



Publicação da Escola Superior de Advocacia Professor Ruy Antunes da OAB-PE

ADVOCATUS

PERNAMBUCO

Valorização da carreira

Mais importante que o network e a aprovação em concursos públicos é o prazer em advogar

Artigos

Subsídios para uma teoria das impenhorabilidades
A questão do testamento vital ou biológico
Os recursos repetitivos

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

A OAB-PE assegura a educação continuada e o aperfeiçoamento profissional dos advogados pernambucanos. Mais uma vez toma iniciativa nesse sentido: a Escola Superior de Advocacia - Prof. Ruy Antunes firmou parceria com a Faculdade Joaquim Nabuco para a realização de três cursos de pós-graduação oferecendo condições especiais para advogados adimplentes. Os alunos aprovados nos cursos terão seus artigos publicados em edição especial da Revista Advocatus.

Matrículas: 01 a 15 de julho

Início das aulas em agosto (aulas quinzenais sempre aos sábados)

Horário: 9h às 18h

Local: Faculdade Joaquim Nabuco (Av. Guararapes nº 203 - Santo Antônio)

DIREITO CIVIL E PROCESSO CIVIL

DIREITO DO TRABALHO E PROCESSO DO TRABALHO

DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL

*Cursos serão exclusivos para os advogados adimplentes.

Vagas limitadas

Matrículas: ESA-PE

Rua do Imperador nº 307 - 1º andar - Santo Antônio

Fones: 81 3224-7282 / 3224-2425

E-mail: secretariaesa@smartsat.com.br

Investimento:

Matrícula + 18 mensalidades

de R\$ 150,00

(pagamento com cheques pós-datados)

Realização:



Promoção:



EXPEDIENTE

Diretoria da OAB-PE
Presidente

Jayme Jemil Asfora Filho
Vice-Presidente

Carlos Eduardo Gomes Pugliesi
Secretário-Geral

Leonardo Accioly da Silva
Secretário-Geral Adjunto

Pelópidas Soares Neto
Tesoureiro

Silvío Pessoa de Carvalho Júnior

*

Diretoria da ESA-PE
Diretor-Geral

Ronnie Preuss Duarte
Diretor-Tesoureiro

Carlos Eduardo Ramos Barros
Diretor-Secretário

Carlos da Costa Pinto Neves Filho
Diretor de Comunicação

Emílio d'Almeida Lins
Diretor Cultural

Venceslau Tavares Costa Filho

*

Conselho Editorial
Presidente

Ronnie Preuss Duarte
Membros

Carlos da Costa Pinto Neves Filho
Carlos Eduardo Ramos Barros

Emílio d'Almeida Lins
Venceslau Tavares Costa Filho

Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão
André Regis de Carvalho

Leonardo Carneiro da Cunha

*

Jornalista Responsável
Kennedy Michiles (MTb1934 DRT-PE)

michiles@aponte.com.br
www.aponte.com.br

Fone: +55 81 3427-1999

Projeto Gráfico: Aponte Comunicação
Fotografia: Ag. Titular/Léo Caldas

Capa: Danilo Almeida
Diagramação: Késsia Souza

Consultoria Textual: Laércio Lutibergue e Solange Lutibergue

Comercialização: Ponto de Mídia
Fone: (81) 3418-1188 / 9679-4699

Tiragem: 16.000 exemplares
Impressão: Gráfica Santa Marta

*

A revista **Advocatus Pernambuco** é uma publicação da Escola Superior de Advocacia

Professor Ruy Antunes da OAB-PE.

A revista **Advocatus Pernambuco** não se responsabiliza pelos conceitos emitidos

em artigos assinados. A reprodução, no todo ou parcialmente, de suas matérias só

é permitida desde que citada a fonte.



*

ESA - OAB-PE

Rua do Imperador Dom Pedro II, 307
Edf. Armando Monteiro Filho, 1º andar

Santo Antônio - Recife-PE
CEP 50010-240

e-mail: esape@smartsat.com.br
Fone: (81) 3224-7282

Fax: (81) 3224-2425

SUMÁRIO

I. ENTREVISTA

Ronnie Duarte fala sobre a carreira da advocacia

6

II. ARTIGOS

1. *Subsídios para uma teoria das impenhorabilidades*

Por **Freddie Didier**

15

2. *A questão do testamento vital ou biológico. Primeiras reflexões*

Por **Flávio Tartuce**

25

3. *Os recursos repetitivos*

Por **Palhares Moreira Reis**

39

4. *Brevíssimas anotações à Lei 11.719, de 20 de junho de 2008*

Por **Teodomiro Noronha Cardozo**

42

5. *Intervenção judicial em provas de concursos públicos. Possibilidade ou necessidade?*

Por **Ricardo Kalil Lage**

48

6. *Direito da concorrência no mercado de distribuição de combustíveis*

líquidos derivados de petróleo

Por **Fernando Jardim Ribeiro Lins**

52

7. *Conciliação judicial em teoria e na prática. Pesquisa etnometodológica*

Por **Artur Stamford da Silva, Chiara Ramos, Lillian Brum e Natália Brito**

64

8. *O ensino jurídico nos governos de FHC e Lula: avanços e retrocessos*

Por **Inácio Feitosa**

71

9. *A dialética da interpretação constitucional e (mais) um caso de*

judicialização da política: análise do caso "Cássio Cunha Lima"

Por **Glauco Salomão Leite**

80

10. *A responsabilidade penal dos administradores das pessoas jurídicas*

por omissão: autoria ou participação?

Por **Cristovão Cavalcanti**

87

11. *Simulação da loucura: óbice para constatação do estado mental do autor do fato*

Por **Márcia Helena da Mota Quirino**

94

III. JURISPRUDÊNCIA

1. *TJPE - 7ª Câmara Cível*

101

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DA INFÂNCIA E ADOLESCÊNCIA. AÇÃO DE GUARDA. GUARDA PROVISÓRIA. AVÓ. HABILITAÇÃO DAS CRIANÇAS COMO BENEFICIÁRIAS DA GUARDIÁ. IRH. INDEFERIMENTO DO PLEITO ADMINISTRATIVO. PETIÇÃO NOS AUTOS DA AÇÃO DE GUARDA. DEFERIMENTO PELO JUÍZO SOB ARGUMENTO DE QUE A GUARDA ABRANGE FINS PROVIDENCIÁRIOS. GUARDIÃO E O MANTENEDOR. NATUREZA EXCEPCIONAL DA AÇÃO DE GUARDA. CRITÉRIOS LEGAIS RIGOROSOS.

Mandado de Segurança nº: 0097.609-8- Recife

Relator **Des. Luiz Carlos de Barros Figueiredo**

2. *TRT da 6ª Região - 3ª Turma*

103

RECURSO ORDINÁRIO - 1. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA - SUCESSÃO DE EMPRESAS - MATÉRIA FÁTICA - IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA DIVERGÊNCIA A QUE ALUDE O ARTIGO 476 DO CPC - SEGUIMENTO DENEGADO.

PROC. N.º TRT - 00901-2007-017-06-00-5

Relator **Des. Pedro Paulo Perreira Nóbrega**

IV. PETIÇÕES

1. *Ação de oposição com pedido liminar*

Por **Cláudio Alexandre Soares Correia**

110

2. *Embargos*

Por **Juliana Teixeira Esteves, Vanessa Maria Miranda Vieira e Erick Castelo Branco**

116



Autonunes PRAZERES - Estrada da Batalha, 1000



Autonunes BOA VIAGEM - Av. Conselheiro Aguiar, 2350



Autonunes OLINDA - Pan Nordestina, 1800



Autonunes CABO - Av. Presidente Getúlio Vargas, 1111

Autonunes, há 15 anos a menor distância entre você e o seu Chevrolet.

A Autonunes está no mercado pernambucano há quinze anos e é a maior concessionária Chevrolet do Nordeste. Com quatro unidades, Prazeres, Boa Viagem, Olinda e a nova filial no Cabo de Santo Agostinho, procuramos sempre encurtar a distância entre você e o seu Chevrolet.

Além de todo conforto de ter sempre uma Autonunes por perto, você também pode contar com o melhor atendimento, do setor de vendas à oficina. Isso porque, em Pernambuco, somos a única concessionária a ter ganho oito vezes o padrão A em qualidade e excelência, mostrando todo o comprometimento em satisfazer você.

É por isso que, sempre que precisar procure a Autonunes. Aqui qualidade e menor preço caminham sempre juntos, há quinze anos.



CHEVROLET Captiva



AUTONUNES, 08 vezes padrão A em qualidade.

AUTONUNES



Prezados Colegas,



Jayme Jemil Asfora Filho

A revista *Advocatus* chega à sua segunda edição comemorando um grande feito: ser o segundo periódico jurídico com maior tiragem em todo o Brasil. São 16.000 exemplares impressos e distribuídos gratuitamente a todos os advogados adimplentes do Estado de Pernambuco. Pela segunda vez desde o início da atual gestão, em uma iniciativa inovadora e sem precedentes no nosso país, a Escola Superior de Advocacia - Prof. Ruy Antunes da OAB-PE faz chegar até você, em casa e absolutamente de graça, uma revista moderna, atual e com um conteúdo de extrema qualidade, garantindo a contínua atualização técnico-profissional dos advogados pernambucanos e prestando, com isso, uma relevante contribuição para a efetivação da justiça.

A revista *Advocatus* representa também uma excelente oportunidade para os profissionais do Direito do nosso Estado compartilharem conhecimentos.

Não é à toa que a presente edição dá a oportunidade para vários autores debutarem na publicação de artigos jurídicos, dando-se a conhecer ao grande público e dividindo com os colegas as experiências acumuladas no cotidiano forense.

Resultado de um grande e pioneiro esforço daqueles que fazem parte da Escola Superior de Advocacia Ruy Antunes da OAB-PE, bem como da preciosa contribuição de todos os patrocinadores que viabilizam a edição, a revista *Advocatus* se consolida como uma importante ferramenta de trabalho para todos os advogados pernambucanos.

Aproveitem a leitura!



Ronnie Preuss Duarte

Jayme Jemil Asfora Filho
Presidente da OAB-PE

Ronnie Preuss Duarte
Diretor-Geral da ESA-PE

Nem concurso nem network

Diretor-geral da ESA se preocupa com a “desvocacionalização” da carreira jurídica e diz que é preciso ter prazer em advogar para se chegar ao sucesso na profissão

Em pouco mais de dez meses desde que assumiu o cargo de diretor-geral da Escola Superior de Advocacia Ruy Antunes da OAB-PE, Ronnie Duarte vem provocando uma verdadeira revolução nos rumos da ESA-PE: multiplicou os minicursos realizados pela instituição, dinamizando a grade curricular e aumentando o público frequentador; foi pioneiro na realização das pós-graduações na escola (atualmente já são sete projetos em curso com várias instituições de ensino superior).

Ainda garantiu a inclusão dos advogados iniciantes e dos de menor renda, com pós-graduações sendo oferecidas por apenas R\$150; implementou o projeto da “Advocatus”, um periódico de características singulares no Brasil, que em sua segunda edição já ostenta o status de vice-líder nacional em tiragem no segmento de periódicos técnico-jurídicos, com 16.000 exemplares; entre outras medidas de gestão, como a informatização dos processos de inscrição nos cursos da ESA.

Nascido em uma família de advogados, Ronnie Duarte se confessa um apaixonado pela profissão. Autor de várias publicações no Brasil e no exterior, mestre em Direito pela Universidade de Lisboa, pós-graduado pela UFPE e membro do Conselho Editorial da OAB Editora, do Conselho Federal da OAB e do Conselho de Relações Internacionais da prestigiada Revista de Processo, da RT, Ronnie Duarte tem plena convicção da importância da qualificação profissional para o advogado: “Sou testemunha da importância do apri-

moramento técnico-profissional para a carreira jurídica. O meu investimento acadêmico proporcionou incontáveis oportunidades na advocacia”. Extremamente sintonizado com os rumos que a advocacia vem tomando nos últimos tempos, Ronnie Duarte mostra-se preocupado com a perda do encanto pela profissão por grande parte dos alunos dos cursos de Direito e dos recém-formados.

“Hoje os jovens estão muito mais interessados em estudar para concursos públicos que investir numa carreira sólida de advogado”, lamenta. Ele entende que essa tendência é fruto de diversos fatores e de alguns mitos. “Muitos pensam que o sucesso profissional depende de relacionamentos pessoais ou de um sobrenome ligado à área. O sucesso na advocacia não depende de lobby, mas sim de muito estudo, comprometimento e dedicação”, exemplifica e completa: “De uma hora para outra, fazer concurso virou uma ‘carreira jurídica’, quando não é. Concurso é um meio de ingresso em uma carreira. Infelizmente estamos vivendo um momento de ‘desvocacionalização’ nas profissões jurídicas”.

Esses são alguns dos pontos que o diretor-geral da ESA questiona nesta conversa com o jornalista Kennedy Michiles. Duarte insiste na atratividade da profissão. “A verdade é que uma carreira exitosa, qualquer que seja, depende do amor ao ofício. Antes da recompensa financeira, deve-se ter em mira a realização pessoal, o prazer em trabalhar.” Na entrevista, ele faz também um rápido balanço da gestão à frente da ESA.

Foto: Léo Caldas / Ag. Titular



Ronnie Duarte: “Muitas pessoas acham que não se alcança o sucesso na advocacia sem um ambiente de relacionamento com pessoas dentro do Judiciário”

ADVOCATUS – Qual a razão da franca predileção dos universitários pelos concursos públicos, em detrimento da opção pela carreira na advocacia?

RONNIE DUARTE – A segurança e a estabilidade. Hoje a opção pelo concurso não se dá em decorrência do apreço por uma determinada carreira. Quer-se, frequentemente, um emprego público, com a segurança daí decorrente. Foi-se o tempo em que as opções eram majoritariamente motivadas pela verdadeira vocação. Cito nominalmente o exemplo do Des. Frederico Neves, hoje diretor da Esmape. Ele abriu mão de um emprego federal estável para ingressar na magistratura. Como juiz, além de ter de se mudar para o interior, passou a ganhar um salário que era pouco mais da metade daquele auferido na função anterior. É um exemplo de magistrado comprometido com a função judicante. O estímulo às vocações assegura isto: a garantia de profissionalismo e o comprometimento do indivíduo.

