

# A função social do contrato

## Nelson Rosenvald

### ENTREVISTAS:

**Ministro Antônio Herman  
e Jacson Campomizzi**

**Público**  
Constitucional  
Administrativo  
Institucional

**Coletivo**  
Material e Processual

**Civil**  
Material e Processual

**Penal**  
Material e Processual

**Informações Variadas**

Disseminare

# MPMG

jurídico

**Publicação do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento  
Funcional - CEAF  
Procuradoria-Geral de Justiça / Ministério Público do Estado  
de Minas Gerais**

Ano II - abril/maio/junho de 2007- Número 9  
ISSN 1809-8673 - circulação nacional e internacional



Disseminare

## Expediente

Procurador-Geral de Justiça  
**Jarbas Soares Júnior**

Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional – CEAF

**Procurador de Justiça Jacson Rafael Campomizzi**

Corregedor-Geral

**Procurador de Justiça Antônio de Padova Marchi Júnior**

Procurador-Geral de Justiça Adjunto Jurídico  
**Alceu José Torres Marques**

Procurador-Geral de Justiça Adjunto Administrativo  
**Paulo Roberto Moreira Cançado**

Procurador-Geral de Justiça Adjunto Institucional  
**Fernando Antônio Fagundes Reis**

Secretário-Geral

**Promotor de Justiça Luciano Luz Badini Martins**

Chefe-de-Gabinete

**Procurador de Justiça Carlos André Mariani Bitencourt**

Coordenador da Central de Atendimento às Promotorias de Justiça – CAP

**Promotor de Justiça Jairo Cruz Moreira**

Diretor-Geral

**Fernando Antônio Faria Abreu**

Coordenação Editorial

**Promotor de Justiça Gregório Assagra de Almeida**

**Promotor de Justiça Carlos Alberto da Silveira Isoldi Filho**

**Promotor de Justiça Renato Franco de Almeida**

Revisão

**Cláudio Márcio Bernardes**

Redação

**Cláudio Márcio Bernardes**

**Fernando Soares Miranda**

**Samuel Alvarenga Gonçalves**

Diagramação

**Bernardo José Gomes Silveira**

**Cláudio Márcio Bernardes**

**Marco Antônio Gibim**

Fotos

**Alex Lanza / ASC-PGJMG**

**Os artigos e textos publicados neste boletim são de responsabilidade exclusiva de seus autores e não representam, necessariamente, a posição ou ideologia do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.**

<b>I MENSAGEM DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA</b>	8
Jarbas Soares Júnior	
<b>II APRESENTAÇÃO</b>	8
Gregório Assagra de Almeida	
<b>III CONVITE DO CONSELHO EDITORIAL</b>	9
<b>1 MATÉRIA DE CAPA</b>	
<b>1.1 A função social do contrato</b>	10
Nelson Rosenvald	
<b>2 ENTREVISTA</b>	
<b>2.1 Ministro Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamim</b>	21
<b>2.2 Jacson Rafael Campomizzi</b>	23
<b>3 INFORMAÇÕES JURÍDICAS DE INTERESSE INSTITUCIONAL</b>	
<b>3.1 PÚBLICO: CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E INSTITUCIONAL</b>	
<b>3.1.1 Empregados públicos e estabilidade: a doutrina administrativista e o enunciado nº 330 da Súmula do TST em rota de colisão</b>	25
Nádia Gomes Sarmento	
<b>3.1.2 Uma análise das funções do Estado visando à eficiência na prestação do serviço público</b>	26
Oscar Santos Alves	
<b>3.1.3 Inclusão dos Ministérios Públicos em 4º lugar na precedência do Decreto Federal n.º 70.274/72, a partir da proposta da Comissão de Trabalho dos Cerimonialistas dos Ministérios Públicos dos Estados e da União</b>	27
Eduardo de Souza Maia e Stael Ellwanger Lauxen	
<b>3.1.4 Obras doutrinárias e artigos indicados na área</b>	
<b>A) Obras doutrinárias</b>	
<b>3.1.4.1 KELSEN, Hans. <i>A democracia</i></b>	29
<b>B) Artigos</b>	
<b>3.1.4.2 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. <i>Um olhar jurídico-constitucional sobre a judicialização da política</i></b>	29
<b>3.1.5 Jurisprudências da área</b>	
<b>3.1.5.1 STF, Pleno. <i>O suplente de Senador não possui foro por prerrogativa de função no Supremo Tribunal Federal enquanto o titular do cargo estiver na ativa</i></b>	30
<b>3.1.5.2 TJMG, 7ª Câmara Cível. <i>Responsabilidade civil subsidiária do Estado. Serviço terceirizado. Culpa in eligendo</i></b>	30
<b>3.1.5.3 STF, 1ª Turma. <i>Servidor Público. Salário mínimo</i></b>	31
<b>3.1.5.4 STJ, 2ª Turma. <i>Prequestionamento implícito em sede de Recurso Especial</i></b>	31

## 3.2 COLETIVO: MATERIAL E PROCESSUAL

- 3.2.1 A atuação extrajudicial do Ministério Público no direito eleitoral** 32  
Alexandre Artur Mendes Soares e Natália Moreira Torres
- 3.2.2 Para que serve o Processo Coletivo?** 34  
Renato Bretz Pereira
- 3.2.3 Obras doutrinárias e artigos indicados na área**
- A) Obras doutrinárias**
- 3.2.3.1** MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas* 35
- 3.2.3.2** GODINHO, Robson Renault. *A proteção processual dos direitos dos idosos: Ministério Público, tutela dos direitos individuais e coletivos e acesso à Justiça* 35
- B) Artigos**
- 3.2.3.3** MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *O Estatuto da Cidade e os novos instrumentos urbanísticos de proteção ao patrimônio cultural* 36
- 3.2.4 Jurisprudências da área**
- 3.2.4.1** TJSC, 3ª Câmara Cível. *Defesa do patrimônio cultural. Ausência de tombamento. Irrelevância.* 36
- 3.2.4.2** STJ, 2ª Turma. *A existência de acordo administrativo entre o IBAMA e as empresas que causaram o dano ambiental não impede a propositura da ação civil pública pelo Ministério Público* 36
- 3.2.4.3** STJ, 1ª Seção. *Fixação da competência em sede de ação popular* 37

## 3.3 CIVIL: MATERIAL E PROCESSUAL

- 3.3.1 Direito intertemporal na Execução Civil - Leis 11.232/2005 e 11.382/2006** 38  
Mirna Cianci
- 3.3.2 O processo cautelar e seus institutos: consonância com os princípios do Estado Democrático de Direito?** 40  
Ana Cristina Ribeiro Alves de Carvalho
- 3.3.3 Reformas legislativas necessárias nos Direitos de Família e das Sucessões estão por vir** 42  
Leonardo Barreto Moreira Alves
- 3.3.4 Obras doutrinárias e artigos indicados na área**
- A) Obras doutrinárias**
- 3.3.4.1** MOREIRA ALVES, Leonardo Barreto, *O fim da culpa na separação judicial* 44
- B) Artigos**
- 3.3.4.2** GODINHO, Robson Renault, *A distribuição do ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais* 44
- 3.3.5 Jurisprudências da área**
- 3.3.5.1** TJMG, 5ª Câmara Cível. *Requisitos para a admissão da fungibilidade recursal* 44

3.3.5.2 TRT/MG – 3ª Região, 3ª Turma. <i>Princípio da irretroatividade não se aplica a súmulas e orientações jurisprudenciais</i>	45
3.3.5.3 TAMG, 4ª Câmara Cível. <i>Citação da pessoa jurídica. Teoria da Aparência</i>	45
3.3.5.4 TJMT, 6ª Câmara Cível. <i>Responsabilidade Civil. A aquaplanagem geradora de acidente de trânsito em dias chuvosos não é considerada fato fortuito e não exime o condutor de sua responsabilidade em indenizar</i>	45
3.3.5.5 TAMG, 6ª Câmara Cível. <i>A simples interposição de embargos de declaração, ainda quando inadmitidos, interrompe o prazo recursal</i>	45
<b>3.4 PENAL: MATERIAL E PROCESSUAL</b>	
3.4.1 <b>Uma reflexão sobre os crimes hediondos na modalidade da <i>conatus</i></b> Tarcisio Marques	46
3.4.2 <b>Conexão e continência entre crime de competência da Justiça Comum ou do Tribunal do Júri e crime de competência do Juizado Especial Criminal</b> Tatiana Pereira	48
3.4.3 <b>A importância da aplicação do conceito de crime no seu aspecto formal (analítico)</b> Andeirson da Matta Barbosa	49
3.4.4 <b>Obras doutrinárias e artigos indicados na área</b>	
<b>A) Obras doutrinárias</b>	
3.4.4.1 PIERANGELI, José Henrique. <i>O consentimento do ofendido (na teoria do delito)</i>	50
<b>B) Artigos</b>	
3.4.4.2 FARIA, Cássio Juvenal. <i>Medidas Provisórias e Direito Penal</i>	51
3.4.5 <b>Jurisprudências da área</b>	
3.4.5.1 TJMG, Corte Superior. <i>Crime contra a ordem tributária. O parcelamento do débito suspende a punibilidade dos agentes bem como a fluência dos prazos prescricionais no âmbito penal</i>	51
3.4.5.2 TJES, 2ª Câmara Criminal. <i>Crime ambiental. Responsabilização penal da pessoa jurídica. Forma de imputação</i>	52
3.4.5.3 TJTO. <i>O simples telefonema realizado por jurado durante o julgamento pelo Tribunal do Júri não viola a regra da incomunicabilidade prevista no § 1º do art. 458 do CPP</i>	52
3.4.5.4 TJRO, 2ª Câmara Especial. <i>Não configura a hipótese de impedimento prevista no art. 252, I, do CPP o fato de a magistrada, esposa do Promotor de Justiça que ofereceu a denúncia, ter praticado atos processuais meramente instrutórios</i>	52
<b>4 INFORMAÇÕES VARIADAS</b>	
<b>4.1 COM A PALAVRA, O UNIVERSITÁRIO</b>	
4.1.1 <b>“Mal injusto e grave”, elemento indispensável à configuração do crime de ameaça</b> Gustavo Israel Brandão	53

## 4.2 LÍNGUA E LINGUAGEM

- 4.2.1 O neologismo mensalão e a semelhança com o *Sermão do bom ladrão*, de Padre Antônio Vieira** 53  
Cláudio Márcio Bernardes e Mariana Rocha Menezes Bernardes

## 4.3 COMENTÁRIO A SÚMULA OU JURISPRUDÊNCIA

- 4.3.1 A nova redação da Súmula 309 do Superior Tribunal de Justiça** 54  
Juliana Caetano de Paula
- 4.3.2 O Ministério Público e o acesso à educação via sistema de cotas** 55  
Alexandre Artur Mendes Soares

## 4.4 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

- 4.4.1 Violência doméstica: necessidade de representação quanto à lesão corporal dolosa leve e a culposa** 58  
Fabiano Ferreira Furlan

## 4.5 DIREITO EMPRESARIAL EM FOCO

- 4.5.1 A preservação da empresa e sua função social** 59  
Bráulio Lisboa Lopes

## 4.6 ANÁLISE CONSTITUCIONAL

- 4.6.1 Crime de fuga à responsabilidade – incompatibilidade com a garantia constitucional ao silêncio** 62  
Anna Flavia Lehman Battaglia

## 4.7 DIREITO PENAL E SOCIEDADE

- 4.7.1 O Direito Penal como sistema mantenedor do *status quo*** 64  
Marcelo Cunha de Araújo

## 4.8 REFORMA DO PROCESSO CIVIL

- 4.8.1 A execução de alimentos à luz da Lei 11.232/2005, e a descaracterização da natureza do crédito alimentar pelo decurso do tempo** 65  
Leonardo Silva Nunes

## 4.9 DIÁLOGO MULTIDISCIPLINAR

- 4.9.1 A Reforma Psiquiátrica e a Legislação Brasileira-1** 71  
Bruno Alexander Vieira Soares e Valéria Guimarães Santos
- 4.9.2 Indicação de obra de outra área**
- 4.9.2.1** CHAUI, Marilena. *Cultura e democracia: o discurso competente e outras falas*. 11ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Cortez, 2006, 367p. 72

## I MENSAGEM DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

**Jarbas Soares Júnior**

*Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*

**Caros (as) Leitores (as),**

Estamos cada dia mais deixando para trás uma época em que a materialização das ideologias – desde que contrárias ao sistema – era sufocada pelo regime vigente. Havia a necessidade e o desejo de expressão, mas não se conseguia a efetividade da comunicação, porquanto estava atrelada ao compasso do apoio político.

Celebramos a mudança desses rumos e destacamos a premente e dinâmica circulação de manifestações. É possível ler as matérias do **MPMG Jurídico** em meio físico ou virtualmente na página eletrônica do Ministério Público de Minas Gerais, em qualquer canto do Brasil e do mundo. Defendemos a proliferação de opiniões, configuradas em artigos de texto, com cujos conteúdos nos identificamos ou não, mas nem por isso deixamos de torná-los públicos para debate e reflexão.

Nessa perspectiva, ressalto a importância de o Ministério Público mineiro disponibilizar esse instrumento de informação jurídica, que busca ser cada dia mais pluralista e inovador. Esta a missão do **MPMG Jurídico**: divulgar democraticamente os diversos pontos de vista de membros do Ministério Público, servidores, professores, doutrinadores e de todos os que desejam externar suas concepções, expandindo ao público interno e externo o conhecimento jurídico do nosso Ministério Público.

É possível vislumbrar um horizonte promissor, que se descortina à frente da nossa Instituição, corolário do espírito democrático, principal diretriz que norteia nossas publicações. A Escola do Ministério Público mineiro irá comprovar a valorização do conhecimento científico pelo qual nos pautamos sempre. É sem dúvida imprescindível que os nossos quadros profissionais sejam técnica e humanamente preparados. Mas, acima de tudo, que a nossa estrutura possa albergar todas as demais instituições, cujo espírito se amolda aos nossos princípios defendidos constitucionalmente, quais sejam, a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Enfim, a nossa Instituição, plural e democrática, abre-se ao debate e à formação de uma doutrina que possa servir à cidadania, destinatária de nossas ações.

Avante! Sempre avante!

## II APRESENTAÇÃO

**Gregório Assagra de Almeida**

*Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais  
Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional da Procuradoria-Geral de Justiça.  
Mestre em Direito Processual Civil e doutor em Direito Difusos e Coletivos pela  
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.*

As inúmeras correspondências que chegam ao Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional da Procuradoria-Geral de Justiça de Minas Gerais retratam uma constatação animadora: percebe-se a divulgação do pensamento jurídico em sua efervescência. Podemos inferir que um contingente de pessoas lê, discute as matérias, discorda delas ou concorda com elas. Com isso, esperamos que, em mais uma edição da revista, possamos continuar colaborando para o aperfeiçoamento da cultura jurídica no País.

Nesta edição, Nelson Rosendal brinde o leitor com a matéria central, cujo tema “A função social do contrato” o escritor domina sobremaneira. O leitor irá perceber que o didatismo e clareza peculiares do escritor civilista irão proporcionar uma agradável leitura.

No quadro de entrevistas, o Ministro do STJ Antônio Herman fala sobre a Codificação do Direito Processual Coletivo Brasileiro, os pontos de avanço e retrocesso do movimento, as preocupações e impactos sociais que poderão surgir com a codificação, entre outros pontos de relevância e interesse institucional. Na outra entrevista, o Procurador de Justiça Jacson Campomizzi revela sua incansável obstinação com a implantação da Escola do Ministério Público mineiro. Campomizzi deixa claro que não se faz uma instituição sólida sem a constante atualização e inquietude intelectual de seus integrantes.

Enfim, para que seja de fato um grande material de pesquisa, o **MPMG Jurídico** apresenta sua costumeira sistematização, trazendo assuntos das diversas áreas do direito: público, penal, civil e coletivo, com abordagens inovadoras e em alguns casos controversas, cuja possibilidade de debate será inescapável. Além disso, em informações variadas, o leitor terá um leque de matérias que vão do direito empresarial até o diálogo multidisciplinar, que trata da reforma psiquiátrica brasileira. Os leitores irão poder contar também com a já usual inclusão de jurisprudências dos principais tribunais brasileiros. Confirmam-se também os livros e artigos indicados pela equipe de redação.

Esperamos, pois, que a revista seja de extrema valia para todos os leitores nas suas mais diversas aspirações de afinidades. Instrumento de pesquisa para uns; inspiração de teses para acadêmicos; fomento para a circulação do pensamento crítico para outros tantos.

Um abraço fraterno a todos!

### III CONVITE DO CONSELHO EDITORIAL

Prezados (as) Senhores (as),

O Conselho Editorial do MPMG Jurídico reitera o convite para que você também faça parte das nossas publicações como colaborador.

Para isso, você pode enviar os seus artigos ou comentários a fim de que eles sejam publicados em um boletim que, a cada dia que passa, consolida-se como um importante veículo de propagação da cultura jurídica no Brasil e no exterior.

Como sempre lembramos, os textos devem ser redigidos de forma clara, pontual, direta e de fácil compreensão, bem como digitados no formato *Word for Windows* — versão mais atual — com, no máximo, 60 (sessenta) linhas; fonte *Times New Roman*; corpo 10 para o texto principal, corpo 9 para as citações que possuam mais de três linhas, as quais deverão vir destacadas do texto; entrelinhamento simples; parágrafos justificados; recuo de 1,00 para o texto principal e 1,50 cm para as citações; folha em tamanho A-4 (210 mm x 297 mm); títulos em corpo 12, utilizando-se da mesma fonte do texto, em negrito, e, por fim, indicação da fonte bibliográfica completa em caso de citação em formato de “Notas e referências bibliográficas” ao final do texto, onde se utilizará fonte *Times New Roman*; corpo 8.

O autor deverá identificar-se e, caso seja da sua vontade, também poderá encaminhar a sua foto 3X4 (ou digital com boa resolução) e titulação correspondente para serem divulgadas junto ao corpo do texto. É necessário ainda fornecer endereço (o qual não será divulgado) para fins de encaminharmos um exemplar do boletim e certificado (ISSN) em que constar a sua contribuição.

Os textos deverão ser enviados, preferencialmente, para o e-mail [mpmgjuridico@mp.mg.gov.br](mailto:mpmgjuridico@mp.mg.gov.br), ou para o Conselho Editorial do *MPMG Jurídico* — Av. Álvares Cabral, nº 1.690, 11º andar, Edifício-Sede da Procuradoria-Geral de Justiça, bairro Santo Agostinho, CEP 30.170-001, Belo Horizonte (MG).

Aguardamos a sua colaboração.

Atenciosamente,

Conselho Editorial do *MPMG Jurídico*

**Jarbas Soares Júnior – Presidente**

**Paulo Roberto Moreira Cançado – Gestor Financeiro**

**Alceu José Torres Marques – Coordenador Editorial Jurídico**

**Fernando Antônio Fagundes Reis – Coordenador Editorial Institucional**

**Jacson Rafael Campomizzi – Diretor Executivo**

**Jairo Cruz Moreira – Diretor Administrativo**

**Gregório Assagra de Almeida – Coordenador Editorial**

**Carlos Alberto da Silveira Isoldi Filho – Coordenador Editorial**

**Renato Franco de Almeida – Coordenador Editorial**

**Carlos André Mariani Bittencourt – Coordenador de Articulação e Integração**

**Luciano Luz Badini Martins – Coordenador de Redação**

**Fernando Antônio Faria Abreu – Representante dos Servidores**

**Envio de artigos e outras informações:**

**[mpmgjuridico@mp.mg.gov.br](mailto:mpmgjuridico@mp.mg.gov.br)**

## 1. MATÉRIA DE CAPA

### 1.1 A função social do contrato



Nelson Rosenvald

**Nelson Rosenvald**

*Procurador de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais  
Doutor e Mestre em Direito Civil pela PUC/SP  
Bacharel em Direito pela UERJ  
Professor de Direito Civil do curso Praetorium.*

**Sumário:** I. Considerações iniciais. II. A funcionalização do negócio jurídico. III. A função social do contrato como causa do negócio jurídico. IV. A função social interna do contrato. V. A função social interna do contrato e a dignidade da pessoa humana. VI. A função social externa do contrato; VII - O contrato ofensivo a interesses metaindividuais. VIII. O terceiro ofendido. IX. O Terceiro ofensor. X. Considerações finais.

*Comece pelo começo. Siga até chegar ao fim e então, pare.*  
Lewis Carrol, em “Alice no País das Maravilhas”.

#### I – Considerações iniciais

Muito se tem dito e escrito sobre a função social do contrato. Ela vem a reboque da tendência de funcionalização inerente a toda situação jurídica subjetiva. É natural, como em qualquer campo da ciência ou da experiência, que a curiosidade do ser humano o instigue a desbravar o novo, o inusitado. O cuidado com o tema é justificado: o art. 421 do Código Civil de 2002 é uma cláusula geral de grande envergadura e confins ainda imprecisos.

A teoria contratual clássica enraizou-se no ensino jurídico com alicerces no dogma da autonomia da vontade. Aos privados se concede um espaço – impermeável ao Estado e a sociedade – no qual se exercita o poder de criação de normas individuais, delimitando-se a função econômica do contrato, ou propriamente a “veste jurídica da circulação econômica” na conhecida acepção de Enzo Roppo.

No paradigma voluntarista o contrato se qualifica como a espontânea submissão do indivíduo à limitação de sua liberdade em três momentos: a) pela liberdade contratual, em seu sentido positivo de livre escolha do parceiro e da estipulação do conteúdo do contrato e ainda, em seu sentido negativo, de liberdade de não contratar – *freedom from contract*; b) pela intangibilidade do pactuado – o vetusto *pacta sunt servanda* justificava a obrigatoriedade dos efeitos contratuais. Em outras palavras: o contrato é justo por ser emanado da vontade de pessoas livres, o que significa abstenção do julgador de envolver-se na apreciação do conteúdo substantivo do clausulado, cingindo-se a uma apreciação formalista; c) pela relatividade contratual, isto é, o contrato tão-somente vincula às partes, sendo infenso a terceiros, cuja vontade é um elemento estranho à formação do negócio jurídico.

Porém, os signos da modernidade nas extremas contratuais foram submetidos paulatinamente a um amplo rearranjo. A abordagem clássica à disciplina contratual sucumbiu, primeiramente por ascendência de orientações reguladoras, atentas a questão do bem-estar social do *welfare state* e, mais recentemente, perante uma renovada visão do direito civil na óptica principiológica das Constituições. Esse fenômeno conduziu a um declínio tão

acentuado das características tradicionais do contrato que não foram poucos que vaticinaram a sua “morte”, uma tendência que mais recentemente tem sido desmentida.

O contrato hoje pode ser conceituado como um instrumento de tutela à pessoa humana, um suporte para o livre desenvolvimento de sua existência, inserindo-se a pessoa em sociedade em uma diretriz de solidariedade (art. 1., III, CF), na qual o “estar para o outro” converte-se em linha hermenêutica de todas as situações patrimoniais.

Apesar de a Constituição ter há pouco completado a maioria civil, houve a necessidade da edição de um Código Civil para que a comunidade civilista brasileira despertasse de uma letargia profunda ou de uma espécie de “mal estar constitucional” como tão bem sugere Lenio Streck. Pouco a pouco os amantes do direito privado se comovem com a arte do “desapego”. Repensam a condição de indivíduos segregados e abandonam as suas ilhas e pequenas posses. Migram ao continente e se submetem a filtragem da axiologia constitucional. Convertem-se em seres humanos – valor, fundamento e fim da ordem jurídica. Esmaece a dicotomia público e privado, pela evidente constatação de que não existem locais inóspitos à recepção do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Nesse percurso rumo a um direito privado humanizado e, por que não dizer, civilizado, desaba a sacralidade da autonomia da vontade, substituída por uma noção renovada de autonomia privada, atada aos Princípios da Dignidade Humana (art. 1º, III, CF) e da Ordem Econômica (art. 170, CF). A autonomia privada é forjada na liberdade do ser humano de edificar a sua própria vida, exercendo o seu consentimento em suas escolhas existenciais e no desenvolvimento das relações patrimoniais.

Uma expressão mais qualificada para localizar a autonomia privada no plano do “ter” seria a locução “autonomia negocial”. A autonomia negocial não é um valor em si, pois se condiciona ao quadro de valores da Constituição em uma linha direta e imediata de aplicação de suas normas sobre as relações privadas. A Constituição não reduz a autonomia negocial, mas cria mecanismos de controle de sua legitimidade. A liberdade é consentida pelo sistema, pois a ordem econômica não é a corda

que asfixia o ser humano, mas aquela que retira a pessoa do pântano que movia o liberalismo.

Muito da atual análise do direito dos contratos é tributário do ressurgimento de uma filosofia jurídica “valorativa” que aditou novos temas àqueles propostos pelo positivismo, procurando redimensionar as funções do fenômeno contratual.

Nada obstante, descabe adotar uma atitude quixotesca a ponto de sepultarmos os princípios clássicos da teoria contratual. Sobrevivem a liberdade contratual, a força obrigatória e a relatividade dos contratos. A finalidade básica do contrato como fonte de obrigações é a persecução dos objetivos demarcados pela autonomia. O sistema deve encorajar as trocas, pois elas traduzem o benefício mútuo que resulta da transação econômica. O contrato é um facilitador da circulação de titularidades e valores, apto a alicerçar a confiança nas promessas, promovendo a intersubjetividade.

Todavia, o solidarismo constitucional adicionou à autonomia privada a companhia de outros três princípios: a boa-fé objetiva; a função social do contrato e a justiça (ou equilíbrio) contratual. Esses três princípios não restringem a autonomia privada, pelo contrário: valorizam-na, equilibrando aquilo que a realidade crua tratou de desigualar, afinal o poder da vontade de uns é maior de que o de outros. Na arguta observação de Teresa Negreiros, vivencia-se uma hipercomplexidade, um amálgama entre os princípios clássicos e contemporâneos, como modelos que convivem simultaneamente.

Esse é o nosso ponto de partida. Pouco se pode dizer sobre o restante do percurso, pois a pós-modernidade marca o direito pelo sinal da incerteza e da fragmentação. Vários caminhos se abrem sem que se afirme um norte. Certo é que o contrato não pode mais ser percebido como uma instituição. Tornar-se instituição significa paralisar a história, aceitar a imobilidade sob a capa da segurança. E toda segurança, no reino da contingência, é sempre uma forma de prisão.

Tal como imaginou Lewis Carroll, em sua obra “Alice no País das Maravilhas”, a menina seguiu um coelho branco e se viu em uma dimensão na qual muitas das regras que regem o mundo real são quebradas. Curiosamente, há uma lógica em todos os atos, que podem ser vistas nas relações entre os personagens. Tudo acaba quando Alice desperta de seu sonho e retorna ao mundo controlado e conhecido. Enfim, podemos perseguir o coelho branco, desbravando desconhecidos territórios, mesmo que isso implique uma certa perda de segurança, ou então, imitarmos o personagem do chapeleiro, que brigou com o tempo e permanece tomando o seu chá, pois para ele o relógio estacionou às 18 horas.

## II – A funcionalização do negócio jurídico

Em tempos de abertura para o novo, a tendência da jurisprudência é a de empregar a função social do contrato como uma panacéia para os males do rigor contratual. Pablo Rentería assume que a grande dificuldade para o operador do direito “diz respeito à identificação de uma especificidade normativa para a função social do contrato, ou seja, de um conteúdo normativo que lhe atribua um escopo de aplicação próprio e efetivo”.<sup>1</sup>

Estatui o art. 421 do Código Civil que “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. A norma é propositalmente inserida ao início do Título V do Livro das Obrigações, pontificando o estudo dos

contratos. O destaque é justificado, afinal, em poucas e bem colocadas palavras, demonstra-se a imprescindível conjugação entre os princípios da liberdade e solidariedade.

Remotamente, a função social do contrato prendia-se à própria função social da propriedade, eis que no liberalismo insito aos últimos duzentos anos, a ampla liberdade contratual pavimentava o acesso ao direito de propriedade. Aliás, ao contrário do que aqui ocorre (art. 1.227, CC), mas seguindo o exemplo originado na França, em certos ordenamentos europeus até hoje os contratos possuem força translativa, sendo dispensado o ato do registro para aquisição do direito real.

Mas, o comércio jurídico não se desenvolve apenas no plano estrutural do utilitarismo econômico. O crédito é um fenômeno social e a riqueza não mais se concentra na propriedade física. Como tivemos oportunidade de frisar em outra ocasião, “a elite global contemporânea domina sem estar presente fisicamente. As utilidades que atraem são as que propiciam leveza e portabilidade, não há mais interesse na confiabilidade e solidez dos bens de raiz. Fixar-se ao solo não é importante, se ele pode ser alcançado e abandonado quando surgem oportunidades financeiras em outros lugares e atividades. A lógica da durabilidade é substituída pela circulação de ativos e substituição de bens”.<sup>2 e 3</sup>

Como reação a esse estado de coisas, tal e qual qualquer direito subjetivo, atualmente as obrigações revelam uma função social, uma finalidade perante o corpo social. Para além da intrínseca função da circulação de riquezas, o papel das relações negociais consiste em instrumentalizar o contrato em prol de exigências maiores do ordenamento jurídico, tais como a justiça, a segurança, o valor social da livre iniciativa, o bem comum e o princípio da dignidade da pessoa humana. O epicentro do contrato desloca-se do poder jurígeno da vontade e do trânsito de titularidades, para um concerto entre o interesse patrimonial inerente à circulação de riquezas e o interesse social que lateralmente àquele se projeta.

Tal como sugeriu Norberto Bobbio<sup>4</sup> ainda na década de 70, a passagem da estrutura à função, indica que a liberdade dos privados é circunscrita pelos valores constitucionais, a fim de que o negócio jurídico seja um espaço promocional de determinados fins reputados como valiosos pelo corpo social. O direito desliga-se de seu compromisso meramente sancionatório e postula um papel de incentivo ao diálogo entre a ordem econômica e as finalidades programáticas do ordenamento.

Aqui surge em potência a função social do contrato. Não para coibir a *liberdade de contratar*, como induz a literalidade do art. 421, mas para legitimar a *liberdade contratual*. A liberdade de contratar é plena, pois não existem restrições ao ato de relacionar com o outro. Todavia, o ordenamento jurídico deve submeter a composição do conteúdo do contrato a um controle de merecimento, tendo em vista as finalidades eleitas pelos valores que estruturam a ordem Constitucional.

Atendendo ao que há muito já mencionava o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, a função social do contrato deseja conciliar o bem comum dos contratantes e da sociedade. Ou como adverte Maria Celina Bodin de Moraes, “o negócio jurídico, no direito contemporâneo, deve representar, além do interesse individual de cada uma das partes, um interesse prático que esteja em consonância com o interesse social e geral”<sup>5</sup>.

Censura-se o abuso da liberdade contratual como ato ilícito objetivo (art. 187, CC), partindo-se da premissa que o contrato não é um átomo – um universo jurídico hermético e

neutro –, mas um fato social que operacionaliza a realização de valores globais. Renan Lotufo evoca no abuso do direito “uma aspiração de atuação não funcional de direitos subjetivos no interno da sociedade”.<sup>6</sup> É inconcebível crer que, no momento atual, possamos plagiar os oitocentistas, alegando que a relação contratual é *res inter alios acta*.

A função social do contrato representa mais uma das diversas facetas da funcionalização das situações jurídicas subjetivas e, especialmente, da funcionalização dos negócios jurídicos. O perfil estrutural e neutro do negócio jurídico, restringia-se a questionar quem seriam os contratantes (identificação das partes) e o que postulavam com o contrato (identificação do objeto). O atendimento às regras de capacidade dos intervenientes e licitude e possibilidade da prestação eram os únicos fatos justificadores da juridicidade da relação obrigacional. Não se questionavam as razões do negócio jurídico, o porquê, ou o para quê. Enfim, a dogmática civil clássica é anticausalista.

À erosão da perspectiva estrutural de um contrato edificado pelo poder normativo da vontade, contrapõe-se a ascensão de um paradigma em que os modelos jurídicos assumem a feição de instrumentos concretizadores de determinadas finalidades eleitas pela coletividade. A compreensão da conduta dos contratantes deixa de ser visualizada pelo monopólio de suas vontades, porquanto submetida a padrões objetivos de controle social de legitimidade.

#### IV – A função social interna do contrato

Parte dos autores que investem sobre a temática reportam a uma bipartição da função social interna e externa dos contratos. Cláudio Luiz Bueno de Godoy filia-se a essa corrente, enunciando que a função social atua “primeiro entre as partes, de maneira a assegurar contratos mais equilibrados e, assim, envolventes de partes substancialmente mais iguais, com o que se garanta uma igual dignidade social aos indivíduos”.<sup>7</sup> No mesmo sentido, o Enunciado 360, aprovado na IV Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal por iniciativa de Flavio Tartuce: “O princípio da função social dos contratos também pode ter eficácia interna entre as partes contratantes”.<sup>8</sup>

Em sentido complementar, há relativo consenso entre os doutrinadores acerca da função social externa do contrato, como reflexo de sua eficácia perante a comunidade, transcendendo à polarização entre as partes. Reporta-se ao diálogo de cooperação entre os contratantes e os “terceiros”, prevenindo-se ofensas recíprocas através da edificação de um ambiente de cooperação.<sup>9</sup>

Não existem dúvidas quanto à plasticidade da função social externa e mesmo, de sua operabilidade. Ela permite desatar as amarras que prendiam o crédito às partes e seus sucessores, ignorando a sociedade que os tangencia. Os bons contratos promovem a confiança nas relações sociais, enquanto os maus contratos a degeneram. Por vezes, as relações creditícias escapam do controle de seus artífices, alcançando estranhos que, algumas vezes podem ser ofendidos por elas, e, em outras hipóteses, podem até mesmo se colocar em situação de violar a relação para a qual não foram convidados.

Todavia, cuidados extremados cercam a construção do modelo da função social interna do contrato. Poder-se-ia indagar se ela não seria uma superfetação, por não passar de uma das acepções do princípio da boa-fé objetiva, percebida essa como uma “confiança adjetivada”, uma atuação refletida no cuidado

e estima com o parceiro contratual. Para Humberto Theodoro Neto, “ao contrário do que se possa ter pensado afoitamente, a função social do contrato não representa puramente um princípio de garantia para uma parte dentro da relação interna em face da outra. Pressupõe sempre, ao contrário, uma repercussão dela no mundo externo ou o inverso”.<sup>10</sup>

No bojo da relação interna, prevalece a boa-fé como *standard* ético que nos impele a ajustar o nosso comportamento a padrões de conduta pautados pela lealdade, honestidade e cooperação perante o *alter*, transformando toda e qualquer relação obrigacional em um momento de preservação de direitos fundamentais, em que não se frustrate a legítima expectativa dos partícipes quanto à realização do interesse econômico subjacente ao contrato.

Por conseguinte, a boa-fé objetiva é horizontal, concerne às relações internas dos contratantes. Ela atende ao princípio da eticidade, pois polariza e atrai a relação obrigacional ao adimplemento, deferindo aos parceiros a possibilidade de recuperar a liberdade que cederam ao início da relação obrigacional. Mediante a emanção de deveres laterais – anexos, instrumentais ou de conduta –, de cooperação, informação e proteção, os parceiros estabelecem um cenário de colaboração desde a fase pré-negocial até a etapa pós-negocial, como implicitamente decorre da atenta leitura do art. 422, do Código Civil. Dentro de sua tridimensionalidade (funções interpretativa, integrativa e corretiva), a boa-fé ainda exerce uma função de controle, modelando a autonomia privada, evitando o exercício excessivo de direitos subjetivos e potestativos, pela via do abuso do direito (art. 187, CC).

Em interessante projeção, Luis Renato Ferreira da Silva<sup>11</sup> considera que o binômio cooperação/solidariedade pode ser considerado de duas maneiras: a) dentro da relação contratual ele atua por meio do princípio da boa-fé (art. 422, CC); b) já os reflexos externos das relações contratuais, que podem afetar a esfera de terceiros, impõem um comportamento solidário cooperativo que é atuado pela noção da função social do contrato (art. 421, CC). Nessa mesma senda, Humberto Theodoro Júnior<sup>12</sup> noticia que “A função social do contrato consiste em abordar a liberdade contratual em seus reflexos sobre a sociedade (terceiros) e não apenas no campo das relações entre as partes que o estipulam (contratantes). Já o princípio da boa-fé fica restrito ao relacionamento travado entre os próprios sujeitos do negócio jurídico”.

É evidente que a função social do contrato se autônoma pela sua verticalidade, pois concerne às relações entre as partes e a sociedade. Ela não se compraz imediatamente com a diretriz da eticidade, mas com o paradigma da socialidade. A boa-fé é endógena, a função social do contrato é exógena. Os dois princípios atuam em caráter de complementaridade. Em comum, ambos são emanções do princípio da solidariedade nas relações privadas como limites positivos ao absolutismo da autonomia privada. Enquanto a boa-fé é uma cláusula geral que permite o influxo do solidarismo Constitucional no perfil interno das relações patrimoniais, a função social captura o momento cooperativo na interação dos contraentes com o corpo social que lhes rodeia.

Todavia, se lembrarmos da noticiada aproximação da função social do contrato com a causa do negócio jurídico, poderemos situar um espaço para a cláusula geral do art. 421, mesmo no âmbito interno da relação obrigacional, sem que isso provoque um abalo no sentido da boa-fé objetiva. Ousamos mesmo afirmar que no espaço endógeno da relação negocial pode incidir a boa-

fé objetiva e, simultaneamente, uma afronta à função social do contrato pela quebra de consonância com a utilidade social que ele deveria ostentar. O poder jurígeno da vontade é derivado das opções axiológicas do sistema.

Há de se lembrar que o juízo de merecimento sobre o interesse não pode prescindir da escolha constitucional no sentido de que a iniciativa privada é livre, mas não pode induzir a dano à segurança, à liberdade e à dignidade humana. A causa não será merecedora de tutela quando o interesse perseguido não ostentar as exigências comunitárias, relevantes de acordo com os parâmetros constitucionais.<sup>13</sup>

Sendo a função social do contrato o cenário para a apresentação da opção solidarista da ordem civil, deverá ela conferir aos próprios contratantes o papel de protagonistas, ao assegurar contratos substancialmente equilibrados em que se atribua a cada um o reconhecimento de igual dignidade. Garante-se assim, “que suas contratações sejam justas e, mais, marcadas pelo padrão e exigência de colaboração entre os contratantes, assim, socialmente úteis, enquanto palco de prestígio das escolhas valorativas do sistema”.<sup>14</sup>

Creemos que o superdimensionamento da função social do contrato – como de qualquer princípio – é pernicioso, pois culmina por lhe retirar a efetividade. Porém, afastar a sua incidência no plano interno da obrigação pela suposta superposição com outros princípios, restringe a sua aplicabilidade e debilita o sistema jurídico em face de situações em que a posição do contratante torna-se aviltante a sua igual dignidade social. É justamente esse tema que merece profunda consideração.

#### V- A função social interna do contrato e a dignidade da pessoa humana.

A autonomia privada não é apenas inserida no contexto da ordem econômica constitucional. Ela também é uma especificação do princípio da dignidade da pessoa humana, que consagra e tutela a existência de uma dimensão vital para que todo ser humano possa desenvolver e afirmar socialmente a sua personalidade.

A função social do contrato exerce importante finalidade sindicante de evitar que o ser humano seja vítima de sua própria fragilidade ao realizar relações contratuais que, mesmo sob o pálio da liberdade contratual, culminem por instrumentalizá-lo, ou como intuiu Kant, convertam a pessoa – que é um fim em si – em meio para os fins alheios.

A título ilustrativo, basta *zapearmos* com nossos controles remotos pelas várias produções televisivas que sujeitam cidadãos às mais ridículas e preconceituosas *pegadinhas* ou *reality shows*. Pessoas submetidas ao escárnio pela sua identidade sexual, ou baixa escolaridade e nível de cultura, gincanas oferecendo prêmios para aquele que resistir mais tempo a sete palmos se alimentando de minhocas, ou pior, não se alimentando. Curiosamente todas essas pessoas celebram contratos de cessão de direitos de imagem, prestigiando a autonomia negocial. Ademais, sentem-se felizes com a exposição e “reconhecimento” perante amigos e o público em geral. Curiosamente, muitos desses negócios jurídicos são praticados com resguardo ao princípio da boa-fé objetiva, em um clima de cooperação, sendo o contratante perfeitamente esclarecido de todas as nuances e repercussões da obrigação.

Mas, até aonde vai a liberdade do ser humano de fazer tudo que queira, quando não proibido por lei? O limite é a dignidade

da pessoa humana. A liberdade é um valor pessoal, a dignidade um valor universal. Como afirmamos em outra passagem, “a expressão ‘dignidade da pessoa humana’ não é supérflua, tampouco redundante. Demonstra que a dignidade não pode ser aferida por padrões individuais, pois não basta que o indivíduo seja livre, mas que pertença, por essência, à humanidade. Enquanto o valor liberdade conecta-se imediatamente com as nossas expectativas individuais, a dignidade nos remete a tudo aquilo que concerne ao gênero humano”.<sup>15</sup>

A dignidade da pessoa humana é irrenunciável, bem como os seus atributos da personalidade (art. 11, CC). Por mais que se contrarie a vontade do seu titular, não pode a pessoa ser premida em sua própria fragilidade. A função social do contrato é pedagógica, pois nos remete à nossa condição racional, de componentes da civilização humana.

Por fim, poder-se-ia criticar doutrinariamente a utilização da função social do contrato nessa quadra, por se considerar suficiente a própria repulsa ao negócio jurídico contrário à ordem pública pela via da nulidade pela ilicitude do objeto (art. 166, II, CF).<sup>16</sup> Contudo, a nulidade como espécie do gênero invalidade do negócio jurídico, situa-se em seu momento genético. Não há nulidade superveniente, toda invalidade é coeva ao nascimento da relação obrigacional. Em muitas oportunidades, a cláusula negocial é lícita, havendo ilicitude em sua repercussão, ou melhor dizendo, em sua finalidade perante o corpo social em seu contexto histórico e cultural.

Assim, em várias situações, a sanção da ineficácia superveniente seria mais adequada que a da nulidade, como mesmo decorre da interpretação do art. 2035, parágrafo único, do Código Civil: “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

O desafio à ordem pública e à dignidade da pessoa humana é censurado pelo ordenamento por um amplo leque de opções. Quando a afronta provém de um contrato, a fundamentação judicial calcada na lesão ao princípio da função social poderá em certas circunstâncias suprir a restrição dogmática da teoria das nulidades, com suas naturais limitações na divisão dos planos do negócio jurídico. No pontificado de Antônio Junqueira de Azevedo, “a grande vantagem da explicitação legal da função social do contrato como limite à atividade privada não está tanto, a nosso ver, no momento inicial do contrato (a isso responde a teoria das nulidades), e sim, no momento posterior, relativo ao desenvolvimento da atividade privada. Podemos dizer, em linguagem econômica, que a teoria das nulidades controla bem a liberdade de iniciativa, enquanto a função social o faz, quanto ao desenvolvimento dessa iniciativa”.<sup>17 e 18</sup>

#### VI – A função social externa do contrato

O *locus* do princípio da função social, em sua acepção externa, reside na sua capacidade provocativa de repensar o mito da relatividade contratual em contraposição à eficácia *erga omnes* dos direitos reais. A sua missão é substituir a vertente individualista do vínculo contratual pela arejada concepção da tutela externa do crédito.

A nota específica das obrigações negociais – em comparação com os demais direitos patrimoniais – é o seu objeto. O direito de crédito tem por objeto uma prestação consistente no bem da vida, no fato ou abstenção a cargo do devedor. É lição

corrente que os contratos possuem eficácia relativa, no sentido de que terceiros não podem ser credores ou devedores por força de relações jurídicas alheias, em que não foram partes.

O princípio da relatividade do contrato não pode ser confundido com a exigência de que negócio jurídico – em toda a sua trajetória – seja respeitado por terceiros, no sentido de que devam se abster da prática de atos que possam interferir nas relações alheias. Vale dizer, apesar de sua relatividade, os contratos produzem oponibilidade perante terceiros – como projeção de sua eficácia –, resultando em um dever de abstenção, no sentido que a sociedade não pode afetar uma relação obrigacional em andamento.

Enfrentando o tema com propriedade, Jacques Ghestin<sup>19</sup> sustenta que *l'opposabilité est un complément nécessaire de la force obligatoire du contrat*. Isto é, a oponibilidade é destinada a assegurar a produção dos efeitos normais do contrato, nada além de seus efeitos. A oponibilidade não é capaz de atribuir um direito absoluto aos contratantes, pois o contrato apenas tem como objeto um direito relativo.

