

REVISTA
BRASILEIRA DA
ADVOCACIA

Ano 1 • vol. 0 • jan.-mar. / 2016

REVISTA BRASILEIRA DA ADVOCACIA

Ano 1 • vol. 0 • jan.-mar. / 2016

Coordenação
FLÁVIO LUIZ YARSELL

CONSELHO

Ada Pellegrini Grinover (SP), Ana Carolina Brochado Teixeira (BH),
Antonio Magalhães Gomes Filho (SP), Ayres Britto (DF),
Calixto Salomão Filho (SP), Cândido Rangel Dinamarco (SP),
Daniel Francisco Mitidiero (RS), Fredie Didier Jr. (BA),
Gustavo Tepedino (RJ), Humberto Ávila (RS),
Humberto Theodoro Júnior (MG), José Rogério Cruz e Tucci (SP),
Luiz Guilherme Marinoni (PR), Marcelo Abelha Rodrigues (ES),
Melina Girardi Fachin (PR), Paula Andrea Forgioni (SP),
Paulo Cesar Pinheiro Carneiro (RJ), Roberto Rosas (DF),
Rogéria Dotti (PR), Viviane Girardi (SP)

ISSN 2447-9144

REVISTA BRASILEIRA DA ADVOCACIA

Ano 1 • vol. 0 • jan.-mar. / 2016

DIRETORIA

Presidente - **LEONARDO SICA**
Vice-Presidente - **FERNANDO BRANDÃO WHITAKER**
1º Secretário - **MARCELO VIEIRA VON ADAMEK**
2ª Secretária - **FÁTIMA CRISTINA BONASSA BUCKER**
1º Tesoureiro - **RENATO JOSÉ CURY**
2º Tesoureiro - **MÁRIO LUIZ OLIVEIRA DA COSTA**
Diretora Cultural - **VIVIANE GIRARDI**
Assessor da Diretoria - **LUIZ PÉRISSÉ DUARTE JUNIOR**

CONSELHO DIRETOR DA AASP

André Almeida Garcia, Eduardo Foz Mange, Fátima Cristina Bonassa Bucker, Fernando Brandão Whitaker, Flávia Hellmeister Clito Fornaciari Dórea, Juliana Vieira dos Santos, Leonardo Sica, Luiz Périissé Duarte Junior, Marcelo Vieira von Adamek, Mário Luiz Oliveira da Costa, Nilton Serson, Paulo Roma, Pedro Ernesto Arruda Proto, Renato José Cury, Ricardo de Carvalho Aprigliano, Ricardo Pereira de Freitas Guimarães, Roberto Timoner, Rodrigo Cesar Nabuco de Araujo, Rogério de Menezes Corigliano, Sílvia Rodrigues Pereira Pachikoski, Viviane Girardi

COORDENAÇÃO

FLÁVIO LUIZ YARHELL

SUPERINTENDENTE

RÓGER A. FRAGATA TOJEIRO MORCELLI

Publicação oficial da
Associação dos Advogados de São Paulo - AASP

THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

ISSN 2447-9144

REVISTA BRASILEIRA DA ADVOCACIA

Ano 1 • vol. 0 • jan.-mar. / 2016

Coordenação

FLÁVIO LUIZ YARSELL

Os colaboradores desta Revista gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e conceitos emitidos em seus trabalhos.



© edição e distribuição da
EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Diretora Editorial
MARISA HARMS

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda
Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450
CEP 01136-000 – São Paulo
São Paulo – Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT
(atendimento, em dias úteis, das 8h às 17h)
Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor
sac@rt.com.br

e-mail para submissão de originais
aval.artigo@thomsonreuters.com

Visite nosso site
www.rt.com.br

Impresso no Brasil: [02 -2016]
Profissional

Fechamento desta edição: [15.02.2016]



REVISTA BRASILEIRA DA ADVOCACIA

Ano 1 • vol. 0 • jan.-mar. / 2016

Coordenação

FLÁVIO LUIZ YARSELL

Diretora Responsável

MARISA HARMS

Diretora de Operações de Conteúdo

JULIANA MAYUMI ONO

Editoras: Aline Darcy Flôr de Souza e Marcella Pâmela da Costa Silva

Produção Editorial

Coordenação

DANIEL CÉSAR LEAL DIAS DE CARVALHO

Analistas de Operações Editoriais: Aline Almeida da Silva, André Furtado de Oliveira, Damares Regina Felício, Danielle Rondon Castro de Morais, Flávia Campos Marcelino Martines, Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos, Maria Eduarda Silva Rocha, Maurício Zednik Cassim e Thiago César Gonçalves de Souza

Qualidade Editorial e Revisão

Coordenação

LUCIANA VAZ CAMEIRA

Analista de Qualidade Editorial: Carina Xavier Silva, Cinthia Santos Galarza, Daniela Medeiros Gonçalves Melo, Daniele de Andrade Vintecinco e Maria Angélica Leite.

Analistas Editoriais: Carolina Costa, Mayara Crispim Freitas e Roney Costa

Equipe de Jurisprudência

Analistas Editoriais: Felipe Augusto da Costa Souza, Juliana Cornacini Ferreira, Patrícia Melhado Navarra e Thiago Rodrigo Rangel Vicentini

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Administrativo e Produção Gráfica

Coordenação

CAIO HENRIQUE ANDRADE

Analista Administrativo: Antonia Pereira

Assistente Administrativo: Francisca Lucélia Carvalho de Sena

Analista de Produção Gráfica: Rafael da Costa Brito

SUMÁRIO

Palavra do Presidente LEONARDO SICA	11
--	----

DOCTRINA

EM DEBATE

Medidas coercitivas e proporcionalidade: o caso <i>WhatsApp</i> <i>Coercitive measures and proportionality: the WhatsApp case</i> EDUARDO TALAMINI	17
--	----

A interpretação das decisões judiciais e o Novo CPC <i>The interpretation of judicial decisions and the New Civil Procedure Code</i> ESTÊVÃO MALLET	45
---	----

Os desafios da advocacia perante os tribunais e o Novo CPC <i>The challenges of Brazilian lawyers before the Courts after the new rules of civil procedure</i> TIAGO ASFOR ROCHA LIMA	71
---	----

DIREITO CIVIL

Alimentos decorrentes da conjugalidade: uma categoria jurídica em releitura? <i>Alimony between spouses: a new look over the category?</i> JOSÉ FERNANDO SIMÃO	89
--	----

O médico e o advogado: algumas reflexões <i>The doctor and the lawyer: some thoughts</i> FERNANDO CAMPOS SCAFF	111
--	-----

ARBITRAGEM

O advogado na arbitragem <i>The lawyer and the arbitration</i> ROBERTO ROSAS	129
--	-----

DIREITO ELEITORAL

A ação eleitoral como tutela dos direitos coletivos e a aplicação subsidiária do microsistema processual coletivo e do CPC

The electoral action as custody of collective rights and subsidiary application of the collective procedural microsystem and CPC

FLÁVIO CHEIM JORGE..... 137

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

O direito intertemporal e o Novo Código de Processo Civil (com particular referência ao processo de conhecimento)

The intertemporal law and the New Brazilian Civil Procedure Code (with reference to the process of understanding)

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR..... 167

Processo Civil, sua evolução e aspectos contemporâneos

Civil Procedure, its evolution and contemporary aspects

ARRUDA ALVIM..... 189

DIREITO CONSTITUCIONAL

Perspectivas dogmáticas do *impeachment*

Dogmatic perspectives of impeachment

ALAMIRO VELLUDO SALVADOR NETTO..... 213

DIREITO COMERCIAL

O novo direito comercial e o advogado

The new commercial law and the lawyer

ARNOLDO WALD..... 229

DIREITO PENAL

Uma vez mais, o elemento subjetivo nos crimes de trânsito

Once again, the mens rea in traffic crimes

RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA 245

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Do chamado "Lançamento definitivo do crédito tributário" e seus reflexos no processo penal por crime de sonegação fiscal

The so-called "final tax assessment" and its consequences in criminal proceedings for tax crime

GUSTAVO BADARÓ..... 263

EM DESTAQUE

Entrevista com o advogado Mário Sérgio Duarte Garcia

FLÁVIO LUIZ YARSELL 295

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTORA INÉDITA..... 301

PALAVRA DO PRESIDENTE

Depois de muito tempo em elaboração, a Revista Brasileira da Advocacia começa a circular. Ainda como projeto em andamento: para cumprir seus objetivos, a Revista precisa ser lida, discutida e aprimorada.

A publicação é fruto do trabalho coletivo entre a mais tradicional editora jurídica do país, a Revista dos Tribunais, modernizada depois da aquisição pela Thomson Reuters, e a maior entidade de adesão voluntária do país, a Associação dos Advogados de São Paulo, única instituição com essas características que possui associados em todos os Estados do Brasil.

A RBA nasceu da convergência de múltiplas aspirações. De um lado, preencher uma lacuna do mercado editorial, que não possui publicação com esse alcance e focada na advocacia.

De outro, recuperar o protagonismo da advocacia no debate sobre os temas que interessam à administração da justiça e à cidadania, e reforçar o prestígio da classe no campo cultural. Nessa linha, a RBA pretende ser um espaço plural do debate de ideias, confronto de teses, questionamento da jurisprudência e da maneira de pensar e agir das agências judiciais e dos profissionais do direito.

Para o número 0, ainda não foi possível desenvolver duas seções, que estão projetadas para as edições seguintes: “ética e prerrogativas profissionais” e “jurisprudência comentada”. Para o momento, o importante era deflagrar a publicação. Missão cumprida.

Nossos agradecimentos ao Conselho Diretor e à equipe editorial da AASP, pelo apoio incondicional ao projeto, e à Revista dos Tribunais/Thomson Reuters, pela parceria inestimável. Também agradecemos ao coordenador, professor Flávio Yarshell, e aos ilustres integrantes do Conselho Editorial pelo trabalho voluntário em prol da RBA, lhes desejando muito sucesso nessa empreitada, que poderá qualificar expressivamente o trabalho dos profissionais do direito e contribuir para a produção do direito e o funcionamento da justiça.

LEONARDO SICA

*Doutor e mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito da USP.
Presidente da Associação dos Advogados de São Paulo.*

The bottom of the page features a decorative graphic consisting of several overlapping, wavy lines in shades of light gray, creating a sense of movement and depth.

Doutrina



MEDIDAS COERCITIVAS E PROPORCIONALIDADE: O CASO *WHATSAPP*

COERCIVE MEASURES AND PROPORTIONALITY: THE *WHATSAPP* CASE

EDUARDO TALAMINI

Livre-docente em Direito Processual – USP. Professor de Processo Civil,
Processo Constitucional e Arbitragem – UFPR. Advogado.
talamini@justen.com.br

ÁREA DO DIREITO: Processual; Civil

RESUMO: Examina-se o bloqueio do *WhatsApp* para todos os seus usuários brasileiros, adotado como meio de coerção para cumprimento de uma ordem judicial penal. Procura-se identificar os limites de legitimidade em que uma medida coercitiva deve ser "desproporcional" para pressionar o destinatário da ordem.

PALAVRAS-CHAVE: Medidas coercitivas – Proporcionalidade – Processo penal – *WhatsApp* – Bloqueio – Quebra de sigilo de dados.

ABSTRACT: The article analyses the blockage of *WhatsApp*, for all Brazilian users, adopted as coercion means to obtain the compliance to a criminal court order. It seeks to identify the limits of legitimacy whereupon a coercive measure must be "disproportionate" in order to pressure the recipient of the order.

KEYWORDS: Coercive measures – Proportionality Criminal proceedings – *WhatsApp* – Blockage – Court-ordered disclosure of protected data.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Meios processuais de coerção – 3. A atual relevância das medidas coercitivas – 4. O poder do juiz para determinar medidas coercitivas – 5. Os limites da medida coercitiva – A proporcionalidade – 6. A *ratio* dos enunciados do STF sobre cobrança administrativa indireta – 7. O caráter pragmático da medida coercitiva – 8. O bloqueio como sanção punitiva: inaplicabilidade ao caso – 9. Desproporção axiológica e exorbitância subjetiva – 10. Nada de tudo ou nada – 11. O contraditório e a eficácia *ultra partes* – 12. A (in)eficiência da medida – 13. O que poderia ter sido feito: 13.1 Coerção patrimonial: da virtualidade à concreção: 13.1.1 A legitimidade da constrição patrimonial imediata; 13.1.2 A competência para a constrição patrimonial imediata – 14. Cominação da multa à pessoa do administrador da empresa: 14.1 A coerção mediante propaganda: a opinião pública como aliada – 15. Terceiros reféns – 16. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Em¹ 16.12.2015, passaram a circular na Internet notícias de que o *Whats-App* de todos os usuários brasileiros seria suspenso por 48 horas, a partir do dia seguinte, por ordem judicial. A notícia, que a muitos de início pareceu mero boato – daqueles que frequentemente circulam em redes sociais e em grupos de conversação em *apps*, como o próprio *WhatsApp* –, confirmou-se como verdadeira. Faltavam (e ainda faltam) detalhes, pois a ordem provinha de um processo que tramita em segredo de justiça – e não sobraram ilações, essas, sim, pura boataria, de que se tratava de medida obtida pelas operadoras de telefonia, na disputa concorrencial que travam com o aplicativo.

Pouco antes da meia-noite, todas as operadoras de telefonia já haviam cumprido a ordem judicial de bloqueio, e o *WhatsApp* deixou de funcionar em todo o Brasil. Mais de cem milhões de usuários ficaram, a partir de então, sem poder utilizar essa via de comunicação.

O bloqueio decorreu de uma medida coercitiva ou de “execução indireta”. Trata-se de mecanismo destinado a pressionar psicologicamente o destinatário da ordem judicial, a fim de que ele mesmo a cumpra. Ameaça-se o devedor com medidas constritivas que o induzem a – voluntária, ainda que não espontaneamente – cumprir a determinação do juiz.

No caso, a providência foi ordenada em um processo penal em que três pessoas eram investigadas por tráfico de drogas. A despeito da cominação de multa, houve a recusa por parte do administrador do *WhatsApp* em fornecer ao juízo dados atinentes a conversas feitas por tal aplicativo.² O juiz então reno-

1. Uma primeira versão deste artigo foi publicada, com o título “Medidas judiciais coercitivas e proporcionalidade: a propósito do bloqueio do *WhatsApp*”, em 17.12.2015 (dia do próprio bloqueio), no *Informativo Eletrônico Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, n. 106 [www.justen.com.br/informativo.php?&informativo=106&main=&site=&l=pt], e no dia seguinte no informativo *Migalhas* [www.migalhas.com.br] e no site *Academia* [www.academia.edu]. Nesse último, foi também constituída uma sessão de debates a respeito do artigo, de que participaram diversos professores e pesquisadores. Logo depois, e paralelamente, também no *Academia*, constituiu-se outra sessão, para discussão do artigo “O *WhatsApp* e os escudos humanos”, de Elton Venturi – declaradamente uma contraposição e resposta ao texto de minha autoria. O texto que segue é o resultado desses proveitosos debates.
2. A ordem e as intimações foram dirigidas ao *Facebook* do Brasil, reputado responsável pelo *WhatsApp* no território nacional (o *WhatsApp* pertence ao grupo *Facebook*). No presente texto, parte-se da premissa de que a decisão judicial estava correta em seu “mérito” (i.e., em determinar a quebra de sigilo e em dirigir tal ordem de quebra à empresa que tinha possibilidade de cumpri-la). O que aqui se pretende é discutir a

vou a ordem de apresentação, sob “pena” de bloqueio por 48 horas. Descumprida sua ordem, efetivou-se o bloqueio, como medida coercitiva.

A decisão do juiz de primeiro grau foi rapidamente suspensa pelo TJSP.³ Mas a circunstância de não ser a primeira vez (e certamente também não a última...) que providência de tal natureza é determinada e a repercussão concreta por ela gerada nas poucas horas em que vigorou justificam esse breve ensaio.

2. MEIOS PROCESSUAIS DE COERÇÃO

Os mecanismos coercitivos contrapõem-se aos sub-rogatórios, pelos quais o próprio poder jurisdicional, mediante atos diretos do juiz ou de auxiliares seus, produz o resultado que se teria com o cumprimento da decisão. Na concepção clássica de processo, a atuação executiva deveria dar-se basicamente mediante meios sub-rogatórios.⁴ Quando não fosse viável a substituição da conduta do obrigado por providências judiciais, a execução específica era tida por “impossível” e restava apenas o caminho da conversão em perdas e danos. Na concepção clássica de processo, as coisas paravam por aí. O juiz não poderia emitir ordens às partes. Essa noção está superada, a ponto de dispensar nesse brevíssimo texto qualquer consideração adicional: os exemplos são fartos e não é preciso buscá-los em repertórios jurisprudenciais. Basta ligar a televisão.

Enquadrar ou não os meios coercitivos (a “execução indireta”) no âmbito da execução propriamente dita depende da perspectiva que se adote. Carne-lutti, em sucessivas obras, destacou o caráter híbrido dessas medidas, comparando-as com a “estrutura” e a “função” da “execução” (por sub-rogação, “restituição”) e da “pena” (“punição”, “penitência”). Sob o aspecto funcional, a “execução” é meio adotado *a fim de que* se atinja a situação a que o direito tende com o comando desobedecido; a “pena”, ao invés, emprega-se *porque* aquela situação não se verificou. A “execução”, em outros termos, visa à “satisfação” do direito violado; a “pena” impõe uma “aflição” em virtude da vio-

questão da proporcionalidade da medida coercitiva. Se a decisão em si mesma estiver errada (porque cominada contra quem não a pode cumprir ou por qualquer outra razão), nenhuma medida sancionatória, em hipótese alguma, deverá ser aplicada – ficando prejudicado este debate.

3. TJSP, MS 2271462-77.2015.8.26.0000, rel. Des. Xavier de Souza, decisão monocrática em 17.12.2015.
4. Na célebre definição de Liebman, a “verdadeira execução” consistiria na efetivação da sanção *independentemente* da vontade do devedor (*Processo de execução*, atualiz. J. Munhoz de Mello, 4. ed., São Paulo, Saraiva, 1980, n. 1-3, p. 2-6).

lação. Estruturalmente, a “execução” sacrifica o *mesmo* interesse (ou interesse *equivalente* ao) que se afetaria caso observado o comando; a “pena” golpeia um interesse *diverso*. A medida coercitiva constitui um terceiro gênero, entre a “pena” e a “execução”. Apresenta em comum com a “pena” sua estrutura, pois recai sobre bem do devedor *diferente* daquele que é objeto do dever violado. Já funcionalmente, identifica-se com a “execução”: tem finalidade “satisfativa”, antes que “aflitiva.”⁵

Essa explicação até mereceria reparos pontuais, pois mistura dois planos classificatórios, o dos comandos sancionatórios com o das medidas sancionatórias.⁶ Mas é correta na essência e muito útil para compreender o papel e os limites da medida de coerção.

3. A ATUAL RELEVÂNCIA DAS MEDIDAS COERCITIVAS

No âmbito dos deveres de fazer e de não fazer, as medidas coercitivas são fundamentais. Em primeiro lugar, muitos desses deveres são infungíveis, no sentido de que não comportam sub-rogação, podendo apenas ser cumpridos pelo próprio obrigado (a rigor, os deveres de não fazer seriam sempre infungíveis – noção que é relativizada, ao menos quando o obrigado é uma pessoa jurídica ou outro ente coletivo, pela possibilidade de intervenção judicial na administração desse ente). Depois, mesmo quando há, em tese, a possibilidade de sub-rogação, as providências substitutivas de conduta tendem a ser onerosas e demoradas.

O progresso tecnológico e a globalização das relações sociais e econômicas conferem ainda maior relevância aos meios de coerção.⁷ Em muitas situações,

-
5. O aqui exposto é a sistematização de noções que foram sendo ajustadas por Carnelutti em sucessivos escritos seus, especialmente, “Diritto e processo nella teoria delle obbligazione”, em *Studi in onore di Giuseppe Chiovenda*, Pádua, Cedam, 1927, n. 5, p. 241-242; *Sistema*, I, n. 10, p. 22-24; *Diritto e processo*, Nápoles, Morano, 1958, n. 23-27, p. 39-44. Antes, em *Il danno e il reato* (Pádua, Cedam, 1930, n. 10 e ss., p. 31 e ss.) e em *Lezioni di diritto processuale civile* (I e II, Pádua, Cedam, 1986, ed. fac-similar da de 1926, n. 28-30, p. 80-92), Carnelutti, ainda que sem examinar as medidas coercitivas, já havia tratado da diversidade de estrutura e função das diversas formas de sanção.
 6. Veja-se o meu *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*, 2. ed., São Paulo, Ed. RT, 2003, cap. 5, p. 168 e ss.
 7. Um dos reflexos dessa globalização, no plano jurídico, é a relativa diluição da soberania estatal, com o estabelecimento de ordens jurídicas supranacionais regionais e globais. Esse fenômeno talvez possa transmitir a impressão de enfraquecimento dos judiciários nacionais. O caso em exame é um bom exemplo. Mas, sob certo aspecto,

o cumprimento da providência ordenada judicialmente envolve o domínio de tecnologia sofisticada. Ampliam-se, assim, os casos de infungibilidade no cumprimento do dever ou da extrema onerosidade no emprego da providência sub-rogatória. A isso se soma outro complicador. Não raras vezes, os efeitos a coibir ou resultados a atingir situam-se no território brasileiro. No entanto, as providências sub-rogatórias precisariam ser realizadas fora do Brasil. Em outras palavras: a tecnologia amplia a ocorrência de situações em que as condutas geram efeitos transnacionais. Coibir tais efeitos exige atuar fora dos limites do território nacional.

4. O PODER DO JUIZ PARA DETERMINAR MEDIDAS COERCITIVAS

Ao que tudo indica, esse foi o cenário com que se deparou o juiz penal do caso em discurso. Diante da dificuldade de agir diretamente sobre os bancos de dados do *WhatsApp* e de adotar medidas contra as pessoas de seus administradores, o juiz elegeu, como meio de coerção atípico, proibir o funcionamento do aplicativo no Brasil. Pareceu-lhe ser a medida eficaz que estava a seu alcance.

Ao juiz é conferido o poder geral para a adoção de medidas coercitivas. Vale dizer: providências atípicas podem ser adotadas. Ele não fica adstrito aos mecanismos expressamente previstos no ordenamento, como a multa processual. A enumeração de medidas constante do § 5.º do art. 461 do CPC/1973 (que corresponde ao art. 536, § 1.º, do CPC/2015) não é exaustiva – o que se depreende da locução conjuntiva “tais como”, que a antecede (no art. 536, § 1.º, do CPC/2015, a não exaustividade é indicada pela expressão “entre outras”). Esse é o entendimento assente.⁸

O juiz, além disso, não fica vinculado às medidas que eventualmente o autor pleiteie (ainda que no caso, pelo que se tem notícia, a providência coercitiva tenha sido inclusive pleiteada pelo Ministério Público, autor da ação). As medidas em questão são adotáveis “de ofício ou a requerimento”, diz o § 5.º do art. 461 (e o repete o art. 536, *caput*, do CPC/2015).

tal novo cenário confere um papel essencial aos órgãos e agentes jurisdicionais nacionais, transnacionais e globais. Cabe-lhes, muito mais do que aos agentes políticos nacionais, coordenar os múltiplos ordenamentos internos, regionais e globais, harmonizando-os. É o que procura demonstrar Sabino Cassese, em *I tribunali di Babele*, Roma, Dozelli, 2009, *passim*.

8. Confram-se as várias decisões do STJ reunidas no *CPC e legislação processual em vigor*, de Theotônio Negrão, J. R. Gouvêa, L. g. Bondioli e J. F. da Fonseca (46. ed., São Paulo, Saraiva, 2014, nota 10 ao art. 461, p. 549). Vejam-se referências doutrinárias no meu já citado *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, n. 10.2, p. 270.

De resto, tem-se também reconhecido que a norma em questão é subsidiariamente aplicável ao processo penal (art. 3.º do CPP). O juiz criminal pode aplicar a multa processual ou medidas coercitivas atípicas para obter o cumprimento de ordens judiciais dirigidas a terceiros, relativas à instrução da causa.⁹

5. OS LIMITES DA MEDIDA COERCITIVA – A PROPORCIONALIDADE

Mas não se trata de poder ilimitado.

Primeiro, fica afastada a adoção de qualquer medida que o ordenamento vede. Por exemplo, não poderá ser usada a prisão civil, senão na restrita hipótese prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos, para descumprimento de ordem judicial impositiva de dever de natureza alimentícia (art. 7.º, 7; STF, Súm. Vinculante 25).

Depois, mesmo no universo de medidas em tese admissíveis, terão de ser considerados os princípios gerais da proporcionalidade e razoabilidade, que norteiam toda a atuação estatal.¹⁰ As providências adotadas devem guardar relação de adequação com o fim perseguido, não podendo acarretar na esfera jurídica do réu sacrifício maior do que o necessário. O art. 620 do CPC/1973 (CPC/2015, art. 805) nada mais é do que expressão dessas diretrizes no processo executivo. Daí que a formulação contida nessa norma é por igual aplicável às demais modalidades de processo – não propriamente “por analogia”, mas pela direta incidência daqueles princípios (aliás, no CPC/2015, os princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade são reafirmados em suas normas gerais – art. 8.º).

A eleição concreta das medidas *coercitivas* atípicas, mediante a aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, tende a ser tarefa delicada. É da essência do instrumento coercitivo certa *desproporção* entre o bem atingido pela sanção e o bem tutelado. Para ser eficaz, a medida de coerção terá de impor ao réu um sacrifício, sob certo aspecto, maior do que o que ele

9. STJ, Inq 784-QO, Corte Especial, v.m., rel. Min. Laurita Vaz, j. 17.04.2013, *DJe* 28.08.2013; STJ, MS 20.116, Corte Especial, v.u., rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 16.09.2013, *DJe* 17.03.2014; TRF-4, MS 5030054-55.2013.404.0000/PR, 8.ª T., v.u., rel. Des. João Gebran Neto, j. 26.02.2014, *DJe* 11.03.2014; MS 5029951-48.2013.404.0000/RS, 8.ª T., v.u., rel. Des. J. Gebran Neto, j. 26.02.2014, *DJe* 11.03.2014.

10. Para um exame mais amplo sobre a incidência de tais princípios na tutela dos deveres de fazer, não fazer e entrega de coisa, remeto ao que escrevi no cap. 16 do já referido *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer* (p. 376 e ss.).

sofreria com o cumprimento do dever que lhe cabe. Daí a extrema dificuldade de estabelecer limites de sua legitimidade, sem destruir-lhe a essência: a medida coercitiva deve configurar efetiva *ameaça* ao réu, apta a demovê-lo da intenção de transgredir, e, simultaneamente, não afrontar os princípios acima mencionados.

6. A *RATIO* DOS ENUNCIADOS DO STF SOBRE COBRANÇA ADMINISTRATIVA INDIRETA

O STF, em diferentes oportunidades, firmou jurisprudência reputando inconstitucionais determinadas medidas administrativas de cobrança indireta, no campo fiscal.

A apreciação das hipóteses consideradas ilegítimas pelo Supremo auxilia na resolução do problema. Tratava-se de providências destinadas a impedir a atividade empresarial ou profissional de contribuinte em débito, enquanto não fosse pago o tributo. A censura do STF a tais medidas acabou retratada em três enunciados de súmula de jurisprudência dominante: “É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo” (Súmula 70). “É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos” (Súmula 323). “Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais” (Súmula 547).

O mais evidente defeito de tais expedientes estava na sua incompatibilidade com o fim visado: estabelecer-se-ia situação em que, impedido de operar, o profissional ou empresa afastar-se-ia ainda mais de qualquer possibilidade de composição da dívida. Ofender-se-ia a máxima da *adequação* (ou da *finalidade*), que é desdobramento da proporcionalidade.

E havia também outro vício, ainda mais grave. O cunho patrimonial do direito tutelado pela medida indireta de cobrança – ainda que qualificado pelo interesse geral arrecadatório e amparado no princípio da solidariedade – não justificaria a restrição total ao exercício da profissão ou empresa. Mais do que mera desproporção quantitativa (sempre e justificadamente presente nas medidas de coerção), existiria grave desequilíbrio qualitativo: o valor jurídico visado pela medida coercitiva teria menor relevância, na ordem constitucional, do que aqueles afrontados.

De mais a mais, seria gravemente atingida a esfera jurídica de terceiros: com a paralisação das atividades da empresa, seus empregados, fornecedores e outros parceiros seriam prejudicados.

Daí é possível extrair diretrizes para o emprego de medidas coercitivas atípicas, algumas das quais aplicáveis ao caso em exame.

7. O CARÁTER PRAGMÁTICO DA MEDIDA COERCITIVA

Em primeiro lugar, o meio de coerção não pode inviabilizar o cumprimento da ordem em função da qual ele foi adotado. Não é providência que se destine a *penalizar* o destinatário da ordem: o sacrifício que se lhe impõe não é castigo nem visa à sua educação; está instrumentalmente vinculado à perspectiva de cumprimento. Use-se como exemplo hipótese similar à condenada pelo Supremo: contra o construtor inadimplente na obrigação de finalizar uma obra, jamais se poderia adotar a suspensão de sua licença para atuar.

No caso em exame, a medida adotada não inviabilizaria, em si mesma, o cumprimento da ordem: o bloqueio do *WhatsApp* não impediria seus administradores de fornecer os dados requisitados pela Justiça. Então, sob esse específico aspecto, a providência não poderia ser censurada.

Mas, ainda assim, esse primeiro aspecto extraível dos precedentes do STF é útil ao exame do caso. A medida de coerção é mecanismo essencialmente pragmático. Ela não é isenta de aferição do ponto de vista axiológico. Bem o contrário, a ponderação dos valores envolvidos é essencial para sua legitimidade – como já se adiantou e se volta a destacar adiante. Mas, como sua função essencial não é punir, o parâmetro principal de sua adequação não é a “justa retribuição”. Não se trata de sancionar à altura do mal já cometido, mas de sancionar do modo mais eficaz possível para que o mal cesse. Basta ver que, por mais grave, lesiva e repugnante à ordem jurídica que seja a violação havida, se ela já se consumou e não pode ser repetida nem desfeita, não cabe nenhuma medida coercitiva – e não há nisso nenhuma aprovação do ilícito praticado, mas a constatação da desnecessidade e inocuidade da coerção. De nada adianta coagir o sujeito para que ele não faça aquilo que ele já acabou de fazer, que não vai repetir e não pode desfazer. Nessa hipótese, deverão incidir apenas sanções punitivas e ressarcitórias.¹¹ Então, quando ainda possível o cumprimento específico da ordem judicial, a medida coercitiva deve ser definida tendo em vista sua razão de ser: induzir ao cumprimento. Não se trata propriamente de abstrair da questão a gravidade da conduta do devedor – pois esse é um dos

11. Eventualmente, a execução do ressarcimento pode valer-se de medidas coercitivas (como aquela do art. 475-J, *caput*, do CPC/1973 ou do art. 523, § 1.º, do CPC/2015). Mas aqui já se trata de empregar a coerção para o cumprimento de outro dever, que não aquele original, cuja observância tornou-se impossível.

aspectos a sopesar – mas de se compreender que esse não é o foco principal da coerção.

No caso do *WhatsApp*, a maioria, se não a totalidade, dos discursos favoráveis à providência adotada fundou-se na gravidade do comportamento do grupo Facebook: a deslealdade de sua conduta, ao criar artifícios para subtrair-se à jurisdição nacional; a hipocrisia do discurso de preservação do sigilo de dados de seus usuários, em flagrante contradição com a dócil submissão a políticas invasivas ou limitadoras em outros países; o embaraço criado à investigação de um crime que o ordenamento qualifica como “hediondo” – e assim por diante.¹²

Todavia, nada disso justifica uma resposta *severa*, “exemplar”, como medida de *coerção*. Exige, isso sim, uma resposta *eficaz*. E esse é um terreno em que severidade e eficácia não se identificam necessariamente. O tema é objeto de tópico próprio, adiante. A medida coercitiva é instrumento de afirmação da autoridade jurisdicional. E o é precisamente porque contribui para que a jurisdição tenha decisões eficazes em cada caso concreto. Não há dúvidas de que a censura expressada na sanção punitiva contra o desobediente também se presta a preservar a autoridade do Estado. Mas o faz para o futuro e num sentido geral. São planos distintos, por um lado, obter o cumprimento da própria decisão num dado caso concreto e, por outro, demonstrar ao desobediente e a toda sociedade que ele não pode agir assim e que, no futuro, quem repetir tal conduta será igualmente punido. E tal diversidade reflete-se em significativa diferença de regimes jurídicos, quanto ao devido processo legal, a tipicidade e anterioridade das sanções, a pessoalidade de sua incidência...

8. O BLOQUEIO COMO SANÇÃO PUNITIVA: INAPLICABILIDADE AO CASO

Cabe aqui abrir parênteses. No caso em discurso, não há como se legitimar o bloqueio do *WhatsApp* apresentando-o como propriamente punitivo, e não coercitivo. Mais de um motivo desautoriza essa construção.

Existe a previsão da suspensão temporária e da própria interrupção definitiva do serviço de Internet como penalidade pelo descumprimento de determinados deveres. O art. 12 da Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) prevê tais medidas punitivas nos seus incisos III e IV, respectivamente.

Mas, em primeiro lugar, é discutível que tais sanções tenham sido cominadas para a hipótese de descumprimento do dever de obedecer a ordem ju-

12. Boa amostra desses argumentos, expostos com maestria por qualificados interlocutores, é encontrada nas duas sessões de debates indicadas na nota 1, acima.

dicial de requisição de dados e comunicações de usuários. As sanções do art. 12 aplicam-se às “infrações às normas previstas nos arts. 10 e 11”. Esses dois dispositivos, por sua vez, regulam essencialmente o direito de privacidade e intimidade dos usuários. Não há ali a direta previsão do dever de fornecimento de dados por ordem judicial. A apresentação dos dados mediante ordem judicial é apenas referida como *exceção* ao dever de sua guarda, ali previsto (“O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no *caput*...” – art. 10, § 1.º). O dever de apresentação das informações por ordem judicial está previsto no art. 22, ao qual o art. 12 não se refere. O art. 11, é bem verdade, alude genericamente ao dever de “respeito à legislação brasileira”, no que se poderia pretender incluir a regra do próprio art. 22. Mas a valer essa tese, o bloqueio poderia ser aplicado, como penalidade, em qualquer caso de violação ao direito brasileiro. O despropósito do resultado recomenda cautela na adoção dessa exegese.

Seja como for, o bloqueio previsto como punição no art. 12 do Marco Legal da Internet apenas pode ser aplicado após o devido processo legal. Não é medida a ser adotada liminarmente, como a medida coercitiva, mas pena imposta ao final de um processo. Não é medida de ocorrência incidental, como a medida coercitiva, mas o objeto principal de um processo. Definitivamente, não foi o caso.

Não bastasse isso, o devido processo para a aplicação das sanções do art. 12 do Marco Legal depende de “decreto”, que “regulamentará o procedimento para apuração de infrações ao disposto neste artigo” (art. 11, § 4.º).

9. DESPROPORÇÃO AXIOLÓGICA E EXORBITÂNCIA SUBJETIVA

A segunda diretriz extraível dos precedentes do Supremo Tribunal é a de que a medida coercitiva não pode sacrificar bem jurídico substancialmente mais relevante, do ponto de vista axiológico, do que o bem protegido. Na maioria dos casos, seria desproporcional e desarrazoada a ameaça de fechamento de uma empresa (com todas as suas graves consequências sociais), caso ela não cumprisse ordem judicial de prestação de serviço contratualmente assumido dentro de determinado prazo. No entanto, semelhante expediente, tal como o lacre de maquinário, poderia tornar-se eventualmente justificável, se o interesse tutelado pela providência dissesse respeito ao meio ambiente ou à saúde pública. (Note-se que, nesse exemplo, a medida tende a assumir caráter dúplice – funcionando como instrumento de coerção e também como providência sub-rogatória, quando servir, por exemplo, para sustar a continuidade do resultado danoso ao meio ambiente ou à saúde pública.) O combate à cri-

minalidade (“hedionda”) justificaria a supressão temporária do emprego do *WhatsApp* por todos os seus usuários brasileiros?

A esse ponto liga-se outro aspecto essencial, que é a terceira diretriz extraível dos precedentes do STF. Além do problema atinente à desproporção sob o aspecto qualitativo, põe-se a exorbitância subjetiva.

A liberdade de imprensa, por exemplo, não é apenas um direito do dono do jornal. Não é sequer exclusivamente um direito subjetivo do jornalista. Todos eles têm o direito de se valer intensamente dessa liberdade fundamental, a fim de se garantir a plena e ampla difusão de informações. Mas, em última análise, a liberdade de imprensa é um direito fundamental de cada sujeito, de cada cidadão: do leitor do jornal e daquele que não lê o jornal; do sujeito que assiste diariamente aos jornais televisivos e daquele outro que foge dos noticiários... Tem-se uma garantia institucional.¹³ Um direito fundamental objetivado e difuso.

Obviamente, o mesmo se dá com a liberdade dos meios de comunicação. O direito ao emprego dos mecanismos e tecnologias de comunicação não são uma propriedade exclusiva das empresas que os operam. Pertencem indistintamente a todos, sejam ou não usuários de cada um desses serviços (CF, arts. 5.º, IX, e 220).

Como se vê, a questão nem sequer pode ser encarada a partir da (em si mesma já insatisfatória) fórmula do *interesse coletivo* (que supostamente estaria retratado na investigação criminal) *versus interesse individual* de cada usuário do *WhatsApp*. Mesmo se fosse isso, nada garantiria a prevalência do “coletivo”: permaneceria a necessidade de ponderar os valores envolvidos. Mas está muito longe de ser isso.

Portanto, sob aspecto objetivo, impedir o *WhatsApp* de funcionar implica restringir uma *garantia institucional fundamental*. Sob o aspecto subjetivo, implica cercear gravemente a liberdade de comunicação de milhões de pessoas – cem milhões de usuários, ao que consta; mas a liberdade não só deles, como visto. São todos terceiros: alheios ao processo em que se determinou o bloqueio de funcionamento do *WhatsApp* e alheios ao litígio objeto daquele processo. Não têm como interferir diretamente para o cumprimento da ordem.¹⁴

13. Sobre a garantia institucional, v. Canotilho, *Direito Constitucional*, 6. ed., Coimbra, Almedina, 1993, p. 521-522 e 534-535; Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*, 3. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1987, p. 629-630 e 652-653; Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, 5. ed., São Paulo, Malheiros, 1994, cap. 15, n. 5 e ss., p. 489 e ss.

14. A aplicação de uma sanção punitiva ou de tutela específica poderia conduzir à cessação de atividades ou fechamento de uma empresa dedicada a uma atividade

Não se pode subestimar o papel de aplicativos como o *WhatsApp* no atual contexto do intercâmbio de mensagens e informações. Aliás, por uma série de circunstâncias – algumas evidentes, outras quase indecifráveis –, o *WhatsApp* tornou-se um dos mecanismos prioritários de comunicação de vasta parcela da sociedade brasileira, inclusive de extratos seus mais humildes. Pequenas empresas e profissionais autônomos – de manicures a bombeiros-encanadores, de professores particulares a trabalhadores domésticos diaristas – empregam-no intensamente em seu trabalho, na comunicação com seus clientes.¹⁵ As conversas em grupo servem tanto para banalidades e distrações quanto para reuniões virtuais em empresas, turmas acadêmicas e entre pais de alunos... Candidatos em concursos acompanham mudanças do edital e outras informações relevantes por páginas específicas em redes sociais e em grupos do *WhatsApp*.¹⁶ Até o serviço de emergência “190”, em várias localidades, funciona também por

relevante (prestadora de serviço público ou de outra fruição de interesse geral etc.). Mas mesmo nessas hipóteses o ordenamento adota cautelas para, sempre que possível, não interromper a prestação do serviço ou disponibilização daquela utilidade de interesse geral. Há regras próprias para a liquidação de tais empresas; a penhora de bens é também regrada especialmente – e assim por diante. Se assim o é relativamente a sanções finais tipificadas, isso, no mínimo, é uma razoável indicação de que uma medida coercitiva atípica, incidental e fundada em cognição sumária, em princípio, não deveria ter por objeto a total cessação de uma dessas atividades. Assim, também não seria razoável, como medida *coercitiva*, interromper a atuação de uma operadora de telefonia ou de uma empresa de transporte rodoviário ou aéreo de passageiros; o funcionamento de um canal de televisão, a circulação de um jornal etc.

15. “Uma pesquisa inédita do Sebrae mostra que quatro em cada dez donos de *e-commerce* de pequeno porte do país, aqueles que faturam até R\$ 3,6 milhões por ano, usam o *Whatsapp* para atender o cliente. Em um ano, o percentual dobrou, o que mostra a enorme popularização da prática. (...) A pesquisa que mostrou o crescimento do aplicativo como canal de atendimento também evidenciou a redução do uso do telefone, que caiu de 64% para 55%. (...) Os dados revelam ainda que, quanto menor o porte da empresa, maior a utilização do aplicativo de mensagem instantânea. Entre os microempreendedores individuais (MEI), por exemplo, quase metade usa a ferramenta para se comunicar com os clientes, percentual que cai para 41% nas microempresas e 26% nas empresas de pequeno porte. Nas médias e grandes empresas, apenas 17% usam o aplicativo para se relacionar com os clientes.” (*Pequenas Empresas & Grandes negócios*, 05.11.2015, [<http://revistapegn.globo.com/Dia-a-dia/noticia/2015/11/empreendedores-usam-whatsapp-para-aumentar-vendas.html>]. Acessado em: 16.01.2016).
16. Cf. [<http://classificados.folha.uol.com.br/empregos/2016/01/1730057-candidatos-a-concursos-publicos-usam-whatsapp-e-redes-sociais-para-se-preparar.shtml>].

WhatsApp –¹⁷ no que se segue tendência estrangeira.¹⁸ Logo, não é possível qualificá-lo como um “mero aplicativo”, passível de ser substituído por outros mecanismos. Bloqueá-lo implica, em termos práticos, uma restrição significativa à liberdade de comunicação. É irrelevante a qualificação jurídico-positiva que ele receba ou mesmo a falta dessa atenção formal. Quando muito, isso pode indicar a necessidade de uma regulação que considere tal nova realidade (p. ex., hoje, os aplicativos estão alheios à atividade regulatória da Anatel). Mas não serve de pretexto ao menoscabo da liberdade de comunicação. Jamais se poderá dizer que um modo de expressão de um direito fundamental apenas poderá ser assim qualificado se houver uma expressa chancela de regras infra-constitucionais.

Uma comprovação da relevância que aplicativos como o *WhatsApp* e as redes sociais assumiram para o exercício da liberdade de comunicação – e da própria liberdade de expressão – é dada pelo fato de que regimes sem maior apreço pelos direitos fundamentais não hesitam em proibi-los, sobretudo em momentos de maior insurgência popular. Como amplamente noticiado, as redes sociais e *apps* de comunicação têm constituído o principal meio de convocação para as manifestações populares e de divulgação de suas dimensões, do modo como são reprimidas, etc. Por isso, a teocracia iraniana proíbe o Facebook, o *Twitter* e o *YouTube*, entre outros, desde as manifestações populares de 2009. A proibição administrativa de emprego do *WhatsApp*, em 2014, sofreu um veto do relativamente moderado presidente Rasan Rohani.¹⁹ Mas voltou a ser determinada pelo Judiciário, juntamente com a de vários outros aplicativos, em janeiro de 2015.²⁰ O mesmo se dá na China, em que aquelas três primeiras redes sociais, ao lado de muitos aplicativos, são inacessíveis, mas o *WhatsApp* tem funcionado. No entanto, por ocasião de protestos em Hong Kong, em 2014, foram bloqueados dois aplicativos de mensagens muito populares na

17. Ver, p. ex.: [<http://g1.globo.com/mato-grosso-do-sul/noticia/2015/09/pm-cria-grupo-de-whatsapp-em-ms-apos-problemas-tecnicos-com-o-190.html>]; [<http://noticias.band.uol.com.br/cidades/noticia/100000682168/Whatsapp-pode-ser-boa-alternativa-ao-servico-190.html>] e [www.tecmundo.com.br/whatsapp/78949-policia-militar-usa-whatsapp-combater-crime.htm].

18. Na Espanha, p. ex.: [www.abc.es/tecnologia/redes/20130610/abci-whatsapp-line-emergencia-201306101235.html].

19. Cf. [<http://exame.abril.com.br/tecnologia/noticias/hassan-rohani-veta-proibicao-de-whatsapp-no-ira>].

20. Cf. [www.the-newshub.com/technology/iran-blocks-messaging-apps] e [<https://pando.com/2015/01/08/irans-judiciary-orders-its-government-to-block-access-to-whatsapp-line-tango>].

Ásia, o *KakaoTalk* e o *Line*.²¹ O regime venezuelano também já lançou mão do expediente, bloqueando aplicativos de mensagens e redes sociais, durante as manifestações populares do início de 2014.²²

10. NADA DE TUDO OU NADA

Não se conhecem os detalhes do caso criminal objeto do processo. No âmbito da ponderação de valores e da aplicação de princípios, não é possível dar respostas na base do “ou tudo ou nada”, na conhecida expressão de Dworkin.²³

Portanto, e *em tese*, não se poderia descartar uma situação limítrofe, absurdamente grave, em que a providência investigativa fosse de tal urgência e essencialidade que justificasse medida coercitiva drástica como a tomada. Mas isso se cinge a situações limítrofes – e ainda assim restaria a dúvida quanto à eficiência prática de tal medida. Adotar o bloqueio de funcionamento como simples sanção pelo desrespeito à autoridade judiciária é desconsiderar todos os aspectos acima destacados.

11. O CONTRADITÓRIO E A EFICÁCIA *ULTRA PARTES*

Além de tais balizas relativas ao seu conteúdo (*substantive due process*), outra igualmente relevante para a legitimidade da medida coercitiva ou sub-rogatória põe-se no âmbito processual (*procedural due process*). Sempre que possível, o juiz ouvirá previamente as partes e, como é o caso, o terceiro contra quem a ordem e a medida de coerção são dirigidas – ainda que fixando prazo breve para tal manifestação. A observância do contraditório prévio à adoção das medidas atípicas só será afastada nos casos de extrema urgência. Enfim, há exigência de constante diálogo do juiz com as partes (essa dimensão do art. 5.º, LV, da CF/1988 é apenas explicitada pelos arts. 9.º e 10 do CPC/2015, que não têm, portanto, conteúdo inovador, sob esse aspecto).

Mas se a providência coercitiva é destinada a atingir indiscriminadamente terceiros, como no caso em análise, em que medida bastaria o contraditório entre os sujeitos que estão de algum modo participando do processo? Cada

21. Cf. [<http://adage.com/article/global-news/china-s-great-firewall-blocking-messaging-apps/294002>].

22. Cf. [www1.folha.uol.com.br/mundo/2014/02/1416821-governo-venezuelano-bloqueia-acesso-a-redes-sociais.shtml] e [<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2014/02/twitter-acusa-governo-da-venezuela-de-bloquear-imagens-na-rede.html>].

23. *Taking rights seriously*, Cambridge, Harvard, 1978, cap. 2, n. 3, p. 24.

vez mais o processo é apto a produzir resultados que incidem vinculativamente muito além das partes. Em contrapartida, intensificam-se os mecanismos de participação desses terceiros nos processos em que eles não são partes. O instituto da audiência pública e a figura do *amicus curiae*, já amplamente acolhida no processo brasileiro e agora tipificada como modalidade geral de intervenção de terceiros no CPC/2015 (art. 138), são as maiores demonstrações disso.

12. A (IN)EFICIÊNCIA DA MEDIDA

Some-se a isso a questão, não menos relevante, atinente à eficiência prática da medida. Eis um aspecto fundamental das medidas coercitivas, como já indicado: elas não são pena, não são castigo; precisam eficientemente funcionar como meio de pressão psicológica. A excessiva desproporcionalidade da medida cominada como meio de execução indireta tende a não ser eficaz, como meio de pressão sobre o destinatário da ordem, por pelo menos duas razões.

A primeira é de que a excessividade da medida pode atingir um “ponto sem volta”, a partir do qual talvez nada mais faça diferença para o sujeito que deveria estar sendo pressionado. O filme *Rosalie vai às compras*, de Percy Adlon, termina com uma frase que bem ilustra essa situação, dita pela protagonista, que dá o nome ao filme e é interpretada por Marianne Sägebrechet: “Se você deve cem mil dólares, você tem um problema; quando você deve um milhão, o problema é deles”... Esse primeiro aspecto, muito relevante na quantificação de multas processuais periódicas, talvez não se aplique, em si mesmo, ao caso em exame.

Mas há um segundo aspecto muito pertinente ao caso. A excessiva drasticidade e desproporção da medida podem desde logo incutir no destinatário da ordem a percepção de que ela não prevalecerá, não será mantida em grau de jurisdição superior. Ele então faz uma aposta – em alguns casos, como no ora em análise, razoavelmente segura – de que a medida coercitiva não será mantida, dada sua estrondosa desproporção.²⁴ Algo como um “quanto pior, melhor”. Uma vez formada essa convicção, o mecanismo de pressão cai por terra. O caso em discurso é uma razoável demonstração disso. A ameaça de bloqueio não serviu para pressionar o administrador do *WhatsApp*. Ele permaneceu não

24. Em breve nota sobre o bloqueio do *WhatsApp*, José Vicente Santos de Mendonça alude a “decisões judiciais insinceras” – pronunciamentos destinados à produção de um resultado impactante, um “ato expressivo”, ainda que fadados a não se executarem (“Quixotismo judiciário: o caso *WhatsApp*”, em *Jota*, 17.12.2015, disponível em [<http://jota.info/quixotismo-judiciario-o-caso-whatsapp>]. Acesso em 18.12.2015).

cumprindo o comando judicial – e apostou, corretamente, na revogação da medida, dada sua exorbitância qualitativa e subjetiva. Logo nas primeiras horas úteis de vigência do bloqueio, ele já estava cassado.

Enfim, uma medida coercitiva ineficaz e inútil.

13. O QUE PODERIA TER SIDO FEITO

A constatação de ilegitimidade e ineficácia da medida adotada não significa defesa nem aceitação da inefetividade das decisões judiciais. Não se trata de concluir que a ordem de exibição de informações pelo *WhatsApp* deva ficar sem cumprimento. Bem o contrário, trata-se de reconhecer que outras medidas, adequadas e eficientes, deveriam ter sido adotadas. A concreta suficiência e adequação das medidas coercitivas, até certo ponto, é uma questão relacional. Considera-se o leque de providências possíveis, em contraste umas com as outras, a fim de definir quais são as mais compatíveis com as circunstâncias do caso, à luz dos valores jurídicos envolvidos. Assim, não há como simplesmente se defender a legitimidade do bloqueio do *WhatsApp*, mesmo como medida extrema para situações-limite, sem antes se demonstrar que outras medidas, menos gravosas, seriam ineficientes ou padeceriam de ainda maiores vícios de legitimidade. A rejeição prévia e peremptória a todas as outras medidas de coerção e a simples defesa do bloqueio, em nome da preservação da autoridade estatal, assume ares axiomáticos.

Em breve artigo sobre o mesmo episódio aqui examinado, Jordão Violin constatou, com perspicácia, que o notável incremento de poderes executivos, com a possibilidade de determinação de medidas atípicas, implica não apenas maior responsabilidade judicial, mas também exige maior criatividade do juiz.²⁵

Considerem-se exemplificativamente algumas dessas medidas.

13.1 Coerção patrimonial: da virtualidade à concreção

Ao cassar o bloqueio do *WhatsApp*, o TJSP observou que, diante da resistência do destinatário da ordem judicial, a multa antes cominada poderia ter sido

25. A derrubada do *WhatsApp*: autoritarismo judicial ou emaranhado de complexidades?, em *Gazeta do Povo*, 17.12.2015, disponível em: [www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/artigos/a-derrubada-do-whatsapp-autoritarismo-judicial-ou-emaranhado-de-complexidades-8i7pr55yhsxkhp5ojrtc7oe6u]. Acessado em: 17.12.2015.

ampliada, antes de se adotarem outras providências de coerção. Por outro lado, os defensores do bloqueio argumentam que a multa já havia atingido doze milhões de reais – e sua ampliação seria irrelevante em face da enorme dimensão patrimonial do grupo Facebook.²⁶

Sem prejuízo da possibilidade de elevação do valor da multa, há outra providência que poderia ser eficiente no caso. A multa foi apenas cominada. Incidia o crédito virtual, hipotético, de doze milhões de reais. Mas não havia sido adotada nenhuma providência concreta de constrição patrimonial. Medidas nesse sentido ampliariam a carga de pressão sobre o destinatário da ordem judicial. Transformariam a coerção hipotética em coerção real.

A multa processual tende a ser mecanismo extremamente eficaz, nos casos em que o destinatário da ordem tem patrimônio executável e desde que fixada em valor adequado. Mas, no mais das vezes, não é sua simples cominação que induzirá a conduta do “devedor”. Enquanto ela não é de algum modo executada, o destinatário da ordem frequentemente se apega à perspectiva de sua eliminação ou redução. E suas esperanças fundam-se não apenas no provimento do recurso contra a decisão que impôs a multa, como também em futura revisão retroativa do valor total atingido pela multa – o que, a rigor, é desautorizado pelo ordenamento, mas com frequência feito pelos tribunais, ainda que sob o rótulo da excepcionalidade.²⁷

A efetiva adoção de medidas patrimoniais traz o “devedor” de volta a realidade. Faz com que ele deixe aquelas apostas de lado e enfrente de uma vez a questão: qual o “mal” que ele pretende, afinal, suportar – o derivado do cumprimento da ordem ou aquele gerado pela medida de coerção. Em suma: a “pronta afetação do patrimônio do réu através da execução do crédito da multa é o mais forte fator de influência psicológica. A perspectiva remota e distante de execução depois do trânsito em julgado nada ou muito pouco impressiona”.²⁸

Há caso muito similar ao ora em análise em que a efetiva adoção de providências de constrição patrimonial, em vez da simples cominação da multa, mostrou-se eficiente como medida de coerção. Em um dos processos da

26. Mais uma vez, remete-se aos debates indicados na nota 1, acima.

27. Sobre os graves inconvenientes de tal postura, remeto ao que escrevi em *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, cit., n. 9.6.2, p. 254, e em *Direito processual concretizado*, B. Horizonte, Fórum, 2010, cap. 2, n. V a VII, p. 80 a 96. O CPC/2015 pretende definitivamente eliminar qualquer discussão quanto à possibilidade de redução da multa, ao estabelecer de modo expresso que a revisão aplica-se apenas à multa “vincenda” (art. 537, § 1.º).

28. Eduardo Talamini, *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, cit., n. 9.7, p. 259.

“operação Lava-Jato”, a Google brasileira recusou-se a fornecer informações relativas a conversas realizadas no serviço de correio eletrônico Gmail, usando basicamente o mesmo argumento que ora o Facebook brasileiro invoca no caso em análise (não seria a responsável pela administração e operação daquele serviço, mantido por outra empresa do grupo, no exterior etc.). A multa foi cominada e vinha incidindo, sem sucesso. Havia atingido o valor de dois milhões de reais. Até que se tomaram as providências patrimoniais constritivas para sua execução, com o bloqueio de aplicações financeiras da Google brasileira e a cominação da multa às pessoas dos administradores da empresa. Depois disso, cumpriu-se a ordem judicial de apresentação das informações requisitadas.²⁹

As semelhanças entre os dois casos são marcantes: em ambos, tinha-se ordem de juiz penal para a quebra de sigilo de conversações por via eletrônica; em ambos, a simples cominação da multa não surtiu efeito; a Google brasileira alegava que não tinha como cumprir, como agora o faz o Facebook nacional; o grupo Google é economicamente enorme e de caráter multinacional, como o é o grupo Facebook – e assim por diante. Não há por que supor, de antemão, que a providência que deu certo naquele caso não funcionaria agora.

13.1.1 *A legitimidade da constrição patrimonial imediata*

Nem se diga que seria impossível, desde logo, a adoção de medidas de constrição patrimonial contra o Facebook. O argumento nesse sentido se fundaria em julgado do STJ, segundo o qual, só depois da confirmação em sentença da decisão interlocutória que cominou a multa, essa poderia ser cobrada – e desde que a apelação não tivesse efeito suspensivo.³⁰

Em primeiro lugar, esse entendimento não parece correto. Não era essa a orientação antes estabelecida nos tribunais, inclusive no STJ.³¹ Nesse sentido, o julgado referido, em vez de consolidar, pretendeu alterar a orientação antes estabelecida. Tampouco na doutrina prevalece a posição adotada pelo

29. 2ª Vara Federal Criminal de Curitiba, autos n.º 5048457-24.2013.404.7000/PR.

30. STJ, REsp 1.200.856, Corte Especial, v.u., j. 01.07.2014, rel. Min. Sidnei Beneti, *DJe* 17.09.2014. Tal precedente foi invocado nos debates indicados na nota de rodapé 1, acima.

31. STJ, REsp 1.098.028, 1.ª T., v.u., j. 09.02.2010, rel. Min. Luiz Fux, *DJe* 02.03.2010; STJ, REsp 1.094.296-AgRg, 4.ª T., v.u., j. 03.03.2011, rel. Min. João Otávio Noronha, *DJe* 11.03.2011; Rcl 2.817, 1ª S., v.u., rel. Min. Eliana Calmon, j. 10.12.2008, *DJe* 09.02.2009.

julgado em questão.³² A lei autoriza a execução sempre que não pender recurso com efeito suspensivo contra a decisão que impôs a condenação (arts. 273, § 3.º, e 587, CPC/1973; arts. 297, parágrafo único, e 520, CPC/2015). Apenas nas ações coletivas a execução da multa fica condicionada ao trânsito em julgado (Lei 7.347/1985, art. 12, § 2.º). A decisão que condena ao pagamento da multa, na hipótese, é a interlocutória. Não é necessário sentença confirmativa da ordem urgente, para que ela produza efeitos. Ademais, quando há sentença confirmando a interlocutória concessiva de medida urgente, o efeito suspensivo da apelação não a atinge (CPC/1973, art. 520, VII; CPC/2015, art. 1.012, V).

O julgado do STJ desconsidera tudo isso – e não encontrou, provavelmente por essa razão, maior ressonância nos graus de jurisdição inferiores. Aliás, daqui a dois meses entra em vigor o novo CPC, que expressamente desautoriza a solução adotada naquele julgado (art. 537, § 3.º)³³ – e é assim que se tem um “precedente Inês de Castro” ou, na versão brasileira, “Roque Santeiro”: “aquele que foi sem nunca ter sido”.

De qualquer modo, o precedente do STJ jamais seria aplicável ao caso aqui em exame. No processo penal, quando o juiz comina a multa para a exibição de informações por terceiros, não haverá jamais subsequente sentença confirmatória dessa decisão. A sentença final versará unicamente sobre a pretensão acusatória.

Mas, mesmo se não coubesse propriamente o início da execução, caberia ainda cogitar de medida acautelatória da futura execução, com o bloqueio de valores. Os requisitos para tanto poderiam estar presentes (são relevantes os possíveis estratagemas utilizados pelo grupo Facebook para fugir das garras da justiça, apontados especialmente pelos que defenderam a legitimidade do bloqueio do *WhatsApp*). A providência cautelar até de ofício poderia ser adotada, no sistema vigente (CPC/1973, art. 797).

Por fim – e essa é a consideração mais importante – o bloqueio dos valores poderia constituir, ele mesmo, a medida coercitiva atípica, e não apenas início

32. Cf. Humberto Theodoro Jr., *Curso de direito processual civil*, 44. ed., vol. II, Rio de Janeiro, Forense, 2009, n. 639-e, p. 33-34; Joaquim Spadoni, *Ação inibitória*, São Paulo, Ed. RT, 2002, n. 7.3.1.2, p. 184 e 187; Eduardo Talamini, *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, cit., n. 9.7, p. 257-259; Marcelo Lima Guerra, *Execução indireta*, São Paulo, Ed. RT, 1998, n. 4.2.2, p. 213 – entre outros.

33. Tramita no Congresso Nacional o PL 2.384/2015, que pretende alterar, entre outras disposições, o § 3.º do art. 537. Todavia, a alteração não interferiria sobre a possibilidade de execução provisória.

da execução da multa. Ou seja, os valores ficariam bloqueados até que houvesse cumprimento.

Tudo isso é muito drástico. Mas não atingiria o direito fundamental de milhões de terceiros. Estaria apenas no campo da restrição ao direito de propriedade do Facebook brasileiro. Não violaria uma garantia fundamental institucional e objetiva, como é a liberdade de comunicação. Se nenhum dos argumentos acima postos pudesse ser aceito, e se reputasse o bloqueio de valores uma medida ilegítima, com muito menos razão seria possível o próprio bloqueio do funcionamento do *WhatsApp*. Ou seja, poderia até haver dúvidas quanto à legitimidade da imediata constrição patrimonial como medida coercitiva, mas tais dúvidas jamais serviriam para legitimar o bloqueio do *WhatsApp*. Pelo contrário, se qualquer delas procedesse, constituiria apenas um fator adicional de ilegitimidade da interrupção do funcionamento do aplicativo.

13.1.2 A competência para a constrição patrimonial imediata

O outro possível obstáculo ao bloqueio de valores pelo juiz criminal seria sua possível falta de competência para a execução do crédito derivado da multa.³⁴ Para tanto, pretende-se invocar duas decisões do STJ em que, em *obiter dictum*, indicou-se que a execução da multa seguiria as regras do processo civil.³⁵

Primeiro, frise-se que nem mesmo em caráter de *obiter dictum* afirmou-se nesses julgados a competência do juiz civil para executar o crédito da multa, mas apenas a incidência das regras do CPC sobre cumprimento de sentença.

Depois, e ainda que a questão comporte discussão, há sólidos argumentos para se reconhecer a competência do juiz penal para a execução do crédito derivado da multa, sem prejuízo da aplicação, nessa atividade executiva, das normas do CPC sobre o tema. A multa periódica não tem caráter indenizatório (CPC/1973, art. 461, § 2.º; CPC/2015, art. 500). Logo, a competência do juiz cível para a execução do ressarcimento dos danos resultantes do crime (CPC/1973, art. 575, IV; CPC/2015, art. 516, III) não se estende necessariamente a tal hipótese. Na medida em que a execução do crédito advindo da multa processual desempenha papel relevante para a própria eficácia coerci-

34. Mais uma vez, remete-se aos debates mencionados na nota de rodapé 1.

35. STJ, REsp 1.455.000 e REsp 1435776, ambos julgados pela 6.ª T., v.m., rel. p/ Ac. Min. Rogério Schiatti Cruz, j. 19.03.2015, DJe 09.04.2015. Nos dois casos, a questão decidida em caráter principal concernia ao prazo aplicável para embargos declaratórios, se o previsto no CPP ou, como se concluiu por maioria, o do CPC.

tiva da medida, é razoável reconhecer-se que a competência executiva deve ser atribuída ao mesmo órgão que detém a competência para sua cominação, alteração e extinção: o juiz criminal.

No entanto, e ainda que assim não fosse, a providência acautelatória da subsequente execução, acima cogitada, poderia ser adotada inclusive pelo juiz criminal, ainda que dependendo de subsequente confirmação pelo juiz da execução.

Do mesmo modo, se o bloqueio de aplicações financeiras fosse adotado como medida coercitiva atípica, em si mesma, e não como início de execução da multa, a competência também seria do juiz penal.

Por fim, e tal como no ponto anterior, a conclusão em sentido oposto – i.e., de que o juiz penal não poderia bloquear os valores de um terceiro em relação ao processo penal, como medida coercitiva, porque isso não passaria no exame do devido processo – de modo algum serviria para atribuir legitimidade ao bloqueio do funcionamento do *WhatsApp*. Como, então, passaria pelo crivo do devido processo uma providência que atingiria a esfera jurídica de milhões de pessoas? Ou seja, a eventual conclusão quanto à impossibilidade do bloqueio de aplicações financeiras do Facebook brasileiro, considerando-se os motivos cogitados, não conferiria legitimidade ao bloqueio do *WhatsApp*. Apenas serviria para acrescentar a tal providência outros fatores de ilegitimidade, além daqueles antes indicados.

14. COMINAÇÃO DA MULTA À PESSOA DO ADMINISTRADOR DA EMPRESA

Cabe ainda considerar a possibilidade de a multa ser cominada diretamente contra a pessoa do administrador da empresa, até mesmo cumulativamente com sua incidência sobre a pessoa jurídica – a fim de a medida funcionar mais eficientemente como instrumento de pressão psicológica. A providência foi também adotada no caso envolvendo o Google, antes mencionado.

Em vista das peculiaridades da estrutura interna administrativa da pessoa jurídica, muitas vezes apenas a multa contra o próprio administrador atinge concretamente a meta de pressionar ao cumprimento. Para tanto, há de se interpretar o § 5.º do art. 461 como permitindo não apenas a adoção de medidas atípicas, mas também o direcionamento dessas medidas contra terceiros cuja cooperação seja imprescindível para a consecução da tutela.³⁶ A reiteração da

36. Marcelo Lima Guerra, “Execução contra o Poder Público”, em *Revista de Processo*, v. 100, 2000, n. 9.2, p. 76-79; Talamini, *Tutela relativa aos deveres de fazer...*, cit. n.

menção à multa no rol exemplificativo de medidas atípicas que o juiz pode tomar, nesse § 5.º, reforça essa possibilidade. Afinal, a multa como medida típica dirigida ao próprio ente destinatário original da ordem já está regulada nos §§ 4.º e 6.º do art. 461 (idênticas considerações aplicam-se ao art. 536, § 1.º, do CPC/2015, em contraste com seu art. 537).³⁷

14.1 A coerção mediante propaganda: a opinião pública como aliada

Poderiam ser consideradas ainda outras providências atípicas, com amparo no art. 461, § 5.º, do CPC/1973 (art. 536, CPC/2015).

Há exemplo interessante no âmbito do processo coletivo ambiental. Em 2000, depois de um primeiro acidente ambiental causado no Paraná por grande companhia do setor energético, havia o risco de outro. Diante de denúncias desse risco, o Ministério Público Federal ajuizou ação coletiva para impor à empresa o dever de reparar os equipamentos e instalações que apresentavam risco. Não pediu multa como medida de coerção. Pleiteou que, se a companhia não cumprisse a decisão, fosse publicado, às expensas dela, anúncio de página inteira com fotos dos danos ecológicos causados pelo acidente anterior (pássaros e capivaras agonizantes cobertos de substância tóxica, peixes boiando mortos...), com dizeres tais quais: “A empresa XXX continua gerando o risco de que se repitam situações como essa”. A empresa celebrou prontamente um termo de ajuste de conduta e o cumpriu integralmente.³⁸

19.2.9, p. 449-450. No MS 70.088-5 (TJPR, rel. Des. Trotta Telles, fl. 803 e ss. e 944 e ss.), cominou-se multa diária diretamente contra o Governador do Estado, que figurava como autoridade coautora – e a ordem judicial, que permanecia descumprida havia meses, foi observada em poucos dias.

37. No CPC/2015, o ora exposto não é desautorizado pelo art. 77, § 8.º (“O representante judicial da parte não pode ser compelido a cumprir decisão em seu lugar”). Tal disposição refere-se ao procurador judicial (advogado público ou privado, defensor público e mesmo até, em certas circunstâncias, o órgão do MP...), e não ao representante legal ou a qualquer outro agente que, na estrutura interna da pessoa jurídica (ou de outro ente coletivo), tem o poder fático e a competência jurídica para cumprir a ordem judicial. A regra em questão é razoável. Preserva a independência do procurador judicial. Funda-se precisamente na premissa de que o procurador judicial (seja ele de que carreira for) não detém o poder fático e jurídico nem o dever de cumprir a ordem judicial em lugar da parte que ele apenas representa no processo. A situação é diferente da do administrador da pessoa jurídica, que detém o poder para cumprimento do comando judicial.

38. A medida coercitiva de publicação na imprensa foi cogitada, há décadas, pela doutrina italiana, a partir de dispositivo legal concebido prioritariamente para outros fins

No caso em exame, em vez de bloquear-se o *WhatsApp*, talvez se pudesse fazer a inclusão, em todas as *timelines* de todos os usuários brasileiros do Facebook (também são quase cem milhões), de um anúncio em termos como estes: “O grupo Facebook adota condutas que podem contribuir para o tráfico de drogas”.

Nem se diga que a providência ora cogitada seria uma medida de “contrapropaganda” e, como tal, apenas poderia ser aplicada como sanção administrativa punitiva (tal como prevista no art. 56, XII, do CDC), a depender de prévio processo de apuração de responsabilidade. O fato de uma medida ser tipificada no ordenamento como penalidade para certos casos não impede sua adoção como providência coercitiva atípica (exceção feita à prisão, inaplicável, fora do âmbito dos deveres alimentares, por expressa determinação constitucional – como antes destacado). A multa é prevista em certas hipóteses como pena, e pode ser também medida coercitiva. A intervenção judicial em empresa, tipificada como sanção a ser aplicada após o devido processo em determinados casos, pode igualmente ser adotada como meio de coerção atípico. O mesmo se diga quanto à suspensão de atividades. E não há porque ser diferente com a contrapropaganda.

Assim se teria como aliada a opinião pública – a mesma que em grande medida se revoltou com o bloqueio do *WhatsApp* – contra o Facebook, para também desse modo o pressionar. Inverter-se-iam os termos da questão. No bloqueio do *WhatsApp*, houve a simples desconsideração da sociedade civil – ou quando muito a consideração de que ela deveria espartanamente suportar a privação do serviço para assim colaborar com o “bem comum”, ou ainda, o que é pior: ela deveria ser usada como instrumento de pressão (ser coisificada, portanto), sofrendo a privação do *WhatsApp* e se voltando contra o aplicativo (responsabilizando seu mantenedor; trocando-o por outro etc.). Mas ao invés de se tratar a sociedade civil como um brinquedo, pode-se considerá-la um parceiro ativo, apostando-se na força e qualidade da opinião pública. A ideia de *cooperação*, hoje tão em voga no processo civil, atinge também esse âmbito. Não cabe mais um Judiciário condescendente, que “tutela” seus “jurisdicionados” e lhes impõe privações, para “o seu próprio bem” – como que se crianças fossem.

(v., p. ex., Proto Pisani, “I provvedimenti d’urgenza ex art. 700 c.p.c.”, em *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, Cacucci, 1982, n. 14, p. 394-395). Na época, o ordenamento italiano não contemplava sequer previsão de multa periódica aplicável à generalidade dos casos. Tratava-se de um esforço interpretativo para se ter algum meio de coerção na Itália. No direito brasileiro, com base no art. 461, § 5.º, aponte a possibilidade da providência em “Tutelas ‘mandamental e executiva *lato sensu*’ e a antecipação *ex vi* do art. 461, § 3.º, do CPC”, em *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela* (org. T. A. Alvim Wambier), São Paulo, Ed. RT, 1997, n. 3.8, p. 161; e *Tutela relativa aos deveres de fazer...*, cit., n. 10.1, p. 269.

Exige-se uma *função* jurisdicional que atue em conjunto com a sociedade e que a tenha e a seus membros como *sujeitos* na busca dos resultados pretendidos.

Esse aspecto da questão comporta ainda outras considerações, no tópico seguinte.

15. TERCEIROS REFÊNS

No texto mencionado na nota de rodapé 1, Elton Venturi sustenta que o Facebook utilizou os usuários brasileiros do *WhatsApp* como “escudos humanos”. Escondeu-se atrás deles – fazendo com que fossem atingidos pela medida coercitiva determinada, que, por isso, foi cassada em sede recursal – e permaneceu descumprindo a ordem do juiz.

Não discordo da constatação de que os cem milhões de usuários foram usados como “escudos humanos”. Foi exatamente essa a minha linha de argumentação no n. 12, acima, quando apresento a segunda razão por que uma medida excessivamente desproporcional é ineficaz e observo que, para o descumpridor da ordem judicial, passa a valer uma espécie de “quanto pior, melhor”.³⁹

Mas o que é correto de se fazer, numa guerra de verdade, quando alguém está usando escudos humanos? Bombardear todo mundo e dizer: “danem-se os escudos humanos”? Ou encontrar modos de se atingir o alvo sem ferir os escudos humanos?

O Prof. Venturi não hesita em adotar a primeira solução. Uma vez atingidos os usuários do *WhatsApp*, esses se voltariam contra a empresa que opera o *WhatsApp*, responsabilizando-o objetivamente pela interrupção do serviço ou simplesmente abandonando o aplicativo. Assim se teria, em sua ótica, uma eficaz medida de pressão sobre o grupo responsável pelo *WhatsApp* – que só não teria funcionado por ter sido rapidamente cassada pelo TJSP.⁴⁰

Com o devido respeito, essa formulação para legitimar o bloqueio do *WhatsApp* padece de pelo menos dois graves defeitos – um lógico e outro ético.

O administrador do *WhatsApp* talvez até pudesse responder objetivamente perante seus usuários.⁴¹ Mas, na medida em que a interrupção do serviço de-

39. Observação essa que eu já havia feito, em iguais termos, na parte final de meu texto anterior, que serviu de base ao presente (v. nota de rodapé 1).

40. “A decisão liminar no mandado de segurança deferido pelo TJSP foi que a tornou ineficaz e inútil”.

41. E aqui se está deixando de lado o óbvio aspecto prático de que os usuários provavelmente não demandariam o *WhatsApp*, mas sim suas operadoras de telefonia, valendo-

rivou de uma ordem estatal que é ilegítima precisamente por cercear de modo injustificado a liberdade de comunicação, o *WhatsApp* (ou qualquer fornecedor que fosse responsabilizado) teria inclusive o direito de regresso contra o próprio o Poder Público... Ou ainda – como notou Miguel Teixeira de Sousa nos debates referidos na nota de rodapé 1 – qualquer usuário poderia diretamente investir contra o próprio Estado. Então, seria preciso abstrair da medida a sua ilegitimidade para assim... torná-la legítima. Isso é tautológico.

Por outro lado – e esse segundo ponto também foi enfatizado pelo Prof. Teixeira de Sousa –, não é dado ao Poder Judiciário determinar, como medida coercitiva, a prática de um mal ao usuário (um terceiro, alheio ao caso) apostando que o destinatário da ordem judicial, para evitar que o usuário sofra esse mal e o responsabilize (a ele destinatário da ordem), cumpra então a ordem. A valer essa ideia, o próprio Judiciário é que estaria assumindo condutas típicas de um sequestrador, gângster ou terrorista... Mais um pouco e, valendo essa ideia, o Judiciário cominará como medida coercitiva ao dono do estacionamento de veículos: “se v. não cumprir a ordem, o oficial de justiça vai aí dar marretadas nos capôs de todos os veículos de seus clientes – e eles vão responsabilizá-lo objetivamente. Você vai deixar isso acontecer ou cumprirá a ordem?” Seria algo de dar inveja em Al Capone e no Estado Islâmico...⁴²

-se do direito, que lhes conferem as normas protetoras do consumidor, de investir contra qualquer um dos agentes da cadeia de fornecimento.

42. Em resposta ao contido nesse parágrafo, Venturi afirma que o exemplo que dei não seria adequado como comparação com o caso *WhatsApp*. Sustenta que a comparação adequada seria a de uma medida coercitiva consistente na ordem de fechamento do estacionamento, a impedir que os clientes o utilizassem. Com a devida vênia, essa segunda comparação é que é imperfeita. No exemplo que Venturi pretende dar, a medida coercitiva limita apenas direito do destinatário da ordem (seu direito de propriedade e sua liberdade de empresa). Ao fazê-lo, impede-o de cumprir seu contrato (de prestador de serviços de estacionamento) junto aos clientes. Ou seja, os clientes são apenas atingidos reflexamente. Absolutamente não foi isso o que se teve no caso do bloqueio do *WhatsApp*. A medida cerceou diretamente direito de terceiros, a liberdade de comunicação (de resto, também uma garantia institucional, objetivada e difusa). Então, o exemplo “das marretadas” é o mais consentâneo: a medida atingindo diretamente o direito de propriedade do terceiro. Mas se fosse para apresentar outro exemplo adequado, aproveitando parte da formulação do exemplo de Venturi, seria o seguinte: o juiz manda fechar o estacionamento, com os veículos dos clientes lá dentro... Em suma, não se pode pôr tudo numa mesma vala comum, sob o argumento de que “sempre uma medida judicial atinge terceiros” – e assim se concluir que não há mal em o bloqueio atingir os usuários. Que, de algum modo, toda providência judicial pode repercutir sobre terceiros é até uma decorrência do entrelaçamento de

Em síntese, a valer esse expediente – de fazer mal a um terceiro para que ele responsabilize objetivamente o destinatário da ordem e, assim, esse se sinta pressionado –, quem passa a usar o terceiro como refém, tal como se dá no escudo humano, é o Estado-Jurisdição que adota tal medida.⁴³

16. CONCLUSÃO

A principal preocupação demonstrada por aqueles que reputaram legítimo o bloqueio do *WhatsApp* como medida coercitiva foi com a necessidade de afirmação da autoridade da jurisdição brasileira. Trata-se da constatação – correta, em si mesma – de que é inadmissível o desrespeito às decisões judiciais, e de que essa desobediência chega às raias do achincalho quando uma empresa que atua intensamente no Brasil vale-se de estratégias para tentar se fazer imune à jurisdição brasileira.

Desconheço indicações estatísticas do quanto se descumpra ordem judicial no Brasil, em comparação com outros países. Ignoro igualmente estudos que comparem o nível de desobediência às decisões judiciais com o das próprias normas legais ou das determinações administrativas – para saber se o Judiciário brasileiro é especialmente desconsiderado ou se o fenômeno põe-se no mesmo grau relativamente a todos os poderes instituídos. Mas compartilho da intuição de que aqui se descumpra muito – mais do que em vários outros lugares.

No entanto, não parece possível estabelecer uma vinculação imediata e exclusiva entre essa (intuída) menor observância das decisões judiciais e uma timidez ou deficiência dos mecanismos processuais civis de coerção. O sistema da *common law*, sem dúvida, possui mecanismos sancionatórios severos. Mas nos sistemas europeus continentais (ressalvados os ordenamentos de matriz germânica, em que a prisão pode ser usada em hipóteses restritas e como última alternativa), normalmente os mecanismos de coerção são muito mais limitados que os do processo civil brasileiro. Novamente invoco uma manifestação

relações jurídicas, sociais, econômicas... Mas são fenômenos substancialmente distintos: de um lado, a simples repercussão prática ou os efeitos jurídicos reflexos sobre terceiros; de outro, o direto atingimento de direito de terceiros. No caso em análise, o que se tem é a segunda hipótese.

43. Não me parece, sequer, que essa consideração tenha estado na base da decisão que determinou o bloqueio do *WhatsApp*. Ao que tudo indica, a decisão pretendeu apenas censurar exemplarmente o *WhatsApp*, por sua injustificável recalcitrância. Então, nesse ponto específico, a crítica ora formulada dirige-se às construções teóricas que se fizeram para justificar o bloqueio – e não à decisão do caso concreto.

do Prof. Teixeira de Sousa, nos debates referidos na nota de rodapé 1, a respeito das medidas coercitivas atípicas no processo brasileiro: “nada de parecido poderia suceder na ordem jurídica portuguesa; quando muito, seria possível obter uma sanção pecuniária compulsória (*astreinte*)”. O mesmo pode ser dito de vários outros ordenamentos europeus. Na Itália, há pouco, a própria multa só se aplicava a casos excepcionais. Apenas recentemente sua incidência foi ampliada – e ainda assim, deixada em limites que lembram muito os vigentes no Brasil antes de 1995. Então, se as decisões judiciais no Brasil são desrespeitadas, a ineficiência dos meios de coerção (que não se confunde necessariamente, como procurei mostrar, com falta de severidade) pode ter sua parcela de culpa. Mas há muito mais fatores a considerar – e vão bem além do direito processual e até mesmo das instituições essencialmente jurídicas.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A objetivação do processo e o ativismo judicial no contexto do pós-positivismo, de Osmar Mendes Paixão Côrtes – *RePro* 251/321-338 (DTR\2016\66);
- Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015, de Edilton Meireles – *RePro* 247/231-246 (DTR\2015\13186); e
- Sigilo bancário – Compartilhamento de dados e princípio da proporcionalidade, de Nelson Nery Jr. – *Soluções Práticas de Direito* 01/261-307 (DTR\2014\15175).

A INTERPRETAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E O NOVO CPC

THE INTERPRETATION OF JUDICIAL DECISIONS AND THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE

ESTÊVÃO MALLET

Professor de Direito do Trabalho da USP e advogado.
estevao@mallet.adv.br

ÁREA DO DIREITO: Processual

RESUMO: O artigo trata da interpretação das decisões judiciais, tendo em conta a regra editada pelo art. 489, § 3.º, do novo CPC. Nele se examina como deve ser feita essa interpretação, considerada a necessidade de compreensão da decisão em seu conjunto, o que valoriza o critério sistemático, e com observância da boa-fé. Indica-se os critérios interpretativos que devem ser adotados e outros que, utilizados em domínios diferentes, não são pertinentes para a decisão judicial.

PALAVRAS-CHAVE: Interpretação – Decisões judiciais – Novo CPC – Cânones hermenêuticos.

ABSTRACT: The article deals with the interpretation of court decisions, taking into account the rule set forth in article 489, paragraph 3 of the new Civil Procedure Code. It examines how such interpretation should be made, considering that the decision should be understood as a whole, which values the systematic criterion, and good faith should be observed. It also states the interpretation criteria that should be adopted and others which, used in different domains, are unrelated to the court decision.

KEYWORDS: Interpretation – Judicial decisions – New Civil Procedure Code – Rules of construction.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Regra heterotópica e incompleta – 3. Interpretação sistemática da decisão – 4. O papel hermenêutico da fundamentação – 5. Interpretação em conformidade com o princípio da boa-fé – 6. Outros critérios hermenêuticos aplicáveis às decisões judiciais – 7. Critérios hermenêuticos impertinentes na interpretação das decisões judiciais – 8. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A interpretação das decisões judiciais sempre foi um tema negligenciado, especialmente no direito brasileiro, tanto pela doutrina, que pouco dele se ocupou, como pelo legislador, que raramente o considerou. Os mais importantes textos sobre hermenêutica jurídica, quer os estrangeiros, como o clássico

estudo de François Geny¹ ou a abrangente publicação de Sutherland,² quer os nacionais, representados pela obra de Carlos Maximiliano,³ não o examinam. Eduardo Espínola, ainda que tenha sublinhado a necessidade de interpretar-se inclusive o direito consuetudinário, indo aos extremos da hermenêutica jurídica, nada disse sobre as decisões judiciais.⁴ E Paula Baptista, que reuniu em uma só obra o estudo do processo civil e da hermenêutica jurídica,⁵ não atentou para a relevância do assunto. São poucos os trabalhos específicos, figurando, entre os mais representativos, ao lado de anotações incidentais em manuais e obras de caráter geral, as considerações de Betti, em seu texto sobre a interpretação das leis e dos atos jurídicos,⁶ e os estudos de Denti⁷ e Nasi.⁸

O Código de Processo Civil brasileiro de 1973 era omissivo sobre o tema, omissão que fica ainda mais saliente quando se nota que, de um lado, o legislador preocupa-se, e já há tempos, até com a interpretação do pedido,⁹ ato processual certamente menos relevante do que a decisão, e, de outro lado, que a simples interpretação das leis processuais sempre mereceu específica análise por parte dos mais diferentes autores.¹⁰

Com o Novo Código de Processo Civil, porém, o cenário muda. Pela primeira vez, a interpretação das decisões judiciais vem à tona no direito positivo e passa a contar com alguma disciplina. Inseriu-se, na seção relativa aos elementos da sentença, um parágrafo no art. 489 com o seguinte teor:

“§ 3.º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.”

1. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, LGDJ, 1932.

2. *Statutes and Statutory Construction*, Chicago, Callaghan & Company, 1972.

3. *Hermenêutica e aplicação do direito*, Rio de Janeiro, Forense, 1991, *passim*; cf., ainda, Mário Franzen de Lima, *Da interpretação jurídica*, Rio de Janeiro, Forense, 1955.

4. *Systema do direito civil brasileiro*, São Paulo, Francisco Alves, 1917, p. 149.

5. *Compendio de theoria e pratica do processo civil comparado com o commercial e de hermenêutica jurídica*, Rio de Janeiro, Garnier, 1907, *passim*.

6. Emilio Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1949.

7. Vittorio Denti, *L'interpretazione della sentenza civile em Studi nelle scienze giuridiche e sociali*, Pavia, Libreria Internazionale A. Garzanti, 1946, XXVIII, p. 1-151.

8. *Interpretazione della sentenza em Enciclopedia del diritto*, Varese, Varese, Giuffrè, 1972, XXII, p. 293-309.

9. Cf. art. 154 do CPC de 1939 e art. 293 do CPC de 1973.

10. Cf., por exemplo, Eduardo Couture, *Interpretação das leis processuais*, São Paulo, Max Limonad, 1956, ou o espaço dedicado ao assunto em obras gerais, como Carnelutti, *Sistema di diritto processuale civile*, Padova, Cedam, 1936, I, n. 35, p. 106 ss., e Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1965, p. 131 ss.