Concurso não é carreira jurídica, é apenas um meio de ingresso em uma carreira. Vivemos um momento de ‘desvocacionalização’ nas profissões jurídicas.

ADVOCATUS – O que a OAB-PE pode fazer para reconquistar esses jovens talentos que estão direcionando seus esforços para um bom emprego público, via concurso, e resgatar o interesse deles pelo exercício da advocacia?

RONNIE DUARTE – Acredito que devemos difundir e divulgar as oportunidades e desmistificar essa ideia que se instalou no seio do ambiente universitário de que o sucesso na advocacia depende de apadrinhamento, de sobrenome, de sorte, de relações pessoais... Existe, ainda, a questão do lobby. Muitas pessoas acham que não se alcança o sucesso na advocacia sem um ambiente de relacionamento com pessoas dentro do Judiciário. Isso é uma inverdade, difundida por pseudoprofissionais que fazem dos tribunais

templos de traficância, vendendo facilidades que não podem entregar. Esses mercadores da honra alheia prestam, sobretudo, um grande desserviço à advocacia e devem ser chamados à responsabilidade ético-profissional pelos prejuízos causados ao Judiciário como um todo. A realidade é que o sucesso na advocacia depende muito mais de dedicação, compromisso e paciência. A obra se constrói ao longo de vários anos e, para quem é sério, dedicado e competente, o retorno é garantido. Não vem no curto prazo, mas é certo. A dinâmica, a oportunidade única de conhecer a alma humana e as vicissitudes da vida cotidiana fazem da advocacia uma profissão extremamente apaixonante e, em termos de realização financeira no longo prazo, tão ou mais gratificante do que o melhor dos concursos públicos.

ADVOCATUS – Fala-se muito em networking e de sua importância... Qual a importância dele para a advocacia?

“ *Um profissional cheio de relacionamentos e desqualificado não tem nada de concreto a oferecer à clientela, que fatalmente perceberá isso. A profissão do advogado é técnica.* ”

RONNIE DUARTE – O networking é útil em qualquer atividade voltada para o mercado. É importante para a difusão do nome do profissional em meio à sociedade, facilitando a obtenção de clientela. Necessita o advogado, fundamentalmente, de indicações. No entanto, mesmo quem não tem um networking, desde que seja reconhecido dentro do meio como um profissional com qualificação diferenciada, certamente alcançará o sucesso pelo reconhecimento dos méritos profissionais independentemente do relacionamento pessoal. O mercado é inteligente, iden-

tifica os talentos, e isso invariavelmente se traduz em resultados no que se refere à ampliação da clientela. Há incontáveis exemplos de advogados jovens e bem-sucedidos que, sem qualquer vínculo de parentesco com profissionais do Direito, tiveram o seu reconhecimento graças ao investimento no aperfeiçoamento técnico-profissional. Cito os exemplos de Misael Montenegro e Flávio Henrique Santos. Ambos têm menos de 40 anos, vêm de famílias de classe média e não tiveram qualquer tipo de apadrinhamento na carreira. Já são advogados reconhe-

damente bem-sucedidos e alcançaram o sucesso à custa de dedicação, seriedade e competência, e nada mais.

ADVOCATUS – Então somente o networking não resolve?

RONNIE DUARTE – Não, não resolve, absolutamente. É preciso investir em qualificação. Não se pode prescindir, nunca, de conteúdo em uma carreira que se pretenda ser consistente. Um profissional cheio de relacionamentos e desqualificado não tem nada de concreto a oferecer à clientela, que fatalmente perceberá isso. A profissão do advogado é técnica. Depende fundamentalmente de conhecimentos em áreas específicas, muito mais do que de qualquer relacionamento.

ADVOCATUS – Qual o papel da ESA nesse contexto?

RONNIE DUARTE – A ESA tem investido muito em assegurar aos advogados, sem distinção, uma oportunidade real de

qualificação. Pensamos muito em como dar condições a todos os advogados, já que o acesso às pós-graduações ainda é muito elitizado em razão do alto investimento exigido pelo mercado. Há uma série de projetos em curso, o que exigiu muito da nossa gestão. Tivemos que driblar alguns empecilhos, especialmente as dificuldades financeiras. Tomamos posse em julho de 2008, com a escola sobrevivendo de três por cento da arrecadação da OAB-PE, e ainda assim, graças aos nossos parceiros, colocamos em prática uma série de projetos pioneiros voltados para a qualificação profissional. Fizemos uma pós-graduação em Penal e Processo Penal pioneira, com nível de excelência jamais visto no Estado na área, contando com mais de 50% do corpo docente composto de professores que são autores de projeção nacional, vindos de outros Estados. Esse curso já abriu uma segunda turma. Nunca a ESA tinha oferecido um único curso de pós-graduação. Hoje já te-

mos sete projetos de pós-graduação. Um deles é uma iniciativa inédita em todo o Brasil, que é uma pós-graduação presencial oferecida exclusivamente para advogados situados no interior do Estado, numa parceria com a Faculdade Damas, na qual os advogados interioranos, em um primeiro momento da Zona da Mata do Estado, pagarão uma mensalidade de apenas R\$ 150 e, com isso, vão poder se aperfeiçoar e realizar o sonho da obtenção do título de especialista sem qualquer custo com transporte. Assim a gestão cumpre o compromisso de interiorizar as atividades da ESA. Além disso, um grande projeto de inclusão no ensino superior foi firmado com o Grupo Ser Educacional para o oferecimento de três cursos de pós-graduação subsidiada, com um total de 360 vagas, a um custo mensal de R\$ 150. Estamos também com outras duas pós-graduações praticamente fechadas em Caruaru e Petrolina, também em condições especialíssimas de preço.

ADVOCATUS – Seria possível identificar um “marco” da atual gestão da ESA?

RONNIE DUARTE – Sem dúvida, a facilitação da possibilidade de aperfeiçoamento profissional nos cursos presenciais de pós-graduação lato sensu. Enquanto o mercado pratica preços de quase R\$ 400, estamos oferecendo vários cursos por menos da metade desse valor. Isso só foi possível em virtude do auxílio dos nossos parceiros, especialmente, pela ordem cronológica das parcerias, a Faculdade Damas e o Grupo Ser Educacional. É uma iniciativa única em todo o Brasil em termos de projeto e de valor de mensalidade praticado. No caso da parceria com o Grupo Ser Educacional, serão 360 vagas em pós-graduações de Direito Civil e Processo Civil, Direito Penal e Processo Penal e Direito do Trabalho e Processo do Trabalho por uma mensalidade de apenas R\$ 150. Isso é uma prova do comprometimento dos nossos parceiros com o ensino, já que o oferecimento de tais cursos não traz perspectivas de

COMPLEXO DE ENSINO RENATO SARAIVA UM NOVO CURSO, UM NOVO CONCEITO, UMA NOVA OPÇÃO.

Curso Preparatório para a OAB, Delegado Federal, Auditor Fiscal do Trabalho, Receita Federal, Pós Graduação em Trabalho e Processo do Trabalho, PRF, Auditor da Receita Federal.

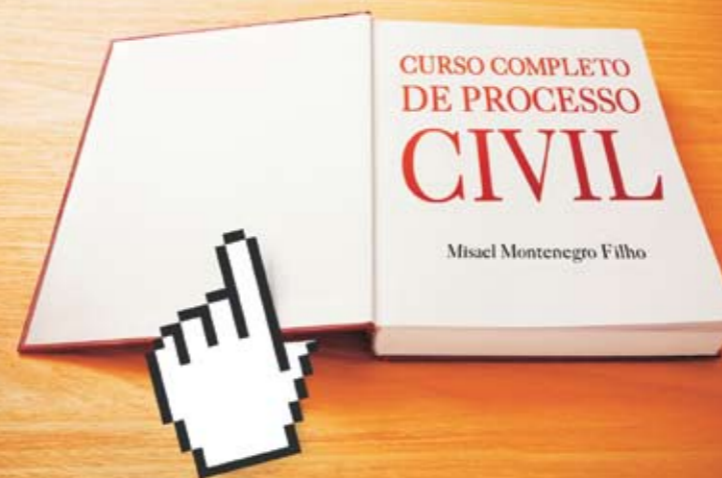
Confira também os nossos cursos on line no www.renatosaraiva.com.br

Rua do Cupim, 44,
Graças, Recife/PE
Tel.: 81-3221.0406



COMPLEXO DE ENSINO
RENATO SARAIVA

O curso que já é um SUCESSO,
agora pela INTERNET.



Durante mais de 10 anos, o Curso Completo de Processo Civil de Misael Montenegro Filho capacitou 8 mil alunos, preparando-os para o mercado. O acesso a este grande sucesso agora está muito mais fácil. O curso também será ministrado via internet, para que todos possam conciliar o aprendizado à disponibilidade de horário. Uma oportunidade que é como o prazo de todo processo jurídico: Não dá para perder.

Coordenação Nacional: Carlos Henrique de Souza Gomes

Programa:

- Condições da ação e pressupostos processuais. Preenchimento de requisitos formais mínimos. Introdução da petição inicial.
- Petição Inicial.
- Defesa do réu.
- Estudo da dinâmica processual, do primeiro ao último ato.
- Estudo das audiências processuais.
- Sentença e coisa julgada.
- Requisitos de admissibilidade dos recursos.
- Agravo de instrumento e embargos de declaração.
- Apelação e embargos infringentes.
- Recurso especial e recurso extraordinário.
- Recurso especial e recurso extraordinário – continuação.
- Medidas de urgência (antecipação de tutela, ação cautelar e mandado de segurança).
- Medidas de urgência. Continuação.
- Fase de cumprimento da sentença.
- Execução fundada em título extrajudicial.
- Estudo da ação de indenização por perdas e danos.
- Estudo das ações possessórias.
- Estudo das ações inquilinárias.
- Estudo das principais ações de família.
- Resolução de questões objetivas, abrangendo todos os assuntos do curso.

Inscrições:

www.renatosaraiva.com.br / (81) 3221.0406



CURSO JURÍDICO
MISAEEL MONTENEGRO
Online

“eu acredito,
na maurício
de Nassau.”

EMERSON LAVOUR
EX-ALUNO NASSAU,
ASSESSOR JUDICIÁRIO DO TJPE.

Grandes histórias começam com uma grande Faculdade.

A trajetória de sucesso profissional do advogado Emerson Lavour caminhou paralelamente à história de crescimento da Faculdade Maurício de Nassau. Aluno da segunda turma de Direito da Instituição e fundador do Diretório Acadêmico do curso, Emerson formou-se como aluno laureado, passou no concurso público e, hoje, é assessor técnico judiciário do TJPE. Emerson Lavour é um homem realizado, e a Faculdade Maurício de Nassau tem orgulho de fazer parte dessa história. Ela também terá orgulho de fazer parte da sua. Venha para a Maurício de Nassau e tenha um mundo de oportunidades à sua espera.

SEJA
NASSAU
NÃO FAÇA
POR MENOS

FACULDADE
MAURÍCIO
DE NASSAU

FAZENDO PARTE DA SUA HISTÓRIA

Recife • João Pessoa • Campina Grande
• Salvador • Lauro de Freitas • Maceió • Natal

www.mauriciodenassau.edu.br

retorno financeiro aos envolvidos. O que se tem em mira, apenas, é o compromisso com os advogados e com o ensino superior. Devemos muito, pelo incentivo e pelo comprometimento, aos dirigentes das instituições Damas e Faculdade Joaquim Nabuco, especialmente a irmã Miriam, a Cláudio Brandão, aos irmãos Janguê e Jânio Diniz, a Inácio Feitosa e a Rosângela Gato. Eles, decididamente, prestaram um grande serviço à advocacia pernambucana. Temos ainda outra iniciativa que também marca a gestão: a Advocatus. Ela já nasceu com o status de segundo periódico jurídico em termos de circulação no Brasil, perdendo apenas para a revista da Associação de Advogados de São Paulo. A segunda edição sai com tiragem de 16.000 exemplares, o que é uma impressionante marca para um veículo técnico distribuído gratuitamente. Eu, inclusive, já fui contactado por presidentes de outras seccionais interessados em detalhes do nosso bem-sucedido projeto editorial.

“
Com por cento do que foi
realizado eu credito ao apoio
incondicional que recebi dele,
obviamente dentro das limitações
orçamentárias da própria Ordem.
Jayme é um líder que entra na
história da OAB-PE pelo que fez.”

ADVOCATUS – E além dos cursos, que outras iniciativas estão sendo postas em prática?

RONNIE DUARTE – Para este ano, temos projetados três congressos. Um acontecendo nos dias 1º e 2 de junho, o Congresso Internacional da História do Direito; outro segundo semestre, ainda com data a confirmar, em homenagem ao professor Ivo Dantas; e um terceiro, que está ainda sendo avaliado. Abrimos

duas sucursais da Escola: uma em Petrolina e outra em Caruaru, oferecendo cursos de atualização ministrados no interior por ilustres professores, como Ivo Dantas, Leonardo Carneiro da Cunha, Renato Saraiva, André Regis, Cláudio Brandão, entre outros, a um custo de apenas R\$ 25 por uma carga horária que vai de 12 a 16 horas-aula. É a valorização dos advogados do interior, o resgate de uma dívida da OAB-PE com os colegas do

www.autonunes.com.br

Autonunes, há 15 anos a menor distância
entre você e o seu Chevrolet.

A Autonunes está no mercado pernambucano há quinze anos e é a maior concessionária Chevrolet do Nordeste. Com quatro unidades, Prazeres, Boa Viagem, Olinda e a nova filial no Cabo de Santo Agostinho, procuramos sempre encurtar a distância entre você e o seu Chevrolet.

Além de todo conforto de ter sempre uma Autonunes por perto, você também pode contar com o melhor atendimento, do setor de vendas à oficina. Isso porque, em Pernambuco, somos a única concessionária a ter ganho oito vezes o padrão A em qualidade e excelência, mostrando todo o comprometimento em satisfazer você.