O respeito pela relatividade contratual é expressão de uma atitude consensualista que enaltece o poder disciplinador da autonomia e procura atender à intenção com que, na formação do contrato, as partes buscam alguma medida de “isolamento relacional”, ou ao menos o sinalizam uma à outra. Mas esse respeito pela relatividade pode também resultar da consideração do interesse econômico em jogo e da presunção de que qualquer interferência de terceiro colocará em risco a segurança da avença.

O princípio da relatividade dos contratos não pode mais ser elevado à condição de dogma. Dogmas são verdades incontestáveis e sabemos que o direito é instrumento transformador, que atua com apoio na experiência – fator cambiante –, não tolerando posições imutáveis. Há muito, a análise econômica do contrato demonstra generosidade na admissão de ingresso de terceiros na relação contratual, como forma de maximização de trocas eficientes, estimulando-se a livre negociabilidade e transmissão de direitos creditícios.

A necessidade de preservar a ordem econômica e a fidelidade às convenções demanda que terceiros se abstenham de violar contratos em andamento. O abuso no exercício da liberdade contratual gera responsabilidade de quem induz outrem à violação de contrato. A colaboração em grau mínimo da sociedade já é suficiente para preservar a confiança na circulação econômica dos créditos. Assim, há uma necessidade de relativização do próprio princípio da relatividade contratual.

Anote-se: a sociedade não é apenas obrigada a respeitar os direitos da personalidade e a propriedade alheia. O direito de crédito requer tutela ampla, verdadeira via de mão dupla, conjugando respeito mútuo entre contratantes e a sociedade.

Localizar a função social do contrato no ordenamento jurídico é uma tarefa mais delicada do que operacionalizar a função social da propriedade ou da família. Nessas duas vertentes, o sistema tratou de criar diretrizes concretas de aplicação efetiva dos princípios, além de enumerar variadas sanções para o exercício temerário dos poderes dominiais (arts. 182 a 186, CF) ou para o desvio no exercício do poder de família (arts. 1635 a 1638, CC e normas do ECA).

A função social do contrato não é um dado, mas um constructo. O intérprete deverá se valer de todos os métodos

hermenêuticos para localizar a cláusula geral. Nesse leque de possibilidades que se abre para a vivificação do princípio, visualizamos a função social em três situações precisas e ainda não pavimentadas em outras vias: a) Contratos que ofendem interesses metaindividuais ou o princípio da dignidade da pessoa humana; b) contratos que ofendem terceiros; c) terceiros que ofendem contratos.

Já se exauriu o tempo da crítica à velha dogmática civil. Não há mais espaço para desconstruir o antigo. A audaciosa missão da doutrina civilista consiste em fundamentar a função social. Há suficiente amparo doutrinário – aqui e em direito comparado – para a densificação da função social do contrato em cada qual de suas dimensões.

Nesse particular, irretocável, o conteúdo do Enunciado n. 23 do Conselho de Justiça Federal, aprovado na 1ª Jornada de Direito Civil: “A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana”. Primeiramente, a função social atua *inter partes* – no plano da tutela à dignidade – e, em seguida, realiza relevante performance *ultrapartes*.

Outrossim, em qualquer de suas vertentes, o art. 421 não deve ser lido em consonância com o ambiente de intervencionismo econômico e dirigismo contratual que presidiu a elaboração do Código Civil nos idos da década de setenta. A socialidade jamais pode ser compreendida como uma atomização da pessoa perante a sociedade, mas, na linha da interpretação conforme à Constituição, como a imposição de um freio aos abusos cometidos em nome da liberdade contratual, prestigiando-se a construção de uma sociedade solidária, pois, como lembra José de Oliveira Ascensão, “a realização do homem a que o direito deve tender como o seu fim não é a realização de cada indivíduo isoladamente, no agnosticismo e indiferença pelas finalidades prosseguidas; é a realização de cada homem em sociedade, numa comunidade solidária que permita a realização pessoal de seus membros”.<sup>20</sup>

## VII – O contrato ofensivo a interesses metaindividuais

Nada mais natural do que relações contratuais que atendam aos interesses econômicos dos contratantes em um ambiente de cooperação e confiança. Essa é uma situação possível, mormente em contratos interempresariais, nos quais é possível falar em uma relativa igualdade material entre as partes.

Ocorre que essa pacificação interna nem sempre corresponde aos efeitos do contrato perante a sociedade. Determinadas relações creditícias portam o germe da danosidade social. Basta lembrarmos de contratos que ofendem interesses metaindividuais, como aqueles difusos e coletivos, assim como os interesses individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único, I, II e III, CDC) ligados à proteção de consumidores, do meio ambiente ou da livre concorrência.

Adverte o art. 1º, IV, da Constituição Federal sobre o “valor social” da livre iniciativa. Nessa esteira, salienta José Afonso da Silva que “no contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social não se pode ter como valor o lucro pelo lucro”.<sup>21</sup>

A possibilidade de os sujeitos regularem suas relações do

modo que lhes seja mais conveniente ou desenvolver livremente a atividade escolhida, demanda contenções em favor de interesses hierarquicamente prevalentes no quadro de valores Constitucionais. Um contrato empresarial que estabeleça criação de oligopólio requer enérgica atuação do CADE; um negócio jurídico interempresarial envolvendo a edificação de empreendimento em área de preservação ambiental requer imediata atuação do Ministério Público. Enfim, é amplamente justificada a legitimação das entidades descritas nos arts. 5º da Lei n. 7.347/85 e 82 da Lei n. 8.078/90, para provocarem a nulidade de cláusulas que ofendam valores reconhecidamente caros ao corpo social. Flávio Tartuce colhe interessante exemplo de “um contrato celebrado entre uma empresa e uma agência de publicidade. O contrato é civil e paritário, não trazendo qualquer desequilíbrio ou quebra de sinalagma. Entretanto a publicidade veiculada é discriminatória (publicidade abusiva, art. 37, CDC), estando neste pronto presente o vício. Pela presença do abuso de direito, o contrato pode ser tido como nulo, combinando-se os arts. 187 e 166, VI, do Código Civil – nulidade por fraude à lei imperativa diante do ato emulativo”.<sup>22</sup>

Mesmo nas situações prosaicas da vida, a função social do contrato apresenta-se em tutela da coletividade. Rubens Barichelo estava a uma reta da vitória em uma corrida da fórmula 1 (GP –Áustria – 12/05/2002), quando foi alertado pela Ferrari da cláusula contratual que lhe conferia a posição de 2º piloto. O brasileiro culminou por ceder passagem ao alemão companheiro de equipe, em respeito à liberdade contratual. Daí se questiona: trata-se de campeonato mundial de pilotos ou de equipes? Fatalmente, sobejou lesada a desportividade da competição para mais de 500 milhões de fiéis ao esporte pelo mundo. A função social do contrato foi negligenciada.

### VIII – O terceiro ofendido

Outra interessante abordagem da cláusula geral da função social do contrato reside na tutela externa do crédito. Cuida-se da eficácia transubjetiva do contrato. Constatada a insuficiência da classificação dos contratos como *res inter alios acta* – que não beneficia ou prejudica terceiros –, cumpre-nos ferir aquele grupo de situações em que o ato de autonomia negocial é positivo para as partes, sem prejudicar interesses metaindividuais, mas acaba por vitimar um terceiro, completamente estranho ao negócio jurídico.

Quatro interessantes situações revelam a concretização da proteção legislativa e pretoriana ao terceiro ofendido:

a) Um transeunte é atropelado em razão de um defeito de fabricação do freio de um veículo. O motorista não conseguiu acionar o mecanismo de frenagem do carro recém-adquirido. Em tese, a vítima não poderia demandar solidariamente contra os fornecedores – fabricante (montadora) ou fornecedor de fase – com espeque na responsabilidade objetiva do art. 12 do CDC, por não ocupar a posição de consumidor *stricto sensu* a que alude o art. 2º da Lei Consumista. Sobraria-lhe apenas a penosa missão de demandar contra quem lhe atropelou, imputando-lhe o ato ilícito culposo, na dicção do art. 186, do Código Civil.

Todavia, o terceiro é considerado consumidor por equiparação, como *bystander*, por ser vítima de um acidente de consumo provocado pelo defeito do produto. A norma é pedagógica pois concede a qualquer pessoa os mesmos mecanismos jurídicos de tutela do consumidor por responsabilidade derivada de falha de segurança de produtos e serviços. O fornecedor tem o dever de

acautelar não apenas o seu contratante direto (como emanção do princípio da confiança), mas também uma coletividade indeterminada de pessoas expostas aos riscos de sua atividade.

b) Outra hipótese corriqueira concerne a uma colisão de veículos em que o responsável pelos danos tenha contratado com uma seguradora. Em princípio, em uma estrita visão processual, negar-se-ia à vítima a possibilidade de acionar o segurador do ofensor, eis que inexistente relação de direito material entre eles. A vítima demandaria o condutor do veículo e este procederia à denúncia da lide (art. 70, III, CPC), como ação regressiva de garantia em decorrência do contrato de seguro. Não é outra a literalidade do art. 787, do Código Civil: “No seguro de responsabilidade civil, o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro”.

Porém, as duas turmas que compõem a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça<sup>23</sup> consideram a função social do contrato como relevante elemento para a direta e imediata responsabilização da seguradora em demanda movida pelo terceiro, sendo irrelevante que o contrato envolva apenas o segurado causador do acidente, quando este se nega a usar a cobertura do seguro. A responsabilidade da seguradora decorre da apólice securitária.

O voto do Ministro Ruy Rosado de Aguiar é irretocável: “A visão preconizada nestes precedentes abraça o princípio constitucional da solidariedade (art. 3º, I, da CF), em que se assenta o princípio da função social do contrato, este que ganha enorme força com a vigência do novo Código Civil (art. 421). De fato, a interpretação do contrato de seguro dentro desta perspectiva social autoriza e recomenda que a indenização prevista para reparar os danos causados pelo segurado a terceiro, seja por este diretamente reclamada da seguradora. Assim, sem se afrontar a liberdade contratual das partes – as quais quiseram estipular uma cobertura para a hipótese de danos a terceiros – maximizasse a eficácia social do contrato com a simplificação dos meios jurídicos pelos quais o prejudicado pode haver a reparação que lhe é devida”.

Apenas a título de complementação, entendimento contrário ao perfilhado pelo Superior Tribunal de Justiça com fundamento na suposta ilegitimidade passiva da seguradora, redundaria em inobservância do princípio da instrumentalidade e a diretriz da eticidade que permeia as relações de direito privado.

O processo não é um fim em si mesmo. Ele é uma técnica a serviço de uma ética de direito material. Cuida-se de um instrumento que deve efetivar os direitos subjetivos edificados nos princípios constitucionais e nas normas do direito privado. Portanto, o direito processual não pode inviabilizar o exercício do direito material, nem se contrapor a sua justificação. Pelo contrário, cabe ao processo uma estrita observância dos parâmetros que fundamentam a existência e a legitimidade de um modelo jurídico.

Cândido Dinamarco magistralmente delineou o processo civil como um instrumento, um sistema aberto a serviço do direito substancial pela “infiltração dos valores tutelados na ordem político-constitucional e jurídico-material”.<sup>24</sup>

c) Pela mesma via da instrumentalidade, justifica-se a ancoragem da função social como justificativa para a adequada redação do art. 456 do Código Civil. Segundo tal dispositivo, “Para poder exercer o direito que da evicção lhe resulta, o adquirente notificará do litígio, o alienante imediato, ou qualquer dos anteriores, quando e como lhe determinarem as leis do

processo” (grifo nosso).

A evicção é umbilicalmente atrelada à técnica processual da denúncia da lide. Sabemos que, pelo fato de ter operado a transmissão de um direito, o alienante é garantidor da legitimidade da operação. O objetivo da denúncia é permitir ao adquirente a convocação ao processo do alienante, em face do qual terá ação regressiva indenizatória, em caso de sucumbência na ação principal em que figura no pólo passivo.

O inegável acerto do art. 456 é a permissão da denúncia da lide “por saltos”. Em outras palavras, em vez de permitir a convocação isolada do alienante imediato, o Código Civil facultou ao denunciante o chamamento de qualquer um dos transmitentes do bem, desde a origem da cadeia causal viciada. Poder-se-ia indagar: mas qual é a relação jurídica do adquirente com aquele proprietário primitivo que não lhe alienou o bem? Já tivemos a oportunidade de escrever em outro trabalho que “a resposta se encontra na cláusula geral da função social do contrato, na medida em que o adquirente foi ofendido não apenas pelo alienante, mas por todas as relações materiais antecedentes das quais não fez parte. A garantia da evicção será concedida, portanto, pela totalidade dos transmitentes, que deverão assegurar a idoneidade jurídica da coisa, não só em face de quem lhes adquiriu diretamente como dos que, posteriormente, depositaram justas expectativas de confiança na origem lícita e legítima dos bens evencidos”.<sup>25</sup>

d) Na mesma linha evolucionista, o Superior Tribunal de Justiça editou em 25/04/2005 a Súmula n. 308: “A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel”.

A súmula foi inspirada em uma série de julgamentos envolvendo contratos de promessa de compra e venda em incorporações imobiliárias. Os promitentes compradores efetuavam o pagamento integral do preço, mas a incorporadora não cumpria com a sua obrigação de quitar a garantia hipotecária estabelecida com a instituição financiadora (mutuante) do empreendimento. Ocorre que, não obstante a quitação, os compradores não obtiveram liberação do gravame por problemas de inadimplência da construtora perante a instituição financeira.

Se aplicássemos ao caso as lições legadas do direito romano, certamente os promitentes compradores teriam que quitar o financiamento perante o banco, haja vista que a hipoteca produz efeitos *erga omnes*, tendo aqueles ciência do gravame real quando da assinatura do contrato preliminar. Ademais, a hipoteca estaria devidamente registrada no RGI, permanecendo o ônus até que extinta a dívida que lhe deu origem.

Nada obstante, os promitentes compradores foram bem sucedidos em suas ações de tutela específica de obrigação de fazer – outorga de escritura e cancelamento do gravame hipotecário. Com efeito, o direito de crédito de quem financiou a construção das unidades destinadas à venda pode ser exercido amplamente contra a devedora, mas os adquirentes são os terceiros ofendidos que não tinham ciência da ausência de repasses ao banco dos valores que pagavam à incorporadora. A instituição financiadora fica limitada a receber dessas pessoas o pagamento das suas prestações, porém, os adquirentes não assumem qualquer responsabilidade de pagar duas dívidas: a própria, pelo valor real do imóvel, e a da construtora do prédio.

A par da evidente constatação da hipossuficiência dos promitentes compradores, não tendo condições de apreciar o risco

do negócio jurídico, certamente competiria à instituição credora fiscalizar o repasse das quantias, adotando as medidas pertinentes no momento adequado. A *supressio* evidencia-se quando o titular de um direito subjetivo negligencia o seu exercício e tardiamente o exige em face de quem agiu de acordo com legítimas expectativas de confiança sobre a quitação do preço.

Rodrigo Xavier Leonardo empreende saudável aproximação entre a perspectiva funcional e a teoria das redes contratuais, “isto porque, por meio dessa teoria, busca-se reconhecer que entre contratos aparentemente diversos (tal como seriam o compromisso de compra e venda e o contrato de financiamento) pode haver um determinado vínculo capaz de gerar conseqüências jurídicas autônomas em relação aos efeitos tradicionais desses contratos. Em outras palavras: reconhece-se que dois ou mais contratos estruturalmente diferenciados (entre partes diferentes e com objeto diverso) podem estar unidos, formando um sistema destinado a cumprir uma função prático-social diversa daquela pertinente aos contratos singulares individualmente considerados”.<sup>26</sup>

A venda direta das unidades aos adquirentes e o contrato de financiamento entre a construtora e o banco são, aparentemente, duas relações jurídicas distintas, porque a mesma construtora que vendeu e recebeu o preço (ou está recebendo as prestações) dá o empreendimento ou suas unidades autônomas em hipoteca ao banco. Este, por sua vez, sabe que os imóveis são destinados à venda, mas a operação de empréstimo ocorre como se os adquirentes não existissem, e não raro, repassam os recursos do Sistema Financeiro da Habitação sem verificar a viabilidade econômica do empreendimento ou a solvência das empresas incorporadoras. A função social do contrato repercute nessa rede contratual de negócios jurídicos coligados, apesar de o Superior Tribunal de Justiça ter optado por assumir a questão nos contornos da tutela à boa-fé objetiva.<sup>27</sup>

## IX – O terceiro ofensor

Ao reconhecermos a autonomia dos deveres anexos (laterais, instrumentais ou de conduta) em relação à prestação primária, no âmbito de uma relação obrigacional complexa e dinâmica, vislumbramos que não há necessária coincidência temporal entre o nascimento e o recesso da obrigação principal e dos deveres laterais, eis que esses afloram mesmo para antes da contratação como para depois do cumprimento do dever de prestar. A efetividade da boa-fé é flagrante nos momentos pré e pós-negocial.

Mas não é apenas aí que há um desencontro. A consciência da independência dos deveres de conduta em relação ao nível da obrigação principal viabiliza uma verticalização dos sujeitos ativos e passivos dos deveres de conduta, sobremaneira aqueles que se relacionam à modalidade do dever anexo de proteção.

Com esteio na concepção social do contrato (art. 421, CC) e na quebra do dogma de sua relatividade, Teresa Negreiros alude à atual distinção entre a eficácia das obrigações contratuais e a sua oponibilidade, nos seguintes termos:

O princípio da função social condiciona o exercício da liberdade contratual e torna o contrato, como situação jurídica merecedora de tutela, oponível *erga omnes*. Isto é, todos têm o dever de se abster da prática de atos (inclusive a celebração de contratos) que saibam prejudiciais ou comprometedores da satisfação de créditos alheios. A oponibilidade dos contratos traduz-se, portanto, nesta obrigação de não fazer imposta àquele que conhece o conteúdo de um contrato, embora dele

não seja parte. Isto não implica tornar as obrigações contratuais exigíveis em face de terceiros (é o que a relatividade impede), mas impõe a terceiros o respeito por tais situações jurídicas, validamente constituídas e dignas da tutela do ordenamento (é o que a oponibilidade exige).<sup>28</sup>

Percebe-se não se tratar de extensão de eficácia contratual aos terceiros, mas de oponibilidade geral, que exigirá da coletividade um dever de *neminem laedere*, por imposição de solidariedade nas relações entre contratantes e sociedades. O crédito é um valor, um bem que integra o patrimônio de uma pessoa. Como bem dito alhures, “O crédito é relativo, mas o direito de crédito é, porém, oponível a terceiros”.<sup>29</sup>

Terceiros não podem ser credores ou devedores de prestações em contratos que não foram partes. Todavia, quanto aos deveres de conduta, a complexidade de qualquer obrigação exige que, no processamento da relação jurídica as partes, não possam lesar a sociedade ou por ela serem lesadas. Há uma via de mão dupla que demanda um atuar dos contratantes para o bem comum, assim como um agir da sociedade que não sacrifique o bem individual, considerado solidário em relação aos bens dos demais. Como observa Cláudio Godoy<sup>30</sup>, “trata-se, aqui, da expansão da oponibilidade dos ajustes, de resto nada mais senão o reverso da possibilidade de um terceiro adimplir obrigação alheia”.

Para o que nos interessa, a violação ao dever lateral de proteção é igualmente visualizada quando um terceiro contribui para o descumprimento de uma relação obrigacional em curso, mediante a realização de um segundo contrato – incompatível com o primeiro –, frustrando as finalidades do credor por propiciar o inadimplemento e conseqüente destruição da obrigação inicial.

A tutela externa do crédito tem por objetivo, segundo Fernando Noronha<sup>31</sup>, “a proteção destes direitos contra ofensa por parte de terceiros, que impeçam o devedor de adimplir a obrigação assumida”. Sublinha Jacques Ghestin<sup>32</sup> que “pour quis les tiers ne sont pas liés para le contrat, mais comme le contrat s’impose à eux, ils commettent une faute en prétendant le nier”.

Na linha da função social do contrato e da prevalência da eticidade, propugna-se por uma “tutela externa do crédito”, pela qual o terceiro seja responsabilizado não propriamente pela prestação convencionada, mas pela ofensa a dever de conduta nela consubstanciada. Como bem aborda Antônio Junqueira de Azevedo, “os terceiros não podem se comportar como se o contrato não existisse”.<sup>33</sup>

Em dissertação de doutoramento em ciências jurídicas na Faculdade de Lisboa, E. Santos Júnior<sup>34</sup> trata da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito do crédito como solução equilibrada ao valor da justiça, harmonizando os princípios da reparação do dano e da liberdade contratual, o que resulta em aumento na confiança nos contratos e em sua estabilidade, por evitar interferências materiais de terceiros sobre o crédito.

O autor admite que, em princípio, os terceiros não têm o dever de conhecer a existência do crédito alheio, mas “quando o conheça na sua existência e configuração mínima, então aquele dever geral de respeito concretiza-se, passa a configurar como um concreto dever de respeito, que se incrusta na esfera jurídica desse terceiro e limita então a sua liberdade de agir. O conhecimento do crédito constitui uma condição de oponibilidade efectiva do direito de crédito a terceiros”.<sup>35</sup>

O terceiro ofende o crédito alheio através da realização

de um segundo contrato com uma das partes. Cuida-se de uma interferência ilícita, pois a incompatibilidade entre os dois contratos induz à violação do negócio jurídico primitivo. O grande avanço na temática consiste na possibilidade de o ofendido, pela quebra de seu contrato, demandar diretamente contra o terceiro ofensor, mesmo não havendo avença entre eles.

Note-se que no direito comparado a doutrina se divide quanto à necessidade e legitimidade de repressão dessa interferência de terceiro pela via extracontratual; uns defendendo essa repressão em nome da defesa dos valores da relatividade contratual, da tutela das expectativas e da “confiança” contra atividade econômica predatória; outros criticando essa repressão porque ela pode ter o efeito indesejado de bloquear condições concorrenciais e a eficiência alocativa.<sup>36</sup>

Por conseguinte, é indispensável o cuidado com a distinção entre as situações de grave interferência delitual nas relações negociais –suscetível de conduzir ao colapso o ambiente de confiança entre os parceiros –, de uma situação de interferência contratual benigna e introduzida por meios lícitos, em que a oferta de condições contratuais mais vantajosas é própria da concorrência. Como aduz Fernando Araújo, uma repressão desenfreada é muitas vezes anticompetitiva e ineficiente por paralisar “uma via normal para a promoção de soluções mais eficientes no seio de um mercado. Temos que ter cautela de não embarcarmos numa precipitada condenação da prática da ‘melhor oferta’”.<sup>37</sup>

Ao contrário da vasta experiência do direito comparado no trato da interferência ilícita em contratos<sup>38</sup>, no Brasil esse tema alvissareiro é abordado de forma incipiente. Lamentavelmente, há certa promiscuidade em nossa vida social, tolerando-se a conduta dos “aliciadores” que provocam o rompimento de relações contratuais celebradas em caráter de exclusividade. Profissionais abandonam contratos de prestação de serviços em andamento, ao som da primeira proposta, sem que o proponente (e pior, a ordem jurídica) perceba nessa conduta qualquer ofensa ética à força obrigatória dos contratos. Instigar alguém a violar um dever jurídico – sem que para tanto haja qualquer justificativa legítima – é um comportamento inaceitável e, se passivamente consentido, indutor de um sem-número de comportamentos ilícitos reiterados.

Antônio Junqueira de Azevedo<sup>39</sup> emitiu parecer em que censurava a conduta de “atravessadores”, que burlam contratos de exclusividade de fornecimento de derivados de petróleo, celebrados entre os postos de combustíveis e as distribuidoras, concluindo pela possibilidade destas agirem diretamente contra o terceiro ofensor.

Talvez o mais célebre dos eventos que traduza a conduta de um terceiro “cúmplice”, localiza-se no *affair Zeca Pagodinho*. O famoso cantor de samba realizou um contrato de cessão de direito de uso de imagem com exclusividade com a Schincariol por um prazo de 12 meses para promover um novo produto em razão de sua popularidade. Em plena vigência do contrato e, tendo recebido o seu valor integral, o cantor abandonou a sua obrigação de fazer e participou de campanha publicitária de marca de cerveja concorrente em flagrante violação do pactuado. A Schincariol ingressou com demanda contra o cantor exigindo indenização por quebra do contrato e reparação pelo dano moral. Ambas as pretensões foram julgadas procedentes, conforme decisão da 36ª Vara Cível de São Paulo, prolatada em 11.12.2006.<sup>40</sup>

O curioso é que a empresa lesada poderia ter demandado também contra a terceira ofensora – sua concorrente no ramo das

cervejas –, causadora do abandono do artista de suas obrigações. Mas assim não o fez. Há, inclusive, dispositivo específico sobre a tutela externa do crédito no Código Civil, em que o legislador estipula uma verdadeira pena privada contra o aliciador. Nesse sentido, o artigo 608: “Aquele que aliciar pessoas obrigadas em contrato escrito a prestar serviço a outrem pagará a este a importância que ao prestador de serviço, pelo ajuste desfeito, houvesse de caber durante 2 (dois) anos”.

Antônio Junqueira de Azevedo<sup>41</sup> situa o art. 608 do Código Civil como uma pena privada para os atos por ele chamados de “negativamente exemplares” e que provam um dano social. O autor exemplifica com

o recente caso, relativamente divertido do cantor Zeca Pagodinho, se tudo se tivesse passado até o fim nos exatos termos queridos pelo contrato que consubstanciava aliciamento do cantor, o segundo contrato, é ilustrativo. O desrespeito doloso do primeiro contrato, e o mau exemplo, no comportamento do cantor – sempre raciocinando por hipóteses e considerando que tudo se passou como publicado – em conluio com a Ambev, não deveria levar somente à indenização das perdas e danos da primeira contratante. Na verdade, se não houvesse um *plus* de indenização – pago por ele e pela Ambev – tendo por causa o segundo acordo, estaríamos diante da falta de consequência para um ato doloso e diante de um evidente estímulo ao descumprimento dos contratos. A tolerância para com o dolo e o descumprimento da palavra são os piores males para a sociedade.

Discute-se se a responsabilidade do terceiro pela indução ao descumprimento da relação obrigacional seria contratual ou aquiliana. Consideramos se tratar de responsabilidade extracontratual, pois, forte na lição de Antônio Junqueira de Azevedo<sup>42</sup>, a função social determina a oponibilidade como sendo a regra, mas não que, por conta de sua atuação danosa, o terceiro se torne contratante.

De fato, o direito de crédito cujo objeto é a prestação parte da evidente noção da exclusão de terceiros no seu aproveitamento. Mas os específicos direitos e deveres que emanam da obrigação apenas beneficiam ou comprimem às partes. A relatividade das obrigações mantém sua relevância. Assim, quando terceiro ofende a relação negocial da qual era conhecedor, descumpre

a cláusula geral do ato ilícito do art. 186 do Código Civil, pois se olvida em respeitar o dever geral de abstenção, consistente em não interferir na órbita contratual alheia. A lesão ao crédito induz à responsabilidade civil pela teoria subjetiva, no limite dos prejuízos causados ao credor (art. 927, CC).

## X – Considerações finais

Atualmente a liberdade contratual disputa o seu lugar com muitas visões concorrentes, de certo modo todas elas complementares, para fornecerem a atual compreensão das funções do contrato.

Não abandonamos o princípio da relatividade contratual. Fustigado pelo tempo ele apenas revela novos contornos, vez que otimizado pela função social do contrato. Reforça-se o princípio da força obrigatória dos contratos mediante o compromisso harmônico entre as partes e a sociedade. O corpo social, até algum tempo reputado como um desconhecido, assume postura colaboracionista de preservação dos pactos econômicos. A partida de tênis se converte em frescobol.

Instado a se manifestar acerca da função social do contrato, Miguel Reale localizou-a “em todos os casos em que ilicitamente se extrapola do normal objetivo das avenças que é dado ao juiz ir além da mera apreciação dos alegados direitos dos contratantes, para verificar se não está em jogo algum valor social que deva ser preservado...o que se exige é apenas que o acordo de vontades não se verifique em detrimento da coletividade, mas represente um de seus meios primordiais de afirmação e desenvolvimento”.<sup>43</sup>

As palavras do artífice do Código Civil remetem aos direitos da personalidade. Ao abandonarmos a codificação pandecista, atrelada ao monopólio das categorias jurídicas, reencontramos o ser humano situado em suas circunstâncias, agora não mais submerso na abstração do indivíduo e sujeito de direitos patrimoniais. Porém, a categoria ética da pessoa – valor, fundamento e fim da ordem jurídica – realiza-se em sua integração comunitária. A autonomia humana, como suporte para o desenvolvimento pessoal, requer um consenso com a sociedade, sob pena de resvalar no arbítrio. Essa dialética permeia a historicidade e circunstancialismo do conceito da função social do contrato

## Referências bibliográficas

- ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Pessoa, direitos fundamentais e direitos de personalidade*. Revista Trimestral de direito civil, v. n. 26. Rio de Janeiro: Padma, Abr-Jun 2006.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 750, abr. 1998.
- \_\_\_\_\_. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. Revista trimestral de direito civil, n. 19. Rio de Janeiro: Renovar, Julho/Setembro 2004.
- \_\_\_\_\_. *Natureza jurídica do contrato de consórcio...* Revista dos tribunais, v. 832. São Paulo: RT, Fev, 2005.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.
- BIANCA, Massimo. *Diritto civile: il contratto*. Milano: Giuffrè, 1987, v. 3.
- BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione*. Milão: Edizione di comunità, 1984.
- CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha Menezes. *Direito das obrigações*. V. II. Lisboa: AAFDUL, 1999.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 7. ed. Malheiros: São Paulo, 1999.
- DINIZ, Davi Monteiro. *Aliciamento no contrato de prestação de serviços*. Revista síntese de direito civil e processual civil, v. 27. Porto Alegre: Síntese, Jan-Fev, 2004.
- FARIAS, Cristiano Chaves de & ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.
- GHESTIN, Jacques. *Traité de droit civil: les obligations – Les effets du contrat*. Paris : L.G.D.J, 1992.
- GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- LEONARDO, Rodrigo Xavier. *A teoria das redes contratuais e a função social dos contratos*. Revista dos Tribunais, v. 832. São Paulo: RT, Fev.2005.
- LOTUFO, Renan. *Código civil comentado*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *A causa dos contratos*. Revista trimestral de direito civil, v. 21. Rio de Janeiro: Padma, Jan-Mar, 2006.
- NALIN, Paulo. *A função social do contrato no futuro código civil brasileiro*. Revista de direito privado, v. 12. São Paulo: RT, Out-Dez, 2002.
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato – Novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. V. I. São Paulo: Saraiva, 2003.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito privado*. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

- REALE, Miguel. *História do novo código civil*. São Paulo: RT, 2005.
- RENTERÍA, Pablo. *Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato*. MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord), Princípios do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Código Civil comentado*. PELUSO, Cezar (coord). São Paulo: Manole, 2006.
- TARTUCE, Flávio. *A função social do contrato, a boa-fé objetiva e as recentes súmulas do Superior Tribunal de Justiça*. Jus navigandi, Teresina, a. 10, n. 1049, 16 Maio 2006.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro, Forense, 2003.
- THEODORO NETO, Humberto. *Efeitos externos do contrato – direitos e obrigações nas relações entre contratantes e terceiros*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- SANTOS JÚNIOR, E. *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*. Coimbra: Almedina, 2003.
- SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Princípios de direito das obrigações no novo código civil*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.), O novo código civil e a constituição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual a Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SILVA, Luis Renato Ferreira da. *A função social do contrato no novo código civil*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.), O novo código civil e a constituição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- VINEY, Geneviève. *Les obligations. La responsabilité: effets*. In: tomo V do *Traité de droit civil*, GHESTIN Jacques (dir). Paris: 1982.
- ZITSCHER, Harriet Christiane. *Introdução ao direito civil alemão e inglês*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

## Notas

- <sup>1</sup> Pablo Rentería. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. In *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 283.
- <sup>2</sup> Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald. *Direitos reais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 228.
- <sup>3</sup> Em notável obra, intitulada *Globalização*, o filósofo Zygmunt Bauman é incisivo ao expor que “em contraste com os ausentes proprietários fundiários do início dos tempos modernos, os capitalistas e corretores imobiliários da era atual, graças a mobilidade de seus recursos, agora líquidos, não enfrentam limites reais o bastante – sólidos, firmes, resistentes – que obriguem ao respeito. Os únicos limites que se poderiam fazer respeitar seriam aqueles impostos administrativamente sobre o livre movimento do capital e do dinheiro. Tais limites são, no entanto, poucos e distantes uns dos outros”, p. 18.
- <sup>4</sup> Norberto Bobbio. *Dalla struttura alla funzione*. Milão: Edizioni di comunità, 1984, p. 70-74.
- <sup>5</sup> Maria Celina Bodin de Moraes. A causa dos contatos. Revista trimestral de direito civil. Rio de Janeiro: Padma, n. 21 – Jan/Mar 2005, p. 100.
- <sup>6</sup> Renan Lotufo. *Código civil comentado*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 507.
- <sup>7</sup> Cláudio Luiz Bueno de Godoy. *Função social do contrato*. Saraiva: São Paulo, 2004, p. 131.
- <sup>8</sup> Nas justificativas da proposição do aludido enunciado, Flavio Tartuce expõe que “a importância da inovação desse princípio é grandiosa, uma vez que trará ao nosso sistema a adoção plena do abrandamento da força obrigatória dos contratos, afastando cláusulas que colidem com os preceitos de ordem pública e buscando a igualdade substancial entre os negociantes”.
- <sup>9</sup> Jorge Cesa Ferreira da Silva insere a função social do contrato como princípio de normatividade exógena, a qual “se atribui a especial virtude de incluir, como elemento de necessária atenção jurídica, preocupações com terceiros não membros da relação, o que inegavelmente vai ao encontro das aspirações de uma sociedade que se pretende mais solidária”. Princípios de direito das obrigações no novo código civil. In *O novo código civil e a constituição*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004, p. 107.
- <sup>10</sup> Humberto Theodoro Neto. *Efeitos externos do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 154. Bem esclarece o autor que “no seu duplo aspecto, função tanto pode referir-se ao interesse de toda a sociedade (objetivo genérico), como ao interesse inter partes (objetivo específico). Mas o segundo termo – social – remete diretamente à ambientação do contrato em um meio coletivo. O complemento social especifica o aspecto do termo função a que se visa”.
- <sup>11</sup> Luis Renato Ferreira da Silva, A função social do contrato no novo código civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo código civil e a constituição*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 133.
- <sup>12</sup> Humberto Theodoro Jr, *O contrato e sua função social*, Forense, Rio de Janeiro, 2003, p. 29.
- <sup>13</sup> Massimo Bianca, *diritto civile: il contratto*, v.3, Milão: Giuffrè, 1987, p. 432.
- <sup>14</sup> Cláudio Godoy. *Função social do contrato*, cit., p. 129.
- <sup>15</sup> Nelson Rosenvald. *Dignidade humana e boa-fé no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- <sup>16</sup> Crítica realizada dentre outros citados neste texto como Paulo Nalim, Antônio Junqueira de Azevedo e Pablo Rentería. Este último, inclusive remete ao “surrado” paradigma francês do contrato de trabalho cujo objeto era o arremesso do anão Manuel Wackenheim em casa de diversões noturna, como hipótese de julgado em que o Conselho de Estado Francês julgou o caso pela simples contrariedade à ordem pública. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato, cit., p. 292.
- <sup>17</sup> Antônio Junqueira de Azevedo. *Natureza jurídica do contrato de consórcio....* Revista dos Tribunais, v. 832. São Paulo: RT, fev. 2005, p. 133.
- <sup>18</sup> Ou como se colhe do escólio de Jorge Cesa Ferreira da Silva, “o princípio da função social atua no plano da validade (mais restritamente) e no plano da eficácia (mais amplamente), voltando-se ao controle dos efeitos dos atos”. Cit, p. 115.
- <sup>19</sup> Jacques Ghestin, Le principe d’opposabilité, In *Traité de droit civil – les effets du contrat*, Paris : L.G.D.J, 1992, p. 418.
- <sup>20</sup> José de Oliveira Ascensão. Pessoa, direitos fundamentais e direitos de personalidade. In: Revista Trimestral de Direito Civil, n. 26. Rio de Janeiro: Padma, Abr/Jun 2006, p. 60.
- <sup>21</sup> José Afonso da Silva. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 60.
- <sup>22</sup> Flávio Tartuce. *A função social dos contratos, a boa-fé objetiva e as recentes súmulas do Superior Tribunal de Justiça*. Jus Navigandi, Teresina. A.10, n. 1049, 16 maio 2006.
- <sup>23</sup> REsp n 228.840/RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 04/09/2000; REsp n. 294.057/DF, Rel. Min Ruy Rosado de Aguiar, DJ 12/11/2001.
- <sup>24</sup> Cândido Rangel Dinamarco. *A instrumentalidade do processo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 220.
- <sup>25</sup> Nelson Rosenvald. *Código Civil Comentado*. Coordenador: Min. Cezar Peluso. Manole: São Paulo, 2006.
- <sup>26</sup> Rodrigo Xavier Leonardo. *A teoria das redes contratuais e a função social dos contratos*. Revista dos Tribunais, v. 832. São Paulo: RT, Fev. 2005.
- <sup>27</sup> “O princípio da boa fé objetiva impõe ao financiador de edificação de unidades destinadas à venda apreciar-se para receber o seu crédito da sua devedora ou sobre os pagamentos a ela efetuados pelos terceiros adquirentes. O que se não lhe permite é assumir a cômoda posição de negligência na defesa dos seus interesses, sabendo que os imóveis estão sendo negociados e pagos por terceiros, sem tomar nenhuma medida capaz de satisfazer os seus interesses, para que tais pagamentos lhe sejam feitos e de impedir que o terceiro sofra a perda das prestações e do imóvel. O fato de constar do registro a hipoteca da unidade edificada em favor do agente financiador da construtora não tem o efeito que se lhe procura atribuir, para atingir também o terceiro adquirente, pois que ninguém que tenha adquirido imóvel neste país, financiado pelo SFH, assumiu a responsabilidade de pagar a sua dívida e mais a dívida da construtora perante o seu financiador. Isso seria contra a natureza da coisa, colocando os milhares de adquirentes de imóveis, cujos projetos foram financiados pelo sistema, em situação absolutamente desfavorável, situação essa que a própria lei tratou claramente de eliminar. Além disso, clausurar abuso de direito em favor do financiador que deixa de lado os mecanismos que a lei lhe alcançou, para instituir sobre o imóvel - que possivelmente nem existia ao tempo do seu contrato, e que estava destinado a ser transferido a terceiro,- uma garantia hipotecária pela dívida da sua devedora,mas que produziria necessariamente efeitos sobre o terceiro”.
- <sup>28</sup> Teresa Negreiros, *Teoria dos contratos*, p. 265.
- <sup>29</sup> Humberto Theodoro Neto. *Efeitos externos do contrato*, cit., p. 264.

<sup>30</sup> Cláudio Godoy, *Função social do contrato*, cit., p. 134.

<sup>31</sup> Fernando Noronha, *Direito das obrigações*, v. 1, , p. 462.

<sup>32</sup> Jacques Ghestin, Le principe d'opposabilité, cit., p. 426. Em livre tradução do autor, lê-se que "Os terceiros não são ligados ao contrato, mas como o contrato a eles se impõe, cometem uma falta ao pretender negá-lo".

<sup>33</sup> Antônio Junqueira de Azevedo, *Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado*. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 750, p. 116, abr. 1998.

<sup>34</sup> E. Santos Júnior, *Responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*, Coimbra: Almedina, 2003, p. 582.

<sup>35</sup> E. Santos Júnior, *Responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*, cit., p. 582.

<sup>36</sup> Fernando Araújo, *Teoria econômica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 765.

<sup>37</sup> Fernando Araújo, *Teoria econômica do contrato*, cit., p. 769.

<sup>38</sup> Davi Monteiro Diniz oferece minucioso relato sobre a interferência ilícita no contrato na *common law* e no direito francês com início no direito medieval. O autor se refere ainda à indução ao inadimplemento de obrigação conjugal, na qual o marido poderia exigir indenização do terceiro que auxiliasse a esposa a descumprir deveres conjugais. A tutela externa do matrimônio ainda pode ser apreciada no art. 1.513, do Código Civil. Aliciamento no contrato de prestação de serviços. Revista síntese de direito civil e processual civil. v. 27. Porto Alegre: Síntese, Jan-Fev, 2004, p. 84/6.

<sup>39</sup> Antônio Junqueira de Azevedo, *Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado*. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 750, p. 116, abr. 1998.

<sup>40</sup> Processo n. 04.109.435-2

<sup>41</sup> Antônio Junqueira de Azevedo, *Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social*. Revista trimestral de direito civil, n. 19, Rio de Janeiro: Renovar, Julho-Setembro 2004, p. 216.

<sup>42</sup> Antônio Junqueira de Azevedo, *Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado*. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 750, p. 117, abr. 1998.

<sup>43</sup> Miguel Reale. *História do novo código civil*. São Paulo: RT, 2005, p. 268.

## 2. ENTREVISTA

### 2.1 Ministro Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin

**MPMG JURÍDICO:** *O senhor concorda com a idéia de criação de um Código Brasileiro de Direito Processual Coletivo?*

**MINISTRO ANTONIO HERMAN:** É uma idéia boa, que busca sistematizar um conjunto de normas que nós temos no Brasil, que tratam do acesso coletivo à justiça e muitas vezes essas normas falam linguagens diferentes, utilizam técnicas diferentes. A grande questão, portanto, não é se um projeto ou um anteprojeto dessa natureza traria benefícios. Quanto a isso todos concordamos que eles existem. A grande questão é de oportunidade política, que nós temos hoje um congresso nacional extremamente negativo em relação às ações coletivas especialmente as ações civis públicas, seja no campo ambiental, seja especialmente no terreno da improbidade administrativa. A idéia é muito boa e é bem-vinda, mas nós temos que ter cuidado na elaboração de um projeto de lei que seja tecnicamente defensável. Precisamos também analisar o quadro político que vai dar sustentação a esse projeto de lei, porque corremos o risco de não apenas deixar de avançar, mas ao invés disso perdermos conquistas que estão em pleno processo de consolidação no direito brasileiro, especialmente alguns institutos associados à ação civil pública.

**MPMG JURÍDICO:** *O momento histórico atual é favorável à criação de um Código Brasileiro de Direito Processual Coletivo? Quais são as preocupações existentes em relação a uma própria codificação?*

**MINISTRO ANTONIO HERMAN:** Eu tenho receio de que um projeto com essa envergadura vá levar necessariamente a uma montagem no Congresso Nacional de coalizões de forças que são, por uma razão ou outra, contrárias à ação civil pública. Talvez fosse mais viável

identificar pontos essenciais que demandam uma imediata alteração da ação civil pública e então proceder, não no atacado, mas no varejo, alterações que sejam consideradas imprescindíveis.



Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin Gregório Assagra de Almeida

Nesta edição, o MPMG Jurídico publica a entrevista concedida pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça Dr. Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin. No encontro com o Promotor de Justiça de Minas Gerais Gregório Assagra de Almeida, Herman Benjamin falou sobre a Codificação do Direito Processual Coletivo Brasileiro, os pontos de avanço e retrocesso do movimento, as preocupações e impactos sociais que poderão surgir com a codificação, entre outros pontos de relevância e interesse institucional. Ao final, o Ministro deixou uma mensagem de apoio e otimismo ao Ministério Público mineiro.

seu texto. A crítica maior que se pode fazer é em relação à oportunidade política de enviar um projeto como esse, com toda essa amplitude, ao congresso nacional, no exato momento em que parlamentares questionam a própria ação civil pública. Hoje no Congresso Nacional o que se questiona não é um ou outro aspecto da ação civil pública, mas já existem parlamentares que antagonizam a própria idéia do acesso coletivo à justiça, especialmente para o combate à corrupção. Devemos ter muita cautela, sem desmerecer, evidentemente, a qualidade técnica do anteprojeto da forma como está formulado.