Essa previsão, sem outro antecedente mais expressivo no direito positivo nacional, justifica que se volte ao assunto, antes examinado sob perspectiva geral, em face do omissivo direito anterior,¹¹ tanto mais diante de sua manifesta relevância, inclusive para delimitar, concretamente, a garantia do art. 5.º, XXXV, da Constituição.

2. REGRA HETEROTÓPICA E INCOMPLETA

A iniciativa do legislador, ainda que elogiável, por chamar a atenção para ponto até então descuidado, não escapa a uma crítica inicial, desdobrada em dois rápidos registros.

Em primeiro lugar, é tecnicamente censurável tratar-se da interpretação das decisões judiciais em seção voltada aos elementos e aos efeitos da sentença. De fato, a nova regra não se limita às sentenças, tanto assim que alude às decisões em geral. Ademais, a interpretação é fenômeno específico e distinto, que não se confunde com os elementos ou efeitos da sentença, ainda que ela seja feita a partir dos incisos do art. 489 do CPC – e também de outros – e também possa servir para delimitar os efeitos da decisão judicial. Ninguém pretenderá equiparar a hermenêutica legislativa à atividade voltada a determinar os efeitos da lei. Situou-se o novo dispositivo, portanto, em passagem imprópria do Código, escolhendo-se mal a *sedes materiae*. Melhor teria sido ficar-se na seção consagrada aos pronunciamentos do juiz (arts. 203 a 205), em que se mencionam também os acórdãos.

Em segundo lugar, a complexidade e a abrangência dos problemas suscitados pela interpretação das decisões judiciais justificavam que se lhe houvesse consagrado um pouco mais de espaço. O único dispositivo posto longe está de discipliná-la em termos razoavelmente abrangentes. Deixa ele abertos alguns pontos importantes, relacionados com critérios hermenêuticos pertinentes e impertinentes, como se vai assinalar na altura própria do presente texto. O que o legislador não explicitou a doutrina tem de construir, sendo o resultado sempre menos firme e mais sujeito a controvérsias.

3. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DA DECISÃO

Com a regra do art. 489, § 3.º, do Novo Código de Processo Civil, e a alusão à necessidade de conjugarem-se, na interpretação da decisão judicial, “todos os

11. Estêvão Mallet, *Ensaio sobre a interpretação das decisões judiciais*, São Paulo, Ed. LTr, 2009.

seus elementos”, positiva-se a pertinência do critério sistemático, algo que já se havia vagamente esboçado em doutrina.¹² Compreende-se. Como escrevera Eduardo Couture, “toda a tarefa interpretativa pressupõe trabalho de relacionar a parte com o todo”.¹³ Não importa de qual parte se esteja a falar, parte da lei, parte do contrato, parte do testamento, parte da declaração unilateral de vontade etc. Ao menos, não deixa de ter serventia essa relação entre todo e parte em matéria de pronunciamento judicial. Bem por isso, o Supremo Tribunal Federal assinalou, ao tratar da delimitação da abrangência da coisa julgada, ser preciso examinar sempre o “título executivo judicial como um todo”.¹⁴

É possível, portanto, a partir de interpretação sistemática da decisão, superar o sentido literal de algum vocábulo, como enunciou, certa feita, o Tribunal Regional Federal da 4.^a Região¹⁵. Ademais, as palavras utilizadas com um claro

12. José Aparecido dos Santos, *Cálculos de liquidação trabalhista*, Curitiba, Juruá, 2002, p. 51-52.

13. *Interpretação das leis processuais* cit., p. 40.

14. STF, RE 214.117/MG, 2.^a T., j. 17.10.2000, rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 17.08.01, p. 52. Sobre a interpretação sistemática da Constituição, cf. a seguinte decisão: “A Constituição é (...) uma totalidade. Não um conjunto de enunciados que se possa ler palavra por palavra, em experiência de leitura bem comportada ou esteticamente ordenada. Dela são extraídos, pelo intérprete, sentidos normativos, outras coisas que não somente textos. A força normativa da Constituição é desprendida da totalidade, totalidade normativa, que a Constituição é (...)” (STF, Rcl 6.568/SP, Pleno, j. 21.05.2009, rel. Min. Eros Grau, DJe 181, div. 24.09.2009, pub. 25.09.2009). Sempre no mesmo sentido “A interpretação da sentença, pelo juiz da execução, há que ser sistemática, não se podendo dissociar do comando que emerge da sua conclusão daquele que consta da respectiva fundamentação” (TRT-15.^a Reg., Proc. 00395-2007-038-15-00-6, 5.^a T., j. 17.03.2009, rel. José Antonio Pancotti, DJ 27.03.2009); “(...) Um dos princípios de interpretação da sentença é o da unicidade da sentença (...)” (TRT-15.^a Reg., Proc. 0001918-52.2011.5.15.0150 (AP), 2.^a T., j. 22.07.2014, rel. Edmundo Fraga Lopes, DJe 04.08.2014).

15. “Ainda que houvesse dúvidas se o dispositivo do julgado exequendo determinou o pagamento das diferenças dos recálculos determinados nas rendas mensais iniciais de ambos os benefícios (aposentadoria e pensão), aos argumentos da terminologia empregada (recalcular para a primeira prestação e revisar para a última) e de que o reconhecimento do marco prescricional quinquenal para produzir efeitos necessita que a condenação abarque período prescrito, a fundamentação, quando aborda a questão da prescrição é cristalina no sentido de que interpretou haver pedido de pagamento dos reflexos pecuniários decorrentes das revisões determinadas em ambas prestações e concedeu tal postulação, ressalvadas as parcelas atingidas pelo lapso prescricional. Assim, deve preponderar uma interpretação sistemática, ou seja, na qual a fundamentação e dispositivo sentenciais integram um todo único e explicativo do que foi

significado, em uma passagem do pronunciamento, devem ser lidas, em outra passagem, com o mesmo significado. Sempre haverá de ser buscada e reconhecida uma coerência interna na decisão. Como expressivamente realçado em decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos, “(a) text consists of words living ‘a communal existence’ (...) the meaning of each word informing the others”.¹⁶ Se em um ponto da sentença menciona-se “extinção do contrato de trabalho”, sem explicitação do significado do termo, mas com a nítida referência à dispensa sem justa causa, não cabe pretender interpretar a expressão, que reaparece em outro ponto do julgado, como se indicasse pedido de demissão. Aplica-se à hipótese o cânone hermenêutico estabelecido no art. 19, do *Interpretation Act* da província canadense da Nova Escócia “In an enactment (...) (j) where a word is defined, the definition applies to other parts of speech”.¹⁷

Mais ainda, há de evitar-se interpretação fracionada dos diferentes seguimentos que compõem a decisão, como advertiu o Superior Tribunal de Justiça, em aresto com a seguinte ementa: “A elaboração de conta em sede de liquidação deve-se fazer em estrita consonância com o decidido na fase cognitiva, para o que se impõe averiguar o sentido lógico da decisão liquidanda, por meio de análise integrada de seu conjunto, afigurando-se despropositado o apego à interpretação literal de período gramatical isolado que conflita com o contexto de referida decisão”.¹⁸ É também nessa linha a jurisprudência dos tribunais norte-americanos. A Corte de Apelação da Califórnia, ao defrontar-se com a necessidade de interpretar decisão tomada em caso de família, para resolver se haveria ou não como reexaminar o julgamento, pôs em evidência: “The true measure of an order...is not an isolated phrase appearing therein,

decidido, o que é mais eficaz no sentido de aclarar a amplitude do julgamento, em detrimento de uma hermenêutica baseada, meramente, no sentido literal de vocábulos” (TRF-4.ª Reg., ApCiv AC 2354 RS, 2006.71.00.002354-7, 6.ª T., j. 23.05.2007, rel. Juiz Victor Luiz dos Santos Laus, D.E. 14.06.2007).

16. *United States National Bank of Oregon v. Independent Insurance Agents of America, Inc.*, et al. (508 U.S. 439). A passagem transcrita encontra-se à p. 454.
17. R.S.N.S. 1989, c. 235. É também o critério estabelecido pelo *Acts Interpretation Act*, da Austrália, de 1901, em cuja Seção 18-A, sob a rubrica “Parts of speech and grammatical forms”, estabelece-se: “In any Act, unless the contrary intention appears, where a word or phrase is given a particular meaning, other parts of speech and grammatical forms of that word or phrase have corresponding meanings”. No mesmo sentido, na doutrina nacional, J. M. de Carvalho Santos, *Código Civil Interpretado*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos Ed., 1937, vol. I, p. 77.
18. STJ, REsp. 44.465/PE, 4.ª T., j. 12.04.1994, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 23.05.1994, p. 12616.

but its effect when considered as a whole”.¹⁹ E a Suprema Corte de Justiça da Argentina, por sua vez, assinalou certa ocasião: “La sentencia debe ser entendida como una unidad lógico-jurídica que no puede ser escindida en cuanto a la motivación, en capítulos o ítems independientes, por lo que la interpretación de su contenido debe efectuarse en forma integral y dentro de todo el contexto sentencial”.²⁰

No exame sistemático do texto é possível fazer uso dos mais variados elementos da decisão. O próprio art. 489, § 3.º, não se refere apenas aos elementos essenciais da sentença, mas a “elementos” da decisão judicial, abrangidos, portanto, alguns não listados no dispositivo. A data, por exemplo, é um deles e é concebível que afete a interpretação da decisão. Convém figurar um caso concreto, para melhor ilustrar o argumento. Julga-se precedente reclamação em que é pedido o pagamento de diferenças salariais decorrentes de planos econômicos, por conta do entendimento então dominante, acolhido pelas hoje revogadas Súmulas 316 e 317 do Tribunal Superior do Trabalho. Deferem-se parcelas vencidas e vincendas. Não se esclarece, todavia, se a integração das parcelas vincendas deve ou não observar o limite da primeira data-base subsequente. Na execução, discute-se a extensão temporal da condenação. O silêncio da sentença normalmente induz a aplicação da diretriz contida na Orientação Jurisprudencial SDI I 262 do Tribunal Superior do Trabalho, assim redigida, em sua parte inicial: “Não ofende a coisa julgada a limitação à data-base da categoria, na fase executória, da condenação ao pagamento de diferenças salariais decorrentes de planos econômicos, quando a decisão exequenda silenciar sobre a limitação, uma vez que a limitação decorre de norma cogente”. A data da sentença pode levar, no entanto, a conclusão diversa, inclusive para afastar a incidência da parte final, da mesma Orientação Jurisprudencial já referida, *verbis*: “Apenas quando a sentença exequenda houver expressamente afastado a limitação à data-base é que poderá ocorrer ofensa à coisa julgada”. De fato, se a decisão é tomada após a primeira data-base, a alusão a parcelas vincendas indica não se haver acolhi-

19. Roraback v. Roraback, 38 Cal. App. 2d 592, processo 6.375, decisão de 24.04.1940.

20. Decisão de 18.02.1992 in LS226, p. 58. Trata-se de jurisprudência constante na Argentina, como mostra outra decisão, com a seguinte ementa: “Constituyendo la sentencia una unidad, la cosa juzgada reside no solo en la parte dispositiva, sino también en sus fundamentos, por lo que nada impide – y, por el contrario, todo lo aconseja – que se recurra al examen de estos para interpretar el alcance de aquella, aunque no se hubiere solicitado la debida aclaratoria” (*Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal*, 3.ª C., Causa 14.854/94, decisão de 09.06.1995).

do a limitação preconizada pela jurisprudência. Realmente, deve a sentença, diante da regra do art. 493, *caput*, do Novo Código de Processo Civil, “refletir o estado de fato da lide no momento de entrega da prestação jurisdicional”.²¹ Se já ultrapassada a data-base da categoria e, mesmo assim, a sentença defere diferenças vincendas, tudo indica haver sido determinada integração definitiva da parcela. Do contrário, seria contraditória a alusão a parcelas vincendas, dado existirem, na data do julgamento, apenas e tão-somente parcelas vencidas, não parcelas ainda a vencer. Se, porém, a alusão, na sentença, a parcelas vincendas é fruto de mera repetição do pedido, indicando vinculação do termo mais à petição inicial, anterior à primeira data-base da categoria, do que à data do julgamento, o resultado há de ser outro, evidentemente. O critério interpretativo deixa de ser, na hipótese, pertinente.

Também a data da sentença pode servir para precisar o montante da condenação. Deferida indenização por dano moral em valor líquido, entende-se estar a cifra atualizada até a data da sentença, de modo que a correção monetária incide a partir de então, e não desde o evento danoso ou desde o ajuizamento da ação. É, aliás, como têm decidido os tribunais, tanto os de direito comum²² como os trabalhistas.²³ Resultado diverso, admissível em tese, depende de alguma fórmula no texto da decisão, a vincular o valor da indenização a outro marco temporal.

Tal como a data, também o local em que lavrada a decisão serve de elemento auxiliar em sua interpretação. A conclusão acha-se respaldada pelo art. 113 do vigente Código Civil. Conquanto a regra haja sido editada para os negócios jurídicos, que devem ser interpretados “conforme (...) os usos do lugar de sua celebração”, a diretriz aplica-se também às decisões judiciais. Sua relevância prática mostra-se evidente. É conhecida a diferença entre o alqueire paulista, com 24.200 m², o alqueire mineiro, com 48.400 m², e o alqueire do norte, com 27.225 m².²⁴ Se a referência é apenas a alqueire, sem se precisar qual deles foi considerado, o local em que subscreta a decisão pode resolver a dificuldade e indicar como interpretar a expressão ambígua. Adota-se, como é natural e intuitivo, a metragem correspondente ao Estado ou à Região do local de lavratura do pronunciamento judicial.

21. STJ, REsp 53.765/SP, 4.^a T., j. 04.05.2000, rel. Min. Barros Monteiro, DJU 21.08.2000, p. 133.

22. Súmula 362 do STJ.

23. Súmula 439 do TST.

24. A propósito, António Morais e Silva, *Grande dicionário da língua portuguesa*, Lisboa, Editorial Confluência, 1949, vol. I, p. 675.

4. O PAPEL HERMENÊUTICO DA FUNDAMENTAÇÃO

A consagração do critério sistemático permite enunciar o relevante papel hermenêutico da fundamentação, reconhecido e proclamado por doutrina assente,²⁵ ao qual já se referia, no início do Século XIX, Merlin, nos seguintes termos: “l'on doit expliquer le dispositif par les motifs qui le précèdent”.²⁶ Também em jurisprudência a assertiva é tranquila, como se vê, por exemplo, em precedente assim ementado: “Para interpretar uma sentença, não basta a leitura de seu dispositivo. O dispositivo deve (ser) integrado com a fundamentação, que lhe dá o sentido e o alcance”.²⁷ Em outra ocasião assinalou-se: “A parte conclusiva do acórdão deve ser analisada de acordo com a fundamentação nele contida. Se na fundamentação existia determinação expressa, ela deve ser cumprida mesmo se ausente na parte dispositiva, sobremaneira quando o erro técnico ainda pode ser sanado em instância superior”.²⁸

Até mesmo no direito comparado é constante a invocação do critério. O Supremo Tribunal Administrativo de Portugal teve oportunidade de assentar: “A interpretação da sentença (...) exige que se tomem em consideração a fundamentação e a parte decisória”.²⁹ Na Argentina, a Suprema Corte de Justiça registrou: “Los fundamentos pueden y deben utilizarse para la interpretación de los pasajes poco claros de los dispositivos del fallo”.³⁰

A solução deflui, no direito brasileiro, tanto do art. 489, § 3.º, do Novo Código de Processo Civil, como também do art. 504, I, do mesmo texto, em que se explicita, tal como no Código de 1973,³¹ que os motivos, embora não façam coisa julgada, sempre servem para “determinar o alcance da parte dispositiva da sentença”.

25. Liebman, *Eficácia e autoridade da sentença*, Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 51, nota “i”, Sérgio Gilberto Porto, *Comentários ao CPC*, São Paulo, Ed. RT, 2000, vol. 6, p. 197-198, e Pedro Vidal Neto, *Estudo sobre a interpretação e aplicação do Direito do Trabalho*, São Paulo, tese, 1985, p. 184.

26. *Interprétation de jugement em Recueil alphabétique de questions de droit*, Bruxelles, H. Tarlier, 1829, tome neuvième, p. 90.

27. STJ, REsp 818.614, 3.ª T., j. 26.10.2006, rel. Min. Nancy Andrighi, DJU 20.11.2006, p. 309.

28. TJMT, 2.ª Câm. Civ., Proc. 24326/2007, rel. Des. A. Bitar Filho, DJ 25.10.2007.

29. Processo 035319.ª, j. 11.10.2006, rel. Polibio Henriques.

30. Decisão de 14.02.1985 in LS187, p. 154. Em outra oportunidade, decidiu a mesma Suprema Corte de Justiça: “La sentencia es una unidad lógica entre los considerandos y la parte dispositiva, debiendo interpretarse ésta en función de sus fundamentos (...)” (Decisão de 28.08.1990 in LS216, p. 383).

31. Art. 469, I.

Não há mais espaço – nunca houve mesmo – para um certo fetichismo do dispositivo, a partir da afirmação de que apenas a parte dispositiva transitaria em julgado.³² Muito mais acertado é reconhecer, como aliás, consta de decisão do Superior Tribunal de Justiça, que “a interpretação do dispositivo não prescinde de sua adequação ao que foi exposto na motivação do *decisum*”.³³ Por conseguinte, se na fundamentação se esclarece a obscuridade existente no dispositivo, interpreta-se a decisão de acordo com a fundamentação.³⁴ Sublinha a doutrina, a propósito, que os motivos da decisão, conquanto não transitem em julgado, “possono servire al chiarimento e percìo alla estensione o alla limitazione del dispositivo”.³⁵ Como assinalou o juiz Verdross, em acórdão da Corte Europeia de Direitos Humanos, proferido em 23 de junho de 1973, “(...) le dispositif d’un arrêt doit toujours s’interpréter en relation avec les motifs (...) un dispositif ne peut s’apprécier indépendamment des motifs qui l’accompagnent”.³⁶ É compreensível, porque “an author must be supposed to be con-

32. Cf., com menção a tal ponto de vista, o seguinte aresto: “A teor do disposto no art. 469, I, do CPC, o que transita em julgado é a parte dispositiva do julgado. Esta norma legal é o retrato da divisão tríplice da sentença consistente no relatório, fundamentação e dispositivo. Ainda persiste nos manuais mais antigos de processo civil o entendimento de que somente o dispositivo pode vincular a execução posterior do julgado. Entretanto, a doutrina mais moderna e a jurisprudência têm-se inclinado em relativizar este comando, quando há na própria parte dispositiva da decisão a menção de que o que se esta proclamando é o que foi decidido na fundamentação. Tal construção visa justamente harmonizar a sentença como um ato único, fazendo com que a parte dispositiva seja o reflexo do sentir do juiz na fundamentação. Agravo de petição que se dá provimento para determinar o refazimento dos cálculos, fazendo com que sobre as horas laboradas em horário noturno sejam computados os respectivos adicionais” (TRT-9.^a Reg., SE, Ap 06389-2008-016-09-00-9, j. 07.07.2015, rel. Célido Horst Waldruff, *DEJT* 28.07.2015).

33. STJ, 4.^a T., REsp 1.125.641/CE, j. 17.03.2015, rel. Min. Raul Araújo, *DJe* 14.04.2015.

34. Salvatore Satta, *Diritto processuale civile*, Padova, Cedam, 1981, n. 123, p. 228.

35. Carnelutti, *Lezioni di diritto processuale civile*, Padova, Cedam, 1930, volume quarto, n. 383, p. 432/433. No mesmo sentido, na doutrina francesa, Colin e Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, Paris, Dalloz, 1953, tome deuxième, n. 791, p. 528. Em jurisprudência, restringindo o teor aparentemente mais amplo do dispositivo, ante o seu caráter dúbio: “Apesar da dubiedade da parte dispositiva da sentença singular, que se refere às arras mais o dobro desse valor, a condenação foi estabelecida pelo juiz a quo, e confirmada pelo acórdão guerreado, na devolução das arras mais o seu equivalente, acrescidos dos consectários legais” (TJCE, ED 2000.0134.1319-9/2, 1.^a Câ. Civ., j. 29.10.2007, rel. Des. Ernani Barreira Porto).

36. *Affaire Ringelsen C. Autriche – Interpretation*. Ainda sobre o ponto, no plano do direito internacional, cf. Pablo Antonio Fernandez Sanchez, *L’authorité de la chose jugée dans*

sistent with himself; and therefore, if in one place, he has expressed his mind clearly, it ought to be presumed that he is still of the same mind in another place, unless it clearly appears that he has changed”.³⁷ Daí o acerto de julgado com a seguinte ementa: “O dispositivo tópico da sentença exequenda merece ser interpretado em consonância com os seus motivos e fundamentos, de forma coerente, tendo alcance compatível com o real julgamento. Se da sentença não consta a condenação em multa de 40% do FGTS quando deferidas verbas rescisórias porque afastada a justa causa, a omissão deve ser considerada mero erro material, que pode, e deve, ser sanado em execução, inclusive de ofício. Não se trata de mudar a sentença transitada em julgado, mas de impingir o verdadeiro alcance ao que decidido”.³⁸ Merece ainda referência outro julgado, em que se utilizou o mesmo critério para interpretação da abrangência do dispositivo da decisão: “A liquidação de sentença, em face de critério constante da fundamentação e omitido no dispositivo, alusivamente a determinada parcela da condenação, não impede e não dispensa a interpretação sistemática do decidido de acordo com os limites da litiscontestação e, também, com os fatos demonstrados pelo conjunto da prova produzida”.³⁹

Em decisões colegiadas, os debates, que integram a fundamentação, também servem como parâmetro interpretativo. Para compreender o resultado do julgamento podem ser utilizadas, portanto, as discussões registradas durante a sessão, coligidas por meio de notas taquigráficas⁴⁰ ou por meio eletrô-

les arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme em Judicial protection of human rights at the national and international level, Milano, Giuffrè, 1991, vol. II, p. 595.

37. Maxwell *apud* Henry Campbell Black, *Handbook on the Construction and Interpretation of the Laws cit.*, § 42, p. 119. No mesmo sentido, ainda, Francis Bennion, *Understanding common law legislation*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 108.

38. TRT-9.^a Reg., Proc. 11591-1999-652-09-00-3, rel. Juiz Luiz Eduardo Gunther, Ac. 19698/2004, DJPR 17.09.2004.

39. TRT-4.^a Reg., 4.^a T., j. 13.09.2007, Ac. 0087-1999-511-04-40-1, rel. Juiz Fernando Luiz de Moura Cassal, DJ 25.09.2007. Sempre no mesmo sentido:

“A questão relativa ao alcance da coisa julgada constante da parte dispositiva da decisão exequenda deve ser examinada juntamente com o conteúdo da decisão que gerou o título executivo. Havendo decisão expressa acerca da parcela discutida, há verdadeira adequação da parte dispositiva à fundamentação. Observa-se, com isso, o que efetivamente foi decidido, sem cogitar de desrespeito à parte dispositiva da decisão exequenda. Merece reforma o acórdão prolatado pelo Tribunal Regional na parte em que determinou a exclusão dos cálculos da incidência do FGTS nas parcelas de natureza salarial, porque evidente a afronta ao artigo 5.º, XXXVI, da Constituição da República. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido” (TST, RR 1153003420025040024, 1.^a T., j. 27.05.2015, rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, DEJT 29.05.2015).

40. Cf, no Supremo Tribunal Federal, art. 96, do Regimento Interno.

nico.⁴¹ É admissível até mesmo que venha a prevalecer o que consta nas notas taquigráficas, em contraste com o registrado no acórdão, quando evidenciado, por exemplo, erro nesse registro.⁴²

Nem eventuais votos vencidos deixam de ter importância. Não são, de nenhuma forma, sem valor na interpretação do julgado. Para além das hipóteses em que dão margem a recorribilidade específica,⁴³ indicam, quando menos, como não se pretendeu decidir. Havendo dúvida sobre se a decisão deve ser interpretada no sentido “a” ou no sentido “b”, se o voto vencido claramente optava pelo último sentido, o fato de não ter prevalecido é indicativo de que se deve preferir a outra alternativa.

Se a fundamentação ou os motivos têm grande peso na interpretação da decisão, o mesmo não se pode dizer da ementa de acórdãos. Não é ela irrelevante. Não é, contudo, muito significativa. Embora deva obrigatoriamente figurar em todo acórdão (o novo CPC, art. 943, § 1.º, repete a determinação do art. 563 do CPC/1973), destina-se a facilitar a divulgação da jurisprudência. Nem integra a decisão, já que não é submetida à votação. Como disse acertadamente o Tribunal de Apelação do Distrito Federal, em antigo julgado, “ementa não é parte integrante do acórdão”.⁴⁴ Mais ainda, eventual conflito entre a ementa e a deliberação, retratada nas notas taquigráficas, desfaz-se forçosamente com o

41. Contra, todavia, considerando sem importância os debates havidos durante o julgamento e indeferindo o pedido de juntada aos autos de notas taquigráficas, cf. a seguinte decisão do Supremo Tribunal Federal: “(...) 3. Indeferimento de pedido de juntada da cópia das notas taquigráficas relativas ao julgado e transcrição da respectiva fita de áudio. 4. O julgado está devidamente composto com o Relatório, os votos do Relator e dos Ministros que se pronunciaram explicitando seu entendimento, devidamente rubricados, bem assim dele consta o Extrato da Ata” (STF, RE-AgR-ED 253.455/MG, 2.ª T., j. 26.02.2002, rel. Min. Néri da Silveira, DJU 12.04.2002, p. 65). A solução acolhida pelo julgado transcrito seguramente não é a mais acertada. Mais apropriado o que se consignou no seguinte outro precedente: “A redação do acórdão faz-se a luz das notas taquigráficas” (STF, MI 211/DF, Pleno, j. 10.11.1993, rel. Min. Marco Aurélio, DJU 18.08.1995, p. 24.893).

42. O acórdão, do Supremo Tribunal Federal, tem a seguinte ementa: “Segundo o Regimento Interno do Tribunal Federal de Recursos, em caso de divergência, prevalecem as notas taquigráficas sobre o enunciado do acórdão. Como as notas taquigráficas, no caso, favorecem a recorrente, não tem esta de que recorrer” (STF, RE 47.010, 2.ª T., j. 30.06.1961, rel. Min. Victor Nunes, DJU 15.09.1961, p. 1.951).

43. No processo do trabalho, cf. art. 2.º, II, c, da Lei 7.701/1988; no processo comum, novo CPC, art. 942.

44. Trib. de Apelação do Distrito Federal, Câmaras Reunidas, Proc. Re. de Rev. 288, rel. Des. Rocha Lagoa, *Revista Forense*, vol. 94, p. 288.

prevalhecimento da última, a permitir, inclusive, retificação da primeira, como teve ocasião de assinalar, mais de uma vez, o Supremo Tribunal Federal.⁴⁵ Escasso o seu valor interpretativo, portanto.

5. INTERPRETAÇÃO EM CONFORMIDADE COM O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

Determina ainda o art. 489, § 3.º, do Novo Código de Processo Civil que a decisão deve ser interpretada “em conformidade com o princípio da boa-fé”.

Ter-se mencionado a boa-fé como princípio – o que não deixa de ter alguma justificativa⁴⁶ – é mais um indicativo do peso do pós-positivismo ou, se se preferir, do neoconstitucionalismo na elaboração do Novo Código de Processo Civil. E esse peso pode ser bem aquilatado pelo cotejo do Código atual com o anterior, de 1973. Neste último, o legislador refere-se, apenas em dois dispositivos (arts. 126 e 548), a três princípios (publicidade, alternatividade e sorteio), além dos princípios gerais de direito. No Novo Código, são treze os princípios (reciprocidade de tratamento, independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade, decisão

45. “Mandado de Segurança. Acórdão. Ementa. A ementa deve constituir uma síntese da decisão. Prevalcerão as notas taquigráficas autenticadas, se o seu teor não coincidir com a ementa do acórdão. Hipótese em que a ementa foi redigida pelo Relator, com base no voto por ele proferido, porque ainda não haviam sido liberadas as notas taquigráficas referentes aos demais votos que compuseram a maioria. Posterior afastamento definitivo do Relator, em virtude de aposentadoria, por implemento de idade. Devendo o Ministro que presidiu o julgamento subscrever o acórdão (RISTF, art. 94), se verificar que o conteúdo da ementa não corresponde aos votos da maioria, expressos nas notas taquigráficas devidamente autenticadas, mas, apenas, ao do Relator, pode submeter ao Tribunal, em Questão de Ordem, o fato, para que se corrija a ementa do acórdão, ainda não publicado oficialmente, embora já assinado pelo Relator, lavrando-se, então, novo aresto” (STF, MS-QO 20.941/DF, Pleno, j. 27.08.1992, rel. Min. Néri da Silveira, DJU 31.08.1992, p. 13.582); “Contradição entre a ementa e a parte dispositiva do acórdão. Prevalência das notas taquigráficas” (STF, RE-ED 10.9718/MS, 2.ª T., j. 12.12.1986, rel. Min. Célio Borja, DJU 13.02.1987, p. 1.539); “Embora a ementa do aresto embargado invoque o Decreto 22.785/1933 na contagem do prazo, o certo é que dos votos apura-se que o usucapião foi reconhecido porque seu prazo terminou antes de advir o Código Civil. Ante a desconcórdância, prevalecem as notas taquigráficas, nos termos do art. 92, parágrafo 2, do Regimento Interno” (STF, RE-E 71.298/GO, Pleno, j. 22.03.1972, rel. Min. Thompson Flores, DJU 05.05.1972).

46. José de Oliveira Ascensão alude à boa-fé como “um princípio geral de toda a valoração de comportamentos” (*Direito civil – Teoria geral*, Coimbra: Coimbra Ed., 2002, vol. III, n. 88, p. 177).

informada, igualdade dentro da mesma área de atuação profissional, duração razoável do processo, segurança jurídica, proteção da confiança e isonomia), listados em cinco dispositivos diferentes (art. 41, parágrafo único, 166, 167, § 2.º, 685, parágrafo único, 927, § 4.º), além do próprio princípio da boa-fé, mencionado duas vezes (arts. 322, § 2.º, e 489, § 3.º). Poder-se-ia, na linha do art. 113 do Código Civil brasileiro ou do art. 1.198 do Código Civil argentino,⁴⁷ mencionar-se simplesmente a exigência de interpretação da decisão judicial “em conformidade com a boa-fé”. Não se perderia a substância da previsão legal.

A exigência de interpretação da decisão em conformidade com a boa-fé leva a excluir-se entendimento de que decorra resultado em desacordo com o conteúdo do pronunciamento, ainda que respaldado nos seus termos literais e aparentemente claros. Para ficar em um exemplo clássico – abstraída, é claro, a evidente ilicitude do objeto, que aqui não importa examinar –, a interpretação dada ao acordo celebrado entre Shylock e Antônio (e poderia não ser um acordo, mas uma decisão judicial), conquanto amparada na letra do documento, não se harmoniza com a boa-fé. Afinal, não há como extrair uma libra de carne sem receber um pouco de sangue. Não respeita a exigência de interpretação de boa-fé, pois, a resposta de Pórcia: “Esta caução não te concede uma só gota de sangue. Os termos exatos são ‘uma libra de carne’. Toma, pois, o que te concede o documento; pega tua libra de carne. Mas, se ao cortá-la, por acaso, derramares uma só gota de sangue cristão, tuas terras e teus bens, segundo as leis de Veneza, serão confiscados em benefício do Estado de Veneza”.⁴⁸ Se Shylock tivesse obtido decisão judicial que lhe concedesse uma libra de carne – deixe-se sempre de lado a ilicitude da ideia –, seria forçoso interpretá-la de modo a não impedir que, ao cortá-la, derramasse algumas gotas de sangue. Quer dizer, ao interpretar a decisão, é preciso, por conta do respeito à boa-fé, considerar-se que nela está tanto o que se disse de maneira expressa quanto o que, embora não dito, emana naturalmente da natureza do que foi decidido.⁴⁹ Em um contexto mais concreto, pode-se dizer

47. “Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión.”

48. O mercador de Veneza, Ato IV, Cena I (*Obras completas de William Shakespeare*, Rio de Janeiro, Aguilar, 1969, vol. II, p. 485-486).

49. É frequente no direito comparado a invocação da boa-fé a fim de permitir que se extraia da obrigação contratada algo além do que no contrato se explicitou. No art. 1.546 do Código Civil chileno, por exemplo, assenta-se: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que

que, condenado o réu a celebrar contrato de seguro em favor do autor, não se deve entender cumprida a decisão enquanto não estiverem cobertos os riscos usuais.⁵⁰ No fundo, é a preocupação com a boa-fé que leva a jurisprudência a repelir, na interpretação do título executivo, uma “solução iníqua ou exagerada”, como fez certa ocasião o Superior Tribunal de Justiça.⁵¹

6. OUTROS CRITÉRIOS HERMENÊUTICOS APLICÁVEIS ÀS DECISÕES JUDICIAIS

A dupla referência, no art. 489, § 3.º, ao conjunto dos elementos da decisão e ao princípio da boa-fé não esgota, como já adiantado no presente texto, os critérios que presidem a hermenêutica dos pronunciamentos judiciais. Há ainda outros parâmetros importantes a levar em conta.

De pronto se pode lembrar que a interpretação das decisões judiciais, como qualquer interpretação, observa sempre o texto a interpretar. E o texto em si não é um elemento da decisão. O texto é o meio de expressão desses elementos. Coisa distinta, pois. De qualquer sorte, o texto é o ponto de partida para a interpretação, inclusive da sentença e das decisões judiciais em geral.⁵² Por conseguinte, determinados parâmetros, próprios da interpretação das leis, que também principia pelo exame do texto,⁵³ são igualmente utilizáveis na interpretação das decisões judiciais.

Oferecendo a palavra empregada na sentença ou na decisão dois diferentes significados igualmente aceitáveis, prevalece o que seja usual sobre outro, raramente encontrado. Consoante a advertência de Ferrara, “per regola le pa-

por la ley o la costumbre pertenecen a ella”. E no art. 1.135 do Código Civil francês dispõe-se o seguinte: “Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature”. *Mutatis mutandis*, o mesmo vale para a decisão judicial.

50. O exemplo deflui de precedente em que se afirma: “Quem contrata seguro e paga por ele, almeja ter cobertura, pelos riscos usuais e não pode ter seu direito impugnado por interpretações extravagantes e contraria a boa-fé” (TJRS, Rec. Cív., Proc. 71000548347 RS, 3.ª T., j. 20.07.2004, rel. Des. Maria José Schmitt Sant Anna).
51. Na ementa do julgado consta: “(...) Havendo mais de uma interpretação possível de ser extraída do título judicial, deve ser escolhida aquela que se mostre mais razoável, não conduzindo a uma solução iníqua ou exagerada” (STJ, AgRg REsp 1.319.705/RS, 3.ª T., j. 16.04.2015, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 23.04.2015).
52. Antonio Nasi, *Interpretazione della sentenza* cit., p. 299.
53. Como adverte Carlos Maximiliano, “o primeiro esforço de quem pretende compreender pensamentos alheios orienta-se no sentido de entender a linguagem empregada” (*Hermenêutica e aplicação do direito* cit., n. 113, p. 106).

role devono intendersi nel senso usuale comune”.⁵⁴ Na jurisprudência anglo-saxônica afirmou-se: “words are generally to be understood in their usual and most known signification”.⁵⁵

Assim, quando a sentença alude a “valor venal”, é correto entender, como já se decidiu, que se teve em vista o valor de venda do bem, não o valor pelo qual se acha ele registrado, em algum apontamento público, como a planta de valores que serve de base para a cobrança do imposto predial e territorial urbano.⁵⁶

Termos técnicos devem ser entendidos no sentido que, segundo a boa técnica, lhes é próprio, de acordo com a proposição de Blackstone.⁵⁷ Parte-se da premissa de que foram empregados corretamente. Por conseguinte, se o julgado refere-se, para invocar exemplo encontrado na jurisprudência, a “valor da causa”, ao fixar os honorários de advogado, toma-se em consideração o valor que veio a ser atribuído à causa na petição inicial, sentido técnico da expressão, e não o valor da condenação.⁵⁸

54. *Trattato di diritto civile italiano*, Roma, Athenaeum, 1921, n. 46, p. 213.

55. Caso De Veaux vs. De Veaux, *apud* Henry Campbell Black, *Handbook on the Construction and Interpretation of the Laws*, St. Paul, West Publishing, 1911, § 63, p. 175, nota 108. Também a Suprema Corte dos Estados Unidos da América teve oportunidade de registrar, em decisão de 1979: “Unless otherwise defined, statutory terms are generally interpreted in accordance with their ordinary meaning.” (Perrin vs. United States, 444 U.S. 42).

56. O acórdão, do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, acha-se assim ementado: “A expressão ‘valor venal’, de acordo com os dicionários de língua portuguesa e com os trabalhos voltados, especificamente, para a catalogação do sentido jurídico do termo, deve ser entendida como valor de venda do bem, preço de mercado, sendo, pois, irrepreensível a decisão que determinou que os aluguéis correspondessem a 1% da importância fixada pelas partes na promessa de compra e venda do imóvel. É de conhecimento geral que o valor utilizado como base de cálculo do IPTU apenas muito raramente reflete o preço real do imóvel, encontrando-se, em geral, defasado, em relação aos valores praticados no mercado imobiliário. Assim, sua utilização, para cálculo da quantia devida a título de contraprestação pela utilização do imóvel pelo promitente comprador seria evidente fonte de injustiça, eis que se estaria premian-do, indevidamente, a inadimplência deste, e deixando de ressarcir adequadamente a promitente vendedora” (Trib. Alçada de MG, ApCiv 433.395-3, 5.ª Câm. Civ., j. 01.04.2004, rel. Juiz Eduardo Mariné da Cunha, DJ 23.04.2004).

57. *Blackstone’s commentaries*, Philadelphia, William Young Birch, 1803, § 60.

58. Mais uma vez a decisão é do Tribunal de Alçada de Minas Gerais: “Execução. Título judicial. Excesso. Inocorrência. Interpretação da expressão ‘valor da causa’. Não há qualquer excesso na execução de título executivo judicial que faz incidir os 10% sobre o valor da causa, conforme recomendado nos votos que constituem o Julgado, pois, quando

Também é possível falar em interpretação fundada na presunção de não se haver decidido contra a lei.⁵⁹ Busca-se, na interpretação da decisão judicial, solução que esteja mais em harmonia com o direito vigente. Nessa linha, decidiu a Corte de Cassação francesa que, para determinar o termo inicial da correção de aluguel, é correto tomar por base as disposições legais em que se funda a decisão interpretada.⁶⁰ No Brasil, em caso envolvendo discussão sobre honorários advocatícios, o Superior Tribunal de Justiça sublinhou a necessidade de interpretar-se dispositivo pouco claro do julgado de maneira a afastar solução que implicasse ofensa à regra do art. 20 do Código de Processo Civil de 1973.⁶¹ Posteriormente, voltou ao mesmo trilho, para enunciar, em termos gerais: “(...) nas liquidações de sentença cujo comando não se revela infenso a duplo sentido ou ambiguidade, deve o magistrado adotar como interpretação, entre as possíveis, a que melhor se harmoniza com o ordenamento jurídico, seja no aspecto processual, seja no substancial (...)”.⁶² É natural. Se *iura novit curia*, é também de supor tenha sido a decisão tomada em conformidade com a lei. Desse enunciado extraem-se vários desdobramentos, que servem como parâmetro na interpretação das decisões judiciais.

Em primeiro lugar, cabe evitar entendimento que leve a julgamento *extra, ultra* ou *citra petita*,⁶³ o qual seria, no fundo, contrário ao direito posto: *ne eat*

se utiliza dessa expressão, refere-se ao valor que foi atribuído a ela e não impugnado, o que nada tem a ver com valor da condenação” (Trib. Alçada de MG, ApCiv 387.782-5, 5.ª Câ. Civ., j. 27.03.2003, rel. Juiz Francisco Kupidlowski, DJ 09.04.2003).

59. Salvatore Satta, *Diritto processuale civile cit.*, n. 123, p. 228.

60. 2.ª Câmara Civil, decisão de 27.06.1990 in *Nouveau Code de Procédure Civil*, Paris, Dalloz, 2005, p. 280.

61. Trata-se de acórdão com a seguinte ementa: “Havendo dúvida razoável quanto à correta interpretação do dispositivo da decisão judicial que fixou os honorários advocatícios devidos pela Fazenda Estadual sucumbente na ação anulatória de débito fiscal e nos embargos à execução fiscal, julgados simultaneamente, em hipótese que poderia, efetivamente, levar a entendimentos em sentidos opostos, há que se afastar a tese de violação do art. 20 do CPC, principalmente se também razoável tenha sido a interpretação adotada pelo Tribunal recorrido” (STJ, REsp 707.812, 2.ª T., j. 06.12.2005, rel. Min. Eliana Calmon, DJU 01.02.2006, p. 493). Em termos próximos: “(...) a interpretação da sentença é ato de integração que não pode deixar de considerar os termos da lei” (TRT-15.ª Reg., Proc. 0048700-21.2009.5.15.0140 (AP), 5.ª T., j. 11.09.2012, rel. João Alberto Alves Machado, 21.09.2012).

62. STJ, CE, AgRg EDcl EREsp 1.267.621/DF, rel. Min. Gilson Dipp, j. 20.08.2014, DJe 28.08.2014.

63. Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1947, vol. II, p. 327, Vittorio Denti, *L'interpretazione della sentenza civile cit.*, p. 88 e

iudex ultra petita partium. Procura-se interpretar a decisão, portanto, de modo que fique ela em “armonica correlazione con la domanda giudiziale”.⁶⁴ Aplicando tal diretriz, resolveu o Superior Tribunal de Justiça: “Havendo dúvidas na interpretação do dispositivo da sentença, deve-se preferir a que seja mais conforme à fundamentação e aos limites da lide, em conformidade com o pedido formulado no processo. Não há sentido em se interpretar que foi proferida sentença *ultra* ou *extra petita*, se é possível, sem desvirtuar seu conteúdo, interpretá-la em conformidade com os limites do pedido inicial”.⁶⁵ Justifica-se a proposição na medida em que, se a sentença é uma resposta ao pedido, como se costuma dizer em doutrina,⁶⁶ certamente facilita a compreensão da resposta o exame do que foi perguntado. Aliás, a própria fundamentação pode ser esclarecida pelos termos do pedido.⁶⁷ Como anota Carnelutti, “in quanto il testo della sentenza permetta il dubbio, il tenore delle domanda assume efficacia decisiva”.⁶⁸ A resposta “sim” (correspondente à parte dispositiva da decisão), isoladamente considerada, nada significa. Conjugada com a pergunta feita (pedido deduzido no processo), adquire significado mais preciso. Pode-se mesmo ir além, para utilizar, na interpretação do julgado, todo o debate realizado no processo, como fez o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em acórdão com a seguinte ementa: “Embargos à execução. Necessidade de interpretação da sentença, em face de sua ambiguidade. Trabalho hermenêutico que deverá levar em conta a demanda a parte dispositiva e a discussão judicial travada no processo de conhecimento”.⁶⁹

Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, São Paulo, Malheiros, 2002, vol. III, 1.230, p. 680.

64. Emilio Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici cit.*, p. 266. Também assim, na doutrina nacional, José Aparecido dos Santos, *Cálculos de liquidação trabalhista cit.*, p. 65.
65. STJ, 3.^a T., REsp 818.614, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 26.10.2006, DJU 20.11.2006, p 309. Na mesma linha, ainda que em termos um pouco excessivos, porém, ao dizer que “a interpretação da sentença, à semelhança da lei, não pode conduzir à decisão *ultra*, *extra* ou *citra petita*”, TRT – 15.^a Reg., SE, Proc. 0120100-24.1993.5.15.0054 (AP), rel. Henrique Damiano, DJ 31.07.2000.
66. Eduardo J. Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, Desalma, 1958, n. 184, p. 293.
67. Antonio Nasi, *Interpretazione della sentenza cit.*, p. 304.
68. Carnelutti, *Lezioni di diritto processuale civile cit.*, volume quarto, n. 383, p. 431, e, ainda, Vittorio Denti, *L'interpretazione della sentenza civile*, p. 88.
69. TJRS, 6.^a Câm. Cív., ApCiv 70003139946, rel. Des. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, j. 04.06.2003. Em termos semelhantes: “Consoante entendimento doutrinário, a

Em segundo lugar, tendo em vista o parágrafo único do art. 492 do novo Código de Processo Civil, prefere-se interpretação que leve a decisão certa àquela que conduza a resultado impreciso ou deixe a controvérsia por decidir. Nas palavras de Pontes de Miranda, “nunca se interpreta, na dúvida, como deixando a fórmula ou regra ou decisão *in futurum iudicium*: interpreta-se como ‘tendo decidido’”.⁷⁰

Em terceiro lugar, apresentados pedidos cumulados sucessivamente ou, consoante a nova terminologia, em ordem subsidiária (novo CPC, art. 326), acolhido o principal, interpreta-se como rejeitado o seguinte, já que não é lícito ao juiz examiná-lo.⁷¹ Se, ao contrário, é claro e indubitado o acolhimento do pedido subsidiário, entende-se repellido o pedido principal.

Também se deve partir da premissa de que a decisão, se não dispôs de forma diversa, seguiu a diretriz dominante na jurisprudência. Não que tenham os precedentes em geral força vinculante. Não é isso. O juiz sempre pode, com a restrita exceção da súmula vinculante – nos termos do art. 103-A, da Constituição –, decidir em desacordo com a jurisprudência prevalecente. A questão é outra, no entanto. Resume-se à ideia de que não se presume solução contrária ao que usualmente prevalece. Afinal, “na dúvida, segue-se a regra geral”,⁷² pois o normal se presume, enquanto o extraordinário se demonstra ou se explicita.⁷³ Por isso, se nada diz a sentença sobre o termo inicial para apuração da correção monetária, faz muito mais sentido admitir a incidência da Súmula

interpretação dos julgados (...) exige ir além das palavras utilizadas pelo julgador, para alcançar efetivamente a vontade declarada, que haverá de harmonizar-se com o objeto do processo e com as questões que a seu respeito as partes suscitaram na fase de postulação” (TJES, Proc. 048.00.006619-0, 2.ª Câ. Cív., j. 05.06.2007, rel. Des. Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon, DJ 12.07.2007).

70. *Comentários ao Código de Processo Civil* cit., vol. II, p. 327.

71. “Tratando-se de pedidos formulados em ordem sucessiva (art. 289 do CPC), podem eles ter fundamentos opostos. O segundo pedido somente será objeto de decisão na eventualidade da improcedência do primeiro” (STJ, REsp 34.371/SP, 4.ª T., j. 21.10.1997, rel. Min. Barros Monteiro, DJU 15.12.1997, p. 66.414).

72. Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do direito* cit. n. 286, p. 234.

73. Cf., a propósito: “O Tribunal Regional manteve a decisão que reconheceu a integração do adicional de insalubridade na base de cálculo das horas extras, sob o fundamento de que o valor devido a título de horas extras deve ser calculado observando a remuneração do trabalhador. Por óbvio, no título judicial há de estar compreendida a normal e elementar aplicação da lei. Trata-se, portanto, de integração e interpretação do comando sentencial, nos termos da Súmula 264 desta Corte, não se verificando ofensa manifesta à coisa julgada (Orientação Jurisprudencial 123 da SBDI-2). Incólume o art. 5.º, XXXVI, da CF/1988. Agravo de instrumento não provido” (TST, AIRR

381, do Tribunal Superior do Trabalho, do que, sem nenhum elemento indicativo do contrário, pretender se tenha buscado aplicar parâmetro diverso. Bem a propósito, decidiu o Tribunal de Alçada de Minas Gerais: “Não determinando a sentença qual o índice a ser utilizado na atualização monetária na liquidação do débito, deve ser utilizada a tabela normalmente utilizada pela Contadoria Judicial e recomendada pela Corregedoria de Justiça”.⁷⁴ A Corte Europeia dos Direitos do Homem, por sua vez, ao interpretar decisão sua, proferida em julho de 1995, omissa a respeito da incidência de juros de mora em condenação imposta a França, condenação que não veio a ser paga pontualmente, concluiu não caber o acréscimo, exatamente porque “la pratique consistant à prévoir le versement d'intérêts moratoires en cas de retard de paiement, la Cour ne l'a introduite qu'en janvier 1996”. Daí ter concluído a Corte que, adicionar juros de mora à condenação, diante da prática vigente ao tempo em que proferida a decisão, seria modificar o julgamento, solução incabível no caso, a despeito da inadimplência verificada.⁷⁵

É a diretriz indicada acima – presunção de decisão em conformidade com a jurisprudência dominante – que explica a solução contida na Súmula 401 do Tribunal Superior do Trabalho,⁷⁶ muito mais do que o caráter de ordem pública dos descontos. Tanto assim que, se a sentença não explicita a proibição de descontos, mas facilmente se percebe haver sido ela estabelecida pela indicação de um valor líquido para o reclamante, em que não contempladas deduções, não há como determinar retenções, sem desrespeitar o julgado, ainda que sejam elas impostas por norma de ordem pública.

Outro critério a mencionar decorre do princípio da conservação, inerente “all'essenza stessa dell'ordinamento giuridico”,⁷⁷ segundo o qual “ogni atto

102000-39.1997.5.04.0231, 1.^a T., j. 27.06.2012, rel. José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza, *DEJT* 29.06.2012).

74. Tribunal Alçada de MG, ApCiv 318.892-9, 1.^a Câ. Civ., j. 31.10.2000, rel. Juiz Vanessa Verdolim Hudson Andrade, *DJ* 18.11.2000.

75. Corte Europeia dos Direitos do Homem, caso *Hentrich c. France (Interpretation)*, Processo 13616/88, decisão de 3 de julho de 1997.

76. “Os descontos previdenciários e fiscais devem ser efetuados pelo juízo executório, ainda que a sentença exequenda tenha sido omissa sobre a questão, dado o caráter de ordem pública ostentado pela norma que os disciplina. A ofensa à coisa julgada somente poderá ser caracterizada na hipótese de o título exequendo, expressamente, afastar a dedução dos valores a título de imposto de renda e de contribuição previdenciária.”

77. Cesare Grasseti, *Conservazione (Principio di)* em *Enciclopedia del Diritto*, Varese, Giuffrè, 1961, IX, p. 173.

giuridico di significato ambiguo deve, nel dubbio, essere intenso nel suo massimo significato utile”.⁷⁸ Também a sentença, como ato jurídico que é, fica sujeita a esse princípio, o que já foi realçado pelo Supremo Tribunal Federal: “Não ofende a garantia constitucional da coisa julgada a decisão que, na execução trabalhista, dá interpretação razoável ao acórdão condenatório de modo a emprestar-lhe efeito útil, ao contrário da insanável contradição que resultaria do entendimento sustentado pela agravante”.⁷⁹ Logo, entre duas interpretações possíveis para a decisão, igualmente adequadas ao seu texto e em conformidade com os demais cânones hermenêuticos, prefere-se aquela da qual decorra alguma eficácia, em detrimento da que seja desprovida de eficácia.⁸⁰

Desdobramento do enunciado anterior é a proposição segundo a qual se deve afastar significado de que resulte obrigação inexecutível ou comportamento impraticável.⁸¹ Em termos gerais, “não se interpreta um texto de modo que resulte fato irrealizável”.⁸² *ad impossibilia nemo tenetur*. O mesmo vale para as decisões judiciais. Se, em ação proposta por sindicato, a sentença proferida contra o empregador proíbe a extinção de contratos de trabalho de seus empregados, sob cominação de multa, sem fazer referência, porém, à dispensa sem justa causa, não se deve supor exigível essa sanção caso tenha havido, em condições perfeitamente normais, mero pedido de demissão. Afinal, não pode

78. Cesare Grassetti, *Conservazione (Principio di) cit.*, p. 174. De acordo com isso, estatui o *Codice Civile* italiano: “Art. 1367. Conservazione del contratto. Nel dubbio, il contratto o le singole clausole devono interpretarsi nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno (1.424).”

79. STF, 1.^a T., AI AgR 135.022/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 25.07.1991, DJU 09.08.1991, p. 10.365. No mesmo sentido, cf. ainda, STJ, 3.^a T., REsp 5.277/SC, rel. Min. Nilson Naves, DJU 26.11.1990, p. 13.780.

80. Referência passageira à adoção do critério do *effet utile*, inclusive na atividade de interpretação das decisões judiciais, encontra-se no voto vencido do juiz Cançado Trindade, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, proferido no caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y Otros) vs. Peru*, sentença de 30.11.2007, *verbis*: “El ejercicio del control de convencionalidad...de un tratado de derechos humanos como la Convención Americana puede en mucho contribuir a asegurar que esta última genere sus efectos propios (effet utile) en el derecho interno de los Estados Partes. Es este un punto que no puede pasar desapercibido de la Corte Interamericana, y que integra la aclaración de debería la Corte haber dado al punto 7(a) de la demanda de Interpretación de Sentencia presentada por los peticionarios en el presente caso de los Trabajadores Cesados del Congreso” (n. 45).

81. José Aparecido dos Santos, *Cálculos de liquidação trabalhista cit.*, p. 61.

82. Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do direito cit.* n. 313-B, p. 259.

o empregador impedir que o próprio empregado tome a iniciativa de extinguir o contrato de trabalho.

7. CRITÉRIOS HERMENÊUTICOS IMPERTINENTES NA INTERPRETAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Ao lado dos parâmetros hermenêuticos de que não cuidou o legislador, mas que têm prestância na interpretação da decisão judicial, há outros que se afiguram inadequados. Convém indicá-los antes de concluir-se o presente estudo.

Não se deve dizer, como faz Pontes de Miranda, que a sentença se interpreta sempre de modo estrito.⁸³ É certo que não se executa nem se exige o cumprimento do que na sentença não se contém, ainda que, segundo o direito positivo, nela devesse figurar. Se os honorários advocatícios não foram deferidos, não podem ser cobrados.⁸⁴ O que se executa não é o que a lei, em tese, atribui à parte, mas o que a sentença concretamente deferiu, expressa ou implicitamente. Mas do exposto não se tira regra de interpretação necessariamente restritiva de julgados. Melhor é dizer que a sentença deve ser executada ou cumprida conforme os seus termos, a serem bem compreendidos.

Nem existe motivo para dar-se sempre prevalência à interpretação mais favorável ao executado. A máxima segundo a qual se adota, na dúvida, solução mais

83. *Comentários ao Código de Processo Civil* cit., 1947, vol. II, p. 327. Na jurisprudência, acolhendo a proposição: “Interpretação de decisões exequêndas. Critérios (...) Há leis que têm de ser interpretadas de modo estrito, e outras não. As sentenças devem, sempre, ser interpretadas de modo estrito. Manuel Mendes de Castro (*Practica Lusitana*, III, 147) entalhou a regra, que é a primeira do *método de interpretação das sentenças* e merece toda a atenção: *Sententia est stricti iuris et stricto modo intelligi debet (...)*” (Pontes de Miranda). Na espécie, verifica-se que a condenação atina apenas às diferenças de adicional de horas extras, por ter considerado o reclamante comissionista puro e por haver ausência de remuneração integral dessa parcela, de acordo com os documentos dos autos. Sob pena de ofensa à coisa julgada, não cabe a dedução das horas extras pagas espontaneamente pelo empregador, pois não cuidou a sentença exequenda de condenar o executado ao pagamento dessa parcela, mas, tão-somente, diferenças sobre os adicionais” (TRT, Ap 0730/2000, 23.^a Reg., j. 15.08.2000, rel. Juiz Roberto Benatar, Ac 1.877/2000).

84. “Liquidação de sentença. Honorários advocatícios. I – Ação de reparação de dano decorrente de ato ilícito. Não tendo havido condenação em honorários advocatícios no processo de conhecimento, impossível incluir-se, quando da liquidação da sentença, a verba honorária no montante indenizatório. II – art. 20 do Código de Processo Civil, inviolado” (STJ, REsp. 2.043/RJ, 4.^a T., j. 06.03.1990, rel. Min. Fontes de Alencar, DJU 09.04.1990, p. 2.747).

benigna ao devedor, válida, talvez, no plano do direito material,⁸⁵ não tem pertinência na hipótese de interpretação de decisões judiciais, ao contrário do que já foi sugerido.⁸⁶ Se na decisão, por exemplo, determinado número é mencionado em algarismos e por extenso, não havendo outros elementos que indiquem qual o correto, não tem de prevalecer necessariamente o que seja mais benéfico ao executado. Mais acertada é a aplicação do critério preconizado pelo art. 12, da Lei 7.357, a fim de se considerar o número indicado por extenso.⁸⁷ Qual a razão? É mais fácil errar na grafia do número em algarismos do que ao lançá-lo por extenso. Daí a pertinência da regra, concebida originariamente para disciplinar matéria cambiária, também no campo da interpretação das decisões judiciais.

Tampouco se aplicam sem restrições, na interpretação das decisões judiciais, os critérios relativos à interpretação dos negócios jurídicos em geral.⁸⁸ A regra do art. 113 do Código Civil, antes lembrada, é uma exceção, pois, como bem enfatizado em acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, “a sentença não se confunde com o negócio jurídico, nem (...) se pode considerar a sentença um simples acto jurídico de natureza privada. A sentença é um acto de autoridade pública, de natureza soberana, porque emanada de tribunal”.⁸⁹ É excessivo dizer, como fez o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, que “as decisões judiciais constituem actos jurídicos a que se aplicam, por analogia, as normas que regem os negócios jurídicos”.⁹⁰ Não está em causa interpretação de

85. Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do direito cit.*, n. 435, p. 352, e José Xavier Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Commercial Brasileiro*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos Ed, 1934, vol. VI, parte I, n. 236, p. 213.

86. Affonso Fraga, *Theoria e Pratica na Execução das Sentenças*, São Paulo, C. Teixeira, 1922, p. 54-55.

87. Trata-se da lei que disciplina o cheque e preceitua, no art. 12, ao regular a hipótese de contradição entre os valores inscritos no documento: “Feita a indicação da quantia em algarismos e por extenso, prevalece esta no caso de divergência (...)”.

88. Salvatore Satta, *Diritto processuale civile cit.*, n. 123, p. 228, e Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil cit.*, vol. II, p. 326.

89. Processo 159/1997. C1, Rel. Virgílio Mateus, decisão de 08.05.2007. A equiparação feita por Black à sentença como quase contrato, por não ser possível tratá-la como delito (*A treatise on the law of judgments*, St. Paul, West Publishing, 1891, volume I, § 11, p. 17), é de todo e em todo injustificável. Há atos jurídicos que não são contratos ou delitos e tampouco quase contratos.

90. Supremo Tribunal de Justiça, Proc. 06A4449, rel. Alves Velho, Ac. de 22.03.2007. Em termos muito próximos, o Supremo Tribunal Administrativo de Portugal também assinalou: “A sentença judicial, como acto jurídico que é, está sujeita à interpretação, valendo nesse domínio, por força do disposto no art. 295.º C. Civil, os critérios de

uma vontade,⁹¹ a vontade do juiz. O que importa é a decisão tomada. Quando muito se poderia falar em vontade do Estado, plasmada, porém, na própria sentença.⁹² Daí logo se tiram três observações importantes.

Em primeiro lugar, de pouca valia mostram-se, na interpretação das decisões judiciais, as disposições dos arts. 114 e 423 do Código Civil. Não há, por exemplo, pensar-se na sentença como ato benéfico, a fim de interpretá-la de modo restritivo. Tampouco faz sentido pretender equiparar o réu ao aderente, em contrato de adesão, para interpretar, em seu favor, as disposições ambíguas do julgado.⁹³

Em segundo lugar, não tem o prolator da decisão autoridade suplementar ou privilegiada para interpretá-la. É erro grave dizer, como já se viu, que “somente o juiz que prolatou a sentença tem o conhecimento da omissão, a fim de preencher o claro existente; somente ele sabe da incoerência de sua decisão, afastando a contradição existente nas proposições”.⁹⁴ A decisão é o que nela se contém, não o que o juiz, como pessoa, gostaria que nela estivesse ou pretendeu nela inserir. Importa mais o elemento objetivo da decisão do que a subjetividade de seu prolator, pois, como anota Satta, “la volontà del giudice non è altro che il suo giudizio, e questo è un fatto obiettivo che non si può identificare se non con elementi obiettivi, non con la ricostruzione de una volontà”.⁹⁵ É fenômeno característico da declaração apartar-se, como lembra Betti, do pensamento, para adquirir “espressione oggettiva, dotata di vita propria, percepibile e apprezzabile nel mondo sociale”.⁹⁶ Em consequência – prossegue o autor – “una volta che con la dichiarazione il pensiero, uscito da se stesso, è distaccato e diventato qualcosa di oggettivo, questo qualcosa, che è la dichiarazione, ha ormai nel mondo sociale un valore a sè stante oggettivamente riconoscibile, che non dipende più dal pensiero dell'autore e fa la sua strada per conto proprio secondo le regole che

interpretação dos negócios jurídicos” (Processo 035319, Relator Políbio Henriques, julgamento de 11.10.2006).

91. Antonio Nasi, *Interpretazione della sentenza cit., passim*.

92. É nesse sentido que se deve entender a afirmação de Alfredo Buzaid, na seguinte decisão: “O juiz, enquanto razoa, não representa o Estado; representa-o, enquanto lhe afirma a vontade. As razões de decidir preparam, em operação lógica, a conclusão a que vai chegar o juiz no ato de declarar a vontade da lei” (STF, RE-ED 94.530/BA, 1.^a T., j. 21.05.1982 rel. Min. Alfredo Buzaid, DJU 06.08.1982, p. 7.350).

93. Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil cit.*, vol. II, p. 326.

94. Sonia Márcia Hase de Almeida Baptista, *Dos embargos de declaração*, São Paulo, RT, 1993, p. 94.

95. Salvatore Satta, *Diritto processuale civile cit.*, n. 123, p. 227.

96. *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, UTET, 1943, n. 3, p. 11.

governano ogni comunicazione espressiva fra gli uomini”.⁹⁷ Mesmo na interpretação da lei, anota Radbruch, deve-se buscar “o sentido objetivamente válido dum preceito ou disposição jurídica”, não o “sentido que foi pensado pelo autor da lei”.⁹⁸ Afinal, arremata ainda Radbruch, “o Estado não nos fala através das declarações pessoais dos autores da lei, mas tão somente através da própria lei”.⁹⁹ Não é diferente no campo dos pronunciamentos judiciais. Como adverte Pontes de Miranda, no exame dos embargos de declaração, colocado o problema da interpretação da decisão, deve-se “mais atender ao declarado que ao querido”.¹⁰⁰ Colhe-se, na jurisprudência, interessante situação em que fica realçada a importância da distinção, no campo da interpretação da sentença, entre o querido e o declarado. Em ação de indenização, deferiu-se, por sentença proferida ao tempo em que vigorava o Código Civil de 1916, pensão até que os menores, favorecidos pelo pagamento, completassem 21 anos. Com a vigência do novo Código, reduzida a menoridade para 18 anos, pretendeu o devedor exonerar-se mais cedo do pagamento, sob o argumento de que teria o julgador pretendido limitá-lo à menoridade dos favorecidos. O pedido foi rejeitado, acertadamente. Se a intenção era limitar a pensão à menoridade, haveria de explicitar a circunstância, ainda que juntamente com a referência à idade vigente à época. Mencionada, porém, apenas a idade, a intenção do julgador, não exteriorizada na decisão, não pode ser invocada para modificar o que ficou decidido.¹⁰¹

Não há razão, portanto, para supor preferível a interpretação dada à decisão por seu próprio prolator e muito menos para imaginar que caiba apenas a ele

97. *Teoria generale del negozio giuridico cit.*, n. 3, p. 12.

98. *Filosofia do direito*, São Paulo, Saraiva, 1937, p. 160.

99. *Filosofia do direito cit.*, p. 160.

100. *Comentários ao Código de Processo Civil cit.*, vol. V, p. 335.

101. O acórdão, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, tem a seguinte ementa: “Interpretação do dispositivo da sentença que se refere a 21 anos de idade – Vigência do novo Código Civil reduzindo a maioridade civil – Interpretação restritiva em analogia aos casos amparados pela doutrina e jurisprudência estendendo a pensão além da maioridade civil. Ausência de menção do termo ‘maioridade civil’ na sentença concessiva da pensão por prática de ato ilícito. Pretendendo o devedor de pensão alimentícia decorrente de ato ilícito se exonerar de pensão para menores, ao argumento de que o dispositivo da sentença concessiva da pensão mencionava que esta deveria ser paga até que os menores tenham atingido 21 anos de idade e, com o advento do Novo Código Civil, reduzindo a maioridade para 18 anos, deve prevalecer interpretação restritiva, análoga ao entendimento da doutrina e jurisprudência, que estende o pensionamento em casos de responsabilidade civil por ato ilícito e direito de família além da maioridade civil, até mesmo diante da ausência de qualquer menção do termo ‘maioridade civil’ na sentença concessiva da pensão por prática de ato ilícito” (TJMG, Ap 2.0000.00.480722-3/000, 9.^a Câm. Civ., j. 07.02.2006, rel. Des. Pedro Bernardes, DJ 01.04.2006).

fazer essa interpretação. É inaceitável a ideia proposta por José Alberto dos Reis, de que o juiz, no exercício da jurisdição quando do exame do pedido de esclarecimento de decisão judicial, possa “ouvir o juiz substituto (prolator da decisão cujo esclarecimento se busca) para, em seguida, decidir”.¹⁰² Igualmente criticável é a previsão do art. 475, do *Code de Procédure Civile* do Québec, que atribui ao próprio prolator da decisão a competência para completá-la em caso de omissão ou corrigi-la em caso de erro, admitindo a transferência da atividade ao tribunal apenas na hipótese de não estar mais o seu prolator no exercício da atividade ou se encontrar ausente ou impedido de agir, solução semelhante à do Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que preconiza, no pedido de interpretação, a reunião do órgão, se possível, “con la composición que tenía al dictar la sentencia respectiva”.¹⁰³ Insista-se: proferida a decisão, torna-se irrelevante a vontade pessoal de seu prolator. O pronunciamento adquire autonomia e vida própria e fica sujeito a ser interpretado – ou completado, se for o caso – por quem estiver incumbido de aplicá-lo, como já se assentou, com inegável propriedade, no campo dos embargos de declaração.¹⁰⁴ Fosse de outro modo, ficaria por resolver-se – e não haveria como resolver – o problema da competência para interpretar a decisão judicial cujo prolator aposentou-se ou faleceu.

Por fim, a conduta das partes é de pouco significado na interpretação da decisão. No campo dos negócios jurídicos, sua importância, explicitada em certos ordenamentos jurídicos¹⁰⁵ e enunciada pela doutrina,¹⁰⁶ é sem dúvida

102. *Código de Processo Civil anotado*, Coimbra: Coimbra Ed., 1984, vol. V, p. 155.

103. Art. 59, n. 3, do Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

104. Juan Montero Aroca, Manuel Ortells Ramos e Juan-Luis Gómez Colomer, *Derecho jurisdiccional*, II, 1.º, Barcelona, Bosch, 1989, p. 328, Enrique Vescovi, *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos em Iberoamérica*, Buenos Aires, Depalma, 1988, p. 80, e Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, *Código de Processo Civil comentado*, São Paulo, Ed. RT, 1999, p. 1.050. Em jurisprudência: “Afastado o juiz que tenha proferido a sentença, por qualquer dos motivos previstos no art. 132, CPC, desvincula-se ele do feito, sendo competente para julgar os embargos de declaração opostos contra essa sentença o magistrado que assumiu a Vara” (STJ, REsp 198.767/RJ, 4.ª T., j. 02.12.1999, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 08.03.2000, p. 122).

105. Dispõe o art. 1.362, do Código Civil italiano: “Nell’interpretare il contratto si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole. Per determinare la comune intenzione delle parti, si deve valutare il loro comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto”.

106. A esse critério já aludiam Aubry e Rau no *Cours de droit civil français*, Paris, *Éditions techniques*, s. d. p. (*sixième édition*), tome quatrième, § 347, p. 484-485. Na doutrina norte-americana, sob a denominação de “*practical construction*”, cf., por exemplo,

maior.¹⁰⁷ No processo, porém, o controle sobre o significado da decisão judicial escapa ao domínio das partes. É atribuição que compete ao juiz, por se tratar de matéria de interesse público. Em consequência, ainda que autor e réu concordem em atribuir à decisão judicial o significado “a”, comportando-se, no processo, de acordo com tal significado, ao juiz é dado interpretá-la no sentido “b”. Falha, também aqui, o critério interpretativo próprio dos negócios jurídicos.

8. CONCLUSÃO

O problema da interpretação das decisões judiciais adquire renovada importância com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil. Ainda que o art. 489, § 3.º, ostente algumas imperfeições e não esgote o tema, fornece já parâmetros importantes para determinar o sentido do julgado. Começa-se, assim, a preencher uma importante lacuna do direito positivo brasileiro.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A boa-fé na experiência jurídica brasileira, de Marcos Ehrhardt Júnior – *RDPriv* 55/181-211 (DTR\2013\7840);
- Compreendendo os “precedentes” no Brasil: fundamentação de decisões com base em outras decisões, de Leonard Ziesemer Schmitz – *RePro* 226/349-382 (DTR\2013\11585);
- Decisões paradigmáticas e dever de fundamentação: técnica para a formação e aplicação dos precedentes judiciais, de Sabrina Nasser de Carvalho – *RePro* 249/421-448 (DTR\2015\16587);
- Interpretação e aplicação das normas jurídicas, de Humberto Theodoro Júnior – *RePro* 150/11-23 (DTR\2007\519); e
- Precedentes e dever de motivação das decisões judiciais no Novo Código de Processo Civil, de Renê Francisco Hellman – *RePro* 241/413-438 (DTR\2015\2133).

Edwin W. Patterson, *The interpretation and construction of contracts* em *Columbia Law Review*, vol. 64, p. 844 ss.

107. José Xavier Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Commercial Brasileiro*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos Ed., 1934, vol. VI, parte I, n. 234, p. 213.

OS DESAFIOS DA ADVOCACIA PERANTE OS TRIBUNAIS E O Novo CPC

THE CHALLENGES OF BRAZILIAN LAWYERS BEFORE THE COURTS AFTER THE NEW RULES OF CIVIL PROCEDURE

TIAGO ASFOR ROCHA LIMA

Pós-Doutorado/*Visiting Scholar* pela *Columbia Law School*/New York.
Doutor em Direito Processual pela USP. Mestre em Direito Público pela UFC.
Professor de Cursos de Pós-Graduação. Membro das Comissões de Juristas do Senado Federal
e da Câmara dos Deputados responsável pelo exame do Anteprojeto e Projeto de Novo Código
Comercial. Advogado e Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP).
tiago@rochamarinho.adv.br

ÁREA DO DIREITO: Processual; Civil

RESUMO: O escopo deste trabalho é examinar, pontualmente, seis alterações que advirão na sistemática processual com o Novo Código de Processo Civil e que, por sua vez, impactarão fortemente no exercício da advocacia perante os Tribunais brasileiros. Ademais, demonstrar-se-á que o NCPC, ao se afastar dos formalismos processuais, fortalece a atividade do advogado e lhe impõe novos desafios.

PALAVRAS-CHAVE: Processual civil – Novo CPC – Desafios da advocacia nos tribunais.

ABSTRACT: The main goal of this work is study six procedural changes that are coming with the New Rules of Civil Procedure and that will impact heavily on the practice of law before the Brazilian Courts. Moreover, we will demonstrate that the New Rules of Civil Procedure are getting away from the procedural formalities and also that this movement can help the lawyer's practice, pushing them for new challenges.

KEYWORDS: Civil procedure – New Rules of Civil Procedure – Challenges of Brazilian lawyers before the courts.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Decisões monocráticas do art. 932, III, IV, V e VI, do CPC/2015 – 3. Possibilidade de correção de vícios e complementação de documentos no âmbito recursal (art. 932, parágrafo único, do CPC/2015) – 4. Surgimento de fato superveniente ou de questão apreciável de ofício ainda não examinada no âmbito do Tribunal (art. 933 do CPC/2015) – 5. Extensão das hipóteses de sustentação oral (art. 937 do CPC/2015) – 6. Regulamentação dos pedidos de vistas durante as sessões de julgamento (art. 940 do CPC/2015) – 7. Técnica de julgamento do art. 942 do CPC/2015: a sucessora dos Embargos Infringentes do CPC/1973 – 8. Conclusões – Referências.

1. INTRODUÇÃO

O escopo do presente artigo é examinar, objetivamente, os impactos do Novo Código de Processo Civil no exercício da advocacia perante as Cortes de Justiça. A desdúvidas que a nova legislação processual impactará significativamente em todas as áreas do direito. Equivocam-se aqueles que supõem que as alterações da norma adjetiva se restringirão às demandas de natureza cível.

Como já registrei outrora, a nova lei processual promoverá a maior revolução jurídica desta primeira metade do séc. XXI no Brasil. Não há qualquer outra norma que possua tanta força e capilaridade no ordenamento jurídico nacional como o Código de Processo Civil. Suas regras deixam digitais não apenas nas demandas de natureza civil, mas, igualmente, nas questões trabalhistas, eleitorais, administrativas e até penais, na quais o CPC se aplica subsidiariamente.¹

Igualmente, não é exagero dizer que boa parte dessas alterações legais afetará o exercício da advocacia perante os tribunais brasileiros, tanto é que, nos últimos meses, os órgãos administrativos dessas Cortes de Justiça têm se dedicado a estudar atentamente o Novo CPC, a fim adequar os Regimentos Internos à nova disciplina legal. E, como ver-se-á em seguida, não são poucas as adaptações que precisam ser feitas para que as mudanças legislativas possam produzir os efeitos esperados.

Para fins do presente estudo, foram selecionados os seguintes pontos a serem objeto de reflexão e crítica levando em consideração a conexão dos mesmos como o exercício da advocacia: (a) alteração da disciplina relativa ao proferimento de decisões monocráticas pelos relatores nos tribunais; (b) possibilidade de correção de vícios e complementação de documentos no âmbito recursal; (c) ampliação do contraditório no âmbito recursal, por força de fato superveniente ou de necessidade de exame de questão de ofício pelo relator; (d) ampliação das hipóteses de sustentação oral; (e) regulamentação do pedido de vistas no âmbito dos órgãos colegiados; (f) inclusão de nova técnica de julgamento em caso de decisão por maioria em 2.º grau (regra que veio a suceder os antigos Embargos Infringentes).

Examinar-se-á, pois, mais detalhadamente as questões acima enunciadas nos tópicos a seguir.

1. ROCHA LIMA, Tiago Asfor. *Novo CPC é a maior revolução jurídica da primeira metade do século XXI*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2015-abr-04/tiago-asfor-rocha-cpc-maior-revolucao-juridica-seculo]. Acesso em 07.01.2016, às 15:48hs.

2. DECISÕES MONOCRÁTICAS DO ART. 932, III, IV, V E VI DO CPC/2015

O art. 932 do CPC/2015, especialmente nos incs. III, IV e V, cuidou de sistematizar, de forma mais didática, as regras anteriormente contidas no art. 557 do CPC/1973. As distinções são poucas. É que tanto a legislação antiga como a nova permitem ao julgador, no âmbito do Tribunal, tanto negar provimento como dar provimento ao recurso em situações específicas.

No entanto, a nova legislação somente permite a utilização dessa técnica de individualização da decisão (que por natureza seria colegiada) quando a decisão combatida estiver de acordo (negativa de provimento) ou for contrária (dar provimento) a: (i) enunciado sumular do STF, do STJ ou do próprio Tribunal; (ii) acórdão do STF ou do STJ em sede de recurso extraordinário ou especial julgado conforme o rito do recursos repetitivos; (iii) posicionamento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) ou em incidente de resolução de competência (IRC).

Note-se que o NCPC excluiu como hipótese de julgamento monocrático pelo relatores os casos em que exista a denominada *jurisprudência dominante* seja dos tribunais superiores, seja do respectivo Tribunal.

Nesse ponto, verifica-se que o legislador reformista limitou a individualização da decisão no âmbito dos Tribunais àqueles casos em que o mérito da demanda diga respeito a um tema sobre o qual as Cortes superiores ou a respectiva Corte já tenha se debruçado não apenas reiteradas vezes, mas sim através de colegialidade com autoridade suficiente para considerar aquele entendimento como *do Tribunal*. Isto é, para que não se considere *jurisprudência dominante* um entendimento exclusivo de um órgão fracionário da Corte.

Aqui vale mais uma reflexão. De uns anos para cá, os tribunais pátrios, em boa medida e até de certa forma compreensível, têm proferido, cada vez mais, decisões unipessoais, justamente em decorrência da prerrogativa conferida pelo então art. 557 do CPC/1973. Ocorre que os tribunais são órgãos, por natureza, colegiados, a quem o jurisdicionado se socorre quando entende ter havido injustiça na apreciação de sua causa. Confiava-se, ademais, que perante a instância superior as questões sejam julgadas não apenas por magistrados mais experientes, mas também por uma pluralidade de julgadores e que, dessa forma, o índice de desacerto nos julgamentos seja diminuído.

Daí porque as decisões monocráticas deveriam ser uma exceção no sistema. Todavia, diante da explosão do número de recursos distribuídos nos tribunais do País e da insuficiência do sistema jurídico nacional para debater de forma plural as questões nos seus respectivos órgãos colegiados, as Cortes e seus julgadores passaram a adotar cada vez mais os julgamentos unipessoais, arvorando-se sempre na regra do art. 557 do CPC/1973.

Arrisco-me até em dizer algo mais: hodiernamente, boa parte das decisões colegiadas podem ser consideradas como *apenas formalmente colegiadas*, porém, *materialmente monocráticas*. E não é preciso ser nenhum especialista para se chegar à referida conclusão. Isto porque os denominados *juízos em lista ou em bloco*, o qual é adotado em grande parte dos tribunais pátrios (até mesmo por um questão de sobrevivência operacional), não passa de uma técnica de julgamento em que um órgão fracionário da Corte se limita a ratificar uma decisão unipessoal do relator e, na grande maioria das vezes, sem qualquer discussão entre os magistrados integrantes da turma ou câmara julgadora.

Feitas essas digressões e voltando ao centro da modificação legal, é de se entender que com o NCPC as hipóteses de julgamento monocrático ficaram mais restritas, pelo menos momentaneamente, enquanto os tribunais não editam os respectivos enunciados sumulares que poderão, estes sim, autorizar o julgador a lançar mão da técnica prevista no art. 932, IV e V.

Mais um detalhe. Um olhar atento na redação do inc. V do art. 932, é suficiente para verificar que o legislador esclareceu ainda que o provimento monocrático do recurso somente pode se dar após o contraditório. Na verdade, o dispositivo adotou o entendimento jurisprudencial consolidado pelo STJ ao julgar o REsp 1.148.296/SP, o qual foi julgado sob o rito dos recursos repetitivos.² Veja-se que tanto o STJ como o novo mandamento legal não autorizam o

-
2. “Processual civil. Tributário. Recurso especial representativo de controvérsia. Art. 543-C do CPC. Agravo de instrumento. Art. 527, V, do CPC. Ausência de intimação do agravado para resposta. Obrigatoriedade. Nulidade. O princípio do prejuízo impede a aplicação da regra mater da instrumentalidade. Violação do art. 535 do CPC. Não ocorrência. 1. A intimação da parte agravada para resposta é procedimento natural de preservação do princípio do contraditório, nos termos do art. 527, V, do CPC, *in verbis*: ‘Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no Tribunal, e distribuído *incontinenti*, o relator: (...) V – mandará intimar o agravado, na mesma oportunidade, por ofício dirigido ao seu advogado, sob registro e com aviso de recebimento, para que responda no prazo de dez (10) dias (art. 525, § 2.º), facultando-lhe juntar a documentação que entender conveniente, sendo que, nas comarcas sede de Tribunal e naquelas em que o expediente forense for divulgado no diário oficial, a intimação far-se-á mediante publicação no órgão oficial’. 2. A dispensa do referido ato processual ocorre tão-somente quando o relator nega seguimento ao agravo (art. 527, I), uma vez que essa decisão beneficia o agravado, razão pela qual conclui-se que a intimação para a apresentação de contra-razões é condição de validade da decisão que causa prejuízo ao recorrente. (Precedentes: REsp 1.187.639/MS, rel. Min. Eliana Calmon, 2.ª T., j. 20.05.2010, DJe 31.05.2010; AgRg nos EDcl nos EDcl no REsp 1.101.336/RS, rel. Min. Herman Benjamin, 2.ª T., j. 02.02.2010, DJe 02.03.2010; REsp 1.158.154/RS, rel. Min. Castro Meira, 2.ª T., j. 19.11.2009, DJe 27.11.2009; EREsp 882.119/RS, rel.

provimento monocrático em nenhuma circunstância, nem mesmo, v.g., quando a parte recorrida ainda não integrou a lide na instância de origem. Ademais, se o relator pode antecipar a tutela recursal sem a necessidade de julgar o próprio recurso, não há razão para se entender como imprescindível o provimento monocrático do mesmo.³

Cabe ainda um último comentário acerca do art. 932, mais precisamente no que toca ao seu VI, o qual prevê como incumbência do relator “decidir o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, quando este for instaurado originariamente perante o Tribunal”. Esse dispositivo, claro, deve ser interpretado conjuntamente com as regras materiais (art. 50 do CC/2002, e art. 28 do CDC) e processuais (arts. 133 a 137 do CPC/2015) relativas à desconsideração da personalidade jurídica.

Min. Humberto Martins, 1.^a Seção, j. 13.05.2009, *DJe* 25.05.2009; EREsp 1.038.844/PR, rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1.^a Seção, j. 08.10.2008, *DJe* 20.10.2008) 3. Doutrina abalizada perfilha o mesmo entendimento, *verbis*: ‘Concluso o instrumento ao relator, nas 48 horas seguintes à distribuição (art. 549, *caput*), cabe-lhe, de ofício, se configurada qualquer das hipóteses do art. 557, *caput*, indeferir liminarmente o agravo (inc. I). Não sendo esse o caso, compete-lhe tomar as providências arroladas nos outros incisos do art. 527. (...) A subsequente providência – cuja omissão acarreta nulidade – consiste na intimação do agravado’. (MOREIRA, José Carlos Barbosa, in *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, 15. ed., Ed. Forense, p. 514) 4. *In casu*, o acórdão recorrido deu provimento ao agravo de instrumento do Município de São Paulo, causando evidente prejuízo aos agravados, ora recorrentes, por isso que merece ser reformado. 5. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. 6. Recurso especial provido, determinando-se o retorno dos autos à instância de origem, para que proceda à intimação do recorrente para apresentação de contra-razões ao agravo de instrumento. Prejudicadas as demais questões suscitadas. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Res. do STJ 08/2008.” (REsp 1.148.296/SP, rel. Min. Luiz Fux, Corte Especial, j. 01.09.2010, *DJe* 28.09.2010).

3. Com posicionamento contrário, AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do Novo CPC*. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 954), para quem a “única hipótese em que se vislumbra exceção à regra contida no art. 932, V, diz com aqueles casos em que a parte recorrida *ainda não foi citada*, como é o caso do agravo de instrumento interposto contra decisão que indefere a tutela provisória *inaudita altera parte* em primeiro grau. Nesses casos, está autorizado o relator a prover o recurso sem facultar à parte contrária a apresentação de contrarrazões, sendo certo que poderá ela voltar-se contra a decisão futuramente, tão logo integre a lide.”

