura do texto e dos fatos, de modo que nela não cabem soluções que não sejam absolutamente adequadas a essas normas objetivo.

Negando por completo a discricionariedade judicial, Eros Roberto Grau [2005:208-

12 Para Tércio Sampaio Ferraz Jr., certeza e segurança “são considerados no direito contemporâneo, dois valores imprescindíveis. A certeza diz respeito à coerente e delineada apreensão das situações de fato, de modo a evitar ao máximo as ambigüidades e vaguidade de sentido. Já a segurança tem a ver com os destinatários das normas. É preciso encontrar critérios para uma decidibilidade uniforme para todos os sujeitos”.

209] é enfático ao argumentar que o juiz não “formula juízos de oportunidade, porém, exclusivamente, juízos de legalidade”. Pondera que:

Além disso, outra razão impele-me a repudiar o entendimento de que o intérprete autêntico atua no campo de uma certa “discricionariedade”. Essa razão repousa sobre a circunstância de ao intérprete autêntico não estar atribuída a formulação de juízos de oportunidade – porém, exclusivamente, de juízos de legalidade. Ainda que não seja o juiz meramente a “boca que pronuncia as palavras da lei”, sua função – dever-poder – está contida nos lindes da legalidade (e da constitucionalidade). *Interpretar o direito* é formular juízos de legalidade. A discricionariedade é exercitada no campo onde se formulam juízos de oportunidade (= escolha entre indiferentes jurídicos), exclusivamente, porém, quando uma norma jurídica tenha atribuído à autoridade pública a sua formulação.

E acrescenta:

Ainda quando o intérprete autêntico cogite dos *princípios*, ao atribuir peso maior a um deles – e não a outro – ainda então não exercita discricionariedade. O momento dessa atribuição é extremamente rico – porque nele, quando se esteja a perseguir a definição de uma das soluções corretas, no elenco das possíveis soluções corretas a que a interpretação do direito pode conduzir – pondera-se *o direito*, todo ele (e a Constituição inteira), como totalidade. Variáveis múltiplas, de fato – as circunstâncias peculiares do caso – e jurídicas – lingüísticas, sistêmicas e funcionais-, são descortinadas. E, paradoxalmente, é precisamente o fato de o intérprete estar vinculado, retido, pelos princípios que torna mais criativa a *prudência* que pratica.

No mesmo sentido é a advertência de Judith Martins Costa [2002:119]:

A voz do juiz não é, todavia, arbitrária, mas vinculada. Como já se viu, as cláusulas gerais promovem o reenvio do intérprete/aplicador do direito a certas pautas de valoração do caso concreto. Estas estão, ou já indicadas em outras disposições normativas integrantes do sistema (caso tradicional de reenvio), ou são objetivamente vigentes no ambiente social em que o juiz opera (caso de direcionamento). A distinção deriva da circunstância de, em paralelo ao primeiro e tradicional papel, estar sendo hoje em dia sublinhado o fato de as cláusulas gerais também configurarem normas de diretiva, assim concebidas aquelas que não se exaurem na indicação de um fim a perseguir, indicando certa medida de comportamento que o juiz deve concretizar em forma generalizante, isto é, com a função de uma tipologia social. Aí está posta, pois, a segunda grande função das cláusulas gerais, que é a de permitir a mobilidade externa do sistema.

Não se quer dizer com isso, que se deva abandonar por completo o ordenamento jurídico, ou seja, o direito positivo, ao pretexto de alcançar o ideal da justiça, pois isso somente levaria a um mal maior, que é a total insegurança dos cidadãos. A vida da comunidade humana exige uma regulação ordenada e justa, o que constitui o motor e a finalidade do Direito. Plauto Faraco de Azevedo [1996:122], ao oferecer crítica contra o que denomina de esvaziamento do processo hermenêutico, quando se impede a interpretação criativa do juiz ao argumento da insegurança que pode causar, destaca:

Pretende-se, com este paradigma, favorecer a segurança jurídica. A consecução deste objetivo é, no entanto, duvidosa, na medida em que, preconizando deva o juiz prescindir de questionar o significado da mensagem legal, tolhe o seu trabalho de adequação da lei aos fatos, bem como a discriminação dos diferentes resultados

possíveis dele resultantes, de modo a poder optar por aquele que melhor concilie as exigências do ordenamento jurídico com a necessidade de realização da justiça do caso concreto.

Mesmo antes do Código Civil atual, Carlos Maximiliano [1994:12] defendia a necessidade da interpretação do Direito, asseverando: “O intérprete é o renovador inteligente e cauto, o sociólogo do Direito. O seu trabalho rejuvenesce e fecunda a fórmula prematuramente decrépita, e atua como elemento integrador e complementar da própria lei escrita. Esta é estática, e a função interpretativa, a dinâmica do Direito”. Assim, a crítica se desvanece, quando se sabe que a existência do ordenamento jurídico, por si só, não garante o fim do Direito, que é a justiça. A interpretação ganha especial relevo com a adoção da técnica de cláusulas gerais, a exigir um constante diálogo entre o intérprete e todo o sistema, posto que a realidade humana não pode ser tratada como número ou fórmulas, e não há possibilidade da previsão de toda a extensão dos fatos da vida e do comportamento humano. O que se espera do Juiz é que esteja preparado, jurídica e culturalmente para que possa realmente interpretar a regra jurídica e aplicá-la de acordo com os anseios da sociedade moderna. Para tanto, o magistrado deverá procurar soluções nos quadros cultural, político, econômico, social e jurídico, afastando-se da letra fria e conservadora da lei, procurando sempre alcançar soluções mais próximas possíveis do que se chama justiça. Sua interpretação deverá ter como bússola e norte permanente a causa do homem, que vive em sociedade e que aspira ao bem comum.

8. CONCLUSÃO

Ao término desse estudo introdutório, chega-se à conclusão de que para interpretar o novo Código e notadamente de suas cláusulas gerais, se faz necessária a mudança de concepção e de paradigmas. Exige-se que o intérprete esteja aberto aos princípios que nortearam a codificação, que compreenda que o ideal ético é o vetor das relações humanas. Há de se considerar ainda, que não se pode mais enxergar o homem individualmente, mas sim no contexto em que vive, em suas relações com seus semelhantes, pois é na convivência social o ambiente que propicia a valorização do ser humano.

Pode-se ainda verificar as dificuldades de identificação e definição do que sejam cláusulas gerais, tantas as oportunidades e variedade com que são utilizadas pelo Código Civil, mas buscou-se identificar sua finalidade principal, que seria funcionar como elementos de conexão no interior dos sistemas jurídicos, entre as normas rígidas e os valores aceitos por uma sociedade em constante transformação, em um determinado momento histórico. Com a opção pela técnica das cláusulas gerais, iluminado pelo pensamento de Miguel Reale, o legislador conferiu um mandato ou uma competência ao juiz, para a criação da norma do caso concreto, sem autorizá-lo, no entanto, a subverter o seu texto. Deverá o intérprete encontrar uma resposta, ainda que não seja a única correta, mas a que se lhe apresenta a melhor dentro do sistema, frente às peculiaridades da situação que deva enfrentar, em busca da decisão justa e equânime.

Constata-se ainda que a peculiaridade interpretativa das cláusulas gerais, realça a abrangência do conteúdo da norma e a flexibilidade na valoração, mas se reconhece que a discricionariedade judicial não existe, por estar o juiz adstrito aos textos do direito e aos fatos, pois não emite juízos de discricionariedade, mas sim juízos de legalidade. É preciso também reconhecer a normatividade dos princípios, que encontrados no interior do ordenamento jurídico, portanto, no direito pressuposto, podem tanto preencher a finalidade de elementos

conformadores, de mandados de otimização, como podem revestir a característica de normas cogentes se assim expressos e direcionados no sistema jurídico. Não fosse a obrigação constitucional de fundamentação das decisões¹³, o dever imposto ao juiz sobreleva com a adoção das cláusulas gerais. Na concreção das cláusulas gerais, enfatiza Judith Martins Costa [2002:120]:

[...] cresce extraordinariamente o dever de fundamentar a decisão, devendo o juiz deixar claro não só a concreta razão de fato ensejadora da invocação ao princípio, máxima de conduta ou diretriz contidos na cláusula geral, como da conexão entre ambos, a razão de fato e a razão jurídico-valorativa. Por isso é imenso, nessa operação intelectual, o peso dos precedentes judiciais, que expressam uma espécie de “razão comum” de decidir para os casos análogos ou similares.

Conclui-se então, que a interpretação das cláusulas gerais exigirá abundante fundamentação, com ampla explicitação fática e jurídica, com atenção redobrada aos valores da comunidade, de forma a se conhecer as condutas normalmente adotadas naquele lugar e naquelas circunstâncias e que foram levadas em consideração para a decisão do caso concreto examinado. Só assim as cláusulas gerais terão atendido o seu objetivo de arejar o sistema, dando respostas adequadas e justas, para determinados problemas da vida, em determinado momento histórico, reconhecendo novos valores da comunidade, sem necessidade de modificação da legislação. Conforme as palavras de Aguiar Júnior [2000:227],

[...] nesse trabalho criador, o juiz deve, mais do que em outras ocasiões, fundamentar suas decisões, porque ele deve explicar às partes e à comunidade jurídica como e porque tais condutas foram consideradas as devidas na situação do processo, pois foi nessa norma de dever (criada por ele para o caso) que alicerçou a solução da causa.

Acrescenta o autor que não havendo responsabilização pessoal do Juiz quanto aos atos jurisdicionais, exceto em casos muitos restritos, a utilização inadequada, deixando de fazer o devido uso das cláusulas gerais gera responsabilização social, com julgamento pela sociedade organizada. Enfatiza o mesmo Aguiar Júnior [2000:228]:

Não havendo sanção jurídica prevista em lei, aplicável ao juiz que deixa de fazer o devido uso da cláusula geral, estamos diante de um caso de responsabilidade social. Nesta, a relação se estabelece diretamente entre o juiz e a sociedade, que se manifestará através dos diversos modos e meios de controle difuso. Para isso é preciso em primeiro lugar garantir a publicidade e a divulgação das decisões; em segundo, contar com uma sociedade organizada, da área técnica ou não, que tenha condições de avaliar a decisão e dar a resposta. Nesse particular, exercem importante papel a imprensa, os meios eletrônicos de comunicação, os livros especializados e os periódicos, que divulgam, analisam e criticam as decisões.

Portanto, é com o novo espírito do Código Civil que este trabalho foi produzido, com a pretensão de oferecer alguma contribuição para melhor compreender e aplicar as suas cláusulas gerais, reconhecendo as suas potencialidades, tudo em benefício dos destinatários da norma, que são os cidadãos, que diante das intensas desigualdades sociais vivenciadas em nosso tempo, estão ávidos por justiça.

13 Confira-se o art. 93, IX da Constituição de 1988, que dispõe sobre a obrigatoriedade da fundamentação das decisões dos órgãos do Poder Judiciário.



9. Abstract:

This work is a preliminary study of “open textures rules” in the new Brazilian Civil Code and the discretionary power of the judge in its application. It emphasizes the importance of the principles of the law on its interpretation, identifying them as the limits of the judicial liberty, with emphasis on the obligation of the legal justification by judge.

Key words: *Open textures rules. Standards. Discretionary power. Safety law. Judicial liberty. Principles.*

10. REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *O Poder Judiciário e a Concretização das Cláusulas Gerais: Limites e Responsabilidade*, Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, No. 18, 2000.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do direito e contexto social*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

COSTA, Judith Martins. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro / Judith Martins-Costa e Gerson Branco*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *O Direito Privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 35, número 139, jul/set 1998. Disponível em <http://www.senado.gov.br>, acesso em 25 maio 2005.

GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro*, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, São Paulo: Malheiros, 3ª Edição. 2005.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *A visão contemporânea, a transição legislativa e as tendências para o século XXI*, Palestra de abertura do ciclo de palestras sobre o novo código civil, Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 03 outubro 2001. Disponível em: <http://www.juris.br>. Acesso em 02 junho 2005.

JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. *Subsídios para uma interpretação das “Cláusulas Gerais” no Novo Código Civil*, dissertação (Mestrado), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, Biblioteca Nadir Gouvêa Kfourri, 2003.

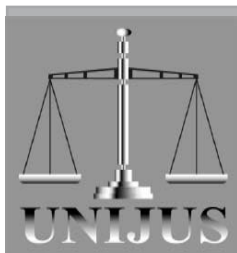
MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*, Rio de Janeiro: Forense, 1994.

REALE, Miguel. *Novo Código Civil, Exposição de Motivos*, disponível em <http://www.senado.gov.br>, acesso em 13 agosto 2005.