**MPMG JURÍDICO:** *O senhor concorda com a revogação, sem qualquer ressalva, consoante prevê o*

*Anteprojeto em análise (art. 53 da última versão do Anteprojeto), da lei da Ação Civil Pública, da parte processual do Código de Defesa do Consumidor, de parte do ECA e de outras leis?*

**MINISTRO ANTONIO HERMAN:** O ideal – e só assim esse projeto se legitima – é manter todas as conquistas que a cidadania brasileira conseguiu alcançar, não apenas pela lei da ação civil pública de 1985, mas também pelo Código de Defesa do Consumidor, pela lei de improbidade administrativa e por uma série de outros textos normativos que estão em vigor. Devemos ter muita cautela no ato de revogação de leis no atacado, sem ter a absoluta certeza. Após passarmos em revista todos os dispositivos dessas leis a serem revogadas, repetindo as conquistas e avanços nos novos textos, vamos verificar quais são os pontos importantes nessas normas todas e conservá-los. Há alguns aspectos importantes que não constam no anteprojeto. Devemos, pois, aprimorá-lo.

**MPMG JURÍDICO:** *A exigência de contraditório no inquérito civil, que consta do art. 21, § 3º, da última versão do anteprojeto de Código Brasileiro de processos Coletivos, não irá dificultar a instrumentalização do inquérito civil e, ao mesmo tempo, criar sério obstáculo ao ajuizamento de ações coletivas pelo Ministério Público?*

**MINISTRO ANTONIO HERMAN:** Nós podemos separar essa questão em duas partes. Primeiro, no aspecto pragmático, não há dúvida de que a exigência do contraditório no inquérito civil vai dificultar, quando não inviabilizar a investigação pelo Ministério Público.

Há questões e matérias, especialmente no âmbito da improbidade administrativa, que não podem ser investigadas com a amplitude necessária, se nós tivermos o investigado informado previamente de cada passo que o MP vai tomar. Então essa é a questão pragmática, por assim dizer, aquela que se relaciona com a própria eficácia do inquérito civil como um mecanismo, um instrumento de investigação de ilícitos praticados contra a cidadania.

A outra questão é de fundo constitucional. Se o MP quiser utilizar a prova colhida no inquérito civil, algum tipo de manifestação e de postulação, já na fase judicial, deve-se dar ao investigado para os fins de revisitar aquela prova, agora no campo judicial e aí sim com o contraditório.

Mas não podemos adotar essa regra para toda prova coligida no inquérito civil, como por exemplo os documentos oficiais que venham ao inquérito civil por meio de requisições do Ministério Público, as provas de origem pública ou os laudos periciais. Não é justo, nem eficiente impedir toda essa prova. O que se pode dar ao investigado, já não mais na condição de investigado, mas como réu, é a possibilidade em juízo de questionar essa prova e o juiz, se for o caso, pode determinar providências complementares no sentido de verificar as questões alegadas pelo réu. Mas, repito, não como investigado. Não viola a constituição o fato de o MP, no inquérito civil, não dar participação de cada um dos seus passos e de seus atos de investigação ao investigado. Pelo contrário, nós corremos o risco desse preciosismo de natureza constitucional inviabilizar todo o trabalho de investigação do MP.

**MPMG JURÍDICO:** *Qual mensagem o senhor deixaria para o Ministério Público de Minas Gerais?*

**MINISTRO ANTONIO HERMAN:** Eu tenho grande admiração pelo Ministério Público de Minas Gerais. Acho que é uma instituição que vem crescendo de forma exponencial. Vive um momento extraordinário, extremamente feliz, por conta dos novos quadros que ingressaram na instituição nos últimos 15 anos, mas também, ao meu juízo, especialmente em decorrência de uma administração séria, moderna, vocacionada à compatibilização dos anseios institucionais e da base material de que toda a instituição precisa. Creio que essa gestão atual, com o Procurador Jarbas Soares à frente, é uma das mais bem sucedidas, não apenas de Minas Gerais, mas de todo o País. Eu só peço que o MP de Minas continue nesta rota, que serve não apenas para ajudar a população de Minas Gerais, mas também que continue sendo exemplo para os outros Ministérios Públicos.



Ministro Antonio Herman

## 2.2 Jacson Rafael Campomizzi

**MPMG JURÍDICO:** *As escolas de governo no Brasil são previstas como norma programática na Constituição. O que tem sido feito para que elas tornem-se realidade?*

**JACSON CAMPOMIZZI:** A preocupação com a formação dos membros do Ministério Público e da magistratura é questão tão antiga quanto a própria existência das instituições. Seus profissionais dão realidade à abstração institucional, de modo a interferir diretamente no modo de viver em sociedade, encarregados que são pela interpretação, exposição e aplicação do direito, regramento que interfere diretamente na vida das pessoas.

Entendemos que a função precípua das escolas de governo no Brasil é a de propiciar aos membros das instituições uma formação ética e moral comprometida com os ideais traçados pela Constituição Federal para o povo brasileiro, para que o profissional, remunerado pelo esforço coletivo, dê todo seu potencial ao trabalho de ajudar a transformar a sociedade brasileira naquela sociedade justa e igualitária prevista na Constituição Federal.

**MPMG JURÍDICO:** *Quanto ao Ministério Público, como se dá a formação de seus integrantes no que respeita aos princípios constitucionais defendidos pela Instituição?*

**JACSON CAMPOMIZZI:** Há ideologias impressas na formatação das instituições. No Ministério Público, essas impressões são notórias, quando se coloca como a Instituição responsável pela garantia da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Tais conceitos têm fortes cargas ideológicas, quando definem direitos de uma sociedade soberana, que busca a implementação dos primados da igualdade, da liberdade, da dignidade da pessoa, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político. Nas específicas áreas de atuação, podemos dizer, por exemplo, que a sustentabilidade social e ambiental interpõem limites às pulsões liberais apegadas apenas ao lucro; que a repressão criminal está necessariamente associada à reinserção social e à dignidade da pessoa humana. Por isso, a par da formação técnica, muitas vezes adquirida suficientemente quando da preparação para os concursos de ingresso na carreira do Ministério Público e da Judicatura, a formação humanística emerge como a principal função dos CEAFs e das Escolas da Magistratura, pois as regras do direito não estão mais encasteladas no seu próprio tipo, mas, fundamentalmente, seguem os princípios que lhes dão causa e estes contêm uma gama valorativa que

remontam às razões e aos destinos da vida em sociedade.

**MPMG JURÍDICO:** *Além da formação do agente político, há que se considerar também a obrigatoriedade dos processos de vitaliciamento e promoção. Em que medida as escolas de governo contribuem para cumprir essa etapa?*

**JACSON CAMPOMIZZI:** A Constituição Federal, por força da EC 45, dispôs que seja considerado para fins de promoção do juiz, “a frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento” (art. 93, II, “a”). O inciso IV do mesmo dispositivo por sua vez preceituou a “previsão de cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados, constituindo etapa obrigatória do processo de vitaliciamento a participação em curso oficial ou reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados”, sendo que tais dispositivos aplicam-se ao Ministério Público por força do artigo 129, § 4º, da Constituição Federal.

Destarte, a formação inicial e permanente de juízes e promotores passou a ser encargo oficial direto do Poder Judiciário e do Ministério Público, que devem promover os cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção destes agentes políticos, constituindo etapa obrigatória dos processos de vitaliciamento e promoção a participação em curso oficial ou reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento.

**MPMG JURÍDICO:** *Como o Ministério Público de Minas Gerais realiza a missão de formar o seu quadro de pessoal dentro da perspectiva da escola de governo?*

**JACSON CAMPOMIZZI:** Recentemente o Ministério Público mineiro baixou a Resolução nº 25/2007, que dá nova estrutura ao CEAF, possibilitando a efetiva criação da Escola do Ministério Público, em conformação com modernas diretrizes pedagógicas. Compõem a Escola um Conselho Científico e um Conselho Editorial, formados ambos preferencialmente por mestres e doutores em direito, em número de oito cada qual, além do diretor do CEAF, cujas atribuições dão aos colegiados a necessária independência para a formulação das diretrizes relativas à formação e aperfeiçoamento dos integrantes das carreiras do Ministério Público (membros e servidores), tais como a deliberação acerca do planejamento anual de cursos e o currículo pleno deles, a orientação filosófi-



Jacson Rafael Campomizzi, Procurador de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais, Doutorando em Direitos Humanos, Interculturalidade e Desenvolvimento pela Universidade Pablo Olavide, de Sevilha – Espanha, é o segundo entrevistado desta edição. Na conversa com o Promotor de Justiça Rodrigo Sousa de Albuquerque, coordenador da COPLI – Coordenadoria de Planejamento Institucional, Campomizzi ratifica o compromisso do Ministério Público mineiro com a formação de seus integrantes sob a chancela e orientação da escola de governo. Nesta oportunidade, o Procurador de Justiça ressalta a importância do desenvolvimento cognitivo dos agentes políticos da Instituição.

ca, diretrizes, seleção de matérias e conteúdos das publicações técnicas e científicas.

A estrutura do CEAF restou também robustecida pela criação de quatro novas diretorias, encarregadas conforme o seguinte: 1) formação e aperfeiçoamento de membros do Ministério Público; 2) formação e aperfeiçoamento de servidores do Ministério Público; 3) Diretoria de Estudos e Pesquisas; 4) Diretoria de Produção Editorial, a par das já consolidadas: 5) Diretoria de Informação e Conhecimento (biblioteca e memória) e 6) Diretoria de Estágios e Convênios Acadêmicos.

A plena realização das atribuições que possibilitam a capacitação ideal dos membros e servidores do Ministério Público constitui esforço que demanda investimentos intelectuais e materiais. A estruturação de cursos que possam atingir todo o Estado de Minas Gerais



Jacson Campomizzi

exige a absorção

de novas tecnologias que permitam o ensino a distância. A construção de instalações adequadas é necessidade à recepção dos conselhos, orientadores e orientandos. Nesta guinada, a experiência do Ministério Público Federal está sendo absorvida com o treinamento de colegas e servidores no sistema aberto *moodle* de videoconferências e já foram iniciadas pela Procuradoria Geral de Justiça as obras das novas instalações físicas do CEAF.

**MPMG JURÍDICO:** *O sonho de instrumentalizar a formação dos membros e servidores do Ministério Público mineiro está enfim tornando-se realidade?*

**JACSON CAMPOMIZZI:** A construção de uma Escola é tarefa permanente, obra sempre inacabada como o conhecimento e formação humanos. Almeja ideais e até utopias, que, aliás, também constituem a busca eterna do Ministério Público.

## 3 INFORMAÇÕES JURÍDICAS DE INTERESSE INSTITUCIONAL

### 3.1 PÚBLICO: CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E INSTITUCIONAL

#### 3.1.1 Empregados públicos e estabilidade: a doutrina administrativista e o enunciado nº 330 da Súmula do TST em rota de colisão

**Nádia Gomes Sarmento**

*Oficial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais  
lotada na 4ª Promotoria de Justiça da Comarca de Juiz de Fora.  
Graduada em Direito - Universidade Federal de Ouro Preto - MG  
Pós-Graduada em Direito*



Nádia Gomes Sarmento

Não obstante tenha o Supremo Tribunal Federal, na sessão de 2.8.2007<sup>1</sup>, restabelecido a polêmica acerca da necessidade de adoção, no âmbito da Administração Pública das três esferas da Federação, do *regime jurídico único* para os agentes públicos da administração direta, autárquica e fundacional (autárquica), tal fato não tem o condão de minimizar a importância do tema ora proposto. Isso porque o deferimento da medida cautelar na ADI 2135/DF, com efeitos *ex nunc*, mantém incólumes, pelo menos até o julgamento final da ação direta, todas as contratações de empregados públicos na Administração Direta, Autárquica e Fundacional de qualquer das esferas da Federação.

Pois bem. É sabido que, respeitadas algumas opiniões divergentes, a categoria dos agentes públicos engloba os agentes políticos, os servidores estatais (servidores públicos e servidores das pessoas governamentais de Direito Privado) e os particulares em colaboração com o Poder Público.<sup>2</sup> De sua vez, é igualmente sabido que os servidores públicos podem dividir-se em estatutários, trabalhistas e temporários<sup>3</sup>, sendo os primeiros os que possuem vínculo profissional e permanente de natureza eminentemente legal, estipulada em estatutos; os segundos, sujeitos à CLT; e os temporários regidos pelo disposto no art. 37, IX, da Constituição.

Destarte, estão submetidos ao regime da CLT não só aqueles que ocupam empregos nas entidades de direito privado que compõem a administração indireta (empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações “públicas” de direito privado) como também aqueles que ocupam empregos públicos na administração direta, autárquica e fundacional pública de direito público.

Quanto aos que atuam na administração indireta, sujeitos que estão basicamente às regras da CLT (com alguns contemporamentos constitucionais, como, por exemplo, a exigência de concurso público para ingresso, *ex vi* do disposto no art. 37, II, da CF/88), doutrina e jurisprudência dão como certa a tese de que não detêm estabilidade, pois estão sujeitos, como os demais trabalhadores, ao regime do FGTS. É o que se infere do enunciado de nº 330, II, da súmula do TST.<sup>4</sup>

O problema surge é com o inciso I do enunciado supracitado, vez que garante a estabilidade, nos termos estipulados no art. 41 da Constituição Federal, aos servidores públicos *celetistas* da Administração direta, autárquica e fundacional. Eis as justificativas colacionadas na doutrina de Maurício Godinho Delgado para tanto:

Já no que diz respeito aos efetivos empregados públicos, isto é, servidores da administração direta, autárquica e fundacional admitidos após aprovação em concurso público, prepondera a linha interpretativa de que se encontram, sim, abrangidos pela regra protetiva do art. 41 da Carta Magna. Este entendimento funda-se em distintos aspectos combinados: de um lado, na essencialidade da forma (concurso público) para os atos admissionais praticados pelo Estado. Tratando-se de admissão submetida aos rigores do concurso público, como no caso em exame, não pode a ruptura fazer-se nos mesmos moldes singelos que se aplicam às relações jurídicas meramente discricionais, que o Estado brasileiro mantém quase que generalizadamente(...).<sup>5</sup>

Esse argumento, porém, não deve prevalecer, pela singela quanto lógica razão, insista-se, de que o art. 37, II, da Constituição Federal, que substancia a exigência de concurso público, abrange os cargos efetivos e os empregos públicos da administração direta e indireta. De fora disso, a dicção do art. 41 da Constituição, que regula a estabilidade dos servidores públicos, não admite controvérsia: “são estáveis após 3 (três) anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento EFETIVO em virtude de concurso público”. Isso porque, no Ordenamento brasileiro, só há dois tipos de cargos públicos: os de provimento efetivo, que só podem ser ocupados por aqueles que lograrem aprovação em concurso público, e os de provimento em comissão, de recrutamento amplo no que tange às funções de direção, chefia ou assessoramento.

Logo, o sentido possível (*mögliche wortsinn*) da regra constitucional citada é um só: destina-se àqueles que, previamente aprovados em concurso público, ocupam cargos de provimento efetivo. Não abrange os ocupantes de empregos públicos, cujo conceito, segundo se viu, não se amolda à categoria dos cargos públicos. Colha-se a lição de José dos Santos Carvalho Filho:

O direito só é conferido ao servidor estatutário, não o sendo ao servidor trabalhista. A regra da estabilidade, contida no art. 41 da CF, refere-se ao servidor *nomeado*, e o § 1º dita que o servidor estável só perderá o seu *cargo* por sentença judicial ou processo administrativo. Ora, a nomeação e o cargo,

como tivemos oportunidade de analisar, são figuras típicas do regime estatutário, não alcançando, por conseguinte, os servidores de regime diverso.<sup>6</sup>

Andou muito, mas muito além mesmo dos limites expressivos possíveis do texto constitucional (art. 41), *venia maxima concessa*, o Tribunal Superior do Trabalho, quando estendeu, àqueles que não se enquadram na categoria de servidores ocupantes de cargo público de provimento efetivo, a estabilidade constitucional após três anos de efetivo exercício. E esse fato, ao que se verifica, não tem merecido a necessária atenção dos tratadistas de direito administrativo, que, em seus manuais, pouca ou nenhuma crítica expõem acerca do tema e de suas implicações.

O que se nos afigura razoável defender, no que cinge ao

tema da despedida dos servidores ocupantes de empregos públicos, é a impossibilidade jurídica do desligamento *desmotivado*, *sem justa causa*, de tais agentes públicos, pois que comportamentos desse jaez, além de efetivamente revelarem competência discricionária nitidamente exagerada e, destarte, arbitrária (não se ‘emite cheque em branco’ para que superiores hierárquicos, no serviço público, possam ver-se livres de inferiores desafetos), ofendem aos Princípios da Motivação, da Moralidade Administrativa (lealdade e boa-fé) e da Publicidade.

Qualquer desligamento de empregados públicos da administração direta, autárquica e fundacional, portanto, há de fundar-se em motivos sérios, válidos e publicamente exteriorizados, com amplo e irrestrito controle pelo Poder Judiciário.

### Notas e referências bibliográficas

<sup>1</sup> Quase nove anos após a publicação da EC nº 19/98, foi deferida medida cautelar na ADI 2135/DF, suspendendo-se a eficácia, evidentemente com efeitos ex nunc, do art. 39, *caput*, da Constituição Federal, com a redação dada pelo art. 5º da EC nº 19/98, voltando a prevalecer o texto originário: “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da Administração Pública Direta, das autarquias e das fundações públicas”.

<sup>2</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 229.

<sup>3</sup> FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 13ª ed. Rio de Janeiro: LUMEN JURIS, 2005, p. 463.

<sup>4</sup> Súmula Nº 390 do TST. Estabilidade. Art. 41 da CF/1988. Celetista. Administração direta, autárquica ou fundacional. Aplicabilidade. Empregado de empresa pública e sociedade de economia mista. Inaplicável. (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 229 e 265 da SDI-1 e da Orientação Jurisprudencial nº 22 da SDI-2) - Res. 129/2005 - DJ 20.04.05

I - O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJ nº 265 da SDI-1 - Inserida em 27.09.2002 e ex-OJ nº 22 da SDI-2 - Inserida em 20.09.00)

II - Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJ nº 229 - Inserida em 20.06.2001).

<sup>5</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 5ª ed. São Paulo: Editora LTr, 2006, pp. 1.245/1.246.

<sup>6</sup> Ob. Cit., p. 511.

### 3.1.2 Uma análise das funções do Estado visando à eficiência na prestação do serviço público

Oscar Santos Alves

Técnico em Direito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

A convivência social, ao mesmo tempo em que é imprescindível para a realização individual e coletiva, implica restrições ao comportamento humano, nem sempre aceitas pacificamente. O Estado é uma sociedade política, pois sua estrutura é regida por normas de Direito posto. Essas limitações à conduta humana, para serem devidamente imunizadas contra a desobediência<sup>1</sup>, devem provir de uma autoridade devidamente legitimada pelo povo, verdadeiro titular da soberania.

A criação do Estado liga-se, assim, não só a finalidades de limitação dos direitos dos indivíduos, mas também a finalidades positivas, consistentes na prestação de serviços essenciais que os sujeitos não podem realizar individualmente com satisfatoriedade.

Contudo, após a Segunda Guerra Mundial, os cidadãos passaram a exigir outras tarefas do Estado, muitas das quais este não poderia prestar. A conseqüência lógica dessa situação, corroborada pela corrupção, pela precariedade do controle à Administração Pública, pela inexistência de vontade política, entre outros fatores, foi a ineficiência do Estado na prestação de serviços que ele próprio considera essenciais, quais sejam, os serviços públicos. Nesse sentido, é precisa a lição de AZAMBUJA<sup>2</sup>:

Há uma espécie numerosa de abusos do poder, no sentido do seu mau uso, que lhe determina a ineficiência, torna-o nocivo

e desprestigiado, além de ser um dispêndio inútil de energia e de recursos financeiros, o que tudo redundando em prejuízo da sociedade. É a extensão exagerada da competência do Estado, é multiplicação excessiva de atribuições novas e de novos encargos, para a máquina governamental.

Um fator que tem contribuído na mudança do papel do Estado na sociedade atual é a globalização.<sup>3</sup> Com o desenvolvimento desta, está ocorrendo uma crescente diminuição da atuação do Estado; gerando o que se denomina crise da soberania. Portanto, com a redução da ingerência estatal na sociedade, serviços antes prestados pelo Poder Público, hoje, são prestados por particulares.

Assim, a determinação do que seja serviço público implica a análise do tipo de Estado que o cria e o presta. Dessa forma, no Estado Liberal, também conhecido como mínimo, o campo das atividades reservadas ao serviço público fica bastante restrito. Esse tipo de Estado desafoga a parafernália estatal, mas enseja o agravamento da injustiça social, da pobreza e do desemprego.

Já o Estado Providência abarca um enorme número de relações fáticas, no intuito de promover a justiça social. Todavia o desejo de resolver todos os problemas acabou por gerar conseqüências contrárias, pois o Estado torna-se extremamente ineficaz e nenhum serviço atinge índices satisfatórios de prestação.

Enquanto o Estado Liberal interfere de modo insuficiente, o Estado Providência interfere demasiadamente. Destarte, um terceiro Estado, que assuma uma posição intermediária, ou seja, equilibrada, deverá ser capaz de realizar a justiça social.

O Estado Essencial é aquele que busca realizar somente suas funções fundamentais, nem máximas, nem mínimas. Dessa forma, sempre que a liberdade escravizar, o Estado deverá intervir. O Estado Essencial coaduna-se com o princípio da subsidiariedade, que estabelece uma cooperação dos Estados soberanos e determina que o homem e as sociedades intermediárias devem fazer tudo que lhes é possível fazer sem a intervenção do Estado.

De nada adianta reformar o Estado, se não houver uma reforma da sociedade através de uma educação intelectual, moral e política. O Estado e a sociedade estão em contínua interação e o aprimoramento daquele está limitado ao desenvolvimento desta.

Contudo, a eficiência administrativa exige que à Adminis-

tração Pública sejam atribuídos somente os serviços essenciais. Os demais serviços podem ser prestados pelo particular sob fiscalização do Poder Público.

Sem desprezar o princípio basilar da legalidade, o que se pretende é que as fontes subsidiárias, como o costume, assumam suas posições de devida importância. O fetiche da lei é fruto do Estado Liberal, causador de tantas injustiças. O abandono do Estado Liberal implica o fim do paradigma do legalismo.

Na teoria das fontes, é possível distinguir as fontes de produção das de conhecimento. Aquelas representam os centros de onde emanam as normas e estas ligam-se ao instrumento através do qual a norma se manifesta. O costume tem uma descomunal capacidade inovadora e modificadora, devendo ter seu valor reconhecido como fonte de produção. Encarar o Direito como ciência e ultrapassar os limites do Direito Positivo é fundamental para a evolução da sociedade. A isso muito se coaduna o combate ao paradigma do ato administrativo e a defesa do desenvolvimento da Administração Consensual.

### Notas e referências bibliográficas

<sup>1</sup>FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo de direito: técnica, decisão, dominação**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 189-190.

<sup>2</sup>AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. 38 ed. São Paulo: Globo, 1998, p.131.

<sup>3</sup>RAPOPORT, Mario. Os Estados nacionais frente à globalização. **Revista Brasileira de Política Internacional**, v. 40, n. 2, IBRI – Instituto Brasileiro de Relações Internacionais, Brasília. 1997, p. 166.

### 3.1.3 Inclusão dos Ministérios Públicos em 4º lugar na precedência do Decreto Federal n.º 70.274/72, a partir da proposta da Comissão de Trabalho dos Cerimonialistas dos Ministérios Públicos dos Estados e da União



Eduardo de Souza Maia



Stael Ellwanger Lauxen

#### Eduardo de Souza Maia

*Bacharel em Relações Públicas*

*Bacharel em Direito*

*Coordenador do Núcleo de Relações Públicas e Cerimonial do Ministério Público de Minas Gerais*

#### Stael Ellwanger Lauxen

*Bacharel em Relações Públicas*

*Coordenadora do Cerimonial do Ministério Público do Rio Grande do Sul*

#### 1. Cerimonial e Protocolo – uma função social

Diferentemente daquilo que é percebido pelo senso comum, Cerimonial e Protocolo são essenciais para a convivência em sociedade. E mais, não se confundem com vaidades e pretensões individuais de autopromoção; tampouco são sinônimos.

Numa visão científica dos processos sociais, Cerimonial e Protocolo devem ser entendidos como conjunto de regras imprescindíveis que facilitam o planejamento, organização e execução dos mais variados eventos na área pública e privada.

A boa técnica nos ensina ainda que o Cerimonial regula todas as atividades que devam ser realizadas durante um evento, cabendo, então, ao Protocolo, como parte do ordenamento da

cerimônia, promover a distinção das pessoas e entidades, concedendo a elas as prerrogativas e posições adequadas ao contexto legal, político e social vigentes.

As normas criadas pelo cerimonial e os protocolos estabelecidos para convivência entre os indivíduos e as instituições têm como preceito fundamental a regulação dos atos da vida social e política entre os povos e suas diversas estruturas e organizações, reconhecendo a hierarquia e definindo, baseadas nas leis, usos e costumes de cada país e em tratados internacionais que visam à convivência pacífica entre os Estados, a posição correta entre as autoridades constituídas, minimizando todo e qualquer tipo de conflito.

Assim sendo, é forçoso reconhecer que a atividade de cerimonialista não se resume à aplicação de regras. Para realizar um bom trabalho, o profissional precisa ser meticuloso e ao mesmo tempo capaz de promover adaptações quando necessárias. Para tanto, seu conhecimento deve ser amplo, não só sobre a administração pública e o setor privado, mas também diversificado. Ou seja, o profissional que atua com cerimonial deve estar sempre bem informado.

Em resumo, a visão prática é muito importante, mas não prescinde de um conhecimento sedimentado das regras que regem o cerimonial e o protocolo.

No Brasil, o Decreto Federal n.º 70.274 de março de 1972 ainda encontra-se em vigor e é utilizado pelos cerimonialistas de todo o País como instrumento mestre, sendo, por assim dizer, o único documento hábil que possibilita aos profissionais da área utilizar a mesma linguagem para todos os Estados em qualquer esfera, para qualquer tipo de evento. Existe uma legítima inconformidade e uma mobilização no sentido de que seja alterado o Decreto, em face das transformações sociais e políticas ocorridas desde a sua edição. No entanto, será necessário um empenho e, por que não dizer, um interesse do Poder Público, mormente do Executivo, para que isso aconteça.

Podemos concluir que o cerimonialista é agente imprescindível para efetivação das normas de Cerimonial e Protocolo, implementando sua função social no ordenamento das relações de natureza pública, sendo responsável por uma leitura atual do Decreto 70.274 de forma a reproduzir, nas diversas cerimônias, uma correta expressão da sociedade contemporânea.

## 2. Ministério Público e a nova ordem político-social

Atualmente o Ministério Público goza de projeção no âmbito estadual e nacional que se constata facilmente pelas aparições diárias nos órgãos de imprensa como jornais, televisão e rádio. Ele tem sido apresentado ao cidadão como o responsável pela Ordem e pela busca de Justiça nas mais diversas áreas de proteção e defesa da sociedade. Há pouco mais de seis anos se perguntássemos ao cidadão sobre a existência e a função deste Órgão Público, talvez tivéssemos um índice muito alto de pessoas que nunca tivessem ouvido falar no Ministério Público. Nos dias de hoje, acreditamos que não podemos dizer o mesmo e, com a grande demanda exigida pela população, essa realidade começa a se modificar e a posição do Ministério Público se fortalece perante seus públicos.

Como dissemos, a importância da Ordem Geral de Precedência, definida no Decreto referido, é fundamental para estabelecer a hierarquia nos eventos e para dar o devido lugar a quem o tem por direito. No caso do Ministério Público, nossas prerrogativas e posições protocolares podem e devem ser extraídas diretamente do texto constitucional, principalmente, em face da lacuna e desatualização do Decreto presidencial. Assim, a inserção do MP num posicionamento adequado deveria se constituir em mera formalidade, uma vez que se trata de direito adquirido pela Instituição após a Constituição de 1988. Isso, contudo, não procede!

## 3. Ministério Público na 4ª posição da Ordem Geral de Precedência

Com base no texto constitucional e numa análise empírica da sociedade, a Comissão de Trabalho do Cerimonial do Ministério Público dos Estados e da União – CTCEMP – defende a colocação do Ministério Público em 4º lugar na Precedência. Essa visão, entretanto, não é esposada por grande parte dos cerimonialistas e rotineiramente não é adotada em muitas cerimônias estaduais e federais, exigindo um trabalho constante de esclarecimento e reivindicação junto a órgãos públicos e instituições privadas no sentido de se adaptarem à nova realidade da sociedade brasileira. Embora com muitos obstáculos para efetivação dessa posição, estamos convencidos da correção da proposta. Exemplo disso é a Lei Orgânica do Ministério Público do Rio Grande do Sul, a Lei 11.350/1999, que reconhece ao Procurador-Geral de Justiça daquele estado a prerrogativa de Chefe de Poder, equiparando-o aos chefes dos demais poderes.

A defesa da CTCEMP se baseia na independência hierárquica do *parquet* e nas suas garantias análogas às dos poderes. Reconhece ainda que cada unidade da federação possui uma realidade diferenciada quanto ao tratamento protocolar recebido. Com esse propósito de minimizar tais diferenças é que surgiu a iniciativa de criação do Grupo de Discussão Permanente dos Cerimonialistas dos Ministérios Públicos dos Estados e da União, integrando a estrutura do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais – CNPG, com o nome CTCEMP. O CNPG assumiu como estratégia de enfrentamento dessa questão de precedência a adoção de medidas intermediárias a serem implementadas pelos Procuradores-Gerais de Justiça no âmbito dos respectivos Estados reivindicando a emissão pelo Poder Executivo de atos normativos estaduais que reconheçam a posição adequada do MP.

## 4. Conclusões

O desafio que se impõe, pois, aos cerimonialistas do Ministério Público é, sem dúvida, estar atento e atualizado para reconhecer as transformações sociais, em permanente interação com a sociedade, com o objetivo único de cumprir sua missão de defesa do órgão e agir em favor de sua precedência correta, fazendo refletir a boa imagem institucional de que desfruta o *parquet*.

Esse não é um desafio apenas dos cerimonialistas, mas de cada integrante do Ministério Público, como já foi reconhecido pelo próprio Conselho Nacional de Procuradores-Gerais ao assumir para si a posição do CTCEMP e estar agindo politicamente na defesa da Ordem Geral de Precedência proposta.

Há uma necessidade concreta de se modificar o Decreto. Por isso, os cerimonialistas do Ministério Público dos Estados e da União se uniram para conquistar essa posição, juntamente com cada um dos integrantes do *parquet*, por acreditar na sua real precedência.

Entendemos que a desatualização do Decreto é um assunto delicado e que requer muita habilidade para ser modificada, pois envolve o ponto mais sensível de um cerimonial que é a precedência, isto é: Poder!

Os critérios para essa questão são os mais variados, podendo ser econômico, social, cultural, hierárquico, etário e também político. A busca da legitimação é inevitável. Está envolvida diretamente, no sistema maior da sociedade, o poder para tomada de decisão, de fazer escolhas.

Uma instituição como o Ministério Público que se preocupa em ter e manter a credibilidade e a confiança perante seus públicos necessita de respaldo para obter a legitimidade. O poder mexe com muitas vaidades e estas precisam ser superadas para se evitarem conflitos e desavenças, a partir do respeito à hierarquia

estabelecida pelo Protocolo e Cerimonial.

Finalmente, a proposta visa não apenas a reconhecer a importância da Instituição no cenário político-social, mas ressaltar a grandeza de nossa sociedade ao erigir o Ministério Público como legítimo representante dos seus maiores anseios.

### 3.1.4 Obras doutrinárias e artigos indicados na área

#### A) Obras doutrinárias

**3.1.4.1 KELSEN, Hans. A democracia.** Trad. Ivone Castilho Benedetti *et alii*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, 392p.

Mesmo para os estudiosos que rejeitam o positivismo normativista, o Kelsen, cientista político, é muito diferente daquele jurista, teórico do positivismo. Nessa obra o autor nos brinda com uma profunda análise da democracia, perquirindo-a sob vários aspectos. Em relação ao aspecto filosófico, nada parece mais preciso do que sua dissertação sobre o absolutismo e o relativismo filosóficos, a afastar toda teoria que prega a verdade absoluta, colocando que, em teoria do conhecimento, se verdade existe, ela é relativa. Quanto aos aspectos religioso e econômico,

da mesma forma, o autor desnuda um cotejo com o sistema de governo da maioria, rechaçando quaisquer formas de governo em que a verdade seja aquela imposta por um só, ou por poucos.

A crítica à obra reside no fato de o autor acreditar, incondicionalmente, na democracia representativa parlamentar, não atentando para a existência, já no seu tempo, da influência dos grupos de interesse (*lobby*). De resto, é uma obra cuja leitura é necessária para membros do Ministério Público, bem como para todos aqueles que ainda acreditam na verdade absoluta.

#### B) Artigos

**3.1.4.2 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Um olhar jurídico-constitucional sobre a judicialização da política.** REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, p. 87-95, maio-ago 2007.

O autor, um dos mais ilustres constitucionalistas contemporâneos, aprecia, neste artigo, a dimensão da abrangência operada pelo jurismo na política.

Nunca é despiciendo lembrar que é possível apontar a gênese de referido fenômeno – judicialização da política – na seara da teoria da *constituição dirigente*, na qual radicam elementos jurídicos que, a despeito de não olvidarem o aspecto político da vida social, privilegiam as diretrizes econômicas, sociais e culturais postas em um texto legal escrito e, via de regra, rígido.

Portanto, a análise do constitucionalista aborda, sob aquela premissa, o momento vivido pelo judiciário mundial na vertente de que não é suficiente, atualmente, a mera decisão que pacifica conflito intersubjetivo privado, na medida em que o Estado formatado por uma constituição dirigente deve ser demasiadamente preocupado com o indivíduo inserido em comunidade, e não atomizado, como entenderam os liberais clássicos.

Como toda obra do Professor Canotilho, a leitura do presente artigo nos leva a compreender a teoria constitucional adotada pelo documento de 1988.

### 3.1.5 Jurisprudências da área

#### 3.1.5.1 STF, Pleno. *O suplente de Senador não possui foro por prerrogativa de função no Supremo Tribunal Federal enquanto o titular do cargo estiver na ativa*

**EMENTA:** AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. QUEIXA-CRIME. ARTS. 20, 21 E 22 DA LEI 5.250/1967. SUPLENTE DE SENADOR. INTERINIDADE. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA O JULGAMENTO DE AÇÕES PENAIS. INAPLICABILIDADE DOS ARTS. 53, § 10, E 102, I, b, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RETORNO DO TITULAR AO EXERCÍCIO DO CARGO. BAIXA DOS AUTOS. POSSIBILIDADE. NATUREZA. FORO ESPECIAL. PRERROGATIVA DE FUNÇÃO POSSUI NATUREZA *INTUITU FUNCIONAE* E NÃO *RATIONE PERSONAE*. ESTATUTO DOS CONGRESSISTAS QUE SE APLICA APENAS AOS PARLAMENTARES EM EXERCÍCIO DOS RESPECTIVOS CARGOS. I - Os membros do Congresso

Nacional, pela condição peculiar de representantes do povo ou dos Estados que ostentam, atraem a competência jurisdicional do Supremo Tribunal Federal. II - O foro especial possui natureza *intuitu functionae*, ligando-se ao cargo de Senador ou Deputado e não à pessoa do parlamentar. III - Não se cuida de prerrogativa *intuitu personae*, vinculando-se ao cargo, ainda que ocupado interinamente, razão pela qual se admite a sua perda ante o retorno do titular ao exercício daquele. IV - A diplomação do suplente não lhe estende automaticamente o regime político-jurídico dos congressistas, por constituir mera formalidade anterior e essencial a possibilitar à posse interina ou definitiva no cargo na hipótese de licença do titular ou vacância permanente. V - Agravo desprovido. (STF, Pleno, Inq-AgR 2453 / MS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 17.05.2007, DJ 29.06.2007, p. 29).

#### 3.1.5.2 TJMG, 7ª Câmara Cível. *Responsabilidade civil subsidiária do Estado. Serviço terceirizado. Culpa in eligendo*

**EMENTA:** INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - RESPONSABILIDADE CIVIL DA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DO MUNICÍPIO CONTRATANTE - ASSASSINATO DE PORTEIRO EM CENTRO DE SAÚDE DO MUNICÍPIO. O assassinato de servidor, contratado como porteiro por empresa prestadora de serviços, no exercício da função de vigia noturno, sem qualquer preparo e proteção, revela comportamento omissivo da empregadora contratada e da Administração Pública. Demonstrada a repercussão negativa do fato, em detrimento do patrimônio moral da vítima, é de julgar-se procedente o pedido de indenização por danos morais. A verba indenizatória decorrente de dano moral tem como objetivo minimizar a dor e a aflição suportada pelos autores. Tem caráter compensatório e não pode ser fonte de enriquecimento ilícito, defeso por lei. A indenização por danos materiais, em forma de pensão, deve durar até a data em que a vítima completaria sessenta e cinco anos de idade, ou até o falecimento dos autores, seus pais.

(...)

Nos termos da norma insculpida no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, descabe examinar se houve ou não culpa da vítima, respondendo objetivamente o Estado pelos danos causados em seu serviço, conforme determina o referido dispositivo.

*In casu*, a apelante voluntária é prestadora de serviço público, como por ela alegado, tendo o fato ocorrido por ocasião em que o serviço era executado, sendo pertinente a teoria objetiva por força do art. 37, § 6º, da Carta da República.

O Município, à sua vez, contratante do serviço, tem responsabilidade objetiva, sendo de sua obrigação, ao terceirizá-lo, escolher bem o prestador do serviço. Cuida-se de responsabilidade subsidiária.

Na lição de Hely Lopes Meirelles (in Direito Municipal

Brasileiro, Malheiros Ed. 12ª ed., 2001, p. 328):

“Quanto aos que realizam serviços por delegação do Poder Público, incumbem-lhes também as mesmas obrigações de prestação regular aos usuários e, conseqüentemente, os mesmos encargos indenizatórios que teria o município se os prestasse diretamente, inclusive a responsabilidade objetiva pelos danos causados a terceiros”.

E acrescenta:

“No entanto, pode o Poder Público responder subsidiariamente pelos danos resultantes da má prestação do serviço delegado, em si mesmo considerado”.

Aqui, houve-se o administrador público, no mínimo, com *culpa in eligendo*, hábil a atrair a responsabilidade, em caráter subsidiário, com a apelante voluntária.

(...)

A prova não deixa dúvida quanto à culpa da apelante voluntária que, apesar de contratar, com o Município, a prestação de serviços por cessão de mão-de-obra para serviços de conservação, limpeza, portaria e mensageiro, sob o gerenciamento da Secretaria Municipal de Saúde (cláusula primeira do contrato – fls. 67), e credenciar funcionário para gerenciar a execução do serviço contratado (letra “g” – cláusula oitava- fls. 70), permitiu que funcionário, admitido como porteiro (fls. 25), exercesse função de vigia noturno para o qual não foi treinado, não dispondo de quaisquer meios de proteção tais como arma de fogo e colete protetor. Patenteada a negligência e a omissão, surge a obrigação de indenizar.

O Município de (X), por sua vez, através da Secretaria Municipal de Saúde, permitiu que funcionário não habilitado exercesse tais funções, não diligenciando no sentido de atender aos pedidos de elevação do muro protetor do Centro de Saúde

e capina do mato em redor, como demonstra a prova produzida, considerando tratar-se de repartição localizada em local perigoso, próxima a favelas. (TJMG, 7ª Câmara Cível, Apelação

Cível/Reexame necessário nº 1.0024.03.985138-1/001, Rel. Des. Wander Marotta, j. 16.11.2004, DJ 02.02.2005).

### 3.1.5.3 STF, 1ª Turma. Servidor Público. Salário Mínimo

**EMENTA:** I. Servidor público: salário mínimo. 1. É da jurisprudência do STF que a remuneração total do servidor é que não pode ser inferior ao salário mínimo (CF, art. 7º, IV). 2. Ainda que os vencimentos sejam inferiores ao mínimo, se tal montante é acrescido de abono para atingir tal limite, não há falar em violação dos artigos 7º, IV, e 39, § 2º,

da Constituição. 3. Inviável, ademais, a pretensão de reflexos do referido abono no cálculo de vantagens, que implicaria vinculação constitucionalmente vedada (CF, art. 7º, IV, parte final). 4. Recurso Extraordinário provido. II. Inversão dos ônus da sucumbência. (STF, 1ª Turma, RE-AgR 493440 / RN, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 24.04.2007, DJ 18.05.2007, p. 80).

### 3.1.5.4 STJ, 2ª Turma. Prequestionamento implícito em sede de Recurso Especial

**EMENTA:** PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – RECURSO ESPECIAL – AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO – SÚMULA 282/STF.

1. Configura-se o prequestionamento quando a causa tenha sido decidida à luz da legislação federal indicada, com emissão de juízo de valor acerca dos respectivos dispositivos legais, interpretando-se sua aplicação ou não ao caso concreto. 2. Admite-se o prequestionamento implícito para conhecimento do recurso especial, desde que demonstrada, inequivocamente, a apreciação da tese à luz da legislação federal indicada, o que não ocorreu na hipótese dos autos. 3. Se o Tribunal *a quo* não

se pronuncia a respeito da tese, cabe à parte opor embargos de declaração. Persistindo a omissão, a orientação desta Corte é no sentido de que o recurso especial deve indicar como violado, sob pena de aplicação da Súmula 211/STJ, o art. 535 do CPC, especificando objetivamente qual a omissão, contradição ou obscuridade a ser suprida. 4. A falta de prequestionamento inviabiliza o recurso especial também pela alínea “c” do permissivo constitucional, diante da impossibilidade de se configurar o dissídio jurisprudencial, pois não há como se demonstrar a similitude das circunstâncias fáticas e do direito aplicado. 5. Agravo regimental improvido. (STJ, 2ª Turma, AgRg no Ag 832101 / RS, Rel. Min. Eliana Calmom, j. 24.04.2007, DJ 31.05.2007, p. 420).

## 3.2 COLETIVO: MATERIAL E PROCESSUAL

### 3.2.1 A atuação extrajudicial do Ministério Público no direito eleitoral



Alexandre A. Mendes



Natália Moreira Torres

**Alexandre Artur Mendes Soares**  
*Advogado e Engenheiro Civil em Minas Gerais*

**Natália Moreira Torres**  
*Advogada em Minas Gerais*

*A justiça tardia não é senão a injustiça manifesta e qualificada. (Rui Barbosa)*

A Constituição da República (CR) não previu expressamente a figura do Ministério Público Eleitoral. Contudo, em seu artigo 127, *caput*, atribuiu ao *Parquet*, como função essencial, “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Por outro ângulo, o Regime Democrático, princípio constitucional sensível (artigo 34, inciso VII, “a”, da Carta Magna), está diretamente relacionado ao pleito eleitoral, uma vez que é por meio das eleições que o titular do poder, o povo (art. 1º, parágrafo único, da CR), escolhe os representantes que irão defender os seus direitos. Logo, cabe ao Ministério Público Eleitoral, no uso de seus poderes e garantias constitucionais e legais, atuar na busca da lisura eleitoral, em defesa do Estado Democrático de Direito.

Segundo o disposto no artigo 72, da Lei Complementar 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), o Ministério Público Federal atua “em todas as fases e instâncias do processo eleitoral”. Perante os juízes e as juntas eleitorais, as funções eleitorais do Ministério Público Federal cabem ao promotor eleitoral (artigo 78, da LC 75/93), que é o membro do Ministério Público local que oficia perante o juízo incumbido do serviço eleitoral de cada zona (art. 79, da LC 75/93). Essa atuação pode ser judicial ou extrajudicial, como parte ou como fiscal da lei (*custos legis*). Como agente, entre outras funções, propõe ações e medidas judiciais e como fiscal da lei emite pareceres nas ações propostas por outros legitimados do processo eleitoral.

No âmbito judicial, temos como exemplos de atuação: Ações de Impugnação de Registro de Candidatura, Investigação Judicial Eleitoral, Recurso Contra Diplomação, Ação de Impugnação de Mandato eletivo, Representação de Propaganda Irregular, Infrações à Lei das Eleições, Representação em Face de Corrupção Eleitoral e Recursos Eleitorais.