Sobre essa matéria, o novel diploma foi feliz ao estabelecer concretamente um incidente processual, com garantia de contraditório e ampla defesa, para fins de aplicação da *disregard doctrine*.⁴ Foi além, positivou também a denominada desconsideração inversa.⁵ Pecou apenas, no nosso entendimento, ao não prever claramente, ainda que como situação excepcional, algumas hipóteses em que o contraditório possa ser postecipado,⁶ sob pena de a desconsideração

-
4. Noutra obra (Cf. O novo processo empresarial. In: COELHO, Fábio Ulhoa; ROCHA LIMA, Tiago Asfor; e NUNES, Marcelo Guedes. *Reflexões sobre o projeto de Código Comercial*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 738), tive oportunidade de discorrer sobre o tema, tendo demonstrado preocupação com o tema e sua falta de regulamentação processual no ordenamento brasileiro: “Assunto de interesse geral e que, de fato, sofre de hiporregulação – não apenas no âmbito societário e empresarial, mas em todos os demais ramos do direito brasileiro – é o da ‘desconsideração da personalidade jurídica’. É indiscutível que a pessoa jurídica goza de posição distinta da de seus sócios, possuindo autonomia para ser titular de direitos e obrigações, bem ainda para constituir seu próprio patrimônio. Isso, contudo, não impede que a organização desta atividade econômica possa ser utilizada de maneira maliciosa para prejudicar terceiros, via de regra credores, em benefício dos sócios ou de pessoas que a eles aproveitem. Para essas situações, pois, é que se invoca a técnica da desconsideração da personalidade jurídica. Nesse ponto é que o sistema jurídico brasileiro é lacunoso, visto que depende substancialmente da norma contida no art. 50 do CC, e com outro alcance da regra do art. 28 do CDC, sendo aquela, por sua vez, insuficiente para resolver uma série de questões relacionadas à aplicação da *disregard doctrine*. É exatamente por isso que a norma projetada (de Novo Código Comercial) pode ser muito importante, na medida em que se propõe a equacionar uma série de dificuldades enfrentadas na prática forense em especial.”
 5. Acerca da desconsideração inversa, pontuei (*Ob. cit.*, p. 740): “Não seria demais, outrossim, que o projeto envidasse esforços para disciplinar a denominada ‘desconsideração inversa’. Isto é, os casos em que a imputação da responsabilidade se dá à pessoa jurídica, que passa a responder pelo débito do sócio desprovido de patrimônio pessoal para responder por suas dívidas. É que a simples penhora de quotas ou ações do sócio não é suficiente para substituir a desconsideração inversa, pois ao credor interessa mesmo é o recebimento do seu crédito e não a participação societária ou alienação de quotas ou ações no mercado.”
 6. Sobre o tema, discorri (*Ob. cit.*, p. 740): “Além disso, poder-se-ia cogitar de situações, ainda que excepcionabilíssimas, em que o contraditório seria diferido ou postergado/postecipado, justamente com o propósito de se evitar a ineficácia da medida. Basta pensar no esvaziamento das contas bancárias e aplicações financeiras pelo sócio/administrador após intimado para se manifestar sobre o pedido de desconsideração feito pelo credor. Tal hipótese, além de comprometer diretamente o pedido da parte credora, dificilmente poderá ser revertida, visto que, distintamente dos bens imóveis e dos veículos os quais é possível identificar o novo proprietário, os recursos financeiros podem desaparecer do patrimônio do sócio/administrador sem deixar rastros tão visíveis”.

se mostrar ineficiente.⁷ Nada obstante essa omissão legal, parece absolutamente razoável que se possa, em situações extraordinárias, operar-se a desconsideração *ad cautelam*, pelo menos para fins de constrição patrimonial, antes mesmo da instauração do contraditório.

Por fim, válido atentar para o fato de que o incidente de desconsideração pode perfeitamente se iniciar quando a demanda se encontrar no Tribunal, seja na fase de conhecimento ou mesmo na fase de execução/cumprimento de sentença. Isso ocorre precisamente porque o pedido de desconsideração deve fundar-se em uma das situações previstas no art. 50 da Lei Civil (CC/2002), a saber, abuso da personalidade, decorrente do desvio de finalidade ou confusão patrimonial. Nesses casos, o incidente deve ser processado e julgado diretamente na Corte respectiva.

3. POSSIBILIDADE DE CORREÇÃO DE VÍCIOS E COMPLEMENTAÇÃO DE DOCUMENTOS NO ÂMBITO RECURSAL (ART. 932, PARÁGRAFO ÚNICO, CPC/2015)

Uma segunda mudança legislativa que alterará em boa medida a advocacia nos tribunais diz com a regra estampada no parágrafo único do art. 932 do CPC/2015. É uma pá de cal na denominada jurisprudência defensiva⁸ que vinha sendo adotada de forma constante e abusiva pelos tribunais do país como forma de diminuir a qualquer custo o acervo processual.

-
7. Em sentido similar, Marcelo José Magalhães Bonício (cf. A dimensão da ampla defesa dos terceiros na execução em face da nova “desconsideração inversa” da personalidade jurídica. *RIASP* 23/232 e ss. São Paulo: Ed. RT, jan/2009) ponderou: “É preciso pensar, no entanto, que tal conduta só pode ser aceita quando, nos autos, *houver elementos suficientes* para fornecer uma forte convicção ao juiz da execução de que: (a) a pessoa jurídica está sendo utilizada para a prática de atos lesivos ao direito do credor; e (b) a existência de prévia citação dos sócios *pode agravar a lesão já ocorrida ou que pode ocorrer*. Aliás, na perspectiva do incidente que os credores estão tentando criar, a possibilidade de que a penhora ocorra antes da citação dos sócios constitui verdadeira hipótese de arresto cautelar, com pedido de liminar *inaudita altera parte*, o que pode exigir, nos termos previstos no art. 804 do CPC, que os credores prestem caução para prevenir os prejuízos que esses sócios podem sofrer, caso sejam vencedores no incidente em que será discutida a desconsideração da personalidade jurídica”.
 8. Nomenclatura utilizada para intitular a jurisprudência dos tribunais superiores, criada para restringir a admissibilidade dos recursos nessas Cortes e diminuir a excessiva carga de trabalho que se acumulou nos últimos anos. Paulo Camargo Tedesco escreveu sobre o tema (cf. Jurisprudência defensiva de segunda geração. *RePro* 182/259 e ss. São Paulo: Ed. RT, abr/2010).

Pela nova sistemática, o relator não poderá considerar inadmissível um recurso por falta de documento ou pela existência de um determinado vício sem antes dar à parte a oportunidade de sanar tal irregularidade no prazo de 05 dias. Assim, se a parte interpuser um Agravo de Instrumento sem os ditos documentos obrigatórios (art. 1.017, I e II), o relator não poderá inadmiti-lo sem antes abrir prazo para que o recorrente complemente a documentação. Da mesma forma, se o recurso for interposto, por exemplo, sem a respectiva guia de preparo ou o porte de remessa e retorno, caberá ao relator abrir prazo para sanar o respectivo vício.

Foi, destarte, uma vitória contra o formalismo processual e que inclusive já vem produzindo efeitos mesmo antes da entrada em vigor do Novo CPC, especialmente perante o STJ, que tem se inclinado a alterar a sua atual jurisprudência para se adequar à nova realidade que se avizinha.⁹ Essa mitigação de regras processuais de caráter secundário também favorecem o trabalho de mérito do advogado, na medida em que essas formalidades ficarão agora em segundo plano, ampliando o tempo de dedicação com as questões de fundo do recurso.

Isso não quer dizer, todavia, que o prazo de 05 dias do dispositivo seja um prazo impróprio ou que não gere preclusão. A não correção do vício ou a não juntada dos documentos no prazo de 05 dias após a sua devida intimação resultará, certamente, na inadmissibilidade recursal. Ter-se-á operado a preclusão temporal, pois o processo precisa ter seu curso e não pode esperar *ad eternum* pela parte desidiosa.

-
9. Isso ocorreu, por exemplo, na questão relativa à comprovação pelo recorrente da tempestividade do recurso, em virtude de feriado local ou suspensão do expediente forense no tribunal local, na qual o STJ, atualmente, admite que tal prova ocorra em sede de agravo regimental. Nesses termos: “Processual civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Intempestividade do recurso especial. Recesso forense. Não comprovação. Documento idôneo. Recurso não provido. 1. No julgamento do AgRg no AREsp 137.141/SE, de relatoria do Min. Antônio Carlos Ferreira, a Corte Especial modificou o entendimento até então aplicado no STJ para admitir que a comprovação de tempestividade, em virtude de feriado local ou de suspensão de expediente forense no tribunal de origem, ocorra na interposição do agravo regimental. 2. Referida comprovação, porém, deve ser realizada por meio de documento idôneo capaz de evidenciar a prorrogação do prazo do recurso. 3. No caso dos autos não houve comprovação, por documento idôneo, de que foram suspensos os prazos processuais. 4. A simples juntada de cópia de informações extraídas da internet não tem o condão, por si só, de comprovar a interposição tempestiva do recurso. 5. Agravo regimental não provido” (AgRg no AREsp 738.494/SC, rel. Min. Moura Ribeiro, 3.^a T., j. 27.10.2015, *DJe* 10.11.2015).

4. SURGIMENTO DE FATO SUPERVENIENTE OU DE QUESTÃO APRECIÁVEL DE OFÍCIO AINDA NÃO EXAMINADA NO ÂMBITO DO TRIBUNAL (ART. 933 DO CPC/2015)

Da mesma forma que a regra prevista no item anterior, o CPC/2015 inovou mais uma vez ao positivar uma regra (art. 933 e §§) que amplia consideravelmente o contraditório no âmbito dos tribunais, qual seja, a que impõe ao julgador (relator ou mesmo qualquer outro integrante do órgão julgador) o dever de, verificando a existência de fato superveniente e/ou questão apreciável de ofício, porém ainda não discutida naqueles autos, intimar as partes para sobre elas se pronunciarem no prazo de 05 dias.¹⁰

-
10. Antes mesmo da entrada em vigor do Novo CPC, já era esse o entendimento de parte da doutrina, por todos, vide NERY JR., Nelson (cf. Questões de ordem pública e seu julgamento *ex officio*: considerações sobre o verbete “STJ 381” da Súmula da jurisprudência dominante do STJ. *RDPPriv* 60/237-254. São Paulo: Ed. RT, out-dez/2014): “Como as matérias de ordem pública podem ser suscitadas e discutidas a qualquer tempo e grau ‘ordinário’ de jurisdição (CPC, arts. 267, § 3.º e 301, § 4.º), o tribunal de segundo grau pode aplicar, *ex officio*, a norma comentada e decidir com base nas cláusulas gerais do sistema do direito privado. Se a matéria não tiver sido suscitada pelas partes: (a) mas no parecer do MP que, como *custos legis*, se manifesta depois das partes (CPC, art. 83); ou (b) se o relator ou o órgão colegiado verificar ser possível aplicar, *verbi gratia*, o CDC, art. 51, CC/2002, art. 2.035, parágrafo único, CPC, art. 267, § 3.º, de ofício, deverá ser aberta oportunidade para que as partes possam discutir e manifestar-se, previamente, sobre a questão de ordem pública até então não agitada no processo. Essa obrigatoriedade se dirige ao tribunal em virtude da proibição de haver ‘decisão surpresa’, direito das partes decorrente do contraditório e da ampla defesa (CF/1998, art. 5.º, LV).

Para que possa haver efetivo respeito ao comando constitucional, o tribunal deve dizer expressamente qual a questão e qual a matéria que poderão ser, em tese, passíveis de decisão *ex officio*. A mesma providência se exige do tribunal quando, potencialmente, puder ser provida a apelação interposta de sentença de carência da ação (CPC, arts. 267, VI, e 301, X), porquanto o Tribunal ao prover o recurso e afastar a carência, pode decidir desde logo o mérito da causa (CPC, art. 515, § 3.º). Também nesse caso, de potencial aplicação do CPC, art. 515, § 3.º, nos casos, por exemplo, de nulidade de cláusula contratual abusiva (CDC, art. 51), de questões processuais de ordem pública (e.g. CPC, art. 267, § 3.º), de aplicação de cláusulas gerais por força do CC/2002 art. 2.035, parágrafo único e as partes não hajam suscitado essa questão, terão de ser previamente intimadas para poder exercer seu direito constitucional de ampla defesa e contraditório de forma efetiva. É ‘nula’, por cerceamento de defesa (CF/1988, art. 5.º, LV), a decisão do Tribunal que, *ex officio*, nulificar cláusula contratual abusiva (CDC, art. 51) ou aplicar cláusula geral com base no CC/2002, art. 2.035, parágrafo único, que não tenha sido suscitada pelas partes, desde que a elas não tenha sido dada oportunidade, previamente, de manifestação a respeito da matéria”.

Ainda que essa constatação ocorra durante a sessão de julgamento ou com o magistrado que pedir vistas dos autos, mesmo assim deverá ser suspenso o julgamento, com intimação das partes para que possam se manifestar formalmente sobre o fato superveniente e/ou a questão apreciável *ex officio*.

A regra em destaque é decorrência lógica do princípio da não surpresa ou princípio da proteção da confiança,¹¹ finalmente consagrado pelo CPC/2015 em seu art. 10, ao estabelecer que “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

Com a norma do art. 933 fica também mais evidente a possibilidade de aplicação do chamado *efeito translativo* aos recursos,¹² na medida em que os tribunais, mais do que nunca, terão a possibilidade de se antecipar a um debate, por exemplo, ainda não suscitado na instância *a quo*. Basta pensar nos inúmeros agravos de instrumento em que haja uma ilegitimidade da parte ou mesmo a ocorrência de decadência ou prescrição, embora sem que tenha havido uma discussão anterior. Se no sistema do CPC/1973 essas questões deixavam de ser enfrentadas, muitas vezes até sob o argumento de que haveria supressão de instância, agora, está bem claro que o relator pode instaurar esse debate quando identificar uma das situações previstas no art. 933.

Ademais, é até desejável que o tribunal antecipe o debate sobre as matérias cognoscíveis de ofício, pois, desta forma, implementará celeridade ao caso.

Uma alerta, no entanto, precisa ser feito quanto à escorregia utilização da regra em comento, notadamente porque o seu uso abusivo ou indevido pode culminar, em curto espaço de tempo, numa ojeriza à mesma por parte dos julgadores. Não se pode, portanto, pretender utilizá-la como forma de retardar a inclusão em pauta de recursos ou protelar julgamentos já iniciados.

-
11. Ao tratar do sistema de precedentes civis no Brasil (cf. ROCHA LIMA, Tiago Asfor. *Precedentes judiciais civis no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 166), manifestei-me sobre o referido princípio: “O princípio da proteção da confiança também serve de amparo ao jurisdicionado para impedir que o efeito surpresa atinja a *norma judicial* e afete a confiabilidade que os cidadãos precisam depositar nas instituições públicas para exercitarem seus direitos”.
 12. Ainda Nelson Nery Jr. (Idem, *ibidem*): “O conhecimento das matérias de ordem pública, que podem e devem ser examinadas *ex officio* pelo Tribunal, não é ‘devolvido’ ao Tribunal, mas ‘trasladado’ ao exame do Tribunal. Sua análise, seu conhecimento e seu julgamento pelo Tribunal recursal são possíveis por conta do ‘efeito translativo’ do recurso: transfere-se ao Tribunal o exame ou reexame das matérias de ordem pública”.

A efetividade, pois, das regras concretizadoras do princípio da não surpresa dependem fundamentalmente da lealdade das partes e de seus advogados. Do contrário, cairão no descrédito pelo Judiciário, tornando-as letras mortas.

5. EXTENSÃO DAS HIPÓTESES DE SUSTENTAÇÃO ORAL (ART. 937 DO CPC/2015)

Um dos pontos altos do CPC/2015 e que afeta diretamente o exercício da advocacia tem a ver com a extensão dos casos em que o advogado está autorizado a exercer, na sua plenitude, o direito de defesa de seu constituinte. Refiro-me, especificamente, aos casos em que o advogado pode ir à tribunal, durante a sessão de julgamento, para sustentar oralmente em favor de seu cliente (art. 937 do CPC/2015).

Incluiu-se no rol dos recursos aptos a serem defendidos oralmente na sessão de julgamento o agravo de instrumento em face de decisão interlocutória que verse sobre tutela provisória de urgência ou da evidência. Embora pareça uma singela inclusão, mas na verdade se trata de uma grande mudança se se levar em consideração a quantidade de recursos de agravo de instrumento interpostos nos tribunais e que debatem uma tutela de urgência ou da evidência.

Referida mudança implicará um aumento significativo das sustentações orais nos tribunais de segundo grau, dado o número de recursos dessa natureza.

Uma dúvida que pode surgir desse mesmo dispositivo tem a ver com a omissão legislativa acerca da possibilidade ou não de sustentação oral nos casos de agravo interno contra decisões monocráticas de provimento ou desprovimento de agravos de instrumento relativos a tutelas de urgência e da evidência.

Excluir essa situação do rol de casos sujeito a sustentação oral me parece uma forma de tangenciar a regra estampada no art. 937, VIII, pois, em última medida, o agravo interno está julgando o próprio agravo de instrumento.

É óbvio, todavia, que esse não será o entendimento da maioria dos tribunais, os quais se prenderão à ideia de que se inexistente sustentação oral nos agravos internos originários de recursos extraordinário, especial, apelação e ordinário, inclusive por força do veto ao inc. VII, também inexistente sustentação para agravo interno originário de agravo de instrumento. É muito provável que tal restrição venha a ser positivada nos próprios Regimentos Internos das Cortes, a fim de evitar discussões pontuais pelos advogados no curso das sessões e posteriormente em recursos aos tribunais superiores.

Cuida-se, na verdade, de entendimento que leva em consideração tão somente o encurtamento das sessões de julgamento, sem atentar para o fato de que as defesas orais podem ser fundamentais para o aperfeiçoamento das decisões.

Importante observar que o inc. IX, do mesmo art. 937, permite aos tribunais ampliarem os casos de sustentação oral para além das hipóteses previstas no referido art. 937, através de previsões regimentais. Essa possibilidade dá margem não apenas para os tribunais de segundo grau, mas também para que os tribunais superiores possam, embora seja improvável que o façam, criar outras hipóteses em que se admite a sustentação oral. Isso porque na dinâmica atual dos tribunais, infelizmente, todos os esforços são para limitar os casos de sustentação oral, com o intuito de abreviar os julgamentos.

Uma última nota merece ser feita. Nada obstante a ampliação dos recursos aptos a serem defendidos oralmente pelo advogado da tribuna durante as sessões de julgamento, a verdade é que o sistema pátrio de manifestação oral é não apenas deficiente como insuficiente para o exercício da ampla defesa e do contraditório, sendo inclusive incompreendido por juristas de outros países. Primeiramente, porque não se trata de um debate oral entre o advogado e os julgadores, mas sim de uma mera argumentação unilateral do advogado. Segundo, porque o advogado apresentará suas razões orais para um julgador que já está com sua opinião formada, isto é, que já adotou uma decisão e que, portanto, raramente irá modificá-la. Logo, sob ambos os aspectos o trabalho do advogado estará prejudicado, dada a ínfima capacidade de sua argumentação interferir naquele julgamento, especialmente no entendimento do relator.¹³

Essa derradeira observação será oportunamente estudada em trabalho futuro do autor, não sendo adequado utilizar esse espaço para o enfrentamento do tema. O propósito dela foi apenas chamar atenção para um verdadeiro dogma do direito brasileiro e que passa despercebido na grande maioria das discussões que circundam a temática da sustentação oral nos tribunais brasileiros.

6. REGULAMENTAÇÃO DOS PEDIDOS DE VISTAS DURANTE AS SESSÕES DE JULGAMENTO (ART. 940 DO CPC/2015)

A regulamentação do prazo para exercício do direito de vistas dos autos pelos julgadores nos órgãos colegiados entrou em vigor antes mesmo do CPC/2015, tendo em vista a Res. 202 de 27.10.2015 do CNJ, o qual se antecipou e praticamente reproduziu o regramento estabelecido pelo Novo Código (art. 940 do CPC/2015), padronizando, pois, o regramento para as questões de outra natureza, como aquelas de índole penal ou administrativa.

13. O tema em destaque foi objeto de estudo pelo autor durante pesquisa de Pós-doutoramento na *Columbia Law School*, a qual ainda não foi publicada.

A grande novidade nesse tema diz com a limitação do tempo em que o magistrado pode reter os autos em seu gabinete para melhor exame da questão. Tanto o CPC/2015 como a Resolução do CNJ foram claros em estabelecer prazo de 10 dias prorrogáveis, a pedido do magistrado, por no máximo mais 10 dias (§1.º do art. 940). Isto é, o prazo total do pedido de vistas não pode ultrapassar 20 dias.

Se aquele juiz que pediu vistas não devolver os autos no prazo máximo de 20 dias, deverá o presidente do órgão julgador requisitar os autos para julgamento na sessão seguinte, com a publicação de pauta de julgamento. Se ainda assim o magistrado não se sentir apto a votar, deverá o presidente do órgão julgador convocar um substituto para proferir seu voto.

A medida em destaque veio para combater os pedidos de vistas que duravam uma eternidade nos gabinetes dos tribunais, causando uma violência ao princípio da duração razoável do processo.

Importante atenção no tema relativo à contagem dos prazos, até para se evitar interpretações absurdas e desproporcionais. Parece razoável que o termo *a quo* do prazo previsto no *caput* do art. 940 seja da efetiva entrada dos autos em gabinete ou da disponibilidade eletrônica dos autos para o magistrado que solicitou a vista do processo. Se houver algum contratempo na remessa dos autos entre os gabinetes, esse prazo não pode ser computado naquele de 10 dias para o efetivo exercício do direito de vistas.

Pelo mesmo raciocínio, a prorrogação do prazo de vistas por mais 10 dias deve se iniciar no dia imediatamente seguinte ao término do primeiro decêndio, tendo em vista que os autos já se encontram à disposição do magistrado. Ainda que o pedido de prorrogação tenha se dado *antes* ou *após* encerrado o primeiro decêndio tal fato não autoriza que haja antecipação ou adiamento do termo inicial relativo à prorrogação, pois, do contrário, haveria tangenciamento ao regramento legal.

7. TÉCNICA DE JULGAMENTO DO ART. 942 DO CPC/2015: A SUCESSORA DOS EMBARGOS INFRINGENTES DO CPC/1973

O CPC/2015, embora tenha extinguido a figura dos embargos infringentes, cabíveis em situações absolutamente restritas (vide art. 530 do CPC/1973), o que poderia representar uma tentativa de enxugar as hipóteses recursais previstas na legislação revogada, terminou por criar em seu lugar uma técnica de julgamento que dificultará sobremaneira a forma de atuação dos órgãos colegiados em nível de 2.º grau.

Na prática, o art. 942 do CPC/2015, determina que, quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento prosseguirá em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, que serão convocados nos termos regimentais, em número suficiente para permitir a inversão do resultado inicial do julgamento, assegurando-se às partes e terceiros o direito de proferirem nova sustentação oral perante os novos julgadores. No seu parágrafo primeiro, permitiu-se o prosseguimento do julgamento na mesma sessão caso nela já existam julgadores suficientes para inversão do resultado inicial.

Ademais, no § 3.º, previu-se ainda que essa técnica de julgamento deve ser aplicada em caso de ação rescisória (quando houver rescisão da sentença) e de agravo de instrumento (quando houver reforma de decisão de julgar parcialmente o mérito).

A um só tempo o dispositivo criou pelo menos três problemas.

Primeiro: criou uma espécie de *recurso de ofício* em face das decisões não unânimes em sede de apelação, seja provendo ou desprovendo o apelo. Enquanto os embargos infringentes eram cabíveis apenas por provocação da parte e nos casos de provimento não unânime da apelação ou procedência não unânime da rescisória, pela nova técnica de julgamento a complementação do colegiado se dá automaticamente e também nos casos de desprovimento da apelação por maioria.

Segundo: o julgamento não unânime, via de regra, será interrompido até que seja marcada uma nova sessão com um número suficiente de magistrados para a possível inversão do julgamento inicial. Isso porque a regra em exame praticamente ignorou a formatação atual dos tribunais de 2.º grau, os quais em sua imensa maioria são compostos por turmas e câmaras julgadoras de apenas 03 ou 04 magistrados.

Terceiro: ao garantir a incidência da técnica de julgamento a algumas hipóteses de agravo de instrumento poderá acarretar um desnecessário congestionamento dos recursos em 2.º grau, dada a suspensão dos julgamentos até que seja complementado por um quórum suficiente à inversão do resultado inicial.

Parece ter sido infeliz o julgador nessa questão. Os embargos infringentes, com as alterações legislativas de 2001, cumpriam perfeitamente o papel de uniformização de teses jurídicas nos tribunais de 2.º grau.¹⁴ A técnica em apreço, além de escopo mais largo, é de difícil implementação no dia a dia das Cortes.

14. CARNEIRO, Athon Gusmão (Cf. os “novos” embargos infringentes e o direito intertemporal. *RePro* 107/241-247. São Paulo: Ed. RT, jul-set/2002), ao tratar das alterações promovidas na época pela Lei 10.352/2001, foi no ponto: “os embargos infringentes foram, no Código de Processo Civil de 1973, mantidos no elenco dos recursos, no

Frente a esse cenário, as previsões que se podem fazer são as seguintes: (i) ter-se-á uma diminuição considerável de votos divergentes, a fim de se evitar a prorrogação dos julgamentos por maioria de votos, ainda que haja ressalva pelo julgador do seu ponto de vista pessoal; (ii) os tribunais modificarão o formato de suas turmas e câmaras julgadoras para uma composição mais plural, com pelo menos 05 magistrados; (iii) serão criadas turmas ou câmaras julgadoras, com menor frequência de sessões e com composição de pelo menos 05 magistrados apenas para realizar a complementação do julgamento previsto no art. 942; ou, ainda, (iv) aproveitar-se-ão as sessões dos órgãos colegiados mais complexos (v.g., câmaras reunidas; órgão especial; tribunal pleno etc.) para definir esses julgamentos não unânimes.

O descumprimento da técnica de julgamento prevista no art. 942 leva a um *error in procedendo*, cabendo à parte prejudicada suscitá-la na primeira oportunidade, provavelmente através de embargos de declaração, para que seja chamado o feito à ordem com a anulação do julgamento e a sua complementação nos termos regimentais.

Vê-se, destarte, que os tribunais de 2.º grau terão sérias dificuldades em concretizar a técnica de julgamento que veio para substituir os embargos infringentes, os quais tinham cabimento reduzido e dependiam da vontade da parte que sucumbiu.

8. CONCLUSÕES

O propósito da presente pesquisa foi de demonstrar alguns novos desafios que os advogados públicos e privados terão que lhe dar com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, através do estudo de seis alterações pontuais que impactarão na forma de trabalho desses profissionais em suas demandas forenses.

Necessário, portanto, muita atenção, especialmente nos primeiros anos de vigência da nova lei, para que os novos institutos e técnicas de julgamento sejam implementados de forma correta e sem que haja vulneração do espírito para a qual foram criadas.

que, em nosso sentir, bem agiu o legislador, não só pela ancianidade venerável dos embargos (e se tanto tempo persistiram, motivos não terão faltado), como, principalmente, por razões de ordem pragmática. Juiz de segundo grau quase vinte anos, a experiência do signatário foi no sentido de que os embargos infringentes, embora o inconveniente de retardar a decisão final, apresentam-se como um recurso com frequência provido, e cujo julgamento se reveste de mais amplo debate e confronto de posições, sob maior densidade doutrinária”.

Uma nova cultura jurídico-processual precisará ser incorporada não apenas pelos advogados, mas por toda a comunidade jurídica, exatamente para permitir que os novos princípios e as novas regras processuais possam ser devidamente aplicados nas futuras demandas e também naquelas já em curso, por força do princípio da incidência imediata da lei processual.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do Novo CPC*. São Paulo: Ed. RT, 2015.
- BONÍCIO, Marcelo José Magalhães Bonício. A dimensão da ampla defesa dos terceiros na execução em face da nova “desconsideração inversa” da personalidade jurídica. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, vol. 23. São Paulo: Ed. RT, p. 232 e ss, jan/2009.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. Os “novos” embargos infringentes e o direito intertemporal. In: *Revista de Processo*, n. 107. São Paulo: Ed. RT, p. 241-247, jul-set/2002.
- NERY JR., Nelson. Questões de ordem pública e seu julgamento *ex officio*: considerações sobre o verbete “STJ 381” da Súmula da jurisprudência dominante do STJ. In: *Revista de Direito Privado*, n. 60. São Paulo: Ed. RT, p. 237-254, out-dez/2014.
- ROCHA LIMA, Tiago Asfor. Novo CPC é a maior revolução jurídica da primeira metade d século XXI. In: *Consultor Jurídico*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2015-abr-04/tiago-asfor-rocha-cpc-maior-revolucao-juridica-seculo]. Acesso em: 07.01.2016, às 15:48hs.
- _____. O novo processo empresarial. In: COELHO, Fábio Ulhoa; ROCHA LIMA, Tiago Asfor; e NUNES, Marcelo Guedes. *Reflexões sobre o projeto de Código Comercial*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____. *Precedentes judiciais civis no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- TEDESCO, Paulo Camargo. Jurisprudência defensiva de segunda geração. *Revista de Processo*, n. 182. São Paulo: Ed. RT, p. 259 e ss abr/2010.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- O Novo Código de Processo Civil e as novas fronteiras da advocacia brasileira, de José Augusto Fontoura Costa e Daniel Tavela Luís – *RArb* 46/321 (DTR\2015\13106); e
- Pontos e contrapontos sobre o projeto do novo CPC, de Fernando da Fonseca Gajardoni – *RT* 950/17 (DTR\2014\19787).

The background features a light gray grid pattern that becomes more prominent in the lower right quadrant. Overlaid on this are several large, semi-transparent, overlapping circles in shades of gray, creating a layered, geometric effect.

Direito Civil



ALIMENTOS DECORRENTES DA CONJUGALIDADE: UMA CATEGORIA JURÍDICA EM RELEITURA?

ALIMONY BETWEEN SPOUSES: A NEW LOOK OVER THE CATEGORY?

JOSÉ FERNANDO SIMÃO

Livre-docente, doutor e mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Largo São Francisco. Professor Associado da Faculdade de Direito da USP. Autor de obras jurídicas. Advogado em São Paulo. simaofjs@uol.com.br

ÁREA DO DIREITO: Família e Sucessões

RESUMO: Este artigo investiga questões decorrentes do dever de mútua assistência, advindos do vínculo conjugal, a partir das diversas categorias de alimentos devidos ao cônjuge originadas da lei, jurisprudência e da doutrina. Com a emancipação da mulher na sociedade atual, a categoria dos alimentos e seus efeitos deve ser revista e novos problemas surgem. O estudo concentra-se em três espécies de alimentos: os alimentos temporários, pós-divórcio e compensatórios e busca elucidar a sua aplicação no cenário atual.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de família – Alimentos – Alimentos temporários – Alimentos pós-divórcio – Alimentos compensatórios.

ABSTRACT: This article investigates a series of questions around the duty of support between spouses, specially focusing on the various categories of alimony that are due to a spouse and that are conceived by the Law, the jurisprudence or, yet, the doctrine. With the process of women's emancipation in the current society, the category of alimony and its effects must be revisited since new problems arise with it. This study concentrates itself in three specific types of alimony in Brazilian Law: temporary, postdivorce and compensatory alimony in its search to elucidate its application in the present.

KEYWORDS: Family law – Alimony – Temporary alimony – Postdivorce alimony – Compensatory alimony.

SUMÁRIO: I. Introdução – II. Termo final da obrigação alimentar: alimentos temporários – III. Desaparecimento da fonte da obrigação: alimentos pós-divórcio – IV. Natureza jurídica dos alimentos: alimentos compensatórios – V. Conclusão – Bibliografia.

I. INTRODUÇÃO

O direito de família na pós-modernidade tem passado por constantes releituras por parte da doutrina e da jurisprudência.

O conceito de família deixa de ser a união entre o homem e a mulher, decorrente do casamento (que era indissolúvel até 1977), e seus filhos legítimos (a impossibilidade de discriminação entre filhos desaparece com a Constituição de 1988 – art. 227, § 6.º) e passa a ser a união entre pessoas decorrente do casamento ou da união estável, independentemente do gênero, com ou sem filhos, unidos por um vínculo de afeto, bem como a relação com seus parentes, seja o vínculo consanguíneo ou civil (adoção ou socioafetividade).

O afeto como valor jurídico e fonte de parentesco é uma verdade social que passa a ser uma verdade jurídica, não por expressa previsão legal, mas por construção da doutrina e aceitação da jurisprudência.¹

A nefasta e odiosa discriminação entre homens e mulheres nos direitos e deveres decorrentes da conjugalidade e da parentalidade não mais subsistem em razão de expressa previsão de igualdade decorrente da Constituição de 1988.

É por essa razão que a categoria dos bens reservados (em favor da mulher casada) não mais subsiste no sistema (arts. 246 e 263, XII, do CC/1916); não se fala em chefia da sociedade conjugal (art. 233 do CC/1916), já que há igualdade em direitos e deveres; as decisões relativas ao poder familiar são tomadas conjuntamente (por ambos os genitores); a idade núbil passa a ser de 16 anos para homens e mulheres (art. 1.517 do CC); a imposição da separação obrigatória se dá aos 70 anos para homens e mulheres (art. 1641, II, do CC) e o CPC/2015 não mantém o foro privilegiado em favor da mulher casada nas ações relativas ao casamento (art. 100, I, do CPC/1973).²

1. Um exemplo, e apenas um, para ilustrar a assertiva, é que o STJ decidiu novamente em 2015 que o homem que voluntariamente registra como seu filho que biologicamente é de terceiro, não pode desfazer o vínculo socioafetivo existente. “Direito de família. Ação negatória de paternidade. Exame de DNA. Ausência de vínculo biológico. Paternidade socioafetiva. Reconhecimento. ‘Adoção à brasileira’. Improcedência do pedido. A chamada ‘adoção à brasileira’, muito embora seja expediente à margem do ordenamento pátrio, quando se fizer fonte de vínculo socioafetivo entre o pai de registro e o filho registrado, não consubstancia negócio jurídico vulgar sujeito a distrato por mera liberalidade tampouco avença submetida a condição resolutiva consistente no término do relacionamento com a genitora. 6. Recurso especial não provido (REsp 1.352.529/SP, 4.ª T., j. 24.02.2015, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 13.04.2015)”.
2. Essa é a redação do art. 53, I, do CPC/2015: “Art. 53. É competente o foro: I – para a ação de divórcio, separação, anulação de casamento e reconhecimento ou dissolução de união estável: a) de domicílio do guardião de filho incapaz; b) do último domicílio do casal, caso não haja filho incapaz; c) de domicílio do réu, se nenhuma das partes residir no antigo domicílio do casal”.

Se formalmente homens e mulheres são iguais, em termos materiais os dados indicam que as diferenças persistem não só no Brasil como em outros países.

Em 2007 a Fundação Carlos Chagas já alertava:³

“As mulheres ganham menos que os homens independentemente do setor de atividade econômica em que trabalhem. No ramo da educação, saúde e serviços pessoais, espaço de trabalho tradicionalmente feminizado, em 2007, por exemplo, encontraremos 1/4 dos trabalhadores e 11% das trabalhadoras ganhando mais de 5 salários mínimos.

No que tange à posição na ocupação, elas sempre ganham menos do que eles seja como empregadas, autônomas, empregadoras ou trabalhadoras domésticas. Veja-se o que ocorre no campo do trabalho doméstico, no qual predominam as trabalhadoras: em 2002, 94% delas mas 84% dos trabalhadores domésticos do sexo masculino ganhavam até 2 SM; em 2007 a tendência se acentua, pois 96% delas e 89% deles classificavam-se na mesma faixa de rendimentos.

Da mesma forma, são menores os patamares de rendimento feminino, independentemente da jornada semanal de trabalho. Em 2002, entre aqueles que trabalhavam em período integral (de 40 a 44 horas semanais) por exemplo, ganhavam até 2 SM 57% das ocupadas e 51% dos ocupados; na outra ponta, ganhando mais de 5 SM, estavam 16% dos homens e 13% das mulheres. Em 2007, ganhavam até 2 SM 65% das trabalhadoras e 56% dos trabalhadores em período integral, sugerindo mais uma vez que o rendimento do trabalho tem sido cada vez menor para ambos – e especialmente para elas –, mesmo num cenário de recuperação da economia e de expansão do emprego formal e informal, como o verificado nos últimos anos.”

No ano de 2008, Regina Madalozzo publicou um trabalho intitulado “Gênero e Desigualdade” em que afirmava o seguinte:⁴

“No *Gender Gap Index*, do Fórum Econômico Mundial (uma das medidas utilizadas para se inferirem as diferenças entre gêneros nos diferentes países), o Brasil ocupa a 74.^a posição em um ranking de 128 países, com a nota 0,66. Nesse ranking, a nota zero representa a completa igualdade entre gêneros e 1, a completa desigualdade. Dessa forma, podemos dizer que o Brasil se encontra

3. Disponível em: [www.fcc.org.br/bdmulheres/serie8.php?area=series]. Acesso em: abril de 2015.

4. Disponível em: [www.rae.fgv.br/sites/rae.fgv.br/files/artigos/5392.pdf]. Acesso em: abril de 2015.

na parcela de países que trata de forma bastante diferenciada homens e mulheres.”

Dados da Bélgica, por exemplo, indicam que as mulheres ganham 10% a menos que os homens por hora de trabalho e menos de 23% na soma anual de ganhos.⁵

A partir desta constatação podemos trabalhar três questões relativas aos alimentos decorrentes da conjugalidade: alimentos temporários, alimentos pós-divórcio e alimentos compensatórios.

II. TERMO FINAL DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR: ALIMENTOS TEMPORÁRIOS

Os alimentos podem ter por origem o parentesco (linha reta descendente e ascendente, bem como a linha colateral até segundo grau), a conjugalidade em sentido amplo (casamento ou união estável), a vontade de uma pessoa (legado e alimentos, por exemplo) ou o acordo de vontades (natureza contratual dos alimentos), bem como o ato ilícito.

Em suma, as três causas jurídicas da obrigação alimentar são a lei, a vontade e o delito.⁶

A questão que merece reflexão é a seguinte: em que momento se extingue a obrigação de prestar alimentos? A resposta depende da causa jurídica dos alimentos. Analisaremos cada uma delas.

Os alimentos devidos em razão da vontade se extinguem pelo termo ajustado pelas partes (no caso de negócio jurídico bilateral) ou indicado por uma delas (no caso de testamento). Note-se que o art. 1.920 do CC, não trata da extinção da obrigação alimentar decorrente do legado.⁷ Logo, cabe ao instituidor prever o termo. Na ausência de previsão, o legado é vitalício, ou seja, até a morte do legatário.

Os alimentos devidos pelo ato ilícito exigem uma reflexão mais profunda. São devidos em favor daquele que tinha dependência econômica quanto a *de cuius*. Nesse sentido, se o falecido deixa como dependentes apenas filhos menores, a pensão por morte (alimentos *ex delicto*) deve cessar quando estes

5. “Decontractualisation of Family law”, Prof. Elisabeth Alofs da Universidade de Antuérpia, Bélgica, apresentado XV Conferência Mundial da Sociedade Internacional de Direito de Família – ISFL em agosto de 2014.

6. CAHALI, Yussef. Dos alimentos em geral. São Paulo: Ed. RT, 2006, p. 21.

7. “Art. 1.920. O legado de alimentos abrange o sustento, a cura, o vestuário e a casa, enquanto o legatário viver, além da educação, se ele for menor.”

completarem 24-25 anos, pois nessa idade cessa, em regra, a dependência econômica.⁸

Se o falecido deixa cônjuge ou companheiro, com dependência econômica, o pagamento deve ocorrer até o final da vida do credor ou até a data em que o falecido completaria 75 anos, ou seja, a expectativa média de vida do brasileiro.⁹ O cálculo com a idade de 65 anos (limite etário histórico da média da população) revela descompasso completo com a realidade social e com o aumento da longevidade do povo brasileiro¹⁰.

No caso de o falecido ser menor de baixa renda, que ajuda a família em sua manutenção, a orientação que se tem adotado é de presumir o dano material em 1 (um) salário mínimo (Súmula 491 do STF) e a pensão é “fixada inicialmente em dois terços do salário mínimo,¹¹ a partir da data do óbito até o dia em que completaria 65 anos de idade, reduzindo-se para um terço do salário mínimo a partir do momento em que faria 25 anos de idade”.¹² Essa orientação merece críticas, pois se os credores são os pais do menor falecido, a idade de 65 anos (equivocada, pois a longevidade média aumentou) deveria ser dos credores e não do devedor. Evidentemente que na grande maioria dos casos os filhos morrem depois de seus pais. Assim, se se utilizar para fins de cálculo da

8. “Acidente de trabalho. Recurso especial. Omissão. Inexistência. Empresa que apresenta notória capacidade econômica. Possibilidade de determinação de inclusão dos beneficiários de pensão na folha de pagamento. Termo ad quem do pensionamento. Data em que os filhos completarem 25 anos.” (REsp 860.221/RJ, 4.^a T., j. 19.05.2011, rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJe* 02.06.2011) e também “a pensão para a viúva deve ser paga até a expectativa média de vida da vítima, segundo tabela do IBGE na data do óbito, ou até o falecimento da beneficiária; para os filhos menores, até a data em que estes completem 24 anos (AgRg no REsp 1.063.575/SP, 4.^a T., j. 27.05.2014, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, *DJe* 01.07.2014).”

9. Dados do IBGE de 2014. Disponível em: [www.g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2014/12/expectativa-de-vida-dos-brasileiros-sobe-para-749-anos-diz-ibge.html] Acesso em: 05.01.2016.

10. “Não é absoluto o critério temporal de fixação do termo final na data em que a vítima completaria 65 anos, devendo ser aferido em consonância com a tabela de sobrevivência adotada pela Previdência Social de acordo com cálculos elaborados pelo IBGE. Precedentes específicos do STJ.” (REsp 1.372.889/SP, 3.^a T., j. 13.10.2015, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, *DJe* 19.10.2015).

11. A redução de 1/3 decorre do fato de entender o STJ que se o falecido vivo fosse, gastaria consigo uma parte de seus ganhos. Estes gastos são convencionados em 1/3, ainda que tal montante não tenha qualquer base científica.

12. REsp 1.279.173/SP, 3.^a T., j. 04.04.2013, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, *DJe* 09.04.2013.

pensão a idade em que o filho falecido atingiria 65 anos, seus pais, mais velhos, já estariam mortos. A idade de 75 anos a ser utilizada é dos pais do falecido, que são os credores e não a idade do próprio falecido.

Os alimentos em razão do parentesco não se confundem com o dever de sustento dos pais para com os filhos. O dever de sustento é previsto para o casamento (art. 1.566, IV, do CC) e para a união estável (art. 1.724 do CC).¹³ O dever de sustento é unilateral em favor dos filhos menores e cessa quando o filho puder prover seu próprio sustento. Logo, não cessa automaticamente aos 18 anos, quando menor atinge maioridade civil, mas quando termina curso superior¹⁴ ou atinge 24-25 anos (o que ocorrer antes).¹⁵

Mesmo o dever de sustento deve ser compreendido sob um viés ético.¹⁶ O filho que está na Universidade e tem sucessivos insucessos escolares por des-caso, desídia, não deve ser premiado. O dever pode se extinguir por decisão judicial. Os pais não são obrigados a sustentar quem não demonstra um míni-mo interesse com os estudos e sua formação.¹⁷

13. É a velha máxima: “Quem pariu Mateus que o embale”.

14. “O entendimento do eg. Tribunal de origem está de acordo com a orientação desta Corte Superior, de que, em se tratando de filho maior, a pensão alimentícia é devida pelo seu genitor em caso de comprovada necessidade ou quando houver frequência em curso universitário ou técnico, por força do entendimento de que a obrigação parental de cuidar dos filhos inclui a outorga de adequada formação profissional. Contudo, cabe ao alimentado a comprovação de que permanece tendo necessidade de receber alimentos, o que não foi o caso dos autos. Nesse sentido: REsp 1.198.105/RJ, rel. a Min. Nancy Andrighi, DJe 14.09.2011” (AgRg no AREsp 13.460/RJ, rel. Min. Raul Araújo, 4.^a T., j. 19.02.2013, DJe 14.03.2013).

15. O cancelamento de pensão alimentícia de filho que atingiu a maioridade está sujeito à decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos (Súmula 358 do STJ de 13.08.2008).

16. Rolf Madaleno afirma que “o credor dos alimentos tem para com seu devedor um inarredável dever ético” (*Curso de direito de família*, Rio de Janeiro: GEN, 2014, p. 1085).

17. “Alimentando que, já no segundo semestre letivo, procede a rematrícula em apenas 1 (uma) única matéria, indo de encontro à grade curricular que elencava 4 (quatro) disciplinas obrigatórias – Circunstância que, além de evidenciar o desinteresse do recorrente pela obtenção da qualificação profissional, demonstra o mero intuito de obter vantagem pecuniária – Manifesta afronta à essência do compromisso jurídico – Ausência de elementos capazes de indicar que o afastamento do dever alimentar possa resultar em prejuízo ao apelante, que conta já 22 (vinte e dois) anos de idade, estuda em instituição de ensino superior gratuito (TJSC, 4.^a Câm. de Direito Civil, ApCiv. 2011.075264-6, j. 09.08.2012)”.

Os alimentos em razão do parentesco estão previstos nos arts. 1.696 e 1.697 do CC. Cessam quando desaparece a necessidade de quem os recebe¹⁸ ou quando o credor forma novo núcleo familiar (art. 1.708 do CC).¹⁹ Contudo, como a lei não pode servir de estímulo para a torpeza, a vantagem indevida, ou um comportamento aético, é de se frisar que aquele que precisa dos alimentos porque nada faz para garantir o próprio sustento, ou seja, prefere viver à custa de outrem (seu ascendente, descendente ou colateral) a trabalhar, este perderá o direito aos alimentos. Isso porque, na realidade, deles não necessita de fato.

Questão que se coloca, por fim, é da cessação do dever de prestar alimentos entre cônjuges. Os alimentos devidos após o casamento seriam perpétuos, ou seja, até o fim da vida do credor?

As causas de extinção estão no art. 1708 do Código Civil: “com o casamento, a união estável ou o concubinato do credor, cessa o dever de prestar alimentos”. As hipóteses em que o credor se envolve afetiva e/ou sexualmente com outrem, seja este impedido (concubinato) ou não (casamento e união estável) de se casar geram a extinção da obrigação alimentar. A lei “transfere” de maneira indireta ao terceiro o encargo, ainda que não jurídico, de cuidar e prover alimentos. O dispositivo é curioso. Se realmente ao iniciar novo casamento ou união estável há uma presunção que, em novo núcleo familiar, a solidariedade se dará com o novo cônjuge ou companheiro, no caso de concubinato não há tal presunção, mesmo porque dele não decorrem os efeitos do direito de família (art. 1.727).²⁰ Ainda que se diga que, na prática, o amante (concubino) pode não sustentar a amante, para o Código Civil o simples fato de existir concubinato (relação de efeitos meramente obrigacionais) o dever de prestar alimentos se extingue.

Ademais, a lei determina que “com relação ao credor cessa, também, o direito a alimentos, se tiver procedimento indigno em relação ao devedor” (art. 1708, parágrafo único). Procedimento indigno é tema controverso.

A noção de indignidade não se refere às hipóteses de exclusão da sucessão em razão das condutas descritas no art. 1.814 do CC. Indignidade para fins de

18. “Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros”.

“Art. 1.697. Na falta dos ascendentes cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais”.

19. Desenvolverei o tema ao tratar dos alimentos devidos entre cônjuges.

20. Adequada é a leitura que o Enunciado 265 do CJF dá ao dispositivo: “art. 1.708: Na hipótese de concubinato, haverá necessidade de demonstração da assistência material prestada pelo concubino a quem o credor de alimentos se uniu”.

sucessão não guarda qualquer relação com a perda da prestação alimentar. Aliás, se assim o fosse, bastaria que o art. 1.708 fizesse uma remissão ao art. 1.814, ou mencionasse expressamente “nas mesmas causas de indignidade sucessória”. Essa é a orientação do Código Civil espanhol: “cessa também a obrigação de dar alimentos quando o alimentando, seja ou não herdeiro necessário, tiver cometido algum ato que dê lugar à deserdação”.²¹

Isso não significa que as condutas descritas no art. 1.814 do CC não possam ser consideradas indignas para fins de cessação da prestação alimentar, conforme preconiza o Enunciado 264 do CJF.²² Assim, o filho credor que atenta contra a vida do pai certamente perderá os alimentos por procedimento indigno.²³ A ex-mulher que pratica crime contra a honra de seu ex-marido pelas redes sociais também perderá o direito os alimentos.

Contudo as hipóteses vão além das situações ali descritas.

A perda do direito aos alimentos em razão de procedimento indigno retoma a base ética das relações familiares. Indigno é o comportamento que afronta o devedor, atinge sua honra e moral, o humilha, o agride física ou psicologicamente, são situações muitas vezes vexatórias, que causam sofrimento ao credor.²⁴⁻²⁵

-
21. “Art. 152. Cesará también la obligación de dar alimentos: (...) 4. Cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación.”
 22. “Enunciado 264 – Art. 1.708: Na interpretação do que seja procedimento indigno do credor, apto a fazer cessar o direito a alimentos, aplicam-se, por analogia, as hipóteses dos incs. I e II do art. 1.814 do CC”.
 23. Interessante é a decisão do TJSP sobre homicídio: “alimentos. Mãe em face do filho maior e professor. Genitora que cometeu crime de homicídio doloso em face do ex-cônjuge, pai do alimentante. Conduta que evidencia comportamento indigno e ofensivo em face do filho. Aplicação do disposto no parágrafo único do art. 1.708 do CC. art. 1.814, I, ambos do CC. Pleito que fere a moralidade. O laço de sangue não é superlativo e não basta à imposição de pensão alimentícia. Alimentos indevidos. Sentença mantida. Recurso desprovido” (rel.: Rômulo Russo; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 7.ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 25.11.2015; Data de registro: 25.11.2015).
 24. Rolf Madaleno exemplifica como indigno o comportamento do pai que abandona seu filho na infância e adolescência, mantendo-se alheio, indiferente e hostil e depois, quando idoso, busca alimentos de seus filhos (op. cit., p. 1089). Na realidade, aqui não se trata de comportamento indigno para fins de aplicação do art. 1.708, parágrafo Único, do CC, pois na hipótese descrita por Madaleno o direito aos alimentos sequer nasce. Não cessa, pois simplesmente não nasceu. É novamente a base ética e a solidariedade familiar que impedem o nascimento da prestação alimentar.
 25. Flávio Tartuce entende que a inobservância da boa-fé objetiva e de seus deveres anexos pode ser considerada procedimento indigno (*Direito Civil, – Direito de Família*. 10. ed. São Paulo: GEN, 2015. vol. 5, p. 534).

O TJSP aplicou a noção de procedimento indigno na hipótese de ex-esposa que, recebendo pensão, permitiu que sua companheira homoafetiva e a irmã desta praticassem atos libidinosos com a filha do casal e agredissem fisicamente o menino. Esta conduta foi compreendida como sendo não ofensiva apenas aos filhos, como também ao ex-marido que sofreu consideravelmente.²⁶

Um último tema merece reflexão: fixada a pensão em favor do ex-cônjuge, deve o magistrado fixar um prazo após o qual esta se extingue? São os chamados alimentos temporários, pois são fixados com um termo final.

A questão é interessante e revela uma mudança, uma releitura da visão clássica quantos aos alimentos. Em regra, quem pede os alimentos é a mulher.²⁷ Os alimentos tradicionalmente fixados em favor da mulher o eram, sem qualquer prazo, ou seja, o ex-marido pagava até que provasse novo casamento ou nova união estável de sua antiga esposa.

Essa era uma praxe que tinha sua razão de ser. A mulher das décadas de 1950, 1960 e 1970, normalmente, abdicavam de sua carreira, de ter uma profissão, para cuidar dos filhos e marido.²⁸ Após um casamento longo, com o divórcio, a mulher se via em total desamparo econômico, sem qualificação profissional e sem chance de integrar o mercado de trabalho.²⁹

Contudo, com a revolução sexual, com as mudanças sociais e uma nova visão da família e do papel da mulher na sociedade, atualmente verifica-se um grande número de mulheres que trabalha fora do lar conjugal. Esse fenômeno se dá não só pela emancipação da mulher ocorrida na década de 1960 (Estatu-

26. “Separação Judicial litigiosa – Hipótese em que não se confirma prática de conduta desonrosa ou grave violação dos deveres do casamento durante a coabitação, apurando-se, sim, ter a mulher, na fase de separação de fato, praticado crime contra os costumes e contra os filhos menores, o que justificou condenação em processo criminal, com trânsito em julgado – Não obstante sem definição da culpa, preserva-se a separação ditada pela insuportabilidade da vida em comum, prestigiada a partilha de bens adquiridos durante o matrimônio – Acolhimento do recurso, porém, para reconhecer a exoneração do dever de o autor pagar alimentos à ré em razão do comportamento indigno da ex-mulher, nos termos do parágrafo único, do art. 1.708, do CC – Recurso provido, em parte, para esse fim.” (rel.: Enio Zuliani; Comarca: Sorocaba; Órgão julgador: 4.ª Câm. de Direito Privado; Data do julgamento: 13.05.2010; Data de registro: 14.06.2010; Outros números: 6732634800).

27. Essa locução “em regra” indica a experiência da praxe forense e não um dado científico”.

28. Como nos revela o historiador inglês Eric Hobsbawm, na última década do séc. XIX, 95% dos homens casados estavam ocupados, ao passo que apenas 12% das mulheres, nesta condição, o estavam. (HOBSBAWM, Eric J.. *Era dos Impérios (1875 a 1914)*. 10. ed. São Paulo, Paz e Terra: 2006, p. 276)

29. Conforme a música de Mario Lago e Ataulfo Alves, era “Amélia, a mulher de verdade”.

to da Mulher Casada), como em razão da necessidade econômica das famílias que não sobreviveriam apenas com a renda do marido.

Com essa mulher profissionalmente qualificada, com formação para o trabalho fora do lar conjugal e que, normalmente, ficou casada por um período curto de tempo, a releitura que se faz da pensão alimentícia é que esta deve ser fixada a termo, ou seja, por um período determinado. Esse tempo deve ser suficiente para que o ex-cônjuge consiga um emprego.

Essa nova leitura está refletida de maneira clara e simples em decisão do STJ de 2014. Em razão da precisão da orientação, transcrevo a ementa do julgado:

“Rompidos os laços afetivos e a busca comum pela concretização de sonhos e resolvida a questão relativa à guarda e manutenção da prole – quando houver –, deve ficar entre o antigo casal o respeito mútuo e a consciência de que remanesce, como efeito residual do relacionamento havido, a possibilidade de serem pleiteados alimentos, em caso de necessidade, esta, frise-se, lida sob a ótica da efetiva necessidade. Não tendo os alimentos anteriormente fixados, lastro na incapacidade física duradoura para o labor ou, ainda, na impossibilidade prática de inserção no mercado de trabalho, enquadra-se na condição de alimentos temporários, fixados para que seja garantido ao ex-cônjuge condições e tempo razoáveis para superar o desemprego ou o subemprego. *Trata-se da plena absorção do conceito de excepcionalidade dos alimentos devidos entre ex-cônjuges, que repudia a anacrônica tese de que o alimentado possa quedar-se inerte – quando tenha capacidade laboral – e deixar ao alimentante a perene obrigação de sustentá-lo.*”³⁰

Em suma, os alimentos temporários são a regra e os alimentos perenes, sem prazo definido para sua cessação, são excepcionais. Os índices do IBGE indicam que as mulheres trabalham e muito, normalmente em triplo turno: o trabalho doméstico (manhã e tarde) e aquele fora do lar (noite). Assim, alimentos temporários, para a recolocação no mercado de trabalho, são adequados, em regra. Não há mais a profissão “ex-marido” ou “ex-mulher”. É por isso que em caso de idade avançada ou doença do cônjuge, os alimentos são devidos de maneira permanente. Há um acerto em se adequar a leitura do casamento ao atual momento histórico.

III. DESAPARECIMENTO DA FONTE DA OBRIGAÇÃO: ALIMENTOS PÓS-DIVÓRCIO

Outra questão importante e instigante que vem sendo tratado pela doutrina é o tema dos alimentos pós-divórcio. Explico a questão analisando as diversas fontes dos alimentos.

30. REsp 1.388.116/SP, 3.^a T., j. 20.05.2014, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 30.05.2014.

Na hipótese de parentesco, a origem da obrigação, em regra, não desaparece com o passar o do tempo. Pais e filhos, irmãos, mantêm o parentesco por toda a vida. É possível se imaginar, em situações excepcionais, o desaparecimento do parentesco. É o caso da adoção que gera o rompimento dos vínculos com a família biológica para todos os seus efeitos, inclusive alimentos.³¹

Ainda, o parentesco deixa de existir na hipótese de ação negatória de paternidade em que o marido ou companheiro enganado pode desfazer os vínculos jurídicos de parentesco, pois a paternidade nasceu com base em erro.³²

Na hipótese de ato ilícito (alimentos *ex delicto*), ou quando os alimentos nascem da vontade, a origem da obrigação também não desaparece com o passar do tempo. É possível se imaginar que, mesmo nestas hipóteses, a origem desapareça, mas isso é incomum e excepcional.

Exemplo disso se verificaria com a invalidação do testamento que fixou o legado alimentar ou a do contrato em que os alimentos foram acordados. Os vícios do consentimento, por exemplo, ou a incapacidade em razão da idade seriam exemplos de causas de invalidação do negócio jurídico.

No caso de alimentos em razão do ato ilícito, poder-se-ia imaginar uma ação rescisória proposta pelo réu que venha a rescindir a decisão que condenou o causador do dano a pagar alimentos *ex delicto*.

As situações expostas são possíveis, mas de pouca frequência na praxe forense. Contudo, para o casamento, a situação é bastante diferente. A cobrança dos alimentos surge, em regra, quando a comunhão de vidas já acabou, quando a relação afetiva está em crise ou em seus dias finais.

Note-se que a origem da prestação alimentar é a existência do vínculo conjugal. Antes do rompimento do vínculo, os alimentos podem ser pedidos pelos cônjuges. Se este não mais existe, se o vínculo conjugal foi rompido, podem os ex-cônjuges pedirem alimentos? Cônjuge não é parente. O vínculo que os alia e faz nascer o dever de prestar alimentos é o casamento. Se não há mais vínculo, qual seria o fundamento jurídico para se permitir cobrança de alimentos entre eles?

Uma breve nota histórica se faz importante. Até a EC 66/2010, que alterou a redação do art. 226, § 6.º, da CF/1988, era possível ou necessário aos cônjuges que se valessem da separação judicial ou extrajudicial para romper a sociedade

31. Exceção feita aos impedimentos matrimoniais que se mantêm (art. 41 do ECA).

32. Curiosamente, o STJ admite a procedência da ação, mesmo já existindo vínculos socioafetivos entre o menor e seu pai (REsp 1330404/RS, 3.ª T., j. 05.02.2015, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe 19.02.2015).

conjugal e, só então, após um ano, poderiam se divorciar. A separação de direito era necessária aos casais que não estavam separados de fato há mais de 2 anos.

Note-se que os separados de direito (por sentença ou escritura pública) tinham rompida a sociedade conjugal, mas não o vínculo. Assim, poderiam pedir alimentos, pois permaneciam cônjuges. O divórcio, em regra, demorava a acontecer e quando ocorria os alimentos já haviam sido pedidos.

O problema que se coloca, hoje, com a Emenda 66/2010 que tornou o divórcio um direito potestativo e irresistível, é saber se os ex-cônjuges podem pedir alimentos após a extinção do casamento que era a causa, a origem do dever alimentar.³³

Sendo o procedimento de divórcio célere, permitindo inclusive que a sentença seja proferida por capítulos (Candido Rangel Dinamarco) ou admitindo concessão de tutela antecipada (Marinoni), o cônjuge poderá estar divorciado antes de ter pedido alimentos.

Duas soluções são possíveis: a primeira e tradicional é afirmar que o direito não socorre aos que dormem, e caberia ao cônjuge, citado da ação de divórcio, propor de imediato a ação de alimentos. Se não o fez, juridicamente não poderá fazê-lo após o divórcio ter sido decretado. Mesmo porque, se recorrer³⁴ da decisão que concede o divórcio, terá mais tempo para propor a ação de alimentos.

A segunda e mais ousada é admitir que o cônjuge que dos alimentos necessita proponha a ação mesmo após o fim do casamento, ou seja, mesmo com o vínculo dissolvido. Essa solução exige uma base teórica, sob pena de se tornar “achismo” ou apenas boa vontade de parte da doutrina.

Um argumento que é trazido pela doutrina para, findo o matrimônio, perdurar o dever de mútua assistência, é que “apesar de a lei não admitir tal expressamente, não se pode chegar à conclusão diversa, pois o art. 1.708 e seu parágrafo não se referem ao divórcio. Mais um argumento: o dever alimentar cessa somente pelo novo casamento do beneficiário. Como só há a possibilidade de novo matrimônio após o divórcio, está claro que persiste o encargo mesmo estando os cônjuges divorciados”.³⁵

33. O problema não se coloca que se a ação de alimentos for proposta e o divórcio ocorrer a pós a propositura. Isso porque o pedido já havia sido feito enquanto estava hígido o vínculo.

34. O problema que se coloca é qual seria o fundamento para se apelar da sentença. Pela técnica, não há qualquer argumento a impedir o divórcio, logo não há argumentos para se recorrer da decisão.

35. DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 465.

O argumento padece de vícios lógicos. O divórcio põe fim ao casamento e, se põe fim ao vínculo conjugal, desaparece, com ele, a sociedade conjugal. É esta que contém os deveres do casamento (inclusive a mútua assistência prevista no art. 1.566) e os regimes de bens.

Findo o casamento, extinto o vínculo e a sociedade conjugal, extinto o dever de mútua assistência, não se pode pedir alimentos pós-divórcio.

O Código não diz que, com o divórcio, pode o ex-cônjuge se casar novamente; não menciona que após o divórcio acaba o regime de bens; que após o divórcio o ex-cônjuge perde a qualidade de herdeiro (vide art. 1.830 do CC) etc. Não diz e nem precisava dizer, pois o divórcio extingue o casamento e os efeitos da extinção são os acima descritos.

Quando o Código Civil determina que com o novo casamento “cessa o dever de prestar alimentos”, a afirmação significa que o dever surgiu e deixou de existir. Simples assim. Aquele que pagava alimentos pode parar de pagar. Para aquele que nunca pagou, não há cessação do dever, mas seu não surgimento.

Logo, o Código Civil corretamente não menciona o divórcio como causa de cessação daquilo que já nasceu, mas sim o novo casamento ou união estável.

Outro argumento invocado é a Constituição Federal, pois os alimentos decorrem do princípio da solidariedade social (art. 3, I, da CF/1988).³⁶ Esse argumento é preocupante, pois o princípio não densificado é porta aberta para qualquer interpretação e seu uso se dará, utilizando expressão popular, “ao gosto do freguês”.³⁷ Flávio Tartuce não aprofunda o debate e apenas afirma que “solidariedade é ato humanitário de responder pelo outro, de preocupar-se e de cuidar de outra pessoa”.³⁸

Ainda, temos o argumento pelo qual “essa forma de pensar os alimentos está em melhor sintonia com a dignidade da pessoa humana e do Direito Civil constitucional. Caso não admitidos os alimentos pós-divórcio, a Emenda do Divórcio teria retirado em parte a eficácia concreta dos alimentos entre cônjuges, o que não é o caso”.³⁹ A questão novamente que se coloca é a seguinte: o preceito

36. TARTUCE, Flávio. *Direito Civil – Direito de Família*. 10. ed. São Paulo: GEN, 2015. vol. 5, p. 529.

37. Não se deve esquecer que o preâmbulo do AI 5, um dos maiores atentados contra os direitos humanos e liberdades individuais, menciona a dignidade humana como um de seus fundamentos.

38. *Direito Civil – Direito de Família*. 10. ed. São Paulo: GEN, 2015. vol. 5, p. 12.

39. TARTUCE, Flávio. Alimentos. In: *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 546.

constitucional é invocado em favor do devedor, mas não poderia ser invocado também em favor do credor que paga sem ter o dever jurídico de fazê-lo? Como pessoa humana que o é, é justo (*suum cuique tribuere*) pagar o que não deve?

Há quem apenas afirme que “sem dúvida, o simples fato de ter sido dissolvida a relação jurídica matrimonial não pode na (sic) cessação dos efeitos dela decorrentes. São coisas distintas”. O argumento é curioso. Haveria dever de fidelidade após o divórcio ou a morte de um dos cônjuges por esse raciocínio, pois o dever de fidelidade é efeito do casamento e não se confunde com ele.⁴⁰

A questão é realmente de eficácia. É possível que um dos efeitos do casamento se mantenha após a sua extinção? O dever de mútua assistência é integrante da sociedade conjugal. Com a separação de direito e finda a sociedade conjugal o dever se protraí no tempo por força expressa de lei (art. 1.704 do CC, *caput*). Há uma pós-eficácia de um dever que estaria extinto em razão do fim da sociedade conjugal. A pós-eficacização da mútua assistência encontra amparo legal.

Contudo, no caso do divórcio, não há expressa previsão legal. A única forma de manutenção do dever de prestar alimentos após o divórcio é aplicação analógica do art. 1.704. Esse é o único fundamento viável para se admitir que, extinto o vínculo, os cônjuges possam exigir alimentos entre si. O dever de prestar alimentos se protraí no tempo, exatamente para garantir o mínimo existencial ao ex-cônjuge.

Apesar disto, a aplicação analógica gera uma questão que a doutrina não enfrenta. Explico. Se o art. 1.704 for aplicado e, mesmo após o divórcio, o ex-cônjuge puder pedir alimentos, esse direito não encontra limites temporais? Após 20 anos de divórcio o ex-marido fica desempregado. Poderia ele pedir alimentos a ex-mulher?

Na hipótese de separação de direito (art. 1.704), a questão não se colocava, pois, após sua decretação, os cônjuges buscavam o divórcio e com ele acabava o direito aos alimentos.

Entendo que o prazo deve ser curto. Se o problema é a rapidez do processo de divórcio pós Emenda 66/2010, o ex-cônjuge que promova a ação em prazo curto, de acordo com a análise do caso concreto.

Há decisão do STJ nesse sentido:

“Em atenção ao princípio da mútua assistência, mesmo após o divórcio, não tendo ocorrido a renúncia aos alimentos por parte do cônjuge que, em razão dos longos anos de duração do matrimônio, não exercera atividade econômica,

40. FARIAS, Cristiano Chaves de; e ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 738.

se vier a padecer de recursos materiais, por não dispor de meios para suprir as próprias necessidades vitais (alimentos necessários), seja por incapacidade laborativa, seja por insuficiência de bens, poderá requerê-la de seu ex-consorte, desde que preenchidos os requisitos legais.”⁴¹

O argumento adotado como razão da decisão é o seguinte: não tendo ocorrido a renúncia quando do divórcio, o direito aos alimentos pode ser exercido pelo ex-cônjuge. Se renúncia houvesse, esta impediria o exercício do direito aos alimentos. A única falha do argumento é que no momento do divórcio, como o vínculo conjugal deixa de existir, não é necessária a renúncia, pois a única fonte que permitiria a cobrança de alimentos (o casamento) desapareceu.⁴²

IV. NATUREZA JURÍDICA DOS ALIMENTOS: ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS

O termo “alimentos” é, em si, problemático para compreensão da categoria jurídica e de sua finalidade.

Yussef Cahali afirma que em seu significado vulgar, “alimentos” correspondem a tudo aquilo que é necessário à conservação do ser humano com vida e que em sentido jurídico, em linguagem técnica, basta acrescentar a ideia de obrigação que é imposta a alguém, em função de uma causa jurídica prevista em lei, de prestá-los a quem necessite.⁴³

A noção de alimentos seria mais bem compreendida se a categoria recebesse o nome diverso. Contudo, diante de sua consolidação doutrinária, trabalharei a questão sob o enfoque dos alimentos.

A doutrina buscou, por meio da classificação, superar os problemas da terminologia inadequada.

Assim, temos a categoria dos alimentos naturais, necessários ou indispensáveis que são aqueles que garantem o necessário à subsistência do credor: alimentação, vestuário, educação (se for o caso), moradia, atendimento médico (em sentido amplo) e um lazer mínimo.

Por outro lado, temos os alimentos cômputos ou civis que são aqueles que garantem a manutenção do estado anterior, ou seja, que não haja alteração do *status quo* em favor do credor. Na definição de Cristiano Chaves de Farias e

41. REsp 1.073.052/SC, 4.^a T., j. 11.06.2013, rel. Min. Marco Buzzi, DJe 02.09.2013. No caso em questão, a ex-esposa propôs a ação de alimentos após um ano do trânsito em julgado do divórcio.

42. Renúncia aos alimentos, no momento do divórcio, quanto a um direito que deixaria de existir naquele exato momento, é algo estranho e de pouca utilidade.

43. *Op. cit.*, p. 15.

Nelson Rosendal tais alimentos “implicam (*sic*) na manutenção não somente da pessoa, mas, igualmente, do seu *status social*”.⁴⁴

Rolf Madaleno afirma ser “diretriz para a fixação dos alimentos a condição socioeconômica do prestador da verba pensional, porque sua estratificação social interfere na quantificação dos alimentos, em indissociável correlação com a riqueza exterior do devedor, e apurada ao tempo do casamento, ou da união estável (...)”.⁴⁵

Ora, da leitura da melhor doutrina percebe-se que no sistema brasileiro, a regra é o pagamento dos alimentos civis ou cômputos, com a manutenção do *status quo* do credor, sendo que, em razão da culpa do credor (alimentando) os alimentos serão os naturais.⁴⁶

Com essa premissa teórica pela qual os alimentos são civis e mantém o mesmo padrão de vida do credor, inicio uma reflexão sobre os chamados “alimentos compensatórios”.

Explica Rolf Madaleno que “nos alimentos compensatórios, o decreto de divórcio tratará de dissolver a relação conjugal e assegurar ao cônjuge destituído da meação e de valores amealhados no curso do casamento uma pensão proporcional aos bens e às rendas que conformam o patrimônio particular e incomunicável construído durante a relação afetiva do casal”.

Qual a natureza jurídica dessa compensação econômica? Analiso as características dos alimentos inicialmente para se verificar se efetivamente os ditos “alimentos” compensatórios são efetivamente alimentos.

Os alimentos têm as seguintes características:

a) são *irrenunciáveis* entre parentes (art. 1.707 do CC). Por mais que o filho maior e capaz esteja em situação financeira confortável, não poderá renunciar ao direito de pedir alimentos, pois estes decorrem da manutenção da vida, e esta não é disponível no Direito brasileiro (é por isso que auxílio ao suicídio está tipificado como crime). É verdade que, quanto aos alimentos entre cônjuges ou companheiros, devidos ao fim do casamento ou união estável, a questão é controversa, mas a doutrina tende a concordar com sua renunciabilidade;⁴⁷

44. *Op. cit.*, p. 769.

45. *Op. cit.*, p. 909.

46. CC, “Art. 1.694, § 2.º. Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia”.

47. Há quem defenda que esses alimentos podem ser objeto de renúncia depois de devidos e não prestados, pois é permitido o não exercício do direito a alimentos (Carlos Roberto Gonçalves, *Direito de Família*, 2.010, p. 505) e quem discorde, por entender que o art. 1707 não admite qualquer exceção (Maria Berenice Dias, *op. cit.* p. 458).

b) não são passíveis de cessão (art. 1.707 do CC). Isso quer dizer que o credor (alimentando) não pode ceder o crédito alimentar a título gratuito ou oneroso. A cessão do crédito será nula, pois a lei lhe proíbe a prática (art. 166, VII, do CC);

c) são impenhoráveis (art. 1.707 do CC). Há uma ponderação de valores. De um lado temos o crédito de alguém que precisa ser satisfeito com bens do devedor. De outro temos os alimentos que compõe o acervo patrimonial do devedor, mas de forma especial, pois os alimentos garantem a sobrevivência daquele que os recebe. A conclusão que se chega é que a lei sacrifica o valor “crédito” para permitir que os alimentos continuem no patrimônio do devedor de forma a garantir sua sobrevivência. Essa também é a razão da impenhorabilidade dos salários (art. 649, IV, do CPC/1973);⁴⁸

d) não podem ser compensados (arts. 373, II, e 1.707 do CC). A compensação, como forma de extinção da obrigação, significa que se as partes forem reciprocamente credoras e devedoras de dívidas líquidas, vencidas e fungíveis entre si, ocorre a extinção daquela de menor valor, remanescendo devida a diferença entre elas. Supondo que a ex-mulher tem uma dívida de R\$ 50.000,00 para com seu ex-marido. O Juiz fixa a pensão em favor da mulher na importância de R\$ 2.000,00 por mês. Um simples cálculo matemático indica que, em razão da compensação, o marido poderia ficar sem pagar a pensão alimentícia por 25 meses. A compensação frustraria o caráter da pensão que garante a sobrevivência do alimentário. A possibilidade de compensação é afastada exatamente em razão da função precípua dos alimentos;⁴⁹

e) são imprescritíveis. Isso significa que direito de pedir os alimentos entre parentes não “prescreve” quando não exercido. Na realidade, o não exercício da

48. O art. 833 do CPC/2015 dispõe que são impenhoráveis: “IV – os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2.º”.

49. Contudo, excepcionalmente admite-se compensação de maneira parcelada e diferida. Se o empregador, em certo mês, realiza duas vezes o desconto em folha da pensão, o empregado devedor pode pedir a compensação sobre as parcelas vincendas, de maneira a não deixar em desamparo o credor. Nesse sentido: “1. O desconto indevido realizado nos proventos do alimentante, por erro de terceiro, é passível de compensação nas prestações vincendas relativas à pensão alimentícia, evitando-se o enriquecimento sem causa da parte beneficiária em detrimento da obrigada, autorizando, assim, a mitigação do princípio da incompensabilidade da verba de natureza alimentar. 2. Trata-se de exceção ao princípio da não compensação da verba alimentar, porquanto o desconto atinge rendimento de igual natureza, do alimentante (REsp 1287950/RJ, 4.ª T., j. 06.05.2014, rel. Min. Raul Araújo, DJe 19.05.2014)”.

posição jurídica pelo credor não gera *supressio*, ou seja, não impede o exercício posterior. O tempo não tem o condão de retirar a possibilidade de os parentes pedirem alimentos. Contudo, não se pode confundir a questão com a prescritebilidade da pretensão quando a prestação alimentar estiver fixada e vencida. O prazo é prescricional de dois (2) anos, nos termos do art. 206, § 2.º, do CC; e

f) são considerados, historicamente, intransmissíveis (art. 402 do CC/1916). Isso quer dizer que, com a morte do alimentante ou do alimentário, a obrigação se extingue, seguindo a máxima latina *alimenta solum debentur pro tempore, quo alimentandus vivit, et pro tempore decurso post ejus mortem ad haeredes non transmitantur*.⁵⁰ Contudo, o art. 1.700 do CC determina que a obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.694. Essa transmissibilidade tem sua explicação. Se os alimentos decorrem da solidariedade familiar e garantem o direito à vida, nada mais lógico que com a morte do devedor, os alimentos continuem a ser prestados pelo espólio deste. É claro que a interpretação harmônica do sistema exige duas conclusões: 1) a transmissão se dá com relação às prestações vencidas e vincendas e; 2) a responsabilidade se dá nas forças da herança, não atingindo os bens pessoais dos herdeiros do devedor (art. 1.792 do CC).⁵¹

Os “alimentos compensatórios”, por sua vez, são:

a) renunciáveis, como toda a indenização, pois se trata de valor pecuniário a ser integrado ao patrimônio de um dos cônjuges;

b) passíveis de cessão, pois como todo e qualquer crédito, não havendo expressa vedação legal, é transferível;

c) penhoráveis, assim como todos os demais bens do devedor que não estejam ressalvados por lei expressamente;

d) compensáveis como eventuais débitos do credor com seu antigo cônjuge, pois sendo os valores líquidos, vencidos e fungíveis entre si a compensação é automática;

50. Yussef Cahali, op. cit., p. 48.

51. Não se desconhece decisão de 2015 do STJ em sentido contrário: “Extinção da obrigação personalíssima de prestar alimentos. Impossibilidade de transmissão ao espólio. 1. Observado que os alimentos pagos pelo de cujus à recorrida, ex-companheira, decorrem de acordo celebrado no momento do encerramento da união estável, a referida obrigação, de natureza personalíssima, extingue-se com o óbito do alimentante, cabendo ao espólio recolher, tão somente, eventuais débitos não quitados pelo devedor quando em vida. Fica ressalvada a irrepetibilidade das importâncias percebidas pela alimentada. Por maioria (REsp 1.354.693/SP, 2.ª Seção, j. 26.11.2014, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, rel. p/ Acórdão Min. Antonio Carlos Ferreira, DJe 20.02.2015).” A decisão, contudo, revela-se *contra legem*, pois afronta o texto do art. 1.700 do CC.

e) prescritíveis, ou seja, há prazos para exercício da pretensão.

Conclusão a que se chega é que os “alimentos” compensatórios não são alimentos, logo, melhor o termo “compensação econômica” de Rolf Madaleno.⁵² O autor afirma que a natureza dessa compensação econômica é claramente *indenizatória* com o objetivo de eliminar, até onde for possível, o desnível econômico que se estabelece em razão do divórcio.⁵³

É “indenização” que se aplica aos casados por separação convencional de bens, pois em razão do regime eleito pelos cônjuges, não há meação dos bens adquiridos onerosamente durante o casamento.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald são lacônicos quanto à natureza jurídica dos “alimentos” compensatórios, apesar de admiti-los. Dizem, apenas, que o fundamento é a boa-fé objetiva, “quando o comportamento do outro, durante a convivência, gerou uma justa expectativa de manutenção mesmo no caso de uma dissolução. Dessa maneira, para se evitar a frustração da justa expectativa despertada pelo comportamento recíproco, seria possível defender os alimentos em perspectiva compensatória, fixados em valor proporcional ao padrão de vida mantido anteriormente”.⁵⁴

As duas teses trazem dúvidas intransponíveis.

Se a “compensação econômica” é verdadeira indenização, temos um grande problema para todo o direito civil. Indenizar significa “apagar” o dano, devolver o que foi apoucado, diminuído.⁵⁵

A “queda no padrão de vida” é um dano em sentido jurídico? Não, pois não se pode afirmar que o cônjuge tem direito adquirido a um padrão de vida. Não se trata de perder um bem ou direito a queda no padrão de vida.

O fato de um dos cônjuges ter grande patrimônio (herdado de seus pais, por exemplo, ou mesmo por ele adquirido na constância do casamento pelo regime de separação de bens) e o outro nenhum é “dano” em sentido jurídico a gerar indenização? Perceber frutos daquilo que me pertence pode gerar a danos a terceiros, mas não em sentido jurídico.⁵⁶

52. Após severa crítica à nomenclatura e à categoria em artigo de minha autoria, Rolf Madaleno passou a designá-los “alimentos compensatórios ou compensação econômica”.

53. *Op. cit.*, p. 1057-1058.

54. *Op. cit.*, p. 733.

55. *Damnus* tem origem no verbo latino *demere*.

56. Eu efetivamente deixo de ganhar os “lucros” do Banco Itaú distribuídos anualmente. E porque não os recebo? Porque não sou acionista do Banco. Sofri eu um dano?

Os frutos produzidos por bens particulares e que não se comunicam seriam lucros cessantes? A resposta é negativa, pois ninguém tem direito a bem alheio, nem a seus acessórios, salvo expressa previsão legal.

Se se trata de indenização, a responsabilidade do cônjuge “causador” do dano é subjetiva ou objetiva? Se for objetiva, a responsabilidade independe de culpa. Contudo, a responsabilidade objetiva nasce da lei e não há no sistema nenhum dispositivo que a justifique. Em sendo subjetiva, caberá à vítima (cônjuge cujo padrão de vida decaiu) demonstrar a culpa do outro: negligência, imprudência ou imperícia. É crível que estas categorias sejam aplicadas ao fim do casamento mormente após a edição da Emenda 66/2010?

Em sendo indenização, deve-se exigir uma conduta ilícita do causador do “dano” (rebaixamento do nível de vida ou percepção dos frutos dos bens particulares adquiridos no curso do casamento). Qual é ato ilícito que pratica o cônjuge ao pedir o divórcio gerando o rebaixamento do nível de vida? Qual é o ilícito que pratica o cônjuge, dono exclusivo do bem, que recebe seus frutos? A resposta é simples: há exercício regular de direito, apenas, não havendo ilicitude ou abuso.

Em se tratando de indenização, esta se mede pela extensão do dano (art. 944 do CC). Como se quantifica o “valor” da indenização chamada de compensação econômica? Calcula-se o valor dos bens particulares do cônjuge “mais rico” e fixa-se em 50% a indenização em favor do outro? Como se calcula a extensão de um dano, se dano não há?

Por fim, se efetivamente, os alimentos compensatórios são devidos para manter um padrão que foi perdido, há uma sobreposição de categorias jurídicas: os alimentos civis ou cômputos, regra segundo o art. 1.694 do CC, servem exatamente para isto: evitar a mudança do *status quo*. Se for essa a função dos alimentos compensatórios, essa função já é desempenhada pelos alimentos cômputos, o que gera perplexidade ainda maior na compreensão da categoria jurídica.

No Brasil, a “compensação econômica” ou os “alimentos compensatórios” carecem de base legal e não podem ter qualquer aplicação. A falta de expressa previsão legal impede a aplicação de uma “compensação” baseada apenas em suposto enriquecimento sem causa. Causa há e ela se chama pacto antenupcial que expressamente prevê a separação de bens.

O cônjuge que “combinou mal”, acordando um regime que não lhe era benéfico quando da dissolução do casamento, não pode exigir algo que não tem direito: rendas de bens que só pertencem ao outro cônjuge.

Como bem lembra Otavio Luiz Rodrigues Junior, há países em que esta figura é prevista em lei que disciplina com minudência sua aplicação. Exemplo disto é o art. 97 do CC espanhol que prevê que “se a separação ou o divórcio venha a produzir um ‘desequilíbrio econômico’ de um cônjuge ‘em relação à posição do

outro', o qual implique 'uma piora de sua situação anterior ao casamento', o prejudicado terá direito a "uma compensação, que poderá consistir em uma pensão temporária ou por tempo indefinido, ou em uma prestação única, segundo o que se determine no acordo ou em sentença". Se não houver acordo, o juiz determinará, na sentença, o valor da compensação, que "levará em conta as seguintes circunstâncias": 1) os acordos a que tiverem chegado os cônjuges; 2) sua idade e seu estado de saúde; 3) sua qualificação profissional e sua empregabilidade; 4) sua dedicação anterior e futura à família; 5) seu trabalho e colaboração nas atividades empresárias, industriais ou profissionais do outro cônjuge; 6) a duração do matrimônio e da convivência conjugal; 7) a perda eventual de um direito de pensão; 8) o capital e os meios econômicos e as necessidades de um e outro cônjuge; 9) qualquer outra circunstância relevante. Na decisão judicial, fixar-se-ão as "bases para se atualizar a pensão e as garantias para sua efetividade".⁵⁷

Assim sendo, as decisões de concessão desta compensação, apoiadas em farta doutrina, geram, no mínimo, dificuldade de compreensão da categoria jurídica construída e de seu fundamento jurídico.

V. CONCLUSÃO

A situação econômica da mulher continua em situação de inferioridade quando comparada a do homem. A realidade não é apenas brasileira, mas sim uma constante mundial.

A categoria dos alimentos, por sua vez, precisa de uma leitura adequada à realidade social. Isso não significa, contudo, que o Direito possa violar seus princípios e regras para "resolver" tal desigualdade econômica. Tenho dúvidas sobre a eficácia de um sistema em que o Direito se arvora nesta função.

Assim, a categoria dos alimentos temporários é adequada e tem tido correta aplicação. Cabe ao ex-cônjuge, sendo possível, prover seu próprio sustento, já que o vínculo conjugal que um dia existiu não mais existe. A pós-eficácia do dever de sustento não pode ser perpétua em tempos em que a mulher ocupa seu espaço no mercado de trabalho.

A categoria dos alimentos pós-divórcio é controversa e necessita de esforço doutrinário para sua efetiva construção. A simples transposição dos princípios constitucionais não é suficiente. Entendo ser justa a pós-eficácia do dever de alimentos, mas seu fundamento precisa ser bem delineado.

57. Alimentos compensatórios no Brasil e no exterior (parte 3). Disponível em: [www.conjur.com.br/2014-jan-22/direito-comparado-alimentos-compensatorios-brasil-externo-parte]. Acesso em: 08.01.2016.

Por fim, alimentos compensatórios não existem no sistema brasileiro. Não há base legal. Sua concessão não passa de vontade de fazer Justiça à margem da lei.

BIBLIOGRAFIA

Livros

CAHALI, Yussef. *Dos alimentos em geral*. São Paulo: Ed. RT, 2006.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

HOBBSAWM, Eric J.. *Era dos Impérios (1875 a 1914)*. 10. ed. São Paulo, Paz e Terra: 2006.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*, Rio de Janeiro: GEN, 2014.

TARTUCE, Flavio. *Direito Civil, – Direito de Família*. 10. ed. São Paulo: GEN, 2015. vol. 5.

_____. *Alimentos in Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Alguns aspectos da prestação alimentar, de Ronaldo Frigini – *RT* 684/47-58 (DTR\1992\308);
- Alimentos, de Sílvio Rodrigues – *Doutrinas Essenciais Família e Sucessões* 5/817 (DTR\2012\2180);
- Direito de Família. Alimentos. Questões ligadas à atuação do Juiz, de Rogério Ribas – *RT* 796/141-156 (DTR\2002\122);
- O *quantum* da pensão alimentícia, de Eduardo de Oliveira Leite – *RT* 771/38-50 (DTR\2000\118); e
- Renúncia aos alimentos pela mulher, de Paulo de Campos Azevedo – *Doutrinas Essenciais Família e Sucessões* 5/771 (DTR\2012\2190).