É por isso que, sempre que precisar procure a Autonunes. Aqui qualidade e menor preço caminham sempre juntos, há quinze anos.



CHEVROLET Captiva



AUTONUNES, 08 vezes padrão A em qualidade.

AUTONUNES



Um certificado que vale o seu futuro.

A Faculdade Joaquim Nabuco, que já é conhecida pela excelência de seus cursos de graduação, agora vem se especializando em cursos de pós-graduação, sempre mantendo o alto nível de qualidade com preços acessíveis. Por isso, não pense duas vezes: invista no seu futuro. Você pode ser o melhor, em qualquer área. Faça uma pós-graduação na Joaquim Nabuco.

MATRÍCULAS ABERTAS

CURSOS DE PÓS-GRADUAÇÃO FACULDADE JOAQUIM NABUCO

EDUCAÇÃO	NEGÓCIOS	SAÚDE	DIREITO
<ul style="list-style-type: none">• Docência no Ensino Superior• Gestão da Educação• Psicopedagogia Escolar• Pedagogia Empresarial	<ul style="list-style-type: none">• Gestão Estratégica de RH• Gestão Pública• Gestão de Tecnologia da Informação• Logística Empresarial	<ul style="list-style-type: none">• Enfermagem Intensiva – UTI• Gestão Hospitalar• Enfermagem do Trabalho• Saúde Pública com Ênfase no PSF	<ul style="list-style-type: none">• Direito Civil e Processo Civil• Direito Trabalhista e Processo Trabalhista• Direito Penal e Processo Penal
A partir de R\$ 113,29	A partir de R\$ 131,17	A partir de R\$ 131,17	A partir de R\$ 150,00



LIBERTAS ET VERITAS
FACULDADE JOAQUIM NABUCO
A educação superior ao seu alcance
RECIFE - PAULISTA

interior do Estado. Na capital também investimos na realização de minicursos a preços reduzidos. Antigamente existia uma grande preocupação em realizar palestras, que também são importantes. No entanto, pela limitação temporal, não permitem um esgotamento ou um maior aprofundamento do assunto abordado. A nossa gestão da ESA deliberou centrar as atenções na realização de minicursos e de pós-graduações, que permitem prestar uma contribuição mais significativa ao aperfeiçoamento profissional do advogado. Foram 35 cursos. As atividades da ESA-PE no período compreendido entre julho de 2008 e o último mês de abril beneficiaram um total de quase 2.500 advogados e estudantes, segundo os nossos registros.

ADVOCATUS – Apesar das dificuldades financeiras, o balanço da gestão até o momento é positivo...

RONNIE DUARTE – Quando assumi o car-

go, disse ao presidente da OAB-PE, Jayme Asfora, que precisaria de condições mínimas para tocar o meu trabalho. Cem por cento do que foi realizado eu credito ao apoio incondicional que recebi dele, obviamente dentro das limitações orçamentárias da própria Ordem. Jayme é um líder que entra na história da OAB-PE pelo que fez. Diminuiu o valor das anuidades, saneou as contas e hoje, apesar da redução, os advogados recebem benefícios que seriam impensáveis em passado recente. Há um plano de saúde excelente, oferecido em convênio com a Unimed Recife, o que só foi possível graças ao brilho e à competência de Henrique Mariano, que foi o responsável direto pela resolução de um problema crônico da Caape, que já atravessava várias gestões. Há ainda o Recorte Digital, a Advocatus, os cursos e as pós-graduações da ESA-PE. É pena que a gestão esteja no fim, pois só recentemente as contas da Ordem foram saneadas, o que dará condições de novos investimentos

na Escola. Agora seria a hora de começar! Espero que a gestão tenha continuidade, para o bem da classe. Antes de finalizar a conversa, por uma questão de justiça com os meus colegas da ESA, gostaria de deixar registrado que o sucesso das atividades da escola se deve à contínua colaboração de todos os membros da diretoria, dos coordenadores e do corpo funcional. É um grupo extremamente participativo, leal e merecedor do compartilhamento de todos os créditos. Fica aqui o meu tributo de reconhecimento e gratidão pelo empenho dos colegas de diretoria: Carlos Barros, Emílio Lins, Carlos Neves e especialmente o professor Venceslau Tavares, que tem sido muito devotado à escola. É importante frisar que, sem o empenho de todos, nada do que foi feito teria sido possível. Não se pode esquecer também do pessoal administrativo: Ana Zuleica, Genilson e Edvaldo, que têm atendido às expectativas e contribuído decisivamente para o sucesso da gestão.

PODEMOS DIZER QUE NOSSOS ALUNOS VENCERAM O PRIMEIRO DESAFIO DA CARREIRA: ESCOLHER A FACULDADE CERTA.

QUEM FAZ DIREITO NA PG TEM UMA FORMAÇÃO COMPLETA E SAI PRONTO PARA O MERCADO DE TRABALHO. COM UM CORPO DOCENTE FORMADO, EM SUA MAIORIA, POR MESTRES E DOUTORES, AVALIAÇÃO MÁXIMA DO MEC, SALAS MULTIMÍDIA E MUITO MAIS, O CURSO OFERECE TODAS AS FERRAMENTAS PARA O ALUNO ESTAR SEMPRE BEM PREPARADO. E AINDA TEM A PARCERIA COM A REDE LAUREATE, QUE GARANTE UMA QUALIDADE DE ENSINO INTERNACIONAL E PERMITE INTERCÂMBIOS EM UNIVERSIDADES DO EXTERIOR. É GRAÇAS A TODOS ESSES ATRIBUTOS QUE A FACULDADE DOS GUARARAPES DESENVOLVE PROFISSIONAIS CADA VEZ MAIS QUALIFICADOS E DE DESTAQUE.



- PRÁTICA JURÍDICA E JUZADO ESPECIAL CRIMINAL UNIVERSITÁRIO.
- PROJETO PEDAGÓGICO INOVADOR, APOIADO NAS MAIS AVANÇADAS TECNOLOGIAS.
- GUIA ACADÊMICO DA ORDEM COM CONTEÚDOS DAS DISCIPLINAS ENERGIAS NO EXAME DA OAB E SELEÇÃO DAS QUESTÕES MAIS RECORRENTES.
- PORTAL JURÍDICO AMBIENTE VIRTUAL INTERATIVO COM TEXTOS COMPLEMENTARES PLANTÃO DE DÚVIDAS ON-LINE, ACOMPANHAMENTO DA EVOLUÇÃO DOS ALUNOS E MUITO MAIS.



Câmbio Exchange Wechsel

**“Não corra riscos: faça câmbio sem sair de casa.
Ligue para a Europa para atendimento domiciliar.”**

Rua Padre Carapuceiro nº 777

Loja BV69

Shopping Center Recife

Boa Viagem - Recife/PE

Fones: (81) 3302-5963 / 5964 / 5965 / 5966

Subsídios para uma teoria das impenhorabilidades

Por Fredie Didier Jr.

Professor-adjunto de Direito Processual Civil da Universidade Federal da Bahia. Mestre (UFBA) e Doutor (PUC/SP). Professor-coordenador da Faculdade Baiana de Direito. Membro dos Institutos Brasileiro e Ibero-americano de Direito Processual. Advogado e consultor jurídico. www.frediedidier.com.br

Sumário: 1. Premissa metodológica; 2. A impenhorabilidade como técnica de proteção a direitos fundamentais e de restrição ao direito fundamental do credor; 3. Natureza jurídica das regras de impenhorabilidade. Regime processual das questões sobre impenhorabilidade: disponibilidade, preclusão e conhecimento ex officio; 4. Impenhorabilidade sob condição ou penhorabilidade eventual; 5. Fundamentos da impenhorabilidade; 6. O beneficium competentiae; 7. Análise do veto presidencial a dispositivos da Lei n. 11.382/2006 a partir das premissas teóricas sugeridas.

1 Premissa metodológica.

A execução judicial é um dos principais alvos das últimas reformas na legislação processual.

Um dos pontos que sofreram alterações foi o regimento das impenhorabilidades. Não obstante sejam importantes as mudanças legislativas, muito mais relevante é a mudança da metodologia jurídica dos aplicadores do direito processual. A metodologia da teoria dos direitos fundamentais e da teoria dos princípios é imprescindível para que se possa dar a correta aplicação a essas regras.

Vive-se, atualmente, uma fase de renovação do estudo do Direito Constitucional: a) parte-se da premissa de que a Constituição tem força normativa e, por consequência, da

força normativa dos princípios e dos enunciados relacionados aos direitos fundamentais; b) pela expansão da jurisdição constitucional (controle de constitucionalidade difuso e concentrado, como é o caso do Brasil); c) desenvolvimento de uma nova hermenêutica constitucional (com a valorização dos princípios e o desenvolvimento dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade). A essa fase deu-se o nome de *Neoconstitucionalismo* ou *pós-positivismo*¹.

O estudo do Direito Processual sofreu a influência desta renovação do pensamento jurídico. O processo volta a ser estudado a partir de uma perspectiva constitucional (o que não é novidade), mas agora seguindo esse novo repertório, que exige dos sujeitos processuais uma preparação técnica que lhes permita operar com cláusulas gerais, princípio da proporcionalidade, controle difuso de constitucionalidade de uma lei etc.

Já se fala, neste contexto, de um *Neoprocessualismo*²⁻³: o estudo e aplicação do Direito Processual de acordo com essa nova proposta do pensamento jurídico. Já há significati-

¹ Sobre o tema, amplamente, BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 23 dez. 2007; “Fundamentos teóricos e filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro”. A nova interpretação constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

va bibliografia nacional sobre o tema⁴. Não há como estudar o processo (civil, penal, trabalhista etc.), ignorando que boa parte dos seus princípios está hoje consagrada no texto constitucional, na parte dedicada aos direitos fundamentais.

Para além de *princípios processuais constitucionais*, hoje se fala em *direitos fundamentais processuais*.

É preciso compreender o sentido e a natureza das regras sobre as impenhorabilidades a partir dessa nova visão constitucional e valorativa do problema. Cabe ao atual aplicador do direito processual mudar o seu *repertório teórico*.

Este ensaio tem o objetivo de fornecer subsídios para a interpretação e aplicação das regras de impenhorabilidade de bens partindo dessas premissas metodológicas. Não serão examinadas as hipóteses típicas de impenhorabilidade. O objetivo é dar mais um passo na construção de uma (nova) teoria das impenhorabilidades.

2 A impenhorabilidade como técnica de proteção a direitos fundamentais e de restrição ao direito fundamental do credor.

Não são todos os bens do executado que respondem pela execução. Há bens que não podem ser penhorados. A restrição à penhora de certos bens chama-se *impenhorabilidade*.

Há casos de *impenhorabilidade absoluta*, quando o bem não puder ser penhorado em nenhuma hipótese, o que é raro (p. ex.: o seguro de vida, art. 649, VI, CPC) e de *impenhorabilidade relativa*, quando o bem pode ser penhorado na execução de certos créditos. É importante observar que essa classificação da *impenhorabilidade* não se funda em uma suposta diferença de grau entre uma espécie ou outra. Não se pode estabelecer uma relação de causa-conseqüência: penhora de bem absolutamente *impenhorável* gera “*nulidade*” e *penhora de bem relativamente impenhorável* gera *anulabilidade processual*. Tampouco é possível qualificar as regras de impenhorabilidade absoluta como regras cogentes, de ordem pública, e as regras de impenhorabilidade relativa como regras dispositivas. A diferença entre essas regras está no âmbito de oponibilidade do direito à impenhorabilidade: a qualquer credor, no caso da impenhorabilidade absoluta, a alguns credores, no caso da relativa.

A *impenhorabilidade* de certos bens é uma restrição ao direito fundamental à tutela executiva. É técnica processual que *limita a atividade executiva* e que se justifica como meio de proteção de alguns bens jurídicos relevantes, como a dignidade do executado, o direito ao patrimônio mínimo⁵ e a função social da empresa. São regras que compõem o *devido processo legal*, servindo como *limitações políticas à execução forçada*⁶.

Exatamente por tratar-se de uma técnica de restrição a um direito fundamental, é preciso que sua aplicação se

2 CAMBI, Eduardo. “Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo”. Processo e constituição – estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. Luiz Fux, Teresa Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.). São Paulo: RT, 2006, p. 662-683; GOZÁNI, Osvaldo Alfredo. “El ‘neoprocesalismo’”. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal. Buenos Aires: Instituto Ibero-americano de Direito Processual, 2006, ano VI, n. 9, p. 227-244.

3 Na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob a liderança de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, costuma-se denominar esta fase do desenvolvimento do direito processual de formalismo-valorativo⁵, exatamente para destacar a importância que se deve dar aos valores constitucionalmente protegidos na pauta de direitos fundamentais na construção e aplicação do formalismo processual. As premissas deste pensamento são exatamente as mesmas do chamado Neoprocessualismo. Embora seja correto afirmar que se trate de uma construção teórica que nasce no contexto histórico do Neoconstitucionalismo, o formalismo-valorativo pauta-se, também, no reforço dos aspectos éticos do processo, com especial destaque para a afirmação do princípio da cooperação, decorrência da cláusula geral da boa-fé processual. O termo Neoprocessualismo tem uma interessante função didática, pois remete rapidamente ao Neoconstitucionalismo, trazendo de reboque todas as suas premissas metodológicas, além de toda produção doutrinária a respeito do tema, já bastante divulgada. Demais disso, o termo Neoprocessualismo também pode ser útil por bem caracterizar um dos principais aspectos deste estágio metodológico dos estudos sobre o direito processual: a redefinição das categorias processuais (marca do processualismo do final do século XIX e meados do século XX), a partir de novas premissas metodológicas (o que justificaria o prefixo “neo”). (Sobre o tema, OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “O Formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo” Revista de Processo. São Paulo: RT, 2006, n. 137, também publicado em DIDIER Jr., Fredie, JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.) Teoria do processo – panorama doutrinário mundial. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008, p. 125-150. A propósito do tema, ver, ainda, ZANETI Jr., Hermes. Processo constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; MITIDIERO, Daniel. “Bases para a construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo”. Tese de doutoramento. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2007.)