Entretanto, nós, atualmente, vivemos em um mundo globalizado em que a informação viaja à velocidade da luz e isso faz com que os bens jurídicos coletivos sofram ataques nunca antes imaginados. E, para que tais bens sejam protegidos, é necessário que se busquem mecanismos ágeis e eficazes para combater as agressões. Porém, tais instrumentos não se encontram no Poder Judiciário, que ainda não está preparado para dar vazão às demandas sociais na rapidez que é exigida, devido à sobrecarga de serviço e à falta de recursos humanos suficientes, entre outros

motivos. Nesse sentido, são elucidativos os ensinamentos de Gregório Assagra de Almeida, (2006, p.511):

A transferência para o Poder Judiciário, por intermédio das ações coletivas previstas (como a principal delas, a ACP), da solução dos conflitos coletivos não tem sido eficaz, pois, em muitos casos, o Poder Judiciário não tem atuado na forma e rigor esperados pela sociedade: muitas vezes extingue os processos coletivos sem o necessário e imprescindível enfrentamento do mérito. Não se nega aqui a importância do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito; ao contrário, o que se constata e deve ser ressaltado é o seu despreparo para a apreciação das questões sociais fundamentais. Um judiciário preparado e consciente de seu papel é a instância mais legítima e democrática para dar efetividade aos direitos e interesses primaciais da sociedade.

Um dos grandes obstáculos à lisura eleitoral é o abuso do poder econômico e político. Tem-se entendido por abuso do poder econômico ou político toda conduta, comissiva ou omissiva que de qualquer forma atinja o equilíbrio entre candidatos de uma eleição.

Para Diógenes Gasparini (2001, p.136) o abuso de poder é: “Toda ação que torna irregular a execução do ato administrativo, legal ou ilegal, e que propicia contra seu autor, medidas disciplinares, cíveis e criminais.” É importante ter em mente que tais ações recaem não só sobre candidatos, mas também sobre qualquer pessoa que concorra para tal, desde que exista nexo de causalidade entre as condutas e a ilicitude eleitoral.

O Abuso do poder econômico e político pode gerar a corrupção eleitoral (artigo 299 do Código eleitoral), mapismo (artigo 315 do Código Eleitoral), gastos eleitorais não contabilizados durante o período eleitoral e a utilização indevida de bens e recursos públicos. Esses tipos de abuso também são comuns no âmbito dos meios de comunicação uma vez que partidos e candidatos de maior influência política e financeira, através dessas, buscam burlar as limitações de espaço, propaganda e assim influenciar os eleitores. Tais condutas comprometem a disputa, pois nem todos partidos e candidatos têm o mesmo poder e oportunidade. Tentando combater as ilicitudes no âmbito das comunicações, são alertadas de forma a prevenir o descumprimento da lei e garantir a isonomia entre todos os partidos e candidatos.

Outra grande vertente do abuso do poder econômico e político ocorre através da compra de votos, desvio de verbas e,

principalmente, da indústria dos patrocinadores. Assim o Ministério Público Eleitoral também tem como função a fiscalização dos partidos, dos fundos partidários e propaganda partidária.

Nesse contexto, é necessário que ocorra uma mudança de paradigma, ou seja, que o Ministério Público assuma uma postura ativa e comprometida com a garantia do regime democrático, por meio de uma ampliação da sua atuação extrajudicial, de modo a permitir o cumprimento de suas funções constitucionais, como já ocorreu em outros momentos da história. Ensina Gregório Assagra de Almeida, citando Hugo Nigro Mazzilli (2003, p.507):

Observa Hugo Nigro Mazzilli que *três* momentos marcaram extraordinário crescimento do Ministério Público como Instituição. O *primeiro* veio com a Lei Complementar federal n. 40/81, a primeira Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, assim considerada porque definiu um estatuto básico e uniforme para o Ministério Público nacional, e dispôs sobre as suas principais atribuições, garantias e vedações. O *segundo* surgiu com o advento da Lei n. 7.347/85, denominada Lei da Ação Civil Pública, que conferiu legitimidade ao Ministério Público para a defesa jurisdicional e administrativa (nesta com o inquérito civil e o termo de ajustamento de conduta) dos interesses e direitos difusos e coletivos. E, por fim, o *terceiro* momento, quando a Constituição da República do Brasil de 1988 ampliou suas funções e consagrou sua autonomia administrativa e funcional, promovendo, assim, seu maior crescimento.

Esse novo perfil do Ministério Público denomina-se de resolutivo, pois está preocupado com a solução rápida dos conflitos sociais e com o acesso a uma ordem jurídica justa e efetiva, e que se contrapõe ao modelo demandista, nos seguintes termos, (Almeida Júnior; Gonçalves, 2006):

No plano do novo perfil constitucional do Ministério Público, Marcelo Pedroso Goulart (1988) também nesse sentido Gregório Assagra de Almeida (2003) descreve a existência de dois modelos de Ministério Público: o demandista e o resolutivo. O Ministério Público demandista, que ainda prevalece, é o que atua perante o Poder Judiciário como agente processual transferindo a esse órgão a resolução de problemas sociais, o que de certa forma, afirma o autor, é desastroso, já que o Judiciário ainda responde muito mal às demandas que envolvam os direitos massificados. O Ministério Público resolutivo é o que atua no plano extrajurisdicional, como um grande intermediador e pacificador da conflituosidade social.

O direito eleitoral é uma espécie de tutela coletiva por excelência, então, apesar de ter um regramento próprio, com leis especiais, por força do inciso IV, do artigo 1º, da Lei da Ação Civil Pública, naquilo que não contrariar tais leis pode ser usada subsidiariamente a tutela coletiva composta do microsistema processual formado pela Lei da Ação Civil Pública (artigo 21 da LACP) e pelo Código de Defesa do Consumidor (artigo 90 do CDC).

Então, é plenamente admissível a utilização nas eleições dos instrumentos previstos na Lei da Ação Civil Pública e do Título III, do Código de Defesa do Consumidor, tais como, o inquérito civil e o termo de ajustamento de conduta. Além desses instrumentos, podemos citar as audiências públicas, recomendações, notificações e o exercício do poder de polícia eleitoral.

Essa atuação extrajudicial não é mero exercício intelectual acadêmico, sem possibilidade de aproveitamento prático, é o que nos demonstra Edson de Resende Castro (2006, p.68):

Uma providência que a experiência mostrou produzir exce-

lentes resultados é a reunião do Promotor Eleitoral com os dirigentes partidários logo no início do ano eleitoral (fevereiro), advertindo-os da necessidade de orientar seus filiados no sentido de não iniciarem a propaganda antes do termo fixado. Mais adiante, quando se sabe, ainda que não oficialmente, quais são os candidatos (pré-candidatos), principalmente a prefeito, devem eles ser chamados para também serem orientados e advertidos, inclusive das conseqüências dos ilícitos eleitorais na sua futura candidatura. Durante a campanha, reuniões periódicas podem e devem ser realizadas. Às vésperas das eleições, uma reunião com todos os candidatos, dirigentes partidários e *cabos eleitorais* (aí o local deve ser atentamente escolhido, uma vez que envolverá um grande número de pessoas) é importante para evitar a “boca de urna” e o transporte e a alimentação de eleitores, como também para orientar a respeito da fiscalização consciente que deve ser exercida pelo Partidos Políticos. A par disso, a orientação ao eleitorado também mostra-se útil. A *recomendação* e os avisos do Promotor Eleitoral tanto aos candidatos e partidos, quanto ao eleitorado, são instrumentos que podem ser utilizados, normalmente alcançando-se o objetivo.

De forma alguma, queremos esgotar as hipóteses de atuação extrajudicial do Ministério Público Eleitoral, mesmo porque a realidade exige um constante aperfeiçoamento e a busca de novas formas para efetivar os direitos difusos e coletivos.

O inquérito civil é um instrumento de investigação administrativa, que tem o Ministério Público como titular exclusivo. Tem por objetivo colher elementos que, eventualmente, possam dar ensejo à ação cabível, ao termo de ajustamento de conduta, à expedição de notificações e recomendações que achar adequadas, assim como sugerir aspectos a serem discutidos em uma possível audiência pública.

O termo de ajustamento de conduta é um acordo que envolve os legitimados previstos no artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública. Aquele que atenta contra o interesse público compromete-se a assumir obrigações de fazer e não fazer sob pena de incorrer nas sanções previstas no termo, pois inexistente concessão de direito material por parte do órgão público legitimado. Gera título executivo extrajudicial e, sendo realizado no bojo do inquérito civil, dispensa homologação judicial.

As notificações, nas palavras de Hugo Nigro Mazilli, (2006, p.384) são: “verdadeiras intimações por meio das quais faz saber a alguém que deseja ouvi-lo, em dia, hora e local indicados com a antecedência necessária; em caso de não comparecimento, cabe condução coercitiva.”

No que tange à audiência pública, o Ministério Público através desse autêntico instrumento de participação direta do titular do poder, pode promover a discussão e esclarecimentos de eventuais dúvidas e procedimentos a serem seguidos por todos os atores do certame eleitoral. Sendo assim, nas palavras de Agustín Gordillo, citado por Geisa de Assis Rodrigues (2002, p.95) :

[...] a audiência pública tem as seguintes funções: a) permite ao administrado verificar objetivamente a razoabilidade da medida administrativa; b) é um mecanismo idôneo de formação de consenso da opinião pública a respeito da juridicidade e conveniência de uma atuação do Estado; c) garante a transparência dos procedimentos decisórios do Estado; d) é um elemento de democratização do exercício do poder; e) é um modo de participação cidadã na gestão da coisa pública, concretizando os princípios políticos e constitucionais de democracia participativa; f) tem uma importante função preventiva, pois pode evitar os prejuízos causados por uma

intervenção administrativa inadequada.

Mas essa atuação do Ministério Público Eleitoral, por meio de seus Promotores ou Procuradores, deve-se pautar pela impessoalidade e moralidade administrativa, sob pena de o membro do *Parquet* responder civil, administrativa e penalmente por suas ações, quando agir dolosamente.

A atuação judicial, diante de verdadeira crise de decidi-

bilidade, cada vez mais tem-se demonstrado incapaz de, na justa medida, promover a tutela eleitoral. Nesse sentido, na defesa do Estado Democrático de Direito, o Ministério Público lança mão de medidas extrajudiciais eficazes, precipuamente aquelas de caráter preventivo, bem como se vale de todos os instrumentos possíveis e de seus poderes explícitos e implícitos, no anseio de coibir qualquer ilícito eleitoral e impor o respeito à legislação. Agindo assim, o *Parquet* se traduz em verdadeiro órgão de maior legitimação de todo o decorrer do processo eletivo.

### Referências

- ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de.; SOARES JUNIOR, Jarbas; GONÇALVES, Samuel Alvarenga. AUDIÊNCIA PÚBLICA: um mecanismo constitucional de fortalecimento da legitimação. In: **MPMG Jurídico**, Minas Gerais, n. 5, 2006, p.9-14, abril, maio, junho, 2006.
- BRASIL, Constituição federal, de 5 de outubro de 1988. Vade Mecum Saraiva. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRASIL, Código eleitoral. Lei federal n. 4.737, de 15 julho de 1965. Vade Mecum Saraiva. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRASIL, Lei federal 7.347, de 24 de julho de 1985. Vade Mecum Saraiva. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRASIL, Lei federal 8.078, de 11 de setembro de 1990. Vade Mecum Saraiva. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRASIL, Lei complementar 75, de 20 de maio de 1993. Vade Mecum Saraiva. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CASTRO, Edson de Resende. **Teoria e prática do direito eleitoral**. 3.ed. rev. atual. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.
- GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 19. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.
- RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

### 3.2.2 Para que serve o Processo Coletivo?

**Renato Bretz Pereira**

*Promotor de Justiça em Minas Gerais, Mestre em Direito processual pela PUC/MG  
Professor da Faculdade Estácio de Sá*

O modelo individual do processo, em que a legitimidade das partes é auferida com base na titularidade do direito em discussão na demanda encontra dificuldades para ser aplicado às lides coletivas, assim entendidas como aquelas que versam sobre direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos.

Valendo-se de uma bem sucedida ironia apresentada por Mancuso, quando Tício provoca um dano a Caio e se recusa a indenizá-lo, a sistemática de resolução de tal conflito de interesses dista, em muito, daquela utilizada para ressarcir um dano ambiental ou evitar a sua perpetuação (tutelas ressarcitória e inibitória, respectivamente).

As razões pelas quais os dois tipos de conflitos (individual e coletivo) não podem ser solucionados pelo poder judiciário, de forma idêntica, não passam despercebidas pela doutrina, em que pese o fato de poucos escritores se preocuparem em abordar o assunto de forma sistematizada.

A recente celeuma criada a respeito da prorrogação da CPMF é um exemplo substancial da importância do modelo coletivo de processo. Com efeito, o tributo em questão tem um impacto insignificante no orçamento do contribuinte pertencente às classes menos abastadas. Paralelamente, o mesmo tributo alcança um montante exorbitante, quando voltamos os olhos para o total arrecadado pelo fisco. Nesse sentido, eventual ilegalidade ou inconstitucionalidade que atinja a CPMF jamais seria questionada judicialmente por um único contribuinte lesado, o que implica a persistência da prática alusiva. Via de consequência, só mesmo o processo coletivo seria capaz de inibir tal prática, tanto nessa hipótese, como nas demais em que a lesão causada individualmente é insignificante se comparada aos custos da demanda a ser proposta. Sem embargo de tal posicionamento, o parágrafo único do art. 1º da lei que trata da Ação Civil Pública, inserido por meio de medida provisória de constitucionalidade duvidosa,

veda expressamente a propositura de ações civis públicas que versem sobre tributos.

Outros aspectos ainda devem ser sopesados, ao analisarmos a insuficiência do processo individual para regulamentação de algumas situações jurídicas diferenciadas. Merece destaque a natural intimidação do cidadão lesado diante do poderio político ou econômico da parte contrária nas demandas coletivas. Tais situações podem ser percebidas tanto nos grandes centros, a exemplo da inibição dos empregados em propor demandas em face de seus empregadores, ainda na vigência do contrato de trabalho, como também em pequenos municípios, em que a influência dos integrantes da classe política aplaca os ânimos de eventuais interessados em fazerem valer direitos de natureza transindividual oponíveis ao poder público.

Acrescenta-se que o abandono da tutela coletiva, sob o falso argumento de que o conflito pode ser solucionado pelo modelo individual de processo, coloca frente a frente aqueles que Capelleti (1990) chamou de demandantes eventual e habitual. Este último, por sua vez, se encontra, sob os pontos de vista jurídico e econômico, significativamente mais estruturado para litigar, mesmo porque já o fez em inúmeras situações análogas, ao contrário do chamado demandante eventual. Via de consequência o demandante habitual sabe precisamente quais provas deve produzir, quais diligências lhe seriam favoráveis e quais acordos lhe seriam convenientes. De outro lado, o demandante eventual se encontra desmuniado de tais informações e à mercê da parte contrária. O resultado, obviamente, é uma distorção no provimento final, a qual poderia até mesmo ser aceitável, se a lide versasse sobre direitos disponíveis, mas é inconcebível na demanda coletiva.

Voltando os olhos para a economia processual, tônica das últimas reformas do CPC, salienta-se que o processo coletivo é essencial para evitar a multiplicação desnecessária de ações indi-

viduais, as quais poderiam ser substituídas por uma única causa em que todos os interesses individuais poderiam ser discutidos. Mesmo o litisconsórcio ativo multitudinário, em tempo algum, pode ser apontado como solução análoga, vez que a infinidade de peças processuais pertencentes aos diferentes demandantes torna difícil uma rápida solução da lide. Não se pode olvidar que a sistemática de contagem de prazos nos litisconsórcios – prazos em dobro quando houver procuradores diferentes e início da contagem da juntada aos autos do último mandado de citação cumprido – dificulta ainda mais a obtenção de provimentos céleres nas causas com litisconsortes.

Cumpra ainda observar que a demanda coletiva tem ainda o mérito de evitar decisões contraditórias, o que traz descrédito ao poder judiciário e levanta suspeitas, às vezes infundadas, sobre

### Referência

CAPPELETTI, Mauro. **Acesso dos Consumidores à Justiça**. Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 310. abr./maio/jun. 1990.

## 3.2.3 Obras doutrinárias e artigos indicados na área

### A) Obras Doutrinárias

#### 3.2.3.1 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada: teoria geral das ações coletivas**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2006, 543 p.

Rodolfo de Camargo Mancuso é um dos teóricos brasileiros mais respeitados sobre o tema relativo à tutela dos direitos difusos. Como é cediço, o jurista é Doutor, livre-docente e professor associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Procurador aposentado do Município de São Paulo e Advogado.

A excelente obra se propõe a uma releitura dos institutos da jurisdição coletiva e da coisa julgada a partir do pensamento crítico próprio do chamado neo-instrumentalismo. Explica o brilhante jurista:

Se é verdade que a ciência processual não é, propriamente, fonte criadora de direitos materiais, com certeza ela tem o compromisso de acompanhar a evolução da vida em sociedade, mostrando-se receptiva aos novos interesses, reclamos e necessidades, e a eles respondendo com os meios idôneos para que possam se expressar judicialmente, e para que o Estado-juiz possa ofertar uma solução condizente e tempestiva (p. 5).

Assim e, especialmente no plano da tutela coletiva, os institutos da jurisdição e da coisa julgada merecem uma re-sistemização a fim de não frustrarem a promoção da efetividade da tutela jurisdicional esperada por uma sociedade massificada,

#### 3.2.3.2 GODINHO, Robson Renault. **A proteção processual dos direitos dos idosos: Ministério Público, Tutela dos Direitos Individuais e Coletivos e Acesso à Justiça**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007, 240p.

Robson Renault Godinho é Promotor de Justiça do Ministério Público do Rio de Janeiro, Mestre em Direito Processual Civil pela PUC-SP, bem como autor de vários artigos doutrinários publicados em revistas especializadas e obras coletivas.

o favorecimento aos mais influentes.

Por fim, sem embargo dos argumentos acima apresentados, a verdadeira legitimidade do processo coletivo pode ser extraída do fato de ter sido o modelo tradicional de processo concebido para o trato de questões envolvendo a esfera patrimonial privada. O mero transporte de tal modelo para a resolução de demandas envolvendo direitos transindividuais tem consequências desastrosas. Por tal motivo, há necessidade de uma regulamentação peculiar dos direitos transindividuais, com adoção de modelos totalmente diferenciados para o trato de institutos como a coisa julgada, a legitimação ativa, a revelia e a competência. Descurar de tais peculiaridades é voltar à pré-história, abandonar o conceito de igualdade que permite tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais e permitir que o homem, inserido em um contexto de um Estado Liberal, devore o semelhante.

competitiva, espriada por um mundo globalizado.

Nessa seara, o autor demonstra a sua atenção a essa delicada transição do *individual* para o coletivo, comprometido com o redefinição de um processo civil socialmente engajado com a realização da ordem jurídica justa. Para se ter uma visão panorâmica do conteúdo do livro, explica o Professor Mancuso:

Na presente obra são explicadas as alterações que sofrem, no plano do processo coletivo, elementos básicos, como o conceito de parte, o tipo de legitimação, o pedido, as possíveis tutelas judiciais, em simetria com o tipo de interesse metaindividual, o problema do trâmite concomitante das ações coletivas, entre si e em face das demandas individuais, e, sobretudo, o importante capítulo da coisa julgada, em sua tríplice conotação: como categoria processual, como garantia constitucional e como fonte assecuratória de direitos. A coisa julgada coletiva, por sua aptidão a projetar eficácia extra-autos, panprocessual (erga omnes, ultra partes), é um elemento de precípua utilidade no universo das ações que compõem a jurisdição coletiva.

A obra se encerra com um rol de considerações conclusivas, cada uma delas correspondendo e sintetizando o tema tratado em cada um dos capítulos, contribuindo, assim, para uma melhor visão de conjunto (p. 8).

O livro tem como base a sua dissertação de Mestrado defendida em setembro de 2005, contando com Apresentação e Prefácio de Sérgio Shimura e Freddie Didier Jr., respectivamente. Como ressalta Godinho:

Embora tenhamos a pretensão de traçar um esboço amplo da proteção processual dos direitos, nosso objetivo específico cinge-se ao estudo das possibilidades de atuação do Ministério Público na tutela de seus direitos, com a ressalva de que, embora a repressão penal também seja um importante instrumento para a tutela de direitos, dela não cuidamos neste trabalho (p. 3).

Dotada de um incrível caráter interdisciplinar, a obra possui, ainda, inegável e importante viés institucional, na medida em que traça, com segurança, um panorama sobre as questões práticas e teóricas que norteiam a atuação do membro do Ministério Público na defesa dos interesses especiais dos idosos. Nesse sentido, o autor analisa os instrumentos que são colocados à disposição da Instituição para esse relevante mister, assim,

## B) Artigos

### 3.2.3.3 MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **O Estatuto da Cidade e os novos instrumentos urbanísticos de proteção ao patrimônio cultural.** DIREITO AMBIENTAL – 5. FREITAS, Vladimir Passos (coord.). Curitiba: Juruá, 2007, pp. 271-288.

O autor é Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, sendo o atual Coordenador das Promotorias de Justiça de Defesa do Patrimônio Histórico, Cultural e Turístico do Estado de Minas Gerais. É, também, autor do livro *Tutela do Patrimônio Cultural Brasileiro* (Del Rey, 2006).

Nesse artigo, Marcos Paulo defende a seguinte premissa:

A análise detida do Estatuto da Cidade nos permite concluir que, com sua edição, a proteção, preservação e recuperação do patrimônio cultural passaram a ser consideradas como diretrizes urbanísticas por parte do Poder Público em geral (p. 287).

Para ele, os “avanços legislativos viabilizaram maior efetividade da proteção ao meio ambiente cultural enquanto

como aborda as mais diversas situações em que se faz presente o exercício da atuação ministerial.

Firme na premissa de que o Ministério Público é um dos principais agentes de efetivação desses direitos, seja na seara judicial ou extrajudicial, seja em relação aos direitos individuais ou transindividuais, Robson Godinho arremata, com propriedade:

Os idosos configuram um grupo social que, embora haja a tentativa de proteção de uma imagem de envelhecimento como uma etapa de bem-estar e satisfatória qualitativamente, encontra no Ministério Público um importante instrumento de tutela de direitos, especialmente porque a realidade social brasileira revela um quadro profundamente desigual de grade de desamparo, justificando uma proteção jurídica específica (p. 214).

direito difuso indisponível, essencial à sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações” (p. 287).

Além de sustentar e dissertar sobre a proteção do patrimônio cultural como diretriz urbanística de observância obrigatória, o autor aponta alguns dos mais importantes instrumentos para essa tutela especializada, como o direito de preempção, estudo de impacto de vizinhança, transferência do direito de construir, unidades de conservação, incentivos fiscais e financeiros e gestão democrática da cidade.

O texto destaca-se, também, pela farta e especializada referência bibliográfica, tornando o conteúdo do artigo ainda mais técnico e aprofundado, sem perder o seu caráter eminentemente didático.

## 3.2.4 Jurisprudências da área

### 3.2.4.1 TJSC, 3ª Câmara Cível. *Defesa do patrimônio cultural. Ausência de tombamento. Irrelevância.*

**EMENTA:** AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PATRIMÔNIO CULTURAL. AUSÊNCIA DE TOMBAMENTO. IRRELEVÂNCIA. POSSIBILIDADE DE PROTEÇÃO PELA VIA JUDICIAL. Inteligência do art. 216, § 1º, da Constituição Federal. Não há qualquer exigência legal condicionando a defesa do patrimônio cultural - artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico - ao prévio tombamento do bem, forma administrativa de proteção, mas não a única. A defesa é possível também pela via judicial, através de ação popular e ação civil pública, uma vez que a constituição estabelece que “o poder público,

com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento, desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação. “(art. 216, § 1º). Obras nas proximidades de imóvel antigo pertencente ao município. Escavações e explosão de laje a dinamite. Desabamento da “casa do agente ferroviário”. Patrimônio histórico e arquitetônico. Reconstrução. Responsabilidade civil caracterizada. Litigância de má-fé não caracterizada. Recurso provido parcialmente. (TJSC, 3ª Câmara Cível, AC 97.001063-0, Rel. Des. Carlos Alberto Silveira Lenzi, j. 24.08.1999).

### 3.2.4.2 STJ, 2ª Turma. *A existência de acordo administrativo entre o IBAMA e as empresas que causaram o dano ambiental não impede a propositura da ação civil pública pelo Ministério Público*

**EMENTA:** PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. LEIS N. 8.625/93 E N. 7.347/83. DANO AMBIENTAL. CERAMISTAS EXTRAÇÃO DE BARRO. ALVARÁ. LICENCIAMENTO. PROJETO DE RECUPERAÇÃO HO-

MOLOGADO NO IBAMA. INTERESSE DO MP NO PROSEGUIMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA QUE DISCUTE DANO AMBIENTAL E SUA EXTENSÃO. POSSIBILIDADE. 1 - É o Ministério Público parte legítima para propor ação civil pública na defesa do patrimônio público, aí entendido os patri-

mônios histórico, paisagístico, cultural, urbanístico, ambiental etc., conceito amplo de interesse social que legitima a atuação do *parquet*. 2 - A referida legitimidade do Ministério Público para ajuizar tais ações é prevista *in satus assertionis*, ou seja, conforme a narrativa feita pelo demandante na inicial (“teoria da asserção”). 3 - Ainda que exista acordo realizado no âmbito administrativo (IBAMA) com as empresas demandadas, resta o interesse de agir do Ministério Público na busca da comprovação da exata extensão dos danos e na reparação. Instâncias administrativa e judicial que não se confundem, de modo a não gerar obstáculo

### 3.2.4.3 STJ, 1ª Seção. Fixação da competência em sede de ação popular

**EMENTA:** CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO POPULAR AJUIZADA EM FACE DA UNIÃO. LEI Nº 4.717/65. POSSIBILIDADE DE PROPOSITURA DA AÇÃO NO FORO DO DOMICÍLIO DO AUTOR. APLICAÇÃO DOS ARTS. 99, I, DO CPC, E 109, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. Não havendo dúvidas quanto à competência da Justiça Federal para processar e julgar a ação popular proposta em face da União, cabe, no presente conflito, determinar o foro competente para tanto: se o de Brasília (local em que se consumou o ato danoso), ou do Rio de Janeiro (domicílio do autor). 2. A Constituição Federal de 1988 dispõe, em seu art. 5º, LXXIII, que “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”. Tal ação é regulada pela Lei nº 4.717/65, recepcionada pela Carta Magna. 3. O art. 5º da referida norma legal determina que a competência para processamento e julgamento da ação popular será aferida considerando-se a origem do ato impugnado. Assim, caberá à Justiça Federal apreciar a controvérsia se houver interesse da União, e à Justiça Estadual se o interesse for dos Estados ou dos Municípios. A citada Lei nº 4.717/65, entretanto, em nenhum momento fixa o foro em que a ação popular deve ser ajuizada, dispondo, apenas, em seu art. 22, serem aplicáveis as regras do Código de Processo Civil, naquilo em que não contrariem os dispositivos da Lei, nem a natureza específica da ação. Portanto, para se fixar o foro competente para apreciar a ação em comento, mostra-se necessário considerar o objetivo maior da ação popular, isto é, o que esse instrumento previsto na Carta Magna, e colocado à disposição do cidadão, visa proporcionar. 4. Segundo a doutrina, o direito do cidadão de promover a ação popular constitui um direito político fundamental, da mesma natureza de outros direitos políticos previstos na Constituição Federal. Caracteriza,

algum para o exercício da jurisdição. 4 - Não viola o art. 535 do CPC, acórdão que adota fundamentação suficiente para dirimir a controvérsia, ainda que conclua contrariamente ao interesse do recorrente. Recurso Especial provido em parte, para reconhecer a legitimidade do Ministério Público do Estado de Minas Gerais e o interesse de agir na ação civil pública. Determino a devolução dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais para que prossiga no julgamento, enfrentando o mérito da questão como entender de direito. (STJ, 2ª Turma, REsp 265.300/MG, Rel. Min. Humberto Martins, j. 21.09.2006, DJ 02.10.2006, p. 247).

a ação popular, um instrumento que garante à coletividade a oportunidade de fiscalizar os atos praticados pelos governantes, de modo a poder impugnar qualquer medida tomada que cause danos à sociedade como um todo, ou seja, visa a proteger direitos transindividuais. Não pode, por conseguinte, o exercício desse direito sofrer restrições, isto é, não se pode admitir a criação de entraves que venham a inibir a atuação do cidadão na proteção de interesses que dizem respeito a toda a coletividade. 5. Assim, tem-se por desarrazoado determinar-se como foro competente para julgamento da ação popular, na presente hipótese, o do local em que se consumou o ato, ou seja, o de Brasília. Isso porque tal entendimento dificultaria a atuação do autor, que tem domicílio no Rio de Janeiro. 6. Considerando a necessidade de assegurar o cumprimento do preceito constitucional que garante a todo cidadão a defesa de interesses coletivos (art. 5º, LXXIII), devem ser empregadas as regras de competência constantes do Código de Processo Civil cuja aplicação está prevista na Lei nº 4.717/65 -, haja vista serem as que melhor atendem a esse propósito. 7. Nos termos do inciso I do art. 99 do CPC, para as causas em que a União for ré, é competente o foro da Capital do Estado. Esse dispositivo, todavia, deve ser interpretado em conformidade com o § 2º do art. 109 da Constituição Federal, de modo que, em tal caso, “poderá o autor propor a ação no foro de seu domicílio, no foro do local do ato ou fato, no foro da situação do bem ou no foro do Distrito Federal” (PIZZOL, Patrícia Miranda. “Código de Processo Civil Interpretado”, Coordenador Antônio Carlos Marcato, São Paulo: Editora Atlas, 2004, p. 269). Trata-se, assim, de competência concorrente, ou seja, a ação pode ser ajuizada em quaisquer desses foros. 8. Na hipótese dos autos, portanto, em que a ação popular foi proposta contra a União, não há falar em incompetência, seja relativa, seja absoluta, do Juízo Federal do domicílio do demandante. 9. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo da 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, o suscitado. (STJ, 1ª Seção, CC 47.950/DF, Rel. Min. Denise Martins Arruda, j. 11.04.2007, DJ 07.05.2007, p. 252).

### 3.3 CIVIL: MATERIAL E PROCESSUAL

#### 3.3.1 Direito intertemporal na Execução Civil - Leis 11.232/2005 e 11.382/2006

**Mirna Cianci**

Procuradora do Estado de São Paulo



Mirna Cianci

Importante aspecto que se apresenta na inovação processual introduzida pela última reforma processual (Leis 11.232/2005 e 11.382/2006) diz respeito à vigência da lei no tempo.

Desde logo há que se ter presente a forma sob a qual se insere a nova ordem processual, tendo em conta os processos pendentes, tendo por certo que, a toda evidência, a reforma será inaplicável aos processos findos, assim entendidos aqueles cuja fase executiva se tenha esgotado, com ou sem a satisfação do crédito, de modo a ter sido emitida sentença de extinção.

Tratando-se de matéria processual, com caráter de ordem pública, em regra tem imediata aplicabilidade, ressalvadas as situações jurídicas consolidadas.<sup>1</sup> Não se aplica, portanto, a lei nova a atos processuais já praticados, ainda que produzam efeitos no curso posterior do processo<sup>2</sup>, de modo que não se trata de efeito retroativo, mas sim imediato da lei, este entendido como aquele que rege os atos e fatos posteriores à sua vigência.

Ao tema aplica-se ainda a regra do “ato complexo”, aquele que, para se aperfeiçoar, depende de mais de uma vontade e, pendente manifestação para sua completude, mantém-se o ato sob a regência da lei anterior.<sup>3</sup>

Segundo Antonio Carlos Muniz<sup>4</sup>

“casuisticamente, se o devedor tivesse sido citado, antes da vigência da Lei 11.382/2006, para pagar ou nomear bens à penhora, de conformidade com a redação anterior do art. 652 do Código de Processo Civil, e o seu prazo adentrasse na vigência das modificações, estas não o alcançariam, investido que estaria no direito subjetivo processual *de pagar ou nomear bens à penhora*, que é ato complexo, pendente ainda de realização ou consumação. Não foi o devedor citado para pagar dentro de três dias, mas ‘para pagar ou nomear bens à penhora’. Citado nessa conformidade, nasce-lhe o direito de pagar ou nomear bens à penhora, e, conseqüentemente, de apresentar embargos após a penhora, por se tratar de ato complexo, ainda não exaurido, iniciado sob a vigência de lei pretérita, retratando o direito líquido e certo e direito adquirido ao *devido processo legal*, que se perfaz no tempo até se consumir o ato complexo. Não fora isso, impor-se-á a retroatividade da lei, condenada pela Lei de Introdução ao Código Civil, para alcançar atos iniciados, complexos e ainda não exauridos, realizados ou consumados sob a vigência da lei do tempo (*tempus regit actum*). Seria, a se pensar de outra forma, a frustração de direitos já incorporados à esfera jurídica do devedor. Não se está a falar pura e simplesmente

de formas processuais, mas do exercício de direitos (*pagar ou nomear bens à penhora*), decorrentes de citação efetivada, já, portanto, adquiridos, pois já se decidiu que *eliminar, com eficácia retroativa, a possibilidade do exercício do direito é o mesmo que eliminar o próprio direito; seria absolutamente inconstitucional*”.

Essa a mencionada lição de Ernane Fidélis dos Santos<sup>5</sup>, para quem “nos termos do art. 1211 do Código de Processo Civil, as normas em vigor se aplicam, desde logo, aos processos pendentes. No entanto, os atos já praticados são perfeitos e acabados e os atos futuros, que necessariamente deles decorram, também têm aplicação, apesar da lei nova”

Respeitado esse parâmetro e adaptando o tema especificamente ao cumprimento de sentença, temos que a sentença proferida sob a égide do ordenamento anterior deverá ser executada nos moldes tradicionais, não só porque, ao contrário do que agora temos, era antes essa decisão apta a pôr termo ao processo (no atual sistema apenas se encerra uma fase processual com a sentença), como também pelo fato de ser ela proferida sem o comando executivo de que a partir de agora será dotada, quando ao juiz será dado determinar seu cumprimento, desde logo, sob pena de multa.

Nesse passo, não há concordar com o asserto de Alexandre Freitas Câmara<sup>6</sup>, para quem, se já iniciada a execução, mas ainda não citado o devedor, deverá o juiz de ofício impor o pagamento sob pena de multa, a teor do disposto no *novel* artigo 475-J do CPC, mesmo ausente esse molde na sentença exequiênda.

E a tanto se alude porque a sentença, uma vez proferida, é ato jurídico perfeito<sup>7</sup>, não comportando modificações, salvo expressa previsão legal. Será fato consumado<sup>8</sup> no processo, ao tempo do ordenamento antecedente, que se aplica num regime de convivência de sistemas.

Assegurado como garantia constitucional, não sujeito a restrições, o ato jurídico perfeito impôs limite ao poder legiferante, na medida em que trata-se de norma destinada à conduta do legislador ordinário, que deve atuar segundo a *ratio constitutionis*. Essa regra vem ainda inserida na Lei de Introdução do Código Civil (LICC) - art. 6º - : “A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada” E “§ 1º - Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou”.

A propósito Wambier e Medina<sup>9</sup> acrescentam que “portanto, parece evidente que a única regra que poderia aqui incidir é a de que ninguém pode ser punido ou premiado por praticar determinada conduta, a não ser pelas regras que estavam em vigor ao tempo em que sua conduta foi praticada”.

Comporta pequeno temperamento essa conclusão: o que conduz ao sincretismo (*rectius* à fusão da cognição-execução) é o novo trato que se deu à sentença (CPC, artigo 162) e ao seu conteúdo (CPC, artigo 475-J), de modo que a decisão proferida sem tais caracteres haverá de ser executada sob o molde em que foi proferida. Mas, se editada depois da vigência da lei nova, ainda que atinente à obrigação anterior, aplica-se esta integralmente, até porque, em se tratando de título judicial, a obrigação nasce com a sentença, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça<sup>10</sup>.

Conveniente traçar um paralelo: o sistema recursal prevê que a lei nova terá vigência no momento em que a sentença é

proferida. Assim entendido, se, no momento da sentença, tinha vigência a sistemática anterior, não há que se admitir a inovação. Conquanto aparente andar na contramão da almejada efetividade, verdade é que há de se respeitar a coisa julgada e o ato jurídico perfeito, garantias constitucionais, em que resta inadmissível viabilizar a mudança do conteúdo da sentença, de modo a adaptá-la ao novo regime.<sup>11</sup>

Com isso, transitada em julgado a sentença, ou estando apta à execução provisória, desde que proferida na vigência do ordenamento anterior, não se aplica a inovação nem nas demais fases processuais, tampouco no que se segue ao processo executivo.

## Notas e referências bibliográficas

<sup>1</sup> As normas de direito processual, dada sua natureza de ordem pública, têm aplicação imediata, atingindo, inclusive, os processos pendentes de julgamento, impondo-se, no entanto, respeitar as situações jurídicas já consolidadas sob a vigência da lei anterior. O parágrafo único do art. 741 do Código de Processo Civil não deve incidir nos processos cuja sentença exequianda passou em julgado antes de sua entrada em vigor, sob pena de violação à coisa julgada.

Agravo regimental a que se nega provimento.” (AgRg no REsp 626.801/RN, Rel. Min. Paulo Medina, SEXTA TURMA, julgado em 28.03.2006, DJ 08.05.2006 p. 304 – g.n.).

<sup>2</sup> Wambier, Wambier e Medina trazem a lume a lição de Arruda Alvim, para quem “aos atos processuais praticados na vigência de lei anterior, desde que devam produzir efeitos no futuro e ocorra mudança de lei, é a lei anterior que deverá ser aplicada, porque ela continua legitimamente a reger aqueles efeitos posteriores” (Breves comentários, p. 301).

<sup>3</sup> Segundo o Superior Tribunal de Justiça, “a arrematação é ato complexo, de modo que se vê perfeita e acabada depois de assinado o auto pelo juiz, nos termos do art. 694 do Código de Processo Civil. A lavratura do auto, por sua vez, deve ser guiada pelo art. 693 do mesmo Diploma Processual, ou seja 24 (vinte e quatro) horas depois de realizada a praça ou leilão, prazo este concedido com o fim de oportunizar a remição, nos moldes dos arts. 788, inciso I e 789 do mesmo Estatuto Legal” (REsp 437.573/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 15.04.2004, DJ 24.05.2004 p. 324).

<sup>4</sup> A exceção de pré-executividade, a reforma processual (Lei nº 11.382/2006) e a aplicação da lei no tempo, <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9807>. Acesso em: 30 abr. 2007.

<sup>5</sup> **Manual do direito processual civil**, p. 4.

<sup>6</sup> **A nova execução de sentença**, p. 179. Humberto Theodoro Junior a respeito também considera que as sentenças anteriores que não chegaram a provocar a instauração da ação autônoma de execução, submeter-se-ão ao novo regime de cumprimento, mesmo que tenham transitado em julgado antes de sua vigência (**As novas reformas do código de processo civil**, p. 125).

<sup>7</sup> Na lição de Maria Helena Diniz, ato jurídico perfeito é o já consumado, segundo a norma vigente ao tempo em que se efetuou. Já se tornou apto para produzir efeitos (**Conflito de normas**, p. 37).

<sup>8</sup> Para Teori A. Zavascki “O termo “consumado” [refere-se ao ato jurídico perfeito, art. 6º, § 1º, da LICC] deve ser entendido como se referindo aos elementos necessários, à existência do ato, e não à execução ou aos seus efeitos materiais. Ou seja: ato consumado é ato existente (em que se acham completos, “consumados” todos os requisitos para a sua formação), ainda que pendentes (= ainda que não “consumados”) os seus efeitos” (**Processo coletivo – tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**). Ao que tudo indica, será esse o entendimento a ser consolidado na jurisprudência, na esteira de respeitável doutrina, conquanto aqui se demonstre a discordância. A propósito: TJSP – AI 455.985-4/2-00, de 13.9.2006, rel. Des. Américo Izidoro Angélico; TJRS – Decisão Monocrática 70016962821, de 21.9.2006, rel. Des. Otavio Augusto de Freitas Barcellos; TJMG, 1.0024.00.090029-0/001, de 27.9.2006, rel. Des. Selma Marques; TJRS – Decisão Monocrática 70016943524, de 21.09.2006, rel. Des. Paulo Sergio Scarparo; TJRS, Decisão Monocrática 70016563728, de 11.09.2006, rel. Des. Otavio Augusto Freitas Barcellos. E, decidindo inaplicável a nova lei, quando já efetivada penhora: TJRS, Decisão Monocrática 70016831737, de 12.09.2006, rel. Des. Antonio Correa Palmeiro da Fontoura. TJES – AI 024.06.900598-1, de 10.10.2006, rel. Des. Maurílio Almeida de Abreu. Foi ainda aplicado o disposto no artigo 475-H do CPC, com a redação dada pela Lei 11.232/2005, tendo decidido o TJMT (AI 50008/2006, de 4.9.2006, rel. Des. Benedito Pereira do Nascimento) que o recurso a ser interposto a propósito da decisão na liquidação será o de agravo de instrumento, consoante a nova sistemática processual inserida pela Lei 11.232/2005.

<sup>9</sup> **Breves comentários**, p. 311.

<sup>10</sup> “PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. JUROS MORATÓRIOS. APLICAÇÃO DA LEI VIGENTE AO TEMPO DO TRÂNSITO EM JULGADO. ART. 15-B DO DECRETO-LEI 3.365/41, INSERIDO PELA MP 1.901-30/99. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO. APLICAÇÃO DA LEI VIGENTE AO TEMPO EM QUE PROLATADA A SENTENÇA. JUROS COMPENSATÓRIOS. TERMO INICIAL DE INCIDÊNCIA. SÚMULAS 69 E 114/STJ.”

(omissis)

3. A obrigação de efetuar o pagamento da indenização nasce com o trânsito em julgado da sentença, a partir de quando a Fazenda Pública passa a incidir em mora. A lei aplicável, portanto, no que tange ao termo inicial de incidência dos juros moratórios, é a vigente nesse momento.

(omissis)

5. A orientação desta Superior Corte de Justiça, invocando mais uma vez o princípio *tempus regit actum*, firmou-se no sentido de que a fixação dos honorários advocatícios rege-se pela lei vigente ao tempo em que prolatada a sentença que os impõe.

(omissis) (REsp 669.723/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18.05.2006, DJ 12.06.2006 p. 441 – g.n.).

Em Ensaio publicado a respeito da incidência da nova taxa de juros, Guilherme Rizzo Amaral destaca que, “se já houve sentença, constituindo título de crédito com taxa fixa de juros de 6% ao ano, não vemos como a mesma ser alterada por força da nova lei. A sentença é ato jurídico perfeito e, transitada em julgado, adquire ainda a qualidade de coisa julgada. Como bem se vê, estão aqui presentes duas vedações constitucionais à retroatividade da nova lei. Entretanto, para processos pendentes, anteriormente à sentença, propugnamos pela imediata aplicabilidade de novo índice de juros de mora, a partir da entrada em vigor do novo código civil. Ora, os juros de mora punem esta conduta do devedor, reiterada dia a dia, desde a citação válida (art. 219 do CPC). Assim, a aplicação imediata dos novos juros de mora não constituirá retroação da nova lei, desde que, para o período anterior à entrada em vigor do novo código civil, utilize-se o índice então vigente. Entretanto, para processos pendentes, anteriormente à sentença, propugnamos pela imediata aplicabilidade de novo índice de juros de mora, a partir da entrada em vigor do novo código civil. Ora, os juros de mora punem esta conduta do devedor, reiterada dia a dia, desde a citação válida (art. 219 do CPC). Assim, a aplicação imediata dos novos juros de mora não constituirá retroação da nova lei, desde que, para o período anterior à entrada em vigor do novo código civil, utilize-se o índice então vigente. (Ensaio acerca do impacto do Novo Código Civil sobre os processos pendentes).

<sup>11</sup> O recurso é regido pela lei do tempo em que tiver sido proferida a decisão e, conforme a doutrina, a lei processual tem vigência imediata e se aplica aos processos pendentes, mas rege sempre para o futuro, eis que os atos processuais já praticados sob a égide da lei antiga caracterizam-se como atos jurídicos processuais perfeitos, estando protegidos pela garantia constitucional da CF, art. 5º, XXXVI, não podendo ser atingidos pela Lei Nova. (TJDF-T-2006-00-2-007115-1 (ARAI) Rel. Des Humberto Adjuto Ulhoa, 26.7.2006).

### 3.3.2 O processo cautelar e seus institutos: consonância com os princípios do Estado Democrático de Direito?



Ana Cristina Ribeiro  
Alves de Carvalho

O Direito Processual e todos os seus institutos são definidos a partir da ordem constitucional em que está inserido. Em outras palavras, o Direito Constitucional é a base fundamental dos princípios que regem o Direito Processual.