O MÉDICO E O ADVOGADO: ALGUMAS REFLEXÕES

THE DOCTOR AND THE LAWYER: SOME THOUGHTS

FERNANDO CAMPOS SCAFF

Livre-Docente, Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da USP.
Professor Titular do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da USP. Advogado.
fcscaff@cscaff.com.br

ÁREA DO DIREITO: Civil

RESUMO: Trata este artigo de algumas características próprias à atividade do médico e em relação àquela do advogado, confrontando suas semelhanças e distinções. Indica também as mudanças na abordagem na atuação médica ao longo do tempo e o aumento dos chamados *deveres laterais* aos quais estão submetidos os médicos. A partir daí, o texto menciona o aumento da responsabilização civil à qual estão submetidos, em especial, os médicos dentre aqueles que exercem profissões ditas liberais e formula alguns questionamentos e críticas sobre as consequências dessa situação, bem como algumas hipóteses de soluções alternativas.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil – Advogado – Médico – Atividade profissional.

ABSTRACT: This article covers certain aspects of the medical activity and compares them to those of lawyers, analyzing their similarities and distinctions. It also points out to the changes in the approach to medical performance over time and the increase of so-called *lateral duties* to which doctors are subject. From there the text mentions the increase in civil liability to which physicians are subject – more so than others among the so called "liberal professions" – and formulates questions and criticism about the consequences of such scenario as well as some hypotheses of alternative solutions.

KEYWORDS: Liability – Lawyer – Doctor – Professional activities.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Os objetivos – 3. As distorções – 4. O confronto – 5. A síntese – 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

A cada ano, milhares de alunos buscam, em nossas universidades, cursos que tradicionalmente mantêm um grande poder de atração. Refiro-me, especificamente, àqueles existentes nas faculdades de engenharia, de medicina e de direito.

São várias as carreiras profissionais que posteriormente poderão ser seguidas pelos alunos formados em tais faculdades. Neste texto, pretendo fazer algumas comparações entre as características de duas delas em especial e sob a perspectiva da atividade exercida pelos chamados profissionais liberais.

Refiro-me, pois, às profissões do médico e do advogado.

Cada uma delas pressupõe o estudo de assuntos bastante diferentes e estabelece métodos de análise também muito distintos. Em razão disso, devem atrair, pelo menos em tese, pessoas com interesses variados e que, de alguma forma, estruturarão a sua vida, o seu trabalho e a sua particular visão de mundo em conformidade não só com o conhecimento acumulado, mas com essas suas próprias aptidões e gostos já existentes.

Há, contudo, alguns fenômenos que demonstram que tais realidades, isto é, aquela vivida pelo médico e a enfrentada pelo advogado, não são totalmente segregadas uma da outra, mas podem – e me parecem, devam – ter pontos de interligação e de comparação permanentes, no sentido de que algumas das práticas adotadas em uma delas possam melhorar o desempenho e a utilidade social da outra.

De fato, durante a minha atuação como professor na Faculdade de Direito do Largo São Francisco, tenho observado, ao longo dos anos, algumas situações referentes a essas relações que me parecem dignas de nota.

Verifico, com uma frequência que sempre considerei surpreendente, a presença nada incomum de alunos matriculados nos cursos de graduação em direito que já são médicos formados e atuantes, vários deles oriundos da própria USP.

Além disso, há advogados que se especializaram na defesa de médicos ou de pacientes, em questões que tratam de supostos erros profissionais, fenômeno esse que já está há muito tempo consolidado em outros países como, por exemplo, nos Estados Unidos da América, onde a divulgação e propaganda dos escritórios que atuam exclusivamente nos casos de *medical liability* podem ser vistas em painéis do metrô e em outdoors espalhados pelas cidades.

Note-se que essas situações são, de alguma forma, peculiares, no sentido de que não me parece existir a mesma frequência de demandas judiciais e de interesses específicos dos advogados em relação a supostas práticas defeituosas observadas nas atividades de engenheiros, economistas ou cientistas sociais.

O que poderia explicar essas situações?

A minha pretensão nesse texto é, portanto, a de comparar alguns aspectos das atividades do médico e do advogado, bem como aventar determinadas situações em que poderia haver uma reformulação de certas posturas e um

aproveitamento recíproco de condutas benéficas presentes em cada uma das diferentes carreiras.

Ao final, com o intuito de tornar o texto menos especulativo, abordarei um assunto que também tem chamado a minha atenção e que diz respeito a uma matéria de natureza essencialmente jurídica – e na qual, segundo penso, deveria haver alguma mudança de rota – e que diz respeito às finalidades da responsabilização civil.

2. OS OBJETIVOS

Tanto as atividades do médico como a do advogado são usualmente qualificadas pela nossa doutrina e jurisprudência – segundo a formulação atribuída, na sua forma mais profunda e acabada, à *René Demogue* – como obrigações de *meio* e não de *resultado*.¹

Ainda que as finalidades dessa classificação permaneçam úteis – em especial para a solução de questões relativas à atribuição do ônus e do conteúdo da prova de adimplemento ou inadimplemento –, não se pode dizer que por ela seja possível obter uma resposta completa para as diferentes situações e que, assim, possa qualificar de modo único todos os casos das atividades profissionais.

A jurisprudência já afastou, de fato, a natureza de uma verdadeira e própria *obrigação de meio* daquela exercida pelo médico cirurgião-plástico que realiza procedimentos cirúrgicos de natureza estética, o que pode também ser estendido para a atuação do anestesista e do responsável por exames laboratoriais.²

-
1. Cf. *Traité des Obligations en Général*. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1925, vol. V, p. 536 e ss. Sobre a distinção entre tais obrigações de meio e de resultado, vale a menção à obra de Taarik de Freitas Castilho, realizada para fins de obtenção do título de Mestre na Faculdade de Direito da USP, orientado pela Prof. Associada Daisy Gogliano, com o título “Distinção entre obrigações de meio e obrigações de resultado”, de 2011.
 2. Nesse sentido: “Agravamento regimental no agravo em recurso especial. Consumidor. Indenização por danos morais e estéticos. Cirurgia plástica. Obrigação de resultado. Dano estético comprovado. Recurso não provido. 1. A jurisprudência desta Corte entende que ‘A cirurgia estética é uma obrigação de resultado, pois o contratado se compromete a alcançar um resultado específico, que constitui o cerne da própria obrigação, sem o que haverá a inexecução desta’ (REsp 1.395.254/SC, rel. Min. Nancy Andrighi, 3.^a T., j. 15.01.2013, *DJe* 29.11.2013). 2. No caso, o eg. Tribunal de origem, além de afastar a existência de qualquer excludente de responsabilidade, entendeu que o dano estético ficou devidamente comprovado nos autos. 3. Rever o entendimento do acórdão recorrido demandaria o revolvimento de suporte fático-probatório dos autos,

Nessas especialidades, se o resultado contratado – seja ele o pretendido embelezamento, o amortecimento da dor durante um procedimento cirúrgico ou a pesquisa sobre a natureza de determinadas patologias, respectivamente – não forem obtidos sem que exista excludente de responsabilização válida, a consequência possível será o reconhecimento do inadimplemento contratual na prestação de serviços e o surgimento das consequências naturais daí advindas, tais como a incidência de multas, indenizações etc.

Também o advogado que se compromete a realizar um contrato, um teste ou a dar uma opinião legal sobre determinado assunto sobre o qual seja consultado não está sujeito apenas a um regime de *melhores esforços*. Deverá realizar o que foi combinado de modo integral e oportuno, sob pena de também ser considerado inadimplente, caso não exista escusa juridicamente aceitável para a não realização do objetivo almejado por quem o procura.

De toda forma, não se obriga o médico a obter, sempre e necessariamente, a cura, nem o advogado a ver acolhidos todos os pedidos inseridos em uma demanda levada a juízo. Neste ponto, portanto, há características semelhantes nas funções exercidas por eles.

As diferenças entre essas atividades, contudo, são também bastante marcantes.

A primeira delas: contra o que luta o médico? Numa primeira resposta, poderíamos dizer que ele combate a doença, as consequências negativas do envelhecimento, os traumas físicos e mentais. Em suma, as batalhas travadas no campo da Medicina, de modo geral, colocam-se contra inimigos que, em tese, não deveriam contar com simpatizantes.

Aqui não há dissensões: expressando-se o desenrolar da vida na forma geométrica de uma parábola, aqueles que se dedicam a tornar esse percurso mais

o que encontra óbice na Súmula 7/STJ. 4. Agravo regimental não provido” (AgRg no AREsp 678.485/DF, rel. Min. Raul Araújo, 4.^a T., j. 19.11.2015, DJe 11.12.2015). Também é o que se constata em: “Agravo regimental nos embargos de declaração no recurso especial – Ação de indenização por erro de diagnóstico – Falha na prestação de serviços – Tentativa de imputar a responsabilidade pelos danos ocasionados à autora ao médico que atendeu a paciente – Insurgência do laboratório. 1. Este Tribunal Superior já se manifestou no sentido de que configura obrigação de resultado, a implicar responsabilidade objetiva, o diagnóstico fornecido por exame médico. Tribunal de origem que com amparo nos elementos de convicção dos autos concluiu ter havido erro de diagnóstico por parte do laboratório. Impossibilidade de revolvimento do acervo fático-probatório dos autos. Incidência da Súmula 7/STJ. 2. Agravo regimental desprovido (AgRg nos EDcl no REsp 1.442.794/DF, rel. Min. Marco Buzzi, 4.^a T., j. 16.12.2014, DJe 19.12.2014).

prolongado, estendendo o quanto possível a vitalidade e a força das pessoas durante o caminho enfrenta a disputa com a nossa viva torcida e apoio geral.

Nesse cenário não se colocam, portanto, dois atores em duelo. Há uma ação humana que procura moldar, de modo que se supõe benigno, um imperativo da Natureza, valendo-se para tanto de instrumentos idôneos e que possam ser utilizados da melhor maneira possível, de acordo com o que progressivamente é disponibilizado pela própria evolução da Ciência médica.

Não há na atividade normal do médico, pois, um conflito de interesses, mas apenas a preponderância de uma atuação virtuosa.

Surge neste ponto a questão: a ideia de que o médico luta pela *saúde* teria, assim, a mesma intensidade da noção de que o advogado luta pelo *direito*?

Não me parece.

Convenhamos, não será a saúde um conceito que tende, de alguma forma, mais ao absoluto, ao inquestionável, ao inquestionável, do que a defesa de um determinado direito subjetivo?

Podemos dizer, sim, que o advogado deva lutar pelo direito, quanto mais quando tal for efetivamente justo. Contudo, nas fontes jurídicas classicamente reconhecidas não está a atuação do advogado, expressada pelo teor de suas petições, de suas sustentações orais, de suas estratégias na defesa dos interesses de seus clientes.

Tais atividades são, diga-se logo, mais do que desejáveis, absolutamente necessárias à conservação de conquistas civilizatórias indispensáveis.

Contudo, mesmo tendo como pressuposto a indispensabilidade da atuação do advogado na defesa de direitos legítimos das pessoas – e não pretendo aqui me alongar sobre esse assunto, uma vez que não há controvérsia pertinente acerca de tal tema no âmbito deste texto –, não tem ela o mesmo papel e posição da lei, da jurisprudência, dos princípios gerais de direito, dos usos e costumes e da doutrina na formação e estruturação do Direito como ramo do conhecimento humano.

Além disso, nessa mesma atuação do advogado há fatores que, de algum modo, são absolutamente imponderáveis.

Em particular, vivenciamos hoje no Brasil um grande questionamento sobre a própria prevalência da lei no sistema jurídico, em detrimento da crescente importância que vem sendo dada à atuação do juiz.

Para essa mudança valorativa, contribui o prestígio que vem sendo dado às cláusulas gerais, a conceitos abertos tais como aqueles da boa-fé, da função social e de um sentido também geral de equidade.

Em suma, há no nosso sistema atual – de um modo que me parece de alguma forma equivocado – um entusiasmo pelos princípios, e um certo desinteresse pela supremacia da lei como conquista civilizatória.³

Paradoxalmente, tudo isso ocorre numa estrutura que, do ponto de vista formal, conserva a lei como fonte principal, mas que vem, de forma continuada, prestigiando a jurisprudência que, no nosso cenário atual, ainda padece com a carência de elementos de coesão, de estabilidade e de autolimitação, os quais já se desenvolveram de modo mais robusto em países de tradição jurídica anglo-americana.

Menciono esses aspectos – sem pretender me alongar sobre eles neste texto – apenas para ressaltar a maior flexibilidade que a noção do direito tem em relação às regras que dão parâmetros às ciências exatas ou biológicas.

De toda forma, no que diz respeito à atuação preponderante do advogado, estamos diante da defesa de interesses que se contrapõem às expectativas diversas de outras partes, as quais se pretendem também juridicamente protegidas.

Aí está, segundo penso, o cerne das dessemelhanças em relação às atividades médicas.

De um lado, pois, o objeto de atenção e combate praticado pelo médico, qual seja a doença, não tem defensores legítimos. Por sua vez, o advogado patrocina, na parte mais importante das vezes, interesses que se contrapõem a outras pretensões e que, de acordo com a organização dada socialmente, devem ser ordinariamente resolvidos não pelas partes ou pelos seus representantes, mas sim por um ente externo, um setor do Estado organizado, qual seja o Poder Judiciário.

Sendo assim, poderíamos dizer, de modo realista e não meramente idealizado, que o direito buscado pelo advogado, na sua expressão do justo absoluto, é o que prepondera sempre ou, ao menos, na maioria das vezes, ou então, que haveria sempre e necessariamente apenas um lado no qual o justo está?

A resposta a essa questão não pode ser afirmativa.

Na verdade, há no direito fatores cuja alternância não segue a lógica da medicina ou das ciências exatas.

3. Sobre a defesa da mudança do paradigma, da “lei” para o “juiz”, recomendo a leitura do artigo do saudoso Prof. Antonio Junqueira de Azevedo, “Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil (atualmente, Código aprovado) na questão da boa-fé objetiva nos contratos”, in *Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo : Saraiva, 2004, p. 148 a 158.

O primeiro deles é a própria lei.

Com efeito, a lei, no nosso sistema jurídico, deve permanecer no ápice das fontes do direito e ser cumprida por todos. Contudo, ela não é imutável.

Alternando-se a lei, modifica-se em alguma medida o direito. A mudança, contudo, pode não advir de um reconhecimento de um justo universal, mas apenas de uma situação momentânea, circunstancial e que atende a finalidades que não sejam, por assim dizer, propriamente *justas*.

Tenha-se, como exemplo, a alteração de uma alíquota de imposto ou a imposição de que determinados padrões de formato de tomadas elétricas sejam adotados num dado momento. Poderíamos considerar que, pelo fato de advirem essas regras de uma lei – ou mesmo de um decreto, de uma portaria ou de alguma delegação feita a algum órgão específico para a imposição de certas regras –, que tais novas determinações, dirigidas a todas as pessoas, seriam mais *justas* do que aquelas anteriormente existentes?

Ademais, como se sabe, as regras que preservam o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada não se destinam a todos, mas sim a pessoas e a situações específicas. Nesse sentido, o conceito de justiça não é universal, enquanto que a ideia de saúde ou a submissão às chamadas leis da física ou da matemática são, desde que formuladas de modo correto.

Havendo leis – no sentido jurídico – que não se fundam num verdadeiro ideal de justiça e outras que não se aplicam a todas as pessoas e todas as situações, decorre daí a existência de uma efetiva diferença na estruturação deste sistema em relação àqueles que orientam o trato da saúde ou da matemática, portanto.

3. AS DISTORÇÕES

Até o momento, ao apresentar algumas características que distinguem as atuações do advogado e do médico e ao vinculá-las a lógicas diferentes de organização e de valoração, pretendi afirmar o sentido de maior subjetividade e temporariedade de uma e de uma maior objetividade e perpetuidade de outra.

Contudo, a despeito de sua conformação contemporânea e que lhe dá coerência, a medicina atualmente não se basta em si, mesmo que nas suas qualidades.

Com isso, quero dizer que, a despeito da existência de regras éticas, administrativas ou deontológicas que são próprias a essa ciência, a sua regulação final e superior é feita, tal como nos demais campos do conhecimento, pelo direito e, em especial, pelo ramo das obrigações.

Nesse sentido, vale uma breve referência às diferentes abordagens que, ao longo dos anos, caracterizaram a atuação dos médicos.

A primeira delas se refere a uma perspectiva que foi denominada *hipocrática* e que remete ao arbítrio exclusivo e pessoal do médico quanto à eleição dos procedimentos mais adequados ao tratamento do paciente, sem que se permitam intervenções não consentidas feitas pelo destinatário de tais cuidados, pelos seus familiares ou por outras pessoas relacionadas ao paciente.

É uma posição de cunho, por assim dizer, protetivo, com feições que podem ser tidas como paternalistas, mas que tem no conhecimento específico e complexo do qual é dotado o médico e de que não compartilham as pessoas comuns a sua grande justificativa.

Apesar de tal postura ser incompatível com determinados direitos dos pacientes, consubstanciados naqueles ditos *deveres laterais* dos médicos, é inegável que sua resiliência se baseia na própria existência de um conhecimento específico e de acesso difícil, o que acarreta, de maneira inexorável, uma autoridade natural àquele que exerce tais funções.

Assim, o reconhecimento de que determinadas questões, pela sua complexidade, devem ser resolvidas por quem tenha condições intelectuais e culturais de as conhecer e de enfrentá-las limitaria, por assim dizer, a intervenção leiga, mesmo daquele que fosse o destinatário final do tratamento pretendido.

Uma segunda perspectiva é denominada *utilitarista* e está fundada numa análise quantitativa ou qualitativa prévia, a ser feita no campo da medicina sob o seguinte fundamento: deverá ser priorizado o bem-estar do maior número de indivíduos, mesmo que isso implique na redução ou mesmo na eliminação de determinados direitos individuais.

Um exemplo presente dessa forma de abordagem ocorre nos casos de epidemias ou de controle de moléstias altamente transmissíveis, quando se admite que determinado paciente seja confinado a um determinado ambiente ou então se submeta a um tratamento de natureza compulsória, ou seja, mesmo contra a sua vontade.

Também nos casos de preservação da vida, ainda que isso represente a imposição de sequelas e de opções limitadoras – tais como amputações ou a eliminação da funcionalidade de órgãos –, existe um viés de atuação médica que é claramente voltado a uma busca pela redução de prejuízos, situação que não é incomum no campo da Medicina e que, por outro lado, é socialmente aceita e compreendida como necessária.

Por fim, desenvolveu-se nos últimos anos outra tendência de abordagem das questões médicas, a chamada *ética médica do dever*, a qual que se nortearia,

supostamente, por um respeito maior aos direitos da personalidade dos pacientes, valorizando conceitos tais como aqueles do consentimento informado, do direito ao sigilo, da garantia da universalização do atendimento médico propriamente dito em condições dignas etc.⁴

Ora, é inegável que ao se partir da concepção dita *hipocrática* para aquela da *ética médica do dever*, um sem-número de novas condutas passaram a ser exigidas dos médicos, não vinculadas propriamente ao enfrentamento técnico da moléstia ou do trauma.

Ademais, é também incontroverso que, com o passar do tempo, a possibilidade de ocorrerem desvios quanto a esses comportamentos pré-estabelecidos –, sejam tais desvios reais, artificiais ou mesmo inócuos – foram também se avolumando e dando ensejo a uma grande movimentação de natureza jurídico-contenciosa que se observa em todos os nossos tribunais.

Nessas condições, mesmo que a finalidade precípua da atuação médica – qual seja o combate à doença – seja atendida da melhor forma possível, ainda assim uma reprovação jurídica poderá ocorrer, no sentido do descumprimento de um dever lateral como, por exemplo, a prévia obtenção do consentimento informado por parte do paciente, ou alguma deficiência quanto às informações prestadas ao longo do tratamento realizado.

Admitindo-se a existência desse fenômeno, o primeiro pensamento a ser formulado poderia ser este: o direito atua no sentido de tornar melhor a medicina com o fim de incentivar os médicos, hospitais e laboratórios a serem mais conscienciosos e eficazes, mais caridosos e responsáveis.

Sob essa ótica, caso ocorra o descumprimento das inúmeras e crescentes normas de conduta no atendimento a ser prestado – muitas delas, como dito, *laterais* – estarão os médicos sujeitos a uma maior responsabilização jurídica, o que, em tese e a partir da imposição de sanções, deverá incentivá-los a atuar de um modo melhor.

Será isso realmente verdade?

4. O CONFRONTO

A partir das ideias até agora expostas, surge o momento de refletir sobre um tema que, de modo mais efetivo contrapõe os interesses de médicos e de advogados. Trata-se das causas da responsabilização civil e, em especial, daquela que tem na atuação dos médicos a sua motivação.

4. Nesse sentido, conferir JANSSENS, Edouard. *Droits de l'homme et art de guerir. Il medico e i diritti dell'uomo*. Milão: Giuffrè. 1984, p. 24.

Contudo, gostaria antes de fazer algumas ponderações, as quais, mesmo sendo fruto da minha observação pessoal mais do que da análise de estudos sistemáticos, creio que sejam verdadeiras e facilmente comprováveis na prática.

A primeira delas diz respeito à formação universitária de médicos e advogados. Não me parece que, neste campo, estejamos em vantagem.

De fato, os cursos de medicina são dados em um período maior de tempo – usualmente seis anos – e com uma dedicação diária, em número de horas de aprendizado, que excede em muito aquele usualmente empregado nos cursos de direito, em geral limitados a cinco anos e em período parcial.

Além disso, enquanto que as aulas práticas, respaldadas pelo uso de laboratórios e acompanhamento de preceptores, são rotina nas nossas faculdades de medicina, o curso de direito sofre e é criticado justamente pela absoluta predominância de aulas teóricas, de caráter expositivo, dando ensejo que o conhecimento da atuação concreta do advogado em juízo ou no campo negocial seja feito em estágios realizados em escritórios de advocacia, o que impede a existência de uma regulamentação concreta no sentido de complementar o aprendizado dos alunos, no tocante à atuação profissional, de modo organizado e coerente.

Não bastasse isso, não há nada nas faculdades de direito que possa ser comparado com as chamadas residências médicas, nas quais as especializações vão sendo construídas pelos recém-formados, estágios esses que se consideram muitas vezes imprescindíveis e condicionantes do exercício efetivo da profissão.

Tais situações levam à minha compreensão pessoal de que a formação técnica do médico não é, em regra, inferior àquela do advogado, muito ao contrário.

A despeito de tais fatos, tenho a percepção de que há uma quantidade de demandas judiciais reclamando de desvios de conduta, erros profissionais e culpa, tendo por objeto a atuação de médicos, que excede em muito aquelas que têm como réus os maus advogados.

O que pode justificar essa discrepância, essa aparente contradição?

Dentre as motivações possíveis – tais como a já mencionada e progressiva imposição de deveres laterais, a complexidade da própria atuação médica, a importância suprema da saúde e da vida – há uma que me parece igualmente relevante, mas por vezes desconsiderada.

Trata-se, na verdade, do interesse nada encoberto da vinculação supostamente necessária entre um suposto erro de conduta – muitas vezes inócuo – e de uma sanção patrimonial, mais propriamente de natureza financeira e pecuniária.

Para o enfrentamento desse tema, será útil relembrar quais são as finalidades próprias da doutrina da responsabilidade civil.

Ordinariamente, como afirma Larenz, a sua função precípua é de natureza reparatória. Causado o dano injusto, o responsável fica obrigado a ressarcir-lo do modo como for possível. Essa maneira, no mais das vezes, consiste no referido pagamento de uma indenização pecuniária. Seria, segundo ele, uma exigência da assim denominada *justiça comutativa*, por oposição à chamada *justiça distributiva*.⁵

A responsabilidade civil, nascida ordinariamente na sua modalidade *objetiva*, na qual bastaria o dano para que a obrigação do ressarcimento ocorresse, foi sofrendo o contínuo processo de atenuação de suas consequências, passando a exigir a demonstração de culpa nas suas modalidades de negligência, imprudência ou imperícia. Esse caminho deveu-se sobretudo ao reconhecimento de que a ocorrência do dano não implica, sempre e necessariamente, na imputação de responsabilidades quanto ao seu ressarcimento.

Por outras palavras, ocorrido o dano, na sua origem podem existir causas que não tenham sido propriamente injustas, mas sim terem origem em um infortúnio, numa evolução inevitável dos fatos, num evento da Natureza ou de situações em que nenhum outro comportamento poderia ser exigido legitimamente de quem quer que fosse.

Ocorre que numa nova inflexão jurídica a responsabilização objetiva, ou seja, aquela que prescinde da demonstração da culpa, tem se tornado cada vez mais comum para a apreciação de determinados casos, fundando-se no mero descumprimento de um dever de conduta que, em síntese, está ligado ao amplíssimo conceito de boa-fé.

A figura que ilustra o caso, pois, não é mais a de um tronco de árvore quando se pensa na ideia nonexo de causalidade entre ação ou omissão e o dano causado, mas sim num conjunto de caniços enfeixados, cada um deles representando um comportamento capaz, por si só, de levar a algum tipo de responsabilização civil.

Esse encaminhamento progressivo das causas de responsabilização civil levou, com efeito, ao desenvolvimento das noções que delineiam a chamada Teoria do Risco, em suas modalidades do *risco integral*, *profissional*, *proveito* ou do *risco criado*. Observa-se, assim, que mesmo no campo da responsabilização dita *objetiva*, existem graus crescentes e diversos de avaliação dos elementos suficientes à imposição de perdas e danos.

5. Cf., neste sentido: *Derecho de obligaciones*. trad. Jaime Santos Briz. Madri: Revista de Derecho Privado, 1958. t. 1, p. 190-191.

Portanto, o que se observa é que o tempo tem levado a um crescimento contínuo das causas da responsabilização civil de determinados agentes.

Ocorre que, além dessa finalidade reparadora – ainda que estendida, como verificamos acima – existem outras finalidades para as quais a responsabilização civil tem sido também utilizada, quais sejam aquelas de natureza punitiva, preventiva e distributiva.

Farei um delineamento sucinto acerca do que cada uma delas representa.

A assim denominada função *punitiva* tem a sua origem na *Common Law*, na qual se verificava uma precedência de regras processuais sobre as regras materiais. É o que indica a expressão *remedies precede rights*.

Contudo, havia um número limitado de *writs* (ordens). As Cortes, assim, organizavam-se como jurisdições de exceção. Nelas, criou-se um sistema próprio de precedentes que julgavam principalmente o direito de propriedade, o direito dos contratos e o direito das garantias.

O fato é que elas, por si só, não bastavam. Assim, quando os súditos não podiam ter acesso às Cortes reais, estabeleceu-se a possibilidade de ser feita uma petição dirigida diretamente ao rei, baseada no sentido de equidade e de moralidade que deveriam ser garantidas e respaldadas pelo monarca.

Em sua evolução, o regime da *tort law*, ligado inicialmente aos delitos civis intencionais (os *intentional torts*), incorporou posteriormente a ideia de culpa (*negligence*) para, por fim, trazer a noção de responsabilidade civil objetiva.

A partir dessa origem britânica, a evolução da ideia dos chamados *punitive damages* ganhou corpo no direito norte-americano.

A indenização provinda desse fundamento é constituída por uma retribuição monetária, desconectada do montante principal compensatório, que se impõe como punição ao ofensor por uma conduta dolosa ou culposa, particularmente negativa ou ultrajante, em virtude de uma intenção deliberada, opressão, malícia, fraude, arbitrariedade, ultraje; de uma severa falta de cuidado ou indiferença com os direitos alheios, apesar da consciência dos riscos, ou ainda, em parte dos Estados americanos, de culpa grave.⁶

De toda forma, tanto na sua função reparadora como naquela punitiva, há como condição e pressuposto a existência de algum dano causado à vítima, seja ele real ou presumido.

6. Sobre a evolução histórica, características e referências bibliográficas sobre os chamados *punitive damages*, sugiro a obra de Wladimir Alcibiades Marinho Falcão Cunha, “Danos extrapatrimoniais e função punitiva”, apresentada em 2012 para a obtenção do título de doutorado na Faculdade de Direito da USP.

Ocorre que há outras funções da responsabilidade civil, também presentes na doutrina, as quais prescindem da existência de tal dano.

Uma delas é a chamada função *preventiva*. O seu fundamento estaria na existência de um *risco* reconhecido e previsível, mas em si *abstracto* e, nessa medida, diferente da noção de *perigo* que se vincula à ideia da existência de um receio concreto.

A sua motivação se encontra no desejo de que possam ser antecipadas providências necessárias de prevenção de danos quando ocorrerem situações hipotéticas que tenham em si mesmas um potencial suficiente para causar consequências negativas para a sociedade, para o meio ambiente ou para as demais pessoas individualmente consideradas.

Seria suficiente, assim, uma *possibilidade concreta de dano*, não se exigindo sequer a *certeza* de que o risco assim considerado resulte em dano real.

Por fim, temos a chamada *finalidade distributiva* da responsabilização civil, que também conta com vários adeptos que a acolhem de modo mais ou menos explícito.

Tal ideia teve grande repercussão no direito norte-americano e levou alguns autores, de tão entusiasmados com as suas possibilidades, a sustentar que o resultado final seria a própria extinção da teoria geral dos contratos, a qual deveria ser incorporada a uma grande teoria da responsabilidade civil, tudo com vistas a garantir um regime de justiça social e jurídica abrangente.⁷

Há exemplos vivos dessa função distributiva em nosso sistema jurídico. É o que ocorre nos casos do seguro obrigatório para veículos, ou então, como existe no sistema jurídico da Nova Zelândia, na obrigatória remediação de todo e qualquer dano sofrido por qualquer vítima.

5. A SÍNTESE

Sendo inegável, portanto, a contínua extensão dos casos de responsabilização civil e, como resultado, a crescente importância dessa matéria, o que deve ser avaliado é se as suas consequências são, todas elas, úteis e benígnas.

Da minha parte, creio que não. Vislumbro nesse fenômeno efeitos negativos e que devem ser considerados.

7. Quanto a essa polêmica, sugiro a leitura de dois autores com posições diametralmente opostas: GILMORE, Grant, *The death of contract*. 2. ed., Ann Arbor: Ohio State University, 1995, e Charles Fried: *Contract as Promise*. Cambridge-Mass: Harvard University Press, 1981.

O primeiro deles está no aumento exponencial dos custos inerentes à própria atividade médica. A razão para tanto é de fácil entendimento: acrescido o risco de imposição de indenizações por um número crescente de motivos, a consequência natural é que determinadas medidas de caráter preventivo sejam tomadas pelos potenciais réus em demandas judiciais.

É o que ocorre, por exemplo, no número sempre maior quanto solicitação de exames, o que se faz, muitas vezes, com o intuito de gerar prova documental de que uma hipótese diagnóstica – ainda que remotíssima – tenha sido investigada, o que já poderia ser do próprio conhecimento do fato já existisse por parte do médico mediante prévio exame clínico.

É o que também se passa no caso da imposição de seguros profissionais a todos os médicos e na própria limitação de acesso ao trabalho daqueles que não o possuam, com o direto aumento dos custos provocados por essa securitização universal da atividade.

Tais fatos têm, na sua origem, uma questão fundamental: os pedidos de condenação por responsabilidade civil têm um objetivo principal, qual seja a indenização pecuniária.

Ora, seria essa uma consequência obrigatória das demandas levadas ao Poder Judiciário? Como verificamos acima, as finalidades da responsabilização civil são várias. A despeito disso, todas acabam por desaguar numa única consequência, qual seja a condenação financeira.

Como demonstrado acima, se nas funções punitiva e reparatória da responsabilização civil um dos principais objetivos é ou deveria ser a melhoria das condutas, não seria possível que a condenação, ao invés de majorar os valores indenizatórios – e, conseqüentemente, os honorários advocatícios – pudesse redundar em outras conseqüências?

Uma delas, por exemplo, não poderia ser em relação a um médico cuja imperícia fosse inequivocamente demonstrada, que fosse ele proibido de realizar determinados procedimentos médicos por um determinado período? Ou então, que tivesse de realizar novos cursos ou se dedicar a algum tipo de atividade benemerente?

O nosso sistema jurídico não outorga ao juiz a possibilidade de julgamento além do que foi pedido, nem de tomar certas iniciativas que não tenham sido buscadas pelas partes. Contudo, o que pretendo demonstrar, com esse argumento, é que o aumento da responsabilização civil do médico não pode ter como principal resultado a elevação dos valores de indenização a serem pagos, pois isso não é, segundo penso, o objetivo justo que daí deveria advir.⁸

8. Sobre esse ponto, sugiro a leitura da obra de ATIVAH, Patrick Selim. *Damages Lottery*. Oxford: Hart Publishing, 1997.

Não creio que tenhamos alcançado uma solução definitiva para essas questões. O valor da segurança jurídica pressupõe a previsibilidade dos custos da empresa, inclusive da atividade profissional.

Por outro lado, não entendo que a indenização pecuniária seja o único – ou mesmo o melhor – meio para a melhoria das condutas profissionais. Essa solução responde também a outros interesses, dentre os quais, inegavelmente, a própria remuneração dos advogados que postulam em juízo o reconhecimento de tais pretensões e que é, em geral, proporcional aos valores fixados a título de perdas e danos.

Não temos no nosso ordenamento jurídico, além disso, parâmetros definidos para esses custos acrescidos e derivados da responsabilização civil profissional, muitas vezes vinculados a indenizações por danos morais para as quais, ainda hoje, não existem limites claros e definidos pela nossa jurisprudência.

O que fazer?

Parece-me que deveremos ajustar e estabelecer regras mais definidas e vinculantes para a solução dessas demandas, submetendo as partes e também os juízes a leis que fixem de modo mais claro e inequívoco as consequências possíveis para os casos de culpa profissional.

Ademais, seria também prudente respeitarmos efetivamente os precedentes jurisprudenciais, submetendo as mudanças eventualmente necessárias de rumo a uma justificação explícita dos próprios juízes, como se impõe no Direito Norte-Americano.

Sem isso, parece-me que tornaremos a atividade profissional do médico, cada vez mais, sujeita a uma injustificada insegurança, o que pode e deve ser evitado.

6. BIBLIOGRAFIA

- ATIYAH, Patrick Selim. *Damages Lottery*. Oxford : Hart Publishing, 1997.
- CASTILHO, Taarik de Freitas. *Distinção entre Obrigações de Meio e Obrigações de Resultado*, dissertação apresentada em 2011 para fins de obtenção do título de Mestre na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
- CUNHA, Wladimir Alcibiades Marinho Falcão. *Danos Extrapatrimoniais e Função Punitiva*, tese apresentada em 2012 para a obtenção do título de doutorado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
- DEMOGUE, René. *Traité des Obligations en Général*. Paris: Librairie Arthur Rousseau, vol. V, 1925.
- FRIED, Charles. *Contract as Promise*. Cambridge-Mass: Harvard University Press, 1981.

GILMORE, Grant. *The Death of Contract*. 2. ed., Ann Arbor: Ohio State University, 1995.

JANSSENS, Edouard. *Droits de l'homme et art de guerir*. In: *Il medico e i diritti dell'uomo*. Milão: Giuffrè. 1984.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil (atualmente, Código aprovado) na questão da boa-fé objetiva nos contratos*, In: *Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tomo 1. trad. de Jaime Santos Briz. Madri: *Revista de Derecho Privado*, 1958.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Indenização – Responsabilidade civil – Médico, de Eliana Cáceres – RDC 11/176 (DTR\1994\269);
- Responsabilidade civil do advogado à luz das recentes alterações legislativas, de Rui Stocco – RT 797/60, *Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil* 4/1141 (DTR\2002\142);
- Responsabilidade civil do advogado, de Paulo Luiz Netto Lôbo – RDC 34/125, *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor* 1/783, *Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil* 4/1141 (DTR\2000\788);
- Responsabilidade civil do médico, de Dimas Borelli Thomaz Júnior – RT 741/88, *Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil* 5/725 (DTR\1997\310); e
- Responsabilidade civil dos profissionais liberais e o ônus da prova, de Paulo Luiz Netto Lôbo – RDC 26/159, *Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil* 5/389 (DTR\1998\653).

The background features a light gray grid pattern that becomes more prominent in the lower right quadrant. Overlaid on this are several large, semi-transparent, overlapping circles in shades of gray, creating a layered, geometric effect.

Arbitragem



O ADVOGADO NA ARBITRAGEM

THE LAWYER AND THE ARBITRATION

ROBERTO ROSAS

Professor Titular da Universidade de Brasília e da Academia Brasileira de Letras Jurídicas.
Ex-Conselheiro Federal da OAB (20 anos).
rosasadvogados@rosasadvogados.adv.br

ÁREA DO DIREITO: Arbitragem

RESUMO: O trabalho mostra a importância da presença do advogado no processo arbitral.

PALAVRAS-CHAVE: Advogado – Arbitragem – Árbitro – Sentença arbitral.

ABSTRACT: The work shows the importance of the lawyer's presence in the arbitration proceedings.

KEYWORDS: Lawyer – Arbitration – Arbitrator – Award.

1. A Lei 9.307 foi sancionada em setembro de 1996, e a OAB/SP, em 07.11.1996, organizou o primeiro seminário sobre essa lei da arbitragem (salvo desconhecimento de outros eventos, que, com o tempo, aconteceram inúmeras vezes, até hoje). Tive a honra de ser o coordenador desse importante seminário, por ser na Ordem dos Advogados, porque essa instituição sempre teve reticências no apoio à arbitragem. A OAB provou, por sua maior seccional, que a arbitragem viera para valer.

O tempo encarregou-se da importância, e sua exigência em todos os grandes contratos, e nas grandes questões, não por meio ou indiferença ao Judiciário, mas como outra via de solução dos conflitos.

Hoje temos a Lei 13.140, de 26.06.2015 que trata da mediação, bem como a Lei 13.129, de 26.05.2015 que traz novo papel para a arbitragem.

No dia 16.03.2016 entrará em vigor o Novo Código de Processo Civil, que preconiza a promoção da solução consensual dos conflitos, e desde logo, admite a arbitragem (art. 3.º, § 2.º), ainda que, à luz do art. 5.º da CF/1988 (Juiz natural e acesso à justiça) reafirme esse acesso (art. 3.º).

A presença do advogado continua forte na redação das cláusulas, que podem levar à arbitragem, mesmo porque a existência de convenção de arbitragem não resolve o mérito (art. 485, VII, do NCPC).

A atuação do advogado é importante na solução da grave questão judicial entre a existência da convenção de arbitragem e a atuação estatal (Judiciário), porque aquela derroga a atuação do Judiciário, como ficou assentado em julgamento do STJ (AREsp. 371.993, rel. para acórdão Min. Marco Aurélio Bellizze).

As medidas cautelares perante, o juízo arbitral ou Judiciário, não ficam distantes da presença do advogado, no Judiciário é legalmente indispensável.

2. A arbitragem não teve sucesso, no Brasil, até o advento da Lei 9.307, de 23.09.1996, que a disciplinou. Nesses anos, já pode ser vista como meio de solução de conflitos, ao lado da mediação. O STF colaborou intensamente para o prestígio do instituto, no julgamento da Sentença Estrangeira 5206-7, afastando qualquer inconstitucionalidade.

3. Quando da discussão parlamentar do projeto dessa lei, houve certa resistência dos advogados, daqueles que viam a possibilidade de exclusão da classe, no ponto em que a presença do causídico seria facultativa, e não obrigatória, a participação do advogado na arbitragem. Esse é um aspecto que merece atenção.

A Constituição Federal reconheceu que o advogado é indispensável à administração da Justiça (art. 133 da CF/1988), sendo que Justiça, certamente, é conceito que vai muito além de Poder Judiciário.

De forma muito simplificada, se extrai desta norma constitucional a imprescindibilidade de que o causídico esteja presente no desenrolar de questões – a exemplo da arbitragem – cuja própria natureza, ainda que não jurisdicional, faz nascer, permanecer ou encerrar um direito oponível por seu constituinte a outrem; ou por outrem ao seu constituinte.

Existe uma motivação, um móvel que leva o legislador a inserir determinado comando no ordenamento positivado, sobretudo quando se trata de norma de expressão constitucional. O advogado, evidentemente, não é uma categoria especial. Mas, sem dúvida, é especializada. E aí reside sua imprescindibilidade no que toca ao juízo arbitral.

Ora, por mais “simples” que seja um procedimento de saúde ou uma questão estrutural em sua casa, o cidadão sente-se mais seguro na presença do médico ou engenheiro, respectivamente. Perante uma decisão que irá refletir na sua esfera pessoal, jurídica e patrimonial-legal não é diferente.

Portanto, a questão extrapola a simples zona de conforto e segurança. Trata-se de uma decisão racional de disposição para lidar com consequências muitas vezes imprevisíveis e que não se limitam ao âmbito subjetivo individual. Ao declinar de um médico, engenheiro ou advogado, o sujeito assumirá uma responsabilidade pessoal e irrevogável. Não é um risco racionalmente aceitável.

4. Ao primeiro relance – e somente assim –, na nova sistemática da arbitragem, impressionou a não obrigatoriedade da participação do advogado no processo conciliatório, porquanto facultativa (art. 21, § 3.º, da Lei 9.307/1993). Entretanto, tal faculdade não exclui o advogado do processo arbitral por ser figura que sempre será ouvida nas questões essenciais ligadas à Justiça.

A arbitragem é direito ou equidade. Na equidade impõe-se a demonstração das regras equitativas, por certo com base jurídica. Ora, a equidade é também princípio da Lei 9.099/1995 dos Juizados Especiais, o que demonstra essência eminentemente de direito.

Surge a arbitragem, pois, de convenção por termos nos autos (judicial) ou por escrito particular (extrajudicial). Certamente ninguém entrará em aventura jurídica sem a presença de patrono sob pena de que exatamente assim se defina sua empreitada: aventureasca.

Se a arbitragem visa a resolução célere e eficiente de uma situação, a ausência do advogado pode transformá-la na circunstância preparatória para um problema maior que não mais será passível de resolução extrajudicial. O papel do causídico aí é essencial para prevenir, traçar diretrizes, orientar e garantir o melhor resultado possível e esperado.

Rui Barbosa disse que “Não há outro meio de atalhar o arbítrio, senão dar contornos definidos e inequívocos à condição que o limita”. Sim. A arbitragem tem regras, tem limitações, tem restrições e trâmites aos quais a parte, muitas vezes, insegura e emocionalmente envolvida não irá compreender e ultrapassar sozinha.

Cabe ao advogado, pela confiança de que se vê investido e pela especialidade técnica de que se reveste, auxiliar seu constituinte nos “contornos” e “atalhos” do arbítrio, apontando-lhe a melhor solução no atendimento de suas aspirações.

Carlos Alberto Carmona, um dos três membros da Comissão Relatora do Anteprojeto da Lei de Arbitragem e autor de diversas obras e artigos a respeito do tema, em lapidar exposição na sua obra “Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/1996” explica que “o advogado exerce pelo menos quatro papéis bem definidos no processo arbitral: advogado da parte, consultor da parte, consultor do órgão arbitral e árbitro”.

Carmona explica ainda que no processo arbitral é exigido mais do advogado do que no contencioso, porquanto as regras são outras: dispensa-se a agressividade que outrora – em juízo – teria sua utilidade; demanda-se com frequência conhecimento de legislação internacional, senão de outros idiomas, e por fim, há renúncia aos recursos e manobras procrastinatórias. De fato, o au-

tor conclui que as partes não são obrigadas a nomear advogados, mas pondera: “será difícil, efetivamente, imaginar uma arbitragem, de porte médio que seja, sem a presença direta e constante de um advogado.”¹

A prudência imporá às partes na arbitragem o socorro a advogados. Ninguém, afastará a atuação do causídico a pretexto da utilização do especialista, o perito ou árbitro; pela mesma razão que ninguém pedirá ao farmacêutico, na presença do médico, que lhe examine, ou ao encanador, na presença do engenheiro, que projete a rede hidráulica de sua casa. Prudência e bom senso.

Falando em prudência e bom senso, um ponto que merece especial atenção é a cláusula compromissória. Frise-se que o STJ, no julgamento do *leading case* “Americel” (REsp 450.881), reconheceu a validade da cláusula compromissória e decidiu que depois de firmada, a parte não poderá desistir da arbitragem e ingressar no Judiciário. Assim, seja na elaboração da referida cláusula, seja ao longo do processo arbitral já instaurado, como sustentar a dispensa do advogado? Se o objetivo é exatamente evitar o ingresso posterior no Judiciário, de que outro modo, senão com o respaldo do advogado, as partes terão segurança para aceitar a proposta da parte adversária e realizar uma conciliação definitiva e bem sucedida?

Se a parte não quiser implementar a arbitragem, será compelida em juízo (art. 7.º, § 3.º). É necessária a presença de advogado na hipótese judicial. Acentua-se a atuação do advogado nos depoimentos, testemunhas e perícias. Não é crível a dispensa do advogado e a utilização dos usos e costumes.

Há, na lei, via de consequência, uma série de hipóteses de presença indispensável do advogado: nulidade da convenção da arbitragem (art. 20, § 1.º); ação incidental sobre direitos indisponíveis (art. 25); nulidade da sentença arbitral (art. 33); a sentença condenatória arbitral é título executivo (art. 30). Também a homologação da sentença arbitral estrangeira dependerá de requerimento por advogado perante o STJ.

A formação jurídica da discussão arbitral sempre imporá a convocação do advogado, porque ainda sem recurso ou homologação do laudo em juízo, o debate resvalará para o plano judiciário. As questões postas são importantes e certamente a presença do advogado é impositiva, e não optativa.

5. A arbitragem agora veio para ficar. Desafia o passado quando não se consolidou, seja pelas dificuldades inerentes ao importante instituto, ou pela reticência – inexistência – em sua aplicação.

1. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/1996*. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 299 e 300.

6. A arbitragem é viável? É importante? Sim. O fato de ter vencido a resistência histórica para se firmar como meio alternativo para a solução de controvérsias no Brasil é prova inequívoca disso. Nada obstante, também os grandes entusiastas que a viam como “a panaceia para os males de que padece o Poder Judiciário”.² foram obrigados a aceitar as limitações impostas pela realidade: há longo caminho a percorrer.

As críticas existem e sempre existirão, como também em relação ao Judiciário. Mas elas fortalecem o caráter e ajudam no crescimento.

Na busca pelo ajuste fino, fruto da maturidade perseguida, é pertinente destacar a consciência da importância na escolha do árbitro adequado. No Judiciário o juiz pode não conhecer a matéria, não ser especialista. Na arbitragem não. Se há erro dos árbitros, a decisão é irrecorrível. E se a decisão estiver errada? Pode ser corrigida? Muitas vezes não.

Quase duas décadas, a instituição da Arbitragem, só tem louvores. O seu exercício, a sua atuação, permitiram o visível aperfeiçoamento. Certamente hoje muitos advogados participam na arbitragem, ora como árbitros, ora como patronos das partes ou consultores. Daí a importância de que tenham aval para atuar em todas as fases do processo.

A recente popularização da arbitragem no Brasil é um indicativo de mudança de paradigmas sociais. A Ministra do STJ, Nancy Andrighi, há aproximados 15 anos escreve sobre o tema. Afirmava já em 1996 no artigo *Arbitragem: solução alternativa de conflitos* que “A promulgação da nova Lei de Arbitragem, há muito esperada, abrigou grandes esperanças da comunidade jurídica nacional no sentido de que a Administração da Justiça esteja no caminho da democratização”.

A autoridade no assunto, a Min. Nancy foi relatora de casos exponenciais, *leading cases* submetidos à apreciação pelo STJ que firmaram as diretrizes a serem seguidas pelo instituto. Ademais, conduziu campanhas nacionais para divulgar a arbitragem e defender seu melhor aproveitamento, especialmente quanto às relações de consumo. Visionária que é, antecipa o papel da conciliação em grandes eventos.

Essa mudança – da qual a Min. Nancy Andrighi é uma das mais ilustres precursoras – demonstra evolução cultural do direito que é, qualquer acadêmico o sabe, destinado a garantir a ordem, paz e a justiça sociais. Ora, a arbitragem, neste ínterim, compõe o direito como instrumento de manutenção da ordem social.

2. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/1996*. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 2.

Na administração da justiça, via de consequência, entra o advogado. Seja por força da determinação constitucional, seja pela imposição do bom senso, seja mesmo para garantir a segurança subjetiva e o conforto emocional do litigante durante o processo de composição.

7. O futuro se lhe abre adiante tão certo quanto o incerto pode ser. Cheio de promessas. É típico nos jovens – e a arbitragem não é diferente – a vontade e a crença de poder mudar o mundo. Fazer diferença, fazer diferente. Desafiar paradigmas. Acreditar que, ao ser percebida pela primeira vez, já está suficientemente madura.

Nessa jornada a ser seguida por tão louvável instituto, muitos os profissionais e leigos disponíveis e bem intencionados a assisti-la. O advogado, contudo, irá se sobressair dentre eles.

Ser advogado é prestar compromisso. É ser patrono, protetor, não apenas do constituinte ou da norma positivada, mas do ordenamento jurídico e da Justiça. É papel que dispensa convocação.

A presença do advogado na arbitragem, portanto, é a consequência natural da evolução do instituto e de sua radiação no cotidiano da sociedade de modo a repassar segurança aos envolvidos no processo conciliatório e legitimidade às soluções adotadas, claro que o advogado orienta, defende, esclarece, não se sobrepõe aos árbitros, nem promete milagre aos contendores arbitrais, sempre munido da lição de Rui Barbosa:

“Nem à proficiência dos mestres, nem ao brilho das grandes reputações forenses é dado o milagre de converter em direito a ausência de razão e justiça” (*Obras completas*, vol. XIV, p. 196).

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Arbitragem e o Poder Judiciário na perspectiva da advocacia arbitral nas controvérsias interprivadas, de Luiz Edson Fachin – *RArb* 45/465-474 (DTR\2015\9738);
- Mudanças na Lei de Arbitragem (Lei 9.307, de 23.09.1996). Observações sobre a Lei 13.129, de 26.05.2015. Visão de um antigo magistrado, de Mario Robert Mannheimer – *RArb* 47/45-65 (DTR\2015\16943);
- O Novo Código de Processo Civil e a Arbitragem Internacional, de Nadia de Araujo – *RArb* 46/277-286 (DTR\2015\13103); e
- O papel do advogado na solução de conflitos: Mediação, Conciliação e Arbitragem, de Marcelo Ferraz Pinheiro – *ReDE* 8/289-307 (DTR\2015\2713).

The background features a light gray grid pattern that becomes more prominent in the lower right quadrant. Overlaid on this are several large, semi-transparent, overlapping circles in shades of gray, creating a layered, geometric effect.

Direito Eleitoral



A AÇÃO ELEITORAL COMO TUTELA DOS DIREITOS COLETIVOS E A APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO MICROSSISTEMA PROCESSUAL COLETIVO E DO CPC

*THE ELECTORAL ACTION AS CUSTODY OF COLLECTIVE RIGHTS
AND SUBSIDIARY APPLICATION OF THE COLLECTIVE PROCEDURAL MICROSYSTEM AND CPC*

FLÁVIO CHEIM JORGE

Doutor e Mestre pela PUC/SP. Juiz Eleitoral Titular – Classe dos Juristas – do TRE-ES no período de 2004 a 2008. Professor Associado III (Graduação e Mestrado) da Universidade Federal do Espírito Santo. Advogado. flavio@cjar.com.br

ÁREA DO DIREITO: Processual; Eleitoral

RESUMO: O presente artigo tem por escopo ensejar uma reflexão sobre a natureza coletiva da ação eleitoral, bem como de algumas de suas consequências, em especial, quanto à aplicação subsidiária de determinados institutos processuais.

PALAVRAS-CHAVE: Ação eleitoral – Direitos coletivos – Aplicação subsidiária do CPC – Microsistema coletivo – Direito processual eleitoral.

ABSTRACT: The present article has for scope to give rise to a reflection about collective nature of electoral action, as some of the consequences, in special, regarding the subsidiary application of certain procedural institutes.

KEYWORDS: Electoral action – Collective rights – Subsidiary application of CPC – Collective microsystem – Electoral procedural law.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Justiça Eleitoral e sua função – 3. A competência da Justiça Eleitoral – 4. Os valores que permeavam a Justiça Eleitoral quando de sua criação – 5. A Constituição Federal, a urna eletrônica e a mudança do paradigma – 6. A ausência de um tratamento sistêmico processual da tutela eleitoral – 7. A natureza coletiva da ação eleitoral – 8. A aplicação subsidiária dos diplomas processuais civis – 9. Conclusão – 10. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O presente ensaio tem por escopo ensejar uma reflexão sobre a natureza coletiva da ação eleitoral, bem como de algumas de suas consequências, em especial, quanto à aplicação subsidiária de determinados institutos processuais.

Para tanto é preciso compreender adequadamente qual a função da Justiça Eleitoral; sua competência; os valores que permeavam o sistema eleitoral em sua concepção; a mudança de paradigma com a Constituição Federal e o voto eletrônico, a natureza coletiva do direito tutelado e somente então podemos refletir sobre alguns institutos processuais que podem ser aplicados subsidiariamente.

A evolução do direito processual eleitoral, decorrente principalmente da judicialização das eleições, impõe um tratamento mais adequado ao estudo das ações eleitorais.

Como se verá, o voto eletrônico e a Constituição Federal fizeram com que o contencioso eleitoral deixasse de ser “pós-eleitoral”, sem que, no entanto, se percebesse que essa mudança de paradigma não foi acompanhada pela ciência processual.

Não se duvida que as normas específicas de direito processual eleitoral existentes no Código Eleitoral e em algumas leis são insuficientes para que o processo se desenvolva e tutele o direito material.

O reconhecimento da natureza coletiva das ações eleitoral, até pouco tempo ignorado pelos operadores do direito, não deixa de ser um elemento importantíssimo para o estudo desse tema.

2. JUSTIÇA ELEITORAL E SUA FUNÇÃO

Como cediço, quando se trata de democracia representativa, há necessidade de um órgão que ateste a veracidade e legitimidade do resultado das eleições e que julgue os conflitos que possam surgir no decorrer desse caminho.

No Brasil, antes da criação da Justiça Eleitoral, adotava-se o sistema parlamentar de controle das eleições.¹⁻² A adoção desse modelo, aliado à estrutura econômica da pátria na República Velha, fazia com que existissem, basicamente, três grandes problemas no processo eleitoral.

1. A Constituição imperial de 1824, que dizia, em seu art. 21, ser de competências das casas legislativas realizar a verificação dos poderes de seus membros. Também a Constituição Republicana de 1981, afirmava, no art. 18, I, caber à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal “verificar e reconhecer os poderes de seus membros”.
2. Para uma melhor compreensão dos sistemas de controle das eleições no direito comparado v. as obras de PEREIRA, Rodolfo Viana. *Tutela coletiva no direito eleitoral: controle social e fiscalização das eleições*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 15-50 e RIBEIRO, Fávila. *Direito eleitoral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 110-145.

O primeiro estava ligado à formação da convicção do eleitor, ou seja, na fase anterior à manifestação do voto, que era manietada pelo voto de cabresto, pela coação, pela corrupção eleitoral.

O segundo manifestava-se no controle da apuração do voto, marcado pelas fraudes no alistamento, na falsificação de cédulas, na apuração dos votos, dos mapas de votação etc.

Por fim, havia dificuldades em se garantir a lisura do ato que declarava alguém vencedor, pois mesmo que determinada pessoa não influísse ilegalmente sobre a vontade dos eleitores, coagindo-os, e seus votos fossem computados sem fraude, ainda assim se corria o risco de não se chegar ao poder, posto que vitorioso nas urnas.³

Foi exatamente para por fim a esses problemas, que acabaram por retirar a legitimidade das eleições, que o Brasil, em 1932, passou a adotar o sistema judicial de controle as eleições, criando a Justiça Eleitoral, como justiça especializada, para ser, de modo imparcial, um órgão certificador de que um cidadão foi validamente alçado à categoria de representante popular.

A Justiça Eleitoral, portanto, é fruto da Revolução de Trinta, “sob inspiração do Tribunal Eleitoral tcheco, de 1920, idealizado por Kelsen, que unificou a legislação eleitoral e concedeu autonomia para que o Poder Judiciário realizasse as eleições.”

Com a edição do Código Eleitoral de 1932, todo o processo eleitoral passou a ser de responsabilidade da Justiça Eleitoral. Desde alistamento, votação, apuração até a diplomação. Enfim, todas as fases. Foi com a Constituição Federal de 1934 que a Justiça Federal foi concebida como órgão do Poder Judiciário.

Nas palavras de Fávila Ribeiro, o controle das eleições “passou a pertencer ao Judiciário, como garantia de sua imparcial operacionalização, evitando as

3. É o que narra Carlos Maximiliano, citado pela hoje Ministra do STF Carmen Lúcia Antunes Rocha, ao analisar o fim do modelo parlamentar de controle das eleições, ocorrido com a criação da Justiça Eleitoral em 1932. Dizia ele que “o estatuto fundamental pôs termo aos escândalos tradicionais na verificação de poderes pelas corporações políticas: houve casos de senador ser reconhecido e tomar assento, quanto obteve quinhentos votos, ao passo que o seu competidor granjeara muitos milhares de sufrágios. Em todas as assembleias se operava ilegal segundo escrutínio, em que se rasgava o diploma na cara do legitimamente eleito e se dava posse ao derrotado em toda linha. Assim acontecia, por incumbir às câmaras o reconhecimento de poderes dos seus membros. Com estabelecer uma Justiça especial para julgar as eleições, deu-se um passo acertado a rumo da verdadeira democracia” (ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Justiça Eleitoral e representação democrática*. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes; VELLOSO, Carlos Mário da Silva (coords.). *Direito eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 388).

degolas facciosas das maiorias sobre as minorias e, para evitar incômodos adversários, criando-se o ramo especializado da Justiça Eleitoral”.⁴

Com efeito, a própria criação da Justiça Eleitoral para administrar as eleições e julgar as lides eleitorais, certificando a vitória do candidato por meio da expedição do diploma, permitiu a superação, ainda nos primeiros anos, do problema referente à certificação dos eleitos.⁵

Restava, então, à Justiça Eleitoral, como administradora das eleições e como órgão julgados das ações eleitorais, a resolução de outros dois graves problemas, por meio da legislação eleitoral posta à sua disposição.

3. A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ELEITORAL

Dentro do escopo delineado pela Constituição Federal, todas as matérias que envolvam as eleições, isto é, o sufrágio para a escolha democrática dos representantes do povo, são de competência exclusiva da Justiça Eleitoral.

O nosso sistema eleitoral tem sido o mesmo desde a sua concepção, com a judicialização da Justiça Eleitoral, através da entrada em vigor, do Código Eleitoral de 1932.

Desde então, a Justiça Eleitoral apresenta-se, assim, como corporificação do Judiciário, com a finalidade precípua de prestar a jurisdição, substituindo a vontade das partes e resolvendo, de forma definitiva, os conflitos de interesses a ela submetidos.

No entanto, a Justiça Eleitoral, além de ter função jurisdicional típica e característica, qual seja, a de resolução de conflitos de natureza eleitoral, desempenha uma série de outras funções que não se amoldam dentro desse contexto.

Afirma-se isso porque, compete também à Justiça Eleitoral, não apenas a administração interna – matéria alusiva à economia interna (servidores, contratos, compras, orçamento etc.) – mas também à realização e fiscalização de todos os atos necessários à realização das próprias eleições (alistamento eleitoral, designação de dias para as eleições, apuração de votos etc.).

Sob esse enfoque, é importante lembrar que o procedimento das eleições é amplo e composto de várias fases, compartimentadas e interligadas, que, didaticamente, podem ser assim descritas: alistamento; convenção para escolha de

4. RIBEIRO, Fávila. *Abuso de poder no direito eleitoral*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 210.

5. RIBEIRO, Fávila. *Direito eleitoral...* cit., p. 477.

candidatos; pedido de registro; propaganda política; votação; apuração; proclamação dos resultados e diplomação.

Observe-se que todos esses atos são praticados no âmbito da Justiça Eleitoral: as eleições municipais são realizadas nas respectivas zonas eleitorais; as eleições estaduais e federais são realizadas nos tribunais regionais eleitorais e a eleição presidencial perante o Tribunal Superior Eleitoral.

Essa ampla gama de atribuições da Justiça Eleitoral faz com que se torne necessário uma classificação de suas atividades em: (a) Administrativa; (b) Judiciária (não Jurisdicional – Jurisdição Voluntária); (c) Jurisdicional.

(a) Atividade Administrativa. Como todo e qualquer organismo integrante do Poder Judiciário, também à Justiça Eleitoral compete a prática de atos de natureza eminentemente administrativa – voltados, de um modo geral, ao seu funcionamento.

É a Justiça Eleitoral, assim, que elabora seus regimentos internos; realiza concursos para a contratação de servidores; efetua o pagamento dos servidores, magistrados e promotores; concebe ou nega benefícios; realiza compras de materiais; celebra contrato para a execução de obras, reformas e construções de prédios e edifícios próprios; nomeia juizes etc. Observe-se, pela descrição dos atos acima, que, neste particular, a Justiça Eleitoral desempenha funções como qualquer outro órgão da administração relativas a matérias alusivas a sua economia interna.

(b) Atividade Judiciária não Jurisdicional (Jurisdição Voluntária). Em decorrência da importância e da natureza pública das normas relativas ao direito eleitoral, assim como, para a salvaguarda de direitos coletivos e individuais, o sistema eleitoral brasileiro, após a entrada em vigor do Código Eleitoral de 1932, restou judicializado. Significa dizer, que toda e qualquer questão atinente às eleições são submetidas e confiadas ao Poder Judiciário.

Dessa forma, é Judiciária – porque exercida pelos juizes enquanto integrantes do Judiciário – toda e qualquer atividade que diga respeito às eleições.

É de suma importância essa compreensão, porque, como já dito, ao contrário de outros órgãos, à Justiça Eleitoral foi atribuída competência em demasia para atos que não dizem respeito à sua economia interna (não são, portanto, administrativos) e tampouco referem-se à solução de conflitos ou litígios (atividade efetivamente jurisdicional).

Em nosso sentir, o enquadramento adequado dessa atribuição da Justiça Eleitoral advém da compreensão e do reconhecimento de que no direito eleitoral devem ser aplicadas as noções, há muito praticadas, no direito processual civil, a respeito da distinção entre jurisdição contenciosa e voluntária (art. 1.º do CPC).

Com efeito, as situações onde há previsão legal de atuação do Juiz Eleitoral, sem que exista pretensão processual deduzida – fruto de um conflito de interesses – configuram o exercício da função estatal judiciária eleitoral por intermédio da jurisdição voluntária.

A jurisdição voluntária, nas precisas palavras de Alcides de Mendonça Lima, ocorre “sempre que, para a constituição de um ato jurídico ou para formalizar uma situação jurídica, a lei, categoricamente, atribui competência ao juiz, afastado qualquer outro órgão público, ainda que integrando o Poder Judiciário como auxiliar. É forma de cercear a vontade individual, para tranquilizar os próprios interessados, diminuindo as possibilidades de eventuais conflitos, e assegurar maior estabilidade à ordem social. Tudo isso sob a presença de um representante imparcial do Estado, que é o juiz.”⁶

A jurisdição voluntária tem incidência ante hipóteses expressamente previstas em lei, para a salvaguarda de determinadas situações onde não existe conflito, litígio ou contenda.

Exatamente por conta disso, é que se diz, com propriedade, tanto na doutrina nacional (José Frederico Marques, Arruda Alvim, Alcides de Mendonça Lima, Amaral Santos, Hélio Tornaghi, Celso A. Barbi) quanto estrangeira (Chiovenda, Liebman, José Alberto dos Reais, Mortara, Redenti, J. Guasp, Redenti, Calamandrei, Castro Mendes, Vescovi),⁷ que não há atividade jurisdicional – mas sim judiciária – quando do exercício da jurisdição voluntária.

Essa corrente majoritária utiliza como premissa a circunstância de que a função jurisdicional ter caráter substitutivo. O juiz atua assim substituindo “os titulares dos interesses em conflito, para aplicar o direito objetivo.”⁸ A jurisdição, portanto, pressupõe a contenciosidade.

Em insuperável síntese, ensina José Frederico Marques, que “os atos de jurisdição voluntária não traduzem qualquer imposição do direito objetivo relativamente a uma pretensão, nem se destinam a dissipar incertezas e dúvidas a respeito da existência de relações de vida disciplinadas pela ordem jurídica. Quem requer do juiz uma providência de jurisdição voluntária, não o faz em função de uma lesão a direitos individuais, nem em razão das dúvidas que autorizam o pedido de um pronunciamento declaratório. A pretensão estatal que é requerida ao órgão judiciário tem conteúdo bem diverso daquela que lhe é

6. LIMA, Alcides de Mendonça. *Jurisdição voluntária*. *RePro17*. p. 33.

7. Ver, por todos, a insuperável obra de MARQUES, José Frederico. *Ensaio sobre a jurisdição voluntária, passim*.

8. MARQUES, José Frederico. *Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária*, p. 49.

solicitada quando se invoca a tutela jurisdicional. Na jurisdição voluntária, a intervenção do juiz se faz imprescindível para que uma relação jurídica possa constituir-se ou modificar-se.”⁹

A jurisdição voluntária, portanto, apresenta-se como administração pública de interesses privados (ou mesmo públicos).

Aliás, dentro dessa tônica, isto é, a administração pública de interesses privados, doutrinariamente, se faz de três formas, por: órgãos judiciais: os atos são submetidos à apreciação do poder judiciário, onde então se está diante da jurisdição voluntária; órgãos do foro extrajudicial, que não são integrantes, mas se vinculam ao poder judiciário (ex. tabelião); órgãos administrativos, que não se relacionam com o poder judiciário, mas exercem certa forma de controle estatal (ex. Junta Comercial).

Não se pode olvidar que, a despeito de minoritária, existe respeitável corrente doutrinária que sustenta ter a jurisdição voluntária natureza jurisdicional. Afirma-se que a característica maior da jurisdição é a sua função pacificadora, de modo que é bastante a existência de uma situação conflituosa, ainda que não venha deduzida como tal na demanda.¹⁰

Em nosso sentir, não há como se negar a umbilical relação entre a função jurisdicional e a resolução do conflito, do litígio ou da contenda, por intermédio de um processo.

Prova maior disso, é que o legislador pode atribuir a órgãos do foro extrajudicial situações jurídicas que eram submetidas exclusivamente ao poder judiciário, – tal como se passou com a Lei 11.441/2007, que permitiu, em dadas circunstâncias, que inventários, partilhas, divórcio e separação consensual sejam feitos por escritura pública.

Como não se exercia atividade jurisdicional, mas sim judiciária, pôde o legislador ordinário permitir que tais situações deixassem de ser conferidas pelo Poder Judiciário.

Pois bem, utilizando-se essas premissas de teoria geral do processo ao direito eleitoral, consegue-se, como já enunciado anteriormente, evidenciar que a atividade judiciária nessa justiça especializada é demasiada.

Não pode haver dúvidas de que, a atuação do juiz em procedimentos relativos a alistamento, transferência de títulos, nomeação de mesários, apuração de

9. Op. CIT. p. 65.

10. Assim, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*, 3. ed., vol. 1, p. 379 e ss.; *Instituições de direito processual civil*, vol. 1, p. 315 e ss.

votos, recebimento de prestação de contas, registro de candidaturas, controle da propaganda eleitoral etc. se faz por intermédio da administração pública de interesses privados e públicos – isto é, da chamada jurisdição voluntária.

O mesmo se pode dizer a respeito do Poder Regulamentar do Tribunal Regional Eleitoral, o qual, por força do art. 1.º, parágrafo único, do Código Eleitoral, tem competência para expedir resoluções para o cumprimento das leis ordinárias.

Note-se que são atividades desenvolvidas pelo juiz eleitoral, sem a presença de conflitos a serem dirimidos, bem como sem exercício de atividade tipicamente administrativa.

Com efeito, na medida em que, no curso desses procedimentos de jurisdição voluntária, surjam conflitos a respeito da aplicação do direito, é perfeitamente possível a transmutação da atividade de judiciária para jurisdicional, com as consequências daí decorrentes.

(c) Atividade Jurisdicional. Essa atividade se manifesta através do exercício da função estatal de solucionar os conflitos de interesses, a ele submetidos por intermédio da formulação de uma pretensão e mediante a aplicação das normas legais.

Neste aspecto, a atuação da Justiça Eleitoral não assume qualquer particularidade, na medida em que lhe foi atribuída competência constitucional para a resolução de lides que tenham como fundamento normas eleitorais.

4. OS VALORES QUE PERMEAVAM A JUSTIÇA ELEITORAL QUANDO DE SUA CRIAÇÃO

Embora a criação da Justiça Eleitoral tenha sido uma mitigação do dogma liberal que dava maior importância ao Poder Legislativo, de modo que somente ele poderia reconhecer os próprios eleitos, não se pode esquecer que ela nasceu inserta num momento histórico ainda marcado pelo predomínio do Estado Liberal, que tinha como pilares a proteção aos direitos individuais e a intangibilidade da vontade do indivíduo. A “suposta isonomia entre as pessoas obrigava o desenvolvimento de uma liberdade de atitudes e de intocabilidade na vontade humana.”¹¹

Inserida nesse contexto, não é de se estranhar que o Direito Eleitoral e a Justiça Eleitoral a ele e se adaptassem, criando um sistema baseado na proteção

11. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*. 3. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 24.

do direito de votar e ser votado e na proteção jurídica do candidato eleito nas urnas.

A visão do Direito Eleitoral pela perspectiva de proteção ao direito individual de votar e ser votado foi, inclusive, positivada já no art. 1.º do Código Eleitoral vigente, quando afirma: “Este Código contém normas destinadas a assegurar a organização e o exercício de direitos políticos precipuamente os de votar e ser votado.”

Em relação ao direito de votar, isso fica evidente no art. 72 do Código Eleitoral, quando garante ao eleitor, submetido a processo de exclusão, o direito de votar validamente até que o processo esteja devidamente concluído.

Ainda visando garantir o direito de votar, o legislador até mesmo proibiu a prisão de qualquer eleitor, desde cinco dias antes e até quarenta e oito horas depois do encerramento da eleição, salvo em flagrante delito ou em virtude de sentença criminal condenatória por crime inafiançável.¹²

Já a proteção ao direito de ser votado sofreu variações ao longo desses praticamente 80 anos de Justiça Eleitoral, mas pode ser resumida na impossibilidade de que o candidato fosse retirado do prélio antes do momento de sufrágio.

As Constituições Federais de 1934 (art. 83, *e*), de 1946 (art. 119, VI), de 1967 (art. 130, VI) e a EC01/1969 (art. 137, VI), previram a arguição de inelegibilidade dos candidatos. Todavia, o Dec.-lei 21.076/1932, a Lei 48/1935, o Dec.-lei 7.586/1945 e a Lei 1.164/1950 não fizeram menção à impugnação do registro de candidatura. Na verdade, sequer haveria tempo hábil, já que na Lei de 1932 o registro poderia ocorrer até cinco dias antes das eleições (art. 58, 15, *b*) e na Lei de 1945 (art. 40), bem como na Lei de 1950 (art. 48), os registros poderiam ser feitos até 15 dias da eleição. Ou seja, a única possibilidade de se atacar o candidato inelegível era após a data das eleições, quando este já tinha sido votado e, às vezes, até eleito.

Mesmo com o advento do Código de 1965 e, principalmente, com o advento da LC 5/1970, quando se possibilitou a Ação de Impugnação de Registro de Candidatura (art. 5.º) e se ampliaram os casos de inelegibilidade, a regra continuou válida, pois o candidato somente poderia ter seu registro cassado quando a decisão que declarasse a inelegibilidade transitasse em julgado (art. 17 da LC 5/1970).

Nesse passo, a LC 64/1990, apesar de ter alterado substancialmente as inelegibilidades infraconstitucionais, não alterou a regra, pois, como se observa da leitura do art. 15, na redação anterior à LC 135/2010, o registro somente

12. Art. 236 da Lei 4.737/1965.

poderia ser cassado após o trânsito em julgado da decisão que declarava o candidato inelegível, o que, como se sabe, raras vezes ocorria antes da eleição.

Não bastasse isso, a jurisprudência do TSE até bem pouco tempo sempre resguardou e protegeu o direito do candidato ser votado, dando ao requerimento de pedido de registro de candidatura idêntica eficácia à própria decisão que concede tal pedido, transformando o requerimento de registro em verdadeira antecipação da tutela.

Todavia, quando o TSE separou a cassação do registro de candidatura da inelegibilidade, ao permitir a eficácia imediata da sentença de procedência da ação fundada na captação ilícita de sufrágio (art. 41-A da Lei 9.504/1997), criou-se uma situação no mínimo curiosa, para não dizer teratológica: o candidato que tinha seu registro deferido e era condenado pelo 41-A tinha menos segurança jurídica que aquele que nunca teve seu registro deferido, mas poderia continuar no pleito até que houvesse o trânsito em julgado da Ação de Impugnação de Registro de Candidatura, como muito bem observou Adriano Soares da Costa.¹³

Essa proteção ao direito de ser votado acabava por reforçar um grande dogma do Estado Liberal: a intangibilidade da vontade (nesse caso do eleitor), de modo que não se poderia impedi-lo de votar em determinado candidato, por “pior que fossem suas condutas”.

Ora, aquele que praticava a corrupção eleitoral, prevista no art. 299 do Código Eleitoral, até poderia se preso, mas não poderia ser retirado do pleito, pela ausência de mecanismos judiciais com eficácia imediata. Tudo o que poderia ser feito era a impugnação dos votos obtidos mediante a coação ou corrupção e o manejo do recurso contra a expedição de diploma, caso o candidato fosse eleito. Todavia, nesses casos, a vontade do eleitor já havia sido manifestada nas urnas. Ou seja, até se podia anular um voto, mas jamais impedir que o eleitor votasse em determinada pessoa.

A própria doutrina sempre deu maior importância às demandas ajuizadas após as eleições, i.e, ao contencioso pós-eleitoral. Rodolfo Viana Pereira aduz que, na seara eleitoral o contencioso jurisdicional propriamente dito é pós-eleitoral, já que tutela uma manifestação concreta, palpável, da vontade popular, conferindo se esta foi “livre, autônoma e determinadora dos resultados obtidos.” Para ele, os demais controles (anteriores ao escrutínio) têm caráter preventivo e visam proteger uma manifestação que ainda é expectativa.¹⁴

13. COSTA, Adriano Soares. *Instituições de direito eleitoral*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 225.

14. PEREIRA, Rodolfo Viana *Tutela coletiva...*, p. 27.

Também José Afonso da Silva, já restringia o contencioso eleitoral para após a manifestação do voto, quando afirmava que o procedimento eleitoral tinha como fases: “(1.^a) apresentação das candidaturas; (2.^a) organização e realização do escrutínio; (3.^a) contencioso eleitoral.”¹⁵

Diante dessa perspectiva, não é de se estranhar que, quando do advento do Código, em 1965, o Recurso Contra a Diplomação tinha grande importância, na medida em grande instrumento judicial por meio do qual se poderia tentar impedir que o eleito viesse a exercer um mandato.¹⁶

Veja-se, nesse passo, que embora o código de 1965 tenha avançado ao afirmar que o abuso de poder econômico seria reprimido, a investigação judicial eleitoral prevista no art. 237 era, à época, um procedimento administrativo “que visava quase que exclusivamente a produção de provas indispensáveis à propositura do Recurso contra a Diplomação.”¹⁷

Realmente, durante anos o recurso contra a expedição do diploma – RCED – foi a maior arma para o controle (à posteriori) das eleições. Ele levava à (ou renovava na) instância superior (que não havia participado diretamente da administração do prélio) todas as questões referentes a eleição, mesmo que ainda pendentes de julgamento.¹⁸

Todavia, as limitadas causas de pedir previstas no art. 262 do Código Eleitoral, seu exíguo prazo de ajuizamento e a limitação probatória que se impunha a ele permitiam, muitas vezes, a impunidade, sobretudo no que toca à corrupção eleitoral e ao abuso de poder.

Justamente para sanar tal vazio normativo foi criada a ação de Impugnação de Mandato eletivo – AIME, prevista no art. 14, § 10, da CF/1988. Ainda assim, tratava-se de um controle posterior ao voto, não tolhendo a possibilidade de que candidatos que desrespeitassem a lisura do processo eleitoral fossem retirados do pleito, antes de serem escolhidos pelos eleitores.

15. SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 377.

16. BARRETO, Lauro. *Investigação Judicial eleitoral e ação de impugnação de mandato eletivo*. São Paulo: Edipro, 1994, p. 35.

17. *Idem*, p. 17.

18. Embora haja sérias discussões sobre a constitucionalidade da supressão de instância feita pelo Recurso Contra a Diplomação, ao se criar uma ação com estrutura recursal, não há como não visualizar em seu esqueleto uma busca por imparcialidade e distanciamento das eleições. Esse foi inclusive o sentir do Ministro Marco Aurélio, durante o julgamento do RCED n. 694. Questionava-se ele: “Será que o alcance da lei não está justamente no deslocamento para evitar que o próprio órgão aprecie?” (TSE, RCED 694, rel. Min. Ari Pargendler, *DJe* 12.12.2008, p. 14).

Mesmo com a transformação da investigação judicial eleitoral em ação, o predomínio da importância do contencioso pós-eleitoral continuou vigente no ordenamento jurídico, pois se a Aije fosse julgada procedente após as eleições, ela não tinha¹⁹ o condão de impedir que o eleito assumisse o cargo. Para tanto, era necessário que se ajuizasse ou o Rced ou a Aime!

Mas, se o ordenamento eleitoral protegia o direito de ser votado com afinco, com muito mais vigor protegia aquele que foi eleito pela vontade popular. Sim, pois tão antigo quanto o recurso contra a expedição de diploma é o dispositivo segundo o qual enquanto o Tribunal Superior não decidi-lo, poderá o diplomado exercer o mandato em toda a sua plenitude.²⁰⁻²¹

Em suma, sob a égide do Estado liberal, o direito individual de votar e ser votado era levado às últimas consequências, permitindo que se votasse em quem sequer teve registro deferido, ou que até mesmo praticasse atos atentatórios à lisura do pleito.

Agregue-se a tudo isso o fato de que as fraudes no processo de votação e apuração dos votos eram tão gritantes que durante anos atraíram maior enfoque da sociedade, das leis eleitorais e da Justiça Eleitoral, fazendo com que o combate aos vícios de formação da vontade do eleitor, tal como o abuso de poder econômico, a corrupção eleitoral etc., ficassem em um segundo plano.²²

Visualizam-se, assim, razões de ordem prática e axiológica para que a atuação da Justiça Eleitoral estivesse focada na fase eleitoral e pós-eleitoral, com ênfase nesta.

5. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL, A URNA ELETRÔNICA E A MUDANÇA DO PARADIGMA

O advento da Carta Constitucional de 1988 alterou profundamente os valores que permeavam a República brasileira. Como já adverte o preâmbulo da CF/1988, buscou instituir-se um Estado Democrático de Direito.

19. Veja-se que a regra foi alterada pela LC 135/2010.

20. Art. 95, § 2.º do Dec.-lei 21.076/1932; art. 157 da Lei 48/1935; art. 119 da Lei 1.164/1950; art. 216 do Código de 1965.

21. Para uma melhor compreensão de como a jurisprudência sempre protegeu aquele que fora escolhido nas urnas, v. COSTA, Adriano Soares da. *Instituições...*, p. 226-227.

22. Ora, nos idos do não longínquo ano de 1994, em seu discurso de posse na presidência do TSE, o então ministro Carlos Mário da Silva Velloso ainda se referia a fraudes ocorridas em votações daquele ano e propunha a expansão da informatização como solução para o problema. Talvez, não imaginasse ele, naquele momento, a posição de destaque que o Brasil assumiria na vanguarda da apuração eletrônica, que, realmente, retirou do noticiário as fraudes nas votações.

A consequência direta disso foi o declínio dos valores imanentes à visão do Estado Liberal e a readequação do ordenamento jurídico infraconstitucional aos novos axiomas, de forma nem tão segura,²³ mas lenta e gradual.

Além disso, os esforços da Justiça Eleitoral, sobretudo quanto à modernização tecnológica foram eficientes para minimizar os problemas de fraudes na votação, no alistamento e, principalmente, na apuração dos votos, vícios esses que, por quase setenta anos, assolaram o processo eleitoral brasileiro.

Essa superação desses problemas, entretanto, deixou em foco o problema referente ao processo de formação da vontade eleitoral, como bem asseverou Deslomar Mendonça Júnior, quando observou que, apesar desses avanços, “persistem a corrupção eleitoral, o abuso do poder político e econômico, a criarem uma figura simétrica com a fraude ideológica da eleição”, que distorcem a vontade do eleitor e geram um desvio de legitimidade no sufrágio.²⁴

Essa guinada tanto no plano axiológico quanto na base fática parece explicar as mudanças legislativas ocorridas no Direito Eleitoral após a CF/1988, e principalmente após 1999, que acabaram por criar novas demandas ou imprimir eficácia imediata às existentes,²⁵ para permitir o afastamento, durante o pleito e antes da votação, do candidato que macula o processo eleitoral.

-
23. Diz-se nem tão segura porque foi o TSE, apoiado pelo STF, quem garantiu a aplicabilidade de algumas leis que procuraram garantir a probidade e regularidade do processo eleitoral, como ocorreu com a Lei 9.840/1999, que pune a captação ilícita de sufrágio. A manifesta inconstitucionalidade por vício formal da lei foi, todavia, contornada pelo Pretório Excelso, em decisão política, para garantir a predominância da vontade popular responsável pelo primeiro exercício da iniciativa popular de elaboração das leis. Rompeu-se então com um dos pilares básicos da própria democracia: o respeito à Constituição, dever que se impõe a todos, inclusive às maiorias. Se a maioria do povo era legítima, deveria ter exercido seu poder para aprovar a proposta como lei complementar e não como lei ordinária. O STF perdeu a oportunidade de exercer seu caráter educativo.
24. MENDONÇA JÚNIOR, Delosmar Domingos de. Intervenção de terceiros no processo eleitoral. In: DIDIER JR., Fredie; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). *Aspectos polêmicos sobre os terceiros no processo civil (e assuntos afins)*. São Paulo: Ed. RT, 2004, p. 133.
25. Mesmo operada por leis casuísticas, o que se pode ser observado da evolução das demandas eleitorais é que elas, pouco a pouco, se ajustam aos anseios de efetividade da jurisdição. Sob esse matiz, a LC 135/1964, ao acabar com a exigência de trânsito em julgado para que determinada pessoa fosse considerada inelegível, pode ser compreendida como o ápice de um processo que coloca a segurança jurídica em segundo plano, acompanhando, assim, as transformações pelas quais vem passando o processo civil brasileiro, ora sob aplausos, ora sob desconfiança, mas sempre com muitas controvérsias.

Como foi visto, o sistema normativo e jurisprudencial impedia que o candidato deixasse de ser votado, na medida em que a cassação de registro de candidatura ou o cancelamento do diploma somente poderia ocorrer após o trânsito em julgado da decisão que reconhecesse a inelegibilidade do candidato, nos termos da redação original do art. 15 da LC 64/1990.

Todavia, quando a Lei 9.840/1999, Lei Ordinária, inseriu o art. 41-A na Lei 9.504/1997, criando-se a figura da captação ilícita de sufrágio e a punindo com as sanções de cassação do registro de candidatura e cassação de diploma, houve a necessidade de pronunciamento do STF sobre a constitucionalidade da lei, na medida em que esta havia criado hipóteses de inelegibilidade por Lei Ordinária, a despeito da CF/1988 exigir a edição de Lei Complementar.

Para evitar a declaração da inconstitucionalidade da primeira Lei de iniciativa popular, o STF afirmou que a cassação de registro ou de diploma não era uma espécie de inelegibilidade!²⁶

Consequência disso foi a não aplicação do art. 15 da LC 64/1990, permitindo-se a aplicação imediata das sanções.

A partir desse marco, espalharam-se pela legislação eleitoral as sanções de cassação de registro ou de diploma, de maneira que, tão comum como a criação de crimes em toda e qualquer lei é a criação da cassação de registro ou de diploma nas leis eleitorais, obrigando o TSE a adotar o princípio da proporcionalidade para impedir que condutas tidas como irrisórias sejam gravadas com tão alta penalidade.²⁷

Hoje, são punidas com tais reprimendas, a título exemplificativo: a utilização indevida de recursos financeiros que não advindos de conta específica e que gerem abuso de poder econômico (art. 22, § 3.º, da Lei 9.504/1997); a captação ou gastos ilícitos de recursos em campanha (art. 30, § 2.º, da Lei 9.504/1997), a prática de condutas vedadas em período eleitoral (art. 73 da Lei 9.504/1997).

O último passo faltante para se permitir que os candidatos fossem retirados das eleições antes mesmo de serem votados foi dado pela LC 135/2010, conhecida como Lei da “Ficha Limpa”, que alterou a redação do art. 15 da LC 64/1990, retirando a exigência de trânsito em julgado da decisão que declarar a inelegibilidade (inata ou cominada) do candidato.