_____. *Visão Geral do Projeto de Código Civil*, São Paulo: RT, v. 752, jun. 1998.

_____. *Visão geral do novo Código Civil*. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n.54, fev. 2002. Disponível em: <http://www1.jus.com.br>, acesso em: 15 agosto 2004.

TARTUCE, Flávio. *Tendências do Novo Código Civil: Uma codificação para o terceiro milênio*, 2004. Disponível em: <http://www.inteligenciajuridica.com.br>, acesso em 15 junho 2005.



PREVENÇÃO E REPRESSÃO AO DELITO DE “LAVAGEM” DE DINHEIRO

Patrícia Teodora da Silva¹

Resumo:

O presente artigo visa demonstrar a importância de uma eficaz discussão sobre o delito de “lavagem” de dinheiro, tendo em vista os tratados internacionais, acordos e legislações nacionais e internacionais e a necessidade de mútua cooperação entre os vários países e seus órgãos governamentais, para uma eficaz prevenção e repressão ao crime em comento.

Palavras-chave: Prevenção. Repressão. Garantias individuais. Sigilo bancário. “Lavagem” de dinheiro.

SUMÁRIO:

1. Introdução – 2. Breve histórico normativo – 3. Conceito de “lavagem” de dinheiro – 3.1 Fases da “lavagem” de dinheiro: colocação, ocultação e integração – 3.2 Crime antecedente – Tipicidade – 4. Prevenção e repressão ao delito de “lavagem” de dinheiro – 4.1 Medidas preventivas – 4.2 Medidas repressivas – 4.2.1 Quebra de sigilo bancário – 5. Garantias individuais e limites para repressão ao delito – 6. Tendências atuais na prevenção e repressão ao delito de “lavagem” de dinheiro – 7. Considerações finais – 9. *Abstract* – 10. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre o delito de “lavagem” de dinheiro, sua relação com as garantias individuais e com as formas de prevenção e repressão, esboçando diretrizes e evidenciando as tendências mundiais no combate ao crime. Por sua vez, a conceituação de “lavagem” de dinheiro não apresenta nuances que sejam objetos de grandes discussões doutrinárias ou jurisprudenciais. Em realidade, é uma conceituação simples que abarca suas fases, modo de operacionalização e possibilidade de punição em dado momento. Um dos aspectos mais relevantes são as formas de *prevenção* e de *repressão* ao delito em comento, que esbarram, inarredavelmente, nos direitos e garantias fundamentais insertos na Constituição da República de 1988.

Tem-se por propósito a busca de uma visão crítica e atualizada acerca da interpretação das normas constitucionais em face do princípio da proporcionalidade e razoabilidade. As garantias individuais limitam o arbítrio do Estado, impondo regras. Outrossim, elas não podem ocultar atividades ilícitas que coloquem em risco o Estado Democrático de Direito. A coletividade merece tanta proteção quanto o indivíduo delinqüente. Aliás, as garantias fundamentais não são apenas para o indivíduo, mas de igual forma para a sociedade.

2. BREVE HISTÓRICO NORMATIVO

No âmbito internacional, o crime de “lavagem” de dinheiro está ligado ao tráfico ilícito de entorpecentes, em que, já em 1912, com a edição da Convenção Internacional contra

¹ Bacharel em Direito pela Universidade de Uberaba em 2007. Funcionária Pública Municipal prestando serviços no Juizado Especial Federal de Uberaba.

o ópio, eram utilizadas “lavanderias” para o branqueamento do dinheiro.² Em 1920 e 1930, os mafiosos americanos tinham o hábito de reciclar o dinheiro em espécie que recebiam do tráfico de entorpecentes, prostituição, extorsão, formando, para tanto, “lavanderias” utilizadas para justificar uma origem lícita para o dinheiro. A primeira reunião internacional de grande expressão, já tendo o propósito de promover a cooperação internacional no combate ao crime organizado, dentre eles, a “lavagem” de dinheiro, ocorreu em Viena, no ano de 1988. A Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas foi o primeiro instrumento jurídico internacional a definir como delito a operação de “lavagem” de dinheiro, sendo que o Brasil confirmou a adesão a esse diploma normativo em junho de 1991.³ A OEA – Organização dos Estados Americanos – criou a CICAD – Comissão Interamericana para o Controle de Abuso de Drogas –, tendo por objetivo primordial, o desenvolvimento de uma estratégia hemisférica de combate ao narcotráfico e “lavagem” de dinheiro. Buscando a harmonização das legislações internacionais, no combate ao crime organizado, a CICAD elaborou o Regulamento Modelo sobre Delitos de “lavagem” Relacionados com o Tráfico Ilícito de Drogas e Outros Delitos Graves, aprovado pela Organização dos Estados Americanos. Ainda, várias convenções, programas e regulamentações internacionais surgiram nesse ínterim, contudo, a mais importante, sem dúvida nenhuma, foi a *UNDCP – United nations international drug control programme* (Programa das Nações Unidas para o Controle Internacional de Drogas), cuja finalidade é centralizar e uniformizar o controle internacional de drogas e crimes correlatos, monitorando as tendências de produção, consumo e tráfico ilícito.⁴ Outras convenções e acordos foram realizados dentre vários países do globo: o Plano de Ação Contra “lavagem” de Dinheiro – GPML; o Grupo de Ação Financeira sobre “lavagem” de Dinheiro – GAFI/FATF, criado em Paris, composto pelos países que compõem o chamado G7, atualmente com 33 membros, dentre eles o Brasil, editando as 40 Recomendações, visando à implementação de medidas preventivas adicionais às propostas da Convenção de Viena, cuja finalidade precípua é a prevenção ao crime de “lavagem” de dinheiro em âmbito internacional; a criação de várias FIU – Unidade Financeira de Inteligência, com o objetivo de centralizar informações em um só órgão, para o seu intercâmbio, visando ao combate ao delito organizado em nível internacional (no Brasil, o COAF – Conselho de Controle de atividades Financeiras – pode ser considerado uma “FIU” brasileira).⁵

Na República brasileira, em 3 de março de 1998 passou a vigorar a Lei nº. 9.613, que versa sobre o delito de “lavagem” de dinheiro. Com muita deficiência legislativa, e embora tardia, o texto normativo representa a luta contra um delito extremamente nocivo, que alimenta o tráfico de entorpecentes, terrorismo, e, principalmente, inviabiliza medidas econômicas e sociais. Com a complexidade e multinacionalidade dos crimes organizados, dentre eles o delito de “lavagem” de dinheiro, foi redigida a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo). Além de recomendações e medidas a serem efetivadas pelos países signatários, o diploma normativo abarcou o conceito

2 DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio Machado de Almeida Delmanto. **Leis Especiais Comentadas**. Editora Renovar, 2006, p. 544.

3 Ibid, p. 544.

4 Neste sentido ver SENNA, Adrienne Giannetti Nelson de. **Cartilha sobre Lavagem de Dinheiro – Um Problema Mundial**. Disponível em: <https://www.fazenda.gov.br/coaf/portugues/publicações/cartilha.htm>. Acesso em 29 out. 2006 às 08 h e 45 min

5 Ibid.

de crime organizado. Em uma palestra proferida por Quaglia,⁶ realizada pelo Gabinete das Nações Unidas contra a Droga e a Criminalidade (UNODC), tem-se uma dimensão e extensão da Convenção de Palermo. Senão, vejamos:

Em dezembro de 1999, realizou-se em Palermo, Itália, uma convenção de alto nível para a assinatura do texto da convenção preparada por esse comitê, sob o título de Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Esse documento, também conhecido como Convenção de Palermo, representa um passo importante na luta contra o crime organizado transnacional, no qual as Nações Unidas expressam a sua convicção de que este é um problema real e grave, que só pode ser combatido por intermédio da cooperação internacional. A Convenção ficou aberta em Palermo por três dias, para assinaturas de adesão. Nesse período, representantes de 124 países das Nações Unidas assinaram o documento, o que representa a adesão mais rápida já obtida por uma convenção das Nações Unidas.

A convenção de Palermo foi aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo 231, de 29-05-2003, e ratificada pelo Governo brasileiro em 29-01-2004, tendo sido promulgado o Decreto 5.015/2004. Internacionalmente, entrou em vigor em 29-09-2003, e para o Brasil em 28-02-2004.

3. CONCEITO DE “LAVAGEM” DE DINHEIRO

“Lavagem” de dinheiro é o meio pelo qual o agente criminoso transforma ativos adquiridos em atividades ilícitas, em ativos de origem aparentemente legal. Senna define o delito de “lavagem” de dinheiro como “um conjunto de operações comerciais ou financeiras que buscam a incorporação na economia de cada país dos recursos, bens e serviços que se originam ou estão ligados a atos ilícitos”. Continua explicando que “lavar recursos é fazer com que o produto do crime pareça ter sido adquirido legalmente”.⁷ Por sua vez, Delmanto Júnior busca explorar o conceito de “lavagem” de dinheiro, ressaltando o aspecto econômico e tecnológico da seguinte forma:

Com a expressão “lavagem de dinheiro” busca-se abranger toda a atividade empregada para dar aparência lícita ao produto econômico de determinados crimes, viabilizando seu ingresso na economia formal e, desse modo, a sua efetiva e despreocupada utilização pelo criminoso, evitando-se o seu confisco, mesmo porque a economia, nos dias de hoje, informatizado e ágil – encontra-se cada vez mais fiscalizada (CPMF, Imposto de Renda, Escrituras de compra e venda com indicação de CPF das partes, etc.).⁸

6 Quaglia, Giovanni. Crime Organizado Internacional: a resposta das Nações Unidas. Palestra proferida no Simpósio Internacional “Combate ao Crime Organizado: Defesa da Ordem Democrática”, no dia 04/06/2003. Disponível em: http://www.unodc.org/brazil/articles_speeches_simposio_crime_organizado.html. Acesso em 05/03/2007 às 8 horas.

7 SENNA, Adriane Giannetti Nelson de. Cartilha sobre Lavagem de Dinheiro – Um Problema Mundial. Disponível em: <https://www.fazenda.gov.br/coaf/portugues/publicações/cartilha.htm>. Acesso em 29 out. 2006 às 08 h e 45 min.

8 DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio Machado de Almeida Delmanto. **Leis Especiais Comentadas**. Editora Renovar, 2006. p. 543.

Embora a conceituação esboçada não apresente grande complexidade, as fases de “lavagem” de dinheiro, até que o delinqüente obtenha o total “branqueamento”, são compostas de vários elementos, todos com suas peculiaridades, dificultando a investigação policial para a repressão do delito. Essas fases são a *colocação*, a *ocultação*, também chamada de camuflagem, e a *integração*.

3.1 Fases da “lavagem” de Dinheiro: Colocação, Ocultação e Integração

A “lavagem” de dinheiro se realiza por um processo dinâmico. É necessário disfarçar o dinheiro obtido ilicitamente, dando-lhe aparência de lícito, para integrá-lo à economia de forma segura. Existem várias formas de “lavar” o dinheiro ilícito, sofisticadas “lavanderias” são criadas diariamente no mundo todo. O avanço tecnológico, as informações rápidas, a corrupção, dentre outros fatores, dificultam o combate ao crime organizado. Alguns tipos ou formas para “branquear” o dinheiro ilícito ainda não são conhecidos das autoridades policiais. Também são criadas distorções pelos criminosos para evitar a punição e a perda do produto econômico, seja dinheiro, objeto de arte, jóias, etc. Na verdade, é muito difícil que a perda do produto criminoso ocorra para o delinqüente, uma vez que o dinheiro “lavado” é depositado em países cujos sigilos bancário e fiscal são rigorosos (*offshore bank*), impedindo o conhecimento da autoria do delito. Das formas de “lavagem” de dinheiro mais conhecidas, são utilizadas três fases para as operações efetuadas durante o crime. Primeiro, o dinheiro é afastado de sua origem ilícita, dissociando-o do delito; segundo, existe uma camuflagem através de várias movimentações financeiras, dificultando o rastreamento desses recursos; finalmente, esse dinheiro é disponibilizado novamente ao criminoso, depois de “lavado”, inserido na economia através de atividades comerciais, bancárias, imobiliárias, jogos de azar (bingos), etc.⁹

Essas etapas são a colocação (*placement stage*), a transformação (ocultação) e a integração.¹⁰

A primeira fase chamada de colocação é o primeiro passo do processo de “lavagem” de dinheiro. Nesta fase o dinheiro é colocado no sistema econômico por meio de várias movimentações bancárias. Em interessante monografia feita por Novaes, onde buscou observar e detectar a atuação das redes ilegais na Amazônia brasileira derivadas do tráfico de drogas e “lavagem” de dinheiro, pode-se detectar as três fases associadas ao sistema bancário. Segundo esse autor, a colocação pode ser feita em qualquer cidade de níveis hierárquicos diferentes (o estudo se limitou à região da Amazônia, mas é parâmetro para outras regiões), desde que existam nessas localidades agências bancárias, para integrá-las à rede de “lavagem” na etapa da colocação. Nesse primeiro estágio, o risco é elevado e os instrumentos à disposição de Estados Nacionais e Organismos Internacionais para o controle da “lavagem” de dinheiro devem ser mais eficazes:

[...] Em países que procuram cumprir as quarenta medidas do FATF, como é o caso do Brasil, só é possível controlar depósitos iguais ou superiores a 10.000 dólares, donde a prática do *smurfing* que consiste em contratar indivíduos (laranjas) que façam vários depósitos abaixo do teto. Outras práticas como a divisão dos depósitos por diversas praças bancárias, a entrada ilícita de moeda no país e a mistura de ganhos ilícitos com depósitos legítimos, também são frequentemente utilizadas

9 SENNA – Ibid. in: www.fazenda.gov.br/coaf.

10 DELMANTO *et al.*, op. cit. p. 543.

com a finalidade de evitar o controle bancário.¹¹

Como foi possível constatar, nesta fase é possível ligar o criminoso ao delito, ainda que com grande dificuldade, por isso a importância das medidas preventivas, que devem ter a colaboração das agências bancárias e setores administrativos da Administração Pública, sem o que é praticamente impossível coibir o crime de “lavagem” de dinheiro.