A expressão “devido processo constitucional”, terminologia resultante da evolução do “devido processo legal” significa o desenvolvimento da relação processual, em que os procedimentos que o compõem são calcados nos princípios previstos na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. Tais princípios, como o do juiz natural, o da publicidade das audiências, o do contraditório e da ampla defesa, entre eles, informam também a organização judiciária e preconizam normas aos órgãos do Poder Judiciário, fixando-lhe prerrogativas e sujeições, para que exerçam sua função com imparcialidade, equidade e subordinação apenas à sua consciência.

Podemos afirmar que o Estado Democrático de Direito, inaugurado com a Carta de 1988, ainda está em fase de desenvolvimento, haja vista estarmos a menos de vinte anos de sua promulgação. Mas, algumas características podem ser apontadas: participação popular em sentido amplo, ou seja, desde a propositura de projetos de lei, legitimidade ativa para propor ações em defesa de direitos coletivos, como no caso da Ação Civil Pública, e até mesmo exercer o controle sobre seus representantes.

Diante dessa possibilidade de exercício pleno da cidadania, não poderia o Direito Processual trilhar outros caminhos que não sejam o respeito aos direitos e garantias fundamentais, em suas relações de litígios (e até mesmo de jurisdição voluntária), direitos estes garantidos mediante a observância dos princípios que regem o devido processo constitucional.

Ada Pellegrini Grinover cita, em sua obra “Teoria Geral do Processo”, o artigo 39 da Magna Carta:

“Nenhum homem livre será preso ou privado de sua propriedade, de sua liberdade ou de seus hábitos, declarado fora da lei ou exilado ou de qualquer forma destruído, nem o castigaremos nem mandaremos forças contra ele, salvo julgamento legal feito por seus pares ou pela lei do país.”

Os princípios constitucionais orientadores do Direito Processual têm o condão de evitar que o processo configure um fim em si mesmo, mas que seja um instrumento de composição de lides, a fim de garantir a efetividade, a observância do direito material.

O processo civil, especificamente o procedimento ordinário, é composto de uma série de atos, que são praticados pelas partes, pelo juiz, pelos auxiliares da Justiça, sendo estabelecidos prazos para a sua prática. Esse tipo de procedimento é o que, na verdade, mais propicia a incidência dos princípios do contradi-

tório, da ampla defesa, e até mesmo, do acesso à justiça, pois, somente a título de ilustração, a obrigatoriedade da representação por advogado neste tipo de procedimento já garante o efetivo acesso à justiça, ao contrário do procedimento sumaríssimo (Juizado Especial Cível), no qual, em alguns casos, é dispensável a presença do procurador.

Em contrapartida, a morosidade, também característica do procedimento ordinário, pode, em muitos casos, não garantir a efetividade dos provimentos jurisdicionais, haja vista que, ao final de *longos anos*, não mais exista ou se torne desnecessário o bem da vida pleiteado pela parte.

Ademais, em muitos casos, mesmo se não existisse essa morosidade, o próprio provimento jurisdicional do procedimento ordinário, considerando-se o cumprimento rigoroso dos prazos nele estabelecidos, tornar-se-ia inútil.

Para evitar a perda ou deterioração dos bens jurídicos envolvidos no processo, foram criados o processo cautelar e as medidas cautelares, com finalidade provisória, pois perduram até que se tornem desnecessárias ou sejam substituídas pelo provimento definitivo, e instrumental, por existirem em função de outro processo.

São requisitos específicos do processo cautelar o *periculum in mora*, que é a probabilidade de perecimento do objeto em razão da demora, e o *fumus boni iuris*, que é a possibilidade de existência do direito pleiteado.

O rito processual adotado nas diversas hipóteses de medidas cautelares é bem mais célere do que o procedimento ordinário, por representarem medidas de caráter de urgência; do contrário, não teriam razão de existir. Em muitos casos, o pedido cautelar será deferido *inaudita altera pars*, ou seja, sem ouvir a parte contrária, e até mesmo, devido à intensidade do *periculum in mora*, sem realização de audiência prévia pois, conforme já dito, corre-se o risco de perecimento do objeto.

Por não permitir o contraditório antes do deferimento do pedido, pode-se inferir, em primeiro plano, a existência de afronta a princípio constitucional; porém, como o processo não encerra um fim em si mesmo, há que se harmonizar tal entendimento com a exigência de efetividade na prestação jurisdicional. Ademais, conforme já exposto, o deferimento do pedido inicial, em caráter de urgência e sem ouvir a parte contrária, não é imutável. Após o cumprimento da medida, o procedimento seguirá o rito normal, possibilitando ao réu o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Depois da instrução processual, permitida a ampla produção de provas tanto ao autor quanto ao réu, na fase decisória, a medida deferida liminarmente poderá ser confirmada ou não.

O Direito deve ser entendido como um todo composto por vários compartimentos que devem coexistir em harmonia. A função dos princípios em uma ciência é justamente esta: harmonizar seus componentes, de sorte que um instituto não seja

manifestamente contrário a outro. Os princípios gerais do direito e os princípios constitucionais informadores do processo têm justamente essa função.

Assim, não há que se falar em mitigação do contraditório e da ampla defesa no processo cautelar, afinal, tais princípios são garantidos, porém de forma diferida.

No paradigma do Estado Democrático de Direito, vislumbramos o papel do juiz no processo de forma diferente dos paradigmas anteriores.

No Estado Liberal, existia a figura do juiz “boca-da-lei”, ou seja, os casos concretos a ele apresentados eram julgados observando-se rigorosamente o texto legal, não havendo nenhuma possibilidade de utilização da equidade, necessária para atender às peculiaridades de cada caso.

Já no Estado Social, mais conhecido como “Estado Assistencialista”, a equidade era amplamente exercida, julgando-se, até mesmo, contra texto legal, o que representava grande insegurança jurídica.

Atualmente, a equidade é exercida de maneira harmoniosa com o ordenamento jurídico, o que não é diferente no processo cautelar.

Como se observa da Lei Instrumental Civil, são enumerados vários procedimentos cautelares, específicos a diversas situações. Porém, como não pode o legislador prever todas as situações, de litígio ou não, que podem ocorrer no mundo fático, possui o juiz um poder geral de cautela, para determinar medidas urgentes e assecuratórias em situações não previstas no Código de Processo Civil.

Atente-se para o fato de que tal poder é limitado, conforme nos ensina Vicente Greco Filho:

O poder geral de cautela, todavia, ampliado pelo Código vigente, em momento algum quis que se substituíssem as medidas cautelares típicas pelas inominadas. Se não cabem aquelas por falta de requisito legal, não podem vir acobertadas pelo manto do art. 789. Este teve a finalidade de atender a situações novas, que o legislador não previu e que merecem proteção. Se o legislador previu e estabeleceu os requisitos para a concessão, como é o caso, por exemplo, do arresto, garantidor de futura execução por quantia, é porque deseja que somente seja concedida se presentes os seus pressupostos. Isso porque o legislador já prefixou que a concessão fora dos casos previstos seria abusiva.

Esse poder geral de cautela harmoniza-se perfeitamente com o atual paradigma, haja vista que, em situações não definidas o julgador não se eximirá de julgar - ao contrário do modelo

liberal -, bem como tal poder não será exercido de forma indiscriminada, obedecendo-se a certos requisitos previstos na parte geral do processo cautelar, diferentemente do modelo social.

Conforme já dito, os procedimentos cautelares específicos foram estabelecidos conforme situações identificadas e definidas pelo legislador.

Nosso atual Código de Processo Civil, Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973, regulamenta algumas hipóteses que não se coadunam com o atual modelo democrático e algumas das garantias previstas no art. 5º, da Carta. Analisemos o procedimento de apreensão de títulos, disciplinado na Seção XIV, do Capítulo II, do Livro III, da mencionada Lei (art. 885 e seguintes).

Tal procedimento prevê hipótese de prisão civil não autorizada pelo texto constitucional, que só é admitida no caso de depositário infiel ou inadimplemento de obrigação alimentícia.

Além de se chocar frontalmente com o inciso LXVII, do art. 5º, da Constituição, deve-se, *in casu*, observar o princípio da cartularidade, definido no Direito Comercial.

O princípio da cartularidade preconiza que, para o credor de um título de crédito exercer seus direitos, representados na cártula, é indispensável que se encontre na posse do documento; caso contrário, não poderá valer-se dos benefícios do regime jurídico-cambial. Diante desse princípio, o juiz deve agir de forma prudente, em casos de deferimento de liminar *inaudita altera pars*.

Se constatamos a existência, no ordenamento jurídico, de diversos princípios que devem coexistir em harmonia, há que se destacar que, no ápice da pirâmide das normas, está a Constituição. Com o seu advento, leis, regulamentos, teses e princípios deverão a ela se adequar, numa constante evolução.

Se a promulgação do Estatuto Maior de um Estado inaugura um novo paradigma, não há dúvidas de que institutos criados anteriormente, inspirados em outra realidade e, caso a este Estatuto não se adaptem, cairão em desuso, figurando como letra morta.

Mas, conforme já dito, ainda estamos em fase de desenvolvimento do Estado Democrático de Direito e suas garantias. O aprimoramento do ordenamento jurídico consolidar-se-á a partir de questionamentos efetuados acerca de institutos flagrantemente inconstitucionais, como o analisado.

Caberá aos cientistas e estudiosos do Direito, bem como a seus aplicadores, a identificação e rejeição de todos os institutos desarmonizados, com o objetivo de se efetivarem todas as garantias previstas e almejadas pelo Estado Democrático de Direito.

## Bibliografia

- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 14 ed.. São Paulo: Malheiros, 1998.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 1997.
- GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1989-1997.
- SOARES, Carlos Henrique. **O advogado e o Processo Constitucional**. Belo Horizonte: Decálogo, 2004.

### 3.3.3 Reformas legislativas necessárias nos Direitos de Família e das Sucessões estão por vir

**Leonardo Barreto Moreira Alves**

*Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais*

*Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM)*

*Pós-Graduando em Direito Civil pela PUC/MG*



Leonardo Barreto  
Moreira Alves

*A novidade veio dar à praia  
Na qualidade rara de sereia  
Metade o busto de uma deusa maia  
Metade um grande rabo de baleia  
A novidade era o máximo  
Do paradoxo escondido na areia  
Alguns a desejar seus beijos de deusa  
Outros a desejar seu rabo pra ceia.*

(Gilberto Gil)

Com o advento da Carta Magna Federal de 1988, sobretudo com fulcro no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), desencadeador do processo de despatrimonialização ou repersonalização do Direito Civil como um todo, e na consagração da pluralidade de formas de família, verificável a partir do reconhecimento da união estável (art. 226, § 3º) e da família monoparental (art. 226, § 4º), a entidade familiar passa a ser entendida como um meio de promoção da felicidade de cada um dos seus membros, centro irradiador do afeto (*affectio familiaris*). Enfim, nas palavras dos insígnis Rodrigo da Cunha Pereira e Maria Berenice Dias<sup>1</sup>, um verdadeiro LAR, Lugar de Afeto e Respeito, fazendo sepultar, por consequência, o modelo fechado, limitado e taxativo de família que permeava a legislação então vigente, alicerçado apenas na força do vínculo jurídico, já que apenas através do casamento seria possível constituir tal ente.

Não obstante o assentamento desse conceito eudemonista de família, o Código Civil de 2002, em diversos dispositivos, na contramão da história, insistiu em disciplinar alguns institutos jurídicos de Direito de Família (e, por extensão, de Direito das Sucessões) com regras que mais se coadunam com o modelo de família anterior, o que provocou sérias críticas da doutrina a tais regras, criando-se um clima de pressão para que o legislador nacional procedesse à alteração delas.

Nesse contexto, utilizamo-nos do presente trabalho para, de forma bastante sucinta, noticiar que, recentemente, foram lançadas as primeiras sementes com o escopo de que brotem as tão esperadas alterações legislativas. É que, em 20 de março de 2007, o Deputado baiano Sérgio Barradas Carneiro (PT/BA), acatando as sugestões do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), órgão do qual ele é sócio, aprovadas em assembleia em 2003, no IV Congresso Brasileiro de Direito de Família, apresentou ao Congresso Nacional 5 (cinco) relevantes Projetos de Lei, de números 504/07, 505/07, 506/07, 507/07 e 508/07, que modificam diversos dispositivos do Código Civil referentes a institutos do Direito de Família e também, por extensão, do Direito das Sucessões, colocando fim à situação de beligerância existente entre o conteúdo retrógrado da lei e o posicionamento de vanguarda da doutrina e da jurisprudência.

O Projeto de Lei nº 504/07 encerra a discussão de duas questões extremamente polêmicas. Acatando antigo clamor da doutrina no sentido de eliminar do ordenamento jurídico as san-

ções decorrentes da culpa na separação judicial, sanções estas, à época do Código Civil de 1916, entendidas como desestímulo à intenção dos cônjuges de extinguirem a única forma de constituição da família, o casamento (justas nupcias). Mas, hoje, descabidas em face justamente do moderno conceito de família, o qual engloba a pluralidade de formas de sua constituição. A proposta revoga a punição de perda dos alimentos civis (nessa hipótese, o sistema atual confere ao cônjuge apenas os alimentos necessários), estabelecendo a regra geral de que o separando fará jus à integralidade dos alimentos, sem limitações, desde que demonstre o preenchimento do famigerado binômio necessidade de quem pede – possibilidade de quem ganha. Além disso, com muito acerto, revoga a regra geral contida na Súmula nº 379 do STF e retomada pelo Código Civil de 2002 de que os alimentos são irrenunciáveis, determinando que estes apenas assim o são quando decorrentes de relação de parentesco, já que tal relação não pode ser desconstituída, mas, quando decorrentes do casamento ou da união estável, que não geram parentesco e, por isso mesmo, podem ser desconstituídos, permitem a renúncia.

O Projeto de Lei nº 505/07, seguindo uma tendência mundial de pacificação dos conflitos a partir de equivalentes jurisdicionais, que incrementam a participação das partes na discussão do caso, gerando uma efetiva solução da lide, principalmente em causas de família, e o conveniente desafogamento do Poder Judiciário, acrescenta um parágrafo 3º ao art. 1.571 do Código Civil, o qual determinará que “na separação e no divórcio deverá o juiz incentivar a prática de mediação familiar”.

Por sua vez, o Projeto de Lei nº 506/07, além de dar tratamento mais técnico e preciso à impugnação à paternidade, confere maior segurança jurídica aos institutos da posse do estado de filiação (ou da paternidade socioafetiva, pela primeira vez expressamente consagrada no plano legislativo, mas que há quase 30 anos já era apregoada pelo brilhante João Baptista Villela em seu clássico artigo “A desbiologização da paternidade”) e da presunção de que os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga (aquela feita com material genético de apenas um dos cônjuges, *in casu* a esposa, ou terceiros estranhos à relação conjugal), desde que tenha prévia autorização do marido, foram concebidos na constância do casamento (art. 1.597, V, do Código Civil), estabelecendo em um novel § 2º do art. 1.601 que não se desconstituirá a paternidade nessas duas hipóteses.

Em termos de profundidade de mudanças, talvez o Projeto de Lei nº 507/07 seja o mais revolucionário de todos. Substituindo o princípio da culpa pelo princípio da ruptura (ou do desamor), partindo da idéia de que ninguém deve ser punido apenas pelo fim do amor, ainda mais quando se leva em conta que a família da modernidade, entendida como comunidade de afeto e entreadada, somente deve persistir enquanto preencher esta sua missão, e considerando ainda que a busca por um culpado pela separação judicial, além de violar o sagrado direito de intimidade do casal, é injusta, pois, na verdade, não há apenas um culpado pelo término da relação, o Projeto assegura a autonomia privada dos consortes, estipulando um direito potestativo (extintivo) de separação judicial, o que implica a completa falência da culpa em sede de separação (assim também na anulação de casamento). Desse modo, a causa de pedir da ação de separação judicial será única e exclusivamente o término da comunhão de vida. Corolário disso é o fim da sanção de perda do nome de casado hoje aplicada pelo art. 1.578 do Código Civil. Ainda nessa esteira, deixa de ser exigido o prazo de 1 (um) ano de casamento para a formulação do pedido de separação consensual. A ousadia não pára por aí. O Projeto, indo além, acaba definitivamente não apenas com a separação-sanção, mas também com as demais espécies de separação judicial litigiosa (a separação-falência e a separação-remédio), revogando inteiramente o teor do art. 1.572. Por fim, em respeito à autonomia privada e ao princípio constitucional da igualdade e atento ao fato de que a senilidade, por si só, não é causa de incapacidade, revoga-se a absurda imposição de regime de separação obrigatória de bens no casamento de pessoa maior de 60 anos de idade<sup>2</sup> (art. 1.641, II).

Já o Projeto de Lei nº 508/07 trata de matérias relacionadas ao Direito das Sucessões. Em uma série de alterações casuísticas, tal Projeto tem como escopo primordial a efetivação do princípio da pluralidade (e igualdade) de formas de constituição de família, equiparando os direitos sucessórios entre cônjuges e companheiros de união estável. Para não cairmos na exaustão, que foge aos objetivos deste breve trabalho, mencionemos, a título de exemplo, a inclusão do companheiro na ordem de vocação hereditária prevista no art. 1.829, revogando-se as injustas regras contidas no art. 1.790; a modificação do confuso art. 1.829, I, passando a valer a regra geral de que o cônjuge ou o companheiro concorrerá na sucessão legítima com os descendentes independentemente do regime de bens (cônjuge) ou do tipo de descendente ou parente sucessível com quem ele concorre (companheiro), esclarecen-

do-se que essa concorrência se dará apenas quanto aos bens adquiridos onerosamente durante a vigência do casamento ou da união estável, e sobre os quais não incida direito à meação, excluídos os sub-rogados; afasta-se o efeito da culpa no âmbito do direito sucessório, extirpando-o do art. 1.830; a garantia do direito real de habitação é conferida não só ao cônjuge, mas também ao companheiro; a limitação do direito sucessório até os parentes colaterais de 3º grau (não mais de 4º grau) etc. Por outro lado, impende registrar que a alteração que ainda causará muita polêmica no cenário jurídico nacional é aquela que retira a condição de herdeiro necessário do cônjuge.

O pacote de 5 (cinco) Projetos de Lei ora em comento foi complementado pelo mesmo Deputado Sérgio Carneiro, igualmente por sugestão do IBDFAM, em 10 de abril de 2007, quando ele apresentou ao Congresso Nacional a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) de nº 33/07, que visa alterar o art. 226, parágrafo 6º, do Texto Maior, para eliminar do ordenamento jurídico pátrio o instituto da separação judicial. A nosso sentir, andou bem a Proposta ao extirpar de uma vez por todas o último resquício da solução de compromisso pactuada na década de 70 entre divorcistas e antidivorcistas. Modernamente, não há qualquer motivo para a manutenção de tal instituto, ainda mais quando se leva em conta que o divórcio vem cada vez mais sendo facilitado (princípio constitucional da facilitação do divórcio), *ex vi* da recente Lei nº 11.441/07, a qual autoriza o fim do vínculo matrimonial até mesmo em cartório.

Neste cenário de reformas, noticie-se que o Deputado Sérgio Carneiro vem atualmente discutindo com membros do IBDFAM a apresentação ao Congresso Nacional de Projeto de Lei cujo objetivo é a criação de um Estatuto da Família e Sucessões, à semelhança de avançados Estatutos dessa natureza existentes ao redor do mundo, como os Estatutos da Catalunha, do Panamá e da Bolívia, o qual, seguindo a tendência hodierna dos microssistemas jurídicos, englobará com muito mais eficácia toda a matéria referente aos Direitos da Família e das Sucessões, inclusive aquela encontrada nos Projetos de Lei e na PEC alhures analisados.

As propostas aqui apreciadas ainda estão em fase embrionária, mas gostaríamos de encerrar o presente trabalho registrando a nossa esperança de que todas elas sejam aprovadas na íntegra para que as novas tendências dos Direitos de Família e das Sucessões sejam concretizadas. Que venham as novidades! A sorte está lançada...

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **A constitucionalização do direito de família**. In: JusNavigandi, Teresina, a. 6, n. 52, nov. 2001, disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2441>; acesso em 04-01-2003.
- \_\_\_\_\_. **O reconhecimento legal do conceito moderno de família: o art. 5º, II e parágrafo único, da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha)**. In: Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1225, 8 nov. 2006, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9138>, acesso 12 nov. 2006.
- DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito de família e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- FARIAS, Cristiano Chaves. **A família da pós-modernidade: em busca da dignidade perdida**. In: Revista Persona, Revista Electrónica de Derechos Existenciales, Argentina, n. 9, set. 2002, disponível em <http://www.revistapersona.com.ar/9farias.htm>; acesso em 04-01-2003.
- LÓBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus**. In: JusNavigandi, Teresina, ano 6, n. 53, , jan. 2002, disponível em <http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto/.asp?id=2552>, acesso em 27 outb. 2006.
- MADALENO, Rolf. **Novas perspectivas no direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 2ª ed. rev. atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

## Notas

<sup>1</sup> Direito de família e o novo código civil, p. xi.

<sup>2</sup> Noticie-se, entretanto, que, a respeito desta matéria, também tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 108/07, de autoria da Deputada Solange Amaral (PFL/RJ), que pretende aumentar de 60 (sessenta) para 70 (setenta) anos a idade em que passa a ser obrigatória a adoção do regime de separação de bens.

### 3.3.4 Obras doutrinárias e artigos indicados na área

#### 3.3.4.1 MOREIRA ALVES, Leonardo Barreto, *O fim da culpa na separação judicial*, Belo Horizonte: Del Rey, 2007, 186 p.

O presente trabalho cuida do decesso da culpa na separação judicial. Tema singular, de inegável atualidade para os estudiosos do direito privado da pós-modernidade. O jovem autor do Ministério Público das Gerais oferece valiosa contribuição, seja pela qualidade da informação, como pela clareza da exposição.

Ao recusar a dogmática patrimonialista da “Instituição matrimonial”, ao invés, prestigiando a sua funcionalização, como instrumento de tutela à dignidade da pessoa humana dos componentes da família, o autor liberta o casamento das amarras da culpa e caminha rumo ao afeto e a disposição à tolerância, como elementos decisivos para o início e o fim da vida nupcial.

Neste contexto renovado e auspicioso, investigam-se as sanções decorrentes da separação. Se antes serviam como freio à desconstituição da família por parte de um dos cônjuges, doravante devem ser interpretadas pela filtragem constitucional e, simplesmente abolidas, defendendo-se o pleno direito de dissolução da sociedade conjugal, sem limitação infraconstitucional de qualquer ordem.

#### 3.3.4.2 GODINHO, Robson Renault, *A distribuição do ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais* In: **De Jure**, Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais, Belo Horizonte: CEAF, 2007, p. 384

O Promotor de Justiça do Ministério Público fluminense Robson Renault Godinho aborda o tema relativo à distribuição do ônus da prova pelo prisma constitucional e seus múltiplos desmembramentos dentro de um ordenamento jurídico que, como o brasileiro, tem o compromisso de garantir o pleno acesso à justiça. Assim afirma o autor:

Se uma abordagem constitucional dos institutos processuais já se justificaria pela proeminência da Constituição, seja na análise da compatibilidade normativa, seja em virtude da veiculação de diversas normas referentes ao direito processual, o direito fundamental de acesso à justiça irradia seus efeitos por todo o processo, na medida em que o entendemos como o instrumento apto à realização de direitos fundamentais.

Aduz, nesse sentido, que, devido à insuficiência das regras sobre uma eficaz distribuição do ônus da prova, vem ganhando corpo o que o processualista argentino Peyrano denominou de *teoria dinâmica do ônus da prova*:

A idéia básica dessa teoria é a facilidade para a produção da

A obra é corajosa e inovadora, não se limitando a enfrentar a culpa no plano dogmático – como alguns antes já propuseram –, mas questionando a própria subsistência de normas do atual Código Civil, sobremaneira àquelas dedicadas aos alimentos. Leonardo Barreto não se contenta em aplaudir as mitigações às sanções decorrentes da culpa de um dos cônjuges, o seu espírito crítico delibera no sentido de expurgá-las do ordenamento jurídico.

Seguramente, é um trabalho relevante para todos os operadores do direito. Magistrados, membros do Ministério Público, Defensoria Pública e da Advocacia terão a possibilidade de criar precedentes e compatibilizar a realidade forense ao princípio da não-intervenção do Estado na privacidade e liberdade da pessoa do cônjuge. Estudantes universitários perceberão que a despatrimonialização do direito de família não é um dado, mas um construído, que requer a abolição de preconceitos e a abertura a uma visão plural e histórica do ordenamento jurídico.

(**Nelson Rosenvald** – *Procurador de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais*)

prova, suportando o ônus aquele que estiver em melhores condições de produzi-la. Isso significa que a distribuição do ônus da prova dependerá do caso concreto, não havendo nenhuma vinculação a regras fixadas, aprioristicamente, flexibilizando o regramento clássico que, em uma postura estática, pretendia regular abstratamente todas as situações.

Adiante, sintetiza Godinho que:

Conclui-se, assim, que a insuficiência das regras formais e abstratas de distribuição do ônus da prova afeta o acesso à justiça, sendo necessário o desenvolvimento de teorias que visem a possibilitar uma produção probatória compatível com a realização e a garantia dos direitos fundamentais.

Godinho faz questão de enfatizar que as regras pré-fixadas sobre distribuição do ônus da prova não se compatibiliza com o espírito constitucional de acesso a uma ordem jurídica efetiva, especialmente porque o direito à prova acaba por se confundir com o próprio direito a uma tutela jurídica adequada, vez que ambos os institutos estão umbilicalmente ligados e se influenciam mutuamente.

### 3.3.5 Jurisprudências da área

#### 3.3.5.1 TJMG, 5ª Câmara Cível. *Requisitos para a admissão da fungibilidade recursal*

**EMENTA:** DIREITO PROCESSUAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. RECEBIMENTO COMO EMBARGOS DO DEVEDOR. FUNGIBILIDADE. INEXISTÊNCIA. AGRAVO PROVIDO. 1. Apenas em casos excepcionais é que, tanto a jurisprudência como a doutrina admitem a fungibilidade

recursal, mesmo assim desde que: a) haja dúvida objetiva sobre qual o recurso a ser interposto; b) inexista erro grosseiro, que se dá quando se interpõe recurso errado, encontrando-se o correto expressamente indicado na lei, e sobre o qual não se opõe qualquer dúvida; e c) que o recurso erroneamente interposto

tenha sido agitado no prazo do que seria correto. 2. Assim, não é possível ao Juiz receber como Embargos do Devedor a exce-

ção de pré-executividade, oposta à execução fiscal. (TJMG, 5ª Câmara Cível, Agravo nº 1.0024.06.030088-6/001, Rel. Des. Nepomuceno Silva, j. 16.10.2006, DJ 08.11.2006).

**3.3.5.2 TRT/MG – 3ª Região, 3ª Turma.** *Princípio da irretroatividade não se aplica a súmulas e orientações jurisprudenciais*

**EMENTA:** SÚMULAS. ORIENTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS. NÃO-APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE. Não tem suporte jurídico a alegação de que as orientações jurisprudenciais e as Súmulas editadas pelos tribunais não podem ter “aplicação retroativa”. Primeiro, em vista de estas orientações e Súmulas emanadas do Colendo TST

representarem, tão-somente, a concretização de posicionamentos jurídicos que as precederam. Segundo, porque não se trata de Lei, de forma a se lhes aplicar o princípio da irretroatividade da norma jurídica. (TRT/MG - 3ª Região, 3ª Turma, RO 00421-2006-087-03-00-0, Rel. Juiz Bolívar Viegas Peixoto, j. 22.11.2006; DJ 02.12.2006).

**3.3.5.3 TAMG, 4ª Câmara Cível.** *Citação da pessoa jurídica. Teoria da Aparência*

**EMENTA:** CITAÇÃO - PESSOA JURÍDICA - PREPOSTO - ADVOGADA DO QUADRO DO DEPARTAMENTO JURÍDICO DA SEGURADORA - CITAÇÃO - NULIDADE - AUSÊNCIA - TEORIA DA APARÊNCIA - REVELIA - EFEITOS. Considera-se válida a citação de pessoa jurídica, realizada na pessoa de advogada integrante de seu departamento jurídico, que se encontra nas dependências do estabelecimento da seguradora, agindo como seu preposto, não fazendo qualquer alegação no sentido de que não tem poderes para receber citação quando da apresentação do oficial de justiça encarregado da diligência, pois, diante da teoria da aparência, há de se pressupor que aquele que se encontra nessas condições age como seu preposto, tendo, portanto, legitimidade para receber a citação. Ademais, a

advogada, conhecedora que deve ser da lei processual, recebeu a contrafé e após sua nota de ciência no mandado citatório, sem qualquer objeção ou ressalva. Se a parte ré, regularmente citada, descumprir o ônus de se defender, restam configurados a revelia e os efeitos dela decorrentes, presumindo-se verdadeiros os fatos articulados pela parte autora. Em razão disso, é inadmissível que, em grau de recurso, venha deduzir matéria fática argüível apenas na instância inferior e no prazo oportuno para a apresentação de sua defesa, pois, mesmo o Código assegurando ao réu o direito de “intervir no processo em qualquer fase”, caso isso ocorra, o revel receberá o feito no estado em que se encontrar (art. 322, do CPC). (TAMG, 4ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 2.0000.00.335060-1/000, Rel. Juiz Paulo Cezar Dias, j. 30.05.2001, DJ 09.06.2001).

**3.3.5.4 TJMT, 6ª Câmara Cível.** *Responsabilidade Civil. A aquaplanagem geradora de acidente de trânsito em dias chuvosos não é considerada fato fortuito e não exime o condutor de sua responsabilidade em indenizar*

**EMENTA:** APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. CHUVA INTENSA. AQUAPLANAGEM. FATO PREVISÍVEL. DANO. DEVER DE INDENIZAR. NOTAL FISCAL. DOCUMENTO IDÔNEO PARA COMPROVAR OS VALORES DA AQUISIÇÃO DE PEÇAS DE REPOSIÇÃO E DA REALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DE REPARO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO EM CONTRÁRIO. RECURSO DESPROVIDO. Ao motorista

cumprir dirigir em velocidade compatível com a segurança do trânsito. A aquaplanagem, fato previsível em dia de chuva, não caracteriza caso fortuito e não exime o condutor da responsabilidade decorrente dos acidentes que vier a provocar. A nota fiscal é documento idôneo para comprovar a aquisição de peças de reposição e a realização dos serviços de reparo. A mera impugnação não atende o disposto no art. 333, II, do Código de Processo Civil. (TJMT, 6ª Sexta Câmara Cível, RAC 71540/2006, Rel. Des. Juracy Persiani, j. 25/04/2007).

**3.3.5.5 TAMG, 6ª Câmara Cível.** *A simples interposição de embargos de declaração, ainda quando inadmitidos, interrompe o prazo recursal*

**EMENTA:** REPARAÇÃO DE DANO - AUSÊNCIA DOS REQUISITOS ENSEJADORES DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR - FALTA DE PROVA DO FATO E DO CONSEQUENTE DANO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS NA 1ª INSTÂNCIA - NÃO CONHECIMENTO - INTERRUÇÃO DO PRAZO RECURSAL - TEMPESTIVIDADE DA CONTESTAÇÃO - LEGITIMIDADE PASSIVA CONFIGURADA. - Os embargos declaratórios, ainda quando inadmitidos, interrompem o prazo recursal, uma vez que o artigo 538 do CPC não condicio-

nou o efeito interruptivo a qualquer circunstância. - É legítima para figurar no pólo passivo da ação de indenização a empresa apontada como responsável por um dos fatos indicados pelo autor como lesivo à sua honra. - Não restando demonstrados os elementos ensejadores da responsabilidade civil, fica afastado o dever das empresas requeridas em indenizar o autor. (TAMG, 6ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 2.0000.00.409871-3/000, Rel. Juíza Heloísa Combat, j. 19.02.2004, DJ 18.03.2004).

## 3.4 PENAL: MATERIAL E PROCESSUAL

### 3.4.1 Uma reflexão sobre os crimes hediondos na modalidade da *conatus*

**Tarcisio Marques**

*Juiz de Direito Titular da 2ª. Vara da Comarca de Andradás (TJMG),  
Responde pela Comarca de Caldas (TJMG)  
Juiz Eleitoral da 57ª Eleitoral  
Pós Graduado em Direito Processual Penal*

De acordo com a Lei 8.072/90, com a redação dada pela Lei 8.930/94, são hediondos os seguintes crimes, consumados ou tentados:

Homicídio simples, quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente; homicídio qualificado; latrocínio de que resulta morte; extorsão qualificada pela morte, extorsão mediante seqüestro; estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único, do CP); atentado violento ao pudor (art. 214, na mesma combinação anterior); epidemia com resultado morte; genocídio e a falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (inciso VII-B, do art. 1º da Lei 8.072/90, acrescentado pela Lei 9.695/98).

Os crimes hediondos, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo não comportam anistia, graça, indulto, fiança ou liberdade provisória. Além disso, a pena, nesses crimes, é cumprida integralmente em regime fechado (art. 2º, I, II, § 1º).

Assim, o indivíduo condenado por quaisquer dos crimes supra-elencados, seja na forma consumada, seja na tentada, deverá, em tese, cumprir sua pena no regime integralmente fechado, consoante disposição legal.

Dissemos em tese, pois desde já desejamos consignar que não desconhecemos a existência de alguns entendimentos no sentido de autorizar a progressão do regime prisional, não obstante tratar-se de delitos capitulados como hediondos e que tais decisões, via de regra, começaram a surgir após o advento da Lei de Tortura, que menciona que o regime para o cumprimento da pena será inicialmente o fechado. Em outras palavras: admite a progressão, considerando que, ao utilizar o termo “inicialmente fechado”, legitima a interpretação da possibilidade da progressão penal, analogicamente também aos crimes hediondos. Há, lado outro, entendimentos que, mesmo em se tratando de crimes hediondos ou a eles assemelhados (em algumas modalidades e sob certas condições: v.g. art. 12 da Lei 6368/76), desde que a pena aplicada não seja superior a quatro anos, é de possibilitar ao condenado a substituição, nos termos do artigo 44 do CP, por penas alternativas.

Adentrando agora ao nosso tema (Crimes Hediondos modalidade da tentativa), sabemos que o crime pode ser consumado ou tentado, nos termos do art. 14 do Código Penal.

Diz-se o crime:

**Consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal.**

**Tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstância alheias à vontade do agente.**

Nos ensinamentos de Damásio E. de Jesus, a tentativa (*conatus*) constitui ampliação temporal da figura típica. Trata-se de um dos casos de adequação típica de subordinação mediata. A sua punibilidade se estabelece em face do disposto no art. 14, II, do CP, que tem eficácia extensiva, uma vez que por força dele é que se amplia a proibição contida nas normas penais incriminadoras a fatos que o agente não realiza de forma completa, pois apenas pratica atos dirigidos à realização perfeita do tipo. Por exemplo, o art. 121, que descreve o homicídio, não define a tentativa. Para que o ato executório anterior à consumação seja punível, preciso é que a figura típica se estenda até ele através da norma de ampliação temporal prevista na Parte Geral do CP. Então, o comportamento humano recebe o atributo de fato típico por intermédio da adequação indireta, em face da incidência de duas normas: uma da Parte Geral e outra, de caráter incriminador, prevista na Parte Especial. A primeira, de natureza extensiva, cria novos mandamentos proibitivos, transformando em puníveis fatos que, de outra forma, não cairiam sob a incidência da segunda. Assim, as duas normas ensejam a punição não somente de quem mata, mas também de quem tenta matar. Sem a norma de extensão a tentativa de homicídio seria fato atípico por força do princípio da reserva legal (CP, art. 1º). Por isso, a tentativa não constitui crime autônomo: é a realização incompleta da figura típica.

São elementos da tentativa: a) o início de execução do tipo; b) não consumação do crime por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Exigindo a lei atos de execução, não aceitou a teoria subjetiva ou voluntarista, que se contenta com a exteriorização da vontade através da prática de atos preparatórios; nem com a sintomática, que se satisfaz simplesmente com a periculosidade subjetiva manifestada. Foi aceita a teoria objetiva, exigindo um início típico de execução.

O segundo elemento da tentativa é a não consumação do crime por circunstâncias alheias à vontade do agente. Não obstante a vontade inicial do sujeito em realizar o crime, o *iter* pode ser interrompido por dois motivos: a) pela sua própria vontade (desistência voluntária e arrependimento eficaz); b) pela interferência de circunstâncias alheias a ela (a tentativa é punível).

Embora nossa lei não diferencie a tentativa perfeita e a tentativa imperfeita, doutrinariamente, diz-se que a tentativa perfeita ocorre quando a fase da execução do crime é integralmente realizada pelo agente, mas o resultado não se verifica por circunstâncias alheias à sua vontade e a tentativa imperfeita

quando o próprio processo executório do crime é interrompido por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Na primeira, tentativa perfeita, o crime é subjetivamente consumado em relação ao agente que o comete, mas não o é objetivamente em relação ao objeto ou pessoa contra o qual se dirigia.

Na segunda hipótese (tentativa imperfeita), ao contrário, o agente não exaure toda a sua potencialidade lesiva, isto é, não chega a praticar todos os atos de execução necessários à produção do resultado, por circunstâncias alheias à sua vontade.

Ensina ainda Damásio E. de Jesus que, embora a lei não faça diferença entre as duas modalidades, recebendo ambas tratamento igualitário no que pertine à aplicação da pena em abstrato (art. 14, parágrafo único), quando, entretanto, da imposição da sanção em concreto, o juiz deve levar em conta a existência de uma das espécies para a dosimetria (art. 59, *caput*).

Entretanto, temos, smj, que a Lei 8.072/90 e disposições posteriores no que tange a considerar como hediondos os crimes, não só na forma consumada mas também na modalidade da *conatus*, está a merecer um estudo mais percutiente, mormente no que tange ao REGIME PRISIONAL INTEGRALMENTE FECHADO, via de regra, imposto ao sentenciado.

Não podemos concordar que o regime prisional nos crimes hediondos ou a ele assemelhados, na modalidade da *conatus*, o regime deva ser também o integralmente fechado, mesmo porque a rigor nem sequer houve o delito. Conseguimos ver aí alguma incongruência.

Temos que o legislador quando da elaboração da Lei 8.072/90, ao listar os delitos elencados no art. 1º em seus incisos, objetivou punir os agentes infratores com maior rudeza e severidade (não propiciando por ex: a liberdade provisória e impondo o regime integralmente fechado), em razão da própria HEDIONDEZ ou se preferirem a REPUGNÂNCIA que vislumbrou estar presentes nesses delitos denominados ou considerados hediondos.

A propósito, consigne-se que a definição de crime hediondo não é da doutrina ou mesmo da jurisprudência, advém da própria Lei 8.072/90 que elencou um rol taxativo previsto em seu artigo 1º. Nesse sentido, nas palavras do Ministro Jobim “a nomeação de hediondo é uma consequência da forma de tratamento, e não de um essencialismo entre ser ou não ser hediondo, ser ou não ser mais grave” (HC. 81.288 SC, STF, Pleno, j. 28.11.2001).

Pois bem. E quando abrangeu também aos delitos tidos

como hediondos a figura da *conatus* agiu bem?

Temos que o caso está a merecer, no mínimo, uma reflexão. Vejamos:

Como já salientamos, em nosso intróito, a tentativa não constitui crime autônomo: é a realização incompleta da figura típica. Exigindo a lei atos de execução, não aceitou a teoria subjetiva ou voluntarista, que se contenta com a exteriorização da vontade através da prática de atos preparatórios; nem com a sintomática, que se satisfaz simplesmente com a periculosidade subjetiva manifestada.

Assim, se o objetivo da Lei foi punir mais severamente a própria hediondez, assim considerada como existente nos delitos que julgou por bem elencar, e, considerando que na hipótese da *conatus* o crime não se consumou, via consequencial a hediondez também não (ainda que tentada pelo agente).

Destarte, temos que nessas hipóteses não há que se falar de crime hediondo ou de qualquer outro designativo assemelhado, haja vista que o crime não restou perpetrado. E, sendo assim, o regime prisional (integralmente fechado) por óbvio não pode também se sustentar.

Temos assim que a Lei 8.072/90 merece, sob esse enfoque da tentativa, uma revisão de seu artigo 2º, incisos I e II e em principal do parágrafo 1º, pois assim estará dando a devida adequação com o espírito de todo o sistema penal, que tem como política criminal não causar ao réu gravames excepcionais.

Assim, feitas tais considerações, data máxima vênia, no que pertine a figura da *conatus*, a Lei 8.072/90 carece de reforma, ou no mínimo, como dito alhures, de reflexões.

Exemplificando, imaginemos um réu que, em razão de um bárbaro crime por ele praticado (morte por asfixia ou tortura), portanto homicídio consumado, por certo sua conduta criminosa reputa o qualificativo da hediondez.

Imaginemos, entretanto, um réu condenado por tentativa de homicídio qualificado ou tentativa de estupro. Estaria sua conduta, levando em conta as ponderações supra-referidas, a merecer o designativo de crime hediondo (afinal a hediondez não ocorreu, ainda que fosse essa a intenção do agente)? Deve-se aplicar o regime integralmente fechado nessa hipótese?

Seja como for, com a máxima vênia, considerando ser o Direito dinâmico por excelência, o caso necessita ao menos de uma reflexão e quiçá até mesmo de uma reavaliação no que pertine a *conatus* nos crimes tidos como hediondos, afinal *o homem que não muda de opinião, que não revê suas idéias, é tal como fosse um rio de águas paradas, cria répteis em seu espírito.*

## Referência bibliográfica

JESUS, Damásio E. de, **Comentários ao Código Penal**, São Paulo: Saraiva, 1985.

### 3.4.2 Conexão e continência entre crime de competência da Justiça Comum ou do Tribunal do Júri e crime de competência do Juizado Especial Criminal

**Tatiana Pereira**

*Promotora de Justiça de Tutela das Fundações e Entidades de Interesse Social.  
Ministério Público do Estado de Minas Gerais*



Tatiana Pereira

Inicialmente vale transcrever o art. 60 da Lei 9.099/95 alterado pela Lei 11.313/06.

Art. 60. O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.

Parágrafo único. Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrentes da aplicação das regras

de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis.

Luiz Flávio Gomes é um dos defensores da referida ementa e, ao escrever sobre o assunto, extraiu as seguintes conclusões:

1ª) A força atrativa, para a reunião dos processos (como não poderia ser diferente), é do juízo comum (estadual ou federal) ou do tribunal do júri (estadual ou federal) – Art. 78 do CPP.

2ª) A nova lei tem aplicação imediata. Lei processual nova que altera ou que fixa competência tem aplicação imediata.

3ª) Manda a nova lei que, na vara comum ou no tribunal do júri, sejam observados os institutos da transação penal e da composição dos danos civis.

4ª) Havendo possibilidade de composição civil dos danos, não há como evitar que isso possa acontecer. A velha reivindicação da Vitimologia (reparação dos danos em favor da vítima) continua preservada, mesmo que haja conexão de infrações.

5ª) A reafirmação da lei nova em favor do consenso (mesmo havendo conexão) afasta qualquer possibilidade de exclusão da transação, salvo quando presentes os impedimentos para o referido instituto (art. 76 Lei 9099/95).

6ª) Em razão da nova redação do art. 60, parágrafo único, da Lei 9099/95 (Lei 11.313/06), impõe-se observar o instituto da transação, mesmo depois da reunião dos processos, o que nos leva a concluir que caberá o referido benefício analisando-se, individualmente, a pena máxima de cada infração penal, por analogia ao art. 119 do CP.

7ª) O juízo comum (ou do júri), que é o juízo com força atrativa, deve designar, desde logo, uma audiência de conciliação (que deve ser prioritária). Primeiro deve-se solucionar a fase do consenso (transação penal e composição civil). Depois vem a fase conflitiva relacionada com a infração de maior gravidade.

8ª) Pode ser que caiba, em relação à infração de maior gravidade, suspensão condicional do processo. Na mesma audiência de conciliação as duas questões podem ser tratadas. Mas isso pressupõe denúncia quanto à infração de média gravidade.

9ª) Não pode haver denúncia (ou queixa) de plano em relação à infração de menor potencial ofensivo. Quanto a ela rege a audiência de conciliação (ou seja: a fase consensual da lei dos juizados). O acusador deve formular denúncia no que se

refere ao delito maior e, ao mesmo tempo, fazer proposta de transação para o delito menor (ou fundamentar sua recusa nas causas impeditivas da transação constantes do art. 76).