4 MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo. São Paulo: RT, 2006; CAMBI, Eduardo. “Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo”. Processo e constituição – estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. Luiz Fux, Teresa Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.). São Paulo: RT, 2006, p. 662-683; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. “O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais”. Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Gênese, 2002, n. 26, p. 653-664; GUERRA, Marcelo Lima. Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil. São Paulo: RT, 2003; ZANETI Jr., Hermes. Processo constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; “Bases para a construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo”. Tese de doutoramento. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2007; ZOLLINGER, Marcia. Proteção processual dos direitos fundamentais. Salvador: Editora JUS Podivm, 2006. O livro de Luiz Guilherme Marinoni é um marco importante dessa concepção teórica. O autor, embora não use o termo “neoprocessualismo”, propõe-se a repensar as categorias fundamentais do direito processual (jurisdição, ação, defesa e processo) a partir das premissas do Estado Constitucional, dedicando, inclusive, um capítulo à exposição do “Neoconstitucionalismo” e outro a “Teoria dos Direitos Fundamentais”.

submeta ao método da ponderação, a partir da análise das circunstâncias do caso concreto. As regras de impenhorabilidade devem ser aplicadas de acordo com a metodologia de aplicação das normas de direitos fundamentais⁷.

O legislador estabelece *a priori* o rol dos bens impenhoráveis (art. 649 do CPC), já fazendo, portanto, um prévio juízo de ponderação entre os interesses envolvidos, optando pela mitigação do direito do exequente em favor da proteção do executado. Não obstante isso, as hipóteses de impenhorabilidade podem não incidir em determinados casos concretos, em que se evidencie a desproporção/desnecessidade/inadequação entre a restrição a um direito fundamental e a proteção do outro. Ou seja: é preciso deixar claro que o órgão jurisdicional deve fazer o controle de constitucionalidade *in concreto* da aplicação das regras de impenhorabilidade, e, se a sua aplicação revelar-se *inconstitucional*, porque não razoável ou desproporcional, deve afastá-la, construindo a solução devida para o caso concreto. Neste momento, é imprescindível rememorar que o órgão jurisdicional deve observar as normas garantidoras de direitos fundamentais (dimensão objetiva dos direitos fundamentais) e proceder ao *controle de constitucionalidade* das leis, podem ser constitucionais em tese, mas, *in concreto*, podem revelar-se *inconstitucionais*.

É como afirma MARCELO LIMA GUERRA: “O primeiro dado que se impõe ao intérprete é que a impenhorabilidade de bens do devedor imposta pela lei consiste em uma restrição ao direito fundamental do credor aos meios executivos. (...) ...as restrições aos direitos fundamentais não são, em princípio, ilegítimas. Devem, no entanto, estar voltadas à realização de outros direitos fundamentais e podem, por isso mesmo, estar sujeitas a uma revisão judicial que verifique, no caso concreto, se a limitação, ainda que inspirada em outro direito fundamental, traz uma excessiva compressão ao direito fundamental restringido”⁸.

Um exemplo talvez seja útil para ilustrar a idéia.

O bem imóvel que serve de moradia da família é relativamente impenhorável. Objetiva-se, com essa restrição, proteger o direito fundamental à moradia, conteúdo do direito à proteção da dignidade. Imagine-se um imóvel de altíssimo valor. Imagine-se, agora, um crédito que corresponda a quarenta por cento do valor do imóvel. A venda judicial do imóvel, no caso, permitiria não só satisfazer o direito do credor como, ainda, garantir ao executado, com a sobra, a aquisição de outro imóvel, que lhe preserve a dignidade. A opção pela interpretação literal da regra, que veda a penhora, protegeria exclusivamente o direito do executado de maneira desnecessária, porque a relação valor executado/valor do bem permitiria a aquisição de outro imóvel, após a entrega do dinheiro ao credor. Seria, pois, interpretação em desconformidade com os preceitos da contemporânea hermenêutica constitucional, que preconiza a necessidade de, nos casos de choque entre

direitos fundamentais, dar a interpretação que mais adequadamente proteja a ambos.

Enfim, são em princípio constitucionais as regras que restringem a responsabilidade patrimonial, impedindo a penhora de certos bens. Em um Estado Democrático que busca a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CF/88), a restrição à penhora de certos bens apresenta-se como uma técnica processual tradicional e bem aceita pela sociedade contemporânea.

Mas essas regras não estão imunes ao controle de constitucionalidade *in concreto* e, por isso, podem ser afastadas ou mitigadas se, no caso concreto, a sua aplicação revelar-se não razoável ou desproporcional.

Há, porém, o outro lado da moeda.

Exatamente porque são normas que visam proteger direitos fundamentais, as regras de impenhorabilidade podem ser *ampliadas* em razão de peculiaridades do caso concreto, como forma de tutelar adequadamente esses mesmos direitos fundamentais. Trata-se de aplicação do *princípio da adequação*¹⁰.

Alguns exemplos.

Não há regra expressa que proíba a penhora de um cão. No entanto, não será possível penhorar um cão-guia, que, para o cego, corresponde aos seus olhos. A natureza jurídica do cão-guia é de olho, órgão humano, e, como tal, não sujeito à responsabilidade patrimonial. A necessidade de proteção do

5 Sobre o direito ao patrimônio mínimo como conteúdo do direito fundamental à dignidade da pessoa humana, ver FACHIN, Luiz Edson. Estatuto jurídico do patrimônio mínimo. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; CAMBI, Eduardo. “Tutela do patrimônio mínimo necessário à manutenção da dignidade do devedor e da sua família”. Processo de execução. Teresa Arruda Alvim Wambier e Sérgio Shimura (coord.). São Paulo: RT, 2001, p. 248-278; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito Civil: Teoria Geral. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 347-349.

6 DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Malheiros Ed., 2004, v. 4, p. 340.

7 GUERRA, Marcelo Lima. Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil, cit., p. 165 e segs. Assim, também, RODRIGUES, Marcelo Abelha. Manual de execução civil. 3ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 2008, p. 92-93.

8 GUERRA, Marcelo Lima. Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil, cit., p. 165.

9 Com outros exemplos de não-aplicação da regra de impenhorabilidade do bem de família, em razão da sua desproporcionalidade, GUERRA, Marcelo Lima. Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil, cit., p. 167-168. Valendo-se de exemplo semelhante, embora sem fazer referência à metodologia da teoria dos direitos fundamentais, DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, cit., v. 4, cit., p. 342.

direito fundamental à dignidade permite a interpretação judicial que reputa impenhorável esse bem. A mesma metodologia autoriza que se reputa *impenhorável* uma *cadeira-de-rodas*, que está sendo utilizada pelo devedor¹¹. Enfim, são impenhoráveis as próteses, pois se incorporam à pessoa e, assim, adquirem a *natureza jurídica de corpo humano*, insuscetível, portanto, de responder pela dívida do executado. Assim, “é também impenhorável o que se junta ou liga, embora separável ao corpo, para completá-lo, física ou funcionalmente: pernas, braços e dedos artificiais, etc.; dentaduras, chinós, calços, suspensórios ortopédicos, óculos, monóculos, lentes, os distintivos profissionais, etc., porque fazem parte da pessoa”¹². Notem que, como acertadamente apontou ARAKEN DE ASSIS, o direito brasileiro não resolveu o problema expressamente, não sendo suficiente a remissão ao inciso III do art. 649 (impenhorabilidade de bens de uso pessoal), “porque repugna ao princípio da dignidade da pessoa humana considerar tais bens, simplesmente, como ‘objetos de uso pessoal’”¹³.

Do mesmo modo, é essa a justificativa do posicionamento jurisprudencial amplamente consolidado no sentido de que bem imóvel de *solteiro* é impenhorável (súmula do STJ, n. 364: “O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas”), a despeito da ausência de regra expressa nesse sentido.

Também com base nessas premissas, pode-se resolver o tema da penhora do *ius sepulchri* (direito à sepultura, direito a ser sepultado; após o falecimento, nasce em favor dos herdeiros o *poder-dever de sepultar* e de *manter sepultado*, também conteúdo do *ius sepulchri*¹⁴), da sepultura (coisa) e do sepulcro (construções funerárias erigidas “sob ou sobre o terreno concedido para a sepultura”¹⁵). *Não há regra expressa sobre o assunto. O direito à sepultura* (e os seus corolários *direitos a sepultar e a manter sepultado*) é impenhorável¹⁶. Trata-se de direito que decorre da cláusula geral da personalidade, inerente à dignidade da pessoa. Como direito da personalidade, é inalienável e, pois, impenhorável (art. 11 do Código Civil)¹⁷. A sepultura também é impenhorável, exatamente porque é nela que será exercido o *ius sepulchri*. A questão é mais simples quando se trata de sepultura já ocupada por um defunto. O respeito aos mortos é aspecto ético de nossa cultura amplamente protegido pelo Direito positivo, até mesmo com a existência de tipos penais respectivos. A sepultura, nesse caso, é impenhorável. O jazigo não-ocupado em cemitério particular pode, porém, ser penhorado, principalmente na execução do crédito relativo à sua aquisição. Trata-se de bem comercializável, de algum valor econômico e que, por não estar ocupado, poderia ser penhorado sem ofensa à dignidade humana nem ao respeito aos mortos. O *sepulcro* é impenhorável, pois se incorpora à sepultura ocupada pelo corpo do defunto¹⁸. Poderá ser penhorado, porém, na execução do crédito relativo à sua aquisição ou construção¹⁹, bem como se de elevado valor (gárgulas de ouro que protegem o pórtico de um mausoléu, por exemplo).

Correta, enfim, mais uma vez, a lição de MARCELO LIMA GUERRA: “somente o modelo dos direitos fundamentais pode fornecer um caminho seguro, que oriente e justifique o *desenvolvimento judicial do direito*, no qual o juiz ora deixe de aplicar normas (regras) expressamente postas, ora aplique outras não expressamente positivadas, mas inseridas no âmbito semântico de algum direito fundamental”²⁰.

Essa *flexibilidade* na aplicação das regras de impenhorabilidade revela-se, também, na técnica legislativa empregada pelo legislador, que criou hipóteses normativas recheadas de conceitos jurídicos indeterminados, como “médio padrão de vida” (art. 649, II, CPC) e “elevado valor” (art. 649, III, CPC)²¹.

Assim, é preciso aplicar com algum *tempero* a lição doutrinária que apresenta a *tipicidade* como princípio regente das regras de impenhorabilidade, segundo o qual somente regras típicas (expressas) de impenhorabilidade poderiam ser aceitas²².

10 Sobre o princípio da adequação, DIDIER Jr., Fredie. Curso de direito processual civil. 11ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009, v. 1, p. 40-45.

11 Exemplo lembrado por Cândido Dinamarco, a partir de decisão da Corte Constitucional italiana (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, cit., v. 4, cit., p. 342).

12 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. 2ª ed., t. 10, cit., p. 137.

13 ASSIS, Araken de. Manual da execução, 11ª ed., cit., p. 221.

14 YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. “Natureza jurídica do direito à sepultura em cemitérios particulares”. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1122, 28 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8714>>. Acesso em: 21 dez. 2008.

15 SILVA, Justino Adriano Farias da. “Impenhorabilidade do jus sepulchri”. Revista de Processo. São Paulo: RT, 1997, n. 87, p. 243.

16 SILVA, Justino Adriano Farias da. “Impenhorabilidade do jus sepulchri”, cit., p. 243; ASSIS, Araken de. Manual da execução, 11ª ed., cit., p. 222; HOSN, Magda Abou El. “Impenhorabilidade da sepultura na execução de dívida”. http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=647, em 21.12.2008, 16h23. Em sentido contrário, entendendo que o *ius sepulchri*, quer se trate de “direito de tumulação em sepulcro de família, quer em pedaço de terra de destinação sepulcral individual” é penhorável, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. 2ª ed., t. 10, cit., p. 140.

17 A propósito, relacionando o direito à sepultura com a cláusula geral de proteção da personalidade, o enunciado n. 1 da Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, STJ, que é uma das conclusões a que se chegou sobre o art. 2º do Código Civil: “a proteção que o Código defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como nome, imagem e sepultura”.

18 Justino Adriano Farias da Silva não adota esse entendimento. Para ele, o sepulcro é impenhorável sempre, havendo ou não corpo sepultado (“Impenhorabilidade do jus sepulchri”, cit., p. 243).

19 SILVA, Justino Adriano Farias da. “Impenhorabilidade do jus sepulchri”, cit., p. 243.

20 GUERRA, Marcelo Lima. Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil, cit., p. 166.

3 Natureza jurídica das regras de impenhorabilidade. Regime processual das questões sobre impenhorabilidade: disponibilidade, preclusão e conhecimento ex officio.

Costuma-se dizer que as regras de *impenhorabilidade* são de ordem pública²³.

A lição *não* parece correta.

As regras de impenhorabilidade não servem à proteção da ordem pública. Servem à proteção do *executado*.

Ressalvada a hipótese do inciso I do art. 649, que reputa impenhorável bem inalienável (indisponível, portanto)²⁴, todas as demais hipóteses cuidam de bens disponíveis, que podem ser alienados pelo executado, inclusive para o pagamento da própria dívida que se executa²⁵.

Ora, se é disponível, o bem poderia ser vendido pelo executado livremente. Se o bem pode ser alienado pela vontade do executado, porque não poderia ser *penhorado* (ato preparatório de futura expropriação judicial) pela vontade do próprio executado? Se o executado pode desfazer-se do bem *extrajudicialmente*, porque não poderia desfazer-se dele *judicialmente*?

O STF, ao examinar a constitucionalidade do inciso VII do art. 3º da Lei n. 8.009/1990, que permite a penhora de bem de família do fiador de contrato de locação, decidiu, por maioria, que o fiador, espontaneamente, porque é livre e capaz, pôs o seu patrimônio imobiliário como garantia da dívida locatícia, e isso é compatível com a Constituição, sob pena de tornarmos o proprietário de bem de família um civilmente incapaz, com percebeu o Min. Sepúlveda Pertence (STF, Pleno, RE n. 407.688, rel. Min. César Peluso, j. em 08.02.2006, publicado no DJ de 06.10.2006).