Na segunda fase, também conhecida como estratificação, difusão, camuflagem ou acomodação, existe a primeira tentativa de disfarçar a fonte do dinheiro, originando transações financeiras e protegendo o anonimato do sujeito ativo do crime. Nesta etapa, o dinheiro é camuflado por transferências múltiplas nacionais ou internacionais e várias transações bancárias. O objetivo “é dificultar o rastreamento contábil dos recursos ilícitos inseridos no sistema econômico formal, tentando quebrar a cadeia de evidências que ligam esses fundos a sua real origem”.¹² O risco para o “lavador” nesta etapa é menor, utilizando instrumentos monetários diversos como cheques compensados, certificados de depósito, *travellers checks*, transferências de crédito, cheques administrativos e sistemas eletrônicos de pagamento. Aqui, quando a ocultação é realizada em nível transnacional (geralmente o processo de ocultação em quantias vultosas pecuniárias é realizado em países diversos de onde foi colocada a divisa, para melhor camuflagem e para afastar o delinqüente da quantia ou objeto sujo), existem participações dos países em que o sigilo bancário é rígido, utilizando também contas “fantasmas” em nome de terceira pessoa (“laranja” ou colaborador). Finalmente, na terceira fase conhecida por integração os ativos são incorporados à economia, sendo o capital investido em empreendimentos altamente lucrativos, como instituições financeiras (meio por onde transitam os recursos); bolsas de valores (pela facilidade de compra e venda de ações e dinheiro por intermédio de um corretor); mercado imobiliário (forma de transações de compra e venda de imóveis e especulações imobiliárias – setor que não tem um controle direto, facilitando a ação dos criminosos); jogos e sorteios (bingos e loterias por meio de compra de bilhetes premiados e a realização de alto volume de apostas em um tipo de jogo), dentre outros. Nesta fase, para não dizer impossível, é muito difícil ligar o criminoso ao dinheiro branqueado. O montante “lavado”, depois de investido em determinado setor, acaba por financiar e manter o crime organizado, além de desestabilizar a economia local.

3.2 Crime Antecedente – Tipicidade

“Lavar” dinheiro significa fazer com que o produto de um crime pareça ter sido adquirido legalmente. Dessa forma, o crime de “lavagem” de dinheiro é crime derivado, existe se houver crime anterior, denominado crime antecedente. O artigo 1º da Lei nº. 9.613/98 enumerou o rol de crimes antecedentes, quais sejam: tráfico ilícito de entorpecentes ou drogas afins; terrorismo e seu financiamento; contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção; extorsão mediante seqüestro; crimes contra a Administração Pública;

11 NOVAES, André Reyes. **Tráfico de Drogas e Lavagem de Dinheiro: Um Estudo sobre a Atuação das Redes Ilegais na Amazônia Brasileira**. Rio de Janeiro. 2003. Disponível em: <http://www.igeo.ufrj.br/gruporetis/pesquisa/droga/p01mono03.htm>. Acesso em: 01 out. 2006, às 9 h e 50 min.

12 ALVES FILHO, Manoel. Tese revela inoperância de aparato que coíbe lavagem de dinheiro no País. Estudo conclui que problemas estruturais interferem na fiscalização e na apuração de casos suspeitos. *Jornal da Unicamp*. Ed. 218, 30 jun. a 6 jul. 2003. Disponível: http://www.unicamp.br/unicamp/unicamp_hoje/ju/julho2003/ju218pg03.html. Acesso em 30 set. 2006 às 21 h e 15 min.

crimes contra o sistema financeiro nacional, crimes praticados por organizações criminosas e os crimes praticados por particulares contra a Administração Pública estrangeira. O rol é taxativo e não exemplificativo¹³. O que se levou em consideração na enumeração legal dos crimes antecedentes foi a sua gravidade e sua relação direta com a “lavagem” de dinheiro em face das grandes somas movimentadas transnacionalmente, e a macrolesividade aos interesses sociais e econômicos pátrios.

Questão interessante é esboçada pelas 40 recomendações do Grupo de Ação Financeira Internacional, que, em sua recomendação nº 1, apregoa a necessidade de tipificar como antecedente todos os crimes graves, alargando o rol dos delitos antecedentes. A própria Convenção de Palermo determina, no artigo 3, que o âmbito de abrangência do acordo normativo é aplicado na prevenção, investigação, instrução e julgamento das infrações graves, sempre que tais infrações forem transnacionais e envolvam grupo criminoso organizado.

Traçando um paralelo entre as duas orientações, verifica-se uma tentativa mundial de inclusão de delitos considerados “graves” no ordenamento jurídico dos países signatários de convenções e tratados para a prevenção e repressão ao crime organizado e “lavagem” de dinheiro, como crime antecedente à “lavagem” de dinheiro, desde que seus efeitos sejam de âmbito transnacional e envolvam crime organizado. Nesses países, como é o caso do Brasil, onde se preferiu adotar uma tipicidade antecedente dentro de um rol taxativo, verifica-se um grande problema ocasionado por tal fato, pois, caso ocorra a “lavagem” de dinheiro em outro país, e o delito antecedente não esteja no rol do artigo 1º da Lei nº. 9.613/98 e o sujeito ativo esteja em território nacional, será impossível, diante nossa legislação, a punição do delinqüente, ou mesmo sua extradição. Assim, o Legislador deveria ter criado um tipo penal aberto, enquadrando todos os delitos de natureza grave, desde que apresentasse características definidas em lei, como, por exemplo, a macrolesividade. Dessa forma, seria possível coadunar o princípio da reserva legal com a normatização existente.

4. PREVENÇÃO E REPRESSÃO AO DELITO DE “LAVAGEM” DE DINHEIRO

Podemos considerar o estudo do crime organizado e a “lavagem” de dinheiro sob duas perspectivas, que englobam a *prevenção* e *repressão*.

A prevenção é o conjunto de medidas necessárias para evitar a ocorrência de um delito. Ora, pela própria etimologia da palavra, torna-se clara a impossibilidade de uma prevenção em sentido amplo. Assim, Gomes explica que a moderna Criminologia destaca três formas de prevenção: primária, secundária e terciária.¹⁴ Esse mesmo autor argumenta que a primeira forma de prevenção engloba aspectos sociológicos, exigindo uma política social que forneça aos cidadãos de um Estado os direitos básicos à existência digna, como educação, moradia, trabalho, saúde, bem estar, qualidade de vida.¹⁵ Realidade longe e distante, relegada à programação constitucional para um futuro intangível.

A prevenção secundária é espécie de modelo de gestão, no sentido de dificultar ou criar obstáculos ao agente criminoso. Neste modelo de prevenção, o ideal é a criação de prisões estruturadas, política de segurança eficaz e competente, procedimentos administrativos

13 DELMANTO *et al.*, op. cit. p. 548

14 GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. Crime Organizado: Enfoques Criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e Político Criminal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 44.

15 *Ibid.*, p. 15.

céleres.¹⁶ Nos últimos anos, assiste-se horrorizada e passivamente à corrupção nos diversos níveis de poderes. Na tentativa de moralização, as autoridades policiais vêm agindo de forma equivocada e espalhafatosa, culminando em prisões de autoridades que, após serem expostas ao público sedento de “justiça”, saem das prisões pela porta da frente. E, pasmem-se, recebem como “castigo” altas aposentadorias pelos crimes de corrupção que cometeram.

Por fim, a terceira forma de prevenção visa a evitar a reincidência. Essa medida, segundo Gomes¹⁷, foca o autor de um fato delituoso. É tardia, pois o delito já ocorreu. Contudo, se houvesse uma real preocupação com o homem enquanto indivíduo, e não o mero castigo per si, e fosse oferecida estrutura para os presídios, com apoio técnico, material e humano, muitos homens e mulheres voltariam ao seio da sociedade, plenamente capazes ao convívio social.

De outro mote, na repressão, o delito ocorreu. O caos está instalado, e não há outras medidas imediatas de contenção ao crime, a não ser o enrijecimento das normas. Assim, o legislador edita normas e medidas para punibilidade do criminoso. Evidentemente que não é a forma mais eficaz de combate ao crime, mas quando se fala em “lavagem” de dinheiro, tráfico de entorpecentes, crime organizado, existe realmente a necessidade de eficácia processual na identificação e punição do delituoso, como também da recuperação do dinheiro “lavado”. As formas de prevenção devem ser efetivadas pelo Estado para que todo cidadão tenha o mínimo para a subsistência de forma digna, como determina a Carta Magna, para que as autoridades policiais possam desenvolver seu trabalho de forma plena e digna, e para que o condenado tenha a oportunidade de escolha e inserção na sociedade.

4.1 Medidas Preventivas

As medidas preventivas estão elencadas nas 40 recomendações para prevenção da “lavagem” de dinheiro editadas pelo Grupo de Ação Financeira sobre “lavagem” de Dinheiro – GAFI/FATF. Em realidade, são recomendações para que as nações cumpram os termos da Convenção de Viena de 1988. Além dessa necessidade, o GAFI/FATF determina como medida essencial para o combate à “lavagem” de dinheiro a cooperação das agências bancárias e a não punição judicial das instituições financeiras (aqui, não somente as agências bancárias, mas toda a atividade que tenha natureza financeira) em caso de comunicação de operações suspeitas, flexibilizando o sigilo bancário em casos previamente determinados:

Regras de identificação de clientes e de conservação de documentos:

10. As entidades financeiras não deveriam manter contas anônimas, nem contas sob nomes manifestamente fictícios: deveriam ser obrigadas (por lei, regulamento, acordos entre as autoridades de supervisão e instituições financeiras ou por acordos de auto-regulamentação entre entidades financeiras) a identificar, baseando-se em documento oficial ou outro documento de identidade fidedigno, os seus clientes habituais ou ocasionais, e a registrar essa identidade quando estabelecem relações de negócio ou efetuam transações (especialmente quando abrem contas ou cadernetas de poupança, realizam transações fiduciárias, alugam cofres, ou procedem a transações importantes em numerário).

A fim de satisfazer as exigências de identificação relativas às pessoas cole-

16 Ibid., p.46.

17 Ibid., p. 47.

tivas, as entidades financeiras deveriam, se necessário, tomar medidas como:

(i) verificar a existência e o tipo legal do cliente obtendo de um registro público, do cliente ou de ambos, uma prova da constituição da sociedade, incluindo elementos relativos à denominação, forma jurídica, sede, dirigentes e às disposições que regulam o poder de obrigar a pessoa coletiva;

(ii) verificar que qualquer pessoa que pretende agir em nome do cliente está autorizada a fazê-lo e identificar essa pessoa.

11. As entidades financeiras deveriam adotar medidas razoáveis para obter informações sobre a verdadeira identidade das pessoas em cujo nome é aberta uma conta ou é efetuada uma transação, se existir a mínima dúvida de que estes clientes não atuam por conta própria, como, por exemplo, no caso de pessoas coletivas domiciliárias (i.e. instituições, sociedades, fundações, associações, trusts, etc. que não realizem transações comerciais ou industriais ou qualquer outra forma de atividade comercial no país onde está situada a sua sede social).

[...]