10ª) Nada impede que o juiz, desde que o réu tenha sido citado regularmente, logo depois de concluída a audiência de conciliação, faça o interrogatório do acusado (interrogatório relacionado com a infração conexa de maior gravidade).

11ª) Não havendo acordo penal em relação à infração de menor potencial ofensivo cabe ao órgão acusatório aditar a denúncia para dela constar a infração menor.

12ª) Nesse caso o processo terá prosseguimento normal, adotando-se o procedimento de maior amplitude (relacionado com a infração de maior gravidade). O procedimento sumaríssimo dos juizados não deve ser seguido na vara comum ou no júri.

Posição diametralmente oposta é defendida pelo Promotor de Justiça da Bahia Dr. Rômulo de Andrade Moreira acerca do presente assunto, conforme argumentação que se segue.

Ao analisar a questão, o Promotor de Justiça ressalta que a competência dos Juizados Especiais Criminais é ditada pela natureza da infração penal, estabelecida em razão da matéria e, portanto, de caráter absoluto, ainda mais porque tem base constitucional (art. 98, I da Constituição Federal). Nesse sentido, Mirabete e Ada, respectivamente:

A competência do Juizado Especial Criminal restringe-se às infrações penais de menor potencial ofensivo, conforme a Carta Constitucional e a lei. Como tal competência é conferida em razão da matéria, é ela absoluta, de modo que não é possível sejam julgadas no Juizado Especial Criminal outras infrações, sob pena de declaração de nulidade absoluta.

A competência do Juizado, restrita às infrações de menor potencial ofensivo, é de natureza material e, por isso, absoluta. Não é possível, portanto, que nele sejam processadas outras infrações e, se isso suceder, haverá nulidade absoluta.

Se assim o é, ou seja, se a própria Constituição estabeleceu a competência dos Juizados Especiais Criminais para o julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo conclui o referido Promotor de Justiça do Estado da Bahia que

é indubitoso, ainda que estejamos à frente de uma conexão ou continência, não ser possível o *simultaneus processus* com a aplicação da regra contida no art. 78 do Código de Processo Penal. Ademais, ressalva-se que o próprio CPP, no art. 80, permite a separação de processos mesmo sendo o caso de conexão ou continência, quando, por exemplo, *o juiz reputar conveniente a separação por motivo relevante*. Logo, ainda que a separação não fosse ditada pelo art. 98, I da Constituição, poderia sê-lo por força do art. 80 do Código, por ser conveniente a separação, pois o rito nos Juizados Especiais Criminais é completamente diferente (e mesmo inconciliável) com o rito ordinário (e com outros especiais).

O Promotor de Justiça ressalta ainda que devemos interpretar as leis ordinárias em conformidade com a Carta Magna, e não o contrário! Como escreveu Frederico Marques, a Constituição Federal “não só submete o legislador ordinário a um regime de estrita legalidade, como ainda subordina todo o sistema

normativo a uma causalidade constitucional, que é condição de legitimidade de todo o imperativo jurídico. A conformidade da lei com a Constituição é o lastro causal que a torna válida perante todos.”

Esse entendimento prevalece mesmo tratando-se de delito de menor potencial ofensivo conexo com um crime contra a vida, hipótese em que ao Tribunal do Júri caberá exclusivamente o julgamento do delito contra a vida, posição que não fere em absoluto o art. 5º, XXXVIII, *d*, da Carta Magna, pois ali não há exigência do Júri em julgar também os crimes conexos. A Constituição reserva ao Júri a competência para julgar os crimes dolosos contra a vida, e tão-só. Os crimes conexos devem também ser julgados pelo Tribunal Popular (art. 78, I, CPP), salvo aqueles cuja competência extraia-se da Constituição Federal (como os de menor potencial ofensivo).

Destarte, subtraindo a competência dos Juizados Especiais Criminais, a referida lei incidiu em flagrante inconstitucionalidade, pois a competência determinada expressamente pela Constituição Federal não poderia ter sido reduzida por lei infraconstitucional (inconstitucionalidade formal).

Esse entendimento, segundo Rômulo de Andrade Moreira, não viola o disposto no Enunciado nº. 704 do Supremo Tribunal Federal, pois ali o que se garante é o julgamento unificado do co-réu com um acusado que detém prerrogativa de função; mas, se o Juiz Natural do co-réu (sem prerrogativa de foro) tem sede constitucional, evidentemente que não se aplica o referido enunciado (é o que se dá, por exemplo, com um crime doloso contra a vida praticado por duas pessoas, uma das quais com prerrogativa de função, hipótese em que haverá separação de processos, pois o Júri julgará o denunciado sem prerrogativa de função, enquanto o outro acusado será julgado pelo respectivo

Tribunal, tudo em razão do disposto no art. 5º, XXXVIII da Constituição Federal).

Aliás, a referida lei também é inconstitucional sob o aspecto material, pois afronta o disposto no art. 98, I da Carta Magna. Não se pode, por outro lado, afirmar que a transação penal e a composição civil dos danos seriam tentadas no Juízo Comum, razão pela qual não adviria qualquer prejuízo para o réu. Essa objeção não procede, segundo o Promotor de Justiça, pois a Constituição Federal é explícita ao garantir ao autor da infração penal de menor potencial ofensivo o procedimento oral e sumariíssimo. Ora, essa garantia não é somente à transação penal e à composição civil dos danos, mas também ao próprio procedimento que é, muita vez, mais benéfico que o ordinário. Não se pode esquecer de que está prevista na Lei nº. 9.099/95 a resposta preliminar (art. 81), o interrogatório como último ato da instrução criminal (art. 81, **in fine**), prazos maiores para apelar e oferecer embargos de declaração (arts. 82, § 1º. 83, § 1º)... Tais disposições, apesar do conteúdo eminentemente processual, resvalam no Direito Constitucional (direito ao contraditório e à ampla defesa com os recursos a ela inerentes), daí porque devem ser consideradas, na lição de Américo Taipa de Carvalho, como normas processuais penais materiais, de aplicação obrigatória.

Também o entendimento de Ada, Magalhães, Scarance e Gomes é no sentido de que

havendo conexão ou continência, deve haver separação de processos para julgamento de infrações da competência dos Juizados Especiais Criminais e da infração de outra natureza. Não prevalece a regra do art. 79 “caput” do CPP, que determina a unidade de processo e julgamento de infrações conexas, porque, no caso, a competência dos Juizados Especiais é fixada na Constituição Federal (art. 98, I), não podendo ser alterada por lei ordinária (p. 71).

#### Referências Bibliográficas:

PELEGRINI GRINOVER, Ada, MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio, e SCARANCE FERNANDES, Antonio. **Juizados Especiais Criminais, Comentários à Lei 9.099/95, de 26.09.1995**. 3ª ed., revista e atualizada, São Paulo: RT, 1999  
GOMES, Luiz Flávio. **Lei nº 11.313/2006: novas alterações nos Juizados Criminais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1113, 19 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8675>>.

### 3.4.3 A importância da aplicação do conceito de crime no seu aspecto formal (analítico)

#### Andeirson da Matta Barbosa

*Estagiário do Ministério Público do Estado de Minas Gerais  
Bacharelado da Faculdade de Direito do Sul de Minas*

III – for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal.

A presente dissertação tem por fim uma análise – ainda que superficial – da primeira hipótese do artigo supratranscrito, a saber, quando o *fato narrado não constituir crime*;

Pois bem, o inciso em foco aduz que o juiz ao rejeitar a denúncia, pode fazê-lo lastreado no motivo de o fato narrado evidentemente não constituir crime. Mas o que é crime?

Dever-se-ia fazer a leitura de crime, mesmo nesta ocasião – no recebimento ou não da denúncia – sob o seu aspecto formal (analítico), e não sob o crivo do *pro societate*, que, se aplicado nesta oportunidade, entender-se-ia pela simples subsunção do fato narrado na peça inaugural da ação penal a um tipo penal existente. Quais seriam as implicações? A resposta é: o recebimento da denúncia ou da queixa sem a perquirição acerca de eventuais



Andeirson da Matta Barbosa

O artigo 43 do Código de Processo Penal trata da rejeição da denúncia ou da queixa. Noutras palavras, alista as hipóteses em que o juiz rejeitará a peça inaugural da ação penal.

Para uma melhor compreensão, transcreve-se o dispositivo em comento, que assim dispõe:

Art. 43. A denúncia ou a queixa será rejeitada quando:

- I – o fato narrado evidentemente não constituir crime;
- II – já estiver extinta a punibilidade pela prescrição ou outra causa;

excludentes de ilicitude ou culpabilidade.

Desnecessário prolongamento da *persecutio criminis*, sendo que ao final chegar-se-ia ao mesmo resultado, qual seja, a não-responsabilização do réu, seja pela impronúncia (**rejeição da denúncia ou da queixa**), seja pela absolvição – sumária ou não – daquele que praticou o fato descrito sob uma excludente de tipicidade ou culpabilidade. Senão, vejamos:

Sabe-se que um juiz finalista, pode adotar a teoria tripartida de crime, que seria: fato típico, antijurídico e culpável. Se esse juiz constatasse, com clareza solar, a presença *ab initio*, de uma excludente de culpabilidade ou mesmo de antijuridicidade do crime, interpretando-se crime sob o princípio do *pro societate*, receberia a denúncia/queixa para, ao final, certamente impronunciar ou absolver – sumariamente ou não – o réu, pela presença da outrora ofuscante excludente de ilicitude ou culpabilidade.

Se, ao invés, fosse um finalista que adotasse a teoria bipartida e, da mesma forma, certificasse, desde logo, que se faz presente, reluzentemente, uma excludente de ilicitude, receberia (se interpretasse crime sob o *pro societate*) a denúncia/queixa para, posteriormente, impronunciar (não existência do crime), absolver – ou absolver sumariamente, conforme o procedimento – o réu.

Um causalista, por outro lado, necessariamente, adota a teoria tripartida, por entender que o dolo e a culpa, situam-se na culpabilidade. Note-se que, neste caso em especial, se o indiciado tivesse praticado o fato sem dolo ou culpa, tal juiz, na interpretação *pro societate*, receberia a denúncia para ao final, pasmem-se, rejeitá-la pela não existência do crime, ou absolver o acusado, pela ausência do dolo/culpa, excludente de culpabilidade.

Procrastinação inútil, já que constatadas, desde o início, as referidas excludentes. Diga-se, de passagem, que a simples instauração do processo, pelo *strepitus fori* ou *strepitus iudici*, já causa dano social irreparável ao réu.

Perceba-se ainda que, se se entende por “fato narrado... constituir crime”, a simples subsunção da conduta a um tipo penal, estar-se-ia impedindo, até mesmo, a averiguação e constatação da chamada tipicidade material, que nos dizeres de Rogério Grecco – a qual, inclusive, é conceito consagrado e universalmente aplicado – seria a desnecessidade da proteção de um bem jurídico, por ser ele considerado de só menos importân-

cia, considerando o fato atípico. É a aplicação do princípio da intervenção mínima ou da insignificância, que tem por fim excluir a tipicidade. Numa leitura simplista não se poderia perquirir acerca da existência de um crime de bagatela, afinal a visão *pro societate* apenas se preocupa com a simples subsunção do fato à norma penal, nada mais.

Assim, pela averiguação *pro societate* no recebimento da denúncia/queixa, estar-se-ia dando início a um processo, movimentando-se a máquina judiciária, para processar um autor de um crime de bagatela, que segundo o princípio da intervenção mínima, na verdade, não praticou crime algum. Por isso, quando se lê “fato narrado... não constituir crime” seria apropriado a leitura na sua acepção formal, levando-se em conta todas suas variantes, e não apenas a simples subsunção do fato à norma.

Mencione-se também que a simples leitura do artigo em comento, na visão simplista do *pro societate*, implicaria, ainda que indiretamente, uma desconsideração de toda prova carreada em sede de inquérito policial, como a oitiva de testemunhas, realização de eventuais perícias e outros que demonstraram, ao final, de forma límpida a existência de uma excludente de culpabilidade (ou antijuridicidade) apta a, incontestavelmente, isentar o réu de pena ou, por outro lado, negar a existência do próprio crime por concorrer uma excludente de antijuridicidade.

Em vista disso, pergunta-se: qual a praticidade de dar início a um processo, com os consectários procedimentos de interrogatório, defesa prévia, inquirição de testemunhas (muito provável que sejam as mesmas ouvidas em inquérito), alegações finais (quando certamente se alegará a dita excludente já existente e patente em sede do recebimento da denúncia) e eventuais diligências, que comprovarão a excludente de culpabilidade – se for o caso – mas que já, repita-se, foi demonstrada antes da instauração da ação penal?

Sendo assim, é necessário que nos sirvamos da aplicação das teorias acerca da conduta e, ademais, das teorias do crime, na leitura do artigo 43 do Código de Processo Penal. Nessa esteira, o argumento de que, no tocante à denúncia, busca-se apenas o início da ação penal, não deve mais receber guarida. Esse posicionamento não coaduna com a nova orientação constitucional que impõe o ligeiro desfecho do processo, “assegurando a razoável duração, usando dos meios – e a tese em comento, a meu ver, seria um dos meios – que garantam a celeridade de sua tramitação”.

#### Referências Bibliográficas:

- 1 – GRECCO, Rogério. **Curso de Direito Penal, parte geral**, v 1, 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.  
2 – NUCCI, Guilherme de Souza, **Código Penal Comentado**, 6ª Edição. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

### 3.4.4 Obras doutrinárias e artigos indicados na área

#### A) Obras Doutrinárias

##### 3.4.4.1 PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido (na teoria do delito)**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, 284 p.

O consagrado jurista introduz a obra com um aprofundado estudo sobre a teoria do delito, trabalhando, em separado, com elementos que compõem o conceito analítico do crime.

Na seqüência, apresenta uma ampla abordagem sobre o consentimento do ofendido, partindo desde as primeiras teorias

que procuraram sistematizar a matéria até chegar à sua aplicação prática nos dias atuais, especialmente em relação ao esporte (teorias para justificar as lesões esportivas, lesões sofridas por terceiros, utilização de veículos motorizados etc.), aos jogos (espetáculo, jogos e brinquedos perigosos etc.), ao trabalho

(medidas preventivas, lesões decorrentes do ato do preposto, produto defeituoso etc.), à circulação em vias públicas, aos meios de transporte (transporte em geral, infrações de trânsito etc).

Também faz importantes apontamentos sobre o consentimento do ofendido nos tratamentos médicos, de cujo tema destacamos os seguintes tópicos: inseminação artificial (e suas várias espécies), fecundação *in vitro* (proveta), tratamento cosmético e plástico, transexualismo, experimentação em pessoa humana,

## B) Artigos

### 3.4.4.2 FARIA, Cássio Juvenal. Medidas Provisórias e Direito Penal. In **Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal**. GOMES, Luiz Flávio (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pp. 175-190, Coleção Temas Atuais de Direito Criminal, vol. 2.

Para Cássio Juvenal Faria, medida provisória “não pode veicular norma penal incriminadora, ou norma processual penal restritiva” (p. 188)

Com base nesse entendimento, o jurista traça um inteligente panorama sobre a temática proposta, trazendo a base princi-

plante terapêutico, esterilização.

O livro, também, explica o conceito de bem jurídico disponível, bem como tece considerações a respeito do agente e o consentimento presumido e putativo.

Em suma, uma obra já aclamada por todos os operadores do direito, especialmente pela amplitude e didática com as quais o autor conduz o seu raciocínio.

piológica pertinente ao seu pensamento. Outro ponto de destaque do artigo é a apresentação de alguns exemplos de medidas provisórias editadas após a Constituição Federal de 1988, versando sobre direito penal ou processual penal, desde a sua apresentação até o seu desfecho no ordenamento jurídico pátrio.

## 3.4.5 Jurisprudências da área

### 3.4.5.1 TJMG, Corte Superior. *Crime contra a ordem tributária. O parcelamento do débito suspende a punibilidade dos agentes bem como a fluência dos prazos prescricionais no âmbito penal*

**EMENTA:** CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA - LEI 8137/1990 E DL 2848/1940 - PESSOA JURÍDICA SOB REGIME DE PARCELAMENTO TRIBUTÁRIO - SUSPENSÃO E EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DOS AGENTES A ELA RELACIONADOS - SUA OPORTUNIDADE - Se a pessoa jurídica relacionada com os agentes dos ilícitos penais de cunho tributário previstos nos arts. 1º e 2º da Lei 8137/1990 e nos artigos 168-A e 337-A do Decreto-lei 2848/1940, ‘estiver sob o regime de parcelamento’, a extinção da punibilidade somente pode ocorrer após a quitação integral do débito parcelado. Enquanto não estiver o referido débito plenamente quitado, apenas cabe a suspensão da punibilidade dos agentes.

(...)

*In hac specie*, a análise do acervo instrutório dos autos, inclusive da proemial, deixa claro como luz meridiana que a única questão a indagar é a hipótese prevista no seu inciso II (dele, artigo 43), neste caso específico, se o parcelamento do débito fiscal noticiado nos autos acarreta a extinção da punibilidade pelo crime, em tese, cometido pelos denunciados.

Não se pode deixar de registrar que a jurisprudência oscila entre duas correntes, a saber: a) a que, em casos como o *sub judice*, o tão-só parcelamento do débito, antes do recebimento da denúncia, implica em extinção da punibilidade; e, b) a que entende que não, que acarreta, no máximo, a suspensão da punibilidade, sob pena de se estar institucionalizando a pos-

sibilidade de infratores continuarem a lesar o erário público, pois bastaria que efetuassem o parcelamento, não efetuassem o pagamento do débito que, pelo menos na esfera criminal, nada poderia ser feito.

Ora, analisados todos os argumentos apresentados pelas partes, bem como esmiuçada a legislação pertinente, - tanto a penal, quanto a tributária-, só se pode chegar a uma única conclusão, *permissa venia* dos entendimentos contrários. A de que o tão-só parcelamento do débito fiscal não acarreta, por si só, a extinção da punibilidade, o que vale dizer, mesmo em face do parcelamento, subsiste justa causa para a persecução criminal. Para a buscada extinção da punibilidade, indispensável é que tenha havido a quitação integral do débito.

(...)

Logo, por ora, procede-se, tão-só, à suspensão da pretensão punitiva e, via de consequência, dos prazos prescricionais.

À luz do exposto, suspende-se a punibilidade durante o período em que a pessoa jurídica (X) relacionada com os agentes dos alhures mencionados delitos (os denunciados X e outros) estiver incluída no regime de parcelamento tributário. Ficam suspensos, em consequência, os prazos prescricionais. (TJMG, Corte Superior, Processo Crime de Competência Originária nº 1.0000.04.407630-5/000, Rel. Des. Hyarco Immesi, j. 09.05.2007, DJ 04.07.2007).

### 3.4.5.2 TJES, 2ª Câmara Criminal. *Crime ambiental. Responsabilização penal da pessoa jurídica. Forma de imputação*

**EMENTA:** RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIME AMBIENTAL PRATICADO POR PESSOA JURÍDICA. RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA EMPRESA. CAPACIDADE DE ATUAÇÃO NO PÓLO PASSIVO. EXISTÊNCIA JURÍDICA: POSSIBILIDADE. ATUAÇÃO DOS RESPONSÁVEIS EM NOME E BENEFÍCIO DA PESSOA JURÍDICA. CULPABILIDADE COMO RESPONSABILIDADE SOCIAL. ACUSAÇÃO ISOLADA DA PESSOA JURÍDICA: IMPOSSIBILIDADE. DENÚNCIA INEPTA. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. A Lei Federal nº 9.605/98 prevê, de forma absoluta, a possibilidade de penalização criminal das pessoas jurídicas por danos ao meio ambiente. A pessoa jurídica tem existência própria no ordenamento e pratica atos no meio social, podendo vir a praticar condutas típicas e, portanto, ser

passível de responsabilização penal, devendo a questão da culpabilidade, transcender ao velho princípio *societas delinquere non potest*. Não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio (dolo ou culpa). Pessoa jurídica foi denunciada isoladamente, o que obstaculiza o recebimento da inicial acusatória, uma vez que não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de um agente humano, que age com elemento subjetivo próprio (dolo ou culpa), uma vez que a atuação do colegiado em nome e proveito da pessoa jurídica é a própria vontade da empresa. Recurso a que se nega provimento. (TJES, 2ª Câmara Criminal, Recurso em Sentido Estrito nº 25060001127, Rel. Des. Sérgio Luiz Teixeira Gama, j. 04.04.2007, DJ 27.04.2007. p. 60).

### 3.4.5.3 TJTO. *O simples telefonema realizado por jurado durante o julgamento pelo Tribunal do Júri não viola a regra da incomunicabilidade prevista no § 1º do art. 458 do CPP*

**EMENTA:** APELAÇÃO CRIMINAL. JÚRI. INCOMUNICABILIDADE DOS JURADOS. APLICAÇÃO DA PENA. REGIME PRISIONAL. PROVIMENTO PARCIAL. A incomunicabilidade do jurado não se traduz em seu isolamento. Simples telefonema não tem o condão de macular o julgamento, máxime se a defesa não demonstrou prejuízo. Se da análise das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, a maioria for desfavorável ao sentenciado, não há que se falar em injustiça

na aplicação da pena quando esta foi fixada em 15 (quinze) anos, já que a cominada ao delito vai de 12 (doze) a 30 (trinta) anos de reclusão. Com a declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, do regime integralmente fechado para o cumprimento de pena, altera-se o regime para o inicialmente fechado, com possibilidade de progressão, cabendo ao juízo competente analisar sua aplicabilidade. Recurso parcialmente provido. (TJTO, Apelação Criminal nº 3125, Rel. Des. Amado Cilton Rosa, j. 17.07.2006).

### 3.4.5.4 TJRO, 2ª Câmara Especial. *Não configura a hipótese de impedimento prevista no art. 252, I, do CPP o fato de a magistrada, esposa do Promotor de Justiça que ofereceu a denúncia, ter praticado atos processuais meramente instrutórios*

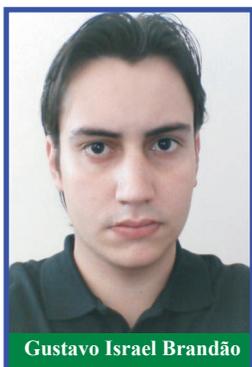
**EMENTA:** CORRUPÇÃO ATIVA. PRELIMINARES. CERCEAMENTO DE DEFESA. CERTIDÃO EXPEDIDA POR OFICIAL DE JUSTIÇA. FÉ PÚBLICA. IMPEDIMENTO. INVERSÃO DE PROVA. AUTORIA E MATERIALIDADE. COMPROVAÇÃO. CONJUNTO PROBATÓRIO HARMÔNICO. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA. Não se configura cerceamento de defesa o indeferimento de realização de gravação de fita magnética de áudio, quando tal prova já se encontra acostada nos autos. Da mesma forma, não o caracteriza o fato de o juiz nomear defensor público para realização das alegações finais, quando o advogado constituído, embora regularmente intimado, deixa transcorrer *in albis* o prazo para realização do ato. A certidão lavrada por oficial de justiça relatando estar o réu em lugar incerto e não sabido é dotada de fé pública e presunção de veracidade. O impedimento previsto no art. 252 do CPP não acarreta nulidade processual quando os atos processuais praticados por Juíza, que possui vínculo conjugal com Promotor

de Justiça autor da denúncia, são meramente instrutórios e não resultam prejuízo para defesa. Embora contrarie o disposto no art. 396 do Código de Processo Penal, a oitiva de testemunhas de defesa antes da acusação não caracteriza a nulidade, em especial se o depoimento colhido é inócuo e nenhum gravame ou prejuízo acarretou para os réus. 101.002.2003.005261-2 Apelação Criminal. Caracterizado está o crime de corrupção ativa quando os agentes solicitam vantagem indevida valendo-se do exercício de cargos públicos, vereador e procurador da Câmara Municipal, sendo irrelevante que não tenham recebido nenhuma forma de pagamento, visto tratar-se de crime formal de mera conduta. Restando demonstrada por robusto conjunto probatório a prática do crime de corrupção, inclusive por confissão e laudo de exame em fita magnética gravada, a atestar a existência de diálogos comprometedores e comprobatórios do envolvimento dos acusados, não há que se falar em absolvição por insuficiência de provas. (TJRO, 2ª Câmara Especial, ACr 101.002.2003.005261-2;; Rel. Des. Renato Martins Mimessi; Julg. 12/12/2006)

## 4. INFORMAÇÕES VARIADAS

### 4.1 COM A PALAVRA, O UNIVERSITÁRIO

#### 4.1.1 “Mal injusto e grave”, elemento indispensável à configuração do crime de ameaça



Gustavo Israel Brandão

O crime de ameaça, capitulado no artigo 147 do Código Penal Brasileiro (CPB), consiste em o indivíduo intimidar alguém, anunciar a prática de um mal a alguma pessoa. O próprio tipo penal oferece uma idéia do que vem a ser a prática delituosa, apontando que não se trata de qualquer ameaça e, sim, aquela que lida com um “mal injusto e grave”. Assim, a lei visa a proteger a paz de espírito, a segurança e a liberdade da pessoa humana.

Diante do entendimento majoritário doutrinário e jurisprudencial, percebe-se que a proteção penal aos objetos jurídicos – liberdade, paz interior, segurança – é levado, categoricamente, ao pé da letra. De acordo com o pensamento que impera entre a doutrina e a jurisprudência, o crime de ameaça não se configura de qualquer maneira. Para a corrente que defende essa idéia, o referido delito deve ser cometido de modo que a parte ofendida se sinta realmente afetada, intimidada. Nesse sentido: TAMG: “Para a tipificação do crime de ameaça previsto no artigo 147 do CP, é necessário que esta seja idônea e séria, consumado apenas se a vítima se sente intimidada”. (AC 116.849-6, Rel. Antônio Hélio).

O tipo penal do ato ilegal em exame não exige que o agente esteja calmo no momento da conduta criminosa. Todavia,

#### Referência bibliográfica

NUCCI, Guilherme de Souza, *Código Penal Comentado*, 6. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2006.

**Gustavo Israel Brandão**  
*Acadêmico de Direito pela Universidade de Itaiúna (MG)*  
*Estagiário do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*

é razoável que não se puna o indivíduo que, com ânimo alterado em virtude de uma discussão calorosa, proferir ameaças a outra pessoa. Isso porque, segundo a interpretação predominante dos tribunais, palavras pronunciadas no calor da discussão não passam de meras formas de desabafo, como explica a seguinte jurisprudência: TACRSP: “A ira pode descaracterizar o crime de ameaça, mas a excludente deve ser examinada com cuidado, caso por caso. Palavra desavisada proferida no meio de uma discussão, não identificará o crime...” (RJDTACRIM 4/51). Além disso, a ameaça deve ser levada a sério pelo ofendido.

Por ora, é mister ressaltar que, como versa o artigo 147 do CPB, a ameaça precisa causar à vítima um “mal injusto e grave” para configurar o delito. Em outros termos, as palavras ameaçadoras têm que oferecer algo nocivo ao sujeito passivo. Como ensina Guilherme de Souza Nucci, “é indispensável que o ofendido efetivamente se sinta ameaçado, acreditando que algo de mal lhe possa acontecer; por pior que seja a intimidação, se ela não for levada a sério pelo destinatário, de modo a abalar-lhe a tranquilidade de espírito e a sensação de segurança e liberdade, não se pode ter por configurada a infração penal” (2006, p. 620).

A ameaça pode ser cometida e sofrida por qualquer elemento humano. Contudo, o delito em questão não pode ser praticado contra um indivíduo incapaz de entender a intimidação. Isso porque, como vimos, a pessoa ameaçada tem que se sentir prejudicada. Portanto, aqueles que têm sua capacidade mental afetada não estarão sujeitos a sofrerem o referido crime.

### 4.2 LÍNGUA E LINGUAGEM

#### 4.2.1 O neologismo mensalão e a semelhança com o *Sermão do bom ladrão*, de Padre Antônio Vieira

Bons ventos sopram do Supremo Tribunal Federal, impulsionados pela Procuradoria-Geral da República, capitaneada pelo seu Procurador-chefe, Antônio Fernando de Souza.

A mais recente demonstração de coerência de julgamento

**Cláudio Márcio Bernardes**  
*Servidor do Ministério Público de Minas Gerais*  
*Licenciatura plena em Letras. Pós-graduado em Lingüística.*  
*Bacharel em Direito. Pós-graduado em Direito Público*

**Mariana Rocha Menezes Bernardes**  
*Bacharela em Direito. Estudante de Jornalismo*

ficou caracterizada quando o STF aceitou a denúncia contra os 40 acusados – agora réus – de participarem de um esquema que vai de dólares na cueca até compra de apoio político.

Na denúncia do Procurador-Geral da República, veio

à tona um neologismo (palavra criada a partir de uma outra já existente no vocabulário, apresentada ao País pelo então deputado Roberto Jéferson), denominado mensalão. Segundo a peça acusatória, o engenho do tal mensalão “conspurca a manifestação popular, base do sistema democrático, instituindo-se sistema de enorme movimentação financeira à margem da legalidade, com o objetivo espúrio de obter a compra de votos de parlamentares à custa do desvio de recursos públicos”.

O que chama à atenção na denúncia são as imputações criminosas: lavagem de dinheiro, evasão de divisas, corrupção ativa e passiva, gestão fraudulenta, falsidade ideológica e peculato. Todos esses crimes podem ser atribuídos aos ricos, ou como aborda o Promotor de Justiça Marcelo Cunha nesta mesma edição da revista, aos homens de *colarinho branco*.

Há uma distância abissal entre a punição dos ladrões pobres que operam por obra das mazelas sociais e a dos ricos cujos advogados abarrotam de recursos as secretarias dos tribunais. Sobre o tema, Padre Antônio Vieira, em seu Sermão do Bom Ladrão (V), expõe a ferida.

O ladrão que furta para comer não vai, nem leva ao inferno; os que não só vão, mas levam, de que eu trato, são outros ladrões, de maior calibre e de mais alta esfera, os quais debaixo do mesmo nome e do mesmo predicamento, distingue muito bem S. Basílio Magno: *Non est intelligendum fures esse solum bursarum incisores, vel latrocinantes in balneis; sed et qui duces legionum statuti, vel qui commissio sibi regimine civitatum, aut gentium, hoc quidem furtim tollunt, hoc vero vi et publice exigunt*: Não são só ladrões, diz o santo, os que cortam bolsas ou espreitam os que se vão banhar, para lhes colher a roupa: os ladrões que mais própria e dignamente merecem este título são aqueles a quem os reis encomendam os exércitos e legiões, ou o governo das províncias, ou a administração das cidades, os quais já com manha, já com força, roubam e despojam os povos. — Os outros ladrões roubam um homem: estes roubam cidades e reinos; os outros furtam debaixo do seu risco: estes sem temor, nem perigo; os outros, se furtam, são enforcados: estes furtam e enforcam.

Convém fazer uma segunda leitura do Sermão de Vieira, de 1655, imaginando agora, no século XXI, todos os implicados no mensalão. É de indignar que muitos dos denunciados já foram até inocentados por seus pares em processos político-adminis-

trativos.

E quanto aos pobres? Quem será por eles? Ao invés de serem defendidos pelos seus, são vilipendiados e tratados com desdém. Resta apoiarem-se nas migalhas judiciais oferecidas pelo Poder Público.

Fala-se, ainda contra a Constituição Federal, em pena de morte no Brasil. Mas, e nesse ponto retomando o sermão de Vieira, os ladrões que se furtam serão enforcados, os ladrões mais graduados, que roubam o seu país, são aqueles que mandarão enforcar. Não tem cabimento cogitar tal idéia.

É lógico que as últimas decisões do STF, em grande parte impulsionadas pelo Ministério Público, servem como atenuantes desse quadro pessimista. Em contrapartida, a julgar pelos precedentes da cultura brasileira, e pelas artimanhas recursais de defesa, não se vislumbra uma punição efetiva aos crimes de *colarinho branco*.

Parece que a corrupção está repugnantemente incrustada na paisagem brasileira. Só para efeitos comparativos, subtraindo por evidente o exagero da ação, o simples indício de corrupção levou ao suicídio o ministro japonês da Agricultura, Toshikatsu Matsuoka, e o ex-diretor de uma agência ligada àquela pasta, Shinichi Yamazaki. É óbvio que existem outras maneiras mais honrosas e menos dramáticas de se retratar por um erro e reparar os danos causados, mas, daí a debitar todos os escândalos ao *golpismo da imprensa* e a *atentados contra o Estado Democrático*, é no mínimo surreal. Pode-se até imaginar o contrário, a imprensa nunca (na história deste País) teve um período tão aberto à divulgação de suas notícias. E, no mesmo passo, nunca as pessoas tiveram tamanho discernimento como nos tempos que correm.

Ainda há, oxalá seja em escala decrescente, a mentalidade do: *ele rouba, mas faz alguma coisa*. Nada mais destruidor para as instituições do que tal perspectiva. Mesmo assim, as auspiciosas notícias advindas do STF, tendo em conta as denúncias ou ações do Ministério Público, arrefecem o sentimento de impotência diante dos entraves da corrupção, promovida às escâncaras por – recorrendo novamente ao Padre Vieira – ladrões que *agem sem temor, nem perigo*.

#### Referência bibliográfica

VIEIRA, Padre Antônio. *Sermão do Bom Ladrão*. Disponível em: <http://www.cce.ufsc.br/~nupill/literatura/BT2803039.html>. Acesso: 13/09/2007.

## 4.3 COMENTÁRIOS A JURISPRUDÊNCIA

### 4.3.1 A nova redação da Súmula 309 do Superior Tribunal de Justiça

#### 1. Antigo teor da Súmula

Súmula 309 do STJ: “O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores à citação e as que se vencerem no curso do processo”.

#### 2. Nova redação da Súmula

#### Juliana Caetano de Paula

*Técnica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*

Súmula 309 do STJ: “O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo”.

#### 3. Comentário

A Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ)

alterou o teor da Súmula 309, que trata da possibilidade de prisão civil para os casos de falta de pagamento de pensão alimentícia, no dia 30 de março de 2006.

A Súmula 309 havia sido editada em abril de 2005, tomando-se como fundamento os precedentes da Terceira e Quarta Turmas, que utilizavam como base legal os artigos 732 e 733, §1º, ambos do Código de Processo Civil. A ministra Nancy Andrighi propôs a modificação do teor da súmula, uma vez que observou ser possível dar maior efetividade ao cumprimento da prisão do devedor de alimentos, se considerasse como marco inicial a data do ajuizamento da execução e não mais a citação do alimentante. A decisão da Seção para modificação do enunciado foi unânime.

É de se ver que a alteração dessa súmula foi substancial, propiciando uma maior efetividade do processo, uma vez que assegura ao alimentado a garantia de recebimento das três parcelas devidas antes do ajuizamento da execução e todas que forem vencendo no curso do processo, com a possibilidade de sujeição do alimentante à prisão civil, como forma de compeli-lo ao cumprimento da obrigação alimentar.

Saliente-se que, com a nova redação da súmula, passa a ser menos tormentoso para o alimentante a dificuldade em encontrar o devedor de alimentos para a realização do ato citatório. Isso porque, ainda que se demorem meses para encontrá-lo, o marco inicial que possibilitará a prisão civil do executado será a data do

ajuizamento da ação de execução, sendo devida as três parcelas alimentares em atraso anteriores ao ajuizamento da execução e todas que se vencerem no decorrer do processo.

Atente-se que a redação original da Súmula 309, do STJ estabelecia como lapso inicial para haver a prisão do devedor de alimentos a sua citação. Logo, apenas as três parcelas alimentares anteriores ao ato citatório é que possibilitavam a prisão civil do executado. Dessa forma, as quantias alimentares em atraso, compreendidas entre a propositura da ação de execução e a citação do devedor, deveriam ser executas pelo rito do art. 732 do Código de Processo Civil, sem a possibilidade de prisão civil do devedor.

Ora, havia enorme prejuízo para o alimentado, uma vez que por malícia do executado ao esquivar-se do ato citatório, ou por demora do poder judiciário para fazer a citação, perdia o exequente uma garantia constitucional fundamental (art. 5º, LXVII, CR/88), que é a possibilidade de decretação da prisão civil do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia, como forma de coerção para pagamento dos débitos em atraso.

Pelo expendido supra, verifica-se que a nova redação da Súmula 309 do STJ assegura maior efetividade aos processos de execução de alimentos, porque a propositura da ação passa a ser o momento determinante para a contagem das três últimas parcelas alimentares em atraso e para a decretação da prisão civil do executado.

### 4.3.2 O Ministério Público e o acesso à educação via sistema de cotas

**Alexandre Artur Mendes Soares**

*Advogado e Engenheiro Civil em Minas Gerais*

#### **Ementa do Acórdão**

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO SOCIAL À EDUCAÇÃO. ACESSO AO ENSINO SUPERIOR. UNIVERSIDADE PÚBLICA. RESERVA DE VAGAS. IGUALDADE MATERIAL. AÇÃO AFIRMATIVA. RAZOABILIDADE. 1. A hipótese consiste em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal em face da Universidade Federal do Espírito Santo, visando a condenação da Ré na obrigação de reservar cinquenta por cento das vagas de seus cursos para alunos egressos de escola pública. A sentença acolheu, parcialmente, o pedido, fixando a cota em 20%. 2. De maneira bastante resumida, há de se considerar que efetivamente a r. Sentença violou a autonomia universitária, o princípio meritório (da capacidade de cada um) no acesso ao ensino superior, o princípio da separação de poderes, o princípio da igualdade, o princípio da legalidade (eis que não há Lei prevendo a reserva de vagas para os egressos do ensino público), o princípio da razoabilidade, além de poder gerar deletérias conseqüências em termos de ensino no Brasil, com o movimento de migração de alunos de escolas particulares para estabelecimentos públicos de ensino (e, assim, com a possível inviabilização do ensino particular). 3. Ademais, a simples circunstância de se adotar ação afirmativa tão somente para o ingresso dos alunos egressos de escolas públicas, de maneira isolada - Sem outras providências e políticas de acompanhamento pedagógico e assistencial -, não se mostra hábil a permitir a continuidade (e manutenção) de tais alunos cotistas na universidade pública, gerando impactos evidentes na qualidade e excelência do ensino superior, ao menos no

âmbito das instituições públicas de graduação. 4. Ademais, não há uma correlação rigorosa e lógica entre o “fator do discrimen” para fins de reserva de vagas para egressos de escolas públicas. Além de não serem verdades absolutas as categorizações feitas sobre os alunos egressos de escolas públicas e os alunos de escolas privadas, não houve qualquer explicitação razoável sobre o motivo de se fixar o percentual das vagas reservadas em 20% (vinte por cento). Nota-se, inclusive, que nos vestibulares de 1998 e 1999 da UFES os percentuais de egressos de escolas públicas que foram aprovados nos exames vestibulares foram de 47,91% e 47,55%, o que demonstra a falta de critério objetivo na sentença. 5. É imprescindível a realização de estudos científicos e técnicos para subsidiar os Poderes Executivo e Legislativo na formulação e desenvolvimento de ações afirmativas tendentes a solucionar eventual distorção existente no ensino superior, no âmbito da Universidade pública. E, logicamente, tal constatação conduz à conclusão da impossibilidade de o Poder Judiciário poder formular um conjunto de ações tendentes a corrigir desigualdades factuais que deságuam no acesso e manutenção no ensino superior do aluno do ensino médio. 6. O estabelecimento de cotas obrigatórias, por decisão do Poder Judiciário, viola o princípio de igualdade, desconsidera o mérito dos candidatos ao nível elevado de ensino no país, não atende às finalidades institucionais da Universidade, deixa de lado a autonomia universitária e, finalmente, vulnera o princípio da separação e harmonia entre os poderes da República Federativa do Brasil. O acesso ao ensino superior deve se pautar pelo critério do mérito individual, com base

nos valores democráticos, humanistas, respeitando-se em tudo (e por tudo) a Constituição Federal de 1988. 7. Recurso de apelação a que se dá provimento para julgar improcedente o pedido contido na Ação Civil Pública. (TRF 2ª R.; AC 321794; Proc. 1999.50.01.009568-0; ES; Oitava Turma Especial; Rel. Juiz Guilherme Calmon Nogueira da Gama; Julg. 16/03/2005; DJU 31/03/2005; Pág. 172)

### Comentários

O acórdão em análise trata da possibilidade de o Ministério Público poder ingressar com ação civil pública para reservar 50% de vagas (o denominado sistema de cotas), na Universidade Federal do Espírito Santo, aos alunos provenientes da escola pública. Sendo que o Juiz Federal de primeira instância deu provimento parcial ao pedido ministerial fixando o percentual em 20%. Houve recurso de apelação e o tribunal julgou improcedente o pedido contido na Ação Civil Pública.

Inicialmente, deve-se mencionar que a ação civil pública, proposta pelo *Parquet*, é instrumento hábil a veicular pretensões difusas e coletivas, como assevera Gregório Assagra de Almeida (2003, p. 338):

Com efeito, tendo a ação civil pública dignidade constitucional (art. 129, III) e por ela visar a tutela quase sempre de um interesse ou direito de índole constitucional tanto que está dentro do que a doutrina denomina direito processual constitucional -, conclui-se que a ação civil pública é um dos instrumentos constitucionais colocados à disposição do Ministério Público e de outros legitimados coletivos arrolados pela lei (art. 5º da Lei n. 7.347 e art. 82 da Lei n. 8.078/90), para a tutela jurisdicional de quaisquer direitos ou interesses difusos, coletivos em sentido estrito ou individuais homogêneos.

Nesse sentido, a ação civil pública é plenamente aplicável na proteção ao direito social à educação, direito tipicamente “massificado”, e que está previsto no artigo 205 e seguintes da Constituição da República. Importante reflexão nos é trazida por José Afonso da Silva (2007, p. 838): “A educação como processo de reconstrução da experiência é um atributo da pessoa humana, e, por isso, tem que ser comum a todos.”

Sobre a importância do ensino lecionam Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins (1998, p. 417 e 418):

O art. 205 da Constituição de 1988, ao dispor que a educação é um direito de todos e um dever do Estado, acabou por capacitar qualquer pessoa a solicitar a prestação estatal do ensino. A educação se tornou um direito público, subjetivo, acionável e exigível contra o Estado. Deve, portanto, ser dirigida a todas as classes sociais e a todos os níveis de idade, sem qualquer tipo de discriminação, ou seja, deve-se considerá-la como sendo privilégio de todo o povo e não de uma pequena classe social. É isso o que se extrai do Texto Constitucional. O Estado deverá proporcionar condições para que todos tenham acesso de modo igualitário à educação.

Também é interessante notar que a presente decisão foi expedida pela Justiça Federal que tem competência *ratione personae* (em razão da pessoa) para decidir as causas em que uma autarquia federal, como é o caso da Universidade Federal do Espírito Santo, na qualidade de autora, ré, assistente ou oponente intervenha no processo, com base nos artigos 109, inciso I e 108, II, ambos da Constituição da República.

Após essas breves considerações preliminares, passe-

mos a estudar mais detidamente o acórdão e afirmar que somos favoráveis à decisão do tribunal, levando em consideração os argumentos a seguir expostos.

No presente caso, temos um conflito entre diversos princípios constitucionais, de um lado a autonomia universitária, o princípio meritório, a separação de poderes, o princípio da igualdade, o princípio da legalidade e o princípio da razoabilidade e, de outro lado, o princípio do acesso à educação.

A Carta Magna surgiu da confluência de ideologias de diversos setores da sociedade brasileira. Então, em determinados momentos, há princípios que se contrapõem. Mas tal contradição é apenas aparente, uma vez que a Carta Cidadã, promulgada em outubro de 1988, forma um corpo monolítico, indissociável. E a solução desses conflitos se dá através da ponderação de valores. O ilustre doutrinador lusitano José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 1162 e 1163), assim trata com brilhantismo o tema:

Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *otimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as *regras* são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proibem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: *applicable in all-or-nothing fashion*); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky), a convivência de regras é antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se. Consequentemente, os princípios ao constituírem *exigências de otimização*, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à “lógica do tudo ou nada”), consoante o seu *peso* e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra *vale* (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos. Como se verá mais adiante, em caso de *conflito entre princípios, estes podem ser objecto de ponderação e de harmonização, pois eles contêm apenas “exigências” ou “standards” que, em “primeira linha” (prima facie), devem ser realizados*; as regras contêm “fixações normativas” *definitivas*, sendo insustentável a *validade* simultânea de regras contraditórias. **Realça-se também que os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância, ponderação, valia)**; as regras colocam apenas questões de *validade* (se elas não são correctas devem ser alteradas). (Grifos nossos).