Diante dessas alterações, fica evidente que houve uma mudança de foco das ações eleitorais, passando-se de uma tutela repressiva (pós-eleitoral), tal como desenhada pelo Código de 1965, para uma tutela preventiva, que, em suma,

26. ADIn 3.592, Plenário, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 26.10.2006, DJ de 02.02.2007.

27. V. por todos, Recurso Especial Eleitoral 28.448/AM, rel. Min. Nancy Andrighi, em 22.03.2012.

acaba por garantir a lisura (ou controle?) no processo de formação da vontade do eleitor, como há muito já reclamava parte da doutrina, que atentamente se preocupava com os efeitos deletérios dos vícios na formação da vontade do eleitor e com a ineficiência do arcabouço jurídico eleitoral.²⁸

Certo é que com as leis editadas no final da década de 90 e durante a década seguinte, cujo ápice é a LC 135/2010, o simples direito de votar passou a ser adjetivado, transformando-se no direito de votar em um devido (regular) processo eleitoral. Da mesma forma, o direito de ser votado passou a ser visto como o direito de participar de um processo eleitoral probo, diminuindo-se a confusão muito bem percebida por Rodolfo Viana Pereira quando afirma que a legislação e a jurisprudência “confundem o direito de participar na eleição com o direito ao devido processo eleitoral” e acabam por “reduzir um direito que é por natureza público (o direito à adequada formação do regime representativo) a um direito que provém, por definição, de um título subjetivo ou particular.”²⁹

Em síntese, como se vê, (i) a mudança de premissa provocada pela Constituição Federal, com a incorporação de novos valores ao Estado, exigindo respeito à probidade administrativa, isonomia, moralidade, normalidade das eleições, bem como (ii) a superação das fraudes anteriormente existentes com a implantação da urna eletrônica, fizeram com que o contencioso pós-eleitoral desse lugar à chamada judicialização das eleições.

A judicialização das eleições nada mais é, portanto, do que uma consequência natural dos fatores acima.

6. A AUSÊNCIA DE UM TRATAMENTO SISTÊMICO PROCESSUAL DA TUTELA ELEITORAL

A mudança do paradigma não foi acompanhada pela ciência processual. O que se viu, após a Constituição, é que os sistemas processuais foram se adaptando a fim de atender aos novos direitos que foram surgindo.

Viu-se, portanto, que a simples incidência do Código de Processo Civil era insuficiente para a tutela desses novos direitos. Assim é que se criou o Código

28. Dizia Fávila Ribeiro: “O Direito Eleitoral tem de demonstrar a sua eficiência pelos resultados que possa obter na frenação de qualquer abuso de poder, seja proveniente de agentes públicos, seja cometido por instâncias privadas. É propriamente o poder, no exercício expansivo de suas dominações corrosivas, que precisa ser flagrado e contido”. (...) “Mas no momento o interesse decisivo do direito eleitoral é garantir a eficiência de seus lançamentos operativos, aceitando os desafios da realidade cultural, social, econômica e política, para escoimar as distorções assestadas sobre o processo eleitoral” (RIBEIRO, Fávila. *Abuso de Poder...*, p. 26).

29. PEREIRA, Rodolfo Viana. *Tutela coletiva...*, p. 125.

de Defesa do Consumidor (CDC), o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, a Lei de Ação de Improbidade Administrativa entre vários outros.

Note-se que são todos diplomas normativos que se preocuparam em criar microsistemas processuais com particularidades próprias e capazes de tutelar o direito material advindo dos novos valores impregnados na Carta Magna.

No entanto, no âmbito do Direito Eleitoral não houve essa preocupação. Os operadores do direito se viram de diante de uma nova situação e não estavam preparados para ela.

É fato que nunca se estudou com a profundidade necessária o direito processual eleitoral. Não havia preocupação para tanto. As resoluções e as decisões do TSE, diante dos casos concretos, afirmam a incidência desse ou daquele dispositivo do CPC para a solução da questão.

Somente mais recentemente é que se passou a preocupar com a necessidade de se tentar sistematizar, no âmbito processual, a tutela do direito eleitoral.

As normas específicas de direito processual eleitoral (Código Eleitoral, leis especiais e até mesmo resoluções) são insuficientes para que o processo se desenvolva e tutele o direito material. É imprescindível que lhe sejam aplicadas regras de forma subsidiária.

E nesse ponto, para a aplicação subsidiária de normas processuais ao direito processual eleitoral, é que assume especial importância o reconhecimento de que estamos diante de uma ação de natureza coletiva e que, por via de consequência, não podemos simplesmente aplicar irrestritamente o Código de Processo Civil.

Ainda que o CPC/2015 disponha em seu art. 15, “na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”, isso não deve ser visto de forma tão simples.

A aplicação subsidiária e supletiva do CPC no processo eleitoral não pode e não deve ser automática, já que, como se passa a demonstrar a ação eleitoral tem natureza coletiva e não individual.

7. A NATUREZA COLETIVA DA AÇÃO ELEITORAL

Com efeito, a democracia é um dos valores estruturantes do Estado brasileiro. A democracia representativa é a forma típica de o povo exercer o seu poder por intermédio de representantes eleitos pelo voto popular. Por isso, todas as vezes que se propõe uma demanda eleitoral, o que está em jogo, o alvo de proteção, é a democracia popular.

A tutela da liberdade do voto, da igualdade dos candidatos, a normalidade das eleições, a transparência da campanha, a ética e a moralidade do pleito etc., têm, sempre, como alvo a tutela da democracia popular.

As regras que envolvem o sufrágio, o exercício da democracia direta, tais como o plebiscito e o referendo, o pluralismo político, a fidelidade partidária, a capacidade eleitoral ativa e passiva etc., e que estão previstas no texto constitucional e em leis extravagantes, são de interesse direto de toda a coletividade e não apenas daqueles que estejam envolvidos no pleito eleitoral.

A proteção preventiva e corretiva da ordem democrática brasileira é interesse do Estado e da sociedade e jamais um interesse próprio ou exclusivo ou privado de qualquer pessoa. Os atores ou partícipes do sufrágio popular, por exemplo, não agem per si ou para si, mas em prol de uma democracia representativa, que é o modelo adotado pelo Estado brasileiro.

Ainda que o objeto de discussão seja, por exemplo, uma “impugnação de registro de candidatura”, o que se pretende com uma demanda eleitoral é a proteção da própria democracia.

Note-se que uma simples “prestação de contas” de um candidato que tenha renunciado à candidatura antes mesmo do pleito eleitoral e que não tenha tido nenhuma movimentação financeira em sua conta de campanha não é algo que deva ser visto como um direito da pessoa, sem qualquer interferência na democracia. Ao contrário, é parte integrante de um complexo de normas que se unem em prol de um objetivo comum: proteção da democracia.

O problema da infidelidade partidária, por exemplo, jamais pode ser lido sem a perspectiva do eleitor. Ora, o mandato político não envolve apenas partidos e candidatos e a questão da infidelidade de um ou de outro não é um problema particular entre ambos. Antes o contrário, posto que ambos, partido e candidato, assumiram um vínculo com o eleitor e por isso devem cumprir juntos, seguindo a promessa ideológica assumida, o poder popular que lhes foi entregue pelo voto. A infidelidade do partido ou do candidato não é, *prima facie*, de um contra o outro, mas contra o eleitor, o dono e titular do poder que é representado mandatário que ocupa o cargo eletivo.

Por isso é que, todas as demandas são de natureza coletiva. São propostas por entes coletivos, e, regra geral em legitimação concorrente e disjuntiva (partidos políticos, coligações e Ministério Público, e o candidato, que atua como portador ideológico da sociedade).

Ademais, todas as demandas tutelam um interesse supraindividual, e, de forma mediata ou imediata, o sufrágio popular (proteger a liberdade de escolha do eleitor, a isonomia, a normalidade e legitimidade do pleito eleitoral, a probidade administrativa).

Em suma, são coletivas porque os legitimados são coletivos e o objeto tutelado é igualmente coletivo (difuso).

Embora não afirmasse se tratar de direitos essencialmente coletivos, não se pode negar que a doutrina já havia percebido que os conflitos eleitorais não se limitam a uns poucos interessados, pois não apenas o eleitor é enganado, “senão todos os cidadãos de uma República, na qual se veja prevalecer a imoralidade eleitoral e o engano no resultado.”³⁰⁻³¹

Mas, contudo, apenas recentemente é que se passou a dar mais relevo ao estudo científico acurado da ação eleitoral como tutela coletiva de direitos, como se vê dos trabalhos de Rodolfo Viana Pereira³² e Ludgero Liberato.³³

A jurisprudência, aos poucos, também tem reconhecido a titularidade coletiva das ações eleitorais, ao afirmar, v.g., que a Aije visa proteger bem jurídico de titularidade coletiva, qual seja, a estabilidade do regime democrático manifestado pela soberania do voto popular.³⁴

No âmbito legislativo, especial referência merece a Lei 13.165/2015, que incluiu o art. 96-B à Lei 9.504/1997 (Lei das Eleições). Essa lei, como expõe

30. ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Justiça eleitoral e representação democrática...*, p. 390.

31. Nesse sentido há de se observar o grande avanço no pensamento de Elcias Ferreira da Costa quando afirmava que “o eleitor, que impugna o título de outro eleitor, exerce, embora a nível administrativo, de modo análogo ao que ocorre quando propõe uma ação popular, função de *substituto processual da sociedade*, melhor dizendo, da nação, porquanto a esta interessa que se venha expungir do corpo eleitoral os incapazes a qualquer título” (...). “a impugnação oferecida por partidos configura a mesmo *fictionis juris* de substituto processual da nação, na pretensão de afastar do processo os não habilitados” (COSTA, Elcias Ferreira da. *Direito eleitoral: legislação e doutrina...*, p. 132-133). No mesmo sentido, afirmou Carlos Mário da Silva Velloso: “O bem jurídico protegido no pleito eleitoral é a vontade da população, permitindo que ela possa se pronunciar de forma livre e sem vício”. (...) “em todas essas ações, o bem jurídico tutelado é indivisível, de interesse geral, suplantando as vontades individuais e a esfera de disponibilidade particular” (VELLOSO, Carlos Mario da Silva; AGRA, Walber de Moura. *Elementos de direito eleitoral...*, p. 248).

32. PEREIRA, Rodolfo Viana. *Tutela coletiva no direito eleitoral: controle social e fiscalização das eleições*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

33. LIBERATO, Ludgero. *Tipicidade das ações eleitorais e limitações ao acesso à Jurisdição Eleitoral*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Espírito Santo, 2014, em banca formada pelo signatário deste artigo e pelos professores Marcelo Abelha Rodrigues e Luiz Fernando Pereira.

34. TSE, REspE 35.923, rel. Min. Felix Fischer, j. 09.03.2010, DJe 14.04.2010; AgRg no REspE 872331566, rel. Min. Luciana Christina Guimarães Lóssio, j. 20.05.2014, DJ de 25.06.2014.

com precisão Luiz Fernando Pereira, ensejou na positiva adoção de elementos do microsistema do processo civil coletivo às ações eleitorais ao disciplinar com viés coletivo normas atinentes aos institutos da coisa julgada, conexão, continência e litispendência.³⁵

8. A APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DOS DIPLOMAS PROCESSUAIS CIVIS

O reconhecimento de que ação eleitoral é de natureza coletiva leva intuitivamente à conclusão de que a ela devem ser aplicadas subsidiariamente todas as normas do microsistema processual coletivo, tal como se concebe no Código de Defesa do Consumidor e na Lei de Ação Civil Pública.

Essa conclusão ganhou reforço com a edição da Lei 13.165/2015, que determinou, como já visto, a incidência das regras atinentes à coisa julgada, conexão, continência e litispendência das ações coletivas às ações eleitorais.

A questão que se coloca, partindo dessa premissa, é se seria possível aplicar subsidiariamente todas as técnicas adequadas à tutela dos direitos coletivos, tais como, a causa de pedir genérica e móvel, sem delimitação completa dos fatos; interpretação extensiva dos pedidos; ampliação dos poderes dos juízes, com participação e atuação mais ativa; inversão do ônus da prova; possibilidade de transação; restrição dos efeitos da coisa julgada a determinado território etc. Enfim, existiria compatibilidade dessas técnicas com as ações eleitorais?

Com efeito, há que se lembrar que a incompatibilidade dos elementos do microsistema coletivo a determinadas ações coletivas não é incomum e deve ser vista com certa naturalidade, pois, muitas vezes existem outros valores em jogo que impedem sua adoção irrestrita.

É o que se passa, por exemplo, com a Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992), que contempla a tutela de natureza coletiva, mas ao mesmo tempo determina a incidência, em seu art. 17, do procedimento ordinário do CPC (atual comum – no art. 318, CPC/2015).

Em que pese o CPC ter natureza individualista e não ser o modelo adequado para a tutela coletiva, a Lei de Improbidade Administrativa determina expressamente a sua incidência.

E assim o faz porque, a ação de improbidade administrativa é capaz atingir direitos sagrados do ser humano (exercício de função pública; pleno gozo dos direitos políticos etc.). Preferiu-se, assim, privilegiar uma tutela de segurança,

35. PEREIRA, Luiz Fernando. *Ações eleitorais. Atualidades sobre conexão, continência, litispendência e coisa julgada*, artigo no prelo.

com base na qual a decisão deve ser dar com certeza absoluta – mediante amplo e irrestrito contraditório. Essa concepção é diversa do sistema coletivo, em que o bem maior a ser protegido é o direito coletivo e não os direitos do cidadão.

Nas ações eleitorais não se pode olvidar que essa problemática é também deveras delicada.

As características peculiares das lides eleitorais impedem muitas vezes a pura e simples adoção de todas as técnicas do sistema coletivo.

Com efeito, lembre-se que no direito processual eleitoral:

(i) as consequências das sanções eleitorais podem ser graves, permitindo o afastamento do cidadão da vida política ou até mesmo a anulação das eleições;

(ii) o direito de votar e ser votado é uma das garantias constitucionais;

(iii) o processo é muito célere e rápido para regras que possam ser modificadas no curso da demanda ou mesmo para sofrer inversões processuais;

(iv) as regras processuais eleitorais, por conta dessas características, devem ser seguras, fixas e previsíveis, pois a possibilidade de erro é irreversível.

(v) existem prazos – verdadeiro calendário – fixos para a prática de determinados atos processuais que devem ser rigorosamente seguidos.

Esses aspectos são decorrentes da incidência de princípios próprios do direito processual eleitoral, entre eles, o (a) princípio da tipicidade (legalidade) eleitoral; (b) princípio da adequação do processo eleitoral ao calendário eleitoral; (c) princípio *in dubio pro sufragio* – que impedem a pura e simples incidência de todas as técnicas processuais do microsistema coletivo.

Todavia, como dito acima, essa questão não é tão simples, pois, se, de um lado, a assertiva acima procede, de outro, há que se reconhecer que algumas técnicas coletivas são necessárias e até mesmo imprescindíveis ao válido e regular desenvolvimento da ação eleitoral.

Em nosso sentir, as regras do sistema processual coletivo podem e devem ser aplicadas naquilo em que o direito material não consegue ser tutelado pelo sistema individualista do CPC, como se dá, por exemplo, com a legitimidade *ad causam*, a coisa julgada e a intervenção de terceiros, como há algum tempo tem reconhecido a jurisprudência.³⁶

36. TRE/SE, Agravo na Representação 68, Ac 441/2002, rel. José dos Anjos, j. 24.09.2002; TRE/BA, Ac 97/2002, Expediente 12.219/2002, Agravo, Serrinha, rel. Jafeth Eustáquio da Silva, publicado em sessão do dia 17.07.2002; TRE/SE, PET 612, Rel. José Eduardo de Santana Macêdo; TRE-MG, Exceções 14 e 17 (julgamento conjunto), rel. Benjamim Rabelo, j. 31.08.2009.

Esse foi inclusive o escopo do legislador ao incluir o art. 96-B, na Lei das Eleições, estabelecendo regras decorrentes das ações coletivas às ações eleitorais, tais como aquelas relativas à litispendência, conexão e prevenção.

De outro lado, deve-se lembrar que o art. art. 105-A,³⁷ da Lei das Eleições não pode ser levado em consideração para uma análise científica desse tema. Como cediço, este dispositivo teve autoria em proposta do Deputado Bonifácio Andrada e fazia menção à situação específica na qual a instauração do inquérito civil público, em campanhas eleitorais, poderia trazer sérios prejuízos à imagem dos candidatos.

Após receber merecidas e severas críticas da comunidade jurídica, o TSE houve por bem reconhecer, corretamente, sua inconstitucionalidade.³⁸

37. Art. 105-A: “Em matéria eleitoral, não são aplicáveis os procedimentos previstos na Lei 7.347, de 24.07.1985”.

38. TSE, REspe 545-88.2012.6.13.0225/MG, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 08.09.2015. *Da ementa destaca-se: “2. A interpretação do art. 105-A da Lei 9.504/1997 pretendida pelo recorrente – No sentido de que as provas produzidas em inquérito civil público instaurado pelo Ministério Público Eleitoral seriam ilícitas – Não merece prosperar, nos termos da diversidade de fundamentos adotados pelos membros desta Corte Superior, a saber: 2.1. Sem adentrar a questão atinente à constitucionalidade do art. 105-A da Lei 9.504/1997, ressalte-se que i) da leitura do dispositivo ou da justificativa parlamentar de sua criação não há como se retirar a conclusão de que são ilícitas as provas colhidas naquele procedimento; ii) a declaração de ilicitude somente porque obtidas as provas em inquérito civil significa blindar da apreciação da Justiça Eleitoral condutas em desacordo com a legislação de regência e impossibilitar o Ministério Público de exercer o seu múnus constitucional; iii) o inquérito civil não se restringe à ação civil pública, tratando-se de procedimento administrativo por excelência do Parquet e que pode embasar outras ações judiciais (Ministros João Otávio de Noronha, Luciana Lóssio e Dias Toifoli).*

2.2. *Ao art. 105-A da Lei 9.504/1997 deve ser dada interpretação conforme a Constituição Federal para que se reconheça, no que tange ao inquérito civil público, a impossibilidade de sua instauração para apuração apenas de ilícitos eleitorais, sem prejuízo de: i) ser adotado o Procedimento Preparatório Eleitoral já previsto pelo Procurador-Geral da República; ou ii) serem aproveitados para propositura de ações eleitorais elementos que estejam contidos em inquéritos civis públicos que tenham sido devidamente instaurados, para os fins previstos na Constituição e na Lei 7.347/1985 (Ministros Henrique Neves e Gilmar Mendes).*

2.3. *O art. 105-A da Lei 9.504/1997 é inconstitucional, pois: i) o art. 127 da CF/1988 atribuiu expressamente ao Parquet a prerrogativa de tutela de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais individuais indisponíveis, de modo que a defesa da higidez da competição eleitoral e dos bens jurídicos salvaguardados pelo ordenamento jurídico eleitoral se situa no espectro constitucional de suas atribuições; ii) a restrição do exercício de funções institucionais pelo Ministério Público viola o art. 129, III, da CF/1988, dispositivo que prevê o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção*

Quanto à desistência da ação, por exemplo, a jurisprudência é vasta em precedentes nos quais confere tratamento de ações coletivas.³⁹ As demandas eleitorais se submetem a prazos decadenciais para a sua propositura, em respeito à estabilidade do processo eleitoral, de forma que a extinção imediata da demanda pela desistência da ação, com ou sem consentimento do réu, normalmente acarretaria, além da extinção da ação, o decaimento da possibilidade de seu ajuizamento para a tutela daquele direito.

Por isso, e considerando que as lides eleitorais são regidas por uma finalidade pública (a proteção da democracia está em sua essência), entende a jurisprudência não será possível desistir da demanda eleitoral com a imediata extinção do processo sem julgamento de mérito, sem que antes seja ouvido o Ministério Público para saber se deve ou não assumir o polo ativo e, assim, passar a conduzir a referida ação coletiva.

Com exceção dessas situações, parece-nos que não devemos nos utilizar das técnicas coletivas nas ações eleitorais. Os motivos já expostos conduzem-nos à conclusão de que essas técnicas somente podem ser utilizadas subsidiariamente naquelas situações em que não existe norma expressa na legislação eleitoral e o CPC revela-se inapto à tutelar as demandas dessa natureza (coletiva).

Essa conclusão abre caminho para outro questionamento que, igualmente, revela-se extremamente complexo, a saber, salvo as exceções acima (quanto à incidência das técnicas coletivas), deve o CPC ser aplicado às ações eleitorais de forma irrestrita?

Em que pese a importância da matéria, não tem ela ganhado o devido tratamento acadêmico. No âmbito doutrinário houve quem limitasse sua atuação “aos princípios gerais do processo”⁴⁰ e quem afirmasse que sua atuação era ampla, dele se extraindo as linhas estruturais do comportamento das partes, a

de interesses difusos e coletivos; iii) houve evidente abuso do exercício do poder de legislar ao se afastar, em matéria eleitoral, os procedimentos da Lei 7.347/1985 sob a justificativa de que estes poderiam vir a prejudicar a campanha eleitoral e a atuação política de candidatos (Ministros Luiz Fux e Maria Thereza de Assis Moura)”.

39. “A desistência manifestada pelo recorrente no Recurso Contra Expedição de Diploma não implica extinção do feito sem resolução do mérito, tendo em vista a natureza eminentemente pública da matéria. Na espécie, o recorrente originário, o Partido dos Aposentados da Nação (PAN), foi incorporado pelo Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), que requereu a desistência da ação. O pedido foi homologado por esta Corte, e o Ministério Público Eleitoral assumiu a titularidade da ação (...)” (RCED 661, rel. Min. Aldir Guimarães Passarinho Junior, j. 21.09.2010, Dje 16.02.2011).

40. COSTA, Elcias Ferreira. *Compêndio...p.*, 35.

sequência das etapas processuais, a imparcialidade da prestação jurisdicional, os pressupostos processuais, e os procedimentos recursais.⁴¹

Já no âmbito jurisprudencial, acabou-se por firmar duas premissas sobre a aplicação subsidiária do CPC.

A primeira delas consiste na afirmação segundo a qual a existência de norma específica no direito eleitoral afasta a aplicação de outros diplomas.⁴² Com base nessa premissa, a jurisprudência do TSE afirma, por exemplo: a impossibilidade de aplicação dos casos de ação rescisória do CPC, em hipótese diversa daquela prevista no art. 22, I, j, do Código Eleitoral, limitando, assim, a possibilidade de rescisão aos acórdãos proferidos pelo TSE;⁴³ a desnecessidade de intimação pessoal ou por publicação nos casos de sentença em processo de registro de candidatura, face ao art. 8.º da LC 64/1990;⁴⁴ a exigência de despacho saneador, com a análise das questões preliminares, antes da produção de prova no Recurso contra Expedição do Diploma, em razão do 270 do Código Eleitoral;⁴⁵ a existência, no âmbito eleitoral, de deserção pelo não pagamento de preparo referente à extração de cópias dos documentos indicados pela parte para a formação do instrumento do agravo, interposto contra decisão que denega recurso especial.⁴⁶

A segunda é a de que, havendo lacuna, aplica-se o CPC, desde que haja compatibilidade com as normas do direito eleitoral.

Essas premissas são semelhantes às utilizadas na Justiça do Trabalho para a aplicação de outras normas ao processo do trabalho. De acordo com o art. 769, da CLT:

“Art. 769. Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.”

41. RIBEIRO, Fávila. *Direito eleitoral...*, p., 16.

42. “A aplicação subsidiária do Código de Processo Civil somente é possível se não houver disciplina da matéria pela Lei Eleitoral” (TSE, AgRg no REspE 31.116/MG, rel. Min. Marcelo Ribeiro, PSESS de 06.10.2008).

43. (AgRg no AI 69210, São João Do Paraíso/MG, rel. Min. Fátima Nancy Andrihghi, j. 13.10.2011, *DJE* T. 214, Data 11.11.2011, p. 52).

44. V. AgRg no REspE 31.116, Ouro Preto/MG, rel. Min. Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira, j. 06.10.2008, publicação na sessão do mesmo dia.

45. AgRg no RCED 767/SP, rel. Min. José Gerardo Grossi, j. 14.02.2008, *DJ* V. 1, Data 29.02.2008, p. 15.

46. AgRg no AI 10300, Taboão Da Serra/SP, rel. Min. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, j. 26.04.2012, *Dje* T. 103, Data 01.06.2012, p. 28-29.

Com efeito, em que pese a necessidade de melhor desenvolvimento das premissas referidas acima, não se pode olvidar que o CPC/2015 deve ser lido e aplicado exclusivamente com base nelas.

A circunstância de o art. 15 determinar que as disposições do CPC devem ser “aplicadas supletiva e subsidiariamente” quando há lacuna, não significa que deve ser desprezado o requisito da compatibilidade com as normas de direito eleitoral.

O sistema processual eleitoral tem regras próprias e concebidas à tutela de um direito material com características e princípios específicos que impedem a automática aplicação subsidiária do CPC.

Deve-se ter o cuidado de não se tratar de forma simplista a ausência de norma específica, como mera falha legislativa (lacuna normativa) ou como lacuna ontológica – incidente naquelas hipóteses em que as normas jurídicas não correspondem mais aos fatos sociais valorados.

O tema da aplicação subsidiária do CPC ao direito processual eleitoral merece mais reflexão e uma abordagem mais profunda e compromissada, principalmente por aqueles que possuem mais afinidade com esse sistema.

Não nos parece inadequada certa dose de cautela e, por via de consequência, entender como razoável a incidência do CPC somente naquilo que for essencial à adequada e justa prestação da tutela jurisdicional. Por outras palavras, o CPC incidiria apenas naquelas situações em que for imprescindível para o próprio desenvolvimento da atividade jurisdicional.

9. CONCLUSÃO

A Justiça Eleitoral é fruto da Revolução de 1930 e decorreu da necessidade de superar três problemas centrais do processo eleitoral: a corrupção eleitoral, muitas vezes decorrente do voto de cabresto e da coação; a fraude na apuração dos resultados e na suposta lisura do ato que declarava o candidato vencedor.

Em que pese ser órgão do Poder Judiciário, desde a Constituição Federal de 1934, a Justiça Eleitoral possui uma atividade que se difere das demais, pois além da competência administrativa e jurisdicional, também foi-lhe atribuída competência judiciária, exigindo-se que todos os atos atinentes às eleições (alistamento, nomeação de mesários etc.) tenham a participação de um juiz eleitoral.

A Justiça Eleitoral surgiu, portanto, com o escopo de proteger dois valores, quais sejam, o direito de votar e o direito de ser votado. Por consequência, as ações eleitorais somente eram utilizadas após a realização das eleições, advindo daí a compreensão de que o contencioso era “pós-eleitoral.”

A criação da urna eletrônica e os novos valores incorporados pela Constituição Federal mudaram radicalmente esse panorama, com a criação de novas

regras de direito material destinadas a impedir o abuso de poder e garantir a isonomia e a normalidade das eleições. De outro lado, novos mecanismos processuais também foram concebidos com o escopo de dar mais efetividade as decisões judiciais.

O contencioso deixou de ser “pós-eleitoral” e deu surgimento ao fenômeno da “Judicialização das Eleições”, que pode ser visto como o controle pelo Judiciário da regularidade e normalidade do pleito, em especial, da livre formação da vontade do eleitor.

Essa mudança de paradigma não foi acompanhada pela ciência processual eleitoral, que não concebeu a criação de um microsistema processual, tal como o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e Adolescente etc.

Apenas mais recentemente é que se percebeu a necessidade de se estudar com maior profundidade o direito processual eleitoral e notar que, de fato, está-se diante de uma demanda de natureza coletiva e que suas normas específicas (previstas no Código Eleitoral, legislações especiais e até mesmo em resoluções) são insuficientes para que o processo se desenvolva e tutele o direito material.

A circunstância de se tratar de uma ação de natureza coletiva não atrai de forma imediata e ilimitada a incidência subsidiária das normas regulam o microsistema coletivo (CDC + LACP).

Em sentido semelhante à Ação de Improbidade Administrativa, as características e peculiaridades do direito eleitoral fazem com que as normas do sistema processual coletivo somente sejam aplicadas naquilo em que o direito material não consegue ser protegido pelo sistema individualista do CPC, como ocorre com os institutos da coisa julgada, legitimidade ad causam, intervenção de terceiros, litispendência, conexão, competência etc.

De outra parte, isso não significa que o CPC deve ser aplicado de forma subsidiária sempre que houver lacuna, como sugere seu art. 15.

Essas mesmas características e peculiaridades do direito eleitoral fazem com que haja a necessidade de se aferir, em concreto, a compatibilidade do CPC às normas específicas do direito processual eleitoral.

Em síntese, se quer dizer que a simples existência de lacuna não é o suficiente para determinar a incidência subsidiária do Código de Processo Civil.

10. BIBLIOGRAFIA

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Representatividade e democracia. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes; VELLOSO, Carlos Mário da Silva (coords.). Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

- BARBOSA, Edmilson. Ação de impugnação de mandato eletivo. In: DIDIER JR. Fredie (org.). *Ações constitucionais*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm.
- BARRETO, Lauro. *Investigação judicial eleitoral e ação de impugnação de mandato eletivo*. São Paulo: Edipro, 1994.
- COSTA, Adriano Soares. *Instituições de direito eleitoral*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- COSTA, Elcias Ferreira da. *Direito eleitoral: legislação e doutrina*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- COSTA, Tito. *Recursos em matéria eleitoral*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2004.
- JARDIM, Torquato. *Direito eleitoral positivo, conforme a nova lei eleitoral*. 2. ed. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1998.
- LIBERATO, Ludgero. *Tipicidade das ações eleitorais e limitações ao acesso à Jurisdição Eleitoral*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Espírito Santo, 2014.
- MENDONÇA LIMA, Alcides de. Jurisdição Voluntária. *Revista de Processo*. vol. 17. p. 25-40. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 1980.
- _____. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. refundida, ampl. e atual. São Paulo: Malheiros.
- MENDONÇA JÚNIOR, Delosmar Domingos de. Intervenção de terceiros no processo eleitoral. In: DIDIER JR., Fredie; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coords.). *Aspectos polêmicos sobre os terceiros no processo civil (e assuntos afins)*. São Paulo: Ed. RT, 2004.
- PEREIRA, Luiz Fernando C. *Ações eleitorais: atualidades sobre conexão, continência, litispendência e coisa julgada*. Artigo no prelo.
- PEREIRA, Rodolfo Viana. *Tutela coletiva no direito eleitoral: controle social e fiscalização das eleições*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- PINTO FERREIRA. *Código Eleitoral comentado*. 4. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997.
- RAMAYANA, Marcos. *Direito eleitoral*. 10. ed. rev. ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2010.
- RIBEIRO, Fávila. *Direito eleitoral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- _____. *Abuso de poder no direito eleitoral*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Justiça Eleitoral e representação democrática. In: _____; VELLOSO, Carlos Mário da Silva (coords.). *Direito eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. reform., atual. e ampl. da obra Elementos de Processo Civil. São Paulo: Ed. RT, 2008.

_____. *Manual de execução civil*. 3. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

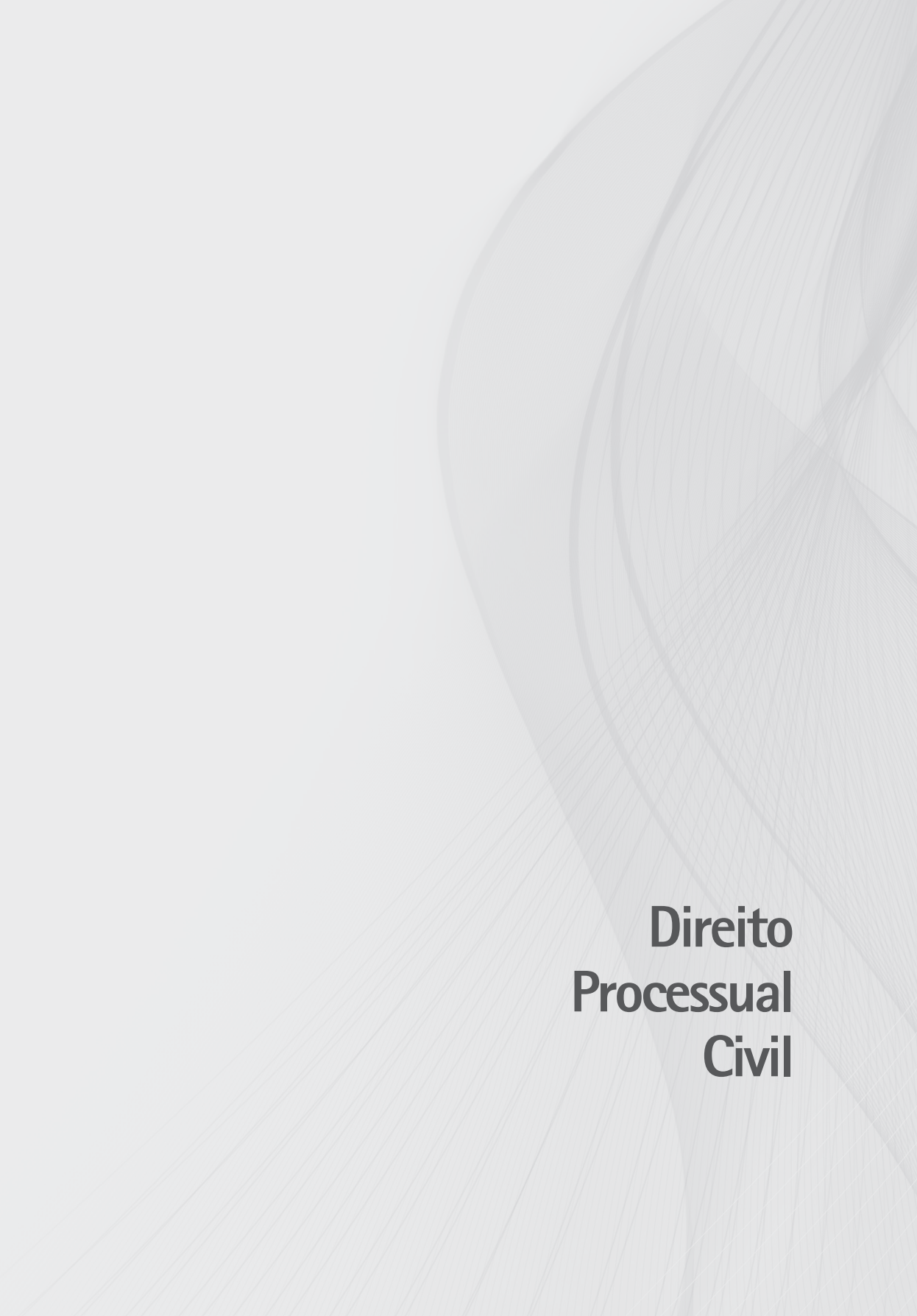
VELLOSO, Carlos Mario da Silva; AGRA, Walber de Moura. *Elementos de direito eleitoral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. A reforma eleitoral e os rumos da democracia no Brasil. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes; VELLOSO, Carlos Mário da Silva (coords.). *Direito eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Ações eleitorais e direito sancionador, de Paulo Henrique dos Santos Lucon – *RIASP* 32/281-292 (DTR\2013\12538);
- Justiça eleitoral e voto eletrônico, de André Ramos Tavares – *RT* 921/409-446 (DTR\2012\44825);
- Justiça eleitoral. Modelo e importância, de Roberto Rosas – *RDCI* 27/45-51 (DTR\1999\185); e
- Urna eletrônica e impressão do registro do voto: O direito eleitoral e a segurança no uso da tecnologia da informação, de Tarcisio Teixeira e Laura Maria Brandão Estancione – *RT* 963/193-211 (DTR\2016\196).

The background features a light gray grid pattern that becomes more prominent towards the bottom right. Overlaid on this are several large, overlapping, semi-transparent circles in shades of gray, creating a layered, geometric effect.

**Direito
Processual
Civil**



O DIREITO INTERTEMPORAL E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (COM PARTICULAR REFERÊNCIA AO PROCESSO DE CONHECIMENTO)

THE INTERTEMPORAL LAW AND THE NEW BRAZILIAN CIVIL PROCEDURE CODE (WITH REFERENCE TO THE PROCESS OF UNDERSTANDING)

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR

Doutor em Direito. Membro da Academia Mineira de Letras Jurídicas, do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, do Instituto Brasileiro de Direito Processual, do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual e da *International Association of Procedural Law*. Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da UFMG. Desembargador Aposentado do TJMG. Advogado. aniger@htj.adv.br

ÁREA DO DIREITO: Processual; Civil

RESUMO: A entrada em vigor no NCPC atingirá imediatamente os processos pendentes. Respeitará, todavia, o sistema de isolamento dos atos processuais, de modo a preservar os atos já praticados em face das garantias constitucionais relativas ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido.

PALAVRAS-CHAVE: Direito intertemporal – Novo Código de Processo Civil – Direito adquirido processual – Irretroatividade.

ABSTRACT: The entry into force of the new Brazilian Code of Civil Procedure is going to affect immediately the pending lawsuits. However, it will respect the procedural acts isolation system, in such a way to preserve the practiced acts in front of constitutional guarantees related to the perfect juridical act and to the acquired right.

KEYWORDS: Intertemporal law – New Code of Civil Procedure – Procedural acquired right – Non-retroactivity.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Direito intertemporal em matéria de inovação da lei processual – 3. Direito adquirido processual – 4. Ato jurídico perfeito e ato processual consumado – 5. Sistema de isolamento dos atos processuais – 6. Coisa julgada e Direito Intertemporal – 7. O Novo CPC e a relativa adoção do sistema de isolamento dos atos processuais – 8. Regime de provas – 9. Execução contra o devedor insolvente – 10. Questão prejudicial e supressão da ação declaratória incidental – 11. Inovações no sistema recursal – 12. Alterações de prazo processual e tempestividade dos recursos – 13. Prazos contados em dias úteis – 14. Redução de requisitos de admissibilidade do recurso – 15. Ampliação dos casos de admissibilidade do recurso – 16. Alteração de efeitos do recurso – 17. Inovação de prazo prescricional e prescrição intercorrente da execução forçada – 18. Prazo para propositura da ação rescisó-

ria – 19. Novidades no regime dos honorários advocatícios sucumbenciais – 20. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – 21. Negócio jurídico processual – 22. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

Seguindo princípio clássico de nosso direito processual civil – e repetindo o que já era proclamado pelo art. 1.211 do CPC/1973 –, o novo Código dispõe que, ao entrar em vigor, “suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes” (CPC/2015, art. 1.046).

A primeira questão a enfrentar, diante de tal norma de direito intertemporal, é a de precisar a data em que efetivamente o novo Código começará a vigor. A *vacatio legis* – isto é, o espaço de tempo compreendido entre a sua publicação e o momento inicial de sua vigência –, vem, expressamente, regulada pelo art. 1.045 do Estatuto Processual de 2015: “este Código entrará em vigor após decorrido 1 (um) ano da data de sua publicação oficial”.

De acordo com o § 1.º do art. 8.º da LC 95/1998, o prazo de *vacatio legis* conta-se incluindo o dia da publicação no Diário Oficial e o último dia do prazo, entrando, portanto, a lei nova em vigência no primeiro dia subsequente. Desse modo, é preciso transcorrer por inteiro o prazo assinalado, para depois dele se ter como iniciada a respectiva vigência. É nesse sentido que o art. 1.045 do CPC/2015 prevê, expressamente, que sua entrada em vigor se dará “após decorrido 1 (um) ano da data de sua publicação oficial”.

Daí porque tendo sido publicado o novo Código no dia 17.03.2015, o prazo de 1 (um) ano se consumou no dia 17.03.2016,¹ e sua vigência iniciará, assim, em 18.03.2016.²

O segundo problema a enfrentar é o relacionado com a definição do modo de aplicar a lei nova aos processos iniciados no regime do Código anterior e que deverão continuar a correr sob a regência do Código de 2015, após sua entrada em vigor. O legislador não dispôs, de maneira expressa, sobre o tema. Existe, porém, jurisprudência e doutrina sólidas a respeito de como compa-

1. “Os prazos de meses e anos expiram no dia de igual número do de início, ou no imediato, se faltar exata correspondência” (§ 3.º do art. 132 do CC).
2. CRAMER, Ronaldo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, et al. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 2.357; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 2.233; MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3.ed. São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 1.467.

tibilizar a vigência imediata da lei processual nova com o respeito ao princípio constitucional que tutela o ato jurídico perfeito e o direito adquirido (CF/1988, art. 5.º, XXXVI).

2. DIREITO INTERTEMPORAL EM MATÉRIA DE INOVAÇÃO DA LEI PROCESSUAL

Ainda no regime do CPC de 1939, tanto em relação ao direito material como ao direito processual, a doutrina advertia sobre a necessidade de não confundir aplicação imediata da lei com sua retroatividade. Isto porque, na lição de Washington de Barros Monteiro, por exemplo, em nosso sistema constitucional, “as leis não têm efeitos pretéritos, elas só valem para o futuro (*Lex prospicit, non respicit*). O princípio da não retroprojeção constitui um dos postulados, que dominam toda legislação contemporânea”.³ O princípio é tão mais importante entre nós, porque se acha elevado à categoria de norma fundamental (CF/1988, art. 5.º, XXXVI).

Tratando especificamente do direito intertemporal processual, José Frederico Marques ensinava antes do CPC/1973 que a lei nova incidiria imediatamente sobre os processos em andamento, sem, entretanto, prejudicar a validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior. Acentuava, nesse sentido, que:

“Os atos processuais, praticados sob a lei revogada, mantêm plena eficácia depois de promulgada a lei nova, embora ditando preceitos de conteúdo diferente. *Tempus regit actum*: a lei processual prevê apenas para o futuro, ou seja, para os atos processuais ainda não realizados ao tempo em que se iniciou a sua vigência.”⁴

Para os atos realizados ao tempo da lei velha, prevalece o regime constitucional do ato jurídico perfeito, cuja eficácia a lei nova haverá sempre de respeitar (CF/1988, art. 5.º, XXXVI).

3. DIREITO ADQUIRIDO PROCESSUAL

Logo após a edição do CPC/1973, Galeno Lacerda, em obra de pequena dimensão física, mas de denso conteúdo científico, reportou-se à doutrina clássica de Paul Roubier, consagrada universalmente, para analisar e explicar como

3. BARROS MONTEIRO, Washington. *Curso de direito civil*. 4. ed. vol. I, Parte Geral, São Paulo: Saraiva, 1964, p. 31.

4. MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, vol. I, n. 42, p. 100-101.

a eficácia imediata da lei nova deve ser entendida, para não violar a garantia de irretroatividade, aplicável, aliás, não só à lei processual, mas a toda e qualquer inovação ocorrida no direito positivo em geral.

A base fundamental extraída das lições de Roubier,⁵ – ressalta Galeno Lacerda – “reside na distinção entre *efeito retroativo* e *efeito imediato* da lei”⁶ – visto que a lei nova pode incidir imediatamente sobre relações jurídicas preexistentes, mas não pode ignorar os efeitos que estas já tenham produzido. Se tal acontecesse, ela seria retroativa e ofenderia a garantia do direito adquirido.

Como todo direito subjetivo nasce de um fato, a lei nova será *retroativa* se pretender incidir sobre *facta praeterita* (isto é, sobre fatos jurídicos já consumados). Sobre *facta pendencia* (isto é, sobre situação jurídica em curso), “será necessário distinguir entre situações anteriores à mudança da legislação, que não podem ser atingidas sem irretroatividade, e situações posteriores, para as quais a lei nova, se aplicável, terá efeito imediato”.

Prossegue Galeno Lacerda:

“Como o processo compreende uma sequência complexa de atos que se projetam no tempo, preordenados para um fim, que é a sentença, deve ele ser considerado, em termos de direito transitório, como um fato jurídico complexo e pendente, sobre o qual a normatividade inovadora há de incidir (g.n.).

A aplicação imediata será sempre a regra de direito comum (Roubier, I/558). A irretroatividade, ao contrário, não se presume; decorre de disposição legislativa expressa, exceto no direito penal, onde constitui princípio a retroação da lei mais benéfica (g.n.).

Estudando a aplicação da lei nova aos feitos pendentes, distingue Roubier na situação jurídica três momentos: o da constituição, o dos efeitos e o da extinção. O primeiro [o da constituição] e o último [o da extinção da situação jurídica] representam a dinâmica, o segundo [o dos efeitos] a estática da situação” (g.n.).

Dentro dessa perspectiva, extraem-se três conclusões:

a) “Quando a constituição (ou extinção) da situação jurídica se operou pela lei antiga, a ela será estranha a lei nova, salvo disposição retroativa, se permitida pelo sistema” (g.n.) [ressalva que não se aplica ao direito processual civil brasileiro, em face da regra constitucional que veda a retroação de eficácia das leis em geral].

5. ROUBIER, Paul. *Les conflits de lois dans le temps*. Paris: Sirey, 1929, vol. I, p. 371.

6. LACERDA, Galeno. *O novo Direito Processual Civil e os feitos pendentes*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 12.

b) “Quando a constituição estiver pendente, a regra será a aplicação imediata, respeitado o período de vigência da lei anterior” (g.n.).

c) “Quanto aos efeitos da situação jurídica constituída, a norma é que a lei nova não pode, sem retroatividade, atingir os já produzidos sob a lei anterior” (g.n.).⁷

Sendo o processo um relacionamento jurídico complexo,⁸ polarizado por um fim comum, na sua pendência estabelece-se um feixe de relações jurídicas, no qual se vinculam não só os sujeitos principais (parte e juiz) mas também todas as pessoas que nele intervêm, como terceiros intervenientes, representante do Ministério Público, testemunhas e peritos. Todos estes no curso do processo se tornam, concomitante, sujeitos de direitos e deveres.

Isto significa, para Galeno Lacerda, que “podemos e devemos considerar a existência de *direitos adquiridos processuais*, oriundos dos próprios atos ou fatos jurídicos processuais, que emergem, em cada processo, do dinamismo desse relacionamento jurídico complexo. Aliás, o novo Código [o autor refere-se ao CPC/1973] é expresse, no art. 158, no reconhecimento desses direitos”.⁹ Norma semelhante é mantida pelo art. 200 do CPC/2015, *in verbis*:

“Art. 200. Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais.”

Registra Guilherme Rizzo Amaral, in “Estudos de direito intertemporal e processo” (Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 17), que a existência de direitos adquiridos processuais já havia sido admitida anteriormente, em obras clássicas de Carlos Maximiliano (*Direito intertemporal ou teoria da retroatividade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1946, p. 267) e de Pontes de Miranda (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, t. XVII, p. 40).

Nessa ordem de ideias, impõe-se reconhecer que “existem direitos adquiridos à *defesa*, à *prova*, ao *recurso*, como existem direitos adquiridos ao estado, à *posse*, ao *domínio*”.¹⁰ Acontece, todavia, que “os direitos subjetivos proces-

7. LACERDA, Galeno. *Op. cit.*, p. 12.

8. “Como método de trabalho, processo é uma série de atos interligados e coordenados ao objetivo de produzir a tutela jurisdicional justa, a serem realizados no exercício de poderes ou faculdades ou em cumprimento a deveres ou ônus” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, vol. 2, p. 25).

9. LACERDA, Galeno. *Op. cit.*, p. 13.

10. “À medida que vão sendo praticados os atos processuais pelas partes, pelo juiz ou mesmo por terceiros que participem do processo, diferentes situações jurídicas vão

suais se configuram no âmbito do direito público e, por isso, sofrem o condicionamento resultante do grau de indisponibilidade dos valores sobre os quais incidem” (g.n.). Pense-se, por exemplo, na regra da *perpetuatio iurisdictionis* (NCPC, art. 43) e nos diferentes efeitos da lei nova sobre a competência relativa e a absoluta. Enquanto a mudança de competência absoluta se aplica ao feito pendente, a lei que institui nova competência relativa é irrelevante para aqueles regulados por norma definidora de competência relativa.

Em regra, porém – conclui Galeno Lacerda – “cumpre afirmar que a lei nova não pode atingir situações processuais já *constituídas* ou *extintas* sob o império da lei antiga, isto é, *não pode ferir os respectivos direitos processuais adquiridos*. O princípio constitucional de amparo a esses direitos possui, aqui, também, plena e integral vigência”.¹¹

Para que a Teoria do Direito Adquirido Processual seja bem compreendida, Guilherme Rizzo Amaral¹² recorre a alguns exemplos práticos bem significativos como: (i) ao decidir, o juiz, em audiência de instrução e julgamento pela substituição dos debates orais por memoriais escritos, nasce o direito das partes à prática de tal ato processual, de sorte que, eventual lei posterior que elimine a figura do memorial, ainda que entre em vigor na pendência do prazo para apresentação da referida peça processual, não atingirá o *direito adquirido* à sua apresentação; (ii) de outro lado, proferida a decisão, nasce para a parte vencida o direito à interposição do recurso previsto na lei em vigor naquele momento. Se lei posterior suprime ou substitui tal recurso, não terá força de interferir no direito adquirido ao recurso manejável na forma da lei anterior.¹³

4. ATO JURÍDICO PERFEITO E ATO PROCESSUAL CONSUMADO

Tendo em vista a irretroatividade da lei processual nova, e o princípio do *tempus regit actum*, a lei nova sujeita-se a dupla restrição eficaz:

a) não tem força para *invalidar* ou *reduzir efeitos* do ato processual *consumado* com observância dos requisitos da lei anterior; e

surgindo e, com elas, novas posições jurídicas são assumidas pelas partes que, com isso, adquirem direitos à prática de novos atos processuais, num caminhar constante rumo à tutela jurisdicional definitiva” (AMARAL, Guilherme Rizzo. *Estudos de Direito Intertemporal e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 17).

11. *Idem, ibidem*.

12. AMARAL, Guilherme Rizzo. *Estudos cit.*, p. 18.

13. STJ, 1ª T., PET 2.761/MG,r. Min. Teori Albino Zavascki, j. 03.02.2005, DJU, 28.02.2005, p. 185.

b) também não tem força para *convalidar* ato processual praticado com inobservância da lei do tempo de sua consumação.

Pense-se na intimação feita na pessoa do advogado, quando a lei velha exigia que fosse pessoal à parte. Não haveria como ter como válido ato processual cuja consumação inobservou requisito essencial de validade pela lei do tempo de sua prática. Se tal fosse admitido, ter-se-ia reconhecido efeito retroativo à lei nova, para salvar ato inválido segundo a lei do momento de sua consumação, em frontal conflito com a norma constitucional que não tolera a eficácia retroativa na espécie. Mormente, se se levar em conta que a parte contrária seria prejudicada, por prejuízo de sua situação processual provocada pela preclusão ocorrida contra o agente do ato inválido e em favor da contraparte.

Sendo assim, é correto reconhecer a existência de duas regras de direitos intertemporal diante do ato processual consumado ou extinto sob o regime da lei de seu tempo.

a) a lei processual nova não retroagirá para atingir direito processual adquirido nos termos da lei revogada;¹⁴

b) a lei processual nova não retroagirá para *invalidar* ou *convalidar* ato processual consumado no império da revogada.¹⁵

5. SISTEMA DE ISOLAMENTO DOS ATOS PROCESSUAIS

Explica Amaral Santos que prevalece, no âmbito do Direito Intertemporal Processual, o sistema dito de *isolamento dos atos processuais*. Vale dizer: “a lei nova, encontrando um processo em desenvolvimento respeita a eficácia dos atos processuais já realizados e disciplina o processo a partir de sua vigência. Por outras palavras, a lei nova respeita os atos processuais realizados, bem como os seus efeitos, e se aplica aos que houverem de realizar-se”.¹⁶

Tal entendimento conduz, na interpretação do STJ, “à chamada *Teoria dos Atos Processuais Isolados*, em que cada ato deve ser considerado separadamente dos demais para o fim de se determinar qual a lei que o rege, recaindo sobre ele a preclusão consumativa, ou seja, a lei que rege o ato processual

14. AMARAL, Guilherme Rizzo. *Op. cit.*, p. 18.

15. *Idem*, p. 20.

16. AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. I, p. 32. No mesmo sentido: WAMBIER, Luiz Rodrigues. A Lei 11.232/2005, o direito intertemporal e a execução coletiva. *Revista de Processo*, v. 145, p. 353-354, mar./2007.

é aquela em vigor no momento em que ele é praticado. Seria a aplicação do Princípio *tempus regit actum*. Com base neste princípio, temos que a lei processual atinge o processo no estágio em que ele se encontra, onde a incidência da lei nova não gera prejuízo às partes, respeitando-se a eficácia do ato processual já praticado”.¹⁷

Isolados os atos já praticados, sua validade e seus efeitos não poderão ser elididos pela lei nova. Se, v.g., ao tempo do acórdão, o vencido tinha o direito de recorrer aos embargos infringentes, e a lei nova prevê, na espécie, apenas uma aplicação de quorum do colegiado competente (NCPC, art. 942), a nova técnica impugnativa não impedirá o exercício do direito adquirido aos embargos infringentes, na dimensão prevista na legislação revogada.

Sendo tal recurso direito adquirido pelo vencido, desde o momento em que se consumou o julgamento não unânime do Tribunal, o respectivo exercício continuará assegurado, ainda que, após o decisório, lei nova tenha suprimido os embargos infringentes.¹⁸

A regra de direito intertemporal a prevalecer, na espécie, é no sentido de que a lei processual nova deve respeitar os atos processuais *já realizados*, bem como os seus *efeitos*, aplicando-se somente aos *atos subsequentes* que não tenham nexos imediato e inafastável com o ato praticado sob o regime da lei antiga ou com os seus efeitos.¹⁹ É exatamente dessa maneira que se deve interpretar e aplicar a teoria do sistema de isolamento dos atos processuais, no plano do Direito Intertemporal.

6. COISA JULGADA E DIREITO INTERTEMPORAL

Embora a coisa julgada não seja vista por nosso ordenamento jurídico como um *efeito* da sentença, mas como a autoridade por ela assumida, quando não mais atacável por recurso (NCPC, art. 502), o certo é que a situação estabelecida pela decisão passada em julgado não pode, de forma alguma, ser retroativamente afetada por lei nova. A proibição, explicada como necessidade imposta pelo princípio da segurança jurídica, tem a natureza de norma fundamental constante do art. 5º, XXXVI, da CF.

17. STJ, 1ª Seção, REsp 1.404.796/SP, rel. Min. Mauro Campbell Marques, ac. 26.03.2014, DJe 09.04.2014.

18. AMARAL, Guilherme Rizzo. *Estudos cit.*, p. 21. Essa tese teve acolhida pela jurisprudência do STJ, no julgamento da 2ª T., nos EDcl no REsp 443.033/CE, rel. Min. João Otávio de Noronha (ac. 07.11.2006, DJU 04.12.2006, p. 275).

19. *Idem*.

De tal sorte, outra regra de Direito Processual Intertemporal pode ser assim enunciada: a lei processual nova não retroagirá para atingir a coisa julgada material constituída segundo a lei anterior.²⁰

7. O NOVO CPC E A RELATIVA ADOÇÃO DO SISTEMA DE ISOLAMENTO DOS ATOS PROCESSUAIS

O Novo CPC continua perfilhando o sistema de isolamento dos atos processuais, de modo a submeter os atos dos feitos pendentes ao regime do *tempus regit actum*, para efeito de direito intertemporal. A regra, porém, de que a lei nova passa imediatamente a reger os feitos em andamento, não foi adotada em caráter absoluto, porque ressalva várias situações em que o processo ajuizado antes da entrada em vigor do Código de 2015 continuará regido pela lei velha, no todo ou em parte.

Nesse sentido, o art. 1.046, § 1º, do NCPC prevê que continuarão sujeitos ao regime do CPC de 1973 as ações *propostas e não sentenciadas até o início da vigência do novo Código*, em relação aos seguintes feitos:

- a) *procedimento sumário* (art. 275, do CPC/73);
- b) *procedimentos especiais* (Livro IV, do CPC/73) que foram revogados pelo Novo CPC.

Em tais hipóteses, mesmo os atos processuais praticados na vigência do novo Código continuarão a reger-se pela lei revogada.

8. REGIME DE PROVAS

As regras do novo Código relacionadas a direito probatório somente serão aplicadas às provas requeridas ou determinadas em sua vigência, como explicitamente dispõe o art. 1.047.

Logo, de acordo com essa disposição, o CPC de 1973 continuará sendo aplicável às provas *requeridas* ou *determinadas* antes da entrada em vigor do CPC de 2015, ainda que venham a ser produzidas na vigência da lei nova.

9. EXECUÇÃO CONTRA O DEVEDOR INSOLVENTE

Outro caso em que a ação continuará regida pelo CPC de 1973, mesmo na vigência do novo Código, é o da execução coletiva do devedor civil insolvente.

20. AMARAL, Guilherme Rizzo. *Estudos cit.*, p. 23.

Prevê, a propósito, o art. 1.052 do NCPC que “até a edição de lei específica, as execuções contra devedor insolvente, em curso ou que venham ser propostas, permanecem reguladas pelo Livro II, Título IV, da Lei 5.869, de 11.01.1973” (ou seja, o procedimento da execução por quantia certa contra o devedor insolvente permanecerá disciplinado pelo CPC de 1973, mesmo após a entrada em vigor do NCPC).

10. QUESTÃO PREJUDICIAL E SUPRESSÃO DA AÇÃO DECLARATÓRIA INCIDENTAL

Outra hipótese em que o NCPC se afasta da teoria do isolamento dos atos processuais em matéria de Direito Intertemporal é o relacionado com o regime da coisa julgada sobre a resolução da questão prejudicial.

Segundo a norma do art. 503, § 1.º, do CPC de 2015, não há mais necessidade de manejo da *ação declaratória incidental* para que a resolução da questão prejudicial disputada incidentalmente no processo venha a revestir-se da força de coisa julgada material. Bastará que tenha sido submetida a contraditório e sobre ela tenha-se pronunciado o juiz (que tenha competência para apreciá-la e solucioná-la).

Esse novo regime criado pelo CPC/2015, todavia, somente será aplicado aos processos iniciados após a vigência do novo Código, como dispõe o seu art. 1.054. Aos processos ajuizados antes da lei nova, continuarão aplicáveis as regras do CPC/73, constantes de seus arts. 5.º, 325 e 470, e que contêm a disciplina reguladora da ação declaratória incidental.²¹

Vale dizer:

a) a solução da questão prejudicial suscitada em processo ajuizado antes da vigência do CPC de 2015, somente se revestirá da autoridade da coisa julgada material se veiculada por meio de ação declaratória incidental; e

b) o regime de dispensa da ação declaratória previsto pelo CPC de 2015 só se aplicará às ações propostas depois de já iniciada a vigência do novo Código.

11. INOVAÇÕES NO SISTEMA RECURSAL

O Direito Intertemporal no âmbito do processo, como já visto, assenta-se sobre o duplo pilar da garantia da irretroatividade da lei e da tutela ao direito adquirido. Aliás, é decorrência de garantia constitucional que as leis não de-

21. MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 1.476.

vem retroagir, e, no ensinamento clássico de GABBA, a razão e o verdadeiro limite da retroatividade das leis consistem unicamente no respeito que se deve ao direito adquirido.

Por seu turno, “consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem” (§ 2.º do art. 6.º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Aplicado esse conceito ao sistema dos recursos, está assente na doutrina e jurisprudência pátrias a regra básica, segundo a qual o recurso próprio é o existente à época da sentença, com o que se prestigia o princípio do direito adquirido.²²

Sob influência da tese de ser inadmissível o recurso manejado antes de iniciado o prazo legal para sua interposição, adotou-se, em alguns arestos dos tribunais a regra de direito intertemporal de que o recurso cabível seria o da lei vigente na *data da publicação da sentença*.

Mas data da publicação, *in casu*, não se confunde com data da intimação da sentença ou do acórdão. A sentença está publicada desde o momento em que é pronunciada pelo juiz na audiência de instrução e julgamento, ou desde que o decisório redigido em peça apartada é juntado pelo escrivão aos autos. Quanto às decisões colegiadas dos tribunais, sua existência jurídica se dá no momento em que, na sessão de julgamento, o presidente, de público, anuncia a decisão. O art. 941 do NCPC, seguindo a velha regra dos Códigos de 1939 e 1973, dispõe que:

“Proferidos os votos, o presidente anunciará o resultado do julgamento, designando para redigir o acórdão o relator, ou, se vencido este, o autor do primeiro voto vencedor.”

Logo, o sistema do direito positivo é o de que “a decisão existe a partir desse momento”.²³

Por outro lado, o NCPC superou totalmente a posição jurisprudencial que considerava intempestivo o recurso manifestado antes da intimação das partes.

O art. 218, § 4.º, é claro e enfático na afirmação de que não é intempestivo o recurso interposto em tal situação.

Portanto, o Código de 2015 não deixa dúvida acerca de a sentença já existir, para fins recursais, desde que é proferida, e não apenas depois de intimadas as

22. STJ, 1.ª T., PET 2761/MG, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 03.02.2005, DJU 02.08.2005, p. 185.

23. LACERDA, Galeno. O novo direito processual civil e os feitos pendentes cit., p. 69.

partes. Também os acórdãos, para todos os efeitos, têm a data em que a decisão foi anunciada na sessão de julgamento, e não a da publicação no Diário da Justiça, para intimação das partes.

Quando, portanto, se afirma que o recurso cabível é o previsto pela lei do tempo da publicação do julgado do tribunal, não se está referindo à divulgação intimatória, mas à publicação efetuada na sessão de julgamento.

“A publicação na imprensa oficial – ressalta Galeno Lacarda – representa, apenas, a condição ou termo inicial de exercício de um direito – o de impugnar – que preexiste, nascido no dia em que se proferiu o julgado”. Lembra, a propósito, que nos casos urgentes, muitas vezes o comando do decisório é posto em execução de imediato, sem depender sequer da redação do acórdão, e de sua intimação, como é comum, por exemplo, nos mandados de segurança e nos *habeas corpus*.²⁴

Daí a importância da regra do NCPC que considera tempestivo, e, portanto, cabível, o recurso interposto antes de realizada a intimação formal das partes (art. 218, § 4.º).

É evidente, pois, que o direito subjetivo à impugnação preexiste ao mero ato de divulgação do decisório na imprensa, e é nele que se localizará o direito adquirido a certo e determinado recurso, para efeito de direito intertemporal.²⁵

Em suma: “Quer tenha sido interposta pela lei antiga, mas ainda não julgada, quer não tenha sido ainda manifestado contra decisão proferida na vigência daquela, embora não publicada sob a mesma vigência, *deve a impugnação ser recebida e julgada, em respeito ao direito adquirido*”.²⁶ Pouco importa que a lei nova tenha suprimido ou alterado o recurso aplicável segundo o direito do tempo da decisão.

12. ALTERAÇÕES DE PRAZO PROCESSUAL E TEMPESTIVIDADE DOS RECURSOS

O Direito Intertemporal atua diferentemente, conforme a lei nova tenha ampliado ou reduzido o prazo para o exercício de alguma faculdade ou de algum poder processual.

24. LACERDA, Galeno. *Op. cit.*, p. 71.

25. LACERDA, Galeno. *Op. cit.*, *loc. cit.* Conclui o autor: “Esta análise confirma a procedência do axioma de doutrina, segundo o qual a *lei do recurso é a mesma lei da sentença*. Dissipam-se as eventualidades aleatórias e circunstanciais, decorrentes dos critérios anteriores, baseados na interposição ou publicação, para adotar-se regra simples, objetiva, segura, única que atende, verdadeiramente, à tutela dos direitos subjetivos, e, por isto mesmo, insuscetível de causar injustiças ou discriminações” (p. 72).

26. *Idem*, *ibidem*.

Em primeiro lugar, os prazos alterados só têm relevância para o Direito Intertemporal enquanto não esgotados. Uma vez extinto, nenhum prazo pode ser restaurado por lei superveniente. Quando, porém, a inovação legal acontece em meio do prazo em curso, a solução do problema se dará da seguinte maneira:

a) Se o prazo foi alongado, a contagem far-se-á, no processo em curso, de acordo com a lei nova, computando-se naturalmente o lapso já decorrido sob a lei velha; não estando em jogo restrição a direito adquirido, o problema se resolve segundo a regra geral de que a lei processual nova se aplica, desde logo, aos feitos pendentes (NCPC, art. 1.046).²⁷

b) Se a lei nova reduzir algum prazo, não será aplicável àqueles que já se acharem em curso ao tempo de sua entrada em vigor, visto que, a não ser assim, restaria ofendida a garantia de tutela ao direito adquirido.²⁸

Quanto aos recursos, Galeno Lacerda entende que ficam imunes às inovações, tanto ampliativas como redutoras, ao fundamento de que, por interesse público, os prazos de recurso se revestem do “caráter absolutamente peremptório”. A seu modo de ver, os prazos recursais em fluência por ocasião do início de vigência do novo Código deveriam observar a lei antiga, pouco importando sua ampliação ou redução pela lei nova.²⁹

Forte em Roubier, não vejo motivo nem conveniência para o tratamento diferenciado dispensado aos prazos recursais. A peremptoriedade a que se reporta Galeno Lacerda é uma característica que impede alterações segundo critério das partes ou do juiz, em regra. Quando a mutação decorre da lei, não há lugar para inibi-la pela regra da peremptoriedade. É relevante assinalar que, ao contrário do CPC de 1973 (art. 182), o novo Código admite o negócio jurídico processual entre as partes, sem excluir de seu alcance os prazos dilatatórios ou peremptórios (art. 190). Também ao juiz o NCPC confere poder de dilatar prazos, adequando-os às necessidades do conflito, sem discriminar entre prazos dilatatórios e peremptórios (art. 139, VI). Se nem os sujeitos processuais se acham impedidos de ampliar prazos peremptórios, por que impedir que a lei nova o faça?

De outro lado, verificado o direito adquirido ao recurso, à lei nova não é dado impor qualquer limitação ao seu exercício, sendo exemplo de limitação

27. Diante da instituição de prazo maior, “aplica-se, então, o preceito novo somando-se o lapso já fluído sob a lei revogada ao saldo dilatado” (LACERDA, Galeno. *O novo direito processual civil*, cit., p. 91).

28. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, t. XVII, p. 40 e 46.

29. LACERDA, Galeno. *Op. cit.*, p. 93-94. O autor, porém, registra que Roubier “não vê nenhum motivo para que os prazos de recurso alterados por lei nova recebam, em direito transitório, tratamento diverso dos prazos em geral” (*Op. cit.*, loc. cit.).

indevida, entre outros, “a exigência, pela lei nova, de alguma caução”.³⁰ Igual orientação se aplica às alterações do prazo legal de interposição do recurso, como elucida Pontes de Miranda:

“Se o direito ao recurso nasceu antes da lei nova e o prazo para a interposição somente se esgotaria sob a lei nova, a lei nova pode dilatá-lo; não pode, porém, diminuí-lo.”³¹

Preconiza, portanto, o grande jurista, a observância, frente aos recursos, da regra geral de direito intertemporal, aplicável inclusive ao prazo de exercício da ação rescisória, segundo a qual:

“Quanto aos prazos, diminuí-los, apesar de já se ter adquirido o direito a recorrer ou a propor ação rescisória, é de repelir-se. O prazo é o da data em que nasceu o direito adquirido e não o da nova lei, *salvo se o dilata, porque estender, no tempo, a eficácia de um direito não é violá-lo*”³² (g.n.).

Pensava diferente Carlos Maximiliano, para quem “*prazo processual*, uma vez começado, não mais é suscetível de ser aumentado ou diminuído, sem retroatividade condenável”.³³ A meu sentir, todavia, a lição de Pontes de Miranda é a que mais se harmoniza com o espírito do Novo Código de Processo Civil, voltado ao máximo para assegurar o acesso à justiça e prestigiar, sempre, o julgamento de mérito, superando, na medida do possível, os obstáculos meramente formais (NCPC, arts. 4.º; 282; 283; 968, § 5.º; 998, parágrafo único; 1.007, §§ 2.º, 4.º, 6.º e 7.º; 1.013, § 3.º; 1.029, § 3.º; 1.032; 1.033 etc).

13. PRAZOS CONTADOS EM DIAS ÚTEIS

No regime do CPC de 1973, os prazos processuais, estabelecidos pela lei ou pelo juiz, eram *contínuos*, não se interrompendo nos feriados (art. 178). O Código de 2015 adotou critério muito diferente, ao dispor que “na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão *somente os úteis*” (art. 219).

Com a exclusão dos dias não úteis da contagem, os prazos processuais foram, praticamente, ampliados. Por isso, no plano do Direito Intertemporal, submeter-se-ão à regra geral aplicável à dilatação dos prazos processuais, de-

30. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, t. XVII, p. 41.

31. *Idem*, p. 40.

32. *Idem*, p. 46.

33. MAXIMILIANO, Carlos. *Direito Intertemporal ou teoria da retroatividade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1946, p. 272.

vendo prevalecer, nos processos pendentes, o critério da lei nova, para aqueles que estiverem em curso na data da entrada em vigor do NCPC. Como a lei nova não retroage, a fração do prazo que transcorreu no regime velho será contada em dias corridos. O saldo, verificado no dia de entrada em vigor da lei nova é que passará a ser apurado apenas em dias úteis.

14. REDUÇÃO DE REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO

Duas situações devem ser ponderadas, em matéria de direito intertemporal, quando se alteram os requisitos de admissibilidade de um recurso:

a) Se a lei nova opera em caráter interpretativo, para afastar dúvidas ou aplicações incorretas do direito preexistente, sua incidência deve ser imediata sobre os processos em curso, em relação aos recursos já interpostos ou por interpor. É o caso, por exemplo, dos dispositivos do NCPC que objetivam superar a inconveniente “jurisprudência defensiva”, engendrada para reduzir o campo de admissibilidade do recurso especial, através de condicionamentos estranhos aos requisitos legais (NCPC, arts. 1.007, § 7.º; 1.029, § 2.º; 1.032 e 1.033).

b) Se, porém, a lei nova realmente alterou o regime da lei anterior, para dispensar algum requisito expressamente exigido para o cabimento do recurso, poderá ser aplicada em processo pendente, mas em relação apenas aos recursos posteriores à vigência da nova disciplina processual. Tendo já sido manifestado o recurso, sem observar o requisito imposto pela lei de seu tempo, não pode ser admitido com base na lei nova, que não mais condiciona o recurso à diligência omitida.

O recurso, com efeito, está sujeito ao regime legal do tempo da decisão recorrida, de modo que a lei nova não tem força retroativa para conferir ao ato validade que não teve quando irregularmente praticado. A preclusão consumativa, acaso ocorrida, torna insanável o recurso inadequadamente interposto.

15. AMPLIAÇÃO DOS CASOS DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO

Se a lei nova ampliou o cabimento do recurso, não pode ser aplicada a recurso que se mostra compatível com a previsão inovadora, mas não se enquadra nos requisitos de admissibilidade do recurso exercitável ao tempo da sentença. Aplica-se ao caso a regra geral de que o recurso rege-se pela lei da data do julgado impugnado.

É, por exemplo, o que ocorre com os embargos de divergência, cujo cabimento o Código anterior previa apenas para os julgamentos de recursos especial e extraordinário, e que o Novo CPC estende também para os acórdãos dos processos de competência originária do STF e do STJ (art. 1.043, IV).

Essa ampliação somente legitima tais embargos quando se referir a acórdão proferido na vigência da lei nova. Os julgamentos ocorridos no regime do CPC

anterior, ainda que o prazo recursal se prolongue dentro da vigência do Código de 2015, não se submeterão ao seu regime. É, repita-se, a lei do tempo da sentença que define o cabimento do recurso, e não a do momento de seu exercício.

16. ALTERAÇÃO DE EFEITOS DO RECURSO

Se a lei nova reduz ou amplia os efeitos do recurso, o entendimento clássico defende sua aplicação imediata ao processo pendente e às impugnações já formuladas ou por formular.

O efeito do recurso, na realidade, não configura direito adquirido para o recorrente. Sofre, por isso, o impacto imediato da lei nova. É o que se passa, por exemplo, com os embargos de declaração, aos quais se reconhecia efeito suspensivo no regime do CPC de 1973 e que, pelo novo Código, cairão no regime geral do seu art. 995, qual seja: os recursos, salvo exceção legal, “não impedem a eficácia da decisão”.

Assim, prevalece para o NCPC apenas a força dos declaratórios de interromper o prazo para a interposição do recurso principal. Quanto ao efeito de suspender a executabilidade do decisório questionado, o art. 1.026 da nova lei processual é expresso em negá-lo.

Entrando, pois, o NCPC em vigor, os embargos de declaração pendentes perderão de imediato o efeito suspensivo, ainda que sua interposição tenha se dado no regime do CPC de 1973.

17. INOVAÇÃO DE PRAZO PRESCRICIONAL E PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE DA EXECUÇÃO FORÇADA

Os prazos prescricionais, que no âmbito do Direito Material são irrenunciáveis pelos devedores, sujeitam-se, entretanto, à ampliação ou à redução por lei nova, como se vê do art. 2.028 do Código Civil, podendo, por isso, incidir sobre pretensões nascidas na vigência da lei anterior. Uma vez, porém, interrompido o prazo prescricional por meio de ação pendente ao tempo do advento da lei modificadora, não poderá mais dito prazo ser atingido por nova disposição legal que o reduza ou o amplie, segundo jurisprudência firme do STF, estabelecida ao tempo em que a Lei 2.437/1955, reduziu a prescrição maior do Código Civil de trinta para vinte anos (Súmula 445/STF).³⁴

34. “A Lei n. 2.437, de 07.03.1955, que reduz prazo prescricional, é aplicável às prescrições em curso na data de sua vigência (01.01.1956), salvo quanto aos processos então pendentes” (Súmula 445/STF).

Justifica-se o entendimento do STF a partir da tese de que “o ato de *interrupção* da prescrição [ocorrido em função do ajuizamento da ação] é ato jurídico perfeito e, portanto, inalcançável pela nova lei (art. 5.º, XXXVI, Constituição Federal e art. 6.º, *caput*, da Lei de Introdução do Código Civil)” [Atual *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*].³⁵

Tendo o NCPC regulado a *prescrição intercorrente* como causa de extinção do processo de execução (art. 924, V), sua incidência não se sujeita ao entendimento restritivo explicitado na Súmula 445 do STF. Não se trata, no caso, de prescrição nascida da interrupção provocada pela citação da ação pendente, mas originada da longa paralisação do feito, que, na ausência de bens penhoráveis, acarreta sucessivamente a suspensão da execução e a fluência do prazo da prescrição intercorrente (NCPC, art. 921, §§ 1.º e 4.º), para, finalmente, desaguar na extinção do processo (§ 5.º).

Sendo assim, a prescrição intercorrente disciplinada pelo Novo CPC incide sobre os processos pendentes, tal como perante “qualquer outro prazo prescricional não interrompido”, observado o art. 2.028 do Código Civil.³⁶

Há, porém, uma regra especial de direito intertemporal estabelecida pelo próprio Código de Processo Civil. Seu art. 1.056 torna certo que a norma relativa à prescrição intercorrente se aplica aos processos pendentes, mas a contagem do respectivo prazo, em tal situação, se fará a partir da data de vigência do novo Código, e não do momento anterior de paralisação do feito, a que ordinariamente se refere o art. 921, § 4.º.³⁷

18. PRAZO PARA PROPOSITURA DA AÇÃO RESCISÓRIA

O prazo decadencial de dois (2) anos, já previsto pelo CPC de 1973, teve seu *dies a quo* alterado pelo NCPC, de modo a estabelecer, em algumas situações lapso maior para ajuizamento da ação rescisória. O CPC anterior mandava contar tal prazo a partir do trânsito em julgado da decisão rescindenda (art. 495), enquanto a lei nova toma como base fatos ulteriores (art. 975).

Em se tratando de lei nova que encurta prazo decadencial, entende Barbosa Moreira que não se aplicaria ao direito à rescisória já adquirida, segundo

35. AMARAL, Guilherme Rizzo. Estudos de Direito Intertemporal e Processo, cit., p.73.

36. Idem, *ibidem*.

37. A restrição do art. 1.056, do NCPC, não atinge as execuções fiscais, porquanto a legislação especial que as disciplina já previa a prescrição intercorrente, mesmo antes do novo Código (Lei 6.830/1980, art. 40, § 4.º).

lei velha.³⁸ Quando, porém, se cuida de ampliação do prazo processual como se fez no Novo CPC em relação à ação rescisória, Pontes de Miranda ensina que não se há de pensar em ofensa a direito adquirido que pudesse inibir a aplicação da lei nova porque dilatar no tempo a eficácia de um direito não é violá-lo.³⁹

19. NOVIDADES NO REGIME DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS

a) *Sucumbência recíproca*: o sistema do CPC de 1973 é o da compensação da verba honorária, quando verificada a sucumbência recíproca (art. 21). Já o novo Código assegura os honorários como direito próprio do advogado e veda, expressamente, a compensação em caso de sucumbência recíproca (art. 85, § 14).

Se o julgamento do processo proposto no regime do CPC de 1973 vier a acontecer já na vigência do CPC de 2015, a verba advocatícia será aplicada de acordo com o art. 85, §14, da lei nova, ou seja, sem a antiga compensação do art. 21 da lei velha.

A incidência, na espécie, do regime novo justifica-se ao argumento de que o direito às verbas sucumbenciais não nasce do ajuizamento da demanda, mas do seu julgamento. Esse direito não é anterior à decisão que soluciona a causa; origina-se justamente dela e, por isso, rege-se pela lei do seu tempo, como, aliás, ocorre com todos os atos processuais, passíveis de serem isolados.

b) *Regime especial da sucumbência nas ações em que a Fazenda Pública seja parte*: sob o Código de 1973, os honorários devidos pela Fazenda Pública, quando sucumbente, eram calculados equitativamente, sem se sujeitar aos limites predeterminados pelo art. 20, *caput*, como dispunha o § 4.º do mesmo artigo.

O NCPC alterou profundamente essa sistemática, estipulando uma tabela com vários degraus, mas sempre com piso e teto certos, e que se aplica tanto quando a Fazenda é a parte vencida como quando é a vencedora (art. 84, §§ 3.º a 8.º).

Pelo princípio de que a verba sucumbencial é aplicada pela lei do tempo da sentença, o novo regime instituído pelo NCPC, para as ações em que a Fazenda for parte, deve ser observado nos processos pendentes, desde que o julgamento ocorra depois de vigente o novo Código.

38. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. V, n. 131, p. 220-222.

39. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, *cit.*, t. XVII, p. 46.

c) *Honorários sucumbenciais em grau de recurso*: regra nova do CPC/2015 autoriza a imposição dos honorários advocatícios sucumbenciais também no julgamento do recurso, além daqueles aplicados na sentença (art. 85, § 11). A inovação aplica-se inclusive aos processos em curso ao tempo da entrada em vigor do novo Código.

Os requisitos de aplicação da medida procedimental se prendem à situação do processo no momento em que o recurso deva ser julgado. Não decorrem de um direito adquirido anteriormente. Por outro lado, não se relaciona com o fato anterior que corresponde à litigância de má-fé ou à abusividade na propositura de recurso procrastinatório. A justificativa legal dos novos honorários é a necessidade de remunerar o trabalho adicional do advogado na fase recursal (NCPC, art. 85, § 11). Por isso, tal como a condenação feita na sentença do processo de conhecimento, os honorários recursais são aplicados objetivamente, em caráter remuneratório, e não simplesmente para desestimular recurso temerário.

20. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Não se duvida que o incidente instituído pelos arts. 976 a 987 do NCPC, destinado à resolução de demandas repetitivas, aplica-se aos processos pendentes, e não apenas àqueles aforados já na vigência da lei nova. É que se trata de instituição de regime de procedimento e de gestão processual, em relação ao qual prevalece o interesse coletivo sobre o individual.

O mesmo critério de direito intertemporal deve ser observado relativamente aos demais incidentes que integram o sistema de uniformização e valorização da jurisprudência, como o *incidente de assunção de competência* (art. 947) e o *julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos* (art. 1.036 e ss.).

21. NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

O negócio jurídico que, nos casos de litígios solucionáveis por autocomposição, pode estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especialidades da causa (NCPC, art. 190), é de aplicação imediata, alcançando tanto os processos novos, como os pendentes ao tempo do início da vigência do novo Código.

O mesmo é de se admitir em relação ao estabelecimento de calendário para a prática dos atos processuais (NCPC, art. 191). Em ambos os casos, estão em jogo normas sobre procedimento, terreno em que se sujeita a inovações legislativas, sem que se possa pensar em retroatividade repelível, visto que não se reconhece direito adquirido a um determinado e imodificável procedimento.

Por outro lado, em se tratando de negócios dominados pela autonomia da vontade, praticáveis até mesmo antes de existir processo pendente, nada impe-

de que um ajuste dessa natureza avençado antes da vigência do Novo CPC seja feito valer no regime da lei processual nova.

22. CONCLUSÕES

Na ótica do Direito Intertemporal, fala-se em direito adquirido não em função de ter sido ou ser exercido por quem tenha poder de atuá-lo, mas em razão de já ter ocorrido o fato que, segundo a lei do tempo de sua ocorrência, se revelou idôneo a produzi-lo, embora não se tenha tido ocasião de fazê-lo valer, antes do advento de lei nova instituidora de regime jurídico diverso a seu respeito. Em outras palavras, o direito adquirido entra, desde logo, para o *patrimônio jurídico* do respectivo titular, não podendo se confundir com a simples *expectativa de direito*, visto que coloca o beneficiário numa situação jurídica de vantagem atual, que pode fazer valer, desde logo.

Na relação jurídica processual, que é por definição dinâmica e evolutiva, lembra Cândido Dinamarco que “situações novas se criam diante de cada ação ou omissão de seus sujeitos”. Nisso consistem os chamados “*direitos processuais adquiridos*, tomada essa expressão no amplíssimo sentido tradicional indicador das situações já consumadas”,⁴⁰ que no processo como de resto na ordem jurídica em geral devem ser preservados e garantidos como exigência da segurança das relações jurídicas preexistentes, constitucionalmente protegida.

Objetivamente, a proteção da irretroatividade da lei processual respeita algo que vai além da noção de direito subjetivo adquirido, para preservar também situações jurídicas processuais, nas quais se envolvem tanto os direitos e faculdades que já se integraram ao patrimônio jurídico da parte, como as situações jurídicas consolidadas, englobadoras dos poderes e deveres decorrentes de uma situação de vantagem tutelada no estágio que a relação processual atingiu.⁴¹

Inexistindo situação como esta, a lei nova incide normalmente sobre o feito em curso, respeitando sempre os atos processuais praticados no regime da lei antiga, bem como seus efeitos, passando a reger o processo em relação a todos os atos subsequentes.

40. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 51.

41. “Falar em *direito processual adquirido* significa substancialmente levar em conta as situações processuais consumadas, cuja efetividade deve resistir à superveniência de lei processual nova” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit., loc. cit.*).

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Anotações sobre o direito intertemporal e as mais recentes alterações do CPC, de Teresa Arruda Alvim Wambier – *RePro* 150/262-269 (DTR\2007\522);
- Direito Intertemporal Processual, de Roberto Rosas – *Doutrinas Essenciais de Processo Civil* 01/639-648 (DTR\2012\1726);
- Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e recursos repetitivos: entre precedente, coisa julgada sobre questão, direito subjetivo ao recurso especial e direito fundamental de participar, de Luiz Guilherme Marinon – *RT* 962/131-151 (DTR\2015\17075); e
- Irretroatividade da lei e o direito adquirido, de Mirian Freire Pereira – *Doutrinas Essenciais de Direito Civil* 02/395 (DTR\2012\1423).

PROCESSO CIVIL, SUA EVOLUÇÃO E ASPECTOS CONTEMPORÂNEOS

CIVIL PROCEDURE, ITS EVOLUTION AND CONTEMPORARY ASPECTS

ARRUDA ALVIM

Livre-docente e Doutor em Direito. Professor Titular da Pós-graduação *stricto sensu* (Mestrado e Doutorado) da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogado em São Paulo, Brasília, Porto Alegre e Rio de Janeiro. aadoutorado@uol.com.br

ÁREA DO DIREITO: Processual; Civil

RESUMO: O presente estudo destina-se à análise do Código de Processo Civil de 2015, que supera o período de *vacatio legis* em março de 2016, contrapondo-o ao revogado Código de Processo Civil de 1973. Busca-se analisar a filosofia do Código, por meio daqueles que parecem ser os mais relevantes pontos da nova lei processual, como a melhor sistematização do processo civil, a relevante questão da segurança jurídica, a simplificação dos procedimentos, a forma de se encarar as demandas ditas de massa e, por consequência, a sobrecarga do Judiciário.

PALAVRAS-CHAVE: Processo civil – Teoria do processo.

ABSTRACT: The present essay aims to analyze the Brazilian 2015 Civil Procedure Code, which exceeds the *vacatio legis* period in March 2016, contrasting it to the repealed 1973 Civil Procedure Code. It focuses on the philosophy of the Code, by canvassing those which seem to be the most relevant aspect of the new procedural statute, such as the better systematization of the procedure, the question of legal certainty, the simplification of procedures, the approach of repetitive cases and, by consequence, the caseload in the Judiciary system.

KEYWORDS: Civil procedure – Civil procedure theory.

O ano de 2016 é de extrema importância para o processo civil brasileiro, pois nele passa a vigorar o novo Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 16.03.2015. Não se trata apenas de uma remodelação de um velho código, mas de criação, efetivamente, de uma nova lei. Não se quer dizer com isso, todavia, que se tenha deixado de aproveitar importantes institutos e instrumentos previstos pelo já longínquo Código de Processo Civil de 1973, elaborado sob a batuta de Alfredo Buzaid.

Pelo contrário, a filosofia do CPC/2015, nas suas linhas mais gerais, é a seguinte: não se pretendeu fazer uma mudança radical ou brusca, até porque as mudanças radicais em direito geralmente não se justificam, e, se feitas, não geram resultados satisfatórios.