16. As entidades financeiras, os seus dirigentes e empregados deveriam ser protegidos por disposições legislativas contra qualquer responsabilidade, penal ou civil, por violação de regras de confidencialidade, sejam elas impostas por contrato ou por qualquer disposição legislativa, regulamentar ou administrativa, se declararem de boa fé as suas suspeitas às autoridades competentes, mesmo quando não sabiam precisamente qual era a atividade criminal em questão, e mesmo que a atividade ilegal sob suspeita não tenha realmente ocorrido.¹⁸

O grande óbice na efetivação das medidas recomendadas pelo GAFI/FATF, no Brasil, é a própria Legislação Nacional, no concernente, principalmente, à quebra do sigilo bancário. O crime de “lavagem” de dinheiro envolve movimentações financeiras constantes em agências bancárias e instituições financeiras, principalmente na primeira e segunda fase do branqueamento (colocação e transformação). Assim, é necessária a ação conjunta e direta dos órgãos públicos e privados (Ministério Público, Polícia Federal ou Estadual, Banco Central, Poder Judiciário e Agências Financeiras) para investigação e punição do sujeito ativo do delito. Os direitos e garantias individuais não podem servir de supedâneo para a impunidade. Nossa Carta Magna, texto expressivo em excelência, não traduz a realidade do cidadão, nem a diferença social instalada na República. Longe da concretização, a população, em face da má execução político-administrativa governamental, torna-se ícone de discursos populistas e eleitoreiros. A grande verdade é que, após a abrangência e maior necessidade de punição dos delitos de “colarinho branco”, apropriação indébita previdenciária, etc., o discurso minimalista está mais acirrado e acalorado.¹⁹ As brechas surgem hodiernamente nas Legislações especiais para os ladrões engravatados. Esses não “roubam” a nação, mas se apropriam ou desviam para si o dinheiro público. Ladrão é o “Zé”, que, desempregado, furta pão no supermercado para

18 As 40 Recomendações do FATF – GAFI está disponível em texto *in*: https://www.fazenda.gov.br/coaf/portugues/download/40_Recomendacoes.pdf

19 O direito penal mínimo significa a revitalização do princípio da intervenção mínima e do garantismo penal que tem como proposta central a mínima intervenção do Estado, com a máxima garantia do direito de liberdade do cidadão, segundo SILVA JÚNIOR, Edison Miguel da; Direito Penal Mínimo. Jus Puniendi, ano 01, 05-2001. Disponível em: <http://www.juspuniendi.net/dogmaticapenal/Artigos/Direito%20penal%20minimo.htm>.

alimentar a família. Infelizmente, parece que os direitos e garantias individuais não são para todos! Enquanto na *apropriação indébita* previdenciária basta a manifestação do delituoso de que irá pagar o débito para que haja suspensão da ação penal (artigo 168A, I, §2º do Código Penal), o ladrão “comum” ficará detido em alguma prisão fétida e desumana, caso não tenha dinheiro para constituir bom advogado, já que os poucos Defensores Públicos, apesar de trabalharem exaustivamente para atender uma massa populacional crescente e miserável, não conseguem atender a todos de forma eficiente, e o Estado, omisso, não fornece meios operacionais adequados. Onde estão os Direitos e Garantias individuais do cidadão comum, nesses casos?

É necessário que se possibilite a quebra do sigilo bancário por requisição do Ministério Público, independentemente de autorização judicial, nos casos em que a demora nessa autorização pudesse colocar em risco as ações de repressão ao crime de “lavagem” de dinheiro e os delitos antecedentes a este. O que se tem admitido nos tribunais, em decisão do Supremo Tribunal Federal, é a possibilidade de quebra do sigilo bancário pelo Ministério Público, em casos de dano ao erário, uma vez que está prevista a hipótese na Lei Orgânica do Ministério Público Federal.²⁰ O fundamento da impossibilidade da quebra do sigilo bancário (existe forte corrente na doutrina repudiando esse meio de prova) encontra-se no art. 5º, X, da CR/1988, que determina, dentre outros, ser inviolável a intimidade das pessoas.²¹ *Data venia*, embora Gomes²² brilhantemente tenha dissertado sobre a questão da política criminal no Brasil, e, indubitavelmente, esta seja necessária, é imperioso observar o grau de evolução do crime organizado, e perceber que já falhamos em relação a esta política e precisamos combater o delito hoje, em face da proporção alcançada por este.

É fato que a Lei não contém palavras inúteis. Também é fato que a Constituição de um país, Lei maior tradutora das aspirações sociais de uma dada época, não é objeto de contradições e deve ser interpretada conforme a evolução social e o sistema de normas e princípios que estejam contidos em seu texto normativo. Ademais, nenhum direito fundamental é absoluto, encontrando limitações na própria Constituição. Por exemplo, o Direito à liberdade é relativo se confrontado com bem jurídico maior como a vida. O Direito à propriedade é relativo, se o compararmos com bem jurídico de maior relevo, como a honra, a intimidade, etc. (todos esses direitos estão no art. 5º da Constituição da República de 1988). O fato de existir no contexto da Carta Magna menção direta à inviolabilidade da intimidade não significa que essa intimidade possa ser utilizada para lesionar bem de terceiros ou de uma coletividade. Não há determinação expressa para que não se possa quebrar o sigilo bancário observando requisitos previamente estabelecidos em lei, sem autorização prévia do Juiz, sendo que esta poderia significar um desastre econômico-financeiro de forma macro, diante das modernas técnicas de comunicação existentes. O constituinte originário, caso entendesse que a quebra do sigilo bancário era ponto relevante para ser tratado em texto constitucional, tê-lo-ia expressamente inserido no inciso XII, artigo 5º, da Carta Magna, onde cuida da inviolabilidade do sigilo de correspondência, comunicações telegráficas, de dados e telefonia, ou inserto em inciso autônomo. Em face ao exposto, forçoso reconhecer que a questão do sigilo bancário pode ser disciplinada e limitada por norma infraconstitucional.

20 CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 12. ed. rev. atual. – São Paulo: Saraiva. 2005. p. 287.

21 GOMES. *et al.*, op. cit. p. 121.

22 *Ibid.*, p. 35.

4.2 Medidas Repressivas

A repressão constante, mas necessária, dos fatos delituosos se constitui em atestado de que o Estado ainda não atingiu o seu fim ideal. As exclusões sociais, de natureza econômica ou por decorrência de crimes praticados, assim como a divisão e luta de classes no seio da sociedade significam que a atuação do Estado, frente ao cidadão, ainda deixa muito a desejar. De qualquer sorte, medidas repressivas são necessárias. A repressão ainda é a única forma de combate ao crime, uma vez que o delito é *fato social*. Enquanto existir o homem com os seus desacertos, com a sua não adesão às regras básicas de convivência social, principalmente quando se trata de delitos intrínsecos à corrupção, haverá necessidade de punição. Referentemente à “lavagem” de dinheiro, em que os avanços tecnológicos são aliados do crime e velhos institutos processuais como a delação premiada (delação premiada consiste em uma redução de pena de 1 a 2/3, começando a ser cumprida em regime aberto, caso o autor, co-autor ou partícipe colabore espontaneamente com as autoridades competentes) e a ação controlada (ação controlada é o instituto pelo qual a ordem de prisão de pessoas ou da apreensão ou seqüestro de bens, direitos ou valores poderá ser suspensa pelo juiz, ouvido o Ministério Público, se a execução imediata puder comprometer as investigações)²³ são inócuos frente ao poder econômico dos criminosos envolvidos no delito, novas formas de repressão são necessárias, precedentes às medidas preventivas. A comunidade internacional se une na tentativa de coibir crime tão nocivo socialmente e internacionalmente quanto o delito em comento. A grande preocupação das Legislações, além das medidas preventivas, é como coibir o delito em face às diversas formas de “lavagem” de dinheiro, nem sempre devidamente disciplinadas no Direito Interno dos países em que existe uma maior incidência quanto ao crime. O Brasil está inserido na rota de países em que o crime de “lavagem” de dinheiro incide de forma direta e indireta, e vem crescendo assustadoramente ao longo dos anos. Após o relativo controle da inflação, a República tem apresentado aspectos atrativos aos lavadores nacionais e internacionais, em face de o risco das aplicações ter diminuído sensivelmente. A incidência de poucos crimes antecedentes para a tipificação da “lavagem” de dinheiro, a burocratização processual nas investigações do crime pela autoridade policial, os poucos recursos e formas de tecnologia dessas autoridades, a corrupção, a própria legislação penal e processual tornam o país atrativo para as primeiras fases do processo de “branqueamento”. Diante disso, é necessário conciliar o ordenamento jurídico pátrio com a evolução tecnológica do delito de forma a propiciar medidas repressivas realmente eficazes, ou pelo menos que dificultem a prática do crime no país. As legislações do mundo vêm ampliando o rol dos crimes antecedentes. Recentemente, Portugal editou a Lei 11/2004, que versa sobre o crime de “lavagem” de dinheiro. Além de várias medidas na forma sugerida pelas 40 recomendações do GAFI/FATF, outras foram adotadas, tais como: determinações às agências financeiras para que detectem o crime; que as instituições financeiras disponibilizem documentos para a averiguação e comuniquem as autoridades competentes sobre operações suspeitas; ampliação da pena do delito e aumento do rol dos delitos antecedentes inseridos nesses crimes.

Moraes também entende que existe uma necessidade de ampliação dos delitos antecedentes, entre os quais: “a prática, sob qualquer forma de participação, dos fatos ilícitos típicos de lenocínio, abuso sexual de crianças ou de menores dependentes, tráfico de armas, tráfico de órgãos ou tecidos humanos, tráfico de espécies protegidas, tráfico de influência e

23 CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal** – Ed. Saraiva, v. IV, 2006, p. 585/598.

corrupção”.²⁴ São crimes extremamente nocivos, que antecedem a “lavagem” de dinheiro. No caso da exploração sexual de crianças, por exemplo, um dado alarmante foi fornecido por Milani, por intermédio do portal SESC de São Paulo:

[...] No ano passado, um conjunto de organizações não-governamentais (ONGs), sob a coordenação do Cecria, reuniu 130 pesquisadores de 20 estados brasileiros para identificar detalhes sobre o tráfico de crianças, adolescentes e mulheres para fins de exploração sexual.

A pesquisa permitiu comprovar a relação direta entre o tráfico de seres humanos e o crime organizado – tráfico de drogas, falsificação de documentos e “lavagem” de dinheiro. “O estudo desloca a compreensão do fenômeno, antes centrada apenas na relação vítima/agressor, para o contexto maior das redes organizadas de exploração comercial do sexo”, diz Neide Castanha, coordenadora do Cecria. (grifo nosso)

O relatório final permitiu mapear 110 itinerários nacionais e 131 internacionais, o que mostra, em números, que o tráfico interno é tão representativo quanto o internacional. Dentro do país, crianças e adolescentes são as maiores vítimas, enquanto para o exterior vão mais mulheres adultas.

Do total de rotas pesquisadas, a região norte inclui o maior número (76), seguida pela nordeste (69). “Isso não significa, necessariamente, que essas sejam as piores áreas do país, mas que a pesquisa conseguiu identificar mais detalhes nesses locais ou teve outras fontes de informação como subsídio”, explica Neide.

É o caso da capital cearense. No ano passado, a Câmara Municipal de Fortaleza constituiu uma CPI para investigar o turismo sexual. O relatório detalhou o funcionamento de uma rede de agenciamento que envolvia estrangeiros. Quatro italianos (Ricardo Barberis, Luigi Miraglia, Marco Fariolli, Mauricio Borra) foram denunciados, e um deles (Ricardo Barberis) teve o nome citado, ao mesmo tempo, na CPI do Narcotráfico, por ter executado transações ilegais em dólar.²⁵

Observa-se pelos dados supra que existe uma rede interna especializada no tráfico de crianças e adolescentes, agindo no mercado internacional, mas que se concentra no próprio território. Essa rede movimentava crianças de um Estado para outro (muitas crianças são seqüestradas, outras vendidas pela própria família que vive em situação de miséria absoluta, outras vão por vontade própria, fogem de casa, onde geralmente existe um quadro de abuso sexual ou agressão dentro do lar), comercializando-as para a exploração sexual infantil, além de utilizar meninas e meninos para a produção e divulgação de material erótico no país e no mundo.

O objetivo principal dessas organizações criminosas é o lucro. Não se trata de pedofilia. Existe um mercado consumidor, evidentemente, com uma patologia psíquico-social, que é alimentado por agenciadores. Esses geralmente participam direta ou indiretamente de quadrilhas organizadas, que têm como atividades criminosas a exploração sexual infantil,

24 MORAIS, Neydja Maria Dias de. O crime de lavagem de dinheiro no Brasil e em diversos países. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 834, 15 out. 2005.