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2007, p. 33 e 34) complementam o entendimento da questão:

Entenda-se: a ponderação dos interesses é técnica disponibilizada para a solução dos conflitos normativos, devendo ser sopesados para que se descubra qual dos valores colidentes respeita, com maior amplitude, a dignidade humana. Em linguagem simbólica, devem ser justapostas em uma balança imaginária as normas em conflito para que o princípio da dignidade da pessoa humana (espécie de “fiel da balança”) indique qual delas deve, em concreto, preponderar.

Somente no caso concreto é possível determinar quais princípios irão prevalecer, nunca em abstrato, pois todos os princípios dispostos na nossa Constituição têm, em princípio, o mesmo peso e valor, à exceção do princípio da dignidade da pessoa humana que é tido como razão de ser de todos os demais.

Logo, a análise da possibilidade ou não da reserva de vagas na Universidade Pública aos alunos provenientes da escola pública deve ser feita caso a caso, tendo em vista as peculiaridades do caso concreto.

Na questão em análise, a ação impetrada pelo Ministério Público não tem razoabilidade uma vez que pediu a reserva de 50 % das vagas para alunos provenientes de escolas públicas. Ocorre que nos vestibulares da UFES, nos anos de 1998 e 1999, os percentuais de alunos egressos de escolas públicas aprovados no vestibular foram de 47,91% e 47,55%, mostrando-se desnecessária a proteção ao respectivo direito.

É importante salientar, ainda, que existem poucas instituições públicas de ensino superior e que existem escolas públicas de segundo grau de boa qualidade, apesar de serem exceção, como o CEFET e o COLTEC, que preparam o aluno para ingressar na universidade sem maiores dificuldades. Ocorre que, para o aluno ingressar nessas escolas públicas de qualidade é muito difícil e, geralmente, somente são aprovados aqueles que têm condição de pagar cursinhos caros. Logo, as cotas acabariam por beneficiar pessoas com condições econômicas boas em detrimento das pessoas carentes que são o escopo dessa ação afirmativa.

Por outro ângulo, a decisão do Magistrado de primeira instância que fixou a cota em 20 % e não 50 % como pretendia o *Parquet* é totalmente irrazoável pois fixou um valor inferior, ao de aprovados nos vestibulares da referida Universidade em anos anteriores, ou seja, tal medida não surtiria quaisquer efeitos práticos.

A autonomia universitária, como princípio insculpido na Constituição da República (artigo 207, *caput*), somente excepcionalmente pode ser afastado, pois uma Universidade livre é essencial para um Estado Democrático de Direito, pois forma os líderes de uma nação.

Em relação ao princípio meritório, também houve um ataque tendo em vista que não seriam as melhores pessoas a obter a classificação mas sim aquelas que fossem protegidas pelo sistema de cotas sem que houvesse um fator que justificasse a discriminação.

Segundo Guilherme Peña de Moraes (2006, p. 144):

O princípio da igualdade é conceituado como **inadmissibilidade de diferenciações de tratamento arbitrárias, exteriorizadas sob a forma de discriminações (situações de desvantagem) ou privilégios (situações de vantagem)**, à luz dos conceitos de igualdade na lei e perante a lei e igualdade formal e material.

Logo, no caso haveria violação do referido princípio, pois as diferenciações promoveriam uma maior vantagem para aqueles alunos que ingressaram em escolas públicas de qualidade, por terem estudado em cursinhos, em detrimento dos alunos que vieram de escolas públicas normais as quais, em regra, possuem baixa qualidade de ensino.

Em relação ao argumento de violação do princípio da legalidade, por não haver lei prevendo a reserva de vagas, não procede tal afirmativa, pois nada impede que um princípio tenha força cogente e imprima uma conduta, em um caso específico,

e não somente por meio de lei.

Quanto à violação do princípio da separação de poderes esta não ocorreu, pois apesar de, em regra, o Poder Executivo possuir livre iniciativa de promover as políticas públicas que achar mais convenientes; em determinados casos, é possível que o Poder Judiciário controle-as, como se observa do seguinte acórdão da Corte Suprema:

**EMENTA:** RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. [...] **Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.** A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina. RE-AgR 410715 / SP. Relator(a): Min. Celso de Mello. Julgamento: 22/11/2005. Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação DJ 03-02-2006. (Grifos nossos).

Nesse mesmo sentido, doutrina Maria Sylvia Zanella de Pietro (2004. P.641):

Pela atual constituição, existe mais uma razão para admitir-se o controle judicial dos atos políticos; é que o artigo 5º, inciso XXXV, proíbe seja excluída da apreciação judicial a lesão ou ameaça a direito, sem distinguir se ele é individual ou coletivo[...]

E, por fim, nota-se que o pedido do *Parquet* restringiu-se à simples reserva de vagas na Universidade. Ocorre que somente essa medida não garantiria ao aluno proveniente da escola pública a igualdade material almejada. Por se tratar de um aluno que, em tese, possui menores conhecimentos do que o restante da turma seria necessário um acompanhamento pedagógico e, devido às condições de vida, um acompanhamento assistencial.

Diante de todo o exposto, mostra-se necessário que o Ministério Público na sua atuação busque subsídios para uma atuação democrática e consciente, com a participação popular e de todos os setores da sociedade civil direta ou indiretamente envolvidos com o problema, por meio de audiências públicas e inquéritos civis, entre outros mecanismos de atuação, para que represente os reais anseios de justiça da sociedade.

## Bibliografia

- AFONSO DA SILVA, José. **Curso de direito constitucional positivo**. 28ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2007.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de.; SOARES JUNIOR, Jarbas; GONÇALVES, Samuel Alvarenga. **AUDIÊNCIA PÚBLICA: um mecanismo constitucional de fortalecimento da legitimação**. In: MPMG Jurídico, Minas Gerais, n. 5, 2006, p.9-14, abril, maio, junho. 2006.
- BASTOS, Celso Ribeiro; Martins, Ives Gandra. **Comentários à constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. Vol. 8. Ed.São Paulo: Saraiva, 1998.
- BRASIL, **Constituição federal**, de 5 de outubro de 1988. Vade Mecum Saraiva. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL, **Lei federal 7.347**, de 24 de julho de 1985. Vade Mecum Saraiva. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.  
BRASIL, **Lei federal 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Vade Mecum Saraiva. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.  
CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ed. Coimbra: Almedina, 2003.  
CHAVES, Cristiano; Rosenthal, Nelson. **Direito civil - teoria geral**. 6.ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.  
DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. P.641)  
MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 19. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.  
MORAES, Guilherme Peña de. Ações afirmativas no direito constitucional comparado. In: **Leituras complementares de direito constitucional**. Organizador: Marcelo Novelino. Bahia: Podivm, 2006.

## 4.4 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

### 4.4.1 Violência doméstica: necessidade de representação quanto à lesão corporal dolosa leve e a culposa

**Fabiano Ferreira Furlan**

*Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais  
Mestre em Direito Empresarial*

Denota-se que a Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006, trouxe modificações no âmbito de tratamento do crime de lesão corporal dolosa leve, afetando-o sob os aspectos do direito material e do direito processual.

É o que se verifica do disposto nos artigos 16, 41 e 44 da Lei em questão:

Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.

Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995

Art. 44. O art. 129 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 129. [...]

§ 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos.”

De qualquer forma, as maiores discussões têm sido travadas no âmbito da necessidade de efetivação da representação como condição de procedibilidade nos crimes de lesão corporal dolosa leve e na culposa.

É que, desde 1995, a Lei nº 9.099 do mesmo ano já exigia a presença da representação nos casos dos tipos penais mencionados no parágrafo acima, conforme se observa no seu artigo 88.

Art. 88 da Lei nº 9.099/95 – além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões corporais culposas.

Agora, a inovação de 2006 passou a indicar que, nas hipóteses de violência doméstica e familiar contra a mulher, os institutos trazidos pela Lei de 1995 (representação, composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo) não

poderiam ser aplicados.

Desde então, identificam-se pelo menos três posições a respeito da matéria:

1) Para Damásio de Jesus e Victor Eduardo Rios Gonçalves a redação do artigo 41 da Lei de 2006 é inconstitucional por violar os princípios da igualdade e da razoabilidade. É que a redação legal referiu-se apenas à hipótese de a mulher figurar como vítima, de modo que a mesma solução legal (não aplicação da Lei nº 9.099/95) não poderá prevalecer quando a vítima da violência doméstica for um homem, já que no âmbito penal estaria vedada a analogia *in malam partem*.

2) Para Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini a alteração legislativa passou a afastar a necessidade do oferecimento da representação nos casos de lesão corporal dolosa leve e culposa quando praticadas no contexto da violência doméstica nos moldes do artigo 129, § 9º, do Código Penal. É que a ação penal deixou de ser pública condicionada à representação e passou a ser pública incondicionada.

3) Para Fernando Célio de Brito Nogueira, Promotor de Justiça no Estado de São Paulo, pautado em uma interpretação teleológica ou finalística da lei, a inovação legislativa não afetou o instituto da representação até por força do disposto no artigo 16 da referida lei, pois se previu a necessidade de renúncia da representação em audiência, perante um juiz, é porque não pretendeu afastá-la. Nesse sentido, a alteração legislativa apenas afastou a aplicação dos outros institutos da Lei nº 9.099/95 de modo que a renúncia da representação, de fato, deve observar a designação de audiência, salvo quando for feita perante a autoridade policial, o oficial de justiça ou mesmo o Promotor de Justiça de forma clara e isenta de dúvidas.

Do exposto, infere-se que, por mais respeito que as posições aduzidas mereçam, a verdade é que a discussão ainda não foi sedimentada na jurisprudência ou mesmo na própria doutrina.

Da minha parte, acredito que nenhuma das posições citadas deve prevalecer integralmente.

A do Damásio porque não identifico real inconstitucionalidade no artigo 41. É que o objetivo da lei foi colaborar na

solução de um problema social que se arrasta há anos no Brasil e, portanto, ensejava um tratamento legislativo mais rigoroso. Vamos nos colocar no lugar da mulher que sofre calada este tipo de agressão com filhos etc, para verificarmos que a inovação legislativa foi positiva. Ora, se a condição de homem como vítima não foi considerada, basta alterar a redação legal, porém, isso não é suficiente para taxá-la de inconstitucional, uma vez que tem a sua aplicação garantida na seara jurídica e social. Nesse sentido, a redação prevalece sob a ótica da mulher vítima e pode abranger o homem em alteração futura sem nenhum problema.

A posição de Luiz Flávio Gomes, embora tenda a prevalecer, também não se coaduna com a tendência mundial de desburocratizar a justiça. É que a sua sustentação vai levar à propositura da ação penal na maioria das vezes, o que impedirá a rápida solução do caso concreto, com aumento do gasto público inerente aos custos de um processo etc, etc.

A de Fernando Célio, embora pautada em uma interpretação teleológica da lei, tem o mérito de defender a necessidade do oferecimento da representação, porém merece ser criticada por se compactuar com o reconhecimento da renúncia efetuada fora do crivo do Poder Judiciário. No mais, isso afastaria a relevância da mudança legal, pois a Lei nº 9.099/95 já autorizava a retratação fora do seio do Judiciário.

#### Referências bibliográficas

BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. **Lei da violência contra a mulher: renúncia e representação da vítima**. São Paulo: IELF, setembro 2006. Disponível em: [www.ielf.com.br](http://www.ielf.com.br). Acesso em: 24 maio de 2007

JESUS, Damásio de; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **A inconstitucionalidade do art. 41 da Lei n. 11.340/2006 (Lei da violência doméstica ou familiar contra a mulher)**. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, out. 2006. Disponível em: [www.damasio.com.br](http://www.damasio.com.br). Acesso em: 24 maio de 2007

NOGUEIRA, Fernando Célio de Brito. **A Lei n. 11.340/06 – violência doméstica e familiar contra a mulher – perplexidades à vista**. Disponível em: [www.apmp.com.br/juridico/artigos/art\\_juridicos2006.htm](http://www.apmp.com.br/juridico/artigos/art_juridicos2006.htm). Acesso em: 24 maio de 2007.

Pelo que expus, penso que a representação deve ser formulada nos crimes mencionados, no entanto o disposto no artigo 16 da Lei de 2006, que impõe a necessidade de designação de audiência para que a renúncia da representação possa ocorrer, também deve ser aplicado. É que a mulher subjugada por um companheiro agressivo muitas vezes se vê coagida a comparecer em uma Delegacia, por exemplo, e efetuar a retratação da representação formulada, o que agrava ainda mais a convivência no seio familiar de modo a expor filhos, etc, à mesma sujeição.

Em juízo, por outro lado, a situação assume uma relevância distinta. Há maior dificuldade no exercício da renúncia (nos termos da redação legal), pois a pessoa é intimada e passa a comparecer em uma audiência previamente designada, de modo que o juiz e o promotor poderão avaliar melhor o contexto familiar até para encaminhamentos e determinações posteriores. Esse é o objetivo da lei.

A ausência de uma reflexão mais séria sobre a gravidade do problema, que está muitas vezes atrelado à ingestão de bebida alcoólica, coloca o quadro jurídico dentro do que já era preconizado pela Lei nº 9.099/95. Ora, isso não faz sentido, pois se fosse para aplicarmos a lei nova como a lei antiga, por certo, não se vislumbraria qualquer relevância assumida pela primeira em franco desprestígio dos aspectos positivos que podem ser colhidos com a alteração.

## 4.5 DIREITO EMPRESARIAL EM DESTAQUE

### 4.5.1 A preservação da empresa e sua função social

**Bráulio Lisboa Lopes**

*Mestrando em Direito Empresarial. Especialista em Direito Civil e Processual Civil. Professor da Faculdade Metropolitana de Belo Horizonte. Analista Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais. Ex-Coordenador Subseccional da Escola Superior de Advocacia de Minas Gerais*



Bráulio Lisboa Lopes

#### 1- Introdução

A sociedade pós-moderna tem encontrado dificuldades em enfrentar os crescentes problemas surgidos no decorrer de sua evolução, principalmente no tocante às relações jurídicas. As normas até então vigentes, influenciadas pelo paradigma do Estado Liberal e do Estado Social, não trazem respostas adequadas às demandas instauradas sob a égide do Estado Democrático de Direito.

Nossa cultura jurídica foi extremamente influenciada pelo Direito Romano, que estabelecia uma nítida separação entre as esferas pública e privada, instituindo a *Summa Divisio* entre o Direito Público e o Direito Privado. Nos moldes estabelecidos por esta divisão, o Direito Público era entendido como o ramo

do Direito que regulamentava exclusivamente as atividades do Estado e o Direito Privado como o ramo do Direito que regulamentava exclusivamente as atividades dos particulares.

Nesse modelo, em que prevalecia a *Summa Divisio* entre as esferas pública e privada, o Código Civil (1804) e Comercial (1807) da França eram o centro do ordenamento jurídico da época, ao redor do qual gravitavam outras normas jurídicas que só eram aplicadas no caso de lacuna ou antinomia, não se admitindo uma exegese ampla, devendo o texto legal ser aplicado rigorosamente. A cultura jurídica moderna foi extremamente influenciada por esse pensamento, dando surgimento ao período das grandes codificações, a exemplo do nosso Código Civil de 1916 e Código Comercial de 1850.

Já na pós-modernidade, verificamos o deslocamento da Constituição para o centro do ordenamento jurídico, em que interesses particulares e públicos se entrelaçam, em face da grande complexidade das relações jurídicas. A Constituição incorporou

em seu texto normas que disciplinam as relações privadas de interesse público, incumbindo ao Estado o ônus de criar mecanismos delimitadores e reguladores dessas atividades. Nesse momento, os institutos jurídicos de Direito Privado deixam de ser de interesse exclusivamente individual para assumirem um *status* de interesse público, cumprindo sua função social. Esse fenômeno é denominado de publicização do Direito Privado. Por outro lado, os interesses que antes se situavam exclusivamente no âmbito do Direito Público passam a ser implementados pelos particulares, conscientes de sua responsabilidade social, ocasionando fenômeno inverso, que tem sido identificado como a privatização do Direito Público.

Analisando o texto da Constituição da República de 1988, verificamos que a *Summa Divisio* Direito Público e Direito Privado não é compatível com as diretrizes traçadas por suas normas, não mais subsistindo em nosso ordenamento jurídico, exceto para fins didáticos. No Estado Democrático de Direito, a tutela das liberdades individuais e coletivas são implementadas através de um conjunto de normas que não mais admitem a antiga dicotomia estabelecida pelo Estado Liberal, diante da pluralidade dos interesses tutelados.

## 2- Direito e desenvolvimento econômico

O desenvolvimento econômico do País está intimamente relacionado com a correta alocação de recursos a ser efetuada pela iniciativa privada, a qual tem sua atividade regulada em grande parte pelas normas de Direito. Com a transição da economia para uma produção em escala, observamos a expansão das atividades empresariais que exploram atividades nocivas ao meio ambiente e ao próprio ser humano. No desenvolvimento dessas atividades, os custos de transação devem ser suportados e neutralizados pela empresa, evitando a sua transferência para a coletividade, pois a atividade empresarial contemporânea deve estar atenta para o cumprimento da função social que lhe é peculiar. Segundo a definição de EIRIK FURUBOTN e RUDOLF RITCHER<sup>1</sup>, os custos de transação podem ser definidos nos seguintes termos:

Os custos de transação incluem os custos dos recursos utilizados para a criação, manutenção, uso, troca e assim por diante de instituições e organizações (...) quando considerados em relação aos direitos de propriedade e contratuais existentes, os custos de transação consistem nos custos de definir e medir recursos ou títulos de propriedade (*claims*), mais os custos de utilizar e impor (*enforce*) os direitos especificados.

Diante dessa situação, o Estado passou a ter um papel preponderante na elaboração de normas de ordem pública visando à obtenção da correta alocação de recursos pelas empresas que exploram as referidas atividades, evitando que os custos de transação sejam transferidos para a sociedade. Essa atuação tem-se efetivado mais nitidamente no âmbito do Direito Ambiental, com a imposição de medidas tendentes a minimizar o impacto ambiental gerado pela exploração de determinada atividade econômica. Dessa forma, a atividade empresarial, antes regida exclusivamente por institutos de Direito Privado, passa a ser regida, também, por institutos de Direito Público, visando à proteção dos interesses coletivos.

Essa proteção é efetivada pelas normas de Direito Coletivo, que tem como fundamento a necessidade de implementar no Estado Democrático de Direito a tutela de interesses que fogem ao âmbito individual, no intuito de fazer cumprir as diretrizes

constitucionais da igualdade e justiça em uma sociedade pluralista, na qual os bens jurídicos essenciais ao desenvolvimento sustentável da sociedade devem ser protegidos.

## 3- A relação entre Direito e Economia

É nítida a relação entre o Direito e a Economia, ciências que até meados do século XX eram tratadas separadamente, sem que houvesse um aprofundamento em seu estudo interdisciplinar. O sistema político de um país tem íntima relação com as normas jurídicas e os fatos econômicos, motivo pelo qual o estudo das disciplinas deve ser tratado de forma conjunta. Esse estudo tem suas bases ampliadas com o surgimento da escola norte-americana de Direito e Economia (*Law & Economics*), formada por uma corrente acadêmica de juristas e economistas que procuram analisar o fenômeno jurídico sob a óptica dos princípios econômicos.

Na seara do Direito, as decisões jurídicas e a elaboração das normas devem ser pautadas por uma correta análise econômica, possibilitando o desenvolvimento sustentável do país e, simultaneamente, a tutela dos interesses jurídicos difusos e coletivos da sociedade. Assim, a análise econômica do Direito visa a permitir uma melhor eficiência na alocação dos recursos empregados na atividade econômica, levando em consideração o interesse jurídico na proteção e efetivação dos direitos difusos e coletivos.

No mundo globalizado, a atividade econômica está representada predominantemente por relações jurídicas entre empresas, responsáveis pela circulação de bens e serviços. Diante de tal fato, é de extrema importância a implementação de um sistema jurídico e econômico que permita o desenvolvimento das atividades empresariais e solucione eventuais crises econômica, financeira e patrimonial dessas empresas.

## 4- Preservação da empresa e sua função social

A Teoria da Empresa, adotada pelo Código Civil de 2002, surgiu na Itália por volta de 1942 e conceitua a empresa como sendo toda atividade econômica exercida de forma repetida e organizada, com vistas à produção ou à circulação de bens ou de serviços. O conceito adotado pela nossa legislação aproxima-se, pela ênfase na organização dos fatores de produção, do perfil funcional da empresa traçado por ASQUINI<sup>2</sup>.

Sendo a sociedade empresária sujeito de direito, a atividade empresarial, que outrora visava apenas ao acréscimo de capital, deve ser exercida com responsabilidade e observância de aspectos outros que extrapolam o lucro, de forma a permitir que a empresa cumpra seu papel social, sem se desvencilhar de seus objetivos principais. A empresa tem uma importância significativa para a sociedade, visto que dela emana um complexo de relações jurídicas que interessam não apenas aos sócios, mas também ao Estado, aos seus empregados e aos consumidores. Ao Estado interessa a arrecadação de tributos, os quais serão revertidos em benefícios para a população. Aos empregados interessa o ingresso no mercado de trabalho, que possibilitará a eles a obtenção de meios de subsistência. E aos consumidores interessa a circulação de bens ou serviços de que necessitam.

A função social da empresa pode ser entendida como um subprincípio da função social da propriedade, inserida nos artigos

5º, inciso XXII, 182, §2º e 186 da Constituição da República de 1988. No dizer de COMPARATO<sup>3</sup>:

função é, em Direito, um poder de agir sobre a esfera jurídica alheia, no interesse de outrem (...) A função social da propriedade não se confunde com as restrições legais ao uso e gozo dos bens próprios (...) o poder dever do proprietário de dar a uma coisa destinação compatível com o interesse da coletividade transmuda-se em poder dever do titular do controle de dirigir a empresa para a realização dos interesses coletivos.

Mesmo antes da promulgação da referida Carta Constitucional, a função social da empresa já tinha previsão legislativa, a exemplo do artigo 116, parágrafo único, e artigo 154 da Lei das Sociedades Anônimas, que preceituam, *in verbis*:

Lei 6.404/76

Art. 116. [...] omissis

Parágrafo Único - O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir a sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.(grifo nosso)

Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa. (grifo nosso)

## 5- A preservação da empresa e o Direito Concursal

Como ponto central dos esforços que visam à preservação da empresa, temos a legislação referente ao Direito Concursal, em que também encontramos referência à função social da empresa, que foi alçada a tema central da nova legislação falimentar e de recuperação de empresas, microsistema introduzido em nosso ordenamento jurídico pela Lei 11.101 de 09 de fevereiro de 2005.

Esse novo diploma legal introduziu em nosso ordenamento jurídico inovações que devem ser observadas à luz dos objetivos do Direito Concursal contemporâneo, ou seja, permitir a valorização da função social da empresa e sua reintegração no mercado. Assim, todos os esforços devem ser concentrados, em primeiro plano, na preservação da empresa, deixando para segundo plano o pagamento dos credores.

Para dar efetividade a estes objetivos determinados pela novel legislação falimentar, necessário que o intérprete tenha em mente a importância social representada pela instituição do processo concursal, que traz reflexos de ordem econômica para a sociedade. No desenvolver do processo de falência ou de recuperação de empresa, os interesses em jogo não são únicos e exclusivos dos credores e devedores, mas sim de toda a sociedade.

A credibilidade e eficiência do Direito Concursal influenciam diretamente na economia nacional, visto que a implementação de mecanismos eficazes e capazes de assegurar o direito

## 8 – Referência Bibliográfica

ASQUINI, Alberto. **Profili dell'impresa**. In Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle obbligazioni. 1943, vol. XLI. Parte Prima.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. Vol. 03. São Paulo. Saraiva:2005

COMPARATO, Fábio Konder. **Estado, Empresa e Função Social**. Revista dos Tribunais. São Paulo. RT, ano 85, nº 732, out. 1996.

\_\_\_\_\_. **Direito Empresarial: estudos e pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1990.

FILHO, Roberto Freitas. **Crise do Direito e Juspositivismo – A exaustão de um paradigma** – Brasília: Brasília Jurídica,2003.

dos credores favorece a concessão de crédito e reduz as taxas de juros no mercado. Os empresários necessitam de crédito para otimizar e explorar com maior eficiência suas atividades econômicas, que, por sua vez, será obtido com maior facilidade se os agentes financeiros estiverem cientes de que a recuperação dos créditos eventualmente inadimplidos estará tutelada por uma legislação que lhes ofereça maior segurança. Sobre a correlação entre função social da empresa e eficiência econômica, RACHEL SZTAJN<sup>4</sup> ensina que:

A função social da empresa só será preenchida se for lucrativa, para que deve ser eficiente. Eficiência, nesse caso, não é apenas produzir os efeitos previstos, mas é cumprir a função despendendo pouco ou nenhum esforço; significa operar eficientemente no plano econômico, produzir rendimento, exercer a atividade de forma a obter os melhores resultados. Se deixar de observar a regra de eficiência, meta-jurídica, dificilmente, atuando em mercados competitivos, alguma empresa sobreviverá.

A doutrina nacional e estrangeira é uníssona em afirmar que, por vezes, um procedimento de liquidação eficiente traz mais benefícios sociais do que a manutenção de uma empresa ineficiente, que acarreta uma baixa produtividade e um elevado custo de manutenção. O objetivo da preservação da empresa, através da sua recuperação econômica, é permitir que ela retorne ao mercado em condições competitivas, e não apenas o prolongamento de sua atividade. Nas palavras de OLIVEIRA<sup>5</sup>:

(...) a preocupação com o papel social que a empresa exerce na sociedade é a base que justifica todos os esforços no sentido de dar à empresa uma oportunidade de recuperação quando esta se envolve numa situação de falta de liquidez econômica.

## 7- Conclusão

O Direito possui diversos mecanismos voltados para a preservação da empresa, em face da sua importância no cenário econômico e social. O Estado, através da legislação, tem procurado compatibilizar os interesses econômicos e sociais oriundos do exercício da atividade empresarial. A preservação da empresa é tema central do Direito contemporâneo, em que os interesses econômicos devem harmonizar-se com os interesses coletivos. Para que a função social da empresa seja efetivamente implementada em nossa sociedade, é necessário estabelecer uma conexão entre os diversos institutos jurídicos existentes, que hodiernamente se entrelaçam sob o manto da Constituição da República.

A antiga dicotomia entre Direito Público e Direito Privado, representada pela *Summa Divisio* entre esses dois ramos do Direito está superada. O Direito contemporâneo tem como objetivo compatibilizar o desenvolvimento econômico da sociedade com a proteção de interesses sociais massificados. Para a consecução desse objetivo, é necessária a preservação da empresa economicamente viável e cumpridora de sua função social. No entanto, a correta avaliação desses atributos somente refletirá a realidade se levados em consideração aspectos jurídicos e econômicos, efetuando o que hoje denominamos de Análise Econômica do Direito.

- LOBO, Jorge Joaquim. **Da Recuperação de Empresa no Direito Comparado**. São Paulo. Ed. Lúmen Júris, 1992.
- \_\_\_\_\_. **O Moderno Direito Concursal**. In Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. vol. 3. 1996
- LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo, RT, 1998
- OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Comentários à Nova Lei de Falências**. Ed. Thomson IOB. São Paulo. 2005.
- PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord). **Direito falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latim, 2005.
- PINHEIRO, Armando Castelar et al. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro (coord.) et al. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: RT, 2005
- TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro. Renovar:1999.
- TZIRULNICK, Luiz. **Direito falimentar**. São Paulo: RT, 2003.
- ZYLBERSZTAJN, Décio et al. **Direito e Economia – Análise Econômica do Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

## Notas e referências

- <sup>1</sup> RITCHER, Rudolf, et al. [S.i.] . [S.l]. Apud, PINHEIRO, Armando Castelar et al. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 62.
- <sup>2</sup> ASQUINI, Alberto. **Profili dell'impresa**. In Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle obbligazioni. 1943, vol. XLI. Parte Prima.
- O referido autor estabeleceu o conceito poliédrico da empresa, em que ela pode ser definida por quatro perfis, a saber: perfil Subjetivo (empresário), perfil Objetivo (estabelecimento), perfil Funcional (atividade) e perfil Corporativo (instituição).
- <sup>3</sup> COMPARATO. Fábio Konder. **Direito Empresarial: estudos e pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1990.
- <sup>4</sup> SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro et al (coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: RT, 2005. p.222.
- <sup>5</sup> OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Comentários à Nova Lei de Falências**. Ed. Thomson IOB. São Paulo. 2005. p.224.

## 4.6 ANÁLISE CONSTITUCIONAL

### 4.6.1 Crime de fuga à responsabilidade – incompatibilidade com a garantia constitucional ao silêncio

**Anna Flavia Lehman Battaglia**

*Técnica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais  
Mestre em Direito Tributário (UFMG)*

Recentemente, nos autos da Apelação Criminal n.º 1.0372.04.008035-3/001, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais suscitou incidente de inconstitucionalidade<sup>1</sup> do art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro, aprovado pela Lei Federal n.º 9.503/97, que tipifica o crime de fuga à responsabilidade, vazado nos seguintes termos, *in verbis*:

Art. 305. Afastar-se o condutor do veículo do local do acidente, para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída:

Penas – detenção, de seis meses a um ano, ou multa.

Em seu voto, manifesta o ilustre Desembargador Alexandre Victor de Carvalho entendimento de que o dispositivo legal ofenderia o princípio segundo o qual ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, afirmando não ser razoável impor a alguém que permaneça no local do crime para se auto-acusar e, por conseguinte, sofrer as conseqüências penais e civis do ato que provocou.

O entendimento manifestado pelo ilustre Desembargador que desperta a questão da inconstitucionalidade do dispositivo da lei penal é fundamentado em sólida e respeitada doutrina.

De fato, são as lições de Guilherme de Souza Nucci, invocadas no v. acórdão pelo ilustre Desembargador Alexandre Victor de Carvalho:

Trata-se do delito de fuga à responsabilidade, que, em nosso entendimento, é inconstitucional. Contrária, frontalmente, o princípio de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo – *nemo tenetur se detegere*. Inexiste razão plausível para obrigar alguém a se auto-acusar, permanecendo no lugar do crime, para sofrer as conseqüências penais e civis do que provocou. Qualquer agente criminoso pode fugir à responsabilidade, exceto o autor de delito de trânsito. Logo,

cremos inaplicável o artigo 305 da Lei 9.503/97. (*in Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*, editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 848).

O douto Desembargador cita, ainda, em seu voto, a posição de Luiz Flávio Gomes a respeito da matéria:

Que todos temos a obrigação moral de ficar no local do acidente que provocamos não existe a menor dúvida. Mas a questão é a seguinte: pode uma obrigação moral converter-se em obrigação penal? De outro lado, sendo legítima a exigência de ficar no local, por que impor essa obrigação apenas em relação aos delitos de Trânsito, sabendo-se que o homicida doloso, o estupro, etc. não contam com obrigação semelhante? Ninguém é obrigado a fazer prova contra si mesmo, a declarar contra si mesmo, ou seja, a auto incriminar-se (Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 8º). (*in Estudos de Direito Penal e Processo Penal*, Editora Revista dos Tribunais, 1ª edição – 2ª tiragem, 1999, páginas 46 e 47).

Além dos argumentos manifestados pelos doutos Guilherme de Souza Nucci e Luiz Flávio Gomes, invocados no v. acórdão, no mesmo sentido se posicionam os mineiros Ariosvaldo de Campos Pires e Sheila Jorge Selim de Sales, em seu *Crimes de Trânsito na Lei n.º 9.503/97*:

Afigura-se absurdo compelir alguém a não se afastar do local do acidente, salvo se sua presença é reclamada pelo socorro que deva prestar à vítima, quando tal dever é de outra ordem. Afora isso, não se concebe imponha a lei a obrigação de ficar no local para assumir a autoria ou revelar detalhes do acontecimento, pois ninguém é obrigado a dar provas contra si mesmo. Recorde-se que a Constituição Federal garante, até mesmo para a pessoa presa, o direito de permanecer calado (art. 5º, LXIII).<sup>2</sup>

Ao assegurar a garantia à não auto-incriminação – *nemo tenetur se detegere* –, pretende a Constituição reforçar o direito à ampla defesa, ao devido processo legal e, em última análise, à liberdade. De acordo com o art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal,

Art. 5º - [...]

[...]

LXIII – o preso será informado de seus direitos, **entre os quais o de permanecer calado**, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

Através do transcrito dispositivo constitucional, foi assegurado a todo cidadão o direito de não produzir prova contra si próprio, sendo importante ressaltar que tanto a doutrina quanto a jurisprudência pátrias vêm entendendo que a garantia refere-se não só ao silêncio do acusado, como até mesmo à possibilidade de prestar declarações falsas<sup>3</sup>, através dos quais é possível assegurar-se a plena observância do devido processo legal e da defesa efetivamente ampla.

O direito fundamental sob análise foi inserido no rol do art. 5º da Carta Magna seguindo a orientação da Convenção Americana dos Direitos Humanos, que, em seu art. 8º, § 2º, 'g', prevê o direito a toda pessoa acusada de delito de não ser obrigada a depor contra si mesma nem a se declarar culpada. Grande parte da doutrina considera tal garantia essencial à realização do direito à dignidade da pessoa humana. Alguns autores chegam até a questionar a efetividade da função jurisdicional em sua ausência, como é o caso de Antônio Magalhães Gomes Filho, que afirma:

O direito à não auto-incriminação constitui uma barreira intransponível ao direito à prova de acusação; sua denegação, sob qualquer disfarce, representará um indesejável retorno às formas mais abomináveis da repressão, comprometendo o caráter ético-político do processo e a própria correção no exercício da função jurisdicional.<sup>4</sup>

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por sua vez, é farta ao garantir a realização do direito ao silêncio, como se pode concluir através da leitura dos seguintes trechos de julgados recentes:

Este SUPREMO entende que qualquer pessoa que preste depoimento em qualquer das esferas do Poder Público pode utilizar-se do direito ao silêncio, para evitar a auto-incriminação. Explica CELSO DE MELLO que '[...] O direito ao silêncio – enquanto poder jurídico reconhecido a qualquer pessoa relativamente a perguntas cujas respostas possam incriminá-la (*nemo tenetur se detegere*) – impede, quando concretamente exercido, que aquele que o invocou venha, por tal específica razão, a ser preso, ou ameaçado de prisão, pelos agentes ou pelas autoridades do Estado. [...]' (HC n. 79.812, DJ 16.2.2001). Defiro a liminar. Os PACIENTES não serão obrigados a firmar Termo de Compromisso na condição de testemunhas, assegurando-lhes o direito ao silêncio quando eles, ou seus advogados, assim entenderem que as perguntas possam lhes incriminar. Comunique-se com urgência. Expeça-se salvo-conduto. Publique-se. (STF, HC n. 86.319-1, rel. Min. Marco Aurélio).

O privilégio contra a auto-incriminação – que é plenamente invocável perante as Comissões Parlamentares de Inquérito – traduz direito público subjetivo assegurado a qualquer pessoa, que, na condição de testemunha, de indiciado ou de réu, deva prestar depoimento perante órgãos do Poder Legislativo, do Poder Executivo ou do Poder Judiciário. O exercício do direito de permanecer em silêncio não autoriza

os órgãos estatais a dispensarem qualquer tratamento que implique restrição à esfera jurídica daquele que regularmente invocou essa prerrogativa fundamental. Precedentes. O direito ao silêncio – enquanto poder jurídico reconhecido a qualquer pessoa relativamente a perguntas cujas respostas possam incriminá-la (*nemo tenetur se detegere*) – impede, quando concretamente exercido, que aquele que o invocou venha, por tal específica razão, a ser preso, ou ameaçado de prisão, pelos agentes ou pelas autoridades do Estado. (STF, HC n. 79.812, rel. Min. Celso de Mello, DJU de 16.2.2001, grifo nosso).

Destarte, diante da amplitude interpretativa que tem-se dado à garantia ao silêncio, revela-se clara a tendência da maior parte da doutrina pátria (o que, certamente, se refletirá no entendimento do Poder Judiciário) no sentido da inconstitucionalidade do art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro.

Não resta a menor dúvida de que o objetivo do legislador infraconstitucional ao tipificar como conduta criminosa a evasão do local do acidente de trânsito foi garantir a responsabilização penal e civil do agente pelos seus atos, o que se depreende do próprio conteúdo do tipo, de seu elemento subjetivo. Para configuração do crime é essencial a presença do dolo específico, já que a conduta descrita no dispositivo legal contempla a intenção do indivíduo de “fugir à responsabilidade civil ou criminal que lhe possa ser atribuída”.

De acordo com raras vozes que defendem a preservação e aplicação da norma penal em questão, o bem jurídico protegido seria a administração da justiça. Argumenta-se, ainda, que a mera permanência no local do acidente ocorrido não implicaria, necessariamente, auto-incriminação ou mesmo responsabilidade civil por eventuais danos causados, dependendo tais conseqüências do devido processo legal, em que, certamente, seria garantida a observância do constitucional direito ao silêncio, em toda a amplitude que lhe tem atribuído a jurisprudência pátria.

A questão é: seriam tais razões suficientes à incriminação da conduta relativa à evasão do local de um acidente sem vítimas<sup>5</sup>, considerando-se tratar de legislação em vigor num Estado Democrático de Direito que busca o Direito Penal Mínimo?

Ao tratar do princípio da intervenção mínima, o penalista Cezar Roberto Bitencourt esclarece:

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanções ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização será inadequada e desnecessária. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade.<sup>6</sup>

Ora, a responsabilização civil ou criminal do indivíduo que causa um acidente de trânsito não depende de sua não-evasão do local. O fim da norma incriminadora em pauta é perfeitamente alcançável através da aplicação da lei civil (que atribua ao agente responsabilidade pela reparação dos danos que tiver causado) e da lei penal (que descreva como crime a conduta praticada pelo agente envolvido no acidente de trânsito) sem que seja neces-

sária a incriminação da fuga do local. O bem jurídico protegido é alcançável pela simples aplicação destas outras normas, que tornam o agente civil ou criminalmente responsável.

Assim, na hipótese em pauta não se configura a *ultima ratio* para a atuação do Direito Penal, já que o próprio, quando prevê a responsabilidade criminal da qual o agente fugitivo pretende

se furtar, e o Direito Civil, revelam-se suficientes à proteção do patrimônio da vítima, bem como à realização da Justiça.

Diante dessas considerações, é inegável a incompatibilidade entre o texto do art. 305 da Lei n.º 9.503/97 e o direito fundamental ao silêncio, cuja observância é assegurada pelo inciso LXIII do art. 5º da Constituição Federal.

#### Notas e referências bibliográficas

<sup>1</sup> O incidente de inconstitucionalidade referido ainda não foi submetido a julgamento.

<sup>2</sup> PIRES, Ariosvaldo de Campos; SALES, Sheila Jorge Selim de. **Crimes de Trânsito na Lei n.º 9.503/97**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 210.

<sup>3</sup> “Falsidade ideológica. No caso, a hipótese não diz respeito, propriamente, à falsidade quanto à identidade do réu, mas, sim, ao fato de o então indiciado ter faltado com a verdade quando negou, em inquérito policial em que figurava como indiciado, que tivesse assinado termo de declarações anteriores que, assim, não seriam suas. Ora, tendo o indiciado o direito de permanecer calado e até mesmo o de mentir para não auto-incriminar-se com as declarações prestadas, não tinha ele o dever de dizer a verdade, não se enquadrando, pois, sua conduta no tipo previsto no artigo 299 do Código Penal.” (HC 75.257, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 17-6-97, DJ de 29-8-97)

<sup>4</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997. p. 114.

<sup>5</sup> Nos casos de acidentes com vítimas, a fuga configura omissão de socorro, tipo penal diverso, descrito no art. 304 do mesmo Código de Trânsito.

<sup>6</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Lições de Direito Penal – Parte Geral**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 32.

## 4.7 DIREITO PENAL E SOCIEDADE

### 4.7.1 O Direito Penal como sistema mantenedor do *status quo*



Marcelo Cunha de Araújo

As íntimas ligações entre o Direito e a Política são temas freqüentes, principalmente após as revoluções burguesas do séc. XVIII, entre filósofos, cientistas políticos, cientistas sociais e juristas. Entre os aspectos que podem ser estudados nessa grande área, as questões de legitimação do Direito ganharam muita força no que diz respeito à Teoria Democrática, com uma enumeração sistemática e dedutiva de argumentos lógicos construídos para se justificar,

na soberania dos povos, a existência dos fenômenos político e jurídico.

Um tema mais ligado à realidade cotidiana do cidadão, que remonta aos ensinamentos de Durkheim e de Wundt, refere-se à existência de uma representação coletiva corrente que existiria independentemente das representações individuais dos cidadãos. A representação coletiva de Durkheim, pressuposta como acorde e homogênea, foi problematizada pela Psicologia Social de Moscovici na década de 60, num paradigma de sociedade pensante, vez que se poderia afirmar que as representações sociais correntes seriam tomadas pelos diferentes grupos, de acordo com as características destes, refletindo antagonismos grupais intra-sociais.

Dessa feita, vê-se que algumas representações correntes sobre assuntos referentes ao Direito Penal podem ser utilizadas para servir como um legitimador social à relação entre grupos sociais antagonísticos. Nesse sentido, propõe-se aqui abordar a questão da existência de uma representação social que identifica a

totalidade do fenômeno do crime ao crime violento e do criminoso ao pobre. Assim, tem-se que todo o sistema repressivo nacional é fundado nessa diferenciação entre crimes dos ricos (chamados do colarinho branco – como os financeiros, tributários, lavagem de dinheiro, etc.) e os crimes dos pobres (violentos).

Embora não exista sombra de dúvida de que, se perquiridos de forma direta, a maioria dos cidadãos saiba identificar condutas como corrupção, crimes tributários, previdenciários e lavagem de dinheiro como crimes, o que se pretende apontar é o fato diverso: o de que existe uma nítida focalização do fenômeno criminal brasileiro como algo próprio de classes específicas e que aí deve permanecer restrito. Como uma luz que, ao privilegiar determinado objeto, gera uma sombra, a representação social do crime, ao focalizar o crime violento, joga o crime do colarinho branco na escuridão. Por conseguinte, passa-se a vislumbrar o problema (criminal) do Brasil onde se queda o foco de luz: a falta de cadeias (*déficit prisional*); o excesso de *peessoas-más* (leia-se marginais violentos, que são desumanizados, como se, à Lombroso, já nascessem dessa forma e devessem ser extirpados); a menoridade penal; a falta de punição rígida a adolescentes infratores; as penas brandas aos crimes; a progressão de regime em crimes hediondos; a não adoção de programas como o “tolerância zero”; entre outros bodes expiatórios.

Quando olhamos diretamente ao que está iluminado pelos holofotes sociais, quedamo-nos momentaneamente cegos, deixando passar o que, apesar de evidente, encontra-se propositalmente escondido: o fato de que é interessante para determinados grupos permanecerem ocultos. Apesar do evidente esforço de uma rede de poderosos nesse sentido, o papel da mídia livre e democrática, tem sido essencial para se aclarar essa terra de escuridão.

**Marcelo Cunha de Araújo**

*Promotor de Justiça*

*Professor da PUC-MG*

*Mestre e Doutor em Direito*

Poderia citar uma centena de exemplos em que, declaradamente, fica evidenciada a diferente tratativa entre os “crimes dos ricos” e os “crimes dos pobres”, mas, devido à brevidade do presente artigo, apenas apontarei um aspecto dos mais relevantes: o do atual movimento de restrição à investigação da polícia e do Ministério Público.

Enquanto os “crimes dos pobres” são amplamente investigados (mesmo com deficiência de pessoal e meios), os dos ricos são, digamos, propositalmente protegidos pelo “direito fundamental de intimidade”, ou coisa que o valha. Pergunto-me se, na colisão abstrata de princípios constitucionais entre o princípio da intimidade e o princípio republicano à tratativa adequada do erário, qual prevaleceria. Afinal de contas, em que, especificamente um Funcionário Público, que existe para servir ao povo, teria sua intimidade afetada caso tivesse suas contas verificadas por um órgão (qualquer) de investigação. Ai, já fica uma pergunta que sempre martela a cabeça dos mais críticos: qual o verdadeiro motivo da restrição à investigação criminal em relação apenas a dados bancários, fiscais e telefônicos? Afinal, se os crimes são praticados de formas diversas e diversos são os dados passíveis de comprová-los (como prontuários médicos, funcionais, diversos tipos de bancos de dados, etc.), por que se dizer que a intimidade é defenestrada tão-somente em relação a dados comprobatórios de crimes do colarinho branco?