Procurou-se manter o que seria aproveitável do CPC/1973, e incorporar novidades, tendo em vista uma resposta mais atual aos problemas que afligem os operadores do direito, especialmente o do gigantesco volume de processos, como, ainda o da instabilidade da jurisprudência. Pretendemos, então, demonstrar aqueles que nos parecem ser os principais pontos do novo Código.

Desde o art. 1.º, o CPC/2015 enfatiza o valor fundamental da Constituição, o que representa um enfoque contemporâneo da temática do direito. Valeu-se, portanto, da concepção de que os Códigos devem ser iluminados pelas Constituições.¹

Além disso, da estrutura do CPC/2015 extrai-se, em primeiro lugar, a intenção de imprimir-se maior *organicidade e simplicidade* à normativa processual civil e ao processo, com o objetivo de fazer com que o juiz deixe, na medida do possível, de se preocupar excessiva e desnecessariamente com a relação jurídica processual, em si, como se fosse um fim em si mesma, *deslocando o foco da atenção do julgador para o direito material discutido*. Com isto, pretendeu-se descartar uma processualidade excessiva, desvinculada do objetivo do direito material, pois o processo é meio, instrumento, por intermédio do qual se busca atingir o fim, que é a solução do litígio, disciplinada pelo direito material. Outro ponto importante a ser frisado é a extrema cautela do Código quanto à manutenção da *segurança jurídica* e da *estabilidade* da jurisprudência. *Procurou-se, como se verá mais adiante, incentivar a uniformidade* da jurisprudência e sua *estabilidade*, e, ao mesmo tempo, conferir maior rendimento (*i.e.*, efetividade) a cada processo, individualmente considerado.

Como se sabe, o agora revogado Código Buzaid continha cinco livros.

O Livro I, intitulado “Do Processo de Conhecimento”, continha disposições correspondentes à parte geral, relativas a temas como jurisdição, ação, partes e procuradores, competência, atos processuais, tempo no processo, comunicação dos atos processuais, etc. As normas que diziam respeito propriamente ao processo de conhecimento somente tinham lugar após tais disposições gerais, embora fossem todas integrantes do mesmo Livro I. Tais normas incluíam, além dos preceitos pertinentes ao procedimento comum – ordinário e sumário – em primeiro grau de jurisdição, a fase de cumprimento de sen-

1. Sobre o tema da constitucionalização do processo e do direito em geral, cf. artigo de nossa autoria, denominado “Processo e Constituição”, publicado em obra coletiva organizada por In: DANTAS, Bruno; CRUXÊN, Eliane; SANTOS, Fernando; LAGO, Gustavo Ponce Leon Lago (coords.). *Constituição de 1988: O Brasil 20 anos depois. A Consolidação das Instituições*. Brasília: Senado Federal Instituto Legislativo Brasileiro, 2008, vol. 3, p. 388-483.

tença, e a disciplina da ordem dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação às decisões judiciais (recursos e ação rescisória). O Livro II do CPC/1973 cuidava do “Processo de Execução”, suas espécies e das defesas do executado; o Livro III, do “Processo Cautelar”, incluindo-se aí as medidas cautelares que podiam ser conhecidas no bojo do processo de conhecimento (art. 798 e ss.); já o Livro IV disciplinava os “Procedimentos Especiais”, de jurisdição voluntária e contenciosa; finalmente, o Livro V continha as “Disposições Finais e Transitórias”.

O CPC/2015, por outro lado, é organizado de forma sensivelmente diversa. Primeiramente, é o código dividido em duas partes: a parte geral e a parte especial.

Do ponto de vista da organicidade, o CPC/2015 aprimorou a divisão do CPC/1973, observando maior rigor técnico e metodológico. O Código contém, na Parte Geral, o Livro I, que cuida das normas fundamentais aplicáveis ao processo civil, que como dissemos reforça a aproximação e submissão do direito processual à Constituição. O Livro II se dedica à normatização atinente à ação, à jurisdição, bem como aos limites desta, regulando a competência. O Livro III da Parte Geral trata dos sujeitos do processo, incluindo-se aí a pluralidade de litigantes em um mesmo polo da demanda, e também a forma como terceiros podem intervir em relação jurídica processual alheia. Em seguida, o Livro IV da Parte Geral dedica-se a regular os atos processuais, incluindo-se a forma como são realizados, bem como o momento processual adequado, o lugar em que devem ser praticados e os prazos que devem ser observados. Trata-se também, neste Livro, da forma de comunicação dos atos processuais e das nulidades que se podem fazer sentir no processo. O Livro V, por sua vez, cuida da tutela provisória, incluída a relevante questão da estabilização da tutela de urgência antecipada concedida em caráter antecedente. O derradeiro Livro da Parte Geral, de número VI, dedica-se às normas atinentes à formação, suspensão e extinção do processo. Basicamente, o que constava no Livro I do CPC/1973 passou a integrar a Parte Geral do CPC/2015, fracionado, como dissemos, em seis livros. Essa parte geral, aliás, representou na história do Direito uma conquista técnica e, portanto, deveria ser, como efetivamente foi, preservada e aprimorada pelo legislador de 2015.

Na Parte Especial do CPC/2015, trata o Livro I “Do Processo de Conhecimento” – incluídos os procedimentos comuns e especiais – e da fase de cumprimento da sentença; o Livro II, disciplina a execução em suas diversas espécies, bem como as defesas do executado; o Livro III cuida dos “Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais”, em que são incluídos temas como a ação rescisória, a reclamação, os recursos e assuntos

afins. Por fim, incluiu-se o Livro Complementar, em que são tratadas as “Disposições Finais e Transitórias”.

Comparativamente com o CPC/1973, a sistematização mostra-se muito mais clara e *simplificada*, uma vez que: a) destina toda a parte inicial do Código às normas que compõem a parte geral, fracionada em seis livros, conferindo-lhes abordagem correta do ponto de vista metodológico e ressaltando-lhes a importância; b) inclui os procedimentos especiais no livro que trata “Do Processo de Conhecimento”, porque aqueles se enquadram, rigorosamente, no âmbito deste; c) dedica um livro específico ao processo nos tribunais e aos meios de impugnação às decisões judiciais, cujas normas regentes, por suas peculiaridades, merecem ser tratadas de maneira apartada daquelas atinentes ao procedimento em primeiro grau; e, por fim d) deixa de atribuir natureza típica e procedimento específico a determinadas medidas de cunho cautelar, bem como de enquadrar as medidas cautelares no âmbito do “Processo Cautelar”, que era disciplinado em livro próprio na lei passada (Livro III), salvo a disciplina dos arts. 273 e 461; privilegia, assim, a *instrumentalidade* da tutela de urgência (assim entendidas as medidas antecipatórias e acautelatórias), adequadamente regulada, em conjunto com a tutela da evidência, na Parte Geral (Livro V) do Novo Código de Processo Civil (arts. 294 a 311 do CPC/2015), enquadrando-as como espécies de tutela jurisdicional que se submetem a um procedimento e a princípios comuns.

Sob a perspectiva da segurança jurídica, dentre outras medidas, procurou-se estabelecer uma intensa necessidade de contraditório, à luz, evidentemente, de uma visão que deflui da Constituição Federal. O CPC/2015 prevê, por exemplo, que mesmo as decisões judiciais que independem de provocação das partes, a respeito de questões de ordem pública, devem ser precedidas de contraditório, com efetiva oportunidade de prévia manifestação dos interessados (arts. 9.º e 10 do CPC/2015). A exigência dessa medida – que evidencia o propósito legislativo de concretizar o princípio constitucional do contraditório – aplica-se não apenas às decisões relativas a controvérsias fáticas, mas também àquelas decisões que digam respeito a questões eminentemente jurídicas. Nessa linha, o art. 10 do CPC/2015 é enfático ao vedar o juiz de decidir com base em “fundamento” a respeito do qual “não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”. Não se trata, em absoluto, de desconsideração do princípio do “iura novit curia”, que permite ao juiz decidir com base em fundamentos jurídicos não invocados pelas partes; trata-se, simplesmente, de facultar às partes interessadas a oportunidade de se manifestarem e influenciarem a convicção judicial a respeito da aplicabilidade daquele fundamento jurídico ou

fático não invocado ou debatido nos autos. Evita-se, dessa forma, que as partes sejam surpreendidas, no momento da decisão judicial, com um argumento ou alegação de que não cogitaram, e cuja incidência ao caso poderia ser afastada ou modificada se a matéria tivesse sido previamente debatida.

A imprescindibilidade de contraditório é enfatizada, ainda, v.g., no que diz respeito à desconsideração da pessoa jurídica, pois o art. 135 do CPC/2015 é explícito ao determinar que o juiz só poderá desconsiderar a pessoa jurídica depois de observado o princípio do contraditório.

Sob a ótica da simplificação, são diversos os aspectos que consagram a instrumentalidade processual. Procurar-se-á pontuar alguns deles.

O Código, com vistas à desburocratização cartorária, cuida de definir os atos ordinatórios a serem praticados pelo escrivão, independentemente de determinação judicial (art. 203, § 4.º, do CPC/2015), conforme já previa o art. 162, § 4.º, do CPC/1973. Paralelamente, concede-se aos advogados a faculdade – ou mesmo o dever, em determinadas hipóteses – de promover a intimação por correio, da parte contrária, de testemunhas etc. (assim, v.g., o arts. 269, § 1.º, e 455 do CPC/2015). Permite-se a utilização do processo eletrônico, atribuindo a competência regulatória ao Conselho Nacional de Justiça e, supletivamente, aos tribunais, (art. 196 do CPC/2015).

Concentra-se, ademais, a reconvenção na mesma peça processual em que é apresentada a contestação, conforme prevê o art. 343, *caput*, do CPC/2015, deixando de ser necessária a peça própria anteriormente exigida (cf. art. 299 do CPC/1973). Além disso, previu-se a possibilidade de ampliação subjetiva da lide, na medida em que é lícito ao reconvinte consorciar-se com outrem, ou voltar-se contra o autor da demanda e terceiro (art. 343, §§ 3.º e 4.º, do CPC/2015), sendo-lhe permitido ainda manejar pedido reconvenicional ainda que haja substituição processual (art. 343, § 5.º, do CPC/2015), alterando substancialmente a regra anteriormente contida no art. 315, parágrafo único, do revogado CPC/1973. Neste último caso, ter-se-á situação que até então não se tinha no direito posto brasileiro: substituição processual no polo passivo da ação (reconvenicional).

Também simplificaram-se as hipóteses de intervenção de terceiros, desaparecendo a oposição, que se tornou procedimento especial (arts. 682 a 686 do CPC/2015) e a nomeação à autoria, estando esta última situada no plano da correção da legitimidade (art. 338 do CPC/2015).²

2. Conforme a redação do Código: “Art. 338. ‘Alegando o réu, na contestação, ser parte ilegítima ou não ser o responsável pelo prejuízo invocado, o juiz facultará ao autor,

Algumas matérias, que, à luz do CPC/1973, eram objeto de incidentes processuais específicos, como é caso da impugnação ao valor da causa (art. 261 do CPC/1973), passam, na redação do novo Código, a ser passíveis de postulação dentro da contestação, como preliminar, sem necessidade de incidente apartado com autuação em apenso (art. 293 do CPC/2015).³

São eliminadas as exceções de suspeição e impedimento, dispondo o art. 146 do CPC/2015 que tais matérias deverão ser arguidas mediante simples petição, acompanhada das respectivas provas documentais e/ou de rol de testemunhas, o que está, nitidamente, em consonância com a *instrumentalidade* que se pretende imprimir ao processo.

Muitos procedimentos especiais foram extintos pelo CPC/2015. Em contrapartida, permitiu-se, por um dispositivo genérico, que a parte cumule pedidos subordinados, de ordinário, a procedimentos diversos, valendo-se das técnicas especiais previstas para os procedimentos especiais, de modo a tornar possível a cumulação de pedido que demande procedimento comum e outro que permita a utilização de procedimento especial, desde que a adoção de ambos não se revele inapropriado, por incompatibilidade (cf. art. 327, § 2.º, do CPC/2015). Tal expediente presta-se a permitir a adequada tutela das pretensões levadas a juízo, somado à instrumentalidade processual, não exigindo a pluralização de relações jurídicas processuais.

Em resumo, fica estabelecido o uso do processo de conhecimento como processo padrão, com muito mais intensidade do que no Código Buzaid.

Suprimiu-se, também, a bipartição do procedimento comum – ordinário e sumário –, assemelhando-se sobremaneira ao procedimento ordinário, que era previsto pelos arts. 282 e ss. do CPC/1973.

Há uma inovação no sistema das provas, diante da possibilidade de antecipar-se a produção de provas referentes a um possível litígio, como mera faculdade conferida às partes, sem que se configure situação em que haja risco de perecimento do objeto ou fonte de prova. Essa produção antecipada de provas – qualquer delas – terá lugar, nos termos dos incisos II e III do art. 381 do CPC/2015, nos casos em que: “II – a prova a ser produzida seja suscetível

em 15 (quinze) dias, a alteração da petição inicial para substituição do réu. Parágrafo único. Realizada a substituição, o autor reembolsará as despesas e pagará os honorários ao procurador do réu excluído, que serão fixados entre três e cinco por cento do valor da causa ou, sendo este irrisório, nos termos do art. 85, § 8.º”.

3. Nos termos do CPC/2015: “Art. 293. O réu poderá impugnar, em preliminar da contestação, o valor atribuído à causa pelo autor, sob pena de preclusão, e o juiz decidirá a respeito, impondo, se for o caso, a complementação das custas”.

de viabilizar a tentativa de conciliação ou outro meio adequado de solução de conflito; III – o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação”.

A possibilidade de produção de prova antes da propositura da ação de conhecimento destinado ao reconhecimento de direitos, fora das hipóteses em que haja receio de se tornar impossível ou muito difícil a verificação dos fatos na pendência de ação futura, traz consigo uma modificação paradigmática no instituto da prova. Em lugar de se atribuir à atividade probatória a finalidade *exclusiva* de formar a convicção do juiz sobre os fatos do litígio, passa-se a atribuir-lhe *também* a função de influenciar o próprio juízo que fazem as partes das perspectivas de êxito num eventual processo judicial. Esse novo propósito da atividade probatória, que, de certa forma, situa também as partes como destinatárias da prova, tem como objetivo prevenir a propositura de ações infundadas ou fadadas ao insucesso, porque desprovidas de respaldo fático.

Por outro lado, se da análise feita pelas partes sobre a prova produzida antecipadamente não resultar que se evite o processo judicial, é bem possível que a produção antecipada proporcione ao autor e ao réu melhor desempenho na defesa de seus direitos, uma vez que suas alegações já estarão amparadas nos elementos probatórios colhidos. Sob esse prisma, concretiza-se o objetivo jurídico do processo de, por meio do contraditório e da busca da verdade, possibilitar a prolação de uma sentença justa e consentânea com a realidade dos fatos.⁴

4. A produção antecipada de provas, independentemente da verificação de *periculum in mora* e desvinculada da existência de um processo judicial foi amplamente defendida por Flávio Luiz Yarshell (*Antecipação da Prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009). A ênfase na inclusão das partes como destinatárias da prova e o consequente cumprimento dos objetivos social e jurídico do processo são a tônica da obra, que não afasta, obviamente, a posição do juiz como destinatário da prova no processo judicial; deixa apenas de considerá-lo como *único* destinatário (*Antecipação da Prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009). Esse posicionamento vai ao encontro dos valores consagrados pelo processo civil contemporâneo, bem como da mudança paradigmática sofrida no direito processual no que diz respeito à compreensão do Estado como único responsável pela pacificação social. V. nessa linha, o que escrevemos no item 2-A do *Manual* (ARRUDA ALVIM. *Manual de Direito Processual Civil*. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2013, p. 46). Sobre a produção de provas como atividade voltada às partes, v. ainda, a experiência inglesa da fase de *pre-action*, relatada por Neil Andrews no artigo “The pre-action phase. General report” – *Common Law*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; CALMON, Petrônio. *Direito Processual Comparado – XIII Congresso Mundial de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

A ênfase à atividade das partes é também verificada no tratamento específico da prova pericial. Diz o Código que o juiz pode dispensar a realização da perícia quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem sobre as questões de fato pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes (art. 472 do CPC/2015). Há também o dever de se realizar o que se chama de uma perícia *ex officio* e *ad eventum*, ou seja, realizar uma perícia depois da juntada das peças dos assistentes técnicos das partes, por força do disposto no art. 480 do CPC/2015.

Com foco na instrumentalidade e no cumprimento dos objetivos sociais do processo, o novo Código prevê a atuação de conciliadores e mediadores (arts. 165 a 175), acentuando a necessidade de magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público estimularem a conciliação e a mediação (art. 3.º, § 3.º) e permitindo a atuação dos conciliadores e mediadores na audiência de conciliação ou mediação, subordinando-a às diretrizes determinadas pelo Código e pela lei de organização judiciária (art. 334, § 1.º, do CPC/2015). Em consonância com a pressão social para que se estendessem as funções de mediador e conciliador a pessoas que não necessariamente fossem bacharéis em direito,⁵ o CPC/2015 optou por exigir apenas a capacitação mínima, de acordo com parâmetros curriculares estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça, em parceria com o Ministério da Justiça, como requisito necessário ao exercício das funções em questão (art. 167, § 1.º, do CPC/2015).

Além disso, a falsidade de documento deve ser suscitada na própria contestação, na réplica ou no prazo de quinze dias, sucessivos à juntada do documento nos autos, podendo a falsidade ser suscitada como questão incidental ou como questão principal, recaindo sobre ela, neste caso, a autoridade da coisa julgada (arts. 430 e 433 do CPC/2015).

Ainda no âmbito da instrumentalidade, dispõe o art. 317 do CPC/2015: “antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder

5. Nessa linha, dispunha, por exemplo, o Projeto de Lei da Câmara dos Deputados 4.827/1998, de autoria da Deputada Zulaiê Cobra. Referido Projeto, posteriormente emendado e substituído no Senado pelo PL 94/2002 “institucionaliza e disciplina a mediação, como método de solução panprocessual dos conflitos”. Originariamente, o PL 4.827/1998 previa a possibilidade de as partes escolherem como mediador judicial ou extrajudicial “qualquer pessoa capaz e que tenha formação técnica ou experiência prática adequada a natureza do conflito”. Agora, à luz do CPC/2015, tornou-se norma positivada a possibilidade de que os mediadores e conciliadores sejam profissionais de qualquer área do conhecimento, bastando, como dissemos, que tenham capacitação mínima, a teor do que assim reputar o Conselho Nacional de Justiça, em parceria com o Ministério da Justiça, não restringindo-se o mister aos bacharéis em Direito.

à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício”. O dispositivo busca concretizar ao máximo a economia processual, permitindo o prosseguimento do processo defeituoso, ao propiciar a possibilidade de correção dos vícios existentes.

Permite-se o julgamento liminar de improcedência, independentemente de citação do réu, quando a pretensão deduzida pelo autor contrariar: enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, acórdão proferido pelas Cortes Superiores em julgamento de recursos repetitivos, entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência, enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local e também quando for verificada desde logo a prescrição ou decadência (art. 332, I a IV e § 1.º, do CPC/2015). Trata-se de medida direcionada a resolver o problema concernente à sobrecarga de processos no Judiciário.

Quanto à regra do art. 296 do CPC/1973, que permitia ao juiz reconsiderar a sentença de indeferimento da inicial no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, esta é mantida no § 7.º do art. 485 do CPC/2015, contendo, todavia, ampliação do prazo, que passa de 48 (quarenta e oito) horas para 5 (cinco) dias, sendo também bastante ampliada, na medida em que é estendida a qualquer das hipóteses de extinção do processo sem resolução de mérito.

Outro aspecto interessante do novo Código de Processo Civil é a eliminação das cautelares nominadas. Evidentemente isso responde a uma tendência do direito brasileiro, em que se expandiram as medidas cautelares e de urgência, de tal modo que não mais se justifica a manutenção de procedimentos cautelares típicos, diante da grande liberdade para decidir, adjudicada ao Judiciário. O CPC/2015 consagra a ampliação dos poderes concedidos aos magistrados na concessão de medidas destinadas à tutela de urgência e da evidência, que, como já se disse, passam a ser tratadas em conjunto.

As tutelas de urgência e da evidência estão, sem dúvida alguma, entre os desafios contemporâneos atinentes à simplificação do processo e à efetividade. E, como se disse, a simplificação dessa modalidade de tutela – voltada para a necessidade de conferir soluções mais céleres e adequadas ao direito material versado no litígio – teve início nas sucessivas reformas a que se submeteu o sistema do Código passado, desde 1994,⁶ com a instituição da tutela antecipada, até os seus derradeiros momentos de eficácia, com a previsão de fungibili-

6. Cf. a Lei 8.952/1994, que atribuiu nova redação ao art. 273 e nele incluiu os inc. I e II e os §§ 1.º a 3.º.

dade entre medidas cautelares e antecipatórias⁷ e da tutela antecipada da parte incontroversa. Tenha-se presente, aliás, que, embora a modalidade de tutela antecipatória mais frequentemente utilizada e difundida na *práxis* jurídica tal como a referente às situações de risco de dano irreparável ou de difícil reparação (tutelas de urgência), o CPC/1973, desde 1994, já previa, no inc. II do art. 273, modalidade de tutela da evidência, fundada na verossimilhança da alegação e no propósito protelatório ou na natureza abusiva da defesa do réu. Por outro lado, a tutela antecipada da parte incontroversa do pedido ou do pedido incontroverso (no CPC/1973, era prevista no art. 273, § 6.º), foi corretamente alocada no art. 356, I do CPC/2015, por tratar, ontologicamente, de efetivo julgamento de mérito, ainda que parcial. Trata-se, como já se tratava ao tempo do CPC/1973, do próprio provimento final – ainda que apenas sobre parte do mérito – almejado.

Em suma, a principal diferença entre a tutela de urgência e a tutela da evidência reside no fato de que, em relação à tutela da evidência não há a necessidade de demonstrar o *periculum in mora*, tal como ocorre na tutela de urgência, pois se trata de situações em que a evidência do direito já se encontra configurada nos autos. Também não se há que falar, propriamente, em *fumus boni iuris*, porquanto a ausência de defesa consistente (arts. 273, II, do CPC/1973 e 311, I a IV, do CPC/2015) denota uma probabilidade maior de sucesso do que de insucesso do autor, sendo justificável a redistribuição do ônus do tempo nesse caso, ainda que tal análise seja feita por meio de cognição meramente sumária, apta, portanto, a ser alterada em momento posterior.

O CPC/2015 regula a tutela de urgência no art. 300,⁸ permitindo a contrapartida da caução real ou fidejussória; já a tutela de evidência está prevista no art. 311, que estabelece como hipóteses para sua concessão: “I – ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte”; “II – as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou

7. Cf. a Lei 10.444/2002, que, dentre outras modificações, acrescentou ao art. 273 os §§ 6.º e 7.º.

8. Na dicção do Código, *verbis*:

“Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1.º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.”

em súmula vinculante”; “III – se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa”; ou “IV – a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável”. Foram elas, portanto, claramente distinguidas.

O inc. I do art. 311 do CPC/2015 corresponde ao inc. II do art. 273 do CPC/1973, enquanto que os demais incisos do art. 311, a seu passo, não encontram antecedente legislativo no CPC/1973. O denominador comum que enlaça estas quatro hipóteses, diferentes da tutela de urgência (tutela antecipada, propriamente dita), justificou esse tratamento em separado.

Ademais, o CPC/2015 aprimorou a disciplina vigente quando cuida da exigência especial de uma fundamentação mais delicada quanto à matéria. No art. 298 do CPC/2015 lê-se que: “Na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória, o juiz motivará seu convencimento de modo claro e preciso”. Tal exigência se mostra acentuadamente relevante, na medida em que a tutela de urgência satisfativa, quando requerida em caráter antecedente, pode tornar-se estável, diferentemente do que se podia observar no sistema processual passado, ainda que de coisa julgada não se trate.

Quanto ao aspecto mencionado – da estabilidade das decisões que concedem tutela de urgência antecipada antecedente –, sequer será preciso percutir o mérito, tendo em vista que não havendo interposição de recurso pelo réu, a princípio, será o processo extinto, na forma do art. 304, § 1.º, do CPC/2015. O pedido principal, pois, poderá ser formulado em nova ação, tal como prevê o § 2.º do sobredito dispositivo. Havendo, por outro lado, indeferimento da medida de urgência, poderá ser, ainda assim, deduzido o pedido principal (arts. 303, § 6.º, e 308 do CPC/2015). Nada obsta, como dito, que, indeferida a liminar, especialmente no que toca à tutela de urgência cautelar, seja proposta a ação, ressalvadas as hipóteses de decretação da prescrição ou decadência (art. 310 do CPC/2015); nesses casos, a repetição da tutela encontra óbice na coisa julgada material, a exemplo do que já ocorria no sistema antecedente (art. 810 do CPC/1973).

Quando houver deferimento de liminar de caráter antecipatório, requerida em caráter antecedente, tornar-se-á estável a decisão, caso não sobrevenha a interposição de recurso pelo réu, conforme dissemos. No prazo de 2 (dois) anos, poderá ser proposta ação com vistas a *revert, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada* (cf. art. 304, § 2.º, do CPC/2015). Será, pois, no bojo desta ação que se poderá alterar a tutela concedida. Preceitua o art. 304, § 6.º, do CPC/2015 que a decisão que concede as medidas de urgência antecipadas

em caráter antecedente não produz coisa julgada, ressalvada a “estabilidade dos respectivos efeitos”, que somente pode ser afastada por decisão que a revoque (art. 304, *caput* e § 2.º, do CPC/2015).

Na realidade, relativamente às tutelas de urgência e da evidência, o que o novo Código de Processo Civil fez foi aprimorar as inovações inseridas no CPC/1973, e sistematizá-las de maneira mais abrangente e correta, seguindo antiga sugestão do Presidente da Comissão responsável por sua elaboração no Senado Federal, o Min. Luiz Fux, feita em tese que antecede a própria criação da tutela antecipatória.⁹

Esse é um dos inúmeros exemplos de hipóteses em que, conforme se assinalou de início, o novo Código de Processo Civil não se pretende revolucionário – no sentido de negar a sistemática até então vigente – mas se propõe, ao contrário, a utilizar de maneira adequada e ordenada o que nela já se revelasse útil aos desígnios contemporâneos do processo civil.

Outro grande desafio a ser enfrentado pelo Código é o problema da justiça de massa. Não é possível exigir do magistrado um trabalho de artesão para enfrentar a enormidade de ações repetitivas, com objetos semelhantes ou praticamente idênticos. Diante disso, o legislador buscou uma solução para resolver esse problema, ou, ao menos, encaminhar rumos para uma solução. Nela reside a grande novidade do novo Código de Processo Civil.

No CPC/1973, a matéria era tratada no art. 285-A, aprimorado pelo art. 332 do CPC/2015, e, no tocante aos tribunais superiores, Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, as soluções encontradas consistiam na regulação da repercussão geral e dos recursos repetitivos, com disciplinas diferentes, ainda que animadas pelo mesmo denominador comum.

O CPC/2015 pretende desafogar o Judiciário em primeiro grau de jurisdição, a partir do que se denominou incidente de resolução de demandas repetitivas (arts. 976 a 987 do CPC/2015). A disciplina aí encontrada parece-nos promissora, e deverá aliviar a sobrecarga de ações repetitivas nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais. De acordo com os dispositivos do Código, o incidente de demandas repetitivas é admissível sempre que identificada multiplicidade de demandas sobre uma mesma controvérsia, isto é, em idêntica questão de direito e, além disso, com aptidão para ofender a isonomia e a segurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes. Não é possível a instauração do incidente, vale o acréscimo,

9. Confira-se a obra FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996.

quando a matéria já houver sido afetada por qualquer das Cortes Superiores, segundo a sistemática dos recursos repetitivos (art. 976, § 4.º, do CPC/2015). O pedido de instauração do incidente será dirigido ao Presidente do Tribunal, pelo juiz ou relator, por ofício, pelas partes, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição. Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente. A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça. Os tribunais promoverão a formação e atualização de banco eletrônico de dados específicos sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando, imediatamente, ao Conselho Nacional de Justiça, para inclusão no cadastro. Após a distribuição, o relator poderá requisitar informações ao órgão em cujo juízo tramita processo no qual se discute o objeto do incidente, que as prestará em quinze dias, além de suspender todos os processos, coletivos ou individuais, que versem sobre a mesma questão jurídica, no âmbito de jurisdição do respectivo tribunal, intimando, ademais, o Ministério Público para que, se assim entender por bem, manifeste-se no prazo de 15 (quinze) dias. O julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas competirá ao órgão indicado pelo regimento interno de cada tribunal, ao qual se atribua função de uniformizar a jurisprudência local ou regional. Competirá ao referido órgão, também, julgar o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de que tenha se originado o incidente. Na admissibilidade, o órgão competente considerará a presença dos requisitos do art. 976 do CPC/2015 (art. 981 do CPC/2015). Antes de julgado o incidente, serão ouvidas as partes do processo em que se originou o incidente, eventuais interessados, dentre os quais podem se incluir pessoas ou órgãos, tendo cada qual o prazo de 15 (quinze) dias para falar nos autos, inclusive com a possibilidade de juntada de documentos e requerimento de diligências hábeis a melhor elucidar a controvérsia jurídica a ser pacificada. Após isso, será dada vista ao Ministério Público, que falará no mesmo prazo. O art. 983, § 1.º, prevê, além disso, a possibilidade de designação de audiência pública, a fim de que sejam ouvidas pessoas com experiência e conhecimento na matéria, estabelecendo-se a marcante presença dos *amici curiae* no julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas, que são, por natureza, demandas de massa, atingindo, por óbvio, grande multiplicidade de pessoas. Julgado o incidente, o tribunal fixará a tese jurídica, que será observada em todos os processos – individuais ou coletivos – que cuidem de idêntica questão jurídica, e que tramitem na área de jurisdição do tribunal que tenha fixado a tese. O art. 985, I, parte final do CPC/2015 inclui no rol de órgãos subordinados à observância da tese fixada, os juizados especiais (estaduais ou federais), ainda que suas decisões não estejam, de ordinário, subordinadas à

revisão em grau recursal pelo tribunal de justiça ou regional federal. Importante consequência prevista pelo novo Código acerca desse tema é o cabimento de reclamação contra a decisão judicial que inobservar a tese fixada em incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 985, § 1.º, do CPC/2015), ainda que a inobservância se dê por juizado especial.

É um sistema que se aproxima do tratamento anteriormente existente, destinado aos recursos com fundamento em idêntica questão de direito (“recursos repetitivos”) perante o Superior Tribunal de Justiça (art. 543-C, § 1.º a 9.º, do CPC/1973), mas transportado para os órgãos de segundo grau de jurisdição. Nessa linha, analogamente à prerrogativa conferida ao Presidente do Superior Tribunal de Justiça pelos §§ 1.º e 2.º do art. 543-C do CPC/1973, o art. 982, I, do CPC/2015 dispõe que o relator “suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso”.

O que fez o Código foi estabelecer, para as demandas repetitivas, uma disciplina análoga àquela referente aos procedimentos da repercussão geral nos recursos extraordinários e do julgamento de “recursos repetitivos” no Superior Tribunal de Justiça. Solucionam-se, a um só tempo, as questões pertinentes ao afogamento do Poder Judiciário e à uniformização das decisões judiciais.

Em relação à decisão de mérito, o CPC/2015, atentando-se à possibilidade de julgamento parcial de mérito, externado por decisão interlocutória, deixou de falar em “sentença”, como se observava no art. 459 do CPC/1973, passando a determinar apenas que “o juiz resolverá o mérito acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, os pedidos formulados pelas partes”, de modo a não dar azo à errônea conclusão de que apenas a sentença é capaz de solucionar o mérito. O art. 489, § 1.º, II, do CPC/2015 consagra, ainda, um princípio de extrema importância, que determina a necessidade de a decisão ser mais explícita e analítica, quando empregar conceitos juridicamente indeterminados, na medida em que trata por não fundamentada a decisão quando “empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso”. Nesses casos, caberá ao juiz indicar detidamente as razões pelas quais verificou a necessidade de aplicação dos conceitos juridicamente indeterminados ao caso concreto. Há, com efeito, nas normas que consubstanciam conceitos juridicamente indeterminados maior amplitude de deliberação adjudicada ao juiz, e, por isso mesmo, pode-se dizer que dele se exige fundamentação mais minudente. Nesse ponto, o CPC/2015 revigora a garantia constitucional da fundamentação das decisões, em conformidade com as exigências determinadas pela evolução do direito.

Outro problema que de certa maneira já havia sido resolvido pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é o relacionado ao art. 268 do CPC/1973,

no sentido de que se o julgamento fosse pela extinção sem resolução de mérito, a demanda podia ser reproposta, pois não teria ocorrido coisa julgada. Enfrentou, o CPC/2015, a questão relativa à possibilidade de se repropor ação idêntica àquela que tenha sido extinta sem resolução de mérito, tendo em vista que a parte dispositiva de tal decisão não se submete à coisa julgada material, o que já decorreria de uma interpretação literal desse art. 268 do CPC/1973.

Com efeito, segundo uma concepção tradicional, transitada em julgado a sentença que extingue o processo sem resolução de mérito, forma-se apenas coisa julgada formal, de sorte que, nos termos do art. 268 do CPC/1973, era possível, a princípio, que a ação viesse a ser proposta, em idênticos termos, o que, sob certas circunstâncias, podia ocasionar o exercício abusivo do direito de ação. Como o art. 268 do CPC/1973 não mencionava a necessidade de correção do vício que motivou a sentença terminativa como requisito para a repositura da ação, e para obstar a persistência da propositura de ação em que uma das partes padecia de ilegitimidade *ad causam*, o Superior Tribunal de Justiça chegou a afirmar que a ilegitimidade é tema que se confunde com o mérito.¹⁰

Embora divergisse da redação *literal* do art. 268 do CPC/1973, bem como das concepções tradicionais sobre o direito de ação, esse entendimento pareceu-nos mais consentâneo com as exigências éticas do processo (*cf.* o que já falávamos no n.º 122-B da Primeira Parte do nosso *Manual de Direito Processual Civil*. 16. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013).

O CPC/2015 levou em consideração essa problemática e explicitou a necessidade de, diante da prolação de sentença terminativa motivada pelo indeferimento da petição inicial, cujas hipóteses se encontram no art. 330, pela ausência de qualquer dos pressupostos processuais de existência e validade, pela ilegitimidade ou falta de interesse processual, ou pela existência de convenção de arbitragem, corrigir-se o vício quando da nova propositura da ação (art. 486, § 1.º, do CPC/2015). A modificação oferece solução mais técnica e explícita quanto à necessidade de correção do defeito, que coincide com a posição atual do Superior Tribunal de Justiça. É mais uma demonstração de que o legislador não pairou indiferente aos problemas que afligiam os Tribunais na aplicação do Código de Processo Civil revogado, e, bem assim, proveitou-se de construções jurisprudenciais saudáveis.

No que concerne à coisa julgada, houve uma simplificação no tratamento das questões prejudiciais, que, uma vez decididas, passam a ser incluídas pela

10. Referimo-nos ao julgamento do REsp 160.850/SP, 4.ª T., rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 05.03.2001.

abrangência da coisa julgada. À luz do Código revogado, a solução das questões prejudiciais não era objeto de coisa julgada (art. 469, III), salvo quando, nos termos do art. 470 do CPC/1973, tais questões constituíssem objeto de sentença proferida em ação declaratória incidental. O CPC/2015 suprime a ação declaratória incidental, mas determina que a decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites do pedido e das questões prejudiciais expressamente decididas, desde que sobre elas tenha se estabelecido contraditório prévio e efetivo, o juízo for materialmente competente para julgar a questão e forem elas imprescindíveis ao deslinde da controvérsia principal (art. 503, *caput* e § 1.º do CPC/2015). Adota-se, em certa medida, uma antiga posição de Savigny,¹¹ no sentido de que valerá a coisa julgada sobre o pedido e as questões prejudiciais que antecedam a lide principal/prejudicada; essa coisa julgada abrangerá ambas as lides.

Trata-se, portanto, da ampliação objetiva dos limites da coisa julgada, sendo de se relevar também a chamada ampliação subjetiva da *res judicata*, tendo em vista que o art. 506 do CPC/2015 estabelece que a coisa julgada recairá sobre as partes entre as quais a decisão de mérito é proferida, não prejudicando terceiros, abrandando a regra anteriormente prevista (art. 472, primeira parte, do CPC/1973), que era expressa no sentido de não se atingir terceiros de forma alguma, nem em proveito e nem em desproveito. Assim, a princípio pode-se ter presente que terceiros podem ser beneficiados pela coisa julgada formada em demanda havida entre autor e réu, sem que tenham aqueles, de qualquer forma, participado do processo.

As inovações propostas para os recursos, analogamente àquelas referentes ao processo em primeiro grau, orientam-se pela necessidade de racionalizar ao máximo o seu processamento e julgamento, bem como de uniformizar a aplicação do direito e estabilizar a jurisprudência, o que, respectivamente, va-

11. Essa concepção é – ao que tudo indica – devida a Savigny e teria sido introduzida entre nós por João Monteiro (v. MONTEIRO, João. *Theoria do Processo Civil e comercial*. 4. ed. Rio de Janeiro, Oficinas Graphicas do Jornal do Brasil, 1925. § 246, p. 763 e ss.). Savigny tratou do assunto no seu *System des heutigen Römischen Recht* (Sistema do Direito Romano Moderno), Berlim: Editora Veit und Comp., 1847. p. 430, nota “a”; esta posição, ulteriormente, comportou a adesão de COMOGLIO, Pietro. *Tratato Teorico e Pratico della Eccezione di Cosa Giudicata*. Torino: Editora Fratelli Bocca, 1893. § 5.º, p. 277 e ss).

Entre nós, na vigência do Código de Processo Civil de 1973, o Prof. Ronaldo Cunha Campos defendeu com ênfase esse sistema, criticando o do Código (v. CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Limites Objetivos da Coisa Julgada*, Rio de Janeiro: Aide, 1988, 2. ed., *passim*, mas especialmente capítulo 8.º, p. 142 e ss).

loriza a *segurança jurídica* e o próprio *princípio da igualdade de todos perante a lei* (e, também, em face de decisões judiciais). O CPC/2015 optou por suprimir modalidades recursais (embargos infringentes e agravo, quando interposto na forma retida), reduzir as hipóteses de cabimento de alguns recursos (agravo de instrumento), bem como por simplificar lhes o procedimento.

O agravo de instrumento, cuja primeira das grandes reformas nasceu sob os auspícios de ser uma alteração positiva no sentido da efetividade processual,¹² revelou, nas reformas subsequentes, a tendência à gradativa diminuição das hipóteses de cabimento dessa modalidade recursal.¹³ Isso ocorreu em virtude do grande número de agravos interpostos contra decisões interlocutórias, que acabou por transformar, na prática, os tribunais de apelação em verdadeiros “tribunais de agravo”.

De acordo com o texto do CPC/2015, o agravo de instrumento subsistirá, mas seu cabimento estará restrito às decisões interlocutórias expressamente previstas na lei, onde se inserem aquelas que digam respeito a matérias relacionadas a tutelas provisórias; às decisões interlocutórias de mérito; à rejeição à alegação de convenção de arbitragem; ao incidente de desconsideração da personalidade jurídica; à rejeição do pedido de gratuidade judiciária, ou acolhimento do pedido de revogação; à exibição ou posse de documento ou coisa; à exclusão de litisconsorte; à rejeição do pedido de limitação de litisconsórcio; à admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros; ao efeito suspensivo dos embargos à execução; à redistribuição do ônus da prova; à fase de liquidação e de cumprimento de sentença, bem como ao processo de execução e de inventário. Convém notar, por oportuno, que o inc. XIII do art. 1.015 do CPC/2015 permite que outros casos previstos em lei sejam objeto de irrisignação imedia-

12. Referimo-nos à reforma veiculada pelas Leis 8.950/1994 e 9.139/1995, que viabilizaram a distribuição do agravo de instrumento diretamente no Tribunal e a concessão de efeito suspensivo pelo Relator.

13. Foi o que ocorreu, fundamentalmente, com as modificações implementadas pela Lei 10.352/2001, que, na prática, inverteram a regra geral, até então vigente, do cabimento do agravo de instrumento contra decisões interlocutórias, diante da possibilidade de conversão, pelo Relator, deste em agravo retido na quase totalidade dos casos. A Lei 11.187/2005 veio, na sequência, para ‘complementar’ essas modificações, estipulando a obrigatoriedade de tal conversão em todos os casos em que a decisão agravada não fosse suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida. Estabeleceu, também, a irrecorribilidade da decisão do relator que convertesse em retido o agravo de instrumento (*cf.* a redação atribuída ao art. 527, II e parágrafo único, do CPC/1973).

ta, por meio de agravo de instrumento, não se devendo considerar como exclusivo o rol do referido dispositivo, muito embora seja imprescindível, para o cabimento, a previsão legal, inclusive em obediência ao princípio da taxatividade recursal. As demais questões, decididas por interlocutórias não serão objeto de preclusão, e haverão de ser alegadas, para fins de devolução ao Tribunal, ao ensejo da interposição do recurso de apelação. Diante disso, foi abolida pelo CPC/2015 a modalidade de agravo retido nos autos, prevista anteriormente no art. 522 do CPC/1973. À luz da problemática que aflige especialmente aos Tribunais, parece tratar-se de uma boa solução.

A esse respeito, importa acrescentar, foi mantida pelo CPC/2015 (art. 937) a exclusão do agravo de instrumento como recurso apto a permitir a sustentação oral dos advogados das partes, conforme previa anteriormente o art. 554 do CPC/1973, muito embora tenha constado do Projeto de Lei do Senado Federal 166/2010 a inclusão das decisões interlocutórias que versassem sobre tutela provisória no rol de feitos que permitiam a sustentação oral. Na Câmara dos Deputados, todavia, tal previsão foi excluída, vindo a ser mantida a exclusão no texto que se tornou norma posta.

Ainda na linha da simplicidade e da instrumentalidade, dispensa-se o juízo de admissibilidade dos recursos, quando interpostos em primeiro grau, conforme anteriormente previa o art. 518, §§ 1.º e 2.º, do CPC/1973. A apelação será processada em primeiro grau, mas o juízo de admissibilidade será feito exclusivamente pelo tribunal (art. 1.010, § 3.º, do CPC/2015).¹⁴ A supressão do juízo de admissibilidade pelo órgão *a quo* facilita muito o processamento do recurso, uma vez que, sendo do órgão julgador do recurso a competência definitiva para tal juízo, evita-se a interposição de recursos contra o juízo de admissibilidade negativo que venha a ser feito em primeiro grau de jurisdição. Por outro lado, elimina-se a realização *inócua* ou *inútil* do juízo de admissibilidade positivo no órgão *a quo*, eis que está sujeito à *confirmação* ou à *revogação* pelo Tribunal.

14. O texto é claro uma ao definir que caberá ao juízo de primeiro grau apenas intimar a parte contrária a apresentar contrarrazões, quer da apelação principal, quer da eventualmente interposta na forma adesiva, cabendo, por consequência, unicamente ao Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, a depender da competência, o juízo de admissibilidade da apelação:

“Art. 1.010. A apelação, interposta por petição dirigida ao juízo de primeiro grau, conterà:

(...)

§ 3.º Após as formalidades previstas nos §§ 1.º e 2.º, os autos serão remetidos ao tribunal pelo juiz, independentemente de juízo de admissibilidade.”

Extinguiram-se os embargos infringentes. A discussão sobre a manutenção dessa modalidade recursal é anterior até mesmo à promulgação do Código de Processo Civil de 1973, cujo Anteprojeto já não continha tal espécie, o que veio a ser inserido por uma emenda feita no Congresso Nacional. Em contrapartida à supressão dos embargos infringentes, estabelece o novo Código que o voto vencido terá sempre que ser declarado e será parte integrante do acórdão, inclusive devendo servir para fins de prequestionamento (art. 941, § 3.º, do CPC/2015). Algumas modificações recaídas sobre os recursos especial e extraordinário são especialmente interessantes. Autoriza o Código que os Tribunais Superiores decidam o mérito de um recurso desde que seja tempestivo, afastando causas formais de inadmissibilidade que não sejam consideradas graves, ou determine sua correção. Essa regra está no § 3.º do art. 1.029 do CPC/2015. É possível traçar um paralelo entre tal disposição e a aplicação daquilo que se denomina, no direito argentino, “gravidade institucional” do recurso extraordinário.

A “gravidade institucional” é um filtro à admissibilidade do recurso extraordinário argentino, análogo ao da repercussão geral, entre nós. Está prevista no art. 280 do *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación* argentino¹⁵ e, embora constitua um filtro de admissibilidade recursal, historicamente, parece ter servido ao objetivo de superar irregularidades formais quanto à admissibilidade do recurso extraordinário e permitir a análise de questões que transcendam o interesse subjetivo das partes. Isso pode ser extraído da obra de Fernando N. Barrancos Y Vedia, que escreveu sobre o tema nos idos de 1960 até 31.08.1968, quando se teria formado a noção de gravidade institucional. Posteriormente, com a Lei 23.774, aprovada pelo Congresso Nacional argentino em 5 de abril de 1990, passou a ser a “gravidade institucional” meio legalmente estabelecido para rechaçar recursos que não fossem portadores desse requisito.¹⁶ Mas, atualmente, continua a haver transigência com os requisitos de cabimento, quando presente a “gravidade institucional”, para a admissão de tais recursos

15. A dicção do artigo é a seguinte:

“Art. 280. Llamamiento de autos. Rechazo del recurso extraordinario. Memoriales en el recurso ordinario. Cuando la Corte Suprema conociere por recurso extraordinario, la recepción de la causa implicará el llamamiento de autos. La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia.”

16. VEDIA, Fernando N. Barrancos y; CARRIÓ, Genaro R. *Recurso Extraordinario y “Gravedad Institucional”*, Prólogo de Genaro R. Carrió. 1. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1969. p. 7-11 e n. 143 e 144, p. 237-241.

extraordinários, sem que isso afete o julgamento do mérito dos recursos extraordinários.¹⁷ A introdução, no CPC/2015, da possibilidade de se superarem vícios de admissibilidade que não se reputem graves parece seguir essa linha e permite a análise de questões verdadeiramente relevantes à aplicação e uniformização da lei federal constitucional e infraconstitucional.

Verifica-se, também, que o CPC/2015 aumentou o âmbito de devolutividade dos recursos especial e extraordinário, de forma que, no julgamento do recurso extraordinário ou especial, estão os Tribunais Superiores autorizados a examinar os demais fundamentos levantados durante o processo, ainda que não abordados no recurso (art. 1.034, parágrafo único, do CPC/2015). Essa regra, semelhante às disposições concernentes ao efeito devolutivo da apelação (art. 1.013, § 2.º, do CPC/2015), afina-se com a necessidade de se analisarem, em sede recursal, todos os pedidos e fundamentos sucessivos, independentemente daqueles que tenham sido acolhidos no juízo de origem. É previsão que, no fundo, ajusta-se ao princípio do contraditório, aqui entendido como a necessidade de os Tribunais Superiores virem a responder à integralidade do que foi postulado.

Quanto às questões repetitivas no âmbito dos recursos especial e extraordinário, seu processamento e julgamento segue, tal como em segundo grau de jurisdição, o lineamento dos arts. 543, 543-A, 543-B e 543-C do CPC/1973, mas o novo Código simplifica as disposições ali contidas, por unificar a regulação aplicável aos recursos extraordinário e especial (arts. 1.036 a 1.041 do CPC/2015). Essa unificação também se afigura salutar.

Em relação especificamente à segurança jurídica e à isonomia, o art. 926 do Código dispõe: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, considerando que a jurisprudência pode – e, em realidade, muitas vezes precisa – mudar, mas isso pode acarretar transtornos. Por essa razão, o art. 927, § 3.º estabelece, com vistas a poderem ser atenuados esses inconvenientes: “na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica”. O § 4.º do art. 927 diz: “A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação

17. Cf., no direito argentino excelente trabalho de Augusto M. Morello, editado logo após a vigência da Lei 23.774/1990, (MORELLO, Augusto Mario. *La nueva Etapa del Recurso Extraordinario – El “Certiorari”*. La Plata: Libreria Editora Platense, 1990. p. 31, 81 e 82), onde faz, inclusive, remissões ao direito brasileiro, em relação à arguição de relevância.

adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia”. Este último texto é importante, porquanto essa fundamentação adequada, *i.e.*, mais minudente, visa a demonstrar que a modificação se operou por necessidade de reinterpretar a lei, e, não, por razões outras que não essa necessidade que socialmente se tenha imposto.

Também, em atenção à segurança jurídica e à isonomia, prevê o *caput* do art. 927, com bastante clareza, que os juízes e tribunais *observarão* a jurisprudência consolidada das Cortes. Com efeito, o novo Código não dá margem à inobservância das decisões judiciais anteriores, ao menos quando não adequadamente fundamentada a não aplicação, conforme prevê o art. 489, § 1.º, VI do CPC/2015.

É perceptível a ênfase conferida ao peso e ao significado social da jurisprudência dos tribunais, mormente sob a perspectiva da realização da isonomia e da segurança jurídica. Isso se dá em todos os níveis, dos Tribunais Superiores aos órgãos de segundo e primeiro grau. O objetivo que informa essas regras é exatamente concretizar melhor os princípios da legalidade e da isonomia, no sentido de que se diz que, se a lei é igual para todos, é importante também que as decisões judiciais que interpretem a lei sejam iguais para todos.

Procurou-se, nestas linhas, oferecer uma visão do novo Código, mas seria impossível considerar nesta sede todos os seus aspectos. Para terminar, diríamos que o CPC/2015 mostra-se bastante bom, bem ordenado, impecavelmente bem redigido, sintonizado rigorosamente com as necessidades contemporâneas, especialmente com o problema da justiça de massa, com a simplificação do processo; ademais, a sociedade, durante o processo legislativo, foi ouvida, tendo sido realizadas audiências públicas antes mesmo da entrega do Anteprojeto de Código, elaborado por notável comissão de juristas, ao Presidente do Senado Federal, sucedendo-se outras audiências públicas, amplamente divulgadas e concorridas. Faço votos de que o Código de Processo Civil de 2015 seja bem-sucedido, diante dos anseios sociais nele impressos, como a mais célere solução dos conflitos, mormente os de massa, acarretando o desafogamento do Poder Judiciário.

Em geral, deve ser ressaltado que os inumeráveis caminhos possíveis de soluções que se encontram no novo Código decorrem dos problemas atuais que assolam a Justiça brasileira. A promulgação de um novo Código de Processo Civil – conquanto haja problemas paralelos outros, atinentes à estrutura do Judiciário, tais como aprimoramento profissional de servidores e magistrados, adequação dos rendimentos, instalações melhores, uso acentuado da informática – é um dos elementos que podem auxiliar na melhoria da distribuição da Justiça e na aplicação do direito.

PESQUISAS DO EDITORIAL**Veja também Doutrina**

- A teoria geral do processo e a parte geral do novo Código de Processo Civil, de Leonard Ziesemer Schmitz – *RDPriv* 55/329 (DTR\2013\7835);
- Apontamentos sobre o novo Código de Processo Civil, de Luiz Rascovski – *RT* 958/363 (DTR\2015\10813); e
- Os doze trabalhos do juiz hérules. Desafios da magistratura brasileira no contexto da Lei 13.105/2015, de Marcos Youji Minami – *RePro* 250/437 (DTR\2015\17059).

The background features a light gray grid pattern that becomes more prominent in the lower right quadrant. Overlaid on this are several large, semi-transparent, overlapping circles in various shades of gray, creating a layered, geometric effect.

Direito Constitucional



PERSPECTIVAS DOGMÁTICAS DO *IMPEACHMENT*

DOGMATIC PERSPECTIVES OF IMPEACHMENT

ALAMIRO VELLUDO SALVADOR NETTO

Professor Livre-docente do Departamento de Direito Penal,
Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da USP. Advogado.
alamironetto@terra.com.br

ÁREA DO DIREITO: Penal; Administrativo; Constitucional

RESUMO: Este artigo pretende abordar o instituto jurídico do *impeachment* por meio de uma perspectiva dogmática. Parte da premissa de que o *impeachment* e seu procedimento estão inseridos no âmbito do Direito Sancionador do Estado, ao lado de outras categorias como o Direito Penal e o Direito Administrativo. Aborda especificamente o artigo o caráter de delito especial dos crimes de responsabilidade; o problema da imputação omissiva destas modalidades; o excesso de acessoriedades administrativas constantes nos tipos incriminadores da Lei 1.079/1950; a proporcionalidade das penas ali previstas; e, por fim, a natureza jurídica do processo de *impeachment*.

PALAVRAS-CHAVE: *Impeachment* – Crime de responsabilidade – Lei 1.079/1950 – Direito sancionador – Direito penal – Direito administrativo – Delitos especiais – Proporcionalidade das penas.

ABSTRACT: This article aims to address the legal institution of *impeachment* by a dogmatic perspective. Assumes that the *impeachment* and its procedure are within the scope of the Sanctioning State Law, along with other categories such as the Criminal Law and Administrative Law. Specifically addresses the article the special character of tort liability crimes; the problem of omission allocation of these arrangements; the excess of administrative ancillaries constant in the incriminations of Law 1.079/1950; the proportionality of the penalties set forth therein; and finally, the legal nature of the *impeachment* process.

KEYWORDS: *Impeachment* – Liability of crime – Law 1.079/1950 – Sanctioning law – Criminal law – Administrative law – Special crimes – Proportion of sanctions.

Após mais de 23 anos, a expressão “*impeachment*” novamente assumiu expressivo protagonismo na sociedade brasileira. Ao contrário de sua ocorrência anterior, oportunidade em que foi deflagrado em desfavor do então presidente Collor, desta vez o processo de impedimento da atual mandatária da Nação encontra uma democracia um pouco mais madura, bem como, e principalmente, uma sociedade mais participativa, aberta e informada, principalmente em razão da tecnologia, da informática, das redes sociais; instrumentos, em

suma, impensáveis naquele início dos anos noventa. Exatamente este avanço das comunicações permite verdadeira onda de opiniões, desabafos, críticas e posicionamentos a respeito de qualquer tema. É normal, portanto, que especificamente a respeito do *impeachment* tenha surgido uma quantidade gigantesca de posturas e avaliações, seja na televisão, no rádio, nos jornais e revistas impressos e na internet. Especialistas de todas as áreas, jurídicas ou não, legitimamente tecem as suas impressões e diagnósticos do fenômeno.

Dito isso, a pergunta que honestamente me ponho, então, é: afinal, se já sobejamente analisado, por que este escriba resolveu optar pela publicação de mais um, dentre tantos outros, texto sobre o assunto? Para alcançar a possível resposta para tal indagação, ressalto, desde logo, que este escrito não se destina a perfilhar um posicionamento favorável ou contrário ao impedimento da atual presidenta Dilma Rousseff. Isso, diga-se logo, nada tem a ver com o fato deste autor possuir ou não uma opinião a respeito, a qual, a propósito, já foi mais de uma vez manifestada publicamente, sendo a mais pública delas a subscrição de manifesto de professores universitários divulgado em 10 de dezembro de 2015, destacando a necessidade de manutenção do atual governo. A finalidade deste escrito é apontar alguns problemas dogmáticos do processo de *impeachment* e, principalmente, da noção de crimes de responsabilidade, dois elementos centrais para a compreensão do tema em sua integralidade. Como abordagem acadêmica, suscita-se aqui apenas a reflexão, cujo único comprometimento reside na busca pela racionalidade e coerência.

I

Um primeiro aspecto que merece destaque sedia-se numa peculiaridade essencial do *impeachment*. Dificilmente será encontrado algum paralelo na legislação de hipótese jurídica que reúna uma relevância político-social de tamanha magnitude e, ao mesmo tempo, um arcabouço normativo que permaneça adormecido por longo tempo. Se há um lado positivo nesta assertiva, já que pobre seria uma sociedade que a todo tempo destituísse seu presidente, por outro esta constatação gera incertezas, dúvidas e necessárias atualizações. Após o *impeachment* de Collor, este instituto jurídico adormeceu, e este estado de hibernação ocorreu não apenas perante o cidadão, mas igualmente no campo científico-jurídico. De igual modo que poucos sequer ouviram falar da Lei 1.079/1950, a produção acadêmica também pouco se aprofundou, com raríssimas exceções é verdade, sobre este tema. Trata-se daquele sucesso literário esquecido, que de repente retorna ao gosto popular e, ao despertar a opinião pública, exige a todos a busca de apressadas reflexões que não se fizeram, por desinteresse, em outros momentos. Essa particularidade, sem dúvida, é um

fator bastante explicativo para a ausência de textos dogmáticos mais profundos a respeito do tema, já que momentos de sonoro silêncio científico a respeito de algum objeto contribuem para a sua incompreensão, principalmente quando se tem a percepção de que o conhecimento não ocorre em saltos, mas é fruto do constante refletir.

Isso em muito explica algumas ocorrências verificadas, como a dúvida que parece pairar como uma nuvem carregada acerca da natureza jurídica ou política do *impeachment*. Típico problema doutrinário que se mostra pouco esclarecido no âmago do presidencialismo brasileiro. Do mesmo modo, o chamamento ao Supremo Tribunal Federal que aparentemente será uma constante, denota para a necessidade de atualização normativa, não no sentido de modificação da lei, mas no aspecto de interpretar, inclusive com alta dose de construtivismo, o rito a ser seguido e os próprios papéis de cada uma das autoridades e instituições envolvidas neste complexo procedimento. A excepcionalidade do procedimento, o que gera um esquecimento social de suas normas, compõe um repertório marcado pela insegurança jurídica, pela arbitrariedade de alguns atores, pela crise dos limites institucionais. Em suma, o *impeachment* aparece aqui como um problema jurídico-dogmático e como tal, por óbvio, insere-se dentre os assuntos do Direito.

II

A inserção do *impeachment* como um assunto jurídico igualmente demanda aprofundamentos. Possível é inseri-lo no âmbito do Direito Constitucional, conforme tradicionalmente afirmado por muitos. Contudo, e como a preocupação aqui é mais compreensiva e menos tópica e classificatória, preferível é entender o impedimento como uma categoria posta no campo global do Direito Sancionatório, por meio do qual se permite manter um diálogo com disciplinas próprias do Direito Penal, Direito Processual e Direito Administrativo. O Direito Constitucional, obviamente, a todos ilumina. Quer isto dizer que o *impeachment* guarda similitude direta com processos acusatórios, judiciais ou administrativos, por meio dos quais se imputa a alguém a prática de determinada infração e, em razão disso, atribui-lhe responsabilidade cujo consectário é a sanção. Esta ideia genérica, ao que parece, aplica-se perfeitamente ao *impeachment*, assim como ao processo criminal comum ou a procedimento administrativo disciplinar. Diferenciadas, ao seu turno, serão evidentemente as regras de imputação, os limites cognitivos na aferição da prova, a fórmula de julgamento, o rito procedimental, o órgão julgador, a fonte legislativa da infração etc.

No caso do *impeachment*, portanto, a análise ideal de sua tessitura imporia o aprofundamento de cada um destes aspectos, de tal sorte a conformar a exata dimensão jurídica que o reveste. Em termos estritamente dogmáticos, quatro pontos merecem alguns comentários, simplesmente, conforme já dito, para suscitar a reflexão. Os dois primeiros pontos dizem respeito aos crimes de responsabilidade, elemento material a construir a infração jurídica apta a deflagrar, em termos processuais, a instauração do *impeachment*. Sem adentrar no mérito da diatribe a respeito da recepção integral ou parcial destes delitos pela Constituição Federal de 1988, o estudo dos crimes de responsabilidade conduz a diversos problemas, destacando-se aqui o (III) atinente a se tratar de um delito especial que redesenha as fórmulas de imputação da teoria do delito e, além disso, aquele outro (IV) relacionado ao excesso de acessoriedade normativa, algo muito chamativo no tocante à criminalização da disciplina orçamentária. O terceiro ponto relaciona-se (V) ao problema da proporcionalidade das penas, algo praticamente inexistente, no âmbito da Lei 1079/1950. Por fim, algumas considerações serão realizadas sobre (VI) a natureza, política ou jurídica, do processo de impedimento do Presidente da República.

III

Os crimes de responsabilidade aptos à deflagração do processo de impedimento estão previstos na Lei 1.079/1950. Não é pacífica na doutrina a exata delimitação de um conceito específico e geral de “crime de responsabilidade”, sendo comum encontrar referências que o equiparam a noções outras como a de crime político ou de crime funcional. Esta dimensão do crime de responsabilidade relativa à função exercida por um agente especificamente qualificado realmente parece encontrar algum fundamento nas disposições legais. Desde o início, a legislação brasileira destaca os cargos, nos quais deve estar investido o agente, para a possibilidade de infringir a norma jurídico-penal. Neste ponto, os crimes de responsabilidade se afastam dos delitos comuns, na medida em que o comando normativo a eles inerente não se dirige a todos, mas apenas àqueles que são Presidente da República, Ministro de Estado, Ministro do Supremo Tribunal Federal, Procurador-Geral da República (art. 2.º), Governador e Secretário de Estado (art. 74).

Com isso, pode-se dizer que os crimes de responsabilidade são delitos especiais, existindo aqui uma inegável restrição prévia dos seus possíveis autores. Ao seu turno, uma das principais justificativas da dogmática jurídica para a existência de delitos especiais reside especificamente no maior dever de proteção e lealdade a certos bens jurídicos que determinados cargos, funções ou posições institucionais impõem aos agentes que os exercem. No caso dos deli-

tos especiais próprios, este dever de lealdade pertence apenas e exclusivamente a quem exerce determinada função, inexistindo ação criminosa por parte de *extraneus* (v.g. corrupção passiva): *a imperatividade jurídica nasce da função*. Já os delitos especiais impróprios são aqueles cujo dever de lealdade do *intraneus* é reforçada, porém, se o mesmo fato for realizado por particular haverá a violação de uma norma penal, ainda que diversa (v.g. peculato/apropriação indébita): *a imperatividade jurídica é reforçada pela função*.

Neste contexto dos delitos especiais, os crimes de responsabilidade podem ser definidos como *especialísimos*, pois ensejam uma restrição limitadíssima acerca de sua autoria. Não se trata de circunscrever a autoria por meio de categorias amplas, como, por exemplo, os funcionários públicos, médicos, testemunhas, peritos etc. O que se observa é o direcionamento da norma de conduta tão somente para os cargos mais altos da República, no âmbito dos poderes Executivo e Judiciário, estadual e federal. Isso denota uma relação especialíssima de lealdade aos valores expressos no art. 85 da CF/1988 e no art. 4.º da Lei 1.079/1950, pois se espera que dos altos postos da Nação advenha o maior e mais efetivo grau de respeito a tais *bens jurídicos*. Esta dimensão dos crimes aqui intitulados *especialísimos* conduz, entretanto, a problemas dogmáticos inúmeros no tocante à imputação de responsabilidade.

No trato do Direito Penal comum sempre existiu uma crítica fortíssima à adoção pelo Brasil, seguindo a legislação italiana, de um modelo de definição de autoria pautado pela teoria da equivalência das condições (*conceito extensivo e unitário de autor*). Esta concepção alarga indefinidamente o conceito de autor, já que não o define como aquele que realiza o verbo típico, mas sim como quem, de qualquer modo, concorre para a prática do crime (art. 29 do CP). No campo dos delitos especiais, esta premissa jurídica leva a situações, para dizer o mínimo, estranhas, pois permite que particulares respondam como autores, ainda que com a exigência de concurso de pessoas com o *intraneus*, por delitos desta natureza (art. 30 do CP). A crítica a esta solução jurídica deriva do elemento normativo justificador do injusto especial, ou seja, o particular, embora possa realizar materialmente a conduta ilícita, não está apto a violar a norma que impõe o dever de lealdade especial com o bem jurídico protegido. A constatação do concurso de pessoas não pode ser capaz de transferir um dever normativo que jamais se dirigiu ao sujeito que não reúne a condição própria de autoria do tipo penal. Por isso mesmo que, em praticamente todos os códigos penais ocidentais, e ao contrário da mencionada regra do art. 30 do diploma brasileiro, o *extraneus* será sempre partícipe, fator que inclusive obriga os sistemas estrangeiros a operarem com ferramentas legais diversas para algumas categorias de delitos, sempre com o fito de evitarem lacunas de criminalização.

Se já não soa de boa técnica político-criminal admitir que um agente não qualificado seja a ele imputado o qualificativo de autor de um delito especial, conduzir-se-ia a verdadeiro paroxismo se esta mesma regra valesse igualmente para o que estamos a chamar de delitos *especialísimos*. Ou seja, é inimaginável que outros, diversos daqueles ocupantes mencionados e restritos cargos, pudessem figurar na condição de autores de crimes de responsabilidade, na exata medida em que não se pode adjudicar tal grau extremo de lealdade e dever de proteção aos bens jurídicos a sujeitos diversos não qualificados. Se já redundava estranho ser o particular autor de um crime apenas admissível de cometimento pelo funcionário público, imagine-se, então, atribuir-lhe a condição de autor de infração de norma dirigida exclusivamente ao Presidente da República. Em outras palavras, a responsabilidade do crime de responsabilidade apenas se dirige ao mandatário da Nação e àquelas outras poucas autoridades previstas em lei.

É exatamente neste ponto que aparece um dilema de imputação de delitos ao Presidente, principalmente na modalidade omissiva imprópria. Não obstante a legislação possa estabelecer crimes omissivos em sua modalidade própria, como faz, por exemplo, por meio do art. 9.º, 1, 2 e 3, da Lei 1.079/1950 no caso dos crimes omissivos impróprios essa possibilidade é muito mais complexa, eis que um crime de responsabilidade cometido omissivamente pelo Presidente por meio da violação de regras de garantia (art. 13, § 2.º, do CP) conduziria a muitos imbróglis dogmáticos. Ainda que admitida a violação dolosa ao dever de garantidor, não faz sentido falar num vínculo normativo (de garantia) com o bem jurídico que é, por definição, menos forte se comparado àquele outro vínculo especialíssimo já constante dos próprios crimes de responsabilidade. Os deveres de garantia são impostos a todos. No caso do Presidente, seu dever (no crime de responsabilidade) não deriva do mandado genérico de garantia, mas do cargo relevantíssimo que ocupa, com o mais alto nível de lealdade aos valores elencados. Admitir a imputação por omissão imprópria de crime de responsabilidade por parte do Presidente é sobrepor dois níveis diversos de garantia no âmbito da mesma norma e, mais do que isso, fundamentar a responsabilização naquele hierarquicamente inferior. A dificuldade desta fórmula torna-se ainda maior na medida em que se percebe a impossibilidade de qualquer outro ser autor do crime de responsabilidade, o que conduziria à esdrúxula situação de um delito cujos protagonistas são partícipes. O omitente impróprio viola a mesma norma daquele que agiu e, no caso dos delitos de responsabilidade, quem age nestas circunstâncias não é qualificado. Tendo em vista que outros não podem praticar este tipo de delito (“crime de responsabilidade”), apenas duas hipóteses restam ao Presidente omissivo quanto à conduta infracional de subordinados:

a) ser imputado dolosamente por omissão própria prevista expressamente em lei como crime de responsabilidade ou;

b) ser eventualmente responsabilizado por omissão imprópria de crime comum, o que retiraria a incidência do crime de responsabilidade e cujas consequências dogmáticas fogem da esfera deste breve escrito.

Evidentemente que aqui estão excluídas as ocorrências de concurso de pessoas, como aquelas em que o Presidente apareça dogmaticamente como *agente por detrás do agente* ou em condição de *domínio funcional do fato*.¹ De todo modo, este problema aponta para a problemática da imputação por omissão em crimes de responsabilidade. Se este tema já é excessivamente complexo na ciência penal contemporânea, muito maior será sua incidência no âmbito dos crimes de responsabilidade. Em suma, ser responsável por omissão imprópria de crime comum é plenamente possível, pois imporia ao Presidente o dever advindo da regra geral de garantia. Na medida em que o crime de responsabilidade já traz consigo este vínculo normativo especial, a adoção da fórmula de garante redundaria em sobreposição de deveres (*excesso do dever de intervenção*), rompendo com a própria dinâmica essencial dos crimes de responsabilidade (*delitos de dever especialíssimo*). Assim, deixa-se o primeiro ponto de reflexão: a princípio, não há como imputar crime de responsabilidade por omissão imprópria ao agente qualificado.

IV

O segundo ponto de reflexão diz respeito a uma peculiar característica da construção dos tipos penais nos crimes de responsabilidade. Uma leitura, mesmo perfunctória, das incriminações estabelecidas na Lei 1.079/1950 diagnostica um significativo uso de normas penais dependentes de complementação.

-
1. Destaca-se aqui a hipótese de domínio funcional do fato, sem adentrar no mérito da polêmica atual, inclusive contrária ao pensamento original de ROXIN, em 1963, acerca da aplicabilidade ou não desta estrutura de imputação às organizações que operam dentro da legalidade. O que apenas se quer apontar é a impossibilidade, em termos dogmáticos, de concurso de pessoas nos crimes de responsabilidade, desde que o Presidente não seja o autor imediato do delito. Isso porque, do contrário, imaginar-se-ia como autor algum agente não qualificado, incapaz de violar a norma de dever especialíssimo e, com isso, inapto a gerar o injusto responsável por repercutir a criminalização destinada a alcançar o comportamento omissivo impróprio do agente detrás. Mais detalhes: ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luíz Serrano Gonzáles de Murillo. 7.. ed. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 81 ss.

Embora essa técnica de criação de tipos penais não seja algo incomum no sistema criminal, ela sem dúvida apresenta problemas, tanto de ordem prática quanto teórica, principalmente se levada às últimas consequências. É preciso dizer que existem formas diversas de acessoriedade. Embora em todas elas exista, como denominador comum, a necessidade de complementação da norma penal para a obtenção de seu sentido completo de proibição ou mandado, a questão é que este complemento pode aparecer de modos diferentes. O complemento pode apresentar-se como norma administrativa, como é o caso das portarias da Agência Nacional de Vigilância Sanitária que definem o rol de substâncias catalogadas como *drogas* e sujeitas à disciplina da Lei 11.343/2006 (*norma penal em branco*). Outra possibilidade é a dependência do injusto do delito em face de ato administrativo concreto, os quais servem a permitir determinadas atividades que, em regra, estão proibidas. Esse modelo costuma ser utilizado em setores de incriminação em que o Direito Penal e o Direito Administrativo estão, quase sempre, sobrepostos e interligados, como é o caso das legislações ambientais mundo afora, inclusive a brasileira (Lei 9.605/1998).

Embora esta modalidade de *accessoriedade de ato administrativo* esteja presente em alguns momentos nos crimes de responsabilidade, a verdade é que a fórmula mais encontrada nesta matéria é aquela denominada *accessoriedade normativa*, na qual por meio de um único tipo penal (*norma ponte*) criminaliza-se toda uma série de regras jurídicas contidas em diploma que trata de outra temática. Em outras palavras, por meio de um único tipo penal transforma-se, de uma vez só, em crime qualquer infração a outra legislação não penal. Ao invés de se criminalizar o furto, o roubo, a apropriação indébita, isso seria o mesmo que estabelecer um tipo penal que tornasse criminosa qualquer infração a todo dispositivo do Livro III do Código Civil acerca do Direito das Coisas. Embora o forçado exemplo dado por meio dos delitos patrimoniais possa parecer absurdo, a técnica dos crimes de responsabilidade não faz coisa diversa ao, por exemplo, estatuir como delito a conduta de “infringir, patentemente, e de qualquer modo, dispositivo da lei orçamentária” (art. 10, 4, da Lei 1.079/1950). Ou, ainda, definir como crime contra a guarda e legal emprego dos dinheiros públicos a ordenação de despesas não autorizadas por lei ou sem observância das prescrições legais relativas às mesmas (art. 11, 1, da Lei 1.079/1950).

É lugar comum afirmar que esta técnica de incriminação conduz a excessos. Para a crítica deste modelo não é nem necessário questionar, como muitas vezes se faz, a utilização de normas outras como elementos geradores de responsabilidade penal, fator a colocar em dúvida o respeito à legalidade em sentido estrito. O que se quer frisar é a desproporcionalidade criada por esta fórmula na medida em que, ao desvincular-se completamente de um modelo

fragmentário, trata igualmente injustos completamente desiguais. Cria-se, portanto, um tipo penal que consegue reunir injustos materiais de altissonância diversa, porém que, dada a sua lógica unitária, oferta a todos a mesma resposta. Há, aqui, uma tendência à formalização do tratamento penal, eis que são notoriamente díspares, em termos de injusto, a conduta do Presidente que, por questões de retaliação política, resolve não investir o montante mínimo exigido na saúde ou educação, daquela outra em que se despende esporadicamente mais do que o autorizado para dar conta de um plano emergencial de combate à pobreza. O uso da acessoriedade de diploma normativo conduz à sublimação destas diferenças em termos jurídicos, lançando puramente ao campo da decisão (política) um maior ou menor grau de tolerância com aquilo que, casuisticamente e ao vento dos humores, será batizado de “mera irregularidade formal” ou “absurda violação fiscal”. O *deficit* jurídico lança ao campo da política a definição da narrativa vencedora. A este ponto de reflexão voltaremos mais adiante.

V

O problema da desproporção interna às figuras que estabelecem crimes de responsabilidade utilizando-se de acessoriedade normativa ganha um contorno ainda mais dramático ao se observar que a sanção cominada para todos os delitos na Lei 1.079/1950 é exatamente a mesma: a perda do cargo, com inabilitação, até cinco anos, para o exercício de qualquer função pública (ou oito anos de inabilitação conforme interpretação à luz da Lei Complementar 135/2010). Nota-se que o art. 2.º da Lei impõe esta mesma punição, inclusive, se os delitos são “simplesmente tentados”. Esta sistemática, evidentemente, salta aos olhos do penalista, cujo reflexo primeiro é rechaçá-la em face da impossibilidade, desde os tempos pretéritos a Beccaria, de abandonar completamente a ideia de uma reação proporcional ao grau da ofensa. Por outro lado, este regramento faz recordar a obra de Platão que, ao reproduzir os diálogos socráticos, relembra a indagação feita ao seu mestre após este sustentar ser a pena de morte aquela adequada ao delito de furto. Ao ser questionado qual então seria a apropriada ao homicídio, Sócrates responde que também a morte, eis que embora seja um crime inegavelmente mais grave do que o furto, não haveria outra punição ainda mais severa.

A construção socrática é o típico exemplo que funde, em único postulado, a factualidade e a normatividade. Ou seja, não nega no plano normativo que furto e homicídio estão em patamares distintos e, por isso mesmo, não mereceriam idealmente o mesmo tratamento. Porém, ao entender que ao fur-

to deve equivaler a morte, rende-se à factualidade e, a partir daí, sustenta a mesma punição para todo e qualquer delito, desde que igual ou mais grave que a subtração. Os crimes de responsabilidade operam nesta mesma lógica. No item III já foi dito que aqui se está diante de delitos especialíssimos, o que implica no fato de a essência desta espécie residir na violação de deveres de lealdade e salvaguarda de bens jurídicos relevantíssimos. O que aparece como mais importante e a ser reprimido, portanto, não é propriamente um resultado material produzido pela conduta criminoso do Presidente, mas sim o sentido expressivo e axiológico de violação ao componente imaculado da relação que deve manter com estes valores máximos. Mais importante não é a conduta em si, mas o seu sentido social e, principalmente, político. Confunde-se o injusto com uma ética do Estado. Daí merecer qualquer dos crimes de responsabilidade, bem ao gosto de Sócrates, a mesma e exata punição: a morte simbolizada pela perda do cargo mais alto da República.

Surge, contudo, um problema muito sério, derivação direta da combinação juridicamente explosiva entre esta constatação e aquela outra realizada no item anterior, ou seja, a tendência temerária de formalização dos crimes de responsabilidade por conta da utilização de tipos penais dependentes de acessoriedade normativa. Melhor explicando: a aplicação da sanção única de perda do cargo implica na potencialidade de desproporção entre os mais variados tipos previstos na lei (*desproporção horizontal*). Para evitá-la, o legislador deve ser comedido na escolha de quais são os crimes de responsabilidade, já que é sabedor que o reconhecimento de qualquer deles implicará na pena de capitulação do Presidente. Essa tarefa é possível, desde que iluminada sob a virtude da prudência. Ela se torna, contudo, inviável, quando a utilização de acessoriedade normativa radicaliza a desproporcionalidade, se não aquela entre os tipos, mas sim aquela dentro do mesmo tipo e com referência ao seu conteúdo (*desproporção vertical*). A acessoriedade normativa conduz ao fato do mesmo tipo, sempre com a pena máxima, prever em seu bojo condutas de relevâncias diametralmente diversas, os quais variam de meras irregularidades formais até gravíssimos atos atentatórios ao País.

Conforme dito, essa somatória de *desproporção horizontal e vertical* é juridicamente explosiva, no sentido de que rompe, quase que completamente, com a capacidade do Direito em conter, dentro de certos parâmetros ou balizas dogmáticas, as decisões a serem tomadas pelos congressistas no que tange ao mérito do processo de impedimento deflagrado pela imputação de crime de responsabilidade. A fragilidade jurídica é a alvorada da política. O Direito material dos crimes de responsabilidade, portanto, é frágil na obtenção de segurança jurídica, eis que sua formatação tende a ampliar a margem de decisão.

A tudo isso se soma o próprio rito do processo de *impeachment*, decidido por parlamentares numa sistemática similar ao íntimo convencimento, a sobrevalorizar a decisão política em detrimento da previsibilidade jurídica.

VI

O último tópico deste escrito diz respeito a um tema que tem sido, com muita insistência, colocado no debate público a respeito do *impeachment*. Seria sua natureza, afinal, jurídica ou política? Para responder a esta indagação é preciso que se faça, antes de qualquer coisa, uma desmistificação. Nenhum processo, qualquer que seja, é apenas jurídico ou político. Além disso, ser político não significa que se decida como “quiser”, nem ser jurídico implica em dizer que o conteúdo da decisão já esteja previamente dado ou estabelecido pelo “Direito”. Direito e Política, em procedimentos de imputação, são dois conceitos que, ao mesmo tempo, imiscuem-se e excluem-se. A sentença judicial, por exemplo, é um ato de poder, e exatamente por isso apenas deve ser levada a cabo com o respeito às premissas jurídicas. Porém, ao final, haverá sempre diversas narrativas que poderão ser assumidas pelo julgador, advindo, portanto, a necessidade de decidir, de expressar a potestade do Estado na resolução daquele conflito. O Direito, neste aspecto, é um curioso paradoxo, pois é produzido pela política para, logo em seguida, contê-la. O que se coloca aqui, portanto, é se o processo de *impeachment* é tão jurídico, ou tão político, como um processo criminal comum. A resposta de ser político ou jurídico cuida-se, então, de uma afirmativa relacional, já que apenas pode ser extraída de seu cotejo com aquele que, correta ou falsamente, é sempre exemplo do “bom” processo jurídico: o processo de imputação de responsabilidade por infração normativa (*processo sancionatório*).

É possível afirmar que o processo de impedimento do Presidente da República é, em suma, jurídico. Porém, é verdade que nele há, tanto por motivos processuais quanto materiais, uma dimensão bem menos hermética se comparada com seus congêneres penal e administrativo. Poder-se-ia defini-lo como um *processo de imputação jurídica de infração normativa ao sujeito* dotado do alto grau de decidibilidade política. Em termos materiais, a contribuição já foi aqui exposta e deriva fundamentalmente da combinação entre a *desproporcionalidade vertical e horizontal* da lei que define os crimes de responsabilidade. Tipos abertos, aperfeiçoados por meio de acessoriedade e repletos de elementos normativos sempre culminarão na necessidade de interpretação e valoração, expedientes que, seja no judiciário ou no parlamento, transferem ao julgador uma capacidade decisiva de construção de sentido das incriminações.

Normas fluidas significam maior protagonismo do julgador, de sua escolha ou, se preferir, de seu poder.

O que aqui neste último tópico merece destaque, contudo, são as contribuições genericamente processuais para o aprofundamento do papel da política na decisão acerca do *impeachment*. Para aprofundar este aspecto é preciso ter como ponto de partida uma sensação. No processo criminal comum ou administrativo existem dois grandes momentos decisórios. O primeiro é aquele que recebe a acusação, admitindo a demanda. O segundo é o julgamento de seu mérito. Nestes procedimentos não existem muitas dúvidas de que o objeto de julgamento da admissibilidade e posteriormente do mérito é o mesmo. O que se altera é apenas o grau de cognição. Dito de outro modo, se para o juiz receber a denúncia bastam *indícios* de materialidade e autoria, para que ele possa condenar o mesmo acusado será necessário a efetiva comprovação/certeza destes mesmos elementos. Há aqui o que os italianos intuitivamente denominaram “*prospettazione*”, ou seja, o objeto do julgamento da admissibilidade (condições da ação) é revisitado, com maior profundidade, no momento do julgamento do mérito.

No caso do *impeachment* esta afirmativa parece um pouco mais vaga, eis que a impressão que se fica é que, embora exista a exigência inicial de indícios acerca de uma imputação concreta contra a autoridade, após o acatamento do procedimento isso se sublima, lançando a sorte do imputado à cova dos leões da política. Isto é, a sensação que se tem é que o processo é instaurado por um motivo jurídico e, logo depois, tudo se converte em decisões políticas, sendo o fato concreto não mais o objeto da ação, mas sim uma singela espécie de pressuposto necessário já superado. Após o início do procedimento, portanto, a decisão dos parlamentares não precisaria mais se ater aos fatos, mas considerar questões outras como a conveniência política de manutenção do Presidente, seus índices de popularidade, o desempenho econômico, enfim, as vozes das ruas se substituiriam à frieza da lei.

Esta sensação parece justa, mas é não é de todo correta. Não há dúvidas que, em termos estritamente jurídicos, o Presidente, mesmo após a abertura do processo de *impeachment* em seu desfavor, deveria continuar sendo julgado pelo mesmo objeto da denúncia. Ocorre que o procedimento institucional adotado conduz, ao lado das razões materiais já abordadas, à inexorável politização da ação. Cinjo-me a duas razões essenciais, embora muitas outras possam existir: o perfil do julgador e a fórmula de julgamento.

O julgador do processo de impedimento não é isento no sentido jurídico da palavra. Não é à toa que a isenção da magistratura decorre de prerrogativas como inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos, vitaliciedade etc.,

bem como de características próprias como a nomeação mediante concurso público de provas e títulos, equidistância entre as partes, além da formação jurídica. O parlamentar é o avesso de tudo isso, depende de votos, tem interesses políticos, partidários e eleitorais. Isso não é necessariamente ruim, apenas o torna um julgador diferente. Se um juiz de Direito, ao menos em regra, deve pouco se importar para a repercussão da opinião pública sobre sua decisão, é evidente que esta realidade afeta natural e diretamente o político, o qual depende, sempre, do aval e aceitação popular a respeito de suas atitudes. Esse é um primeiro ponto fulcral: a suscetibilidade do parlamentar a elementos externos ao processo é um fator preponderante de sublimação do Direito e, em consequência, de valoração de aspectos outros decisivos e estranhos à específica imputação formulada.

O segundo aspecto cuida da fórmula de julgamento. Ainda que exista o trabalho de relatorias e comissões, o julgamento dos congressistas resume-se, no mais das vezes, ao *sim* ou *não*, conforme expressa previsão da Lei 1.079/1950. Esta forma de julgar aproxima-se de um íntimo convencimento, eis que torna desnecessária uma fundamentação que permita compreender a *persuasão racional* por detrás daquela posição assumida. Julgamentos nestes moldes tendem a ser menos apegados ao Direito no sentido normativo. Não por outra razão que o Tribunal do Júri exige um “duplo” julgamento de admissibilidade antes de submeter o réu ao plenário, ou seja, a decisão que recebe a denúncia e, posteriormente, aquela subsequente que pronuncia o acusado. Estas decisões funcionam como instrumentos de proteção ao decisionismo, uma espécie de filtro cuja malha é mais fina na exata medida da gravidade das consequências. Neste ponto, o *impeachment* tem uma malha pouco fina, principalmente, diga-se uma vez mais, em razão da amplitude das definições dos crimes de responsabilidade.

Um julgamento numa instituição política sempre sofrerá influências diversas de outro realizado numa casa judiciária. Os critérios e finalidades são outros, daí a diferenciação dos crimes comuns e de responsabilidade. O problema não está na infiltração das razões políticas no julgamento, mas sim, e esta a razão deste breve artigo, na falta de reflexão maior na construção dogmática deste processo. Aqui deve estar presente o Direito, na exata medida de não manietar a dimensão política do processo de impedimento, mas suficiente a conter arroubos de subversão institucional.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A intervenção do Judiciário no processo de "Impeachment", de Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz – RT 695/262-264 (DTR\1993\442);
- Da impossibilidade de considerar os atos de improbidade administrativa como crimes de responsabilidade, de Gustavo Senna Miranda – RT 857/478-512 (DTR\2007\206);
- *Impeachment* – Conceito jurídico, de Miguel Reale – *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional* 04/541-560 (DTR\2012\1123); e
- Responsabilidade dos agentes públicos por atos de lesão à sociedade - Inteligência dos §§ 5.º e 6.º, do art. 37, da CF/1988 - Improbidade administrativa por culpa ou dolo - Disciplina jurídica do "Impeachment" presidencial (art. 85, V, da CF/1988) – Parecer, de Ives Gandra da Silva Martins – RDC/90/369-395 (DTR\2015\2064).