Correto o posicionamento de ARAKEN DE ASSIS: “Qualquer bem impenhorável, mas disponível pelo devedor (...) poderá ser afetado à execução por sua livre e soberana nomeação (art. 655)”²⁶. Assim, também, com boa fundamentação, a 3ª. T. do STJ, no REsp n. 351.932/SP, , rel. p/ acórdão Min. Castro Filho, j. em 14.10.2003, publicado no DJ de 09.12.2003, p. 278: “I – Os bens inalienáveis são absolutamente impenhoráveis e não podem ser nomeados à penhora pelo devedor, pelo fato de se encontrarem fora do comércio e, portanto, serem indisponíveis. Nas demais hipóteses do artigo 649 do Código de Processo Civil, o devedor perde o benefício se nomeou o bem à penhora ou deixou de alegar a impenhorabilidade na primeira oportunidade que teve para falar nos autos, ou nos embargos à execução, em razão do poder de dispor de seu patrimônio”. Nesse julgado, houve a ressalva do *bem de família*, cuja impenhorabilidade não poderia ser renunciada, posicionamento com o qual não se concorda, como se verá adiante.

A impenhorabilidade é um direito do executado, que pode ser renunciado se o bem impenhorável for disponível²⁷. Se a impenhorabilidade é disponível, *não* pode ser considerada como regra de ordem pública. Considerar uma regra como de *ordem pública* e, ao mesmo tempo, renunciável, é pensamento que contraria a lógica jurídica.

Alguns exemplos podem ser úteis para a correta compreensão do tema.

a) Bem imóvel de família é, como cediço, *impenhorável*. Imagine a hipótese de um bem imóvel de pessoas casadas. De acordo com o art. 1.647 do Código Civil, um cônjuge somente pode alienar bem imóvel com a autorização do outro. Imagine, ainda, que os cônjuges têm uma dívida e quem pagá-la. Como bons devedores, pretendem desfazer-se do seu patrimônio para pagar a sua dívida, readequando o seu padrão de vida. Ambos têm o direito de *alienar* o imóvel e, com o dinheiro arrecadado, adimplir a obrigação. Não há como impedi-los de fazer isso, eis que manifestação legítima do seu direito de liberdade.

21 RODRIGUES, Marcelo Abelha. Manual de execução civil. 3ª ed., cit., p. 93.

22 ASSIS, Araken, Manual da execução, 11ª ed., cit., p. 216-217; MARI-NONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil comentado, cit., p. 638.

23 DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, v. 4, cit., p. 341; BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 3, p. 222; RE-DONDO, Bruno Garcia, LOJO, Mário Vitor Suarez. Penhora. São Paulo: Método, 2007, p. 82; GÓES, Gisele. “Proposta de sistematização das questões de ordem pública processual e substancial”. Tese de doutoramento em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: São Paulo, 2007, p. 254. STJ, 4ª. T., REsp n. 327.593/MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 19.12.2002, publicado no DJ de 24.02.2003, p. 238. Pontes de Miranda afirma que o benefício competência, impenhorabilidade de bens estritamente necessários à preservação da dignidade do executado (art. 649, II-IX, CPC), examinado mais à frente, é de “direito público” (Comentários ao Código de Processo Civil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, t. 10, p. 133).

24 “Por isso, é sempre alegável, e, g., a impenhorabilidade, até a decisão final passar em julgado, dos bens inalienáveis (art. 649, I), sem renúncia possível”. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, t. 10, p. 135.)

25 Nesse sentido, amplamente, MAIDAME, Márcio Manoel. Impenhorabilidade e direitos do credor. Curitiba: Juruá, 2008, p. 161-167.

26 ASSIS, Araken de. Manual da execução, 11ª ed., cit., p. 217.

27 Embora considere as regras de impenhorabilidade como “normas de ordem pública”, Cândido Dinamarco admite que, sendo disponível o bem, se deve aceitar a renúncia ao direito à impenhorabilidade (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, cit., v. 4, cit., p. 341).

28 Em sentido diverso, considerando irrenunciável a impenhorabilidade do bem de família, MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de processo civil – execução. São Paulo: RT, 2007,

Assim, por que não poderiam, uma vez demandados pela dívida, *aceitar* a penhora sobre o imóvel, que terminará com a *adjudicação* ou *alienação judicial* do bem? Repita-se a pergunta: se alienável *extrajudicialmente*, por que não alienável *judicialmente*?²⁹ Tanto mais se justifica a pergunta, quando se vê, no CPC, a possibilidade de o executado pedir a substituição do bem penhorado por um imóvel, apresentando, de logo, a anuência expressa do respectivo cônjuge (art. 656, § 3º, CPC).

Injustificável, assim, o posicionamento da 1ª T. do STJ, exposto no AgRg no REsp 813546/DF, relator p/ Acórdão Min. Luiz Fux, j. em 10.04.2007, publicado no DJ de 04.06.2007, p. 314: “1. A indicação do bem de família à penhora não implica em renúncia ao benefício conferido pela Lei 8.009/90, máxime por tratar-se de norma cogente que contém princípio de ordem pública, consoante a jurisprudência assente neste STJ”. A regra não é de ordem pública, como se viu, pois protege o executado, sem retirar-lhe o direito à disposição do bem. De outro lado, a prevalecer o argumento de que a regra que proíbe a penhora de bem de família visa proteger à família, e não ao executado²⁹, seria preciso considerar *inalienável* o bem de família, em qualquer caso. Nada impede que o proprietário do imóvel o *aliene* voluntariamente, *em prejuízo à família...* Assim, é incoerente e inútil considerar *inalienável judicialmente* um bem que pode ser alienado extrajudicialmente.

b) Pequena propriedade rural é impenhorável (art. 649, VIII, CPC). Não parece correto dizer que se trata de direito *irrenunciável*³⁰: pode o devedor, se o imóvel for disponível, oferecê-lo como garantia de uma dívida. Ele não é obrigado a fazê-lo, e está seguro de que o bem não poderá ser penhorado para a execução do crédito. Mas não se pode proibir, em homenagem à autonomia privada e à segurança jurídica, que o bem seja onerado (hipotecado, p. ex.) para a garantia de um crédito, por livre vontade do devedor³¹.

c) Penhora sobre bem impenhorável *disponível*. Intimado a defender-se, o executado não a questiona, deixando de exercer o seu direito de não ter aquele bem penhorado. Há, no caso, *preclusão*, pois a invalidade do ato deve ser requerida no primeiro momento em que couber à parte falar nos autos (art. 245 do CPC)³².

d) Decidida a questão sobre a penhorabilidade do bem, e não havendo mais possibilidade de interposição de recurso, há *preclusão*, que impede nova apreciação dessa mesma questão³³. Essa decisão poderá, ainda, ser objeto de ação rescisória, não obstante se tratar de decisão interlocutória³⁴. Como visto no capítulo sobre a teoria da execução, é possível que surjam decisões no procedimento executivo, aptas a ser objeto de ação rescisória. Eis um outro exemplo³⁵.

e) O executado *oferece* à penhora um bem móvel que garante a residência (impenhorável, também). Em seguida, opõe *embargos à execução*, pedindo a invalidação da penho-

ra, em razão da *impenhorabilidade* daquele bem. O órgão jurisdicional não pode acolher esse pedido, pois o oferecimento do bem à penhora é *incompatível* com a impugnação dessa mesma penhora. Houve *preclusão* lógica, em razão do comportamento contraditório (aplicação do *princípio da proibição do venire contra factum proprium*)³⁶.

f) Por uma questão de economia processual, pode o órgão jurisdicional *controlar* a validade da penhora que recai sobre *bem impenhorável*. Sucede que esse poder somente pode ser exercido *até a manifestação do executado*, a quem *efetivamente* interessa a observância da regra. Como visto, se o executado não argüir o defeito da penhora, há *preclusão*, sempre que o bem penhorado for *disponível*. Aplica-se, aqui, o mesmo regime jurídico do reconhecimento da incompetên-

v. 3, p. 255; MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil comentado, cit., p. 638.

29 STJ, 3ª T., REsp n. 351.932/SP, rel. p/ acórdão Min. Castro Filho, j. em 14.10.2003, publicado no DJ de 09.12.2003, p. 278.

30 Entendendo que se trata de direito irrenunciável, REDONDO, Bruno Garcia, LOJO, Mário Vitor Suarez. Penhora, cit., p. 112.

31 Assim, em homenagem ao princípio da disponibilidade do bem, ASSIS, Araken de. “A nova disciplina da impenhorabilidade no direito brasileiro”. Execução civil – estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Jr. Teresa Wambier, Ernane Fidélis, Luiz Rodrigues Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.). São Paulo: RT, 2007, p. 415; GIANICO, Maurício. As novas reformas do CPC e de outras normas processuais. Maurício Giannico e Vitor José de Mello Monteiro (coord.). São Paulo: Saraiva, 2009, p. 104. Em sentido contrário, REDONDO, Bruno Garcia, LOJO, Mário Vitor Suarez. Penhora, cit., p. 113; THEODORO Jr., Humberto. A reforma da execução do título extrajudicial, cit., p. 52.

32 ASSIS, Araken de. Manual da execução, 11ª ed., cit., p. 217. Em sentido contrário, sem examinar os argumentos apresentados, STJ, 4ª T., REsp n. 262.654/RS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 05.10.2000, publicado no DJ de 20.11.2000. Cândido Dinamarco entende que apenas há *preclusão* no caso de impenhorabilidade relativa (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, cit., v. 4, cit., p. 342). Em sentido próximo ao de Dinamarco, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. 2ª ed., t. 10, cit., p. 135.

33 STJ, 3ª T., REsp n. 515.122/RS, rel. Min. Menezes Direito, j. em 16.12.2003, publicado no DJ de 29.03.2004.

34 Sobre a possibilidade de ação rescisória de decisão interlocutória, DIDIER Jr., Fredie, CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de direito processual civil. 7ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009, v. 3, p. 365.

35 Nesse sentido, vale a pena transcrever a interessante decisão da 3ª T. do STJ, no REsp n. 628.464/GO, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 05.10.2006, publicado no DJ de 27.11.2006, p. 275: “- Em face do art. 485 do CPC, que se refere à ‘sentença de mérito’, doutrina e jurisprudência, no geral, entendem como possível o juízo rescindendo de decisão interlocutória apenas em situações muito específicas. - Os executados, ao atravessarem petição, no curso da execução, pedindo fosse a eles concedido o privilégio previsto na Lei nº 8.009/90, provocaram uma manifestação jurisdicional sobre questão que poderia, se acolhida, representar óbice à satisfação do crédito do exequente. Assim, dentro dos limites e objetivos do processo executivo, a decisão relativa à incidência ou não da Lei nº 8.009/90 tem o condão de

cia decorrente da abusividade de cláusula de foro de eleição, previsto no parágrafo único do art. 112 do CPC.

4 Impenhorabilidade sob condição ou penhorabilidade eventual.

Há casos em que o bem só se torna *penhorável* à falta de outros bens sobre os quais possa incidir a penhora. Note que não se trata de uma hipótese de impenhorabilidade relativa³⁸. Esses bens podem ser penhorados na execução de qualquer crédito. Trata-se, em verdade, de uma regra que consagra uma *impenhorabilidade sob condição ou uma penhorabilidade eventual*, depende de como se queira enxergar o fenômeno. Os bens são impenhoráveis, desde que haja outros bens sobre os quais possa (p. ex.: art. 650 do CPC) ou deva (p. ex.: art. 655, § 1º, CPC) recair a penhora; diante da falta ou da insuficiência desses outros bens, tornam-se penhoráveis.

O art. 650 do CPC autoriza a penhora dos frutos e rendimentos de bens inalienáveis. Sucede que essa penhora somente será lícita se não houver outros bens sobre os quais possa recair a constrição judicial. Eis a redação do artigo: “Podem ser penhorados, à falta de outros bens, os frutos e rendimentos dos bens inalienáveis, salvo se destinados à satisfação de prestação alimentícia”.

Os frutos e rendimentos de bens inalienáveis não poderão ser penhorados se destinados à satisfação de prestação alimentícia. Também não poderão ser penhorados se forem instituídos com cláusula de impenhorabilidade, na hipótese do inciso I do art. 649, já examinado. Há quem entenda que essa impenhorabilidade não se aplica à execução de alimentos, em que os *frutos e rendimentos de bem inalienável* poderão ser penhorados³⁸. Aplica-se, pela identidade de ratio, a ressalva do inciso IV do art. 649, já examinado.

O art. 594 do CPC determina que “o credor, que estiver, por direito de retenção, na posse de coisa pertencente ao devedor, não poderá promover a execução sobre outros bens senão depois de excutida a coisa que se achar em seu poder”. Os demais bens do executado só se tornam penhoráveis se o produto da expropriação do bem objeto do direito de retenção do exequente não bastar para a satisfação do crédito. Cabe ao executado opor a *exceptio excussionis realis*, alegação de defesa de que a execução deve recair sobre aquele determinado bem, se a execução recair em bem diverso daquele sobre o qual o direito de retenção está sendo exercido. Se não o fizer no primeiro momento, haverá *preclusão*³⁹, em conformidade com as premissas estabelecidas neste ensaio.

O § 1º do art. 655, de modo semelhante, prescreve que, “na execução de crédito com garantia hipotecária, pignoratícia ou anticrética, a penhora recairá, preferencialmente, sobre a coisa dada em garantia; se a coisa pertencer a terceiro garanti-

dor, será também esse intimado da penhora”. Os demais bens do executado só se tornam penhoráveis se o valor do bem dado em garantia não for suficiente para a satisfação do crédito.

5 Fundamentos da impenhorabilidade.

As regras de impenhorabilidade justificam-se em diversos critérios, todos jurídico-positivos, e, portanto, variáveis no tempo e no espaço. É muito difícil e talvez um tanto quanto inútil, exatamente pela natureza circunstancial das regras, proceder a um inventário exaustivo de todos os fundamentos das regras de impenhorabilidade.