25 MILANI, Aloisio: Exploração e Abuso Sexual de Menores Desafiam as Políticas Públicas; Disponível em: <http://www.sescsp.org.br/sesc>. Acesso em 24/09/2006 às 7h e 45min.

tráfico internacional de pessoas, narcotráfico, etc. O lucro advindo dessas atividades tem como finalidade financiar outras atividades e acaba sendo inserido na economia com uma aparência de lícito, motivo pelo qual são contratadas outras quadrilhas especializadas em “lavagem” de dinheiro. Importante ressaltar que se faz necessária uma efetiva reforma processual para a repressão ao crime organizado. O momento é de repensar qual atitude a seguir: agir conjuntamente e de forma severa, desestimulando a prática do crime, ou abrir as fronteiras do país para que verdadeiras redes nacionais e internacionais utilizem do território, comercializando: material bélico; entorpecentes; crianças e mulheres como se fossem mercadorias, corroendo o Sistema Financeiro Nacional, etc.

Qual o modelo a seguir no combate aos crimes como o do “colarinho branco” e “lavagem” de dinheiro: a incriminação dos criminosos, a punição e a repressão de forma eficaz e rápida, ou a efetivação do direito penal mínimo, deixando os criminosos como deuses num pedestal intangível em face dos “direitos e garantias individuais”, enquanto nossas crianças são aviltadas, sem direitos, sem dignidade, prostituídas, espancadas e mortas?

4.2.1 Quebra de sigilo bancário

Pela importância do tema, a questão da quebra do sigilo bancário merece ser debatida em tópico próprio. No Brasil, o sigilo bancário é tema polêmico e remonta a um século de debate doutrinário. Existem duas correntes que discutem acerca do tema. A primeira entende que o sigilo bancário é uma garantia fundamental, inserida no artigo 5º da Constituição da República, inciso X, ou XII, não podendo ser aviltado por autoridades administrativas, salvo em caso de determinação judicial, ainda assim, em observância ao contraditório, ampla defesa e isonomia. Outra corrente defende a posição de que o sigilo bancário pode ser autorizado por autoridades administrativas, em casos definidos por Lei Ordinária ou Complementar, pois a Carta Magna não disciplinou a matéria diretamente. A última corrente apóia sua tese na origem histórica do sigilo bancário. Associa o surgimento do sigilo bancário às práticas comerciais. Na Babilônia e na Grécia, na época de Jesus Cristo, os sacerdotes realizavam atividades típicas de instituição financeira como empréstimo, recolhimento de impostos e depósitos. Nessas civilizações já existia o dever costumeiro de sigilo bancário.²⁶ Importante ressaltar as teorias que surgiram para fundamentar a natureza jurídica do sigilo bancário, conforme explica Snick, dentre elas a teoria consuetudinária, teoria contratualista, teoria do segredo profissional, teoria da responsabilidade civil, teoria da legalidade e teoria do direito personalíssimo.²⁷

A teoria consuetudinária consiste em uma obrigação (segredo bancário) derivada do uso tradicional e universal (usos e costumes), integrando não só a prática diária, mas também os contratos comerciais. É o fundamento das legislações em que não existe a prática do direito costumeiro.²⁸

Pela teoria contratualista, o fundamento do sigilo bancário está no contrato celebrado entre a instituição de crédito e o cliente. Contudo, esta teoria não consegue explicar o motivo pelo qual, mesmo o negócio não se realizando, permanece o encargo do segredo pelo banco.

26 ROQUE, Maria José Oliveira Lima; **Sigilo Bancário**: disponível em <<http://www.Aldemario.adv.br/sigilo.htm#http>>; acesso em 24/09/2006 às 9 h e 00 min.

27 SZNICK, Valdir: **Crime Organizado – Comentário**. 1. ed. São Paulo: Editora Universidade de Direito Ltda., 1997. p. 267/267.

28 *Ibid.*, p. 268.

Além do mais, o banco não mantém o segredo sobre o cliente em face de norma contratual, e, sim, porque a lei exige.²⁹ Os que defendem a teoria do segredo profissional partem da idéia de que o segredo bancário é uma espécie de segredo mais amplo – o profissional. Todavia, os que propugnam tal idéia não conseguem diferenciar esta teoria em face da legalista, uma vez que a Lei determina o sigilo profissional.³⁰

Pela teoria da legalidade, o sigilo bancário parte da Lei, esta o fundamenta e o disciplina. Na verdade, essa teoria nega toda a origem histórica do instituto, além de não explicar a prática do sigilo bancário por orientação dos costumes, quando não adotada em legislação local (SNICK, 1997, p. 272).³¹

A teoria da responsabilidade civil se baseia nas regras do Direito Privado, está ligada à teoria contratual: quem revelar o segredo bancário comete ato ilícito, e assim deverá ser responsabilizado civilmente. A grande falha dessa teoria é saber quando ocorre a responsabilização, pois um dos elementos da responsabilidade civil é o dano, e nem sempre este ocorre na quebra do segredo bancário.³²

Por fim, a teoria do direito personalíssimo fundamenta sua concepção sobre o sigilo bancário ao direito natural. Para os que defendem esta tese, é o respeito à personalidade, à intimidade e à moral que impõe o dever do silêncio.³³ No Brasil, a doutrina majoritária acata essa teoria, argumentando que não há distinção entre sigilo de ordem espiritual e material, na verdade todas são abarcadas pela intimidade, protegida pela CR/88, em seu artigo 5º, inciso X. Essa teoria nega a origem histórica do instituto, para fundamentar sua tese na Constituição da República.

As teorias mais defendidas atualmente no Brasil são a teoria consuetudinária e a teoria personalíssima. A última é argumento constante na doutrina majoritária nacional, defendendo que somente poderia haver quebra do sigilo bancário em face de autorização judicial e observado o devido processo legal, sendo direito personalíssimo do cidadão, conforme o artigo 5º, X, da Constituição da República de 1988. A grande questão lançada pelos que defendem essa teoria, e até o momento não explicada, é a seguinte: se, por um lado, o Ministério Público não pode colher este meio de prova diretamente por requisição à autoridade bancária competente, porque viola o artigo 5º, inciso X, da Carta Magna, e o Juiz não pode presidir sem o devido processo legal, pois estaria inviabilizando o contraditório e a ampla defesa, e instalando um juiz inquisitivo no país, e, por outro lado, dando vista ao acusado para o contraditório na fase investigativa em crimes como o da “lavagem” de dinheiro significaria a impunidade absoluta, uma vez que o dinheiro “branqueado” poderia ser transferido em questão de segundos para outros países onde o segredo bancário é rígido. Como agir?

Lançou-se mão de uma teoria que, além de incentivar a impunidade, traz como garantia individual o direito de praticar delitos. Os nossos “maravilhosos” criminosos do “colarinho branco” nunca se sentiram tão protegidos como estão pela interpretação normativa da Constituição da República, no concernente à garantia do sigilo bancário! A teoria que melhor explica o sigilo bancário é a consuetudinária, pois está arraigada na gênese do instituto. Não é um direito personalíssimo para o cliente; em realidade protege os bancos, pois que garante

29 Ibid., p. 267.

30 Ibid., p. 270.

31 Ibid., p. 272.

32 Ibid., loc.cit.

33 Ibid., p. 273.

lucratividade exorbitante com o dinheiro de origem ilícita e posto na economia licitamente. Os criminosos também lucram com o sigilo bancário, financiando o crime organizado. Prova do alegado é o lucro obtido pelos bancos suíços durante a 2ª Guerra Mundial, em face da expropriação, venda ilegal de material bélico, etc. Aliás, daí começou a rigidez bancária de tais bancos, surgindo verdadeiros cartéis blindados e protegidos pela lei, abarcando todos os tipos de divisas, advindas de atividades lícitas e ilícitas, tornando-se verdadeiros paraísos fiscais.

Dessa forma, não há inconstitucionalidade na quebra do sigilo bancário por requisição do Ministério Público ou da Autoridade Policial, quando autorizado por Lei, seja Ordinária ou Complementar, uma vez que a Constituição Federal não veda expressamente essa prova. A lei nº 8.625/93, em seu artigo 26, atribuiu como competência do Ministério Público Estadual a requisição de documentos e informações para a fase de investigação de crimes. A Lei Complementar nº 75 também atribuiu a mesma competência ao Ministério Público Federal. Embora os Tribunais durante alguns anos propugnassem pela inconstitucionalidade de tais diplomas normativos em face à Carta Magna, o Supremo Tribunal Federal decidiu que ao Ministério Público da União é permitida a quebra do sigilo bancário, quando se tratar de dano ao erário, alcançando também o Ministério Público Estadual.³⁴

Em face do exposto, para que o combate ao crime organizado, à “lavagem” de dinheiro, e ao narcotráfico, dentre outros crimes praticados por organização criminosa, seja eficaz, necessário se faz agilidade processual e instrumentos eficazes para que as autoridades policiais tenham meios para assegurar uma rápida instrução processual, e o Ministério Público possa oferecer a denúncia com os meios probatórios suficientes para a incriminação dos culpados, assim como a recuperação das divisas evadidas de nosso território, ou nele encontradas.

5. GARANTIAS INDIVIDUAIS E LIMITES PARA REPRESSÃO AO DELITO

O artigo 5º da Constituição Federal dispõe sobre as garantias e direitos individuais, regras jurídicas que inspiram e norteiam todo o ordenamento jurídico. Os meios probatórios para a instrução penal, evidentemente, têm limites de ordem legal e constitucional. Quando a prova colhida estiver contrária a mandamento processual, diz-se que ela é ilegítima, e por isso é nula, não podendo ser levada em consideração pelo juiz, no momento do julgamento.³⁵ Por outro lado, quando a afronta ocorre em face de diploma normativo de natureza material, como a Lei Penal, por exemplo, diz-se que ela é ilícita, sendo também nula de pleno direito, devendo ser desconsiderada, bem como todos os atos com respaldo em tal norma.³⁶ A Constituição da República delinea diretriz e impõe várias vedações para a persecução penal. O exemplo são as impostas por todo o artigo 5º e seus incisos. Contudo, não existe direito absoluto, pois pode ocorrer que sejam sacrificados dois bens jurídicos igualmente tutelados, exemplo: latrocínio, em que a vida e o patrimônio de alguém foram violados por certa pessoa, esta será privada da liberdade, embora a Constituição da República determine que todos tenham direito à liberdade. Neste caso, deve-se sacrificar um bem jurídico de relevo, por outro cuja importância seja superior àquele. Nesse ínterim, cabe descerrar sobre o princípio da proporcionalidade e razoabilidade. Embora, por vezes, sejam parecidos, não se confundem. O primeiro, bem delineado pela doutrina alemã, significa adequação necessária

34 CAPEZ; Fernando (2005. p. 287).

35 Ibid., p. 278.

36 Ibid., loc. Cit.

entre o fim de uma norma e os meios que esta designa para atingi-lo. O segundo, mais bem explorado pela doutrina americana, exige uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona.³⁷ Na verdade, qualquer norma existente, mesmo constitucional, para sua completa validade deve considerar tais princípios, ou ser considerada obsoleta. Isso ocorre com nossa Carta Magna de 1988. Quando de sua construção, o país deixava um triste quadro de ditadura, em que a população se via amordaçada e amedrontada, sem direitos, e a liberdade era camuflada pelo Estado ditatorial. Daí, a importância de um amplo rol de direitos e garantias fundamentais, transformando nosso diploma constitucional numa das mais belas constituições do mundo!

Entretanto, com o passar dos anos, muitas distorções ocorreram. Sob a guarida de direitos individuais, os direitos coletivos foram relegados ao esquecimento, embora o Título II da Constituição da República de 1988, Capítulo I, trate dos direitos individuais e coletivos, como direitos fundamentais. A partir de então, uma onda individualista foi-se formando, principalmente na esfera penal. Observa-se, notadamente, no caso do crime organizado, especificamente o delito de “lavagem” de dinheiro. A edição da Lei do Crime Organizado e outras tipificações que possibilitaram a punição dos criminosos de “colarinho branco” trouxeram a possibilidade da quebra do sigilo bancário, na forma supramencionada.

Todavia, forte corrente doutrinária brada pela impossibilidade da quebra do sigilo bancário sem autorização judicial, nem contraditório, de forma singular, alegando tratar-se de direito à intimidade, previsto no artigo 5º, X, da Constituição da República.³⁸ Ora, daí o individualismo liberal minou todas as possibilidades de prevenção e repressão à prática de tais crimes, porque, em face dos avanços tecnológicos, um procedimento em contraditório apenas para verificar indícios para futura ação penal significa impunidade, remessa de divisas para o exterior, e destruição das provas existentes pelos criminosos, antes de qualquer averiguação policial. Aqui, cabe observar e aplicar o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, ambos implícitos na Carta Magna. A coletividade merece tanta proteção quanto o indivíduo. O Direito Penal não pode ser visto como um fim em si mesmo, mas como fato humano social, em constante mutação, significando regras sociais de suma importância para a convivência social. É necessário que todos os direitos constantes na Constituição Federal sejam aplicados também em favor da sociedade, da coletividade, evidentemente, observando tais princípios. O Ministério Público não é só fiscal da lei, mas aliado e protetor da própria sociedade, motivo pelo qual todos os meios, desde que razoáveis e proporcionais, poderão se lançadas pelo *Parquet* para a persecução penal, principalmente no que concerne aos crimes de grande jaez, como o crime organizado.