The background features a light gray grid pattern that becomes more prominent in the lower right quadrant. Overlaid on this are several large, semi-transparent, overlapping circles in shades of gray, creating a layered, geometric effect.

Direito Comercial



O NOVO DIREITO COMERCIAL E O ADVOGADO

THE NEW COMMERCIAL LAW AND THE LAWYER

ARNOLDO WALD

Professor Catedrático de Direito Civil da UERJ. Árbitro. Advogado.
aw@wald.com.br

ÁREA DO DIREITO: Educação; Comercial/Empresarial

RESUMO: O texto destaca a importância da renovação do direito comercial, a fim de garantir a segurança jurídica nas relações contratuais, sugerindo uma revisão do sistema jurídico, procurando encontrar soluções que permitam a harmonia e a sistematização das normas vigentes e a coerência da jurisprudência, dando ao nosso direito um aspecto homogêneo. Propõe a reforma do ensino jurídico, identificando o novo papel do advogado na criação de soluções concretas, justas e rápidas, para que o direito possa exercer a sua função de garantir o desenvolvimento construtivo da sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Direito comercial – Reforma – Papel do advogado.

ABSTRACT: The article addresses the importance of renewing commercial law as a mechanism to grant legal safety for contractual relationships, thus suggesting a broad review of the legal system in order to find solutions that, at the same time, provide harmony, systematize and bring coherence to Brazilian case law, which will ultimately result in a more homogeneous legal order. It also proposes the reform of legal education, which encompasses the identification of attorneys' new role in the process of coming up with concrete, fair and fast solutions for legal issues, so that Law can continue to ensure the society's constructive development.

KEYWORDS: Commercial law – Reform – Lawyer's role.

Se, para todos nós, não há qualquer dúvida quanto à importância primordial do direito empresarial no momento, parece que essa mesma convicção não impregna toda a sociedade brasileira.

A maior preocupação válida, que impera, é a referente à estabilidade monetária. Mas, tão relevante quanto à luta contra a inflação, e sem prejuízo da mesma, é a necessidade de garantir a segurança jurídica, em todos os seus aspectos. Pois, sem estabilidade jurídica, não há investimento, e sem investimento não há aumento de produtividade, crescimento do PIB e melhor distribuição da riqueza.

Na realidade, não há progresso econômico e social possível e não há investimentos que se realizem fora de um contexto de segurança jurídica. Assim, o direito não tem podido exercer plena e eficientemente a sua função, pois, como

disse a Min. Carmen Lúcia, “temos um judiciário artesanal para uma sociedade de massa”.¹

Basta lembrar alguns números que nos deixam profundamente preocupados pelo que revelam quanto aos fatos.

Temos cerca de 100 milhões de processos em curso, sendo 25 milhões no Estado de São Paulo. O número de presos em nossas cadeias é o terceiro do mundo e supera o dos Estados Unidos.² Embora sendo a sétima economia do mundo, o Brasil é colocado, pelo Banco Mundial, em centésimo vigésimo lugar no tocante ao cumprimento dos contratos e à segurança jurídica.³

A duração dos processos judiciais pode ultrapassar dez anos e temos discussões constitucionais não resolvidas que se iniciaram há três décadas.

Em várias matérias, a legislação brasileira, decorrente de normas superpostas, por terem sido elaboradas em diversas épocas, constitui um verdadeiro labirinto, dando margem a interpretações divergentes e até contraditórias que dificultam o trabalho de magistrados e advogados.

A Constituição brasileira determina que o Estado seja eficiente⁴ e que os processos sejam julgados em prazos razoáveis,⁵ mas essas determinações têm sido, até agora, relativamente programáticas.

Um grande esforço está sendo realizado pelo Poder Judiciário para fazer rapidamente as mudanças necessárias e imprescindíveis, mas o tempo urge. Devemos ter pressa para restaurar “a confiança no direito como técnica eficiente de controle do meio social”.⁶

Já se disse que o tempo econômico exige a aceleração do tempo político.⁷ O mesmo se pode afirmar quanto ao tempo jurídico, na atualização e sistematização do qual também devemos ter pressa.

Na realidade, trata-se agora de fazer uma verdadeira revolução cultural,⁸ trazendo, para o campo jurídico, a noção de eficiência, que pressupõe a redu-

1. Entrevista: “Temos de ter pressa”, *Veja*, de 17.09.2014, p. 18.

2. NALINI, José Renato. “Justiça pacificadora: um ideal bem possível”. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 45, p. 332, abr./jun. 2015.

3. *Doing Business, 2015, Going Beyond Efficiency*. 12. ed. Washington, DC: World Bank, 2014.

4. Art. 37 da CF/1988, com a redação dada pela Emenda 19, de 04.06.1998.

5. Art. 5.º, LXXVIII, da CF/1988, incluído pela EC 45, de 30.12.2004.

6. DANTAS, San Tiago. *Palavras de um Professor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 59.

7. DELFIM NETTO, Antonio. “Nada de novo sob o Sol...”. *Valor Econômico*, 07.04.2015.

8. Se no passado a palavra “Revolução” podia ter um sentido subversivo, não é mais o caso agora. Falamos na “Revolução Industrial” (RIFKIN, Jeremy. *La troisième ré-*

ção dos custos de transação e uma grande simplificação de certos rituais e formalidades processuais do passado,⁹ que não mais se justificam atualmente. Em virtude das transformações econômicas e tecnológicas, algumas concepções e até certos conceitos jurídicos tornaram-se obsoletos, exigindo uma redefinição. É preciso, no campo jurídico como no campo científico, evitar “a armadilha do conhecimento obsoleto”, que já esteve certo, mas deixou de sê-lo.¹⁰

Vivemos na era da descontinuidade,¹¹ da incerteza,¹² da ruptura com o passado,¹³ da tirania da urgência¹⁴ e da velocidade, na chamada “era do acesso”,¹⁵ na sociedade pós-capitalista¹⁶ que pretende institucionalizar a civilização da empatia,¹⁷ e da economia partilhada.¹⁸ Impõe-se, pois, ao direito, que tenha nova visão, novo espírito e novos métodos de trabalho.

Mantendo os seus valores, o direito deve transformar a cultura do litígio em cultura da pacificação, do diálogo, do consenso, da negociação construtiva e ética, como tem sido salientado em pronunciamentos recentes dos eminentes Presidentes do STF e do TJSP.¹⁹

volution industrielle. Paris: Les Liens qui Libèrent, 2012) e da “Riqueza” TOFFLER, Alvin; TOFFLER, Heidi. *Revolutionary Wealth*. New York: Alfred A. Knopf, 2006), significando uma renovação radical que rompe com o passado, sem ter que ser necessariamente violenta evitando o “Declínio do Direito” (RIPERT, Georges. *Le declin du droit*. Paris: LGDJ, 1949).

9. NÓBREGA, Mailson da. “Mina para ganhar produtividade”. *Veja*, p. 30, 20.08.2014.
10. TOFFLER, Alvin; TOFFLER, Heidi, *op. cit.*, Cap. 17, “The obsoledge trap”, p. 111.
11. DRUCKER, Peter F. *The Age of Discontinuity*. New York: Harper & Row, 1969.
12. GALBRAITH, John Kenneth. *The Age of Uncertainty*. Londres: British Broadcasting, 1977.
13. FUKUYAMA, Francis. *The Great Disruption*. New York: Free Press, 1999.
14. FINCHELSTEIN, Gilles. *La dictature de l'urgence*. Paris: Fayard, 2011.
15. RIFKIN, Jeremy. *L'âge de l'accès*. Paris: La Découvert, 2000.
16. DRUCKER, Peter F. *Post-Capitalist Society*. New York: HarperBusiness, 1994.
17. RIFKIN, Jeremy. *Une nouvelle conscience pour un monde en crise vers une civilisation de l'empathie*. Paris: Babel, 2011.
18. WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. *O direito de parceria e a Lei de Concessões*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2004; DOUSTE-BLAZY, Philippe. *Le profit partagé et si c'était possible...* Paris: Plon, 2000, LÉONARD, Antonin. “L'économie du partage rebat les cartes”. *L'Express*, n. 3277, p. 16, 23 abril 2014; RODRIGUES, Alexandre. “Compartilhar em vez de ter”, *Valor Econômico*, p. 18-20, 25.07.2014. , Cad. Lazer & Cultura.
19. LEWANDOWSKI, Ricardo. Discurso no IASP, em 28.11.2014, “Judiciário necessita buscar soluções alternativas”. *Tribuna do Direito*, São Paulo, p. 16, set. 2014 e NALI-

Oitocentos anos após a assinatura da Magna Carta de 1215, chegou o momento de estabelecer um clima não só de liberdade, mas também de plena segurança e previsibilidade jurídica e incentivo à inovação, com a criação de novas técnicas, tanto materiais como jurídicas, e a aceitação da atipicidade dos negócios, de acordo com as suas necessidades peculiares.

É uma transformação revolucionária, mas necessária, na qual cabe reformar sem destruir, para que o direito possa exercer a sua função de garantir o desenvolvimento construtivo da sociedade. Trata-se de uma verdadeira guerra do direito.²⁰

O mundo moderno exige certo pragmatismo dos juristas, dos magistrados e dos advogados.²¹ As soluções teóricas só são úteis se tiverem efeitos práticos adequados. Já dizia o poeta que a teoria é cinzenta e verde é a vida.²² E tanto juristas da *common law*, como comercialistas dos países de direito codificado, reconhecem que a experiência deve prevalecer sobre o que parece ser a lógica²³ e que devemos criar soluções práticas adequadas às situações existentes.²⁴

Dentro desse contexto, é de maior relevância e utilidade o direito comercial, que se inspira nas tradições e usos comerciais e nas lições dos magistrados e advogados, desde Carvalho de Mendonça, Waldemar Ferreira, Trajano de Miranda Valverde, Oscar Barreto e Bulhões Pedreira, para só citar os que não mais estão vivos. Mais recentemente, a doutrina se renovou com os trabalhos de eminentes professores e advogados. Por sua vez, o STJ e o STF estão lançando as bases do nosso direito empresarial e da arbitragem, seja participando da elaboração da nova legislação como os Ministros João Otávio de Noronha,²⁵ e Luiz Felipe

NI, José Renato. “Justiça pacificadora: um ideal bem possível”. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 45, p. 331-338, abr.-jun. 2015.

20. ATTALI, Jacques. “Le guerre du droit”. *L'Express*, n. 3287, 2 juillet 2014, p. 130.

21. A respeito do pragmatismo jurídico, ver a obra de POSNER, Richard A. *Law, pragmatism, and democracy*. London: Harvard University Press, 2003, passim e anteriormente DUGUIT, Léon. *Le pragmatisme juridique*. Paris: Editions La Memoire du Droit, 2008 (Conferência realizada em 1923).

22. GOETHE, Johann Wolfgang. *Fausto*, tradução brasileira de Jenny Klabin Segall, São Paulo: Companhia Editora Nacional, sem data, p. 107.

23. HOLMES JR., Oliver Wendell. *The Common Law*. Boston: Little, Brown and Company, 1949, p. 1.

24. ASCARELLI, Tullio. “Crisi della società anonima”, In: *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milão: Giuffrè, 1952, p. 329.

25. Anteprojeto do Código Comercial, PLS n. 487/2013.

Salomão,²⁶ seja decidindo casos complexos que orientam a nossa jurisprudência dos quais foram relatores os eminentes Ministros Ricardo Cueva e Paulo de Tarso Sanseverino, em relação à alienação fiduciária e ao direito societário.

A evolução recente do direito comercial oferece duas vertentes importantes. De um lado, é um conjunto de soluções criativas decorrentes da autonomia da vontade e, de outro, um espírito dinâmico e flexível que deve impregnar todo o direito.

Aliás, de direito especial de uma classe que era no passado, o direito comercial foi alargando o espaço que ocupa.²⁷ Alcançou os imóveis, com a securitização, os fundos imobiliários e a circulação das hipotecas. penetrou no direito administrativo, com as sociedades de economia mista e vários contratos empresariais firmados pelas pessoas de direito público. É relevante para a agricultura com os agronegócios. A educação, a saúde, as profissões liberais tiveram que recorrer à empresa para o bom desempenho das suas funções e sem prejuízo dos seus valores éticos próprios.

Finalmente, no plano internacional passou a abranger a chamada *lex mercatoria* de importância crescente na medida em que se desenvolve o comércio exterior.

Em todos esses casos, houve uma nova visão da estrutura negocial, menos rígida, mais evolutiva e adaptada a um diálogo. Reconheceu-se a existência de um “poder negocial”²⁸ baseado no entendimento, na vontade e na imaginação dos contratantes.

Já se disse que os comercialistas foram os caixeiros viajantes da civilização²⁹ e que a paz se consolida pelo comércio³⁰ e pela parceria, criando interesses convergentes entre as partes.

Na realidade, no séc. XXI, a competição está sendo complementada pela cooperação entre empresas e as palavras de ordem de uma nova civilização,

26. Anteprojeto de Reforma da Lei de Arbitragem, PLS 7.108/2014, que se transformou na Lei 13.129, de 26.05.2015.

27. FORGIONI, Paula A. *A evolução do direito comercial brasileiro. Da mercancia ao mercado*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012.

28. REALE, Miguel. *Estudos preliminares do Código Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 76.

29. PIRENNE, Henri. *Les villes du moyen age, essai d'histoire économique et sociale*. Bruxelles: Maurice Lamertin Éditeur, 1927, citado por BARRETO FILHO, Oscar. “A dignidade do direito mercantil”, *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, n. 6, p. 297, set./dez. 1999.

30. PISAR, Samuel. *Les armes de la paix*. Paris: Denoël, 1970, trad. para o português por Julian A. M. Chacel e publicado com o título *Abertura para o Leste*, Rio de Janeiro/São Paulo: MCGraw Hill, 1978.

que estamos criando, são a colaboração, a parceria e a empatia, que podem ter maior ou menor intensidade. Parceria e empatia entre compradores e vendedores, entre produtores e consumidores, entre financiadores e mutuários, entre o Estado e a iniciativa privada.

A parceria se desenvolve na formação do contrato e é utilizada para solução dos eventuais litígios dele decorrentes, recorrendo-se a formas não contenciosas como a conciliação, a mediação e a arbitragem.

Há mais de meio século que já se cogita desse novo direito comercial, que mantém a tradição no nome, mas que é, no fundo, um novo direito empresarial. Não é mais direito de uma classe, mas regula a empresa e as relações entre o conjunto de parceiros que colaboram com ela e abrange os inúmeros contratos empresariais. Como já foi salientado “é o tema central do direito”, ensejando “uma nova visão do direito”.

É um direito que não deve ser muito regulado e cuja regulação, se e quando necessária, deve ser feita pela sociedade civil e não pelo Estado.

Por outro lado, o desenvolvimento das parcerias entre o Estado a iniciativa privada e a ampliação da utilização de recursos e de gestão privada para realização de serviços públicos devem ter soluções imparciais e não podem ser dirimidas por órgãos políticos que não deixam de ter orientação partidária.

A própria regulação no direito comercial não deixa de ser uma manifestação da liberdade. É a limitação da liberdade de alguns em favor da liberdade de outros e do interesse coletivo definido pela maioria.

A fixação e definição dos princípios do novo direito comercial constituem pontos importantes, pois têm reflexos jurídicos e econômicos, podendo e devendo ser os catalisadores do investimento da inovação tecnológica e do desenvolvimento nacional.

Em relação aos institutos nos quais é deixada uma ampla liberdade às partes, a existência dos princípios permite que tenham as diretrizes necessárias tanto na estruturação dos negócios como na solução dos conflitos.

O direito comercial pretende oferecer à sociedade os instrumentos e as ferramentas necessárias para reduzir os custos de transação e vencer as tradições burocráticas do nosso sistema, que além de dificultarem e onerarem as operações, ensinam muitas vezes a corrupção dos agentes públicos.

Já se falou, aliás, na engenharia jurídica³¹ e houve quem definisse o comercialista como um engenheiro redutor de custas de transação.

31. REALE, Miguel, *op. cit.*, p. 55. Outros autores preferem fala na evolução do advogado de operador para “arquiteto jurídico”, VIEIRA, Oscar Vilhena. “Do operador ao ar-

A transparência dos negócios, por sua vez, é a melhor garantia da seriedade das partes³² e justifica a confiança que as partes devem ter presumidamente uma na outra.

A cultura da pacificação também deve ensejar a criação de uma sociedade de confiança,³³ do cidadão em relação ao Estado e vice-versa e dos comerciantes em geral nos negócios que realizam.

Evitar-se-á, assim, a verdadeira inflação legislativa³⁴ e regulamentar e a colcha de retalhos de normas legais vigentes que, em certos setores, pode ser considerada como caracterizando um verdadeiro manicômio judiciário, na expressão de um respeitável tributarista.³⁵

Os problemas que existem são certamente processuais, mas também de direito substantivo,³⁶ pois não se pode viver num verdadeiro labirinto legislativo. Já lembrava Victor Nunes Leal que “as leis são explosivas e necessitam de cuidados especiais”.³⁷ Vamos evitar os incêndios e refinar os textos legais, para que, além de refletirem a vontade da sociedade civil e as necessidades do país, tenham a formulação técnica adequada.

A colaboração entre o Estado e a sociedade civil, entre o legislativo, a universidade e os órgãos de classe, destacando-se tanto a OAB como o Iasp e o IAB, é, pois, necessária e essencial para aprimorar o novo direito comercial e implantá-lo com possibilidades efetivas de êxito.

Para reconstruir, renovar e revitalizar o direito comercial, a sociedade civil e o Congresso uniram-se na elaboração de um novo projeto atualizado, destinado a atender às novas necessidades da nossa economia e da justiça tanto

quieto jurídico”, *Folha de São Paulo*, 26.07.2014, Ronald Gilson define o advogado comercial como sendo um “transaction cost engineers”, *The Yale Law Journal*, vol. 94, n. 2, p. 253, Dec. 1984, *apud*, WILLIAMSON, Oliver E. *The economic institutions of capitalism*. New York: Free Press; London: Collier Macmillan, 1985, p. 397.

32. BRANDEIS, Louis D. *Other People's Money and How the Bankers Use it*. New York: Frederick A. Stokes, 1914, p. 91, afirma que “a luz do sol é o melhor dos desinfetantes”.
33. FUKUYAMA, Francis. *Confiança*. Rio de Janeiro: Rocco, 1996; PEYREFITTE, Alain. *La société de confiance*. Paris: Odile Jacob, 1995.
34. WALD, Arnaldo. “A estabilidade do direito e o custo Brasil”, *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, n. 4, p. 159-165, jul./dez. 1999.
35. BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1963, p. 3.
36. REZEK, Francisco. “O direito que atormenta”, *Folha de São Paulo*, 15.11.1998.
37. LEAL, Victor Nunes. “Problemas da técnica legislativa”, *Revista de Direito Administrativo*, vol. 2, n. 1, p. 430, 1945.

comutativa como distributiva. O Projeto inspirado na Comissão de Juristas presidida pelo Min. João Otávio de Noronha, da qual foi relator o Professor Fábio Ulhoa Coelho,³⁸ fixou os pilares da legislação, dando ênfase à empresa, que deve exercer simultaneamente o seu papel econômico e a sua função social, como agente principal do desenvolvimento sustentável. Cabe-lhe ensejar maior produtividade, facilitando a criação e o funcionamento das empresas e ensejando o investimento de médio e longo prazo. Concilia-se, assim, a inovação e os interesses coletivos, pois à inovação e à criação de novas técnicas deve corresponder um direito flexível.³⁹ É um diploma que pretende ser um catalisador da expansão dos mercados e fomentador da riqueza tanto nacional como local.⁴⁰

Trata-se também de um instrumento de desburocratização da lei, utilizando para tanto, se necessário, a destruição criativa⁴¹ (sem, no entanto, ensejar a criação destrutiva),⁴² para abandonar padrões obsoletos, e construir uma nova sociedade.

A sua filosofia é inspirada num pragmatismo ético que vê, na lei e na jurisprudência, um instrumental básico para atingir os fins previstos pela Constituição.

Realismo e pragmatismo jurídicos significam a busca de um equilíbrio constante e dinâmico entre as várias finalidades do direito e da sociedade, procurando conciliar a estabilidade e o progresso, a liberdade e a igualdade e a justiça considerada como sendo a lealdade ampliada.⁴³ Ou seja, assegurando a todos a busca da felicidade em igualdade de condições, nos termos da Constituição Norte-Americana que inicialmente serviu de modelo a nossa. Trata-se de um artigo para a elaboração do qual Thomas Jefferson se inspirou nas tradições inglesas e na filosofia francesa.⁴⁴

38. Relatório Final Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração do Anteprojeto do novo Código Comercial, Brasília, 2013.

39. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*, trad. espanhola, 5. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2003 e CARBONNIER, Jean. *Flexible droit*, 7. ed. Paris: LGDJ, 1992.

40. Art. 6.º, IV, do Anteprojeto da Comissão de Juristas do Código Comercial.

41. SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalisme, socialisme et démocratie*, trad. francesa. Paris: Payot, 1963, p. 190.

42. FERRY, Luc. *L'innovation destructrice*. Paris: Plon, 2014.

43. RORTY, Richard. *Pragmatismo e política*, (tradução). São Paulo: Martins, 2005, p. 101.

44. JEFFERSON, Thomas. *Histoire des Etats-Unis*, nova ed. atual.. Paris: Editions Alvin Michel, 1943, p. 237.

Trata-se de uma busca da eficiência e, ao mesmo tempo, de um idealismo, que constituem as condições de qualquer boa legislação, com uma visão prospectiva, que só será eficaz se puder ser eficiente como, aliás, foi a nossa Lei das S.A. Deve, pois, confrontar os valores perenes e as necessidades atuais, o pensamento dos juristas e as necessidades da periferia.

As aparentes anomalias e inconciliabilidades podem ser superadas por um grande esforço, que não deve ser somente lógico, mas experimental; e a criação de novos instrumentos, numa época em que as necessidades coletivas são atendidas tanto pela propriedade como pelo uso coletivo, dando-se prioridade ao direito de acesso, que renova toda a teoria tradicional do direito civil.⁴⁵

O pluralismo jurídico deve oferecer possibilidades alternativas de mecanismos que atendam as partes e possam alcançar as soluções desejadas, utilizando até instrumentos diversos para os mesmos fins, desde que sejam de mais fácil manejo, mais seguros ou menos onerosos para a sociedade. Foi o que aconteceu com inovações jurídicas como o *leasing* e a alienação fiduciária, os fundos, os consórcios, a oferta pública de ações, a governança corporativa.

No campo processual, tivemos a doutrina brasileira do *habeas corpus*, a modulação das decisões judiciais, a ampliação do campo dos conflitos de atribuições e de competência, a ADPF, a vinculação dos tribunais às súmulas e às decisões em casos repetitivos. Para implantar os novos institutos e técnicas, foi preciso vencer a inércia jurídica que decorre em grande parte do misonismo.⁴⁶ Cabe, pois, ultrapassar visões e estruturas jurídicas do passado que estavam bloqueando o desenvolvimento do País.

É preciso devolver às classes dirigentes o poder criador que lhes falta.⁴⁷ Trata-se, também, de uma verdadeira revolução na mentalidade, na cultura e no comportamento tanto do magistrado como do advogado. Os magistrados estão superando as facilidades que lhes ofereciam, algumas vezes, determinadas soluções processuais, para deixar de fazer justiça. Trata-se de situação que se explica pelo fato de estar o Poder Judiciário sobrecarregado, o que deve encontrar outras soluções.⁴⁸ Passou-se o tempo de admitir recursos e decisões defensivas ou protelatórias, que preferem não julgar o mérito dos litígios, in-

45. RIFKIN, Jeremy. *L'âge de l'accès*, *op. cit.*

46. ASCARELLI, Tullio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 93.

47. DANTAS, San Tiago. *Palavras de um Professor*, *cit.*, p. 71.

48. NALINI, Renato. "O que esperar da Justiça?", *O Estado de São Paulo*, 02.01.2014, e NALINI, José Renato. "Justiça pacificadora: um ideal bem possível". *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 45, p. 331-338, abr.-jun. 2015.

vocando questões preliminares. Toda lesão de direito dever ser ressarcida em tempo razoável.

Por sua vez, o advogado deixa de ser exclusivamente o combatente que milita nos pretórios para ganhar um processo. Deve também se dedicar à criação de soluções concretas, justas e rápidas para o seu cliente e para a própria sociedade. E fazê-lo preventivamente, encaminhando soluções contratuais, com a paciência chinesa de encontrar cláusulas equilibradas. E também *a posteriori*, no caso de litígios, encontrando métodos de soluções não contenciosos, que também facilitam o acesso à Justiça, como reconhece a OAB⁴⁹ e já enfatizavam, Mauro Cappelletti⁵⁰ e John Kennedy.⁵¹

É solução que nos últimos anos tem merecido o apoio decisivo do Poder Judiciário especialmente em certas áreas que exigem soluções rápidas e confidenciais.

Há, conseqüentemente, um novo mercado de trabalho muito importante para a advocacia, que se torna indispensável até para as médias e pequenas empresas, tanto no preparo dos contratos, como nas conciliações, na mediação e na arbitragem. São formas de solução que praticamente inexistiam ou eram pouco usadas até o fim do século passado, mas que assumiram a maior importância.

Só no Estado de São Paulo tivemos, no ano passado, 100.000 conciliações em processos que estavam sendo encaminhados à Justiça.⁵²

49. COSTA, Marcos da. "Negociação avança no Judiciário para reduzir processos", *Folha de S. Paulo*, 14 ago. 2014.

50. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 82.

51. KENNEDY escreveu: "I consider negotiated agreement infinitely superior to arbitration. But where private parties can not negotiate successfully, arbitration is infinitely superior to a shutdown over a period of a vital segment of the Nation's economy." (Statement to railroad and operationg rail union officials at White House, *New York Times*, 07.10.1963).

52. Eminent Professor de direito chegou a intitular um dos seus livros na sua nova edição "*Porque tenho medo dos juizes*". É preciso restabelecer a confiança no Judiciário, AMORIM, José Roberto escreveu: "... o CNJ deu especial atenção ao tema e o impulsionou, iniciando em 2006 com a 1ª Semana Nacional da Conciliação, onde todos os tribunais participariam conjuntamente, impulsionando a prática, que tomou corpo ainda maior quando do advento da Res. do CNJ 125/2010. Para se comprovar o sucesso dessa política pública, nas oito edições até hoje realizadas (2006 a 2013), foram designadas 2.830.870 audiências; realizadas 2.295.360 audiências; efetuados 1.097.711 acordos; e movimentados R\$6,3 bilhões de reais. Note-se, em apenas uma semana por anos", *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 43, p. 344, out.-dez. 2014.

Por outro lado, a arbitragem tem crescido no mundo inteiro, mas aumentou a sua utilização no Brasil, em proporções geométricas, passando a cláusula compromissória a constar da maioria dos contratos comerciais.⁵³

No campo societário, não há mais como submeter às demandas à Justiça, pois a demora dos processos torna inexecúvel as resoluções de conflitos dentro da sociedade, que não consegue resistir, por longo tempo, a mais uma incerteza quando já existem tantas outras.

Não se tem dado a devida importância a esse novo mercado de trabalho, que acompanha a ascensão de uma nova classe no campo empresarial fortalecendo pequenas e médias empresas. É um mercado que pode e deve crescer muito e no qual, novas fórmulas podem ser criadas e as existentes democratizadas e aprimoradas.

A arbitragem, que era considerada elitista, pode ser simplificada, para atender a casos menores,⁵⁴ sem prejuízo das garantias das partes. E em todos os casos de conciliação, mediação e arbitragem, as partes deveriam ser devidamente assistidas por advogados.

Os custos dessas novas atuações dos profissionais poderiam ser absorvidos pela redução das despesas processuais e por condenações nos casos de sucumbência.

Há toda uma revisão do sistema jurídico, que deveria abranger a maior abertura da profissão para ampliar a atuação dos jovens advogados que procuram trabalho e querem aperfeiçoar os seus conhecimentos.

Há alguns anos, foi publicado, na Inglaterra, um livro intitulado “o fim da advocacia”,⁵⁵ que profetizava uma modificação completa da profissão em virtude dos novos sistemas de informática. O autor entendia que numerosos advogados passariam a ser simples “preenchedores” de fórmulas já preestabelecidas, num sistema que seria quase o da múltipla escolha para fins processuais. Mas reconhecia, por outro lado, que os causídicos teriam que enfrentar os grandes problemas mais complexos decorrentes das situações não previstas nos formulários. E haveria a necessidade de distinguir o que estava já previsto

53. WALD, Arnoldo. “A evolução da arbitragem internacional no Brasil”, In: *IV Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa – Intervenções*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 187-210; “A importância da arbitragem internacional em 2013”, *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 38, p. 101-110, jul.-set. 2013; WALD, Arnoldo; BORJA, Ana Gerdau de, “Retrospectiva 2014”, *Conjur*, 01.01.2015.

54. WALD, Arnoldo; WALD FILHO, Arnoldo. “A OAB, a arbitragem e o acesso à justiça”, In: *A Ordem dos Advogados do Brasil e o Acesso à Justiça*, Brasília: OAB, prelo.

55. SUSSIKIND, Richard. *The end of Lawyers?* Oxford: Oxford University Press, 2008.

pelo legislador ou pela jurisprudência consolidada e os casos que, ao contrário, necessitariam de interpretação e de construção jurídica.

Mesmo se não for bem assim, não há dúvida que, com a fixação em termos quase definitivos da jurisprudência pelos tribunais superiores na maioria dos casos em curso e o desenvolvimento da informática, o trabalho do profissional vai mudar. Não mais poderá rediscutir, em juízo, centenas ou milhares de vezes, questões que agora estão abertas com jurisprudências oscilantes. Mas teremos uma maior segurança jurídica e poderemos ajudar os clientes a encarar soluções realistas, em vez de fazerem apostas jurídicas ou até aventuras nos pretórios cujo resultado inicial ou final dependeria da concessão de liminar pelo juiz do plantão ou do acórdão da composição da Câmara ao qual o processo vai ser distribuído.

É um novo papel para o advogado, que deve ser estudado e que se justifica tanto pela incontestável evolução tecnológica, pelas necessidades de atendimento da população e pelo encaminhamento dos numerosos jovens que terminam as faculdades de Direito e não veem muito como poderão exercer a profissão que escolheram.

É uma mudança profunda de atitude do advogado que pressupõe uma nova formação muito diferente da hoje existente. Temos o maior número de faculdades do mundo, mas a qualidade do nosso ensino jurídico, na maioria dos casos, não corresponde às necessidades do mercado e não se resolve a crise aumentando o número de bacharéis que se formam cada ano.

É, pois, preciso completar uma reforma, que se vem arrastando há mais de meio século, desde a conferência de San Tiago Dantas em “*Palavras de um professor*”⁵⁶ e o Seminário do IAB, que organizamos no Rio de Janeiro em 1969,⁵⁷ e a organização do Ceped na mesma época,⁵⁸ queremos e devemos agora, dar um cunho mais prático, profissional e técnico ao estudo do direito, fazendo da Faculdade um centro de efetivo preparo ao exercício da profissão. Não se trata mais de transmitir tão somente teorias e conceitos, nem mesmo informações, mas de exercitar o estudante para que tenha raciocínio jurídico

56. “A educação jurídica e a crise brasileira, 1955”, In: *Palavras de um Professor*, 2.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 51-74.

57. WALD, Arnoldo; ROCHA, Roberto Paraíso (Org.). *Ensino jurídico: análise e reforma*. Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados do Brasil, IAB, 1969.

58. LACERDA, Gabriel; FALCÃO, Joaquim; RANGEL, Tânia (Org.). *Aventura e legado no ensino jurídico. Adventure and legacy in legal education*. Rio de Janeiro: FGV, 2012 e LIMA, Maria Lúcia L. M. (Coord.). *Agenda contemporânea: direito e economia – 30 anos de Brasil*, São Paulo: Saraiva, 2012.

e conhecimento efetivo da vida comercial, visão de advogado, e assim possa enfrentar os problemas do dia a dia da sua carreira.

Cabe assim conciliar o estudo de casos e de problemas com o ensino meramente teórico, ultrapassando uma fase de puro academismo, de aulas eloquentes dos mestres que se realizaram no passado e que se tornaram obsoletas. É preciso vencer a inércia das faculdades e fazer uma verdadeira reforma do ensino jurídico, que determinados pioneiros já pregavam e algumas instituições estão tentando realizar, mas que deve ser generalizada, institucionalizada e planejada, aproveitando todas as vantagens da informática.⁵⁹

Já se disse que uma ciência jurídica que não ensina a aplicar o direito é como uma medicina que não tenha como finalidade precípua tratar dos doentes.⁶⁰

Por outro lado, é preciso fazer com que a nova geração compreenda que o direito não é apenas uma ciência nem uma profissão, mas uma verdadeira causa, um ideal, uma luta que se deve travar na frente de luta cotidiana da defesa dos interesses individuais e coletivos.⁶¹

É preciso, pois, unir no ensino o pragmatismo e a ética.

Como o Papa Francisco nos determina que sejamos revolucionários⁶² e que olhemos para o contexto no qual vivemos, devemos iniciar uma nova luta em favor do direito empresarial.

Devemos renová-lo, consolidá-lo, dar-lhe a devida sistematização e coerência no interesse de todos, o que depende de uma parceria entre a iniciativa privada e os poderes públicos, como aconteceu no novo CPC, e esperamos que ocorra em relação ao Código Comercial.

O novo direito comercial, revitalizado na expressão do Professor Fábio Ulhoa Coelho,⁶³ ao qual se terá assegurado e devolvido a dignidade,⁶⁴ poderá, assim, abrir novos horizontes ao desenvolvimento do País. Vai renovar a profissão e aprimorar a formação dos advogados para que cumpram comple-

59. GILSON, Ronald. "Value Creation by Business Lawyers: Legal Skills and Asset Pricing", *The Yale Law Journal*, vol. 94, n. 2, p. 239-213, dec. 1984.

60. DANTAS, San Tiago. *Palavras de um Professor*, cit., p. 39.

61. DANTAS, San Tiago. *Palavras de um Professor*, cit., p. 50.

62. Durante encontro com voluntários da Jornada Mundial da Juventude no Riocentro, em 28.07.2013.

63. COELHO, Fábio Ulhoa. *Os desafios do direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 14-17, "A revitalização do direito comercial brasileiro e a reforma do Código".

64. BARRETO FILHO, Oscar. "A dignidade do direito mercantil", cit.

tamente a sua função de defensores do homem tanto no plano político como nas áreas econômicas e sociais, numa cultura de pacificação e de harmonia, construindo e aplicando um direito justo e eficiente a serviço da sociedade.

Dizia Benjamin Cardozo que a luta do advogado era como a do caixeiro viajante. Terminada a jornada de trabalho, já devia pensar no programa e nos trabalhos do dia seguinte.⁶⁵ É o que devemos fazer, advogados, magistrados e legisladores, continuando juntos a construção do direito empresarial.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Direito Contratual Brasileiro – Críticas e alternativas ao Solidarismo Jurídico, de Luciano Benetti Timm, de Ruy Rosado de Aguiar Júnior – RDCC 05/365-366 (DTR\2015\16442);
- Ensino jurídico: o embate entre a formação docente e o pacto da mediocridade, de Fabiano Lepre Marques – RDE 03/189-207 (DTR\2011\2509); e
- O que significa ensinar o direito contratual europeu, de Sébastien Pimont – RDC 82/289-297 (DTR\2012\2766).

65. Escreve CARDOZO, Benjamin, Ministro da Suprema Corte dos Estados Unidos, “a estalagem em que nos abrigamos durante a noite não é o fim da jornada. O direito, como o viajante, deve estar pronto para o amanhã. Deve ter um princípio de evolução” (*A natureza do processo e a evolução do direito*, Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1956, p. 118).

The background features a light gray grid pattern that becomes more prominent in the lower right quadrant. Overlaid on this are several large, semi-transparent, overlapping circles in shades of gray, creating a layered, geometric effect.

Direito Penal



UMA VEZ MAIS, O ELEMENTO SUBJETIVO NOS CRIMES DE TRÂNSITO

ONCE AGAIN, THE MENS REA IN TRAFFIC CRIMES

RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA

Professor Titular da Faculdade de Direito da USP.
Vice-Diretor da Faculdade de Direito da USP. Advogado.
rmjs@usp.br

ÁREA DO DIREITO: Penal; Processual

RESUMO: Os crimes de trânsito representam um sério problema no Brasil. Saber se eles devem ser cuidados pela lei penal ou pela lei de trânsito é perene. Uma recente legislação, no entanto, procurou dar resposta à questão, enquanto o Supremo Tribunal Federal teve outro entendimento. O presente artigo analisa tal questão.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal – Trânsito – Elemento subjetivo – Legislação – Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: Traffic crimes represent a serious problem in Brazil. The question of whether they should be cared for by the criminal law or traffic law is perennial. Recent legislation, however, sought to answer the question, while the Brazilian Supreme Court had another understanding. This article examines this question.

KEYWORDS: Criminal law – Traffic – *Mens Rea* – Legislation – Supreme Court.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Aspectos históricos – 3. O problema da embriaguez e a busca de responsabilidade penal – 4. O entendimento sobre o dolo e a nova realidade legal – 5. O horizonte da Lei 12.971/2014, a superação normativa da dúvida quanto ao dolo eventual ou a culpa consciente e a decisão liminar do STF no HC 131.826/PR – 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Em tempos em que a advocacia, em especial a criminal, se vê em encruzilhadas várias, mostra-se bastante inquietante a situação de uma lei que, apesar de aparentemente explícita, é reinterpretada e relida pelo Judiciário, a ponto de sua leitura não mais garantir o que ela deveria pretender assegurar.

Com isso em mente, e procurando fazer uma leitura teórica com fundo prático, volta-se os olhos para um tema que, apesar de pretender ser resolvido

pela legislação, ainda causa debate na jurisprudência nacional. Trata-se de controversa questão relacionada aos homicídios praticados na condução de veículo automotor. Recente alteração no Código de Trânsito Nacional pretendeu resolver a polêmica em torno de eventos dados na condução de veículo sob influência de bebida alcóolica. Entretanto, em fins de 2015, em decisão liminar do Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, teve-se o aparente repúdio desse entendimento.

O presente ensaio procurará, assim, analisar o tema sob a luz dogmática, procurando, com isso, dar norte à melhor aplicação do Direito. Nesse sentido, deve-se ter em conta as missões do Direito Penal, sempre se recordando que ele não mais usa as vestes de Direito repressivo, mas, sim, preventivo, e que, portanto, não tem um condão vingativo. E é justamente essa a ideia posta no Código Brasileiro de Trânsito e que deve ser buscada, incansavelmente, pelos advogados, pois sua aplicação não se reverte em impunidade, senão em justa punição conforme o teor normativo presente.

2. ASPECTOS HISTÓRICOS

Muito já se escreveu sobre os crimes de trânsito. Em respeito a um restritivo tratamento histórico do tema, é de se ver que os seus problemas têm sido tema revisitados pelo Direito Penal desde seus primórdios. No Brasil, a questão remonta à Postura Municipal do Rio de Janeiro 858, de 15.01.1902. Naquele momento, tinha-se que a velocidade dos automóveis não poderia, no então Distrito Federal, superar 10 km/h, enquanto que seria tolerável a velocidade de 20 km/h na região suburbana e 30 km/h na zona rural.¹

Desde então, diversos diplomas passaram a cuidar da matéria, sendo de se mencionar o Decreto 8.324/1910 e o Decreto-lei 2.994/1941 (Código Nacional de Trânsito), entre outros. Em 1966, foi publicado novo texto legal a disciplinar a matéria, cuidando, assim, do que se denominou de um novo Código Nacional de Trânsito (Lei 5.108/1966).

Mostra-se, no entanto, interessante a constatação de que nele não se encontravam preceitos penais, sendo, no mesmo esteio que a concepção anterior, utilizadas a Parte Especial do Código Penal e a Lei de Contravenções Penais também para as conflituosas questões do tráfego.²

1. Cf. PIRES, Ariosvaldo de Campos; SALES, Sheila Jorge Selim de. *Crimes de trânsito na Lei 9.503/97*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 23 e ss.

2. Para Crespo, verifica-se, desde ao Decreto-lei 3.651/1941, que, “até então, na Parte Especial do Código Penal e na Lei de Contravenções Penais, ambas de 1940, ha-

Resta fundamental, portanto, perceber que a preocupação era, de toda a sorte, secundária. A simples presença de referências contravencionais, nesse esquadro, é emblemática quanto a isso. Somente anos mais tarde é que o problema assume, verdadeiramente, aspecto criminal.³

É em 1997 que surge uma nova realidade. Foi então promulgada a Lei 9.503, de 23.09.1997 – alcunhada de Código de Trânsito Brasileiro. Entre outros dispositivos, prevê-se, expressamente, o crime de homicídio culposo praticado na condução de veículo automotor, com penas de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor (art. 302): “Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor: Penas – detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. Parágrafo único. No homicídio culposo cometido na direção de veículo automotor, a pena é aumentada de um terço à metade, se o agente: (I) não possuir permissão para dirigir ou carteira de habilitação; (II) praticá-lo em faixa de pedestres ou na calçada; (III) deixar de prestar socorro, quando possível fazê-lo sem risco pessoal à vítima do acidente; (IV) no exercício de sua profissão ou atividade, estiver conduzindo veículo de transporte de passageiros”.

Apesar de a duvidosa legitimidade do Código de Trânsito ter previsto um crime de homicídio com penas significativamente mais graves dos que as do homicídio culposo previstas no Código Penal, de um a três anos de detenção

viam normas aplicáveis às infrações cometidas por meio do automóvel relevantes no âmbito penal. Note-se, entretanto, que ambos tratavam a matéria de modo indireto. Em regra, tais infrações são objeto de controle penal através de tipos de ilícito que descrevem fatos culposos. Então, eram os tipos penais do homicídio culposo, da lesão corporal culposa, do perigo para a vida ou a saúde de outrem, a omissão de socorro, o atentado contra transporte público terrestre, o arremesso de projétil e as contravenções penais de falta de habilitação para dirigir veículo, direção perigosa de veículo em via pública e sinais de perigo. Não eram excluídos o homicídio e as lesões corporais dolosas. Em 1966 foi promulgado o Código Nacional de Trânsito (Lei 5.108/1966), regulamentado pelo Decreto 62.127, de 1968, tendo sido alterado por diversas vezes. Nele não se encontravam preceitos penais sobre infrações de trânsito”. CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. O código de trânsito brasileiro, seus crimes e os devaneios legislativos. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; RASSI, João Daniel (orgs.). *Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho*. São Paulo: LiberArs, 2014, p. 305.

3. Cf. MARREY NETO, José. Delitos de trânsito. *Revista de Julgados e Doutrina Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo* 15, 1992, p. 13 e ss. PINHEIRO, Geraldo de Faria Lemos. Anotações sobre alguns ilícitos no código de trânsito brasileiro. *RBCrim* 38, p. 155 e ss.

(art. 121, § 3.º), um ponto passou a ser objeto de grande debate: a condução de veículo automotor, sob determinadas condições, que levassem a um acidente fatal, poderia ser interpretada como homicídio com dolo eventual?⁴

Na realidade, e recordando-se que os crimes dolosos contra a vida têm previsão constitucional de julgamento perante o Júri Popular, passou-se, desde algum tempo, a questionar esse estado de coisas. Isso se mostrou mais emblemático após um atropelamento seguido de morte de uma senhora genitora de uma conhecida apresentadora de televisão, ainda nos anos 1980. Eram, no entanto, raros os casos em que se sustentava o Júri Popular nesses casos.

Com variações sobre dolo eventual e culpa consciente ao longo dos anos, notou-se, em particular no avançar dos anos 2000, uma perceptível tendência em se pretender acusar motoristas que circulam em alta velocidade, ou mesmo embriagados, quando envolvidos em acidentes com evento de morte, por crime de homicídio doloso, utilizando-se a figura do dolo eventual.⁵ Isso, em especial, ao depois de muitas previsões legislativas que acabaram por pretender até mesmo o estabelecimento de uma política de lei seca ao volante.⁶

-
4. Cf. GÓMEZ PAVÓN, Pilar. *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*. Barcelona: Bosch, 2015, p. 13 e ss. PEREIRA, Mariana Sena Vieira Paupério. A condução de veículos como atividade perigosa: as perspectivas do direito português e brasileiro. *Revista CEJ*, n. 52, 2001, p. 82 e ss. SCIAUDONE, Riccardo. Codice della strada e diritto comunitario: a proposito di una procedura d'infrazione aperta nei confronti dell'Italia. *Rivista Giuridica della Circolazione e dei Trasporti* 2, v. 53, p. 271 e ss. VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. *Derecho penal de la circulación. Delitos de violencia vial*. Barcelona: Bosch, 2006, p. 65 e ss.
 5. Cf. CALEGARI, André Luís. Dolo eventual e crime de trânsito. In: MENDES, Gilmar; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio (coord.). *Direito penal contemporâneo. Questões controversas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 135 e ss.
 6. Cf. ARANÃO, Adriano. A prova da embriaguez ao volante em face da Lei 11.275, de 7 de fevereiro de 2006. *Revista A Força Policial*, n. 54, p. 21 e ss. BEM, Leonardo Schmitt de. A legitimidade do delito de embriaguez ao volante. *Revista Síntese. Direito Penal e Processual Penal*, 2012, n. 72, v. 11, p. 17 e ss. NUNES, Carlos A. Casemiro. *A condução de veículo automóvel com álcool no sangue*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 23 e ss. Cf., também, CUESTA CASTOR, Pablo J. *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y el sistema de sanción por puntos de la Ley 17/2005, de 19 de julio*. Madrid: Dykinson, 2012, p. 79 e ss. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio. *La conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*. Granada: Comares, 2003, p. 4 e ss. VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. *El delito de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia o de detección de drogas*. Barcelona: Bosch, 2012, p. 37 e ss.

3. O PROBLEMA DA EMBRIAGUEZ E A BUSCA DE RESPONSABILIDADE PENAL

De há muito o problema da embriaguez ao volante preocupa os penalistas. Miguel Reale Júnior, por exemplo, ainda nos anos 1970, já ressaltava toda essa problemática.⁷ Em momentos mais recentes, contudo, é de se notar que, ao tratar o homicídio de forma diferenciada entre o Código Penal e o Código de Trânsito Brasileiro, o legislador acabou por despertar um problema pontual.

Como se sabe, em termos bastante simplistas, assevera a regra do art. 18 do Código Penal, em que se diz “crime doloso, quando o agente quis o resultado, ou assumiu o risco de produzi-lo”, e, “culposo, quando o agente deu causa ao resultado por negligência, imprudência ou imperícia”. Até aí, os problemas parecem reduzidos, limitados ao simples grau de intencionalidade do agente. Mas não só.

O Código de Trânsito Brasileiro, como se disse, estabeleceu crimes próprios a serem tidos na condução de veículo automotor. Segundo seu art. 302, é crime “praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor”, sendo imposta pena de detenção, de 2 a 4 anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou habilitação para dirigir. Do mesmo modo, de acordo com o art. 303, é crime “praticar lesão corporal culposa na direção de veículo automotor”, tendo por sanção a detenção de 6 meses a 2 anos e a suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

De pronto, salta aos olhos que o legislador somente previu, como sanções peculiares ao trânsito, aquelas oriundas de eventos culposos. E assim o fez, pois, à luz da ideia maior de intencionalidade – aparentemente vincada que é ao dolo – não lhe pareceu cabível a construção de imputação dolosa ao motorista. Entretanto, não levou em consideração a noção tida na zona turva de intersecção das duas modalidades dogmáticas. É o que se tem por dolo eventual e por culpa consciente.⁸

Para a justificativa dessa forma de responsabilidade penal, brada-se, classicamente, por teorias muitas, como a do consentimento, probabilidade ou sentimento,⁹ o que, sinteticamente, é visto na doutrina nacional como “conhecimento” e “vontade” destacados por parte do agente. Em outros termos,

7. REALE JÚNIOR, Miguel. Crime de embriaguez ao volante. *Revista dos Tribunais*, n. 450, p. 81 e ss.

8. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Buenos Aires, 2011, p. 45.

9. Para uma visão geral das diversas teorias, entre outros, DIAZ PITA, María del Mar. *El dolo eventual*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994, p. 47 e ss.

quando o agente sabe da possibilidade da ocorrência de um evento danoso, mas despreza essa probabilidade, quase que assumindo a vontade de que se isso vier a ocorrer tanto lhe faz, poder-se-ia dizer que a situação (de dolo eventual) é similar ao dolo direto e explícito do agente.

Embora essa não seja nem a melhor explicação, nem a melhor ou mais completa doutrina atual, genericamente é o que se vê, em profusão, no Brasil. A indagação a ser posta, no entanto, é outra: tais concepções explicam a dúvida de atribuição de responsabilidade do motorista em excesso de velocidade?

Os critérios são, de fato, absolutamente variados. Isso se agudiza, ainda mais, quando se verifica que, próximo a ele, encontra-se a noção de culpa consciente. Para Maggiore, ainda em verificação clássica, eles se distinguem, pois na culpa consciente o réu age com a certeza que o evento não se realizará.¹⁰ Em tal situação, portanto, não se poderia alegar que o réu tenha agido como se quisesse o resultado: unicamente portou-se com imprudência. Daí sua responsabilização dar-se por culpa e não por dolo.¹¹

Em termos amplos, portanto, correta a assertiva de que, como não se imagina, aprioristicamente, o veículo automotor como instrumento travestido de arma, ter-se-ia que, em eventos ocorridos no tráfego, as situações conformariam, no máximo, culpa consciente e não dolo, ainda que eventual.¹²

A questão é, em verdade, bastante curiosa. Será possível imaginar que alguém realmente aceite os riscos de acidente de trânsito quando da condução de veículo automotor em velocidade exacerbada? Ora, a resposta afirmativa a

10. Em termos ainda mais acurados, BEM, Leonardo Schmitt de. *Direito penal de trânsito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 94 e ss. PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Tradução de Luís Greco. São Paulo: Manole, 2004, p. 13 e ss.

11. Muitas novas considerações, hoje, são dadas à distinção entre os conceitos. Cf., genericamente, CANESTRARI, Stefano. *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*. Milano: Giuffrè, 1999, p. 33 e ss.

12. Nesse passo, a sagaz lição de Salomão Shecaira, para quem “a inexistência de motivo e de vontade para o reconhecimento do dolo eventual nos delitos de trânsito justifica uma punição apenas a título de culpa. Jiménez de Asúa, em sua já citada obra, exemplifica com um delito automobilístico em que um homem dirige em grande velocidade seu carro e entra em ruas apinhadas de pessoas vindo a atropelar alguém por confiar sinceramente que sua perícia vá impedir a ocorrência de um resultado lesivo. Quando um pedestre é atropelado e morre, o agente deve ser condenado por culpa com representação porque causou o fato sem ratificá-lo; ao contrário, com esperança de que sua perícia ou felicidade lograria impedir o resultado lesivo”. SHECAIRA, Sérgio Salomão. Crime de trânsito. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Estudos de direito penal*. São Paulo: Método, 2007, p. 107.

essa questão parece basear-se mais na busca por maiores e mais severas respostas penais do que outra coisa qualquer. Existiria um fundo dogmático a perquirir tal situação?

O fato de se aceitar a assunção de quaisquer riscos implica, quase que automaticamente, também na aceitação de uma situação que, senão beira, poderia implicar em uma aceitação do suicídio por parte do agente. Observe-se o caso de alguém que venha a se deslocar em alta velocidade em competição automobilística urbana. Da mesma forma que isso parece distante de uma realidade, é de se ver que o motorista, nessas condições incompatíveis, sequer leva em conta a possibilidade de ocorrência de evento danoso a quem quer que seja.

Semelhante receio já fez com que autores como Wunderlich, afirmassem que “o dolo eventual nos crimes de trânsito é uma ficção jurídica utilizada fantasiosamente para compensar uma legislação inadequada e, assim, atender aos reclamos da mídia. Diga-se, ainda, que serve para acabar com aquilo que a mídia (odiosa imprensa leiga) e os profetas dos ‘movimentos’, mais das vezes emulados pela mesquinhez de ideologias ‘baratas’, classificam de impunidade. Mas não se diga que com base na teoria do delito existe fundamento jurídico plausível e consolidado sobre a demarcação do conceito de dolo eventual, mormente, no sentido amplo, chegando a cogitar-se que o agente consinta com seu possível suicídio”.¹³

De maior gravidade, no entanto, é o pensamento suportado por diversos intelectuais, os quais, de fato, justificam a possibilidade, no caso do trânsito, de imputação a título doloso, não somente quando o agente tenha o “conhecimento” e a “vontade”, mas, tão só, quando o agente disponha de conhecimento de realização de uma ação típica. A dúvida, portanto, sobre os limites do dolo eventual e da culpa consciente é bastante agudizada, em termos doutrinários, especialmente pela existência dos elementos híbridos ou fronteirços que acabam por estabelecer um grau de dificuldade ao intérprete.¹⁴ A simplicidade posta não parece adequada aos dias de hoje e aos problemas vividos.

Algumas teorias clássicas, sob um ponto de vista volitivo, procuraram explicar a diferenciação. Ter-se-ia, assim, a teoria da probabilidade ou da representação, a qual intenta delimitar o dolo eventual e a culpa consciente através de um momento intelectual. Dir-se-ia, assim, que ocorre dolo eventual quando o autor representa a realização do tipo penal como (muito) provável – alto

13. WUNDERLICH, Alexandre. Dolo eventual nos delitos de trânsito: uma tentativa frustrada. *Revista dos Tribunais*, n. 576, *passim*.

14. Cf. ZUGANDÍA ESPINAR, José Miguel. La demarcación entre el dolo y la culpa: el problema del dolo eventual. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1986, p. 396 e ss.

grau de probabilidade – e, mesmo assim, acaba por agir, admitindo ou não sua realização. A culpa consciente seria presente quando se verificasse um grau de probabilidade distante ou remoto.¹⁵ Outra teoria diria respeito à aprovação ou consentimento. Segundo seus predicados, a distinção seria presente através da avaliação do momento volitivo, tendo-se em conta que o dolo eventual seria presente quando o autor não só representa a possibilidade de realização do tipo penal, mas também concorda interiormente com sua realização. Acaba, assim, por aprovar o resultado lesivo. Por outro lado, ainda se encontraria a chamada teoria do sentimento, a qual busca a distinção através de um determinado grau de desconsideração do agente. Ter-se-ia, pois, a presença de dolo eventual quando se verifique uma indiferença do agente quanto à realização do tipo.

Alguns autores chegam a propor uma teoria mista, ou eclética, a qual teria a pretensão de combinar a consciência da periculosidade da ação com um momento volitivo. Ocorreria, pois, o dolo eventual quando o agente atua, não obstante tenha levado em conta seriamente a possibilidade de lesão ao bem jurídico. Em outras palavras, o autor conta seriamente com a lesão, mas se conforma com a mesma.¹⁶

O raciocínio claro é de se destacar. Muito embora possam haver variações de filigranas não mencionadas, as conclusões equiparam-se entre as mais finas leituras atuais. Aqui, claramente a intuição invulgar acaba por evidenciar a importância do pensador. De se verificar tal construção na evolução da construção do pensamento comparado. Parece, portanto, necessário um repensar sobre o tema, agora sob as luzes dogmáticas.

4. O ENTENDIMENTO SOBRE O DOLO E A NOVA REALIDADE LEGAL

Mencionou-se que o art. 18 do Código Penal brasileiro afirma que se considera o crime doloso quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo. A dúvida posta diz respeito ao fato de entender como, e de que forma, deve ser visto este “querer”. Implicaria isso em obrigatória verificação volitiva? Ou, em outros termos, unicamente em questão volitiva?

A pergunta é pertinente, pois caso se admita unicamente o entendimento volitivo, o caráter subjetivo que permeia a questão deverá ser estendido, também, ao operador do Direito, vale dizer, ao Ministério Público e ao Magistrado. Caso contrário, não.

15. Cf. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Acerca del dolo eventual. Estudios de derecho penal*. Madrid: Edersa, 1981, p. 171 e ss.

16. GRECO FILHO, Vicente. *A culpa e sua prova nos delitos de trânsito*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 96 e ss.

Observe-se que as considerações dessa ordem remontam, em boa medida, aos anos 1930. Naquela oportunidade, Engisch, o maior autor sobre investigações sobre dolo e imprudência em Direito Penal, distinguiu os momentos clássico e atual da discussão sobre o dolo.¹⁷

Segundo seu entendimento, sob um prisma psicológico, seriam, desejo e intenção, algo similar,¹⁸ o que deu plena importância e relevo à concepção psicológica como hoje ainda se verifica no Brasil. Assim, de um modo ou de outro, os fundamentos do “querer o resultado” estipulam, conforme colocação corriqueira, um estado psíquico atinente à esfera da consciência, tão verificável como os elementos objetivos do próprio tipo penal.¹⁹ Se tradicionalmente tem-se que a teoria volitiva fundamenta o dolo na premissa psicológica da vontade, fica bastante claro que se descarta qualquer critério normativo de avaliação. Existe, no entanto, grande dúvida se essa elaboração fincaria pé em termos de Justiça factual.

Schmitt de Bem, autor cultuado sobre o tema, em interessante monografia, pondera que a jurisprudência nacional acaba por externalizar uma significativa preocupação com dados meramente indiciários para afirmar, genericamente, pela presença de um dolo eventual. Esses dados poderiam dizer respeito à velocidade de condução do veículo automotor ou, mesmo, à situação particular vivida pelo condutor. Nesse sentido, afirma o autor que se preocupar em demasia com a valoração das circunstâncias do caso concreto para alcançar a aprovação interna significa não se preocupar com o fundamental, que é demonstrar a conexão entre a aprovação interna e a conduta praticada. Priorizar o primeiro em detrimento do segundo significa julgar com mais importância o interior do que o “exterior”. E isso, talvez inclusive sem perceber, faz dos magistrados verdadeiros advogados de um Direito Penal de ânimo, ferindo o princípio da lesividade.

Muito bem, sob esse foco, deve-se perceber que para além de uma percepção ontológica (segundo a qual a determinação que o dolo “termina quando o agente, a respeito de umas consequências secundárias não desejadas que trata de evitar, realiza uma vontade evitadora que domina o fato”²⁰) há de se constatar que boa parte da doutrina atual tem em conta o dolo em seu aspecto

17. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. Op. cit., p. 157.

18. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. Op. cit., p. 231 e ss.

19. Cf. CERQUETTI, Giovanni. *Il dolo*. Torino: G. Giappichelli, 2010, p. 2 e ss.

20. BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. In: BUSATO, Paulo César; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos; DÍAS PITA, María del Mar. *Modernas tendencias sobre o dolo em direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 100.

normativo. Assim, ter-se-ia que o dolo não se mostraria como uma realidade psicológica, mas, sim, como o resultado de uma atribuição.²¹ Portanto, conforme Busato, também insigne Procurador de Justiça do Estado do Paraná, “o dolo não é algo que existe, que seja constatável, mas sim o resultado de uma avaliação a respeito dos fatos com que se impute a responsabilidade penal”.²²

Essa construção pode se mostrar um tanto complexa, em especial no que diz respeito à constatação do que pode ser tido, ou não, como prova do dolo. Seguindo essa linha normativista, Puppe, insigne autora alemã, acena nesse sentido quando menciona pela fluidez da teoria ontológica, qual vista no Brasil, já que pode se configurar uma “utilização ambígua da palavra querer”.²³ Melhor, portanto, para o evitamento de erros crassos, que se entenda a realização dolosa desde a ideia de que o agente tinha conhecimento da possibilidade da ocorrência danosa. Parece, portanto, por demais subjetivo imaginar-se que a ingestão de álcool implicasse, diretamente, em dolo eventual.

Com isso pretende afirmar que, com base em conhecimentos prévios, independentemente da vontade expressa, ou não, o agente que pratica determinada ação cujo resultado é esperado, deve e pode ser punido a título de dolo. Muito embora o Ministério Público afirme que qualquer pessoa possa imaginar que beber e dirigir constitui situação perigosa, isso beira à imprudência, não ao dolo.

Nesse sentido, a busca de um conceito como o pretendido por Ragués i Vallès quanto a uma prova do dolo resulta elogiável. O alerta de que a alegação de que um fato se mostre como doloso não poderia ser vinculado à averiguação de dados psíquicos, já que a aferição destes é, em suma, impossível à exatidão. Quer pelo juiz, quer pelo entorno do autor. Deve-se, sim, ter em conta que uma dita conduta possa ser valorada socialmente como uma negação consciente de uma norma penal concreta.²⁴ Essa nova idealização do que pode ser apreendido como situação dolosa se mostra, talvez, como uma das mais refinadas amostras de exteriorização do dolo, e de singeleza tal, que deveria e poderia ser facilmente empregada para uma busca de maior certeza na Justiça brasileira.²⁵

Observe-se que diversas são as concepções de dolo encontradas na doutrina, convertendo-se, este, verdadeiramente, em um metaconceito. Fala-se,

21. BUSATO, Paulo César. Dolo... cit., p. 104.

22. BUSATO, Paulo César. Dolo... cit., p. 105.

23. PUPPE, Ingeborg. *A distinção...* cit., p. 33.

24. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Op. cit., p. 324 e ss.

25. PONCIÚNCULA NETO, José Carlos Nobre. Op. cit., p. 422 e ss.

frequentemente, em dolo direto, de primeiro ou segundo graus, dolo indireto, dolo eventual, entre outros.²⁶ É de se ver, de todo modo, que alguns autores aqui tomados como clássicos mencionam a possibilidade da presença de uma indiferença em face da lesão ao bem jurídico. O próprio Engisch já sustentava que a diferença entre dolo e culpa consciente residia no fato de que o atuar doloso externaliza o dolo ou a indiferença quanto ao resultado. Essa indiferença pode ser vista de duas formas distintas. Em termos psicológico-descritivos, a indiferença significaria o mesmo que a conduta desejada.

Já em uma concepção mais hodierna, em termos normativos, “a expressão ‘indiferente’ é utilizada quando se diz que alguém se comportou de modo indiferente em relação a determinado fato. Tal assertiva pressupõe que o fato tenha sido valorado de modo positivo ou negativo, daí decorrendo exigências éticas ou jurídicas em relação ao comportamento da pessoa envolvida. Com tal sentido, dizer que alguém foi indiferente em relação a um fato qualquer significa que ela violou de modo grosseiro tal norma, decorrente do fato e da valoração deste”.²⁷

Fala-se, no Brasil, com muito vigor ainda na questão volitiva. Pois bem: ela, como se viu, traduz, ou deveria traduzir, uma postura psíquica de um autor que julga positivamente um determinado acontecimento. Essa leitura, tão comum na realidade brasileira, se basta com as clássicas noções de “sabia ou deveria saber”, presentes em vários tipos penais. Isso não basta, pois, de fato, pode implicar em uma presunção de culpa, de todo deplorável.

Assim, alerta Struensee que existe aparente contradição com casos específicos, nos quais o desenvolvimento do sucesso causal, ou mesmo a concorrência de circunstâncias que realizam o tipo supostamente almejado.²⁸ Em outras palavras, mesmo que o complemento do espectro do dolo se faça intelectualivo e volitivamente, esses critérios ainda se mostram por demais inseguros para a concretização típica. Por outro lado, a avaliação normativa pode gerar, nesse quadrante específico, mais problemas que soluções, principalmente em uma dogmática ainda descolada temporalmente das discussões penais atuais. Se fosse o caso de sua aceitação, isso teria implicações mais amplas do que unicamente uma atribuição, aqui, de responsabilidades.

26. Cf., entre outros, CANESTRARI, Stefano. Op. cit., p. 70 e ss. TENCA, Adrián Marcelo. *Dolo eventual*. Buenos Aires: Astrea, 2010, p. 35 e ss. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. Op. cit., p. 159 e ss. PUPPE, Ingeborg. *A distinção...* cit., p. 23 e ss.

27. PUPPE, Ingeborg. *A distinção...* cit., p. 62.

28. STRUENSEE, Eberhard. Consideraciones sobre el dolo eventual. Traducción de Alejandro Kiss. *InDret* 4, p. 7.

A perene dúvida existente no Brasil parece unicamente se resolver caso a própria norma viesse a estabelecer o que deve ser visto, ou não, como crime culposos ou crime doloso. E foi exatamente isso que se deu com a Lei 12.971/2014.

5. O HORIZONTE DA LEI 12.971/2014, A SUPERAÇÃO NORMATIVA DA DÚVIDA QUANTO AO DOLO EVENTUAL OU A CULPA CONSCIENTE E A DECISÃO LIMINAR DO STF NO HC 131.826/PR

Todo esse estado de coisas deveria parecer, hoje, superado. A Lei 12.971, de 9 de maio de 2014, trouxe uma nova realidade ao universo dos crimes de homicídio praticados na condução de veículo automotor sob influência de álcool no Brasil.

Segundo sua previsão, o art. 302, do Código de Trânsito Brasileiro, passou a ter a seguinte redação: “Art. 302. (...) § 1.º No homicídio culposos cometido na direção de veículo automotor, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) à metade, se o agente: I – não possuir Permissão para Dirigir ou Carteira de Habilitação; II – praticá-lo em faixa de pedestres ou na calçada; III – deixar de prestar socorro, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à vítima do acidente; IV – no exercício de sua profissão ou atividade, estiver conduzindo veículo de transporte de passageiros. § 2.º Se o agente conduz veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência ou participa, em via, de corrida, disputa ou competição automobilística ou ainda de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente: Penas – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor”.

Expressamente, a nova previsão legal normatizou o problema antes colocado. Agora, afirma-se categoricamente que “[s]e o agente conduz veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência”, pratica ele crime culposos, consoante previsão agravada pelo art. 302, § 2.º, do Código de Trânsito Brasileiro.

Trata-se de norma positivada que supera a hermenêutica duvidosa. Cuida a espécie, agora, do que Vicente Martínez denomina de delito de violência vial, na modalidade de homicídio imprudente derivado do consumo de bebida alcoólica.²⁹ Na realidade, o Código de Trânsito Brasileiro previa, desde

29. VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. *Derecho penal...* cit., p. 90 e ss.

sua origem, causas de aumento de pena. Elas consistiam inicialmente, entre outras, das previsões de não se possuir habilitação ou permissão e omissão de socorro.³⁰ A partir da Lei 12.971/2014, no entanto, essas causas foram extendidas e acresceu-se o parágrafo segundo, que prevê a situação de morte decorrente de condução de veículo automotor sob influência de álcool ou substância análoga.

Marcelo Xavier de Freitas Crespo, em inaugural estudo sobre a Lei 12.971/2014, critica fortemente a nova disposição legal, uma vez que sua redação pode ser criticável.³¹ Entretanto, em face da vontade expressa do legislador, ao fato de se mostrar como lei posterior mais favorável e, sobretudo, por normatizar a questão até então sempre duvidosa de como se qualificar a situação pré-existente de ingestão de bebida alcóolica, outra alternativa não resta além de se entender pela plena aplicação do art. 302, § 2.º, do Código de Trânsito Brasileiro. Portanto, descabem quaisquer ponderações quanto à quantidade de álcool no sangue do réu, latas ou garrafas de bebida encontradas no interior do veículo ou, mesmo, a existência de um *cooler* junto a estas. Normativamente, o tipo penal ajustado somente pode ser entendido como sendo o previsto na Lei 9.503/1997.

Contudo, em 09.12.2015, em decisão de pedido liminar, o Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal indeferiu pleito que mencionava tal tese. Embora sua decisão, na verdade, tenha sido fundada na impossibilidade de impetração de *habeas corpus* contra decisão denegatória de liminar em ação de mesma natureza articulada perante Tribunal superior (Súmula STF 691), chega a discorrer sobre a alteração legislativa de 2014.

Nesse sentido, menciona que “ao menos aparentemente, a modificação legislativa não teve o alcance apontado. O critério de distinção entre os tipos penais do homicídio (art. 121 do CP) e do homicídio de trânsito (art. 302 do CTB) parece seguir sendo o dolo e a culpa. Não houve modificação das figuras básicas desses tipos penais que indique em direção contrária. Pelo contrário. A mesma Lei 12.971/2014 introduziu no CTB qualificadoras ao crime do art. 308 – racha. De acordo com as novas figuras, o agente que, ao tomar parte no racha, e causa (sic) lesão corporal de natureza grave ou morte, responde pelo crime em modalidade qualificada, desde que o resultado tenha sido causado apenas culposamente. A lei deixa claro que as figuras qualificadas são

30. NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes de trânsito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 35 e ss.

31. CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. *op. cit.*, p. 311 e ss.

aplicáveis apenas se ‘as circunstâncias demonstrarem que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo’ (§§ 1.º e 2.º). Logo, se o agente assumiu o risco de causar o resultado (lesão corporal grave ou morte), por eles responde na forma dos tipos penais autônomos do Código Penal. Além disso, o agravamento de pena promovido pela modificação legislativa é modesto. O total da pena privativa de liberdade para o tipo qualificado segue idêntico ao tipo base – 2 a 4 anos. É certo que, na figura qualificada, a detenção foi substituída por reclusão. Isso pode ser levado em conta pelo aplicador, especialmente para agravar o regime inicial de cumprimento da pena ou afastar sua substituição por penas restritivas de direito. Ainda assim, nem sequer se pode afirmar que o tratamento mais grave trará um apenamento mais rigoroso na maioria dos casos. Dessa forma, a leitura da lei não aponta para a supressão ou redução do espaço de aplicação do dolo eventual a crimes praticados na direção de veículos automotores”.

Dois devem ser os cuidados com a decisão liminar apontada. Em primeiro lugar, trata-se de posicionamento precário, pontificado por um único ministro, em análise preliminar. Não se trata, ainda, de orientação da Corte, e, portanto, não se pode dizer de tendência nesse sentido, até mesmo porque tais considerações são laterais, uma vez que a denegação liminar se deu, fundamentalmente, em virtude da Súmula 691.

Por outro lado, é de se ver que ninguém duvida que a distinção entre os homicídios tidos no Código Penal e no Código de Trânsito Brasileiro se dá, genericamente, em termos de dolo e culpa. Isso é, e sempre foi verdade. Apenas o que fez a Lei 12.971/2014 foi explicitar que, normativamente, não se pode entender que a ingestão prévia de bebida alcoólica para a posterior condução de veículo automotor implique em assunção de risco na modalidade do art. 18, I, segunda parte, do Código Penal. A limitação normativa exclui, portanto, essa possibilidade abstrata de entendimento. Em regra, por definição legal, essa assunção ainda é vista em termos culposos, consoante o art. 302, § 2.º, do Código de Trânsito Brasileiro. Por óbvio, isso não exclui uma prova posterior do dolo, mas isso se dá em momento posterior, não anterior. E, justamente, essa foi a recomendação legislativa.

Repise-se que as grandes mudanças de orientação jurisprudencial normalmente são propiciadas pela intervenção dos advogados. Estes devem, sempre, se posicionar a favor da lei e de seus constituídos. No caso em tela, mais do que nunca, é de se esperar o bom combate dos defensores, garantindo-se o teor da lei, da dogmática e da segurança jurídica, e, se não por outra causa, ao menos para fazer valer a lei.

6. BIBLIOGRAFIA

- ARANÃO, Adriano. A prova da embriaguez ao volante em face da Lei 11.275, de 7 de fevereiro de 2006. *Revista A Força Policial*, n. 54
- BEM, Leonardo Schmitt de. A legitimidade do delito de embriaguez ao volante. *Revista Síntese. Direito Penal e Processual Penal*, 2012, n. 72, v. 11.
- _____. *Direito penal de trânsito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. In: BUSATO, Paulo César; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos; DÍAS PITA, María del Mar. *Modernas tendencias sobre o dolo em direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CALEGARI, André Luís. Dolo eventual e crime de trânsito. In: MENDES, Gilmar; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio (coords.). *Direito penal contemporâneo. Questões controvertidas*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CANESTRARI, Stefano. *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*. Milano: Giuffrè, 1999.
- CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. O Código de Trânsito Brasileiro, seus crimes e os devaneios legislativos. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; RASSI, João Daniel (orgs.). *Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho*. São Paulo: LiberArs, 2014.
- CUESTA CASTOR, Pablo J. *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y el sistema de sanción por puntos de la Ley 17/2005, de 19 de julio*. Madrid: Dykinson, 2012.
- DÍAZ PITA, María del Mar. *El dolo eventual*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Acerca del dolo eventual. *Estudios de derecho penal*. Madrid: Edersa, 1981.
- GÓMEZ PAVÓN, Pilar. *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*. Barcelona: Bosch, 2015.
- GRECO FILHO, Vicente. *A culpa e sua prova nos delitos de trânsito*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Buenos Aires, 2011.
- PIRES, Ariosvaldo de Campos; SALES, Sheila Jorge Selim de. *Crimes de trânsito na Lei 9.503/97*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Tradução de Luís Greco. São Paulo: Manole, 2004.
- MARREY NETO, José. Delitos de trânsito. *Revista de Julgados e Doutrina Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo*, n. 15, 1992.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes de trânsito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.
- NUNES, Carlos A. Casemiro. *A condução de veículo automóvel com álcool no sangue*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

- PEREIRA, Mariana Sena Vieira Paupério. A condução de veículos como atividade perigosa: as perspectivas do direito português e brasileiro. *Revista CEJ*, n. 52, 2001.
- PINHEIRO, Geraldo de Faria Lemos. Anotações sobre alguns ilícitos no Código de Trânsito Brasileiro. *RBCCrim*, n. 38.
- REALE JÚNIOR, Miguel. Crime de embriaguez ao volante. *Revista dos Tribunais*, n. 450.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio. *La conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*. Granada: Comares, 2003.
- SCIAUDONE, Riccardo. Codice della strada e diritto comunitario: a proposito di una procedura d'infrazione aperta nei confronti dell'Italia. *Rivista Giuridica della Circolazione e dei Transporti*, n. 2, v. 53.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. Crime de trânsito. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Estudos de direito penal*. São Paulo: Método, 2007.
- STRUENSEE, Eberhard. STRUENSEE, Eberhard. Consideraciones sobre el dolo eventual. Traducción de Alejandro Kiss. *InDret*, n.4.
- TENCA, Adrián Marcelo. *Dolo eventual*. Buenos Aires: Astrea, 2010.
- VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. *Derecho penal de la circulación. Delitos de violencia vial*. Barcelona: Bosch, 2006.
- _____. *El delito de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia o de detección de drogas*. Barcelona: Bosch, 2012.
- WUNDERLICH, Alexandre. Dolo eventual nos delitos de trânsito: uma tentativa frustrada. *Revista dos Tribunais* n. 576.
- ZUGANDÍA ESPINAR, José Miguel. La demarcación entre el dolo y la culpa: el problema del dolo eventual. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1986.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Anotações sobre alguns ilícitos no Código de Trânsito Brasileiro, de Geraldo de Faria Lemos Pinheiro – *RBCCrim* 38/155 (DTR\2002\157);
- Crimes de trânsito: análise crítica da doutrina e da jurisprudência, de Cássio Mattos Honorato – *RT* 859/457 (DTR\2007\336);
- O processo penal dos crimes de trânsito e a Lei 10.259/2001 (Juizados Especiais Federais), de Marcellus Polastri Lima – *RT* 810/472 (DTR\2003\277); e
- Sanções de trânsito na *common law*: análise doutrinária e estudo de direito comparado dos sistemas jurídicos inglês e norte-americano, de Cássio Mattos Honorato – *RBCCrim* 52/71 (DTR\2005\11).

The background features a light gray grid pattern that becomes more prominent towards the bottom right. Overlaid on this are several large, overlapping, semi-transparent circles in shades of gray, creating a layered, geometric effect.

**Direito
Processual
Penal**



DO CHAMADO "LANÇAMENTO DEFINITIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO" E SEUS REFLEXOS NO PROCESSO PENAL POR CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL

*THE SO-CALLED "FINAL TAX ASSESSMENT" AND ITS CONSEQUENCES
IN CRIMINAL PROCEEDINGS FOR TAX CRIME*

GUSTAVO BADARÓ

Livre-docente, Doutor e Mestre em Direito Processual Penal pela USP.
Professor Associado do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da USP.
Advogado e Consultor Jurídico.
gustavobadaro@uol.com.br

ÁREA DO DIREITO: Tributário; Processual; Penal

RESUMO: O artigo tem por objeto analisar a natureza jurídica do lançamento definitivo do crédito tributário nos crimes de sonegação fiscal envolvendo tributos sujeitos ao lançamento por homologação. Será feita uma análise crítica da posição do Supremo Tribunal Federal, que se tornou objeto da Súmula Vinculante 24, no sentido de que o lançamento definitivo do tributo é condição objetiva de punibilidade. Ao final, pretende-se demonstrar que a natureza do lançamento é de condição de procedibilidade, caracterizando a prova da justa causa para a ação penal.

PALAVRAS-CHAVE: Crime tributário – Lançamento – Punibilidade – Procedibilidade.

ABSTRACT: The article's purpose is to analyze the legal nature of the final tax assessment in tax evasion involving tributes subject to homologation tax assessment. It will be a critical analysis of the position of the Supreme Court, which became the object of Binding Precedent n. 24, in the sense that the final tax assessment of the tribute is an objective condition of punishability. At the end, we intend to demonstrate that the nature of the release is criminal prosecution condition, featuring proof of reasonable cause for criminal proceeding.

KEYWORDS: Tax Crime – Tax assessment – Punishability – Proceeding.

SUMÁRIO: 1. As condições objetivas de punibilidade – 2. As classificações das condições objetivas de punibilidade em condições intrínsecas e extrínsecas – 3. O chamado "lançamento por homologação" e o direito penal tributário – 4. O conceito de "lançamento definitivo" do crédito tributário – 5. O precedente do Supremo Tribunal Federal e o "lançamento definitivo do tributo" como condição objetiva de punibilidade – 6. O lançamento definitivo do crédito tributário: condição de procedibilidade caracterizadora da justa causa para ação penal – 7. Conclusão – 8. Bibliografia

1. AS CONDIÇÕES OBJETIVAS DE PUNIBILIDADE

Poucos conceitos ou categorias jurídicas despertam tanta controvérsia, no direito penal, como as chamadas condições objetivas de punibilidade. Há sessenta anos, Nuvolone admitiu que, sobre as condições objetivas de punibilidade “una notevole incertezza regni ancora su diversi punti fondamentali”.¹ Sua “natureza jurídica é polêmica e ainda não solucionada pelos cientistas do direito penal”.² Há, inclusive, quem simplesmente negue a existência de tal categoria.³

Evidente que a noção que se tem sobre as condições de punibilidade irá variar de acordo com a concepção formal de delito e, em especial, a consideração ou não da punibilidade como elemento do crime.

Para aqueles que consideram que a punibilidade integra o conceito de delito, afirma-se, por consequência, que sem as condições objetivas de punibilidade não há delito.⁴ De outro lado, autores que comungam da posição oposta, no sentido de que as condições objetivas de punibilidade pressupõem um delito já completo em seus elementos constitutivos, consideram-na, apenas, condicionantes para a aplicação da concreta da pena.⁵

1. Pietro Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concursuali*. Milano: Giuffrè, 1955, p. 13.
2. Luiz Regis Prado, *Tratado de Direito Penal Brasileiro*. Consequências Jurídicas do Delito. São Paulo: Ed. RT, 2014, vol. 3, p. 349.
3. Nesse sentido: Vittore Cameli, *Le condizioni obiettive di punibilità e la sfera dei principi penali*. Napoli: Morano, 1961. p. 205; Eugenio Raul Zaffaroni, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar. *Manual de derecho penal. Parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2011. p. 684.
4. Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*. 3. ed. Buenos Aires: Losada, 1985. vol. VII, p. 49. Entre nós, o mesmo ponto de vista é defendido por Heleno Cláudio Fragoso (*Lições de direito penal: parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. vol. I, p. 222): “As condições objetivas de punibilidade são, sem sombra de dúvida, elementos constitutivos do crime, desde que sem elas o fato é juridicamente indiferente: são, pois, condições da punibilidade do fato. Não existe crime antes que a condição objetiva da punibilidade se verifique. Antes da condição, portanto, não há crime condicional ou condicionado, nem crime de punição condicionada, mas fato irrelevante para o direito penal”.
5. Nesse sentido: Francesco Antolisei, *Manuale di Diritto Penale*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1960. vol. I, p. 535. Hans Welzel, *Derecho Penal Alemán. Parte general*. 3. ed. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1987. p. 88. Na doutrina nacional: Prado. *Tratado...*, vol. 3, p. 352.

Embora sem negar a importância acadêmica da questão, sua solução não pode ser mera influência da doutrina, ignorando os aspectos de direito posto. Não se trata de questão apenas dogmática, mas prioritariamente exegética.

Aliás, não se pode deixar de observar que o único dispositivo do ordenamento jurídico brasileiro, em que expressamente se utiliza da expressão “condição objetiva da punibilidade”, no caso, o art. 180 da Lei de Recuperação Judicial, considerando que a sentença que decreta a falência “é condição objetiva de punibilidade”, o faz de forma equivocada. Isso porque, tratando-se de condição, somente pode ser “um acontecimento futuro ou concomitante e incerto, pois de outra forma não teria sentido a sua disciplina jurídica”,⁶ nunca, porém, um evento pretérito. E, na mesma lei, há previsão de crimes que podem ser posteriores à sentença que decreta a falência,⁷ sendo evidente que nestes, a sentença é elemento do tipo penal e não condição objetiva de punibilidade.⁸

-
6. Heleno Cláudio Fragoso, Pressuposto do crime e condições objetivas de punibilidade. *Estudos de direito e processo penal em homenagem a Nelson Hungria*. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1962. p. 178. No mesmo sentido, para Vicente Cernicchiaro. Princípio da irretroatividade da lei penal. In: CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR., Paulo José da, *Direito penal na Constituição*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 1995. p. 84) condição, no direito penal, é “acontecimento futuro e incerto”. No mesmo sentido, na doutrina estrangeira, Nuvolone (*Il Diritto Penale del Fallimento...*, p. 13) afirma tratar-se de “avvenimento futuro e incerto”. De forma semelhante, Mantovani (*Diritto Penale...*, p. 783) refere-se a “avvenimento sucessivo”. Já Bricola, Punibilità (condizioni obiettive)..., p. 595 aduz a “avvenimento contemporaneo o successivo al fatto”. Nesse último sentido, cf., também, Angioni, Condizioni di punibilità..., p. 1453.
 7. Assim, por exemplo, o crime de fraude contra credores, tipificado no art. 168, nos seguintes termos: “Praticar, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar a recuperação extrajudicial, ato fraudulento de que resulte ou possa resultar prejuízo aos credores, com o fim de obter ou assegurar vantagem indevida para si ou para outrem”. A mesma situação poderá ocorrer nos crimes de “favorecimento de credores” (art. 172).
 8. Nesse sentido, Guilherme A. de Moraes Nostre, Comentário ao art. 180. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (coords.), *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências: Lei 11.101/2005*. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 557. Justamente por isso, já no regime anterior, mesmo sem uma definição legal, Fragoso (Pressuposto do crime e condições objetivas de punibilidade..., p. 178) já afirmava que “A sentença declaratória de falência é condição objetiva de punibilidade, em relação aos crimes falimentares, nos quais a ação é anterior à sentença, como os previstos no art. 186 do Dec.-lei 7.661/45” (destaque no original).

2. AS CLASSIFICAÇÕES DAS CONDIÇÕES OBJETIVAS DE PUNIBILIDADE EM CONDIÇÕES INTRÍNSECAS E EXTRÍNSECAS

A doutrina italiana, embora não sem divergências,⁹ tem se valido da distinção entre condições objetivas de punibilidade intrínsecas (ou impróprias) e condições objetivas de punibilidade extrínsecas (ou próprias).

As condições intrínsecas de punibilidade dizem respeito ao bem jurídico tutelado pela norma penal,¹⁰ implicando uma espécie de *progressão* ou *agravamento* da ofensa já implícita e realizada nas suas características fundamentais, independentemente da ocorrência do evento condicionante.¹¹ Assim, as condições intrínsecas consistem em elementos ou fatores que apenas formalmente são estranhos ao crime, mas agregam ou compõem o desvalor global do tipo.¹² Para muitos, substancialmente se caracterizam como da mesma espécie que os elementos do crime ou, ao menos, muito próximos ou semelhantes.¹³ Não se tratam, portanto, de verdadeiras condições objetivas de punibilidade, por isso também, denominadas impróprias, que “mascaram elementos constitutivos do crime”,¹⁴ e que, portanto, devem estar abrangidos pelo dolo ou pela culpa do agente.¹⁵

Já as condições extrínsecas de punibilidade não têm um nexo funcional com o bem jurídico protegido pela norma penal, sendo externas ao preceito,

9. A crítica é feita por Fabrizio Ramacci, *Le condizioni obiettive di punibilità*. Napoli: Jovene, 1971. p. 164 ss.

10. Nuvolone, *Il Diritto Penale del Falimento...*, p. 15.

11. Salvatore Donato Messina; Giorgia Spinnato, *Manuale Breve Diritto Penale*. Milano: Giuffrè, 2012. p. 137.

12. Francesco Angioni, Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1989. p. 1454.

13. Mario Romano; Giovanni Grasso; Tullio Padovani, *Commentario sistematico del Codice Penale*. Milano: Giuffrè, 2011. p. 444.