O que temos atualmente é que, para se pleitear a ordem judicial para acesso a dados desse teor, há a necessidade de indícios. Mas esses indícios apenas seriam alcançados nos referidos dados. Logo, uma vez que não há controle prévio real e efetivo por qualquer órgão, e como o controle posterior e repressivo apenas ocorre após formalismo exacerbado, a administração pública torna-se uma verdadeira “terra de ninguém”.

Aqui não posso me eximir de expor uma opinião pessoal. Uma vez que os diversos crimes financeiros (*lato sensu*) possuem,

via de regra, um braço no aparelho estatal, seria interessante exigir-se do funcionário público (e das empresas e seus sócios que com o Poder Público contratam), sempre que necessário, o acesso livre a seus dados relevantes diretamente por órgãos de investigação. Ser servidor público ou contratar com o poder público apresenta suas vantagens e desvantagens. Um ônus interessante a todos os servidores, no meu entender, do Promotor de Justiça ao Presidente da República, passando pelo Policial e o Juiz e, principalmente, pelos membros do Poder Legislativo, seria a abertura permanente de todos os seus dados para os órgãos investigativos do Estado. Afinal, como um servidor público pode ter qualquer valor em seu patrimônio que não possa imediata e prontamente expor sua origem? Dessa forma, ser funcionário público, principalmente do primeiro escalão, ou mesmo contratar com o poder público, deixaria de ser tão *peçoalmente* vantajoso. Agora, em realidade, é difícil se imaginar, principalmente nos dias em que vivemos, um movimento legislativo forte nesse sentido.

Além desse exemplo, fica fácil comprovar que a tônica da diferenciação entre esses tipos de crimes queda-se nítida por todo o sistema penal: na prisão em flagrante; na liberdade provisória; na instrução processual em si; nos infinitos *habeas corpus*; nos recursos; no foro privilegiado; no princípio da presunção de inocência; na aplicação da pena; na previsão abstrata de penas; na definição de quais são os crimes hediondos; na execução penal; nas ações possíveis próximas ao processo penal (como a ação de improbidade administrativa, a ação civil pública, ações eleitorais, etc.), entre outros inúmeros casos. Logo, todo aquele que atua ou já atuou na práxis penal sabe reconhecer o papel verdadeiro dos operadores do sistema: o de mantenedores do *status quo*, asseguradores de privilégios (através do discurso jurídico) de uma classe específica a partir de uma ilusão de manutenção da ordem às custas de aplicação de penas severas em pessoas desprivilegiadas. Não seria o momento de se repensar o Sistema Penal, lançando luzes no que se queda propositalmente obscuro?

## 4.8 REFORMA DO PROCESSO CIVIL

### 4.8.1 A execução de alimentos à luz da Lei 11.232/2005 e a descaracterização da natureza do crédito alimentar pelo decurso do tempo

**Leonardo Silva Nunes**

*Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais  
Professor de Direito Processual Civil de Graduação e Pós-Graduação  
Advogado*

#### SUMÁRIO

1. Apresentação do tema-problema 2. Breve panorama da execução no Brasil 3. Da execução de alimentos 3.1. Considerações preliminares acerca do objeto da prestação 3.2. Formas de execução dos alimentos 4. Impacto causado à execução de alimentos pela Lei 11.232/2005: análise do confronto doutrinário 4.1. Tomada de posição 5. Execução de parcelas pretéritas: inexistência de crédito *genuinamente* alimentar 6. Conclusões. Bibliografia

#### 1. Apresentação do tema-problema

As recentes reformas por que passou o Código de Processo Civil Brasileiro de 1973 (CPC) trouxeram profundas transformações na sistemática executiva.

Com a Lei 11.232/2005, enfim, o legislador atendeu ao

clamor antigo da doutrina e de grande massa de consumidores da tutela jurisdicional<sup>1</sup>, identificando as dificuldades inerentes à sistemática dual, que impunha a existência de duas relações jurídicas processuais – uma para conhecer e outra para realizar – para a satisfação do direito subjetivo material reclamado. Afirmou, com isso, uma postura manifestamente comprometida

em reformar o processo a fim de torná-lo mais célere, menos oneroso e mais eficiente no que toca às execuções de sentença que condena ao pagamento de quantia certa.<sup>2</sup>

Até então, a atividade executiva fundada em título judicial não era uniforme. Os títulos que reconhecem obrigação de fazer, não-fazer e entrega de coisa, já são, há algum tempo, executados ao fim da mesma relação jurídica processual que importou no acerto (arts. 461 e 461-A, inseridos no CPC pelas Leis 8.952/1994 e 10.444/2002, respectivamente), em decorrência da chamada sentença executiva *lato sensu*.

Já os títulos executivos que condenavam ao pagamento de quantia ainda exigiam a formação de nova relação jurídica processual – processo de execução autônomo em relação ao de cognição de onde o título se originou – para se fazer realizar.

Ainda, vale lembrar os diversos procedimentos especiais disciplinados pela Lei processual e pela legislação esparsa. A esse propósito, o Prof. Manoel Galdino da Paixão Júnior, ao diferenciar os procedimentos comuns dos especiais, explica que “os procedimentos especiais são aplicáveis a determinados casos, isolados pelo legislador por razões de conveniência política, cuja lesão merece um tratamento especial, mais célere, com resultados mais seguros” (2002, p. 176). São, pois, criados em razão das peculiaridades do direito material em litígio, como o crédito fiscal, e o de alimentos. Esse último é o objeto de enfoque deste trabalho.

Em que pese o louvor do propósito reformador, o legislador não deixou explícito o alcance da Lei 11.232/2005 que, alterando o CPC e acrescentando diversas normas ao Livro I, Título VIII – Do Procedimento Ordinário, inseriu o mecanismo sincrético às obrigações de pagar quantia, coisa que já vigorava no direito do trabalho.

A partir de então, e por razão de ordem lógica, o processo pelo qual se reclama o pagamento de soma em dinheiro passou a ser unitário, comportando uma fase de cognição, ou acerto, e uma fase de realização, ou cumprimento, para os casos em que o devedor não satisfaça espontaneamente o direito do credor reconhecido por sentença.

Inexplicavelmente, contudo, o legislador não fez adequar o procedimento especial de execução da prestação alimentícia à nova sistemática, seja suprimindo-o por considerar tal objeto açambarcado pelo novo método executivo, seja tornando-o expressamente compatível às novas regras. Outrossim, extirpou do CPC o instrumento de defesa do devedor de alimentos, os embargos do devedor, através da modificação no art. 741, agora aplicável exclusivamente nas demandas contra a Fazenda Pública.

Desde então a doutrina se divide a respeito de qual procedimento seria o aplicável à execução de alimentos: o especial, disciplinado pelos arts. 732/735, CPC, ou o novo procedimento geral da execução por quantia certa dos arts. 475-I e seguintes.

Essa dúvida também nos ocorreu nos momentos que antecederam a entrada em vigor do novo sistema, quando ainda participávamos como professor orientador dos estagiários do Núcleo de Assistência Judiciária de Ouro Preto – NAJOP, órgão de extensão da Universidade Federal de Ouro Preto, que objetiva proporcionar aos acadêmicos uma oportunidade de aplicação prática dos conteúdos teóricos ministrados durante a graduação.

Outra questão também causou perplexidade. Ciente da natureza jurídica do crédito alimentar, e de sua finalidade, questiona-se a legitimidade do credor de alimentos que, valendo-se das benesses do procedimento especializado, pleiteia montante acumulado de dívida alimentícia representada por diversas prestações vencidas. Não estaria agindo de forma abusiva, eis que, justamente pela sua natureza, a prestação alimentícia tem por objetivo a manutenção e subsistência do alimentado? Ora, se aguardou tanto tempo para, só então, provocar novamente a atividade jurisdicional é porque as prestações alimentícias fixadas pelo ato judicial não são assim tão necessárias; leia-se, não se justificam (frise-se que a necessidade do alimentado, ao lado da possibilidade do alimentante, compõe o binômio que baliza o acerto jurisdicional acerca dos alimentos).

Sem a ilusão de querer esgotar o assunto, por certo dos mais tormentosos na atualidade, pretende-se tecer comentários acerca da problemática, apontando de forma crítica os principais argumentos da doutrina, tanto num quanto noutro sentido. Ao final, será feito o esforço na elaboração de algumas proposições conclusivas a que se chega.

## 2. Breve panorama da execução no Brasil

Após a Lei 11.232/2005, o Código de Processo Civil passou a prever duas vias de execução forçada:

- I - O cumprimento forçado das sentenças condenatórias, por meio de simples fase da mesma relação jurídica processual em que o título se formou;
- II - O processo de execução dos títulos executivos extrajudiciais enumerados no art. 585.

Basicamente, portanto, toda e qualquer execução dependerá de um título executivo judicial ou extrajudicial.

Tratando-se de obrigação reconhecida por meio de título executivo judicial, a sua realização prática ocorrerá através de atividade executiva na mesma relação jurídica processual da qual se originou o título. O procedimento conterà variações segundo a natureza do objeto da prestação. Assim, se a obrigação se consubstanciar num fazer ou não fazer, o rito seguirá as regras do art. 461, CPC. Caso a obrigação se refira à entrega de coisa, o rito a seguir será o do art. 461-A. Finalmente, o objeto da condenação ao pagamento de quantia terá sua realização material segundo as regras do art. 475-J e seguintes.

Os títulos executivos extrajudiciais comportam a chamada execução autônoma, que dispensa, por autorização legal, de processo de cognição prévia. O procedimento seguirá as regras do art. 646 e seguintes.

A par da dúvida noticiada acima, existem, ainda, procedimentos especiais por meio dos quais o direito processual procura se adequar às peculiaridades do direito material a ser tutelado.

## 3. Da execução de alimentos

### 3.1 Considerações preliminares acerca do objeto da prestação

Sem adentrar na discussão sobre a natureza e os pressupostos objetivos e subjetivos da prestação, que não é objeto deste trabalho, diz-se que alimentos se prestam à satisfação das

necessidades vitais de quem não pode provê-las por si. Têm por finalidade fornecer a um parente, cônjuge ou companheiro o necessário à sua subsistência (ORLANDO GOMES, 2002, p. 427).

No mesmo sentido o Prof. Carlos Roberto Gonçalves (2006, p. 441), para quem “o dever de prestar alimentos funda-se na solidariedade humana e econômica que deve existir entre os membros da família ou os parentes. [...] A doutrina destaca o acentuado caráter assistencial do instituto.”

Trata-se de crédito que varia de acordo com a situação do alimentando, eis que as necessidades das pessoas não são as mesmas. A idéia de alimentos é bastante ampla, uma vez que sua fixação deve ser tida com base no meio social e o padrão de vida em que o alimentando está inserido. Por outro lado, deve-se levar em consideração, também, a condição econômica do alimentante, de modo que a determinação do valor da prestação não lhe resulte um gravame exacerbado.

Segundo o Código Civil, o valor dos alimentos deve considerar o montante necessário para que o alimentando possa “viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação” (art. 1.694), devendo ser fixados na “proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada” (art. 1.694, § 1º).

Na maioria das vezes, embora a sua fixação possa traduzir uma obrigação de fazer ou entregar coisa, os alimentos se expressam por meio de crédito pecuniário.

Pela natureza e finalidade do crédito alimentar, torna-se imprescindível a adoção de formas de execução que permitam a sua realização o mais breve possível. A doutrina chama atenção para esse fato ao constatar que o crédito alimentar não é compatível com o procedimento amplo e garantístico da execução comum de prestação pecuniária. “Se a função dos alimentos é prover necessidades básicas, é mais do que evidente que o beneficiário não pode esperar por todo o ciclo da execução tradicional, composta pela penhora, avaliação, alienação e pagamento” (MARINONI; ARENHART, 2007, p. 372).

É que, se tal prestação tem por finalidade garantir a vida do indivíduo, ela tem que se tornar efetiva o quanto antes, permanecendo contínua e ininterrupta enquanto perdurar a necessidade do alimentando.

Daí a justificativa da criação pelo legislador do procedimento especial de execução da prestação alimentícia, dotando-o de diversos instrumentos para a pronta efetivação do crédito alimentar, como o desconto em folha, dedução de rendimentos, expropriação e, até mesmo, a prisão civil.

### 3.2. Formas de execução dos alimentos

Para tornar os alimentos efetivos foram postos no ordenamento jurídico diversos instrumentos importantes. Tal disposição não deve ser entendida como taxativa, eis que, diante da natureza e finalidade do bem da vida em destaque, compete ao juiz determinar a realização de quaisquer medidas para que o mister seja alcançado.

Entre os mecanismos anunciados, há a possibilidade de *desconto em folha*. É o que se dá quando os alimentos são deduzidos da remuneração recebida pelo seu devedor. Essa

forma é relevante na medida em que é praticamente impossível o inadimplemento, uma vez que o desconto é praticado na própria folha de pagamento do devedor. Vale dizer que essa forma executiva é exceção ao regime de impenhorabilidades estatuído no CPC (art. 649, § 2º).

Outra forma de execução é o *desconto em renda*, para os casos do devedor de alimentos que, a despeito de não possuir remuneração determinada, auferir algum tipo de renda, como a proveniente de aluguéis, arrendamentos, aplicações financeiras, entre outras.

Ambas são formas de abatimento aplicáveis a quaisquer tipos de alimentos.

Há a possibilidade de aplicação da *prisão civil*, como meio de coerção ao adimplemento da prestação alimentar. Tal medida é autorizada expressamente pela Constituição da República (art. 5º, LXVII). É medida drástica, que importa restrição da liberdade do devedor de alimentos, justificando-se somente quando os outros meios de execução não se prestarem à tutela do direito.

Em se tratando de medida extrema, sua aplicação só se justifica no caso de abuso por parte do devedor de alimentos, isto é, desde que, possuindo recursos, deixar de prestar os alimentos a quem deles necessita. A única forma de o alimentante se eximir da restrição à sua liberdade é justificando a impossibilidade no cumprimento da prestação.

Importante lembrar que em razão da súmula 309 do Superior Tribunal de Justiça, o débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo. Isto é, trata-se de débito recente. Isso significa que o débito pretérito deverá ser cobrado através de uma das outras formas de execução. O assunto será novamente abordado adiante.

Além das formas já noticiadas, há a tradicional execução por *expropriação*, consistente na alienação de bens do devedor para, com o produto da venda, realizar o conteúdo da prestação. Esse procedimento é praticamente idêntico àquele utilizado na execução de sentença que define obrigação de pagar quantia (art. 475-J e seguintes, CPC). Ora, sendo o conteúdo da prestação de alimentos uma obrigação pecuniária, não há razão para a existência de diferenças substanciais entre o rito “especial” e o procedimento executivo genérico, estatuído no Livro I: Do Processo de Conhecimento.

### 4. Impacto causado à execução de alimentos pela Lei 11.232/2005: análise do confronto doutrinário

Após a reforma noticiada, o caminho do jurisdicionado em busca da satisfação de um direito tende<sup>3</sup> a se tornar cada vez mais célere, econômico e simplificado. Afinal, esses foram, basicamente, os objetivos do legislador com as modificações na legislação processual.

Assim, a pretensão levada ao conhecimento do Poder Judiciário, desde que acolhida, será objeto de realização na mesma relação jurídica processual em que ocorreu a formação do título<sup>4</sup>, seja qual for a natureza do objeto da obrigação (fazer, não fazer, entrega de coisa ou pagar quantia). Diferente do que se via anteriormente, em que a imposição da dualidade de processos impunha ao credor de uma obrigação pecuniária toda sorte de

dificuldades à obtenção plena da prestação a que tinha direito.

Como já registrado acima, na grande maioria das vezes a prestação de alimentos é consubstanciada numa obrigação de pagar quantia. Porém, inadvertidamente, ao reformar, o legislador nada consignou acerca da obrigação de prestar alimentos, sobretudo no que toca à execução dessas parcelas. Em que pese a criação de um procedimento executivo mais simples e célere, e, conseqüentemente, possuidor de maior probabilidade de êxito, nada expressou acerca dos alimentos. O problema reside no seguinte ponto: nem suprimiu o procedimento executivo especial, eis que superado pelo procedimento geral, agora mais simples; nem adaptou o novo método às regras procedimentais especiais existentes, que permanecem em pleno vigor.

Tal situação originou profunda divergência doutrinária.

Para alguns, a reforma da Lei 11.232/2005 não teria atingido as execuções singulares especiais, como a de prestação alimentícia, que se conservam nos padrões antigos de separação das duas ações: uma para condenar, outra para executar.<sup>5</sup>

Para outros, contudo, o mecanismo estatuído pelos arts. 475-J e seguintes é aplicável à execução de alimentos, de modo que a omissão legislativa não implica, em se tratando de débito alimentar, a não-incidência da nova lei, (DIAS, 2007).<sup>6</sup> Segundo esse entendimento a cobrança de quantia certa fundada em sentença não mais desafia processo de execução específico, sendo possível, unicamente, o seu cumprimento mediante fase da mesma relação jurídica processual.

A primeira corrente, a nosso sentir, majoritária, assevera a manutenção do sistema dual – um processo para condenar e outro para executar. O principal argumento é o fato de não ter a reforma, promovida pela Lei 11.232/2005, alterado a disciplina da execução de alimentos, permanecendo em vigor os arts. 732/735, CPC. Até porque, o procedimento especial em comento encontra fundamento na peculiar natureza do crédito exequendo, de caráter essencial, eis que tem como objeto a manutenção do bem jurídico vida.

A adoção desse posicionamento esbarra em algumas dificuldades. Com a alteração do art. 741, CPC, antes pertinente aos Embargos à Execução de Sentença, o instrumento processual *embargos à execução* passou a ser cabível apenas nas demandas contra a Fazenda Pública. Em resposta, há quem afirme parecer “óbvio que há necessidade de assegurar a oposição do executado, principalmente na expropriação, e que ela jamais se realizará através de impugnação” (ASSIS, 2007).

Luiz Rodrigues Wambier (2007), ao comentar o procedimento executivo mediante expropriação, pondera que “os créditos alimentares – aos quais, por sua relevância valorativa e prática, o ordenamento sempre procura conferir tratamento especial – teriam ficado atrelados ao modelo antigo, e em tese menos eficiente, de execução”. Entretanto, embora sinalizar de acordo com a opinião à qual nos filiamos, conclui em sentido oposto: apesar da situação gerada pela reforma, “sempre houve na disciplina específica da execução de alimentos regra especial que por si só já lhe assegura grande eficiência” (WAMBIER; ALMEIDA; TALAMINI, 2007, p. 447).

Finalmente, o devedor encontraria dificuldades caso o meio de defesa na execução fosse substituído, dos embargos, com efeito suspensivo, à impugnação ao cumprimento de sentença, via de regra desprovida da suspensividade.

Esse argumento é facilmente elidido. É que o art. 732 já continha regra que assegurava eficácia à execução mesmo na pendência de embargos. Ademais, apesar da regra da não suspensividade à impugnação, poderá o juiz atribuir-lhe tal efeito desde que relevantes seus fundamentos e o prosseguimento da execução seja manifestamente suscetível de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação (art. 475-M).

A segunda corrente parece ser a mais acertada, por várias razões. Vejam-se as mais importantes.

A sentença que reconhece o dever de prestar alimentos possui forte eficácia condenatória e reconhece – na maioria dos casos – a existência de obrigação de pagar quantia. Caso não ocorra o adimplemento voluntário da obrigação, configurando o inadimplemento do devedor, não seria cabível a execução por quantia certa contra devedor solvente, eis que essa forma de cobrança *autônoma* não mais existe.

Após a reforma, os embargos à execução fundada em sentença são cabíveis apenas na execução contra a Fazenda Pública (art. 741, CPC). Portanto, ao devedor de alimentos faltaria o instrumento de defesa, caso se considerasse viável a execução autônoma do título judicial.

O Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais Elpídio Donizetti (2007) traduz em sua obra, de forma clara e precisa, o entendimento da aplicabilidade *in casu* das normas referentes ao cumprimento de sentença:

[...] em se tratando de obrigação alimentar constante de título judicial, o mais razoável é que se apliquem as normas sobre cumprimento de sentença, até porque prevêm procedimento mais célere do que o previsto para a execução de título extrajudicial. (p. 629)

Portanto, em virtude da alteração legislativa, a obrigação de pagar quantia será cumprida na mesma relação jurídica processual, “o que implica dizer que desnecessária é a instauração de processo executivo para alcançar o bem da vida.” (p. 351)

Mais adiante, e com lastro nos arts. 272, 475-R e 598, Elpídio Donizetti fecha sua opinião consignando que:

Não obstante integrar o procedimento ordinário, os dispositivos referentes ao cumprimento de sentença têm natureza de norma geral, aplicando-se a qualquer procedimento. Irrelevante que a sentença tenha sido proferida em processo que seguiu rito sumário ou especial. [...]

Por outro lado, aplicam-se subsidiariamente ao cumprimento da sentença, no que couber, as normas que regem o processo de execução de título extrajudicial (arts. 566 a 724). (p. 352)

O novo procedimento geral da execução por quantia certa é mais benéfico ao credor de alimentos, donde ser inaceitável a máxima de que o procedimento especial afastaria o geral.

O caminho para o fim da divergência certamente será alcançado pelas vias da ponderação. Desse modo, ao tecer considerações gerais às execuções especiais, o Prof. Misael Montenegro Filho preleciona que as execuções especiais – como a de alimentos – “nem sempre afastam por completo a observância das regras das execuções gerais, apenas fixando normas diferenciadas no que atine à dinâmica dos atos processuais, considerando as características e as finalidades de cada uma das espécies (2007, p. 438).

Para o professor, do gênero execução de alimentos de-

correm duas espécies: a do art. 475-J, que se qualifica como fase do processo de conhecimento; e a do art. 733, que comportaria a execução especial *autônoma*, com possibilidade de aplicação da restrição da liberdade como meio de coerção ao devedor. A primeira espécie comporta como meios de execução a expropriação (genérica), ou a possibilidade de desconto em renda ou em folha de pagamento, excepcionando a regra da impenhorabilidade absoluta articulada pelo CPC (art. 649, § 2º). Já a segunda, *autônoma*, diz respeito exclusivamente à dívida atual, mais recente, que se configura pelo atraso das três últimas prestações que antecederam à propositura da execução e as que se vencerem no curso do processo (Súmula 309, STJ).

#### 4.1. Tomada de posição

Pela sua natureza, toda e qualquer verba alimentar caracteriza-se e justifica-se pela necessidade e urgência.

Após análise do CPC e da Lei de Alimentos (Lei 5.478/68), parece bem claro que a atividade executiva que se processa por meio de fase é, sem dúvida, mais propensa a atingir a satisfação do credor de alimentos. O simples fato da desnecessidade da abertura de nova relação processual, convocação do devedor através de ato citatório e da impossibilidade do manejo de embargos já demonstram a notória simplificação do procedimento. Isso, é claro, privilegia sobremaneira o crédito objeto de tutela, que terá melhores chances de se tornar efetivo.

Independentemente do meio de execução eleito pelo credor de alimentos (seja por desconto em folha ou em renda pela via expropriatória, seja pela possibilidade de coerção pessoal), a atividade executiva deve-se desenvolver da maneira mais simples e breve.

Não há qualquer justificativa que legitime a manutenção absoluta do procedimento especial – execução autônoma de sentença –, e impeça a incidência da chamada *fase de cumprimento de sentença* para os títulos que reconhecem obrigação alimentícia traduzida em pagar quantia.

Entender o contrário significa atrelar a cobrança dos alimentos, prestação essencial à manutenção da vida de quem deles precisa, a mecanismo já superado e, pelo menos em tese, menos efetivo. Portanto, todo o esforço legislativo para abolir a *actio iudicati* não terá atingido êxito pleno. E a par de um profundo avanço, haveria, ainda, um *fantasma* na sistemática processual brasileira.

#### 5. Execução de parcelas pretéritas: inexistência de crédito genuinamente alimentar

A doutrina civilista ensina que o direito brasileiro só admite os alimentos atuais e os futuros. Os pretéritos, referentes a período anterior à propositura da ação, não são devidos (GONÇALVES, 2006). Isso significa que se aquele que pleiteia alimentos conseguiu sobreviver, bem ou mal, sem o auxílio do alimentante, não pode pretender o pagamento de alimentos relativos ao passado. O sentido tratado aqui é aquele relativo às prestações pretéritas, ou seja, aquelas devidas após fixação em sentença.

Tendo em vista a finalidade desse tipo de prestação, questiona-se a posição do credor de alimentos que, diante do

inadimplemento do devedor, permanece inerte, deixando de fazer uso do instrumento processual de cobrança, e dos meios especiais a ele inerentes, para fazer valer um direito que seria, ou pelo menos deveria ser, necessário e urgente.

Completados 24 meses de prestações em atraso<sup>7</sup>, teria o alimentando legitimidade para valer-se das benesses do procedimento especializado? Poderia ele pleitear montante acumulado de dívida alimentícia, representada por diversas prestações vencidas, utilizando-se de recursos como o desconto em folha, dedução de renda ou ainda a prisão civil?

Nossa impressão é que a resposta ao questionamento só pode ser negativa.

A uma porque a obrigação de prestar alimentos é *condicional*, estando sua eficácia subordinada a uma condição resolutiva. Isso quer dizer que só haverá justificativa para o encargo enquanto perdurarem os pressupostos objetivos, representados pelo binômio necessidade do alimentando e possibilidade do alimentante. Se em dado momento, após a fixação dos alimentos, o alimentando adquire condições de prover a própria manutenção, extingue-se a obrigação.

A duas porque os alimentos se caracterizam pela *atualidade*, ou seja, se prestam para a manutenção da vida, a subsistência do alimentando em momento presente, e até quando deles necessitar. A necessidade que justifica a prestação alimentícia é inadiável e, por essa razão, a Lei confere meios de execução próprios à efetivação da medida, que vão desde o desconto em folha até a prisão civil do alimentante.

Por fim, sabe-se que o direito aos alimentos é irrenunciável. Por dizer respeito à própria manutenção da vida, o direito aos alimentos é protegido pelo Estado como questão de ordem pública. Apesar disso, o seu exercício pode ser objeto de renúncia (GONÇALVES, 2006). Tal pode ocorrer inclusive de forma tácita quando o alimentando deixar de pleitear, por considerável período de tempo, a satisfação do crédito reconhecido por sentença.

Portanto, todas as vezes em que se verificar que o acúmulo de prestações pretéritas deu-se por má-fé e desídia do alimentando, em manifesto abuso de direito, a natureza do crédito deve ser descaracterizada. Afinal, se aguardou tanto tempo para, só então, provocar novamente a atividade jurisdicional é porque as prestações alimentícias, fixadas por ato judicial anterior, não são assim tão necessárias; leia-se, não se justificam.

Poderia se questionar, por derradeiro, como seria estabelecido o momento a partir do qual se verificaria a descaracterização do crédito, deixando de ser considerado de natureza alimentar. Prazo razoável seria o lapso previsto pelo STJ na súmula 309, de três meses. A partir daí, não faria grande diferença o atraso de oito, dez ou vinte prestações para a configuração de ilegitimidade do encargo alimentar.

Não se afirma aqui a desconstituição da dívida, mas apenas a transmutação de sua natureza. Com a constatação de que as prestações deixaram de ser indispensáveis à própria sobrevivência do alimentando, não significam mais que um crédito qualquer deva ser cobrado pela forma de execução por quantia certa, pelo rito do art. 475-J. Além disso, estará o credor impedido de lançar mão dos meios de execução especiais (desconto em folha, dedução na renda e prisão civil), uma vez que esses não mais se justificam em razão da inexistência de um crédito alimentar propriamente dito.

## 6. Conclusões

O crédito alimentar está sob a égide da Lei 11.232/2005, podendo ser cobrado mediante o procedimento simplificado estatuído pelos arts. 475-J e seguintes, valendo-se o credor, inclusive, dos meios de execução peculiares ao direito material tutelado, quais sejam, a possibilidade do desconto em folha, em renda, ou, ainda, a prisão civil por dívida excepcionada pela Constituição da República.

Não se pode perder de vista que o processo não se justifica de *per si*. É instrumento. E, enquanto tal, deve ser encarado como ferramenta à efetivação de direitos de forma rápida, precisa e econômica.

Finalmente, o jurisdicionado que age em manifesto abuso deve ser coibido de modo a impedir que se utilize da máquina do Judiciário para fins ilícitos.

## Bibliografia

- ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Algumas Notas Sobre a Lei 11.232/2005 e a Execução de Alimentos. In: SANTOS, Ernane Fidélis dos; WAMBIER, Luiz Rodrigues; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). **Execução Civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- DIAS, Maria Berenice. A Reforma do CPC e a Execução dos Alimentos. [on line]. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/site/content.php?content\\_id=1066&isPopUp=true](http://www.mariaberenice.com.br/site/content.php?content_id=1066&isPopUp=true). Acesso em: 26 junho 2007.
- DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 7. ed., amp. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2007.
- GOMES, Orlando. **Direito de Família**. Atualização de Humberto Theodoro Júnior. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume VI: direito de família**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil, volume 3: execução**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil, volume 2: teoria geral dos recursos, recursos em espécie e processo de execução**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- PAIXÃO JÚNIOR, Manoel Galdino da. **Teoria Geral do Processo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **As Novas Reformas do Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- \_\_\_\_\_. **A Reforma da Execução do Título Extrajudicial**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.); ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil, volume 2: processo de execução**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

## Notas

- <sup>1</sup> Nos dizeres de Kazuo Watanabe, citado pelo Relator do Projeto de Lei n.º 3.253/2004, que alterou a Lei n.º 5.869/1973 – Código de Processo Civil, Deputado Inaldo Leitão.
- <sup>2</sup> Exposição de motivos da Lei n.º 11.232/2005, do Ministro da Justiça Márcio Thomaz Bastos.
- <sup>3</sup> Apesar do conservadorismo que acompanha o operador do direito, muito apegado às tradições, visualizamos essa tendência com bastante otimismo. Muito oportuna a colocação do Prof. Rodolfo de Camargos Mancuso, *apud* Humberto Theodor Júnior, ao alertar que, a propósito da evolução da jurisdição coletiva, também em face da nova roupagem da jurisdição executiva “é indispensável que os operadores do Direito em sentido largo – juízes, advogados, promotores, estudantes – se predisponham a uma mudança de mentalidade, a fim de poderem acompanhar as novas situações e vicissitudes que hoje se apresentam e, assim, não serem atropelados por elas” (**Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada: teoria geral das ações coletivas**. São Paulo: RT, 2006, p. 7).
- <sup>4</sup> Vale lembrar que em alguns casos, mesmo após a reforma, diante da proveniência do título não será possível a execução por meio de fase. É o que se passa com a sentença penal condenatória, a sentença arbitral e a sentença estrangeira homologada pelo STJ, cuja realização depende de execução autônoma.
- <sup>5</sup> Nesse sentido, THEODORO JÚNIOR, Humberto. **As Novas Reformas do Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. **Algumas Notas Sobre a Lei 11.232/2005 e a Execução de Alimentos**. In: SANTOS, Ernane Fidélis dos; WAMBIER, Luiz Rodrigues; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). **Execução Civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007; WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.); ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil, volume 2: processo de execução**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- <sup>6</sup> Acompanham esse entendimento: DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 7. ed., amp. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2007; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil, volume 3: execução**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil, volume 2: teoria geral dos recursos, recursos em espécie e processo de execução**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- <sup>7</sup> Prescreve em dois anos a pretensão para haver prestações alimentares, a partir da data em que se vencerem (art. 206, § 2º do Código Civil).

## 4.9 DIÁLOGO MULTIDISCIPLINAR

### 4.9.1 A Reforma Psiquiátrica e a Legislação Brasileira – 1

**Bruno Alexander Vieira Soares**

*Promotor de Justiça titular da 3ª Promotoria de Saúde de Belo Horizonte  
Secretário Executivo da Rede-Saúde  
Mestrando em Ciências Ambientais pela UEMG*

**Valéria Guimarães Santos**

*Médica Psiquiatra*

Os objetivos deste trabalho, que se dividirá em alguns artigos a serem publicados periodicamente, são familiarizar o leitor com os temas Saúde Mental no Brasil e Reforma Psiquiátrica, contribuir para a compreensão da legislação da assistência em Psiquiatria vigente e discutir possíveis soluções para problemas, que surgem diuturnamente, e para os quais não há legislação prevista.

O Projeto de Lei nº 3.657, assinado pelo deputado Paulo Delgado (PT-MG), submetido em 12/09/1989, foi aprovado pela Câmara dos Deputados, por acordo de lideranças, em 14/12/1990, e remetido ao Senado Federal em 15/2/1991, como “Projeto de Lei da Câmara, nº 8, de 1991”. O texto aprovado em última instância no plenário da Câmara Federal e sancionado pelo então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, em 6 de abril de 2001, teve como base o projeto original e a versão final modificada do substitutivo do senador Sebastião Rocha, resultando na Lei nº 10.216, a chamada “Lei da Reforma Psiquiátrica no Brasil”, de cunho claramente antimanicomial.(1;2)

No período entre 1992 e 1996, no Rio Grande do Sul, Ceará, Distrito Federal, Espírito Santo, Minas Gerais, Paraná, Pernambuco e Rio Grande do Norte, foram aprovadas leis estaduais de reforma psiquiátrica, seguindo a mesma tendência, que tiveram como objetivo, “adiantar” o processo de extinção dos hospitais psiquiátricos e a construção do modelo de assistência psiquiátrica alternativo, enquanto a lei federal não era promulgada (2).

Após a I Conferência Nacional de Saúde Mental, ocorrida em 1986, profissionais do Movimento dos Trabalhadores em Saúde Mental, um movimento multidisciplinar, formaram a “Articulação Nacional da Luta Antimanicomial” (5), baseada nas idéias de Franco Basaglia, psiquiatra italiano cujas experiências levaram à Lei 180, que orientou a reforma psiquiátrica na Itália. Vale ilustrar que a ideologia de Basaglia não é um consenso entre estudiosos, cientistas, psiquiatras e outros trabalhadores da saúde mental. (1;3;6)

As mudanças implantadas por Basaglia, no atendimento psiquiátrico, na província de Trieste, começaram em 1968, inspiradas por uma forma de anarquismo de extrema-esquerda, “contra todas as instituições”: os partidos políticos, os poderes Judiciário e Legislativo, e não surpreendentemente, o hospital psiquiátrico. Era a “Psiquiatria Democrática”, que tinha por objetivos: a) uma política de abolição do hospital psiquiátrico; b) a transferência da assistência do hospital para a comunidade; c) a construção de centros de atendimento distritais; e d) o esvaziamento progressivo dos hospitais (1).

No Brasil, o movimento de reforma da assistência ao doente mental, iniciado por volta de 1990, teve como lema “por uma sociedade sem manicômios”. A ideologia desse movimento, porém, vai além da extinção dos manicômios. Baseada em releituras de filósofos como Michael Foucault, a doença psiquiátrica passou a ser questionada enquanto doença. Para parte dos seguidores desse autor, o hospital psiquiátrico passou a ser considerado um “cárcere” e os médicos, carcereiros. Concluíram que, ao longo dos tempos, os manicômios foram usados, pela classe dominante, como um lugar para depositar os excluídos, os inoportunos para o sistema, e os médicos, segundo parcela deles, foram cúmplices. Com isso, passaram a lutar pela “reforma psiquiátrica”, isto é, a reforma da psiquiatria, enquanto especialidade médica. Para alguns, inclusive, não há doença psiquiátrica. Parte dos militantes da luta antimanicomial acreditam ser o hospício lugar produtor de doença, bem como serem os médicos, ou fração deles, tiranos que detêm o poder e usam a medicina como forma de exclusão (4;5). Passou-se a falar, então, em “Saúde Mental”. Surgiram os chamados “Técnicos em Saúde Mental”. Para muitos, havia a necessidade da “despsiquiatrização da saúde mental”.

Entre os teóricos da Psiquiatria Comunitária que procuram correlacionar teorias filosóficas e o tipo de assistência que deve ser fornecida aos doentes mentais está Hersch (7), que postula assim a mudança de objeto da Psiquiatria, (mudança do foco de trabalho da Psiquiatria):

[...] as condições e o espírito dos tempos – suas características sociais, políticas e econômicas – têm uma influência decisiva sobre os problemas que nos preocupam, os princípios e teorias que nos servem de guia, e as formas de ajuda que desenvolvemos” (5).

Neste contexto (...) colocaram a questão de se interrogar qual é o estatuto profissional de Psiquiatras e Psicólogos Clínicos, e se efetivamente eles são necessários. Na era da “Saúde Mental”, qualquer um pode ser “técnico em Saúde Mental, dizem alguns”(4).

Em oposição a esse pensamento, o Dr Valentim Gentil, professor de Psiquiatria da FMUSP e presidente do Conselho Diretor do Instituto de Psiquiatria do Hospital das Clínicas da FMUSP, escreveu:

[...] a Psiquiatria, como uma especialidade médica, não pode ser ‘democrática’, nem pode ser ‘reformada’. Ela só pode ser desenvolvida. O que tem que ser reformado é o modelo assistencial, e o que pode ser democrático e participativo, respeitando as diferenças, competências, atribuições e responsabilidades, é o processo dessa reforma [...] respeitar a cidadania implica em permitir acesso aos melhores cuidados

[...] Como se pode pretender transformar a assistência em saúde mental no Brasil sem levar em conta os progressos da Psiquiatria e a ampla experiência internacional? (1).

No mesmo diapasão, o Dr. Wagner Gattaz, Professor e chefe do Departamento de Psiquiatria da FMUSP, na mesma publicação citada acima, expôs sua opinião sobre o tema:

a alta prevalência e o elevado custo humano e econômico das doenças mentais justificam a procura de modelos mais eficazes para o seu tratamento. Para planejar uma reforma da assistência psiquiátrica no Brasil, é prudente analisar reformas já realizadas em outros países para aprendermos com seus erros e virtudes [...] Experimentos na Itália, no Reino Unido e nos Estados Unidos visando à redução ou abolição dos hospitais psiquiátricos malograram. [...] Provavelmente, seu erro mais grave foi terem sido baseados em ideologias políticas e não nas necessidades dos pacientes. Todos resultaram no abandono do doente mental e na sua criminalização. [...] Sobre a influência da reforma psiquiátrica italiana, Dr Gattaz considera que “Não é defensável repetirem-se os erros das reformas que começaram pelo fechamento dos hospitais psiquiátricos...”(3).

A partir da década de 1990, houve a criação dos CAPS (Centros de Atenção Psicossocial), em vários municípios mineiros, também chamados de CERSAMs (Centros de Referência em Saúde Mental), com o objetivo de substituir o hospital no atendimento ao portador de sofrimento mental. A desospitalização ou desinstitucionalização foi um dos objetivos do Movimento da Luta Antimanicomial. Nos dizeres de Basaglia, “a cidade é o lugar da reabilitação”(2; 4). Os CAPs visaram ao acolhimento da urgência, ou seja, dos pacientes em crise aguda, e à criação de um filtro de atendimento entre o hospital e a comunidade com vistas à criação de uma rede de prestação de serviços preferencialmente comunitária. Pretenderam garantir tratamento de intensidade máxima no que diz respeito ao tempo reservado ao acolhimento

de pessoas em seu sofrimento psíquico grave, inclusive, em alguns casos, com graves dificuldades de relacionamento e inserção social, através de programas de atividades psicoterápicas, socioterápicas de artes e de terapia ocupacional, em regime de funcionamento de oito horas diárias, em cinco dias da semana, sujeito a expansões, caso se mostrasse necessário (4).

Hoje, há mais de 600 CAPs credenciados no País. Em Belo Horizonte, há sete CAPs ou CERSAMs, que, com o tempo, a necessidade de atendimento de exigências, e, ainda, com a experiência adquirida, funcionam sete dias por semana. No período noturno, têm o suporte do SUP (Serviço de Urgência Psiquiátrica) que, com as residências terapêuticas, ambulatórios de saúde mental, leitos psiquiátricos em hospital geral, centros de convivência (oficinas terapêuticas etc) e espaços afins, compõem a rede de atenção ao portador de sofrimento mental. Trata-se de uma rede de serviços ditos substitutivos ao modelo anterior de assistência, que pretendem não contar, futuramente, com hospitais em sua composição, a não ser, como já dito, de leitos psiquiátricos em hospitais gerais. Vale registrar, contudo, à guisa de exposição, que funcionam, em Belo Horizonte, ou fazem parte da rede de saúde mental, 02 hospitais psiquiátricos públicos, o Instituto Raul Soares e o Hospital Psiquiátrico Galba Veloso.

Há que lembrar que os primeiros psicofármacos efetivos na doença psiquiátrica foram descobertos na década de 1950, só então propiciando aos doentes mentais um grau de melhora tal que seu convívio familiar e social normal já pudesse ser cogitado.

A história da Psiquiatria, da loucura, os movimentos que aconteceram em vários países visando à mudança do modelo da assistência à saúde mental e suas conseqüências, as correntes ideológicas mais marcantes e a legislação pertinente à Saúde Mental, serão objeto dos próximos textos.

## Bibliografia

<sup>1</sup> GENTIL, V. **Uma leitura anotada do projeto brasileiro de ‘Reforma Psiquiátrica’**, in *REVISTA USP*, 43, 1999, pp.6-23.

<sup>2</sup> Ministério da Saúde- Legislação em Saúde Mental 1990-2004. Brasília-DF, Editora do Ministério da Saúde, 2004.

<sup>3</sup> GATTAZ, W. F. **A criminalização do doente mental: como fazer e como evitar**, in *REVISTA USP*, 43, 1999, pp. 24-31.

<sup>4</sup> BIRMAN, J.; COSTA, J.F. Organização de instituições para uma psiquiatria comunitária, in **Psiquiatria Social e Reforma Psiquiátrica**/organizador Paulo Amaranante- Rio de Janeiro-RJ: Editora FIOCRUZ, 1994. Relatório oficial do 2º Congresso Brasileiro de Psicopatologia Infanto-Juvenil, promovido pela APPIA, abril de 1976, Rio de Janeiro. Publicado originalmente em: **Relatório e Resumos do 2º Congresso Brasileiro de Psicopatologia Infanto-Juvenil**.

<sup>5</sup> AMARANTE, P. (Coordenador) **Loucos pela vida - A Trajetória da Reforma Psiquiátrica no Brasil**. Rio de Janeiro-RJ: Editora FIOCRUZ, 1995.

<sup>6</sup> SONENREICH, C. Notas sobre leituras psiquiátricas, in **Psiquiatria: da magia à evidência?** organizadores Zacaria B. A. Ramadam, Francisco B. Assunção Jr.-Barueri-SP: Editora Manole, 2005.

<sup>7</sup> HERSCH, CH., **The Discontent Explosion in Mental Health**, *American Psychology*, 1968, 23.

## 4.9.2 Indicação de obra de outra área

### 4.9.2.1 CHAUI, Marilena. **Cultura e democracia: o discurso competente e outras falas**. 11ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Cortez, 2006, 367p.

Marilena Chauí é uma das autoras brasileiras mais consagradas no campo da filosofia. É professora na Universidade de São Paulo, Mestre, Doutora e Doutora *Honoris Causa* pelas universidades de Paris VIII (França), Nacional de Córdoba (Argentina) e Federal de Sergipe.

A excelente obra reúne diversos escritos da autora nos últimos 20 anos sobre as dificuldades para a instituição de uma democracia substantiva no Brasil. Vale ressaltar que a 1ª edição da obra foi publicada no início dos anos 80. O leitor poderá, então, encontrar textos variados, cada qual com um peculiar enfoque sobre a história política contemporânea do País. Isso torna ainda mais instigante a consulta desse compêndio, pois é possível realizarmos um prazeroso passeio sobre a evolução da

democracia desde a década de 80 até os dias atuais.

Entre os temas abordados na obra, destacam-se: ditadura militar, divisão social do trabalho, democracia e socialismo, movimentos sociais populares, direitos sociais, econômicos e culturais, democracia substancial e representativa, acumulação de capital, neoliberalismo, totalitarismo na antiga União Soviética, fracasso do *glasnot*, autoritarismo social brasileiro, ética e política, moralização política como substituto para a moralidade institucional ou pública etc.

Enfim, uma grande obra que há mais de 20 anos vem prestando uma valiosa contribuição à sociedade brasileira e à política do País.