O principal fundamento é, sem dúvida, a proteção da dignidade do executado⁴⁰. Busca-se garantir um patrimônio mínimo ao executado, que lhe permita sobreviver com dignidade. Daí a impossibilidade de penhora do *bem de família* e do *salário*, por exemplo. Trata-se do *beneficium competentiae*, examinado no próximo item.

A impenhorabilidade pode decorrer, ainda, de uma exigência do direito material (impenhorabilidade material⁴¹). Nes-

resolver, antecipadamente, a pretensão deduzida pelo autor da ação de execução. - Por outro lado, a impenhorabilidade é direito próprio do devedor, pois prevista na Lei nº 8.009/90; há, portanto, um direito à satisfação do crédito, que se realizará pela expropriação do bem, e um direito à não expropriação do bem, em face de legislação específica. - É possível entender, portanto, que houve não só julgamento adiantado do que seria algo assemelhado ao ‘mérito’ da pretensão regularmente deduzida em juízo pelo exequente, em sede de decisão interlocutória, como também do próprio mérito de uma pretensão autônoma do devedor, de modo a ser cabível, excepcionalmente, a ação rescisória de tal provimento jurisdicional. (...) - Na presente hipótese, contudo, o juízo da execução foi provocado por duas vezes a respeito da impenhorabilidade do bem de família, tendo indeferido ambos os pedidos. A ação rescisória é dirigida à segunda decisão, desprezando totalmente os efeitos da *preclusão* decorrentes da falta de impugnação quanto à primeira decisão. - Não tem aplicação, assim, a jurisprudência que permite a argüição, a qualquer tempo, da impenhorabilidade do bem de família, pois tal possibilidade não pode dar margem a eventual tentativa de perpetuar a discussão, em face do oferecimento de sucessivos pedidos com o mesmo teor”.

36 Corretamente, relacionando a situação com a proteção da boa-fé processual, MAIDAME, Márcio Manoel. Impenhorabilidade e direitos do credor, cit., p. 167.

37 Consideram caso de impenhorabilidade relativa, ASSIS, Araken de. Manual da execução, 11ª ed., cit., p. 225; REDONDO, Bruno Garcia, LOJO, Mário Vitor Suarez. Penhora, cit., p. 118.

38 REDONDO, Bruno Garcia, LOJO, Mário Vitor Suarez. Penhora, cit., p. 119.

39 ASSIS, Araken de. Manual da execução, 11ª ed., cit., p. 235.

40 RODRIGUES, Marcelo Abelha. Manual de execução civil. 3ª ed., cit., p. 91.

41 ASSIS, Araken de. Manual da execução, 11ª ed., cit., p. 211.

42 RODRIGUES, Marcelo Abelha. Manual de execução civil. 3ª ed.,

sa hipótese, a regra de impenhorabilidade é apenas um reflexo do que determinam as regras de direito material. É o caso da impenhorabilidade dos bens *inalienáveis* (indisponíveis): se o bem não pode ser alienado pela vontade do executado, também não pode ser alienado judicialmente (note que a recíproca não é verdadeira, pois, como visto, há bens *alienáveis* que são impenhoráveis)⁴². Se assim não fosse, bastava ao executado, que quisesse alienar um bem inalienável, não impugnar eventual penhora que sobre esse bem recaísse, para que obtivesse, indiretamente e com o beneplácito judicial, a alienação da coisa. LEONARDO GRECO chama essa impenhorabilidade de *intrínseca*⁴³.

Note que os bens do incapaz podem ser penhorados. O art. 701 do CPC regula, inclusive, um procedimento específico para a arrematação de imóvel de incapaz. O art. 928 do Código Civil⁴⁴ deixa clara a possibilidade de responsabilidade patrimonial do incapaz. Como bem ensina CÂNDIDO DINAMARCO, “a inalienabilidade a que alude a primeira parte do inc. I do art. 649 é somente a que deriva de razões objetivas ligadas ao próprio bem e à sua utilização, não a que tem por fundamento a incapacidade do titular do bem (casos de indisponibilidade subjetiva)”⁴⁵.

A jurisprudência do STJ considera impenhorável parcela do faturamento de uma pessoa jurídica empresária, como forma de garantir a continuação do seu funcionamento e, com isso, preservar a *função social da empresa*. Assim, por exemplo, STJ, 1ª T., REsp n. 803.435/RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, publicado no DJ de 18.12.2006. Trata-se de mais um fundamento que justifica a *impenhorabilidade*.

Há regras de *impenhorabilidade que servem para impedir o exercício abusivo do direito pelo credor*. É o caso, por exemplo, da regra do § 2º do art. 659 do CPC: “não se levará a efeito a penhora, quando evidente que o produto da execução dos bens encontrados será totalmente absorvido pelo pagamento das custas da execução”. Se o valor dos bens penhorados não for suficiente sequer para ressarcir as despesas que o credor teve com a execução, a penhora desses bens tornar-se-ia um ato inútil e o prosseguimento da execução, abusivo. É impenhorabilidade que se presta à tutela da boa-fé processual.

6 O *beneficium competentiae*.

Chama-se *beneficium competentiae*⁴⁶ (benefício de competência) a impenhorabilidade do “estritamente necessário à sobrevivência do executado, e de sua família, e à sua dignidade”⁴⁷. Trata-se de instituto que nasceu no Direito Romano⁴⁸, a partir do período da *cognitio extraordinária*, e se desenvolveu no Direito comum, até consagrar-se em quase todas as legislações⁴⁹.

LUIZ CARLOS DE AZEVEDO explica o desenvolvimento do instituto no Direito Romano: “No primeiro estágio, que

ascende ao período formulário do processo romano, o benefício favorecia apenas a determinados devedores, sendo concedido em caráter pessoal, intransmissível e irrenunciável. Já no Direito Justiniano, o favor a todos se estenderia, com o objetivo de evitar ficassem os devedores totalmente privados de seu patrimônio: isto em a possibilidade patrimonial do devedor era avaliada, de modo a deixar-lhe meios para a sua própria subsistência”⁵⁰. As regras do benefício de competência estão consolidadas no art. 649 do CPC, que, porém, não cuida apenas dessas hipóteses de impenhorabilidade. São regras de impenhorabilidade processual, pois não são consequência da incidência de regras de direito material. Não parece correto afirmar que se trata de benefício irrenunciável⁵¹, conforme as premissas expostas nos itens precedentes; sendo disponível o bem impenhorável, renunciável é a sua impenhorabilidade, mesmo nos casos de benefício de competência⁵².

cit., p. 91.

43 GRECO, Leonardo. O processo de execução. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, v. 2, p. 13.

44 Art. 928 do Código Civil: “O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes”.

45 Instituições de direito processual civil, v. 4, cit., p. 348.

46 “A expressão *beneficium*, bem como *exceptio* e *honor*, encontram-se nas fontes romanas; não, porém, *competentiae*, que aí tem o significado de capacidade, de suportabilidade, que não é latino”. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. 2ª ed., t. 10, cit., p. 135.) Luiz Carlos de Azevedo afirma que a expressão é moderna, provavelmente do século XVI, mas “que trata de situação que remonta às fontes” romanas (AZEVEDO, Luiz Carlos de. Da penhora. São Paulo: Editora Resenha Tributária/FIEO, 1994, p. 138). Ignácio Poveda Velasco entende que a expressão é a nova denominação da antiga regra romana *condemnatio in id quod facere potest*, que determinava que a condenação do devedor deveria respeitar os seus limites patrimoniais, de modo a evitar a responsabilidade pessoal, ainda permitida, mas já em declínio (VELASCO, Ignácio M. Poveda. A execução do devedor no direito intermédio – *beneficium competentiae*. São Paulo: Livraria Paulista, 2002, p. 13).

47 ASSIS, Araken de. Manual da execução, 11ª ed., cit., p. 222.

48 “Deve-se ressaltar, todavia, o ponto de partida destas limitações, situado em fragmento do Livro XVIII, “Ad Plautium”, de Paulo (Lib. VI), o qual é por duas vezes reproduzido no Digesto: a primeira, no Livro 42, 1, 19, im referindo-se o texto àquele que foi demandado por causa de doação, e que deveria ser condenado somente até onde pudesse pagar. E assim comenta o juriscônulto citado esta passagem: ‘...não creio se deva tirar tudo quanto tem. Deve-se agir de tal modo que não fique ele inteiramente desprovido de recursos’. Immo nec totum quod habet extorquendum ei puto; sed et ipsius ratio habenda est, ne egeat’.” (AZEVEDO, Luiz Carlos de. Da penhora, cit., p. 138.)

49 ASSIS, Araken de. Manual da execução, 11ª ed., cit., p. 223.

50 AZEVEDO, Luiz Carlos de. Da penhora, cit., p. 138.

51 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. 2ª ed., t. 10, cit., p. 134. A lição de Pontes de Miranda é, nesse ponto, um tanto confusa. Afirma a irrenunciabilidade do *beneficium*, e depois, referindo-se aos casos da antiga regra de impenhorabilidade do *anel nupcial*, afirma que a exclusão da impenhorabilidade desse bem fica “a *libito* do devedor”, que pode, por

7 Análise do veto presidencial a dispositivos da Lei n. 11.382/2006 a partir das premissas teóricas sugeridas.

A Lei n. 11.382/2006 introduziu o § 3º art. 649 do CPC, que trazia uma hipótese de relativização da regra de impenhorabilidade da remuneração de caráter alimentar. Permitia-se a penhora de até 40% (quarenta por cento) do total recebido mensalmente acima de 20 (vinte) salários mínimos, calculados após efetuados os descontos de imposto de renda retido na fonte, contribuição previdenciária oficial e outros descontos compulsórios (§ 3º do art. 649). A razão de ser da regra era bem clara: considerava-se um determinado valor como impenhorável, para garantir a sobrevivência digna do executado (R\$7.000,00, hoje), e permitia-se a penhora de apenas 40% do que excedesse esse piso. Muito razoável. Há profissionais que chegam a ganhar cem, duzentos, trezentos mil reais por mês; é irrazoável e inconstitucional, por aniquilar o direito fundamental à efetividade, a impenhorabilidade de qualquer parcela desta remuneração. Reforça-se o que já se disse acima. Pegue-se o exemplo de um salário de cem mil reais: poderiam ser penhorados 40% de R\$ 91.700,00 (considerando o salário-mínimo de R\$ 415,00), o que equivale a R\$ 36.680,00, restando R\$ 63.320,00 (o correspondente a quase 153 salários-mínimos) naquele mês para que a sua sobrevivência digna fosse garantida. Os valores seriam ainda mais absurdos se considerássemos o mês de pagamento do décimo terceiro salário...

Tratava-se de uma das melhores mudanças sugeridas pelo projeto que redundou na Lei n. 11.382/2006, que revelava uma guinada axiológica importante do direito brasileiro em favor do *credor* e do princípio da efetividade. A fundamentação do veto é singela, errada, contraditória, lamentável e inútil. De ínfimo tamanho, as razões do veto não enfrentam o fundamento principal das propostas de mudanças, que é a aplicação do princípio da proporcionalidade, para o equacionamento do conflito entre o direito fundamental à dignidade humana do réu e o direito fundamental à dignidade humana do credor (simbolizado na dificuldade de efetivar direitos seus por entraves causados pela legislação processual). Olha-se mais uma vez apenas para o devedor. Errou o Presidente da República ao afirmar que há, no direito brasileiro, o *dogma da impenhorabilidade absoluta* das remunerações de caráter alimentar. Como visto, bastaria ao Presidente ler a redação original do CPC-73: sempre se permitiu a penhora dos “salários” na execução de crédito alimentar. É, ainda, contraditória: na pequena fundamentação do veto, o Presidente considerou ambas as mudanças razoáveis, mas ainda assim as vetou. São razoáveis, foram amplamente discutidas pela comunidade jurídica (como, aliás, ressaltou o próprio Presidente, para diminuir o prazo da *vacatio legis*), foram aprovadas no Congresso Nacional, mas, para o Presidente, foi melhor vetá-las para que voltassem a ser debatidas pela comunidade jurídica e sociedade em geral. O veto é ainda inútil, pois, como vimos, deve o ór-

gão jurisdicional afastar a incidência de regra que, aplicada ao caso concreto, ofenda de maneira não razoável um direito fundamental, como o direito à efetividade, como pode acontecer a partir da interpretação literal do inciso IV do art. 649 do CPC.

SÉRGIO CRUZ ARENHART defende a *inconstitucionalidade* desse veto presidencial. O veto presidencial somente é possível em casos de inconstitucionalidade da lei ou contrariedade ao interesse público (art. 66, § 1º, CF/88). Trata-se de ato com fundamentação vinculada, ainda que aberta (“interesse público”). Nenhum desses fundamentos foi utilizado pelo Presidente da República, comprometendo a higidez constitucional desse ato jurídico. Explica o autor paranaense: “O motivo apontado no veto é a necessidade de maior amadurecimento das propostas contidas naquelas regras, o que, evidentemente, não é razão suficiente para autorizar o veto. O espaço para a discussão da viabilidade ou não de nova disciplina jurídica é o Legislativo, não se admitindo que possa o Executivo controlar tais opções”⁵³.

O mesmo sucedeu com a possibilidade de penhora de bem imóvel de família. A Lei n. 11.382/2006 introduziu parágrafo único ao art. 650, CPC, que tornava absolutamente impenhorável imóvel de até 1.000 salários mínimos, permitindo a penhora daqueles que ultrapassassem esse valor – devolvendo-se o equivalente a 1.000 salários mínimos para devedor (sob cláusula de impenhorabilidade) para adquirir outro. Também foi vetado, pelos mesmos motivos. O veto, no particular, é igualmente lamentável, pois protege de forma irrazoável os mais abastados.

Nada impede, porém, que, com base nas premissas expostas neste ensaio, o juiz determine a penhora de uma mansão milionária ou de parcela de alto salário, decretando a inconstitucionalidade das restrições no caso concreto.

exemplo, empenhá-lo (cit., p. 134). Mais à frente, na mesma página, afirma que “sempre que o devedor poderia mudar, a seu talante, a qualidade do bem, é possível anuir ao ato da nomeação que é como se fosse execução voluntária”. (cit., p. 134).