14. Nesse sentido: Giorgio Marinucci; Emilio Dolcini, *Manuale di diritto penale. Parte generale*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 2015. p. 377; Messina; Spinnato, *Manuale Breve Diritto Penale...*, p. 137; Pagliaro, *Il Reato...*, p. 227.

15. Não é por outro motivo que a Corte Constitucional Italiana, na Sentença 1085, de 1988, ao declarar a ilegitimidade constitucional do art. 666, comma 1.º, do *Codice Penale*, declarou que: “Perché l’art. 27, primo comma, Cost, sia pienamente rispettato e la responsabilità penale sia autenticamente personale, è indispensabile che tutti e ciascuno degli elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie siano soggettivamente collegati all’agente (siano, cioè, investiti dal dolo o dalla colpa) ed è altresì indispensabile che tutti e ciascuno dei predetti elementi siano allo stesso agente rimproverabili e cioè anche soggettivamente disapprovati”.

sendo indiferente que o agente as tenha querido, previsto ou mesmo que sejam previsíveis: é suficiente a sua realização.¹⁶ Assim as condições extrínsecas são fatos ou acontecimentos de todo estranhos à esfera de lesividade própria do fato típico, que agregam ao desvalor da conduta um acontecimento externo, sem o qual o legislador prefere não sancionar uma conduta que, normalmente, corresponderia a um tipo penal. Condicionam, somente, a oportunidade de punir um fato já ofensivo,¹⁷ isto é, não tendo incidência sobre o caráter lesivo do tipo penal.¹⁸ São estas, pois, as verdadeiras condições objetivas da punibilidade, para as quais foi excepcionado, no art. 44 do *Codice Penale* italiano, o princípio da responsabilidade subjetiva.

Mais concretamente, Pagliaro assim exemplifica as duas categorias. São condições extrínsecas, de acordo com Código Penal italiano, o perigo para a incolumidade pública, após o incêndio de coisa própria (art. 423, cpv.), a ocorrência do suicídio, no crime de instigação ao suicídio (CP, art. 580), o dano resultante da revelação ilícita do conteúdo de uma correspondência (CP, art. 618), a falta de adimplemento da obrigação, na insolvência fraudulenta (CP, art. 641). De outro lado, são exemplos de condição extrínseca: a embriaguez (atualmente punida só com sanção administrativa) que era sancionada, somente se o sujeito fosse apanhado em local público ou aberto ao público, em estado de manifesta embriaguez (CP, art. 688); ou o incesto, que só é punido se cometido “de modo a causar escândalo público” (CP, art. 564).¹⁹

A doutrina nacional não se preocupa em distinguir, no gênero condições objetivas de punibilidade, as espécies intrínseca e extrínseca. Elencam em tal categoria genérica o que para a doutrina italiana são as condições objetivas de punibilidade intrínsecas, isto é, condições impróprias.

Com exceção da sentença declaratória de falência, tem-se considerado como “condições objetivas de punibilidade” eventos que, de alguma forma, se situariam no desdobramento causal da ação típica. Vejam-se, pois, os exemplos dados na seguinte passagem de Fragoso: “Condição objetiva de punibilidade existe claramente no art. 122 do Código Penal, que subordina a punibilidade

16. Messina; Spinnato, *Manuale Breve Diritto Penale...*, p. 136.

17. Antonio Pagliaro, *Il Reato*. Milano: Giuffrè, 2007. p. 227.

18. Nesse sentido: Nuvolone, *Il Diritto Penale del Fallimento...*, p. 15; Franco Bricola, *Punibilità (condizioni obiettive)*. *Novissimo Digesto Italiano*. Torino: UTET, 1976, XIV. p. 595.

19. Pagliaro, *Il Reato...*, p. 227. Um elenco ainda mais amplo pode ser encontrado em Giuliano Vassalli, *Cause di non punibilità*, in *Enciclopedia del Diritto*, VI. Milano, 1960. p. 613-614.

do induzimento, instigação ou *auxílio ao suicídio*, à efetiva consumação deste ou ao resultado lesões graves (na hipótese de suicídio tentado). Este resultado é *objetivo*, pois é indiferente (salvo para a medida da pena), que o agente o tenha querido ou assumido o risco de produzir. O erro de fato em relação ao mesmo é irrelevante. O *prejuízo no crime* do art. 164 do Código Penal (*introdução ou abandono de animais em propriedade alheia*) e a possibilidade de dano, nos crimes dos arts. 153 (divulgação de segredo) e 154 (violação de segredo profissional), são condições da mesma natureza. Nestes casos, verifica-se que o acontecimento, de que a lei faz depender a punibilidade, situa-se na linha de desdobramento causal da ação incriminada”.²⁰ (destaquei).

Aliás, as condições objetivas de punibilidade se justificariam exatamente como forma de permitir a punição, por um acontecimento que, embora situado no desdobramento causal de sua conduta, não esteja abrangido pelo dolo do agente.²¹

Com base em tais premissas é que se analisará se o lançamento definitivo do crédito tributário, nos crimes do art. 1.º, *caput*, da Lei 8.137/1990, pode ser considerado condição intrínseca da punibilidade, por estar situado no desdobramento causal da conduta de quem sonega imposto, implicando uma espécie de *progressão* ou *agravamento* da lesão ao bem penalmente tutelado, ou se, por outro lado, seria uma condição extrínseca de punibilidade, na medida em que o crime de sonegação fiscal já teria exaurido a esfera de ofensividade ao bem jurídico, mas o lançamento representaria uma condição que, por questões de conveniência e oportunidade, teriam sido eleitas pelo legislador para condicionar sua punição.

3. O CHAMADO “LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO” E O DIREITO PENAL TRIBUTÁRIO

Sem descurar da técnica tributária e da celeuma conceitual que envolve o lançamento, com embate entre os que lhe atribuem natureza declaratória e os

20. Op. e loc. cit. Embora, registre-se, o ilustre penalista (Fragoso, Pressuposto do crime e condições objetivas de punibilidade..., p. 176-177) termine por concluir que “tanto faz que [as condições objetivas de punibilidade] se situem na linha de desdobramento causal do comportamento, ou não (...)” O critério da causalidade, portanto, não pode ser aceito. As condições são apenas *objetivas* e, assim, o único ponto firme de que se deve partir é o da independência em relação ao aspecto subjetivo do crime.

21. Não é por outra razão que Fragoso (Pressuposto do crime e condições objetivas de punibilidade..., p. 176) explicava que: “As condições objetivas de punibilidade tendem a desaparecer do Direito Penal moderno, onde a máxima *nulla poena sine culpa* vai adquirindo o sentido de princípio básico e fundamental de todo o sistema punitivo”.

que o consideram constitutivo do crédito tributário, o certo é que o Direito Penal deve trabalhar com tal conceito do ponto de vista de seus reflexos e implicações no crime de sonegação fiscal, em termos dos princípios da responsabilidade penal subjetiva, de um lado, e necessidade da pena, de outro.

Embora sempre objeto de críticas, o conceito de lançamento tributário está previsto no art. 142, *caput*, do CTN: “Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível”.

O presente estudo se limitará a analisar uma das espécies de lançamento. O denominado lançamento por homologação é um procedimento – para alguns simples ato – por meio do qual os tributos devem ser calculados e recolhidos antecipadamente pelo contribuinte, independentemente de prévia manifestação do sujeito ativo, isto é, o Fisco, segundo a regra do art. 150, *caput*, do CTN.²²

Ou seja, da interpretação conjunta dos dois artigos citados, o lançamento por homologação opera-se pelo ato da autoridade que expressamente homologa o pagamento antecipado realizado pelo sujeito passivo, nos casos em que a própria lei lhe atribui o dever de antecipar o pagamento, sem que haja prévio exame da autoridade administrativa.

A realidade, contudo, desmente o texto legal, na medida em que no “lançamento por homologação”, verdadeiramente não haverá prévio acerto e lançamento por parte do Fisco. Há apenas uma atuação prévia de cálculo do valor pelo contribuinte, e seu efetivo pagamento. Caberá à autoridade administrativa agir apenas posteriormente, confirmando a atuação do particular, para homologar o pagamento realizado. Aqui haveria o lançamento por homologação. Por outro lado, no caso de omissão ou erro do contribuinte – após procedimento administrativo de fiscalização – a autoridade fiscal, para mediante lançamento de ofício, irá “constituir” o crédito tributário em relação à diferença entre o valor devido e o valor pago por antecipação.

Aliás, no primeiro caso, *a referida homologação do lançamento, na prática nunca acontece!* Efetivamente não há um “ato da autoridade administrativa”,

22. “Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa” (destaquei).

por meio do qual, tomando conhecimento da atividade exercida pelo contribuinte, de calcular e pagar antecipadamente o tributo, expressamente o homologa, nos termos do *caput* do art. 150 do CTN. O que sempre ocorre é o transcurso do prazo estabelecido em lei, de 5 anos, sem que sobre a atividade de cálculo e pagamento do contribuinte haja qualquer manifestação da autoridade administrativa, ocorrendo o que, nos termos do § 4.º do art. 150 do mesmo código, é considerado “homologação tácita”.

Essa sistemática real é relevantíssima do ponto de vista penal e da caracterização do crime tributário, na medida em que a apuração do valor devido, pelo menos no seu momento inicial e em caráter provisório, dar-se-á por ato exclusivo do contribuinte, o mesmo ocorrendo com a antecipação do pagamento. É exatamente nesse momento, nas situações de lançamento por homologação, que o contribuinte, mediante um agir comissivo ou uma prática omissiva tipificada em um dos incisos do art. 1.º da Lei 8.137/1990, reduzirá ou suprimirá o tributo devido. Por outro lado, até então, não terá havido qualquer atuação, acerto ou mesmo mera fiscalização das autoridades tributárias.

Em suma, antes e independentemente de qualquer atividade da autoridade fiscal e do lançamento, já haverá o pagamento do tributo em valor reduzido, ou mesmo a supressão do tributo, mediante omissão de informação ou prestação de informação falsa; ou inserção de dados inexatos em livros contábeis; ou ainda adulteração de nota fiscal, fatura, duplicata etc. Ou seja, a conduta ou a omissão, por meio da qual se suprime ou reduz o tributo, já terá ocorrido antes mesmo do lançamento. A lesão ao bem jurídico penalmente tutelado já terá sido integralmente produzida, sendo possível aferir, independentemente de qualquer fato posterior, o desvalor da ação ou omissão criminosa.

Com os olhos voltados para a realidade das condutas praticadas aptas a lesar o erário, e não fundados em sofismas²³ ou ficções²⁴ do Código Tributário Nacional, não é possível concordar com a posição de que, se ainda não houve lançamento por homologação, não há crédito tributário devido e, portanto, eventual crime de sonegação fiscal ainda não se consumou, estando sujeito a uma condição de punibilidade que será o lançamento definitivo. Isso porque tal modalidade de “lançamento”, em realidade, não passa de uma “homolo-

23. A expressão é de Sacha Calmon Navarro Coêlho, *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense Jurídica, 2015. p. 669.

24. Hugo de Brito Machado (*Curso de direito tributário*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 177) observa que “ainda quando *de fato* seja o lançamento feito pelo sujeito passivo o Código Tributário Nacional, *por ficção legal*, considera que sua feitura é privativa da autoridade administrativa”.

gação do pagamento”.²⁵ Não é, pois, o lançamento que confere exigibilidade necessária ao crédito tributário, mas a própria lei que torna obrigatório o recolhimento do tributo e, como observa Sacha Calmon, “o contribuinte paga sem que haja a mínima interferência do Estado-administração”.²⁶

4. O CONCEITO DE “LANÇAMENTO DEFINITIVO” DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

E isso permite que se entenda outra expressão usual, mas de descompasso entre o direito posto e a prática tributária: “lançamento definitivo”.

Primeiro, do ponto de vista puramente semântico, tal expressão parece indicar se tratar de característica de lançamento que, por rigor lógico, implicaria a existência de característica contrária, ou ao menos diversa, que seria algo como um “lançamento provisório” do tributo.

Sempre restrito ao caso do “lançamento por homologação”, haveria um gênero “lançamento”, do qual seriam espécies: de um lado, o “lançamento” *tout court* [ou provisório] e, de outro lado, o “lançamento definitivo”.

A expressão “lançamento definitivo do tributo”, no caso de impostos sujeitos ao “lançamento por homologação”, pode ser utilizada para caracterizar duas situações distintas. A primeira, uma vez calculado o tributo, prestadas as informações e antecipado o pagamento pelo contribuinte, há posterior fiscalização da administração que, ao final, efetua lançamento *ex officio*. A segunda ocorre no chamado lançamento tácito, em razão do decurso do prazo seja do transcurso do prazo legal para manifestação da autoridade, caracterizando o denominado lançamento por “homologação tácita”.

Nesse segundo caso, de homologação tácita, no momento em que expira o prazo legal, o “lançamento por homologação” será sempre “definitivo”, na

25. Aliás, nem mesmo a “homologação do pagamento” sempre ocorrerá. Isso porque, como explica Brito Machado (*Curso...*, p. 183), o “objeto da homologação não é o pagamento, como alguns tem (sic) afirmado. É a apuração do montante devido, de sorte que é possível a homologação mesmo que não tenha havido pagamento”. E, continua: “se o contribuinte praticou a atividade de apuração, prestou à autoridade administrativa as informações relativas aos valores a serem pagos (DCTF, GIA etc.), e não efetuou o pagamento, pode a autoridade homologar a apuração de tais valores e intimar o contribuinte a fazer o pagamento, com a multa decorrente do inadimplemento do dever de pagar antecipadamente, sob pena de imediata inscrição do crédito tributário então constituído como Dívida Ativa. Ter-se-á, então, um lançamento por homologação sem antecipação do pagamento correspondente. O que caracteriza essa modalidade de lançamento é a exigibilidade legal de pagamento antecipado. Não o efetivo pagamento antecipado”.

26. Sacha Calmon Navarro Coêlho, *Curso...*, p. 666.

medida em que não há que se cogitar de revisão de ofício de lançamento tácito, porque uma vez consumada a decadência do direito de lançar, o lançamento não mais será revisível, posto que a revisão do lançamento somente pode ser iniciada enquanto não extinto o direito de Fazenda Pública de lançar (CTN, art. 149, parágrafo único). Em suma, o lançamento por homologação, na modalidade tácita, sempre será “definitivo”.

Somente no primeiro caso é que, após a apuração e a antecipação do pagamento do contribuinte, poderá haver – normalmente em decorrência de atos de fiscalização, dentro do prazo legal de decadência – efetiva atividade de acerto e lançamento pela autoridade administrativa. Esse “lançamento”, depois de comunicado ao contribuinte, estará sujeito à impugnação. Por isso, pode ser considerado “provisório” ou “não definitivo”.²⁷

Essa provisoriedade do lançamento é decorrência do direito de petição assegurado constitucionalmente (CR, art. 5.º, *caput*, XXXIV). Isso porque o contribuinte, uma vez comunicado do lançamento, pode impugná-lo administrativamente, cabendo às leis que regulam o processo administrativo disciplinar as hipóteses, meio e efeitos de tais impugnações. É por meio da impugnação que o contribuinte se defenderá da constituição do crédito tributário – nesse caso, ainda provisória – contra si, em razão da autuação fiscal.

Nesse caso, somente ao final do processo administrativo de impugnação, com a decisão final no âmbito fiscal, haverá a “constituição definitiva” do crédito tributário, se favorável total ou parcialmente ao Fisco. Este, pois, seria o “lançamento definitivo” do crédito tributário, em caso de prévia impugnação ao lançamento.

Em suma, há um descompasso insuperável entre o Código Tributário Nacional e a realidade tributária brasileira, no caso dos lançamentos por homologação. Para o direito posto, o lançamento é ato de autoridade administrativa que constitui o crédito tributário, “após uma série de atos, que vão da tomada do conhecimento da ocorrência do fato jurídico tributário ao cálculo do tributo e/ou penalidade e notificação do subjetivo passivo”.²⁸ A autoridade documenta a ocorrência do fato jurídico tributário, definindo a existência e o *quantum* do crédito tributário. Mas, na realidade, como retrata Shoueri: “a exigibilidade surge no momento anterior àquilo que o referido Código denominou

27. Mas, em tal situação, é bom que se esclareça, esse lançamento, após uma fiscalização, não mais se tratará de “homologação do pagamento”, ou de “lançamento por homologação”, mas de outra espécie: “lançamento *ex officio*”.

28. Luís Eduardo Shoueri, *Direito tributário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 622.

'lançamento por homologação'. Isto porque o legislador prevê uma obrigação de o devedor 'antecipar' o recolhimento, decorrido certo prazo desde o fato jurídico tributário, independentemente de qualquer notificação. Se o contribuinte não 'antecipar' o tributo, estará, inclusive, sujeito à multa e acréscimos moratórios. No momento da 'homologação' (se houver), o Fisco espera encontrar o tributo integralmente recolhido na forma e prazo da 'homologação'. Mais ainda; o que homologa tacitamente não é um lançamento, mas, quando muito, um pagamento. Assim, verdade seja dita, a parcela mais relevante dos tributos no Brasil tem sua exigibilidade surgida com o fato jurídico tributário, independentemente da 'constituição' do crédito pelo lançamento".²⁹

Havendo esse incontestado descompasso entre a letra da lei e a prática tributária, é possível considerar, para fins penais, que "o lançamento definitivo do tributo", como previsto na Súmula Vinculante 24 do Supremo Tribunal Federal, é condição objetiva de punibilidade, no caso de tributos em que o lançamento se dá na modalidade de "lançamento por homologação"?

Para responder a tal indagação é preciso voltar à caracterização das condições objetivas de punibilidade, nos crimes tributários, agora com vistas específicas para a sistemática do chamado lançamento por homologação.

Como já visto *supra*, no item 1, há forte posicionamento – embora não unânime – no sentido de que as condições objetivas de punibilidade, embora se situem fora do conhecimento e vontade do agente, situam-se no âmbito do desdobramento causal de sua conduta.

Partindo de tal premissa, não há como considerar que o lançamento definitivo do crédito tributário possa ter tal característica, principalmente no caso de lançamento por homologação, que é o objeto do presente estudo.

Nos crimes de sonegação fiscal, a lesão ao bem penalmente tutelado – no caso, a quantia exigida a título de tributo³⁰ – ocorrerá no momento em que o contribuinte, lançando mão de um dos expedientes previstos nos incisos do art. 1.º da Lei 8137/1990, realiza, por si mesmo, um cálculo equivocado e recolhe diretamente ao Fisco, um valor de tributo inferior ao devido, ou mesmo simplesmente deixa de recolher qualquer tributo.

29. Schoueri, *Direito tributário...*, 633-634.

30. O tema, como não poderia deixar de ser, é controverso na doutrina. Adota-se, no ponto, a posição de Heloisa Estellita Salomão, *A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal*. São Paulo: Ed. RT, 2001, p. 208, que passa em minuciosa crítica os diversos posicionamentos da doutrina nacional, com a qual se concorda integralmente.

Ao nos concentrarmos, por outro lado, na ótica do agente e na reprovabilidade de sua conduta, caracterizadora do injusto penal, é evidente que o momento relevante é aquele em que se calcula e se antecipa o pagamento, em valores a menor que o devido. E, como já visto, até tal momento, nada há de lançamento, nenhuma atividade minimamente relevante de autoridade administrativa. Nenhuma atividade prévia de accertamento, seja do fato jurídico tributário, seja do *quantum* do tributo devido.

Evidente que – e sempre com os olhos voltados para a realidade – ao término do prazo para a revisão do pagamento, com a ocorrência do chamado “lançamento tácito”, pela inércia da administração, o pagamento é considerado homologado, inexistindo qualquer problema penal. Mas, reafirme-se, de fato, em tal situação, não terá havido efetivo lançamento, nos termos do art. 142 do CTN!

Por outro lado, se a Administração discordar do cálculo feito pelo contribuinte, e do respectivo valor do pagamento do tributo pago por antecipação, poderá haver, no prazo decadencial, procedimento fiscal e posterior autuação pelos órgãos fiscais. Uma vez sendo cientificado do lançamento – neste caso, *ex officio* – poderá haver subsequente impugnação do contribuinte, instaurando-se um processo administrativo posterior ao lançamento provisório.

Neste último cenário, caberá a uma instância própria, altamente especializada na matéria a ser analisada, discutir, em concreto, a existência da obrigação tributária, o respectivo crédito tributário e, no que diz respeito aos elementos do crime do art. 1.º da Lei 8137/90, se houve ou não supressão ou redução de tributo.

5. O PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O “LANÇAMENTO DEFINITIVO DO TRIBUTO” COMO CONDIÇÃO OBJETIVA DE PUNIBILIDADE

Voltando aos crimes tributários da Lei 8.137/1990, obviamente que a consideração do lançamento definitivo do tributo como condição objetiva de punibilidade irá depender do conceito ou das características que se exija para configurar tal categoria.

Ressalte-se que isso ocorre, em grande medida, por termos importado, desnecessária e indevidamente, um problema que não é nosso! Na doutrina italiana, em razão do art. 44 do Código Penal de 1930, muita discussão houve sobre o tema, inexistindo, mesmo nos dias de hoje, uniformidade na resolução de tal questão.

O problema, entre nós, deve ser resolvido a partir de algumas premissas que dependem de conceitos doutrinários, que passam pelo enfretoamento do

conteúdo de tal categoria. No tão confuso e controvertido tema das condições objetivas de punibilidade há um ponto – talvez o único – de consenso: as condições objetivas da punibilidade não são abrangidas pelo dolo do agente.

Como isso se reflete nos crimes tributários do ordenamento jurídico brasileiro? Adiantando a resposta: tornando evidente que a existência de um tributo devido, suprimido ou reduzido, pela ação ou omissão do contribuinte, não é condição objetiva de punibilidade!

Considerando o crime de sonegação fiscal na sua modalidade do *caput* do art. 1.º da Lei 8.137/1990, o que se percebe é que o elemento normativo “tributo” integra o tipo penal e, como tal, inegavelmente deve ser abrangido pelo dolo do agente, sob pena de caracterizar inadmissível responsabilidade penal objetiva. O agente deve ter conhecimento e vontade de que, com uma das condutas elencadas nos incs. I a V, estará suprimindo um tributo que era devido, ou reduzindo o valor do tributo devido. Sem que haja a consciência e vontade de que há tributo devido e que, mediante uma das condutas previstas nos incisos, se estará suprimindo ou reduzindo o tributo, inexistirá crime por ausência de dolo.

Por outro lado, e independentemente de grande elucubrações ou filigranas teóricas sobre o que caracteriza as condições objetivas de punibilidade, o certo é que a doutrina está segura de que as condições objetivas de punibilidade não são abrangidas pelo dolo do agente. Logo, se o dolo deve abranger o elemento do tipo “tributo”, evidente que o tributo não é uma condição objetiva de punibilidade no crime do art. 1.º, *caput*, da Lei 8.137/1990.

Aliás, foi exatamente em razão da regra geral do *Codice Penale* italiano que, em seu art. 42, veda a punição por conduta prevista como crime, que não fosse “cometida com consciência e vontade”, que houve a necessidade de se excepcionar, no art. 44 do mesmo código que, quando a punibilidade está condicionada, por lei, à verificação de uma condição, o culpado responde pelo crime, mesmo se o evento, do qual depende a verificação da condição, “não é por ele querido”.

Ainda que o art. 44 do *Codice Penale* italiano não forneça uma definição estrutural, que permita distinguir entre condições objetivas de punibilidade e elementos do crime, o dispositivo estabelece um critério funcional de imputação,³¹ excepcionando a regra geral da responsabilidade subjetiva.³² E, por tal critério funcional, tranquilamente aceito pela doutrina brasileira, o tributo, em si, não pode ser condição objetiva de punibilidade.

31. Zanotti, Punibilità (condizioni obiettive di)..., p. 535.

32. Angioni, Condizioni di punibilità..., p. 1442.

Por outro lado, sendo possível distinguir entre tributo, enquanto objeto da obrigação tributária, e lançamento definitivo do tributo, enquanto ato ou procedimento que declara o crédito tributário, conferindo-lhe concreitude quanto ao *an* e *quantum debeatur*, bem como exigibilidade de tal crédito, não mais sujeito à revisão, foi sobre essa segunda situação, que o Supremo Tribunal Federal voltou os olhos para alterar seu posicionamento anteriormente pacificado e sumulado.

No caso do julgamento do *Habeas Corpus* 81.611, do Supremo Tribunal Federal, do voto do relator, Ministro Sepúlveda Pertence, extrai-se o *punctum saliens*: “O ponto é indagar dos reflexos penais dessa eficácia preclusiva da decisão definitiva do procedimento administrativo do lançamento, em favor do contribuinte ou contra ele. (...) De tudo resulta que, *enquanto pendente o processo administrativo, essa incerteza objetiva sobre a existência e o conteúdo da obrigação remanescerá.* (...) Por isso – se não se quer, para fugir de polêmica desnecessária, inserir a *decisão definitiva do processo administrativo de lançamento* entre os elementos do tipo do crime contra a ordem tributária – a *questão apenas se desloca da esfera da tipicidade para a das condições objetivas de punibilidade*”.

Não é possível concordar com tal conclusão.

A redução ou supressão do “tributo” é praticada com “consciência e vontade”, isto é, com “dolo”, evidente que o “tributo” ou a existência de um “crédito tributário” não é uma condição objetiva de punibilidade, mas um elemento – normativo – do tipo penal, que como tal deve ser abrangido pelo dolo do agente. E, nesse caso, o lançamento não agrega uma nova dimensão ofensiva ao ilícito penal, o que normalmente é exigido das condições de punibilidade.

Se uma pessoa se omitiu em uma declaração e com isso suprimiu tributo, ou mediante uma declaração falsa reduziu tributo devido, já há efetiva lesão ao bem jurídico tutelado pelos crimes contra a ordem tributária. O posterior lançamento definitivo do tributo – ou o que é mais comum, a decadência do direito de lançar, pelo decurso do tempo, considerada homologação tácita – somente comprovará que, com aquela conduta pretérita o contribuinte – e não o acusado – deixou de pagar, no todo ou em parte, o tributo devido. A questão é de *simples comprovação de uma lesão já ocorrida*.

Evidente que, no caso da configuração típica do crime do art. 1.º da Lei 8.137/1990, o momento principal é o das condutas previstas nos incisos do referido artigo, com as quais se suprime ou reduz o tributo. O tributo já teria sido suprimido ou reduzido, no momento da antecipação do pagamento, em valores a menor do que o devido. Ou mesmo, no caso de não pagamento,

no momento em que se declara não ser devedor de qualquer tributo. É nesse momento que o erário sofre o prejuízo. O posterior lançamento somente comprova o prejuízo previamente já realizado, nada agregando em termos, seja de desvalor da ação (v.g.: omitir declaração, usar documento falso, falsificar nota fiscal), seja de desvalor do resultado (a supressão ou a redução do tributo).

O que o *lançamento definitivo acrescenta é uma prova da materialidade de um dos elementos do crime*, qual seja, o tributo devido ou, o que seria o reverso da medalha, o crédito tributário que deveria ter sido pago, mas não o foi, integral ou parcialmente. Confere, pois, ao crédito tributário, do ponto de vista da sua repercussão penal, uma prova documental, do *an* e do *quantum debeatur* do tributo. O problema não é de tipicidade ou punibilidade, mas de existência de prova de um dos elementos do crime.

Por tudo isso, não se pode concordar com a respeitável posição no sentido de que o lançamento definitivo do tributo, nos crimes do art. 1.º da Lei 8.137/1990, é condição objetiva de punibilidade.

Além disso, a concepção de que o crédito tributário somente existiria com o lançamento definitivo e, apenas nesse momento, haveria por consumado o crime de sonegação fiscal, inclusive servindo tal fato como o marco no início do prazo prescricional, *gera problemas insuperáveis do ponto de vista do direito intertemporal*.

A consideração de que o crédito tributário só existe no momento do lançamento enfrenta problemas lógicos no próprio âmbito tributário, sendo mesmo desmentido pelo próprio Código Tributário Nacional. Por exemplo, se houver uma mudança legislativa entre a data do fato jurídico tributário e a do lançamento, o crédito tributário será calculado e apurado segundo a legislação em vigor no momento do fato jurídico tributário, e não da lei nova, vigente no momento do lançamento, nos termos do art. 144.³³ Solução equivalente ocorre no caso em que o valor tributário seja expresso em moeda estrangeira, em que se considera, para o cálculo, o valor da moeda na data do fato jurídico tributário e não a cotação da moeda estrangeira na data do lançamento, segundo o art. 143.³⁴

33. Segundo o *caput* do art. 142 do CTN, “O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada”.

34. O art. 143 do CTN dispõe: “Art. 143. Salvo disposição de lei em contrário, quando o valor tributário esteja expresso em moeda estrangeira, no lançamento far-se-á sua conversão em moeda nacional ao câmbio do dia da ocorrência do fato gerador da obrigação”.

Aliás, se o crédito tributário já não existisse e, no campo criminal, a própria lesão ao bem jurídico penalmente tutelado não estivesse consumada, no momento em que ocorre o fato jurídico tributário, havendo o pagamento de tributo a menor, ou mesmo o não pagamento, não existiria razão para que os juros e a multa incidissem desde a data do fato gerador!³⁵

E, o que é mais importante, para fins penais, a *garantia constitucional da anterioridade da lei penal pode ser facilmente violada ao se considerar que o lançamento definitivo do tributo é condição objetiva de punibilidade* e, conseqüentemente, que o delito somente se consuma no momento em que se verificar tal condição. Imagine-se uma situação em que uma determinada conduta não seja criminosa no momento da prática do fato jurídico tributário mas, em razão de alteração de lei penal incriminadora, que anteceda ao lançamento definitivo, tal agir ou omissão passe a ser penalmente típico. Por coerência, ter-se-ia que concluir que a *novatio legis in pejus* se aplica a tal caso, porque entrou em vigor antes da consumação delitiva.

Evidente que tal solução é absolutamente inaceitável, tendo o potencial de tornar letra morta a garantia constitucional do art. 5.º, *caput*, LV,³⁶ mormente em tempos de tanta incerteza tributária e volatilidade da respectiva legislação. Justamente por isso, na doutrina italiana, afirma-se que, para fins de definição do *tempus commissi delicti*, e de efetividade da função típica de irretroatividade da lei penal, o momento do cometimento do crime deve ser considerado o momento da realização da conduta típica, e não o momento em que se verifica a condição.³⁷

Há, ainda, outro complicador, para não se dizer, um óbice insuperável no caso em que as condições objetivas de punibilidade fazem parte dos chamados crimes pressupostos, isto é, crimes que são considerados pressupostos para outros crimes (p. ex.: receptação, favorecimento, calúnia, etc.). Como explica Angioni, nesses casos, a não verificação da condição objetiva de punibilidade

35. Nesse sentido, cite-se a seguinte decisão proferida pelo STJ: “É firme a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que tratando-se (sic) de ICMS, tributo sujeito a lançamento por homologação, prescindível é a homologação formal ou prévio procedimento administrativo fiscal, para que o título inscrito na dívida ativa seja líquido e exigível” (STJ, 1.ª T., AgRg no Ag 994.394/SP, j. 26.08.2008, v.u., rel. Min. Hamilton Carvalhido).

36. Nesse sentido, na doutrina italiana, em relação às condições de punibilidade em geral: Bricola, *Punibilità (condizioni obiettive)*..., p. 604; Zanotti, *Punibilità (condizioni obiettive)*..., p. 548.

37. Nesse sentido: Zanotti, *Punibilità (condizioni obiettive)*..., p. 548.

deveria implicar a inexistência do crime e, também, a inexistência do crime principal.³⁸ É de se imaginar a situação não pouco comum, em que uma importância que deveria ter sido paga a título de imposto, mas não o foi, justamente por caracterizar “caixa dois”, seja submetida à lavagem de dinheiro. O contribuinte apresenta informações falsas e antecipa um pagamento a menor do que o valor do imposto devido. Mas ainda levará anos para ser realizada uma fiscalização e ocorrer o lançamento definitivo do tributo. Se assim o é, chegar-se-ia a concluir, por rigor lógico, que antes do lançamento definitivo do tributo, o crime tributário não está consumado, logo, ainda não gerou produto algum. Assim, se aquele valor sonegado for, por exemplo, remetido para o exterior, mediante dólar-cabo, ou venha a ser declarado como uma simulação de indenização não tributável, não terá havido lavagem de dinheiro. Isso pela simples questão que não se pode lavar o que seria o produto de um crime ainda não consumado! Evidente que tal conclusão seria de todo inaceitável, pois no período entre o não pagamento do tributo e seu lançamento definitivo, haveria um *bill* de indenidade para a lavagem de dinheiro!

Por todo o exposto, principalmente no caso de tributos sujeitos ao chamado lançamento por homologação, não se pode aceitar o posicionamento doutrinário e jurisprudencial de que lançamento definitivo do crédito tributário é uma condição objetiva de punibilidade e, muito menos, que o crime de sonegação fiscal somente se consumaria no momento do lançamento definitivo.

6. O LANÇAMENTO DEFINITIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO: CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE CARACTERIZADORA DA JUSTA CAUSA PARA AÇÃO PENAL

No item anterior procuramos demonstrar que o lançamento definitivo do tributo, ou mesmo de um “crédito tributário”, não é uma condição objetiva de punibilidade, nem intrínseca nem extrínseca.³⁹

É caso de se analisar, então, qual a repercussão penal ou processual penal do lançamento definitivo do crédito tributário?

38. Francesco Angioni, Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1989, p. 1454, p. 1450.

39. Na doutrina italiana, em profundo estudo, Angioni (Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1989, p. 1473-1476) sustenta que entre as denominadas condições intrínsecas de punibilidade e condições de procedibilidade, não há espaço jurídico para a categoria intermediária das “condições extrínsecas de punibilidade”, cujas hipóteses quem em tal conceito costuma ser enquadradas, devem se consideradas, todas, condições de procedibilidade.

Antes, porém, é de se estabelecer uma premissa, desfazendo confusões. A persecução penal por crime de sonegação fiscal do art. 1.º da Lei 8.137/1990 efetivamente, não se dá por ação penal de iniciativa pública condicionada, na medida em que a lei não exige, expressamente, uma prévia condição legal, como é o caso da representação do ofendido ou a requisição do Ministro da Justiça.

Porém, não é menos certo que, nos crimes tributários, como em qualquer processo penal, exige-se justa causa para a ação penal, (CPP inc. III, do art. 395), entendida como um lastro ou suporte probatório mínimo, sobre a existência do crime e a autoria delitiva.

Como já escrevemos em outro momento, “a finalidade da justa causa é evitar que denúncias ou queixas infundadas ou mesmo sem uma viabilidade aparente possam prosperar. Inegável o caráter infamante do processo penal. É exato que, sob o ponto de vista jurídico, a garantia constitucional da presunção de inocência, enquanto regra de tratamento do acusado, assegura que nenhuma diferenciação possa existir entre, de um lado, aquele que é acusado de um delito, sem que haja uma condenação transitada em julgado contra si, e, de outro, qualquer cidadão que nunca foi processado. Mas também é certo que, do ponto de vista moral, social e mesmo psicológico, o simples fato de estar sendo processado criminalmente é um pesadíssimo fardo a ser carregado pelo acusado. Ser réu em processo criminal é, portanto, de alguma forma, já estar sendo punido.

Diante do caráter infamante e apenador do simples “estar sendo processado”, seria uma intolerável agressão à dignidade do cidadão admitir que se pudesse processar alguém, imputando-lhe a prática de um delito, sem que houvesse uma mínima base probatória quanto à existência do crime e a autoria delitiva. Isto é, sem que houvesse elementos, normalmente colhido no inquérito policial, a indicar que a ação penal não é temerária. Ilusório seria o “Estado de Direito” em que qualquer acusação infundada pudesse prosperar”.⁴⁰

Ao se projetar a necessidade de justa causa para a ação penal nos crimes tributários, fica claro que, na sonegação fiscal, há necessidade de comprovação da materialidade delitiva, no que se refere à supressão ou redução do tributo. Portanto, não se trata de questão de *tipicidade material*, mas de *comprovação da materialidade delitiva*, diante de uma especial peculiaridade do tributo.

O sistema de acerto tributário estabelece *uma instância própria, altamente especializada, no âmbito da própria Administração Pública, com atribuição*

40. *Processo Penal...*, p. 163-164.

específica para proceder ao lançamento do crédito tributário, bem como para analisar eventuais impugnações ao lançamento. Com isso, declara a existência de um crédito tributário e estabelece o seu valor, além de certificar o *an* e o *quanto debeatur*.

Como normalmente é raríssima, para não se dizer inexistente, a situação de posterior homologação expressa do prévio cálculo e antecipação do pagamento pelo contribuinte, o que ocorre, na esmagadora maioria dos casos, é que dentro do prazo decadencial em que o lançamento é revisível, em razão de uma fiscalização tributária, acaba havendo um lançamento tributário *ex officio* e, uma vez cientificado de tal ato, o contribuinte pode impugná-lo. Havendo impugnação, aquele lançamento, provisório, deverá ser verificado em instâncias administrativas superiores.

Em tal situação *antes do término desse processo administrativo fiscal, com o lançamento definitivo do tributo devido, após acertamento e quantificação, não haverá justa causa para a ação penal*. Isto é, inexistirá *prova da materialidade delitiva*, apta a amparar legal e validamente, a instauração do processo penal.

Somente com o término do processo administrativo decorrente da impugnação do contribuinte ao lançamento *ex officio* decorrente de fiscalização, é que se terá como “definitivo” o lançamento tributário. Apenas em tal momento, haverá “prova da materialidade”, em relação ao elemento do crime “tributo” (isto é, do crédito tributário) que foi reduzido ou suprimido, por uma das condutas previstas nos incisos do art. 1.º da Lei 8.137/1990. Se não há o esgotamento de tal via, com o chamado “lançamento definitivo do tributo”, inexistirá justa causa para a ação penal, por ausência de prova da materialidade delitiva, quanto ao elemento tributo.⁴¹

-
41. Situação semelhante e que costuma ser tratada pela doutrina também como hipótese de condição de procedibilidade, é a anulação do casamento (isto é, a sentença de anulação do casamento), exigida pelo parágrafo único do art. 236, para que se possa processar e punir o crime de ocultação de impedimento ou de induzimento a erro essencial. No sentido de se tratar de condição de procedibilidade: Heleno Cláudio Fragoso (*Lições de direito penal: parte especial (arts. 213 a 359 CP)*). 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 102; Câmara Leal, *Comentários ao Código de Processo Penal*. vol. I, p. 198; José Frederico Marques, *Tratado de direito penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1966. vol. 3, p. 317. Em sentido contrário, considerando que se trata de condição de punibilidade: Nelson Hungria, *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. vol. I, t. II. p. 29, nota 27; Paulo José da Costa Jr., *Comentários ao Código Penal*. São Paulo: Saraiva, 1990. vol. 3, p. 176; Luiz Regis Prado, *Tratado de direito penal brasileiro: parte especial*. São Paulo: Ed. RT, 2014. vol. 5, p. 596; Cezar Roberto Bitencourt, *Tratado de direito penal: parte especial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva,

Aliás, é de se notar que, muitos dos autores que admitem a dicotomia entre condições de punibilidade intrínseca e extrínseca consideram que, nestas últimas, há um juízo de conveniência e oportunidade sobre a instauração ou não do processo, fundado em elementos considerados relevantes pelo legislador, de modo que, sem a ocorrência de tal condição, não há interesse em processar e, conseqüentemente, punir o autor do fato, como exposto no item 2, *supra*. Também é entendimento corrente que nas condições extrínsecas de punibilidade a conduta praticada já esgotou totalmente a lesão ao bem penalmente tutelado e, o verificar de tal condição, em nada acrescenta em termos de ofensividade penal.⁴² Em outros termos, na ausência de uma condição extrínseca da punibilidade, *não se pune porque não se considera oportuno o processo*.⁴³ Não são, pois, considerações atinentes ao fim da pena que faz com que não se queira punir. O problema não é, ontologicamente, de desnecessidade de pena. Ao contrário, são interesses externos, de natureza processual, que mostram ser inconveniente iniciar o processo.⁴⁴

Por exemplo, na doutrina italiana, afirma-se, por exemplo, que no crime de embriaguez, se o agente não é surpreendido em flagrante (art. 688),⁴⁵ são razões de ordem probatória,⁴⁶ ou melhor, de grande dificuldade probatória de comprovar o delito, que justifica que se deixe de puni-lo. Na verdade, de processá-lo e, conseqüentemente, de puni-lo. De forma semelhante, nos crimes

2011. vol. 4, p. 209. Aliás, no caso do crime do art. 236 do CP, a caracterização da sentença declaratória de nulidade do casamento como condição de procedibilidade caracterizadora da justa causa para a ação penal, enquanto prova de um dos elementos necessários para comprovar a materialidade delitativa, fica ainda mais clara, ao ser perceber que, excepcionando a regra geral do *caput* do art. 155, que prevê que o juiz formará sua convicção pela “livre apreciação da prova”, o parágrafo único do mesmo artigo excepciona “Somente quanto ao *estado das pessoas* serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil”.

42. Bricola, Punibilità (condizioni obiettive)..., p. 594.

43. Pecorella, Riflessione in tema di..., p. 250.

44. Bricola, Punibilità (condizioni obiettive)..., p. 595.

45. A contravenção de “ubriachezza” é prevista no art. 688 do *Codice Penale* italiano, no seguintes termos: “Chiunque, in un luogo pubblico o aperto al pubblico, è colto in stato di manifesta ubriachezza è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 51 a euro 309.

La pena è dell’arresto da tre a sei mesi se il fatto è commesso da chi ha già riportato una condanna per delitto non colposo contro la vita o l’incolumità individuale.

La pena è aumentata se l’ubriachezza è abituale” (destaquei).

46. Bricola, Punibilità (condizioni obiettive)..., p. 595.

pré-falimentares, se não houver, no juízo cível, uma sentença de declaratória de falência; ou sem a sentença anulatória de matrimônio, no crime de indução ao matrimônio, mediante engano (art. 558),⁴⁷ o processo penal estaria fadado ao insucesso, na medida em que tais sentenças têm uma inegável eficácia probatória, agregando certeza a um dos elementos do crime.⁴⁸

Em todos esses casos, o que se tem em comum é que tais “condições” têm um papel ligado ao atingimento da “certeza probatória”, uma vez que se tratam de fatos (ser surpreendido em flagrante), ou uma decisão judicial (sentença declaratória de falência, sentença de anulação do casamento), que revelam uma incontroversa eficácia probatória.⁴⁹

Exatamente o mesmo raciocínio vale, entre nós, para o chamado “lançamento definitivo do tributo”, no crime de sonegação fiscal. Embora não se trate de uma sentença judicial, mas de uma decisão definitiva no âmbito da administração pública, o que se tem é um ato decisório definitivo que comprova a existência e o valor do tributo que deveria ter sido pago e não o foi. Seu aspecto probatório é inegável, em relação ao elemento do crime “tributo”. Mais do que isso, sem que no próprio âmbito administrativo haja um reconhecimento e um ato constitutivo do crédito tributário, um processo penal pelo crime de sonegação fiscal será de total inutilidade, sendo difícilima uma condenação. Por isso, não é conveniente o processo sem a ocorrência de tal fato, isto é, o lançamento definitivo do tributo.

Todavia, se nestes casos a função da chamada condição extrínseca de punibilidade é eminentemente processual, relacionada a questões de conveniência e oportunidade, que fazem com que não seja útil o processo – mais do que não ser conveniente punir – na ausência do lançamento definitivo do tributo. Todavia, ocorrendo o lançamento, tem-se a comprovação de um dos elementos do crime, tornando útil e viável o processo. Assim sendo, não há porque tratar a questão sob o enfoque das condições objetivas de punibilidade.

Aliás, Nuvolone já destacava que, justamente porque as condições extrínsecas de punibilidade têm por função determinar um fato externo, em relação ao

47. No Código Penal italiano, o art. 558 prevê o crime de “Induzione al matrimonio mediante inganno”, nos seguintes termos: “Chiunque, nel contrarre matrimonio avente effetti civili, con mezzi fraudolenti occulta all'altro coniuge l'esistenza di un impedimento che non sia quello derivante da un precedente matrimonio è punito, se il matrimonio è annullato a causa dell'impedimento occultato, con la reclusione fino a un anno ovvero con la multa da euro 206 a euro 1.032” (destaquei).

48. Zanotti, Punibilità (condizioni obiettive)..., p. 546.

49. Zanotti, Punibilità (condizioni obiettive)..., p. 546.

qual o legislador pretende subordinar a relevância penal da conduta do agente, é que as condições extrínsecas de punibilidade “presentano sensibili analogie con le condizioni di procedibilità”.⁵⁰

Por outro lado, entre nós, tem pouco sentido grandes divagações teóricas sobre seus efeitos: não se processa porque não se pune (ausente a condição de punibilidade) ou não se pune porque não se processa (faltando a condição de procedibilidade). Isso porque é evidente que, sem a condição de procedibilidade, não é possível instaurar a ação penal, na medida em que faltará uma condição para o seu exercício (CPP, art. 395, II), geralmente identificável com a possibilidade jurídica do pedido.⁵¹ Por outro lado, como a doutrina considera que, se estiver ausente a punibilidade concreta, não é possível o exercício da ação penal,⁵² o efeito prático será o mesmo, quer se considere ausente a condição objetiva de punibilidade, quer se entenda faltante a condição de procedibilidade.

Ao mais, são bem pouco claras as linhas divisórias entre as condições objetivas de punibilidade, enquanto condicionantes de direito material, e as condi-

50. *Il Diritto Penale del Fallimento...*, p. 15. De modo semelhante, Vassalli (Cause di non punibilità..., p. 618) afirma “molte volte le ipotesi di non punibilità sono limitrofe a quelle della subordinazione della punibilità alla condizione della querela”. Nesse mesmo sentido: Bricola, Punibilità (condizioni obiettive), p. 594. Mais enfático, Angioni, Condizioni di punibilità..., p. 1455, identifica as condições extrínsecas de punibilidade com as condições de procedibilidade.

51. Nesse sentido: José Frederico Marques, *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1961. vol. II, p. 392. Ao mesmo resultado chega Ada Pellegrini Grinover (*As condições da ação penal*. São Paulo: José Bushatsky Ed., 1977. p. 198), quando conclui: as ‘condições de procedibilidade’ não existem. Os exemplos da doutrina são reconduzíveis à possibilidade jurídica”.

52. No sentido de que se já estiver extinta a punibilidade, o pedido também será juridicamente impossível: José Frederico Marques, *Tratado de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1980. vol. 2, p. 77; Romeu Pires de Campos Barros, *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. vol. I, p. 276. Em sentido contrário, considerando que a questão seria de falta de interesse de agir: Fernando N. Bittencourt Fowler, Anotações em torno da ação penal pública no projeto de reforma. *Revista do Ministério Público do Paraná*. n. 7. p. 92. Curitiba, 1977. O mesmo efeito prático decorrerá, também, do posicionamento que considera a punibilidade concreta da conduta como uma condição da ação autônoma, a teor do revogado inc. II do art. 43 do CPP: Antonio Acir Breda, Efeitos da declaração de nulidade no processo penal. *Revista do Ministério Público do Paraná*. n. 9. p. 177. Curitiba, 1980; Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989. p. 148; Marco Afonso Nunes da Silveira, *A tipicidade e o juízo de admissibilidade da acusação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 56-57; Aury Lopes Júnior, *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 373.

ções de procedibilidade, de natureza processual,⁵³ e as tentativas de apartá-las baseiam-se em “fórmulas vagas, ambíguas e caprichosas”.⁵⁴ Essa falta de clareza na delimitação dos institutos nada mais é do que uma dificuldade na própria fixação dos limites lindeiros entre o Direito Penal e o Direito Processual Penal.⁵⁵

Evidente que diante do caráter de coação indireta do direito penal, e da impossibilidade, ao menos como regra, de atuação do direito penal material sem que haja um prévio processo, por força da máxima garantia do *nulla poena sine iudicium*, condicionar o processo é condicionar a punição. Por isso, os impedimentos processuais, entre os quais se incluem as condições de procedibilidade, têm um duplo efeito, o primário e processual de impedir o início do processo,⁵⁶ e o secundário ou material, de excluir a punibilidade do suposto delito que seria julgado.⁵⁷

De qualquer forma, mormente nas situações em que, por vezes, são identificadas como condições extrínsecas de punibilidade, ligadas a um fato futuro e incerto, ou a uma decisão judicial, que represente prova de certeza de um dos elementos do crime, e cuja ausência torna não conveniente a instauração do processo penal, a questão parece estar mais ligada ao direito processual penal do que ao direito penal material. Portanto, merece se tratada como condição

53. Assim, por exemplo, Edgard Magalhães Noronha (*Direito penal: introdução e parte geral*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 103) depois de afirmar que “não vemos sempre nítida distinção entre as condições objetivas de punibilidade e de procedibilidade”, arremata: “Se a punibilidade efetiva está sujeita à procedibilidade – *nulla poena sine iudicio* – parece-nos que realmente as duas circunstâncias se confundem. De qualquer maneira, se distinção houver, será nenhuma no terreno prático”. Para Julio Maier (*Derecho Procesal Penal. Parte General: Sujetos Procesales*. Buenos Aires: Del Puerto, 2003. t. II, p. 79): “es difícil tan siquiera convenir el lugar aproximado donde trazar la frontera entre presupuestos procesales y condiciones objetivas de punibilidad”. No mesmo sentido: Daniel R. Pastor. *El plazo razonable en el Proceso del Estado de Derecho*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009. p. 591.

54. A expressão é de Pastor, *El plazo razonable...*, p. 600.

55. Claus Roxin (*Derecho Procesal Penal*. Trad. Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Del Puerto, 2000. p. 172) observa que: “los presupuestos procesales y las condiciones objetivas de punibilidad, o las causas personales de exclusión de la pena, están tan cerca unas de otras, hasta tal punto que a veces sean intercambiables y que la atribución de una circunstancia al Derecho material o al procesal dependa, con frecuencia, de causalidades históricas”.

56. Ou, a depender do impedimento, encerrar definitivamente o processo, como por exemplo: existência de coisa julgada ou litispendência.

57. Esse duplo efeito é destacado por Pastor, *El plazo razonable...*, p. 603.

de procedibilidade, ligada à justa causa para a ação penal, cuja ausência torna infrutífero, do lado da persecução penal, e abusivo, do ponto de vista do acusado, o exercício do direito de ação penal. O problema é muito mais de condicionante da persecução penal do que considerá-lo sob o enfoque da algo que condicione a punibilidade.

De qualquer forma, e esse parece o ponto principal, há aspectos relevantes, do ponto de vista de garantias fundamentais do indivíduo, que devem ser uniformemente considerados, independentemente de filigranas conceituais ou dogmáticas, porque uns consideram uma determinada condicionante legal como condição objetiva de punibilidade, e outros, como condição de procedibilidade.

Assim, eventos futuros, como o lançamento definitivo do crédito tributário, seja tratado como condição de punibilidade, seja como condição de procedibilidade, devem respeitar a exigência de legalidade estrita. Independentemente de sua classificação, haverá a impossibilidade de aplicação de mudanças legais prejudiciais ao acusado, ocorridas *ex post factum*, de um lado, e será de rigor a aplicação retroativa da *novatio in melius*, de outro.⁵⁸ Isso porque, de um ou outro lado, a punição não será legítima se imposta fora desse marco garantista, seja porque condicionada sob a ótica do direito penal material, seja porque subordinada a um acontecimento futuro, considerado de cariz processual.

Com enorme propriedade afirma Julio Maier: “Lo discutible es, sin embargo, que dependa de nuestra clasificación, esto es, de nuestra inclusión como circunstancia objetiva de punibilidad o como presupuesto procesal, la legitimidad de que a una realidad dada se le pueda aplicar una ley posterior al hecho punible imputado, por cierto, desfavorable para quien soporta la persecución penal en relación la ley del hecho. (...) No se debería dudar, entonces, al afirmar que todas las condiciones, positivas (ejercicio de la acción penal) y negativa (extinción de la acción penal), de la persecución penal – llamadas también: *condiciones de perseguibilidad* – son asimismo, en el sentido expresado, *condiciones de la punibilidad* (objetivas, en tanto no dependen del conocimiento y de la voluntad del agente), o, al menos, funcionan como ellas, y, por tanto, están gobernadas también por los mismos principios”.⁵⁹

Considerar que, no caso dos crimes de sonegação fiscal, há necessidade de uma especial e reforçada exigência de justa causa,⁶⁰ enquanto lastro probatório

58. Maier, *Derecho Procesal Penal*, t. II, p. 81-82.

59. Maier, *Derecho Procesal Penal*, t. II, p. 79-80.

60. Na doutrina nacional, o tratamento do lançamento definitivo do tributo, sob um enfoque probatório, e não sob a ótica da condição de punibilidade, é encontrado em Janaina Paschoal e Jorge Coutinho Paschoal (*A Constituição do crédito tributário, a*

da materialidade delitiva, por meio de comprovação idônea e específica, não é exigir algo inédito no sistema processual penal brasileiro. Situações semelhantes correm no caso da necessidade de laudo pericial homologado judicialmente, comprovando a violação do direito de propriedade (CPP, art. 525 do CPP), ou nos crimes de drogas em que, para a caracterização da justa causa, no que diz respeito à prova da materialidade delitiva, exige-se o chamado “laudo de constatação” (Lei 11.343/06, art. 50, § 1.º).

As regras especiais acima lembradas apenas decorrem do fato de que, para tais crimes, devido a peculiaridades em seu cometimento, a demonstração da materialidade delitiva exige um especial meio de prova, para conferir maior segurança de que se está, efetivamente, diante de uma denúncia ou queixa por um fato que, efetivamente, caracteriza um crime e não um indiferente penal.

O mesmo ocorre com relação ao crime de sonegação fiscal. Ainda que não haja um dispositivo legal semelhante, a mesma conclusão se chega por uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico. Isso porque, se a própria Administração Pública institui, internamente, órgão para que o contribuinte possa contestar o lançamento fiscal – provisório, evidentemente – e se a lei prevê um processo administrativo, com acerto estatal, decorrente de atividade argumentativa e probatória do contribuinte e do Fisco, e subsequente decisão final, sobre o erro ou acerto do lançamento provisório – no caso, do valor objeto do cálculo e pagamento prévio feito pelo contribuinte, em se tratando do chamado lançamento por homologação – é evidente que, tendo sido instaurada tal instância administrativa, antes de haver a sua conclusão definitiva, não se poderá considerar que existe “prova da materialidade delitiva”, no que diz respeito, de um lado, à existência de tributo devido, e de outro, de que o valor pago pelo contribuinte implicou a redução do tributo ou mesmo que o seu não pagamento, caracterizou supressão de tributo devido.

Por óbvio, a conclusão, no sentido de ausência de um mínimo lastro probatório, não significa que o fato, em abstrato, seja atípico ou que ainda não tenha havido a consumação delitiva. Muito menos está se asseverando que se trata de crime sujeito a condição equivalente à representação do ofendido ou requisição do Ministro da Justiça, que são as hipóteses comuns de ação penal pública condicionada.

Simplesmente se conclui, por uma análise sistemática do ordenamento jurídico, e em especial por haver instância administrativa específica para a análise

consumação do crime tributário e a extinção da punibilidade pela prescrição, in *Boletim IBCCrim*, n. 194, jan. 2009, p. 2) que consideram que, em relação ao lançamento, a “decisão definitiva funcionaria como um exame de corpo de delito”.

do erro ou correção do acerto tributário, ante eventual impugnação do contribuinte, que sem o lançamento definitivo do tributo, no caso de lançamento por homologação, não haverá prova da materialidade delitiva, no que diz respeito à existência e ao valor do crédito tributário, que constitui elemento do crime do art. 1.º da Lei 8.137/1990.

7. CONCLUSÕES

7.1 As chamadas condições intrínsecas de punibilidade dizem respeito ao bem jurídico tutelado pela norma penal, implicando uma progressão ou agravamento da ofensa já realizada antes do evento condicionante. Não são, portanto, verdadeiras condições objetivas de punibilidade, servindo para mascarar elementos constitutivos do crime. Devem estar abrangidas pelo dolo ou pela culpa do agente, sob pena de caracterizar responsabilidade penal objetiva.

7.2 As condições extrínsecas de punibilidade não têm um nexo funcional com o bem jurídico protegido pela norma penal, não agravam a lesão a ele perpetrada e são externas ao preceito incriminador, sendo indiferente que o agente as tenha querido ou previsto ou mesmo que sejam previsíveis. Sem sua ocorrência, o legislador opta por não sancionar uma conduta que, normalmente, corresponderia a um tipo penal.

7.3 No lançamento por homologação, não há previa atividade de autoridade estatal. Na prática, geralmente o que ocorre é a chamada homologação tácita, pelo transcurso do prazo de revisão do “lançamento”, sem que sobre a atividade de cálculo e pagamento do realizada previamente pelo contribuinte, haja qualquer verificação ou manifestação da autoridade administrativa.

7.4 As condutas tipificadas nos incs. I a V do *caput* do art. 1.º da Lei 8.137/1990 ocorrem no momento prévio, em que cabe ao contribuinte calcular e pagar o tributo. A relevância penal do desvalor da conduta situa-se em tal momento, e não posteriormente, seja no eventual processo de fiscalização realizado no período passível de revisão do “lançamento”, seja quando do término de tal prazo em que o “lançamento” é tacitamente homologado.

7.5 O lançamento definitivo do tributo, no caso de lançamento por homologação, não é condição objetiva de punibilidade, do crime do art. 1.º, *caput*, da Lei 8.137/1990, sendo equivocado o enunciado da Súmula Vinculante 24 do Supremo Tribunal Federal.

7.7 No crime de sonegação fiscal, no caso de tributo sujeito ao lançamento por homologação, o lançamento definitivo tem a natureza de condição de procedibilidade, caracterizadora da justa causa para a ação penal.

7.8 Antes do chamado lançamento definitivo do tributo, faltará justa causa para a ação penal, no termos do inc. III do art. 395 do Código de Processo Penal. E, mesmo em relação ao inquérito policial, sem a certeza de que houve supressão ou redução do tributo, pelo lançamento, não se poderá iniciar a investigação preliminar.

8. BIBLIOGRAFIA

- ANGIONI, Francesco. Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. 1989. p. 1454.
- ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1960. vol. I.
- ASÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de Derecho Penal*. 3. ed. Buenos Aires: Losada, 1985. vol. VII.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.
- BARROS, Romeu Pires de Campos. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. vol. I.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. vol. 4.
- BREDA, Antonio Acir. Efeitos da declaração de nulidade no processo penal. *Revista do Ministério Público do Paraná*. n. 9. Curitiba, 1980.
- BRICOLA, Franco. Punibilità (condizioni obiettive). *Novissimo Digesto Italiano*. Torino: UTET, 1976, XIV.
- CÂMARA LEAL, Antonio Luiz da. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Ed., 1942. vol. I.
- CAMELI, Vittore. *Le condizioni obiettive di punibilità e la sfera dei principi penali*. Napoli: Morano, 1961.
- CERNICCHIARO, Vicente. Princípio da irretroatividade da lei penal. In: CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR., Paulo José da. *Direito penal na Constituição*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 1995.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- COSTA JR., Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*. São Paulo: Saraiva, 1990. vol. 3.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989.
- FOWLER, Fernando N. Bittencourt. Anotações em torno da ação penal pública no projeto de reforma. *Revista do Ministério Público do Paraná*. Curitiba, n. 7, 1977.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. Pressuposto do crime e condições objetivas de punibilidade. *Estudos de direito e processo penal em homenagem a Nelson Hungria*. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1962.

- _____. *Lições de direito penal: parte especial (arts. 213 a 359 CP)*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- _____. *Lições de direito penal: parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. vol. I.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *As condições da ação penal*. São Paulo: José Bushatsky Ed., 1977.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. vol. I, t. II.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MAIER, Julio B. R. *Derecho Procesal Penal. Parte General: Sujetos Procesales*. Buenos Aires: Del Puerto, 2003. t. I.
- MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Manuale di diritto penale. Parte generale*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 2015.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1961. vol. II.
- _____. *Tratado de direito penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1966. vol. 3.
- _____. *Tratado de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1980. vol. 2.
- MESSINA, Salvatore Donato; SPINNATO, Giorgia *Manuale Breve Diritto Penale*. Milano: Giuffrè, 2012.
- NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal: introdução e parte geral*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.
- NOSTRE, Guilherme A. de Moraes. Comentário ao art. 180. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (coords.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências: Lei 11.101/2005*. São Paulo: Ed. RT, 2005.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012. vol. I.
- NUVOLONE, Pietro. *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*. Milano: Giuffrè, 1955.
- PAGLIARO, Antonio. *Il Reato*. Milano: Giuffrè, 2007.
- PASCHOAL, Janaina; PASCHOAL, Jorge Coutinho. A Constituição do crédito tributário, a consumação do crime tributário e a extinção da punibilidade pela prescrição. *Boletim IBCCrim*. n. 194. p. 2. jan. 2009.
- PASTOR, Daniel R. *El plazo razonable en el Proceso del Estado de Derecho*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009.
- PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro. Parte geral: consequências jurídicas do delito*. São Paulo: Ed. RT, 2014. vol. 3.

- _____. *Tratado de direito penal brasileiro: parte especial*. São Paulo: Ed. RT, 2014. vol. 5.
- RAMACCI, Fabrizio. *Le condizione obiettive di punibilità*. Napoli: Jovene, 1971.
- ROMANO, Mario; GRASSO, Giovanni; PADOVANI, Tullio. *Commentario sistematico del Codice Penale*. Milano: Giuffrè, 2011.
- ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Trad. Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Del Puerto, 2000.
- SALOMÃO, Heloisa Estellita. *A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal*. São Paulo: Ed. RT, 2001.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- SILVEIRA, Marco Afonso Nunes da. *A tipicidade e o juízo de admissibilidade da acusação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- VASSALLI, Giuliano. Cause di non punibilità. in *Enciclopedia del Diritto*, VI. Milano, 1960.
- WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán. Parte general*. 3. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1987.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal. Parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2011.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A função do lançamento tributário e considerações sobre o lançamento por homologação, de Gustavo Goiabeira de Oliveira – *Doutrinas Essenciais de Direito Tributário* 10/213-232 (DTR\2005\763);
- Crimes contra a ordem tributária: aspectos relevantes, de Eustáquio Nunes Silveira – *RT* 813/473 (DTR\2003\436);
- Crimes tributários: a natureza jurídica do lançamento definitivo, de Ingrid Meira Cartaxo Filgueiras Magliano – *RTrib* 103/87 (DTR\2012\2737);
- Procedimento tributário-penal – Aplicação de penalidades tributárias – Prova em procedimento tributário – Aplicação de princípios processuais – Arbitramento de valor tributável em lançamento por homologação, de Geraldo Ataliba – *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 5/263-381 (DTR\2012\633); e
- Súmula Vinculante 24 do STF e os crimes tributários – Crime omissivo material, poderes do Ministério Público, prazo prescricional penal e outros contornos jurídico-pragmáticos, de Florence Haret – *RTA* 7/35 (DTR\2013\6958).

The background features a light gray grid pattern that becomes more prominent in the lower right quadrant. Overlaid on this are several large, semi-transparent, overlapping circles in shades of gray, creating a layered, geometric effect.

**Em
Destaque**



ENTREVISTA COM O ADVOGADO MÁRIO SÉRGIO DUARTE GARCIA

FLÁVIO LUIZ YARSELL

Professor Titular da Faculdade de Direito da USP. Advogado.

Em pleno mês de dezembro – período usualmente conturbado para advogados, tendencialmente ensandecidos com o prenúncio de apocalipse, que parece rondar a mente e o espírito de alguns clientes nessa época do ano –, o Advogado Mário Sérgio Duarte Garcia abriu as portas de seu escritório para nos receber e falar sobre a Advocacia. Época ruim, mas o calendário da publicação da Revista assim impunha. Por sorte, para advogados como Mário Sérgio parece não haver dia ruim para receber um colega.

Apressei-me em lhe pedir desculpas pela “encrenca” que eu acabara por provocar, mas sua generosidade está muito além disso; generosidade e força interior. Às vésperas da data inicialmente marcada para nosso encontro, falecera familiar dele, muito próximo. Cheguei a sugerir que adiássemos, mas ele insistiu em manter o compromisso. Então, depois de novo contratempo, a sorte (minha, naturalmente) “virou” e conseguimos conversar.

Estava ali a primeira mensagem – quiçá involuntária – do grande Advogado: por mais que a vida pessoal e profissional nos pressione e nos convide à indiferença e à aspereza; por maior que seja a competitividade própria dos embates jurídicos; é preciso exercitar a *gentileza* e a *cordialidade* – o que vale para todos, mas especialmente entre colegas. Disso depende muita coisa. Interiormente, envergonhei-me das vezes em que não tive grandeza semelhante (por me entender sempre tão ocupado), mas me resignei como um aprendiz diante do Mestre. Afinal, a consciência da deficiência já é o primeiro passo...

Começamos com sua visão da realidade da Advocacia, suas vicissitudes e crescente complexidade. Mário Sérgio lembrou do início da carreira: sua passagem por Ofício de Família, depois o trabalho no Sindicato da Indústria de Grandes Estruturas até chegar à atuação em Escritório de Advocacia – lembranças entremeadas com a da morte prematura do pai e da dura missão a cargo da mãe, com quatro filhos para criar.

– Não há dúvida sobre a complexidade da sociedade contemporânea, consequência e fruto da dinâmica com que se desenvolveram os negócios origi-

nados do intercâmbio internacional. Na época em que comecei a exercer a advocacia, há mais de 60 anos, não se via tanto, como atualmente, a necessidade de conhecimentos técnico-jurídicos de nível internacional, dedicados então ao atendimento da clientela, quase que exclusivamente nacional. Em São Paulo havia apenas duas Faculdades de Direito, a da USP, conhecida como a do Largo de São Francisco, onde fiz o vestibular e me formei em 1954, e a da PUC (Pontifícia Universidade Católica), fundada há menos de 5 anos, quando meu ingresso na Fadusp. O crescimento populacional, desde então, a que se somou à massificação do ensino, provocou a abertura de novas Faculdades de Direito e o conseqüente aumento de bacharéis, dedicados ao Direito, em diferentes áreas de atuação profissional. Não resta dúvida de que o volumoso número de advogados que a partir de então passaram a ser formados e do vertiginoso aumento de escritórios de advocacia e, por outro lado, a menos adequada qualidade do ensino, provocou um conseqüente reflexo na área advocatícia, por profissionais lançados no mercado sem a melhor formação jurídica-profissional, acarretando uma crescente preocupação.

Falando do aumento da concorrência nos grandes centros, Mário Sérgio lembrou que “hoje se exige muito mais dos profissionais do direito, que procuram especializar-se e que, conseqüentemente, devem ser cada vez mais capacitados”; sem falar na luta pela aprovação no Exame da Ordem, “exigência legal pela qual a OAB tanto batalhou”:

– Incumbe aos novos profissionais, mesmo aos que já detenham razoável experiência, persistir em seus estudos, aumentar seus conhecimentos, inclusive em línguas estrangeiras, para poderem prestar adequada assessoria jurídica a clientes nos ramos do direito, expandidos pela múltipla variedade dos negócios que necessitam da atuação e assessoria do profissional da advocacia.

Propus, então, que ele nos desse sua visão sobre o *processo eletrônico*. Ela foi positiva:

– A implantação do processo eletrônico e de um sistema informatizado pode colaborar muito com o sistema judicial. Antigamente, as publicações precisavam ser datilografadas pelos serventuários e escreventes, uma a uma, para saírem no Diário Oficial. Assim, com a inclusão da informática e do processo eletrônico, o processo poderá ser mais célere e tais atos burocráticos (como citações e intimações) serão mais ágeis (além de diminuir a chance de erros). Relembre-se que há, desde 2006, lei federal nesse sentido (Lei 11.416/2006).

Sobre eventual risco de distanciamento entre juiz e advogado, mais uma vez a resposta negativa expressou seu otimismo:

– Atualmente, já com o processo eletrônico implementado, constantemente nos vemos obrigados a despachar com o juiz determinado pedido urgente ou

expor pessoalmente, para chamar a atenção do magistrado, sobre ponto relevante tratado nos autos. É possível que isso venha a diminuir um pouco ao longo do tempo, pela notória dificuldade já hoje encontrada, principalmente pelos advogados mais jovens e, algumas vezes, até mesmo pelos de reconhecida notoriedade ou melhor experiência.

Seria inevitável não falar um pouco sobre o *novo Código de Processo Civil*.

Pareceram-lhes significativas, dentre outras, as modificações que buscaram incentivar os meios alternativos de solução de conflitos (mediante conciliação e mediação); aquelas em prol da efetividade e do princípio da razoável duração do processo; as que buscam “salvar o processo a todo custo”, dado o dever de os juízes “indicarem precisamente eventuais erros do advogado que antes poderiam tornar a petição inicial inepta”; as instituidoras dos honorários recursais, além daqueles arbitrados na fase de conhecimento e na fase de execução; a criação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica; a admissão do “negócio jurídico processual”; e a relevância dada aos precedentes, com a “criação de técnicas de uniformização da jurisprudência”. Sobre esse último aspecto, Mário Sérgio tocou no ponto essencial da questão:

– Entendo que o novo CPC nada mais fez do que *sugerir* a vinculação dos órgãos jurisdicionais ao posicionamento sumulado dos tribunais superiores. Todavia, tal vinculação não pode ser supervalorizada, até porque no ordenamento jurídico brasileiro, vinculação em sentido estrito decorre de previsão constitucional. Ou seja, não há como se admitir a vinculação, em sentido estrito, aos precedentes judiciais no novo CPC, uma vez que a vinculação decorre de disposição expressa na Constituição Federal.

Como acadêmico, em meio a tantos debates teóricos sobre o tema, pensei comigo: quanta lucidez...

Passamos, então, ao tema da *autonomia da vontade* no processo civil e dois pontos vieram à tona.

Primeiro, as regras dos arts. 190/191 do novo Código. Ressalvando não se tratar de algo exatamente novo, ele reconheceu que tal autonomia “até hoje foi pouco exercitada, porque a margem da disposição da vontade das partes era pequena e, também, dependia da validação pelo magistrado condutor do processo”:

– Com a inovação dos artigos 190 e 191, acredito que o “negócio jurídico processual” venha a ter um futuro promissor, a depender da criatividade dos advogados. As regras processuais a serem convencionadas pelas partes devem visar à racionalização do processo, adequando-o às necessidades dos envolvidos no litígio. O legislador, dessa forma, abriu um campo enorme sobre o

que deve ser explorado, e será relevante a contribuição dos advogados sobre o tema (principalmente daqueles que militam nos Tribunais Arbitrais). Com engenhosidade pode-se conseguir no processo jurisdicional estatal os avanços e bons resultados obtidos em processos arbitrais. Mas, por outro lado, os magistrados também devem estar abertos a esse novo cenário.

Daí chegamos ao tema *arbitragem*, pelo qual Mário Sérgio mostrou justificado e compreensível entusiasmo, inclusive por sua intensa atuação na área.

A título de “curiosidade”, ele lembrou pesquisa realizada pelo Comitê Brasileiro de Arbitragem, em que os entrevistados – advogados internos de empresas, advogados e árbitros – revelaram como os três principais atrativos da arbitragem no Brasil: “o tempo necessário para ter uma solução definitiva para o conflito”; o “caráter técnico e a qualidade das decisões”; e “a flexibilidade e informalidade do procedimento”. Além disso, “pela mesma pesquisa foi apontado que 92% dos entrevistados ficaram satisfeitos com as arbitragens de que participaram nos últimos anos. O ponto negativo mais expressivo, por sua vez, segundo os entrevistados, é o alto custo da arbitragem, que, entretanto, é compensado pela mais rápida solução da questão controvertida”.

Ainda nessa área, Mário Sérgio lembrou que o novo CPC estimula esse meio alternativo de solução de conflitos e, inclusive, propicia “a interação entre o Poder Judiciário e os Tribunais Arbitrais”. Ele destacou nesse contexto diferentes aspectos: “o reconhecimento da arbitragem como jurisdição e o estímulo a esse meio alternativo de solução de conflitos; a criação da carta arbitral, um meio eficaz de cooperação entre Tribunal Arbitral e Juízo Estatal; a disposição sobre o segredo de justiça em todo e qualquer procedimento arbitral “judicializado”; a concessão de *exequatur* à carta rogatória e a ampliação do termo *decisão estrangeira* para homologação; a possibilidade de se pleitear a anulação de uma sentença arbitral no procedimento de impugnação ao cumprimento de sentença (arbitral), exceto quando se tratar de arbitragem instituída contra a Fazenda Pública”. Ele também lembrou a importância da “possibilidade de instituição de arbitragem – para direitos patrimoniais disponíveis – nos contratos com a Administração Pública Direta e Indireta”.

Mudamos então o rumo da prosa. Indaguei-lhe sobre o candente tema das *delações premiadas* e o temor de prisões empregadas como técnica indireta de coerção, para se chegar a confissões.

Ele logo lembrou dos colegas criminalistas com quem tem contato, muitos deles contrários ao instituto, citando o caso de um que renunciou ao mandado diante da delação feita pelo cliente. Com sensibilidade, ele ressaltou ser “compreensível a prática que tem sido aplaudida pela população, que sofre as consequências de atos contrários ao cumprimento da lei, principalmente com

grande prejuízo aos cofres públicos e aos interesses na nacionalidade”. Mas também externou sua preocupação com “o exagero praticado com a prisão de acusados, suspeitos da prática de atos criminosos, que são mantidos reclusos por períodos prolongados, de que apenas se livram após aderirem às delações, em atitude que é compensada com o prêmio de redução da pena a que estariam sujeitos, se condenados”.

Esse assunto nos levou para o tema da *presunção de inocência*. Indaguei-lhe se no Brasil ela teria se tornado uma garantia desmentida pela realidade das perseguições civis e penais. De certa forma aquiescendo, ele ponderou que “a realidade, principalmente na época em que atualmente vivemos, infelizmente leva-nos a concordar com a relatividade dessa *presunção formal*”.

Quicá assumindo, de forma inconsciente, a premissa de que a citada *presunção* começa a se desfazer já nos bancos acadêmicos (o que, portanto, leva a um necessário exame de consciência, para saber qual a responsabilidade de Mestres nesse assunto, por ação ou por omissão, e sobre a qual vale refletir), indaguei-lhe, então, sobre o que pensava do *ensino jurídico*.

– Analisando o sistema atual de ensino jurídico – ainda que não possa qualificar-me como atuante na preparação didática do profissional futuro da advocacia – tenho conhecimento da evolução dos ramos do Direito em geral, e seu conseqüente doutrinamento curricular. Penso que essa alteração de rumos é benéfica, se objeto de preparação suficientemente necessária dos doutrinadores e professores, como certamente ocorre com as Faculdades de Direito de notório reconhecimento por suas qualidades de ensino. Não há dúvida, ao meu sentir, que os atuais estudantes de direito têm oportunidade de conhecer e aplicar novos métodos de estudo e pesquisa, com a utilização de sistemas informáticos, que terão reflexos em suas necessárias e úteis necessidades futuras no exercício da advocacia. Será essa a diferença que me parece existir em relação aos de outros tempos.

Talvez Mário Sérgio não tenha essa exata consciência, mas ele é um Professor fora da Academia. Trabalhar e aprender com ele e com os profissionais que o cercam é certamente um privilégio.

Perguntei-lhe, com a intenção de (infelizmente) terminar nossa conversa, sobre o *momento político* do país e se ele teria alguma *palavra aos Advogados mais jovens* que iniciam suas carreiras – duas coisas que me pareceram de alguma forma ligadas.

Sobre a primeira, o realismo prevaleceu, por maior que fosse o otimismo:

– Preocupante. Difícil de transpor, a curto prazo, as dificuldades criadas por uma gestão presidencial desastrada, criadora de problemas quase insolúveis,

não se apresentando soluções nos mais próximos anos. É triste, mas não vejo como consertar o que se quebrou, com a proclamada desclassificação mundial de nosso país, e o conseqüente sofrimento de seu povo. Como diz o ditado: a esperança é a última a morrer.

Então, da esperança vieram suas palavras de alento aos mais jovens, que mais uma vez expressaram generosidade:

– Ouso dizê-las, com a retaguarda de uma atividade exercida há mais de 60 anos na advocacia, com o orgulho de ter um filho advogado experiente e ex-Presidente da AASP, e ainda dois netos que se bacharelaram em Direito: um destes tornando-se excelente profissional da advocacia e, como seu pai, sócio efficientíssimo de meu escritório, pela experiência adquirida em estágio na banca de meu interlocutor, o Prof. e amigo Flávio Luiz Yarshell, e de seu então antigo sócio e emérito advogado Roberto Mateucci, infelizmente há pouco falecido; e a outra que, embora brilhante na área do Direito (com Mestrado pela PUC e especialização junto ao Cade), enveredou, com o mesmo talento, para as artes plásticas. Aos jovens advogados, sugiro contínuo estudo, aconselho manterem-se sempre fiéis aos deveres da advocacia, recomendo serem justos e dedicarem-se aos interesses que lhes forem confiados. Digo-lhes que devem seguir o que lhes ensina a Ética Jurídica, a prestigiarem a OAB, segundo seus preceitos e recomendações, inclusive no plano institucional e democrático. Aconselho que cumpram o dever de “*honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*”. Desejo-lhes a felicidade de poderem ter êxito honrado na nossa profissão, em que, agindo como lhes desejo, possam poder dizer, como eu proclamo, que a Advocacia é a profissão que mais engrandece e premia os que se dedicam com honradez ao Direito e à permanente busca da Justiça.

Como um portador (não mais do que isso), entrego aqui a mensagem – e todas as outras que nas falas acima se contêm – aos seus destinatários.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A ética profissional do advogado, de Mario Sérgio Duarte Garcia – RT 642/248-254 (DTR\1989\65).

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA

1. A *seleção* de trabalhos (Conteúdo Editorial) para publicação é de competência do Conselho Editorial de cada Revista e da Editora Revista dos Tribunais. Referido Conselho Editorial é formado por vários membros, de forma a preservar o pluralismo, a imparcialidade e a independência na análise dos artigos encaminhados. Eventualmente, os trabalhos poderão ser devolvidos ao Autor com sugestões de caráter científico que, caso as aceite, poderá adaptá-los e reenca-minhá-los para nova análise. Não será informada a identidade dos responsáveis pela análise do Conteúdo Editorial de autoria do Colaborador.
2. O envio de Conteúdo Editorial para publicação em qualquer produto editorial da Editora Revista dos Tribunais implica aceitação dos termos e condições da CESSÃO DE DIREITOS AUTORAIS DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA E TERMO DE RESPONSABILIDADE, por meio da qual o Autor cede globalmente os direitos autorais do Conteúdo Editorial enviado exclusivamente para a Editora Revista dos Tribunais e seus sucessores ou cessionários, por todo o prazo de vigência dos direitos patrimoniais de Autor, previsto na Lei Autoral brasileira, para publicação ou distribuição em meio impresso ou eletrônico, ficando autorizada a incluir esse Conteúdo Editorial, nos meios de divulgação impressos ou digitais, on-line, Intranet, via Internet e hospedagem, isoladamente ou em conjunto com outras obras e serviços de informação eletrônica, em servidores próprios, de terceiros ou de clientes, podendo distribuí-la comercialmente e comercializá-la, por todos os meios eletrônicos existentes ou que venham a ser criados futuramente, inclusive através de armazenamento temporário ou definitivo em memória ou disco dos usuários ou clientes, em aparelhos móveis ou fixos, portáteis ou não, cabendo à Editora Revista dos Tribunais determinar todas as suas características editoriais e gráficas, preço, modos de distribuição, disponibilização, visualização, acesso, *download*, venda e revenda aos distribuidores, portais de Internet, banco de dados, bem como promoções, divulgação e publicidade. Como contrapartida financeira pela cessão onerosa o Autor receberá um exemplar da Revista impressa onde publicado o Conteúdo Editorial de sua autoria, dando quitação à Editora Revista dos Tribunais pelo valor de consideração correspondente ao preço de capa praticado com o consumidor final na data da primeira distribuição comercial da Revista. A Editora Revista dos Tribunais fica autorizada a proceder modificações e correções para a adequação do texto às normas de publicação.
3. O Conteúdo Editorial encaminhado para a Editora Revista dos Tribunais não pode ter sido publicados nem estar pendente de publicação em outro veículo, seja em mídia impressa ou eletrônica.
4. O material recebido e não publicado não será devolvido.
5. Os Conteúdos Editoriais devem atender a todas as normas de publicação. A Editora Revista dos Tribunais não se responsabilizará por realizar qualquer complemento, tais como inserção de sumário, resumo ou palavras-chave (em português e em outra língua estrangeira), que ficam à elaboração exclusiva do Autor do artigo.
6. O envio do material relativo aos Conteúdos Editoriais deve ser feito por correio eletrôni-

co para o endereço: *editorial.revista@rt.com.br*. Recomenda-se a utilização de processador de texto Microsoft Word. Caso seja usado outro processador de texto, os arquivos devem ser gravados no formato RTF (de leitura comum a todos os processadores de texto).

7. Os artigos deverão ser precedidos por uma página da qual se fará constar: título do trabalho, nome do Autor (ou Autores), qualificação (situação acadêmica, títulos, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida), número do CPF, endereço completo para correspondência, telefone, fax, e-mail, relação da produção intelectual anterior, autorização de publicação pela Editora Revista dos Tribunais com a assinatura da CESSÃO DE DIREITOS AUTORAIS DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA E TERMO DE RESPONSABILIDADE.
8. Não há um número predeterminado de páginas para os textos. Esse número deve ser adequado ao assunto tratado. Porém, para publicação nesta Revista, os trabalhos deverão ter um mínimo de 15 laudas (cada lauda deve ter 2.100 toques). Os parágrafos devem ser justificados. Não devem ser usados recuos, deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois. Não se deve utilizar o tabulador <TAB> para determinar os parágrafos: o próprio <ENTER> já o determina. Como fonte, usar a *Times New Roman*, corpo 12. Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 3,0 cm. A formatação do tamanho do papel deve ser A4.
9. O *curriculum* deve obedecer ao seguinte critério: iniciar com a titulação acadêmica (da última para a primeira); caso exerça o magistério, inserir os dados pertinentes, logo após a titulação; em seguida completar as informações adicionais (associações ou outras instituições de que seja integrante) – máximo de três; finalizar com a função ou profissão exercida (que não seja na área acadêmica). Exemplo:

Pós-doutor em Direito Público pela Università Statale di Milano e pela Universidad de Valencia. Doutor em Direito Processu-

al Civil pela PUC-SP. Professor em Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da USP. Membro do IBDP. Juiz Federal em Londrina.

10. Os Conteúdos Editoriais deverão ser precedidos por um breve *Resumo* (10 linhas no máximo) em português e em outra língua estrangeira, preferencialmente em inglês.
11. Deverão ser destacadas as *Palavras-chave* (com o mínimo de cinco), que são palavras ou expressões que sintetizam as ideias centrais do texto e que possam facilitar posterior pesquisa ao trabalho; elas também devem aparecer em português e em outra língua estrangeira, preferencialmente em inglês, a exemplo do *Resumo*.
12. A numeração do *Sumário* deverá sempre ser feita em arábico. É vedada a numeração dos itens em algarismos romanos. No *Sumário* deverão constar os itens com até três dígitos. Exemplo:
SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Responsabilidade civil ambiental: legislação: 2.1 Normas clássicas; 2.2 Inovações: 2.2.1 Dano ecológico; 2.2.2 Responsabilidade civil objetiva.
13. As *referências bibliográficas* deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/2002 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT – Anexo I). As referências devem ser citadas em *notas de rodapé* ao final de cada página, e não em notas de final.
14. Todo *destaque* que se queira dar ao texto deve ser feito com o uso de *itálico*. Jamais deve ser usado o **negrito** ou o sublinhado. Citações de outros Autores devem ser feitas entre aspas, sem o uso de itálico ou recuos, a não ser que o próprio original tenha destaque e, portanto, isso deve ser informado (“destaque do original”).
15. As *referências legislativas* ou *jurisprudenciais* devem conter todos os dados necessários para sua adequada identificação e localização. Em citações de *sites* de Internet, deve-se indicar expressamente, entre parênteses, a data de acesso.

Diagramação eletrônica:
TCS - Tata Consultancy Services - CNPJ 04.266.331/0001-29.
Impressão e encadernação:
Orgráfic Gráfica e Editora Ltda., CNPJ 08.738.805/0001-49.