Imperioso ressaltar que, quando as regras sociais são violadas, surge a perturbação social. Evidente que essa perturbação é ocasionada pelo modo de vida da sociedade moderna, aliado ao afastamento do Estado e falta de política social. Contudo, é simplismo alijar toda a responsabilidade nas questões sociais. Não é o desemprego, tão-somente, que ocasiona a violação da regra penal, ao revés, é a ausência de ética na administração pública por parte de “alguns” representantes que, com astúcia e ausência de vergonha, “rouba” os povos e depois cria fêtidus “canis”, para encarcerar os pobres. É necessário preservar os direitos individuais e coletivos. Mas não como ícone intangível descrito num diploma normativo sem efetividade.

37 ARRUDA, Élcio. O Princípio da Proporcionalidade no Processo Penal: Punibilidade Extinta com Base em Certidão de Óbito Falsa. Revista Jurídica UNIJUS, Uberaba, Vol. 8, nº 9, nov/2005, p. 125/126.

38 GOMES; Luiz Flávio op. cit., p. 127.

Não havendo eficácia em uma norma, começam a surgir injustiças e insatisfações. Não é de hoje que a população, descrente da ordem política e jurídica, começa a vociferar e lançar sua ira contra nosso diploma maior. É preciso repensar qual rumo político-criminal será tomado em nossa República neste momento de crise. Os direitos fundamentais são tanto individuais, quanto coletivos. A segurança jurídica deve coexistir com os ideais de justiça almejada e, por fim, o individualismo deve ceder ao bem comum, social e coletivo, para uma harmônica convivência em sociedade.

6. TENDÊNCIAS ATUAIS NA PREVENÇÃO E REPRESSÃO AO DELITO DE “LAVAGEM” DE DINHEIRO

Inicialmente, a nossa legislação processual penal não está preparada para as vicissitudes desse delito. O dinheiro ilícito pouco significado tem aos criminosos, necessitando ser “lavado” para poder adentrar na economia com aparência de lícito e, dessa forma, financiar outros delitos como o crime organizado, terrorismo, tráfico de entorpecentes, compra de material bélico, tráfico de pessoas, etc. Os institutos da delação premiada ou ação controlada, conforme repisado, não apresentam eficácia no combate ao crime, uma vez que a “lavagem” de dinheiro movimentava fortunas, corrompendo pessoas e comprando, além de tecnologia, informações. Em se tratando de “lavagem” de dinheiro, a lesão é transnacional. Diante disso, vários acordos foram celebrados na tentativa de homogeneização das legislações para o combate ao crime.

Uma das diretrizes traçadas pelas 40 medidas do GAFI/FATF é a maior abrangência de crimes antecedentes, pugnando pela tipificação de qualquer infração grave, cujo efeito se dê internacionalmente. A Lei de “lavagem” de dinheiro apresenta grandes falhas, mas a principal é a limitação dos crimes antecedentes, em vista de um delito cuja faceta é incomensurável. Vários países adotaram a recomendação e ampliaram este rol. Assim, delitos como o tráfico de pessoas, que, segundo Damásio de Jesus, ocupa o terceiro lugar entre os que mais obtêm lucros, seriam abarcados pela legislação anti-“lavagem”, evitando, dessa forma, a impunidade e o retorno do dinheiro “lavado” para o financiamento dessa atividade; assim também a divulgação de material erótico envolvendo crianças pela *Internet*, que também representa grande possibilidade de lucro por parte dos criminosos.³⁹

Outra questão importante é quanto aos bancos. A lucratividade bancária é evidente, e grande parte disso somente foi possível com as legislações protegendo o sigilo bancário. É de suma importância a quebra do sigilo bancário na fase de inquérito, mesmo sem autorização do juiz, uma vez que o silêncio protege apenas aos criminosos e representa lucro para os bancos. Por oportuno, as Organizações Internacionais que combatem a “lavagem” de dinheiro elaboram listas de países que usam do sigilo bancário como forma de lucro, acabando por ser condescendentes com os criminosos. A Secretaria da Receita Federal editou a Instrução Normativa nº 188 de 2002, na qual relaciona os países com tributação favorecida ou que oponham sigilo relativo à composição societária da pessoa Jurídica. São os chamados “paraísos fiscais”. Esses países estão inseridos na “lista negra” montada pelo GAFI/FATIF, pois não colaboram com os acordos multilaterais para o combate ao crime organizado, representando grande óbice na repressão do delito.

39 JESUS, Damásio E. de. Lavagem de dinheiro proveniente de tráfico internacional de mulheres e crianças não constitui crime. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 153, 6 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4495>>. Acesso em: 27 set. 2006.

Outro aspecto relevante, que também consta nas 40 medidas, é “a responsabilidade penal dos empregados e funcionários das instituições financeiras e equiparadas, enumeradas no art. 9º da Lei 9.613/98, no caso de descumprimento das normas de controle e prevenção do crime de ‘lavagem’ de dinheiro”.⁴⁰ Essa questão deve ser vista sob o ângulo do sistema de repressão pátrio. Ora, existem regras de sigilo bancário que lamentavelmente impõem o dever de silêncio aos empregados e funcionários das instituições financeiras. Para a observância desse item, é necessária norma expressa, na forma das 40 recomendações, que determine o dever de comunicação às autoridades competentes, quando ocorram operações suspeitas. Assim, além do dever de comunicação, é preciso treinamento dos funcionários, pois não é qualquer operação envolvendo vultosa quantia de dinheiro que pode ser considerada suspeita, mas um conjunto de evidências objetivamente consideradas, capazes de suscitar a dúvida.

Doutro mote, as autoridades nacionais e internacionais com função de prevenção e repressão ao referenciado crime devem agir conjuntamente, de forma rápida e eficaz, com meios técnicos e modernos para a investigação do delito. É imperioso que o COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras, órgão responsável pela comunicação, às autoridades competentes, de operações suspeitas, seja desvinculado do Ministério da Fazenda e tenha autonomia, bem como os seus servidores sejam concursados e preparados para o exercício dessas atividades.

Diante do exposto, podem-se detectar algumas tendências para a efetivação dos tratados assinados pelo Brasil, quais sejam: reforma processual penal, criando institutos mais céleres para a investigação criminal; flexibilização da lei que versa sobre o sigilo bancário, possibilitando a quebra do segredo pelas autoridades responsáveis pela persecução penal sem autorização do juiz em caso de crime de “lavagem” de dinheiro; dever legal de comunicação pelas instituições financeiras de atividades suspeitas; modernização dos sistemas de dados, de forma a possibilitar uma integração efetiva entre o COAF, *Parquet*, Judiciário e Polícia; colaboração internacional com procedimentos e legislações homogêneas no concernente à “lavagem” de dinheiro; e, por fim, melhor estruturação do COAF e sua desvinculação do Ministério da Fazenda.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A “lavagem” de dinheiro é crime altamente nocivo à economia de um Estado. É necessário coragem e união dos agentes públicos e privados para enfrentar esse crime. Alguns temas devem ser repensados, dentre os quais, formas céleres e informais para a repressão a esse crime, quando a prevenção não mais surtir efeito.

As garantias fundamentais protegem o indivíduo, mas igualmente a sociedade. Assim, se dermos vazão ao individualismo, cair-se-á no puro ostracismo do texto constitucional, uma vez que a não efetividade de uma norma jurídica provoca no cidadão sentimento de indignidade e depreciação desse mesmo diploma normativo.

Fazem-se necessárias medidas que assegurem os direitos e os princípios estabelecidos, tanto individualmente, quanto coletivamente. Os direitos sociais são tão relevantes, quanto o indivíduo inserido na sociedade. Na verdade, é a efetivação dos direitos sociais que

40 MORAIS, Neydja Maria Dias de. O crime de lavagem de dinheiro no Brasil e em diversos países. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 834, 15 out. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7424>>. Acesso em: 27 set. 2006.

poderá garantir a plena realização do direito individual. Se o Governo investe na educação, o ganho será individual e, concomitantemente, coletivo – é inquestionável. Uma nação onde o ser humano é capaz de discutir, argumentar e exigir significa que o exercício da cidadania é pleno, coletivamente.

Quando se verifica a efetivação dos direitos coletivos, como saúde, educação, lazer, previdência social e política de emprego, por óbvio poderemos efetivar a dignidade, a liberdade, que também é econômica. Contudo, o que se observa é a falácia de um garantismo ilusório, pugnando pelo individualismo. Ora, qual garantia será efetivada individualmente? Será que todos terão direito à liberdade? Quem será protegido pelo sigilo bancário, o obreiro que ganha o salário mínimo para efetivação das “garantias individuais”, ou quem tem movimentações suspeitas, auferir lucros exorbitantes com atividades escusas, utilizando o sistema bancário para atividades ilícitas?

O discurso da impossibilidade de quebra do sigilo bancário pelo Ministério Público, na persecução penal de todos os crimes de efeito transnacional, é indubitavelmente belíssimo, mas de nenhuma praticidade para a efetividade de uma punição ou, pelo menos, para a recuperação de divisas que, em sua maioria, saem dos cofres públicos direta ou indiretamente!

Noutro vertente, restou demonstrada a necessidade de reforma processual penal e da própria Lei que versa sobre o delito de “lavagem” de dinheiro, para que a punição dos crimes de maior complexidade seja efetivada de forma eficaz e célere. Assim, é necessário reformulação do artigo 1º da Lei 9.613/98, possibilitando a existência de um tipo penal aberto, no que se refere ao crime antecedente à “lavagem” de dinheiro.

A lei processual penal não é definida para os crimes de “lavagem” de dinheiro. Em realidade, como este abrange aspectos altamente tecnológicos, e sua criminalização na República ocorreu apenas em 1998, o Código de Processo Penal não consegue efetivar o direito substancial, para a punição da violação ao direito material. Diante disso, as diretrizes processuais deveriam ser tratadas em legislação especial, que abarcaria todos os tipos penais cujos efeitos se dão em âmbito internacional (crime organizado, crimes do colarinho branco, tráfico de entorpecentes e de pessoas, terrorismo, etc.), construída com base nos tratados assinalados pelo Brasil. Aliás, o crime de terrorismo, por exemplo, sequer é tipificado em legislação pátria, mesmo assim, é antecedente ao crime de “lavagem” de dinheiro, como se verifica no artigo 1º da Lei nº. 9.613/98. Isso significa que, caso uma pessoa cometa um crime desse jaez, não será responsabilizada pelo crime de terrorismo, nem pelo crime de “lavagem” de dinheiro, uma vez que o terrorismo não é crime em nosso território.

A cooperação internacional é medida salutar para o combate ao famigerado delito! Contudo, sem efetivação de diretrizes conjuntas, nada significa. É preciso considerar o que seja crime de “lavagem” de dinheiro e os crimes antecedentes, em qualquer legislação mundial, em que alguém que se refugie em determinado país tenha a certeza de que será punido, da mesma forma que seria no país onde efetivamente praticou o crime.

Outro aspecto que deve ser considerado para a averiguação e punição do crime de “lavagem” de dinheiro é a necessidade de sistema integrado de informações entre o Ministério Público, Polícia, Banco Central, COAF, e abertura para inclusão das Unidades de Informações referentes ao crime de “lavagem” de dinheiro em âmbito internacional. É a informação a maior arma no combate ao delito. É preciso detectar as operações suspeitas ainda nas primeiras fases do crime, pois, se o dinheiro já foi efetivamente “lavado”, sua movimentação é muito rápida e sem fronteiras. Após a “lavagem”, os “paraísos fiscais” são os maiores aliados do crime; e

o sigilo bancário é o elemento protetivo do criminoso.

8. Abstract:

The present article aims to demonstrate the importance of an efficient quarrel on the delict of money laundering, in view of the international treated, internacional and nacional agreements and legislations, aiming at the necessity of mutual cooperation between the several countries and its governmental agencies, for an efficient prevention and repression to the crime in quarrel.

Key words: *Prevention and Repression. Individual Guarantees. Secrecy Banking. Money Laundering.*

9. REFERÊNCIAS

ALVES FILHO, Manoel. **Tese revela inoperância de aparato que coíbe “lavagem” de dinheiro no País Estudo conclui que problemas estruturais interferem na fiscalização e na apuração de casos suspeitos.** *Jornal da Unicamp.* Ed. 218, 30 jun. a 6 jul. 2003. Disponível: http://www.unicamp.br/unicamp/unicamp_hoje/ju/julho2003/ju218pg03.html. Acesso em 30 set. 2006 às 21 h e 15 min.