52 ASSIS, Araken de. Manual da execução, 11ª ed., cit., p. 223. Como afirma Leonardo Greco: “Essa espécie não implica em qualquer restrição à alienação voluntária do bem pelo devedor. Por isso, a exclusão é disponível pelo próprio devedor, expressa ou tacitamente”. (GRECO, Leonardo. O processo de execução, v. 2, cit., p. 14.) José Miguel Garcia Medida, a propósito da impenhorabilidade dos móveis úteis ou necessários ao exercício da profissão, também defende a possibilidade de renúncia desse benefício (MEDINA, José Miguel Garcia. Execução. São Paulo: RT, 2008, p. 157.)

53 ARENHART, Sérgio Cruz. “A impenhorabilidade de imóvel de família de elevado valor e de altos salários”. Constituição, jurisdição e processo – Estudos em homenagem aos 55 anos da Revista Jurídica. Carlos Alberto Molinaro, Mariângela Guerreiro Milhoranza, Sérgio Gilberto Porto (coord.). Porto Alegre: Notadez, 2007, p. 583.

De janeiro de 2007 até agora, sob a gestão do presidente da OAB-PE, Jayme Asfora, a Caixa de Assistência aos Advogados de Pernambuco (CAAPE) presidida por Henrique Mariano promoveu uma série de ações com o objetivo de melhor atender às advogadas e aos advogados pernambucanos. Entre as iniciativas empreendidas se destacam:

1. Solução para o plano de saúde denominado OAB/SAÚDE, o qual se encontrava em total estado de insolvência e completo desequilíbrio atuarial, mediante parceria com a operadora de saúde Unimed Recife e que resultou na implantação de um eficaz plano de saúde de assistência médico, hospitalar e ambulatorial para os advogados pernambucanos, plano esse denominado UNIOAB.

2. Implantação do plano de previdência complementar dos advogados pernambucanos, denominado OAB/Prev, que se constitui em uma alternativa segura e profissionalizada de contratação de previdência complementar para os advogados, principalmente os jovens profissionais, que independentemente do regime geral da previdência social, passam a dispor de mais uma alternativa para planejar sua merecida aposentadoria.

3. Instalação da LIVRARIA DA CAAPE, mediante parceria com a Editora Revista dos Tribunais. Para os advogados e estagiários regularmente inscritos na OAB/PE, a CAAPE oferece vantagens especiais: 20% de desconto sobre o preço de capa e parcelamento sem juros em até seis vezes na utilização de cheque pré-datado ou em até dez vezes quando o pagamento é efetuado por cartão de crédito. Periodicamente, também há promoções com descontos de até 50%. A Livraria da CAAPE dispõe de moderno e atualizado mix de obras jurídicas das principais editoras brasileiras e da Coimbra Editora, de Portugal.

4. Convênio com revendedoras de veículos oferecendo descontos promocionais para as advogadas e os advogados na compra de carros novos.

5. Celebração de diversos convênios com empresas com atuação nas áreas de prestação de serviços e de comércio, as quais oferecem aos advogados descontos promocionais e condições diferenciadas quando da contratação ou aquisição dos respectivos serviços ou produtos, nas áreas de atualização profissional, cultura, saúde, lazer, equipamentos de informática, entre outros.

6. Convênio com o Banco do Nordeste do Brasil S/A (BNB S/A) -, objetivando disponibilizar às sociedades de advogados - regularmente registradas na OAB/PE e devidamente inscritas no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ) - as linhas de crédito vinculadas ao Programa "Cresce Nordeste", cujos recursos financeiros advêm do Fundo Constitucional de Financiamento do Nordeste (FNE), os quais poderão ser contratados para implantação, expansão e modernização das sociedades de advogados, através do financiamento de investimentos e/ou capital de giro.

7. Além dos convênios firmados, a CAAPE conta com uma rede própria de médicos especializados nas áreas de oftalmologia, clínica geral, ginecologia, geriatria, urologista e cardiologia, além de um centro odontológico com especialidade em odontopediatria, dentista, periodontia, endodontia e buco-maxilo.

8. Saneamento financeiro da CAAPE

A questão do Testamento Vital ou Biológico (Primeiras reflexões)

Por Flávio Tartuce

Doutorando em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Civil Comparado pela Pontifícia Universidade Católica (PUC/SP). Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Coordenador dos cursos de pós-graduação lato sensu em Direito Civil, Direito Contratual e Direito de Família e Sucessões da Escola Paulista de Direito (EPD/SP). Professor convidado em outros cursos de pós-graduação lato sensu e em escolas de magistratura. Professor da Escola Superior de Advocacia (ESA-OAB/SP). Advogado e consultor em São Paulo.

Sumário: 1. Testamento. Conceito e Conteúdo. – 2. Características do testamento. – 3. Formas de testamento no Código Civil de 2002. – 4. O testamento e os direitos da personalidade. – 5. O testamento biológico. Sua viabilidade no Brasil. Um testamento? – 6. Referências.

1 Testamento. Conceito e conteúdo

O testamento representa, em sede de Direito das Sucessões, a principal forma de expressão e exercício da autonomia privada, como típico instituto *mortis causa*¹. Além de constituir o cerne da modalidade *sucessão testamentária*, por ato de última vontade, o testamento também é a via adequada para outras manifestações da liberdade pessoal².

O Código Civil de 2002, ao contrário do seu antecessor, não teve o trabalho de conceituar o testamento.³ Sendo assim, pode-se afirmar que o atual Código se distanciou, nesse ponto, do *princípio da operabilidade*, no sentido de *facilitação* do Direito Privado, pois a simplicidade se manifesta na tenta-

tiva conceitual das categorias jurídicas. De qualquer forma, à doutrina sempre coube o trabalho de conceituar o instituto *testamento*.

1 Como se extrai da obra clássica de Arthur Vasco Itabaiana de Oliveira, "a testamentificação é uma das faculdades resultantes do direito de propriedade" (Tratado de direito das sucessões. São Paulo: Max Limonad, 1952, v. II, p. 404).

2 Podem ser citados, por exemplo, a instituição de fundação (art. 62 do CC), a instituição de condomínio edilício (art. 1.332 do CC), a instituição de servidão (art. 1.378 do CC), o reconhecimento de filhos (art. 1.609, III, do CC), a nomeação do tutor (art. 1.634, III, do CC) e a instituição do Bem de Família Voluntário ou Convencional (art. 1.711 do CC).

3 O conceito de testamento poderia ser retirado do art. 1.626 do Código Civil de 1916, pelo qual "Considera-se testamento o ato revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, dispõe, no todo ou em parte, do seu patrimônio, para depois da sua morte". Esse conceito anterior recebia críticas contundentes da doutrina, por ser uma construção falha e incompleta. Ressalta-se, nesse sentido, a menção apenas ao conteúdo patrimonial do testamento (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das sucessões. 3. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 217).

Entre os clássicos, para Pontes de Miranda “testamento (diz-se) é o ato pelo qual a vontade de um morto cria, transmite ou extingue direitos. Porque ‘vontade de um morto cria’, e não ‘vontade de um vivo, para depois da morte’? Quando o testador quis, vivia. Os efeitos, sim, com serem dependentes da morte, somente começam a partir dali. Tanto é certo que se trata de *querer* de vivo, que direitos há (excepcionalíssimos, é certo), que podem partir do ato testamentário e serem realizados desde esse momento. Digamos, pois, que o *testamento é o ato pelo qual a vontade de alguém se declara para o caso de morte, com eficácia de reconhecer, criar, transmitir ou extinguir direitos*”⁴. Já da *Enciclopédia Saraiva de Direito*, pode ser retirado o seguinte verbete: “Testamento é ato solene em que se dispõe dos direitos para depois da morte. Destina-se o patrimônio ou fazem outras declarações de natureza pessoal”⁵.

Entre os contemporâneos, Maria Helena Diniz conceitua o testamento como sendo o ato personalíssimo e revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, não só dispõe, para depois da sua morte, no todo ou em parte (CC, art. 1.857, *caput*), do seu patrimônio, mas também faz outras estipulações⁶. Para Zeno Veloso “o testamento é um negócio jurídico principalmente patrimonial; tipicamente, no sentido tradicional e específico, é um ato de última vontade em que o testador faz disposições de bens, dá um destino ao seu patrimônio, nomeia herdeiros, institui legatários, e isso acontece, realmente, na grande maioria dos casos”⁷.

Pois bem, a partir de todos esses ensinamentos, conceituamos o testamento *como um negócio jurídico unilateral, personalíssimo e revogável pelo qual o testador faz disposições de caráter patrimonial ou não, para depois de sua morte*.⁸

Em relação ao conteúdo do testamento, conforme já explicado naquele outro trabalho que publicamos, não existe relação necessária entre o testamento e o patrimônio. Nada impede que o testador só mencione questões patrimoniais em seu ato de última vontade, como pode, também, nada dizer a este respeito.⁹ Vale lembrar, dentro dessa idéia, a previsão do art. art. 1.857, § 2º, do atual Código Civil, pelo qual “São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado”.

Sendo assim, deve ficar esclarecido, o que é imprescindível para o tema central do presente artigo, que o testamento pode versar sobre valores existenciais da pessoa humana, sobre direitos da personalidade, o que é reconhecido pela própria lei.

A título de exemplo, mais especificamente, quando a norma possibilita a instituição do *Bem de Família Voluntário* ou *Convencional* por essa forma (art. 1.711 do CC), há, pelo menos indiretamente, a preocupação com valores existenciais. É

pertinente ressaltar que o fundamento constitucional dessa instituição está na proteção da moradia como um direito fundamental da pessoa humana, nos termos do art. 6º da Constituição Federal de 1988.¹⁰

Determinada a *modalidade inicial* do conteúdo do testamento, é interessante aqui estudar as suas características, o que também é importante para as primeiras reflexões sobre o *testamento vital ou biológico*.

2 Características do testamento

A partir da nossa conceituação, em conjunto com José Fernando Simão, o testamento constitui um negócio jurídico por excelência. Ao lado do contrato, o instituto representa importante forma de manifestação da liberdade individual. Entretanto, a grande diferença entre os institutos está na natureza jurídica e na produção de efeitos, uma vez que o contrato é um ato jurídico inter vivos.¹¹

4 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, t. LVI, p. 59.

5 Enciclopédia Saraiva de Direito. Coordenação do Professor Rubens Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 73, p. 32. O verbete é atribuído a Francisco Amaral.

6 DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 6, p. 175.

7 VELOSO, Zeno. Testamentos. Noções gerais; formas ordinárias; codicilo; formas especiais. Disponível em: <http://www.flavioartuce.adv.br/secoes/artigosc/zeno_testamento.doc>. Acesso em: 31 out. 2007.

8 TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Direito civil. Direito das sucessões. São Paulo: Método, 2007, v. 6, p. 265.

9 TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Direito civil. Direito das sucessões, v. 6, p. 265.

10 Prevê o art. 60, da Constituição Federal de 1988, conforme redação que foi dada pela Emenda Constitucional n. 26: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

11 É importante lembrar a vedação dos contratos de direitos sucessórios (pacta corvina), constante do art. 426 do Código Civil, pelo qual não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva. Sobre o pacto sucessório, escreve Caio Mário da Silva Pereira que “A sucessão pactícia encontra a mais viva repulsa, seja no fato de somente se admitirem como formas de dispor os testamentos e os codicilos, seja na regra proibitiva e formal de quaisquer contratos que tenham por objeto herança de pessoa viva (...), seja ainda na condenação moral que lhe opõem os doutos” (Instituições de direito civil. 15. ed. Atualizado por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. VI, p. 189). Fica em dúvida essa razão moral, em uma análise crítica da atual legislação. Se o herdeiro tem um parente rico e interesses obscuros, o desejo da morte estará presente em qualquer situação. Desse modo, olhando para o futuro e já encarando a prática dos planejamentos sucessórios, acredita-se que a norma do art. 426 do atual Código perderá a sua razão de ser brevemente.

De início, o testamento constitui um negócio jurídico unilateral, pois tem aperfeiçoamento com uma única manifestação de vontade: basta a vontade do declarante (testador) para que o negócio produza efeitos jurídicos. A aceitação ou renúncia dos bens deixados manifestada pelo beneficiário do testamento é irrelevante juridicamente.¹²

O testamento é *negócio jurídico gratuito* ou *benévolo*, pois não existe vantagem para o autor da herança, ou seja, não há o sacrifício bilateral que identifica os negócios jurídicos onerosos. Desse modo, não há qualquer remuneração ou contraprestação para a aquisição dos bens ou direitos decorrentes de um testamento.¹³ Sendo *negócio jurídico benévolo*, aplica-se o art. 114 do Código Civil, com a notória interpretação restritiva.¹⁴ Portanto, a *contrario sensu*, o testamento não comporta interpretação extensiva.¹⁵

O testamento também constitui um negócio *mortis causa*, já que somente produz efeitos após a morte do testador. Antes da morte, o testamento é ato ineficaz, o que não prejudica a sua validade, em regra. Constitui um negócio formal, pois a lei contém todas as formalidades necessárias à sua validade, particularmente quanto à modalidade assumida no caso concreto. Talvez o testamento, ao lado do casamento, seja o negócio jurídico que apresenta o maior número de formalidades, daqueles previstos na atual codificação privada. Faltando as formalidades ou havendo falhas, a sanção será a nulidade do testamento, nos termos do art. 166, incs. IV e V, do atual Código Civil.¹⁶

O testamento é ato revogável, nos termos do art. 1.858 do Código Civil de 2002, pois o testador pode revogá-lo ou modificá-lo a qualquer momento.¹⁷ Há, assim, o que Pontes de Miranda conceitua como *revogabilidade essencial*.¹⁸ Qualquer cláusula prevendo a irrevogabilidade será considerada nula e não produzirá efeitos jurídicos. Em contrapartida,

12 Discorre Pontes de Miranda sobre essa característica do testamento: “Trata-se de declaração unilateral de vontade, não-receptícia (não existe qualquer aceitante ou recebedor da declaração de última vontade). Ninguém é comparte, ou destinatário. No testamento público ou no testamento cerrado, o tabelião recebe o que se lhe dita, sem participar do negócio jurídico em si: inscreve, quicá escreva pelo testador. Mero instrumento, com funções acauteladoras. Tanto assim que poderia o disponente escrever o testamento particular: seria válido. A sombra que se vê, o outro pólo da relação jurídica, é a mesma dos outros negócios jurídicos unilaterais, nos direitos reais, nas aquisições não consensuais da propriedade. A voz social, que obriga ao prometido, ou faculta a disposição, ou reconhece o nascer do direito de propriedade. Por isso mesmo, para ser válido o testamento, não é de mister que dele se saiba: opera os seus efeitos, à abertura da sucessão, ainda que os herdeiros e legatários nada saibam. Mas ainda: não é preciso, para sua perfeição, que faleça o testador, menos ainda

que nas cláusulas consintam os beneficiados, o que importa é que o testador tenha capacidade para fazê-lo e o faça dentro da lei. Tanto ele independe da morte, ou de qualquer ato de outrem, que se lhe há de aplicar, e só se lhe pode exigir, a lei do tempo em que foi feito. Enlouqueça o testador, mude-se a legislação, nada importa: estava perfeito quando se fez” (Tratado de direito privado. t. LVI, p. 72).