ARRUDA, Êlcio. O Princípio da Proporcionalidade no Processo Penal: Punibilidade Extinta com Base em Certidão de Óbito Falsa. **Revista Jurídica UNIJUST.** Uberaba, Vol. 8, n. 9, p. 125/126, nov. 2005.

BRASIL. **Coletânea de Direito Internacional.** Organizador Valério de Oliveira Mazzuoli. 4. ampl. São Paulo: RT: 2006.

BRASIL. **Constituição Federal – Código Penal – Código de Processo Penal.** Organizador Luiz Flávio Gomes. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal** – Ed. Saraiva, v. IV, 2006, p. 585/598.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 12. ed. rev. atual. – São Paulo: Saraiva. 2005.

DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio Machado de Almeida Delmanto. **Leis Especiais Comentadas.** Editora Renovar, 2006.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **Justiça Especializada para os Crimes de “lavagem” de Dinheiro e Contra o Sistema Financeiro Nacional (A Inconstitucionalidade da Resolução Nº 314, de 12/05/2003, do Conselho da Justiça Federal).** *Revista do Advogado.* Ano XXVI. nº 78, p. 95-102. Disponível em: <<http://www.delmanto.com/artigo25.htm>> Acesso em: 1º out. 2006, às 10 h e 53 min.

DIPP, Gilson. **Lava-jato de Dinheiro.** *Revista Época.* Ed. 335, 14 de out. 2004. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EDG66973-6060-335,00.html>> Acesso em 2 out. 2006 às 15 h e 7min.

GOMES, Luiz Flávio Gomes; CERVINI, Raúl. **Crime Organizado: Enfoques Criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e Político Criminal.** São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 1997.

GOMES, Luiz Flávio. **Crime organizado: que se entende por isso depois da Lei nº 10.217/01? (Apontamentos sobre a perda de eficácia de grande parte da Lei 9.034/95).** *Jus Navigandi,* Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2919>>. Acesso em: 30 set. 2006.

JESUS, Damásio E. de. **“Lavagem” de dinheiro proveniente de tráfico internacional de mulheres e crianças não constitui crime**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 153, 6 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4495>>. Acesso em: 27 set. 2006.

MILANI, Aloísio: **Exploração e Abuso Sexual de Menores Desafiam as Políticas Públicas**; Disponível em: http://www.sescsp.org.br/sesc/revistas_sesc/pb/artigo.cfm?Edicao_id=167&breadcrumb=1&Artigo_ID=2439&IDCategoria=2489&reftype=1 Acesso em 24/09/2006 às 7h e 45min.

MORAIS, Neydja Maria Dias de. **O crime de “lavagem” de dinheiro no Brasil e em diversos países**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 834, 15 out. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7424>>. Acesso em: 27 set. 2006.

NOVAES, André Reyes. **Tráfico de Drogas e “lavagem” de Dinheiro: Um Estudo sobre a Atuação das Redes Ilegais na Amazônia Brasileira**. Rio de Janeiro. 2003. Disponível em: <http://www.igeo.ufrj.br/gruporetis/pesquisa/droga/p01mono03.htm>. Acesso em: 01 out. 2006, às 9 h e 50 min.

OLIVEIRA, Adriano. **Tráfico de drogas, crime organizado, atores estatais e mercado consumidor: uma integração muito mais perversa**. 2004. Resenha de: ZALUAR, Alba. **Integração perversa: pobreza e tráfico de drogas**. Disponível em: http://www.espa-coacademico.com.br/042/42res_oliveira.htm. Acesso em: 29 set. 2006.

QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. **Crime Organizado no Brasil: Comentários à Lei nº 9.034/95 – Aspectos Policiais e Judiciários**. – 1ª ed. – São Paulo: Iglu. 1988.

RAMOS, Gilberto Caruso; **A Quebra do Sigilo Bancário**; acesso disponível em: http://www.italiaamiga.com.br/noticias/artigo/a_quebra_do_sigilo_bancario.htm.

ROQUE, Maria José Oliveira Lima; **Sigilo Bancário**: disponível em <<http://www.Aldemario.adv.br/sigilo.htm>>; acesso em 24/09/2006 às 9 h e 00 min.

SENNA, Adrienne Giannetti Nelson de. **Cartilha sobre “lavagem” de Dinheiro – Um Problema Mundial**. Disponível em: <https://www.fazenda.gov.br/coaf/portugues/publicacoes/cartilha.htm>. Acesso em 29 out. 2006 às 08 h e 45 min.

SILVA JÚNIOR, Edison Miguel da; **Direito Penal Mínimo**. Jus Puniendi, ano 01, 05-2001. Disponível em: <http://www.juspuniendi.net/dogmaticapenal/Artigos/Direito%20penal%20minimo.htm>; acesso em 27/09/2006 às 23 h e 15 min.

SZNIK, Valdir. **Crime Organizado – Comentário**. 1. ed. São Paulo: Editora Universidade de Direito Ltda., 1997.

40 RECOMENDAÇÕES do FATF – GAFI in: https://www.fazenda.gov.br/coaf/portugues/download/40_Recomendacoes.pdf. Acesso em 05/03/2007 às 10 horas.



O TRABALHO SOCIAL DESENVOLVIDO PELO NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA DA UNIVERSIDADE DE UBERABA

Vinicius Carneiro Gonçalves¹

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo demonstrar a importância do ensino prático para a formação do profissional do direito, bem como destacar o relevante trabalho social desenvolvido pelo Núcleo de Prática Jurídica da Universidade de Uberaba junto à comunidade carente local.

Palavras-chave: Ensino Prático. Formação Profissional. Trabalho Social. Núcleo de Prática Jurídica. Universidade de Uberaba.

SUMÁRIO:

1. A previsão legal das atividades práticas nos cursos de direito no Brasil – 2. O início das atividades práticas no Curso de Direito da Universidade de Uberaba – 3. As mudanças e a atual fase do estágio profissionalizante – 4. O trabalho social desenvolvido – 5. Conclusão – 6. *Abstract* – 7. Referências.

1. A PREVISÃO LEGAL DAS ATIVIDADES PRÁTICAS NOS CURSOS DE DIREITO NO BRASIL

Os cursos de direito surgiram no Brasil há muitos anos, entretanto a previsão legal do ensino prático ocorreu somente no ano de 1972, com a Resolução nº 3, do Conselho Federal de Educação. Referida resolução definiu a Prática Forense como disciplina curricular, deixando, por outro lado, de estabelecer a carga horária mínima. Destaca-se que a disciplina Prática Forense foi cumprida ao longo dos anos em muitas instituições de ensino, através de aulas expositivas ao invés de aulas práticas.

Oportuno esclarecer que a citada disciplina em nada se confundia com o Estágio Supervisionado pela Ordem dos Advogados do Brasil, criado pela Lei nº 5.842/72 e pela Resolução nº 15/73 do Conselho Federal de Educação. Na verdade, o estágio realizado na forma supervisionada era obrigatório e também não se confundia com o Exame de Ordem. Por outro lado, caso o interessado optasse por cumprir o estágio através de disciplina facultativa e extracurricular, desde que tivesse como carga horária mínima 300 horas, era assegurada a ele a inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil.

Com o advento da Lei nº 8.906/94 de 04/07/1994, denominada Estatuto da Advocacia, o estágio profissional pôde ser oferecido pela Instituição de Ensino Superior em convênio com a Ordem dos Advogados do Brasil, completando-se a carga horária efetivamente cumprida no estágio supervisionado. Importante ressaltar que o Estatuto da Advocacia veio contribuir com a valorização do estágio supervisionado, uma vez que os acadêmicos passaram a dar maior importância a ele. Note-se que, a partir daí, a Ordem dos Advogados do Brasil passou a condicionar a inscrição do bacharel em seus quadros mediante a aprovação em Exame de Ordem. Após a criação do Estatuto da Advocacia, no mesmo ano foi editada, pelo Minis-

¹ Bacharel em Direito pela Universidade de Uberaba em 1999. Pós-graduado em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Universidade de Franca/SP. Docência Universitária pela Universidade de Uberaba/MG. Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela UMSA-Universidad del Museo Social Argentino, em Buenos Aires. Professor com atuação junto ao Núcleo de Prática Jurídica da Universidade de Uberaba. Advogado.

tério da Educação, a Portaria de nº 1.886, que fixou as diretrizes curriculares e o conteúdo do curso jurídico, disciplinando, assim, as atividades de prática jurídica nas instituições de ensino superior:

Ao ensino jurídico brasileiro foi imposta uma séria reforma com o advento da Portaria 1.886 de 30 de dezembro de 1994, do MEC. A princípio, tal instrumento normativo seria obrigatório para os egressos dos cursos de formação jurídica a partir do ano de 1996. Ocorre que, em razão da edição de outras duas portarias, a primeira, n. 3, e a segunda, n. 1.252, de 21 de janeiro de 2001, ambas do MEC, as instituições de ensino superior na área jurídica adquiriram a faculdade de seguir dos ditames da primeira, inicialmente em 1997, e, posteriormente, para os alunos matriculados a partir de 1998².

Sobre a obrigatoriedade do estágio, é importante transcrever a lição de Boyadjian³:

As atividades de cunho prático possibilitam o conhecimento da realidade social, dos problemas dela advindos e, conseqüentemente, dos meios para que possamos dirimi-los. A obrigatoriedade de estágios nos chamados Núcleos de Prática Jurídica diminui a distância entre o aluno e a realidade social que o cerca, despertando, desta forma, maior segurança no futuro profissional, conscientizando-o de seu compromisso social como operador do direito, qual seja, o de apaziguador dos conflitos advindos da vida em sociedade.

Em virtude do disposto na Portaria nº 1.886/94, do MEC, os alunos dos cursos de direito de todo o país, ao atingirem o penúltimo ano da graduação, passaram a freqüentar obrigatoriamente o estágio supervisionado.

2. O INÍCIO DAS ATIVIDADES PRÁTICAS NO CURSO DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE UBERABA

As atividades relacionadas ao serviço de assistência judiciária prestadas pelo Curso de Direito da Universidade de Uberaba (UNIUBE) tiveram seu início em 21 de setembro do ano de 1978, e tinham como objetivo a formação profissional do estudante de direito com ênfase na prática jurídica. À época, a Universidade de Uberaba era denominada Faculdades Integradas de Uberaba (FIUBE), e o serviço de assistência jurídica funcionava em uma modesta sala localizada no Fórum Melo Viana e, como hoje, também se destinava ao atendimento de pessoas carentes da sociedade uberabense.

A princípio, o atendimento apenas tinha condições de abranger as áreas cível e criminal. Sob a supervisão do professor, o aluno fazia o atendimento ao cliente tentando, sempre que possível, uma composição amigável entre as partes. Caso isso não ocorresse, a ação competente era proposta, visando, assim, defender os interesses do atendido. Naquela época, em que o estágio não era obrigatório, foram inscritos 19 (dezenove) estagiários que se revezavam durante os cinco dias úteis da semana.

3. AS MUDANÇAS E A ATUAL FASE DO ESTÁGIO PROFISSIONALIZANTE

No ano de 1991, após uma reestruturação, o serviço de assistência judiciária passou a

2 BOYADIJIAN, G. H. V. *Núcleos de Prática Jurídica nas Instituições Privadas de Ensino Superior*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 17.

3 *Ibid.*, p. 47.

se chamar estágio profissional, e seu funcionamento migrou para o Campus I da Universidade de Uberaba, localizado na Avenida Guilherme Ferreira. Nesta nova fase, o estágio profissional já contava com aproximadamente 130 (cento e trinta) alunos matriculados. Em meados do ano 1999, o estágio profissionalizante da Universidade de Uberaba passou a ter suas atividades exercidas em um prédio situado no pátio da Igreja de São Domingos, onde funcionou por mais de 05 (cinco) anos. Em cumprimento à Portaria nº 1.886/94, do MEC, os alunos do 4º ano do Curso de Direito da Universidade de Uberaba passaram a freqüentar obrigatoriamente o estágio supervisionado já no ano de 1999.

No início do ano de 2005, foi inaugurado o novo prédio do Núcleo de Prática Jurídica da Universidade de Uberaba, localizado na Rua Dr. Lauro Borges, ao lado do Fórum Melo Viana. Referido prédio conta com modernas instalações a fim de melhor atender a todos. Sem dúvida foi um grande avanço para o Curso de Direito da Universidade, dando maiores condições de trabalho para alunos e professores, bem como maior comodidade para os seus usuários. Atualmente, as atividades do estágio são direcionadas aos acadêmicos que estão matriculados no 7º, 8º, 9º e 10º períodos do curso de direito, dividindo-se respectivamente nos estágios I, II, III e IV. Sobre o estágio, Boyadjian⁴ afirma o seguinte:

Devemos entender o estágio como sendo um conjunto de atividades de cunho prático, sejam elas reais ou simuladas, destinadas à formação profissional do indivíduo, para possibilitar-lhe, depois de formado e, conseqüentemente inserido no mercado de trabalho, a aptidão ao exercício de sua profissão. Trata-se de um campo de treinamento, de um espaço próprio do fazer concreto.

Assim sendo, de acordo com a programação do estágio adotada pelo Curso de Direito da Universidade de Uberaba, o aluno inicia seus trabalhos com a parte simulada de atividades, para tão-somente depois atuar na parte real com atendimento à população. Dentre as atividades desenvolvidas pelos acadêmicos nessa etapa do curso, podem ser citados o atendimento ao cliente, o estudo do caso, a pesquisa, a elaboração de petições e a participação em audiências.

Merece destaque a atuação do professor do Núcleo de Prática Jurídica, seja no estágio simulado, seja no estágio real, já que em ambas as fases as atividades desempenhadas pelos discentes são orientadas e supervisionadas por ele. O professor possui papel fundamental na formação ética e profissional do estagiário, pois tem como objetivo o ensino prático aliado à conscientização de que o profissional do direito deve contribuir de alguma forma para a construção de uma sociedade mais justa.

Como já mencionado anteriormente, no início o serviço de assistência jurídica contava com apenas 19 (dezenove) estagiários. Em contrapartida, atualmente conta com aproximadamente 600 (seiscentos) alunos.

4. O TRABALHO SOCIAL DESENVOLVIDO

Em média, são atendidas 25 (vinte e cinco) pessoas por dia, de segunda a sexta-feira. Para se ter idéia da importância do Núcleo de Prática Jurídica da Universidade de Uberaba, somente no ano de 2005 foram distribuídas 866 (oitocentas e sessenta e seis) novas ações; já no ano de 2006 esse número foi elevado para 960 (novecentas e sessenta), além do incalculável número de petições intermediárias protocolizadas e audiências realizadas no decorrer de cada ano.

4 BOYADIJIAN, op. cit., p. 46.

O Núcleo de Prática Jurídica da Universidade de Uberaba teve ao longo dos anos sua área de atuação alargada e, hoje em dia, tem sua atuação junto à comunidade nas áreas criminal, cível, trabalhista e previdenciária, com predominância nítida nas causas que envolvem o direito de família, tais como separação, divórcio, pedido e execução de alimentos, pedidos de visita e guarda de menores, bem como investigação e negatória de paternidade. Dentre os tipos mais comuns de ações ajuizadas pelos alunos do Núcleo de Prática Jurídica, temos, além das supracitadas causas da área do direito de família, também as retificações de registros públicos, os inventários, os pedidos de concessão de benefícios previdenciários, os mandados de segurança, as adoções de menores, os despejos, as cobranças, as indenizações, as reclamações e as defesas trabalhistas, assim como as defesas criminais. Além dessas ações habituais, vez ou outra os alunos são surpreendidos por casos inusitados que os desafiam e os fazem se empenhar na busca da tutela jurisdicional, para que a população não fique sem resposta ao seu apelo. Vale ressaltar, portanto, que as atividades exercidas pelos estagiários não ficam restritas àquelas comuns. De vez em quando, surgem casos envolvendo diversos ramos do direito que são incomuns às lides forenses, chegando até mesmo a depararem com áreas bem específicas, como exemplo, o direito desportivo. Aliada à formação profissional dos futuros operadores do direito, a Universidade de Uberaba busca, através de Núcleo de Prática Jurídica, a prestação de relevantes serviços sociais, ajudando a suprir as falhas da atuação estatal.

A Constituição Federal estatui em seu artigo 5º, LXXIV, que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.” Mais adiante, a Carta Magna estabelece em seu artigo 134, *caput*: “A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”. O acesso à justiça é assegurado pela Constituição Federal, sendo elevado à condição de direito fundamental da pessoa humana. E mais, é dever do Estado assegurar aos carentes a assistência jurídica integral e gratuita. Para tanto, o Estado se aparelha criando e mantendo a Defensoria Pública em funcionamento. Como bem escreve Moraes,

A Constituição Federal prevê, ainda, a criação da Defensoria Pública, como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa em todos os graus e gratuitamente dos necessitados.

O Congresso Nacional, através de Lei Complementar, organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais⁵.

No entanto, são muitos os necessitados e muitos são também os seus problemas que precisam da proteção do Judiciário. Como é do domínio público, o Estado, por meio da Defensoria Pública, não dispõe de recursos materiais e de pessoal suficientes para auxiliar todos os que procuram seus préstimos. É aí que entra a ajuda da iniciativa privada através dos Núcleos de Prática Jurídica das faculdades particulares de direito. Em que pese a estar prevista no currículo do aluno do Curso de Direito, a atividade por ele exercida junto ao Núcleo de Prática Jurídica também pode ser considerada uma atividade de extensão universitária, pois

5 MORAES, A. *Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 543.

estende à população um serviço de caráter eminentemente social. Assim, o intuito adotado pela Universidade de Uberaba deve se coadunar com o seguinte pensamento:

Atualmente percebe-se que, com a nova mentalidade e concepção que se pretende implementar nos cursos jurídicos do Brasil, não há mais espaço para os estágios assistencialistas. Não basta, pois, colocar os acadêmicos a atender pessoas carentes sob a orientação de um advogado. Essa é apenas uma das atividades possíveis em termos profissionalizantes.

É necessário que se compreendam as atividades práticas como um conjunto de fatores destinados à formação e aperfeiçoamento, bem como à reflexão profissional dos acadêmicos estagiários. Nessa esteira, o que se busca é a construção de um espaço capaz de englobar o público e o privado, a pesquisa teórica-prática, e as atividades específicas de extensão universitária, às quais, conjuntamente, acabam por poder acarretar a valorização social da instituição de ensino⁶.

Imperioso destacar que o trabalho desenvolvido pelo Núcleo de Prática Jurídica se diferencia daquele desenvolvido pelas defensorias públicas devido justamente à atividade de extensão que é realizada pelos estagiários. Pode se dizer, também, que o Núcleo de Prática Jurídica da Universidade de Uberaba supre, de certa forma, a deficiência do Estado de Minas Gerais, que, através da Defensoria Pública, não consegue atender à grande demanda de ações judiciais. Frise-se que a Universidade de Uberaba há anos vem prestando relevantes serviços sociais, auxiliando o Estado na prestação de assistência jurídica integral e gratuita, colaborando com a garantia de acesso à justiça. Como exemplo do relevante serviço social desenvolvido pelo Núcleo de Prática Jurídica da Universidade de Uberaba, é oportuno citar o caso envolvendo um rapaz com menos de 30 (trinta) anos de idade, que fora aposentado por invalidez, recebendo um salário mínimo por mês, que, à época do atendimento, era de R\$ 300,00 (trezentos reais).

Por ser portador de esquizofrenia refratária, o rapaz necessitava fazer uso constante de um medicamento com custo mensal de aproximadamente R\$ 720,00 (setecentos e vinte reais), que era fornecido gratuitamente pelo Estado de Minas Gerais. Entretanto, o fornecimento foi interrompido repentinamente. Sem possuir condições financeiras para adquirir tal medicamento, e correndo o risco de ter sua vida comprometida devido ao seu debilitado estado de saúde, os familiares daquele procuraram os serviços de assistência jurídica prestados pela Universidade de Uberaba. Então, os estagiários, sob a orientação dos professores, impetraram Mandado de Segurança contra o ato da Autoridade responsável pelo fornecimento do medicamento na cidade de Uberaba. Em liminar, o impetrante obteve êxito, sendo-lhe assegurado o direito de receber o medicamento imprescindível à sua sobrevivência, de forma contínua e ininterrupta, o que também foi confirmado por ocasião da sentença.

O caso acima citado é somente um, dentre vários que surgem no dia-a-dia do Núcleo de Prática Jurídica da Universidade de Uberaba, daí seu importante trabalho social, que, além de contribuir para a formação do profissional do direito, também contribui para a construção de uma sociedade mais digna e mais humana.

5. CONCLUSÃO

Apesar da quantidade exacerbada de atendimentos realizados, o Núcleo de Prática da Universidade de Uberaba prima pela qualidade e presteza nos serviços oferecidos. Os estagiários são orientados no sentido de que cada caso prático não é apenas um número,

⁶ BOYADJIAN, op. cit., p. 19.

mas, sim, que aquele caso é muito importante para a pessoa que o procurou e que essa pessoa espera uma resposta rápida do Judiciário ao seu reclame. Os alunos do estágio têm que ter em mente a seguinte lição:

Todos os operadores jurídicos são prioritariamente cidadãos. Observando-se a história, veremos que o exercício da advocacia, por exemplo, foi originariamente uma prática de cidadania. Não podemos admitir um operador jurídico fora das coisas do mundo, isolado das relações políticas e econômicas. Ele é um cidadão, um sujeito histórico, um protagonista da conjuntura, do movimento e do sonho. Quem se isola num falso tecnicismo, julgando que o mero trato da letra da lei vai solver as questões, é um alienado, agente de uma prática que mais se aproxima de uma pantomima de ratificação de poderes, de repetição de decisões e de ritos, tempos e modos que não tem qualquer significação substancial, a não ser a da continuidade do que não é adequado e a da perpetuação das assimetrias e dominações. Quem opta pelo direito escolhe a política, arte da composição, da imposição e dos sonhos curtos ou de longo alcance, daí não ser possível pensarmos em juízes neutros, advogados apolíticos ou promotores conformados com as injustiças. Se isso está acontecendo é porque nossas instituições formadoras se esqueceram do que o direito trata. Daí uma das habilidades fundamentais do operador jurídico é a de participar da *polis*⁷.

Em suma, o trabalho desenvolvido pelo Núcleo de Prática Jurídica da Universidade de Uberaba é de extrema importância não só para os acadêmicos, mas também para todas as pessoas carentes que buscam a tutela jurisdicional. Destarte, pode-se concluir que o Núcleo de Prática Jurídica da Universidade de Uberaba, através da realização de atividade de extensão, visa à formação profissional aliada à conscientização do papel social que os operadores do direito devem exercer junto à comunidade.

6. ABSTRACT

The present article aimed to demonstrate how important the practice education is to professional formation in law besides the social work carried out by the Uberaba University. This social work is developed for the University through its Legal Practice's Nucleus beside the poor local community.

Key words: *Practice Education. Professional Formation. Social Work. Legal Practice's Nucleus. Uberaba University.*

7. REFERÊNCIAS

- AGUIAR, R. A.R. *Habilidades: ensino jurídico e contemporaneidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.
- BASTOS, A. W. *O ensino jurídico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.
- BITTAR, E. C. B. *Direito e ensino jurídico*. São Paulo: Atlas, 2001.
- BOYADIJIAN, G. H. V. *Núcleos de Prática Jurídica nas Instituições Privadas de Ensino Superior*. Curitiba: Juruá, 2004.
- BRASIL. Constituição de 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E DO DESPORTO (Brasil). Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/index.php?option=content&task=view&id=78&Itemid=221>>. Acesso em: 31 maio 2006.
- MORAES, A. *Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004. 863 p.

⁷ AGUIAR, R. A.R. *Habilidades: ensino jurídico e contemporaneidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2004, p. 158-159.

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 inferior, 2,5 cm; esquerda, 3 cm; e direita 2 cm. Tipo de letra: **Times New Roman**, tamanho 12. Citações diretas superiores a 3 linhas: tamanho 11, com recuo de 2,5 cm do alinhamento da margem esquerda. Notas de rodapé numérico-sequencial: 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.

ESTRUTURA DOS 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. **Sumário:** Discriminação numérica dos tópicos desenvolvidos.

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 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).

Sistema numérico: Recomenda-se a utilização do sistema de chamada **numérico** (e, não, **autor-data**) para a indicação das citações ocorridas no texto.

Notas de rodapé (de referência ou explicativa): 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 sequencial para todo o texto.

a) – Notas de **referência:** A primeira citação de uma obra, em nota de rodapé, deve ter sua referência completa. [Ex: SOUZA E SILVA, José Aparecido de (de acordo com o nome escolhido pelo autor e registrado em sua obra). **A Importância do Ensino Jurídico**. 3ª ed. Uberaba: Difusão Cultural, 2006, p. 346.]. As subsequentes citações da mesma obra podem ser referenciadas de forma abreviada [ex: SOUZA E SILVA. Obra citada, p. 489.]. Se o autor não tiver “nome” registrado, nem for do conhecimento público, deve-se transcrevê-lo por inteiro.

b) – Notas **explicativas:** 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 docu-



mentos 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.

Referências: A relação de obras citadas ou consultadas, em ordem alfabética pelo nome dos autores, deve ser apresentada no final do artigo, de acordo com a 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, no prazo de um mês, procederem às devidas adaptações.

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** – <http://www.uniube.br/institucional/publicacoes/unijus/>), 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).