13 Qualquer cláusula nesse sentido deve ser tida como nula, pois o objeto do negócio jurídico passa a ser impossível juridicamente (art. 166, inc. II, do CC). Todavia, admite-se a introdução de encargo no testamento, como adverte Euclides de Oliveira (Formas de testamento. In Direito civil. Direito patrimonial. Direito existencial. Estudos em homenagem à Professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo. São Paulo: Método, 2006). Entretanto, como entendemos que o encargo não constitui um dever, mas um ônus, não se pode afirmar que o negócio passa a ser bilateral e oneroso.

14 CC. “Art. 114. Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente”. Em sentido inverso, ou do avesso, o testamento não admite interpretação extensiva.

15 Ilustrando esse caminho interpretativo, cabe a transcrição de interessante julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, cuja ementa é a seguinte: “AGRAVO DE INSTRUMENTO – INVENTÁRIO – TESTAMENTO – CLÁUSULA TESTAMENTÁRIA CLARA – PRESERVAÇÃO DA VONTADE DO TESTADOR – DESPESAS DO INVENTÁRIO – RESPONSABILIDADE DO ESPÓLIO. As cláusulas testamentárias não comportam INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA, mas, sim, restritiva, observando-se com fidelidade a vontade do testador. As despesas do inventário são suportadas pelo espólio, cabendo à inventariante tão-somente promover os pagamentos, ouvidos os interessados e com a autorização do Juiz” (Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Agravo n. 1.0106.03.006605-9/001 – Comarca de Cambuí – Relator: Exmo. Sr. Des. Armando Freire, julgado em 29/05/2007). Do corpo do julgado pode ser retirada a controvérsia. Previa a cláusula testamentária que o autor da herança institua: “(...) caberão os imóveis abaixo especificados, em número de três (03), os quais deverão ser vendidos e o produto da venda repartido em partes iguais entre os cinco a saber: (...)”. Concluiu o relator que “Na verdade, as disposições testamentárias não comportam interpretação extensiva, mas, sim, restritiva, na busca da fiel vontade do testador. In casu, é clara a cláusula do testamento, a ponto de dispensar qualquer exercício de interpretação. O fato de restarem apenas 03 (três) legatários, não permite inferir que cada um deveria ficar com um imóvel. Anoto ainda, o terceiro legatário não figura entre os agravantes, não sendo possível saber se anuí com a pretendida partilha. Ademais, o alvará autorizando a venda dos referidos imóveis foi concedido em 06 de novembro de 2006, não constando qualquer oposição dos agravantes. E mais, um dos imóveis foi vendido, conforme informações do digno Juiz a quo”.

16 CC. “Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: (...); IV – não revestir a forma prescrita em lei; V – for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade”. Seguimos o entendimento pelo qual a forma constitui gênero (qualquer formalidade); enquanto que a solenidade é espécie (ato público). Sendo assim, havendo lesão à última, também ocorrerá infração à primeira.

17 CC. “Art. 1.858. O testamento é ato personalíssimo, podendo ser mudado a qualquer tempo”.

18 “No dizer-se que é ato de última vontade, está implícita a revogabilidade essencial. Testamento, que não fôsse revogável, não seria ato de última vontade, mas de vontade, de determinado momento, que se fixou. Dizendo-se declaração de vontade última, fora redundante acrescentar-se ‘revogável’” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado, cit., t. LVI, p. 72).

é importante apontar a regra prevista no art. 1.610 do atual Código, pela qual o reconhecimento de filhos é sempre irrevogável, mesmo quando constante de testamento, que é, na essência, revogável.

Por fim, o testamento é ato personalíssimo por excelência. Isso porque ninguém poderá testar conjuntamente em um mesmo instrumento ou por procuração. Se mais de uma pessoa testar em um mesmo instrumento, o testamento é nulo, pela proibição expressa do *testamento conjuntivo*, prevista no art. 1.863 do Código Civil.¹⁹ O caso, portanto, é de *nulidade textual*, pelo que consta da primeira parte do art. 166, inc. VII, da mesma codificação.²⁰

Todas essas características ressaltam o caráter especial e *sui generis* do instituto, sendo importantes para a configuração ou não do *testamento biológico* ou *vital* como um verdadeiro *testamento*.

3 Formas de testamento no Código Civil de 2002

Tendo em vista a tentativa de enquadramento do *testamento biológico* ou *vital* como categoria jurídica possível, é primordial aqui expor as formas testamentárias constantes do Código Civil de 2002, fazendo o devido confronto com a codificação anterior.

De acordo com o art. 1.862 do Código Civil de 2002, são formas *ordinárias* ou *comuns* de testamentos: a) o testamento público; b) o testamento cerrado; c) o testamento particular. O que se nota é que foram mantidas as formas *vulgares* constantes do art. 1.629 do Código Civil de 1916. Vejamos quais as características de cada uma dessas modalidades testamentárias.

Quanto ao *testamento público*, nos termos dos arts. 1.864 a 1.867, trata-se daquele elaborado pelo tabelião ou por seu substituto legal em seu livro de notas. Portanto, a elaboração de testamento público é de competência do Tabelionato de Notas.²¹ É interessante frisar, entretanto, que apesar da nomenclatura, essa modalidade de testamento não deve ser deixada à disposição de todos para a consulta, pois só produzirá efeitos após a morte do testador. O conceito de publicidade não significa amplo acesso a toda e qualquer pessoa, incluindo aí eventuais curiosos. Isso porque, se o acesso fosse realmente livre, qualquer pessoa poderia, conhecendo o conteúdo do testamento, pressionar o testador a alterá-lo.²² Conforme ensina Euclides de Oliveira, a sua vantagem está “na segurança da elaboração por pessoa do ramo, supostamente preparada, que é o oficial do Tabelionato. Ademais, resguarda-se a inteireza do documento por constar de livro público, possibilitando a obtenção de cópia a qualquer tempo”.²³ Pode-se dizer, ainda, que essa modalidade de testamento está valorizada, mormente pela

possibilidade do inventário extrajudicial, nos termos da Lei n. 11.441/2007.²⁴

Em continuidade, o *testamento cerrado* é aquele escrito pelo próprio testador ou por outra pessoa a seu pedido, sendo assinado por aquele e entregue ao tabelião ou a seu substituto para aprovação (arts. 1.868 a 1.875 do Código Civil). É de se observar que nessa forma testamentária o conteúdo não será conhecido por terceiros, mas apenas pelo tabelião que fará a aprovação. Isso justifica a sua denominação como *testamento místico*, pois o seu conteúdo é um mistério; antes da sua abertura, apenas o testador conhece seu conteúdo.²⁵

O que identifica essa modalidade testamentária é a complexidade de suas formalidades, visando o desconheci-

19 CC. “Art. 1.863. É proibido o testamento conjuntivo, seja simultâneo, recíproco ou correspectivo”. Como já tivemos a oportunidade de escrever, “O testamento conjuntivo ou de mão comum é aquele feito por mais de uma pessoa no mesmo instrumento. Na realidade, a proibição deste tipo de testamento não tem relação com a forma, mas, sim, com o fato de o legislador entender que o testamento é ato personalíssimo e que não pode ser feito por duas pessoas, sob pena de assumir caráter contratual repudiado pelo ordenamento e lhe retirar uma de suas principais características: a pessoalidade e a revogabilidade a qualquer tempo. Na doutrina, explica Silvio Rodrigues que o testamento ‘será simultâneo, quando os testadores dispõem em benefício de terceiros; recíproco, quando os testadores instituem um ao outro como herdeiros, de modo que o sobrevivente recolha a herança do outro; e correspectivo, quando o benefício outorgado por um dos testadores ao outro retribui vantagem correspondente’ (Direito civil, 2003, v. 7, p. 157). Assim é simultâneo o testamento quando João e Maria nomeiam no mesmo testamento Pedro como herdeiro. Será recíproco o testamento quando João dispuser que em seu falecimento seus bens serão de Maria e Maria, no mesmo instrumento, faz idêntica disposição a favor de João. Por fim, será correspectivo se João deixar sua casa para Maria e Maria deixar sua casa para João. No último caso, há uma troca de benefícios entre os testadores num mesmo instrumento” (TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Direito civil, cit., v. 6, p. 270).

20 CC. “Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: (...) VII – a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção”.

21 TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Direito civil, cit., v. 6, p. 271.

22 TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Direito civil, cit., v. 6, p. 274.

23 OLIVEIRA, Euclides. Formas de testamento, cit., p. 923.

24 Quanto à Lei n. 11.441/2007, esta introduziu o art. 1.124-A no Código de Processo Civil, possibilitando o inventário extrajudicial, por escritura pública, a ser lavrada no Tabelionato de Notas. A referida norma 7 traz como conteúdo uma carga de desjudicialização dos conflitos, ou seja, de fuga do Judiciário.

25 TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Direito civil, cit., v. 6, p. 276.

mento do seu conteúdo, que não pode ser revelado.²⁶ Em suma, pode-se concluir que o grande problema prático do testamento cerrado é o seu possível extravio, rompimento do lacre ou dilaceramento, significando os dois últimos que o testamento foi revogado, nos termos do art. 1.972 do Código de 2002.²⁷

Por fim quanto às formas ordinárias, a codificação disciplina o *testamento particular*, a modalidade testamentária mais simples de todas, o que representa grande vantagem no campo prático (arts. 1.876 a 1.880 do CC), sendo a forma mais utilizada.²⁸ Nos termos do próprio Código Civil, esse testamento pode ser escrito de próprio punho ou mediante processo mecânico. Se escrito de próprio punho, são requisitos essenciais à sua validade que seja lido e assinado por quem o escreveu na presença de pelo menos três testemunhas, que o devem subscrever. Se elaborado por processo mecânico, não pode conter rasuras ou espaços em branco, devendo ser assinado pelo testador, depois de tê-lo lido na presença de pelo menos três testemunhas, que o subscreverão.

Como modalidades de *testamento especiais*, o Código Civil de 2002 prevê o *testamento marítimo*, o *testamento aeronáutico* e o *testamento militar* (art. 1.886). Dessas três modalidades, apenas o testamento aeronáutico não estava previsto na codificação anterior. A aplicação prática dessas modalidades é por demais reduzida, pois os testamentos acabam regulamentando situações bem específicas e até raras.

O *testamento marítimo* e o *aeronáutico* são aqueles feitos por quem estiver a bordo de navio nacional, de guerra ou mercante, perante o comandante, na presença de duas testemunhas. Nos termos do art. 1.888 do Código Civil, tais testamentos podem assumir a forma de testamento público ou particular. As regras em relação a tais testamentos são, portanto, idênticas, retiradas dos arts. 1.888 a 1892 do Código em vigor.²⁹

Encerrando, o *testamento militar* é aquele feito por militares ou por demais pessoas a serviço das Forças Armadas, dentro do País ou fora dele, assim como em praça sitiada, ou que estejam com comunicações interrompidas (arts. 1.893 a 1.896 do CC). Quanto às formas do testamento militar, três são as previstas em lei:³⁰

a) *Forma que se assemelha à pública* – determina o art. 1.893 do atual Código que, não havendo tabelião ou seu substituto legal, o testamento militar pode ser feito ante duas ou três testemunhas, se o testador não puder, ou não souber, assinar, caso em que assinará por ele uma das testemunhas. Enumera a lei possíveis autoridades presentes para que façam as vezes de tabelião: se o testador pertencer

26 “Pois bem, logo após o testador declarar que aquele é o seu testamento, de imediato, deve o tabelião lavrar o auto de aprovação, sempre em português, ainda que o testamento tenha sido redigido em outro idioma (art. 1.869 do CC). O auto começará a ser escrito logo após a última palavra escrita na cédula testamentária pelo testador (ou de quem a escreveu a seu pedido) devendo ser assinado por ele, pelas testemunhas e pelo tabelião (art. 1.868, IV, do CC). É de se notar apenas que se não houver espaço em branco na última folha do testamento para o início da redação do auto de aprovação, como cautela para que se evite qualquer problema de alteração ou de complemento futuro, o tabelião deverá apor seu sinal público, iniciar o auto de aprovação em outra folha, e nele mencionar tal fato (art. 1.869, parágrafo único, do CC). Terminada a lavratura do auto, o testamento deverá ser cerrado (fechado) e cosido (costurado). Explica Maria Helena Diniz que o tabelião dobrará o auto de aprovação, juntamente com a cédula testamentária, num só invólucro, que será por ele cerrado e cosido com cinco pontos de retrós, segundo a praxe cartorária, lacrando-se o testamento nos pontos de costura (Curso..., 2005, v. 6, p. 213). Silvio Rodrigues, esclarecendo que não se trata de determinação legal, afirma que o tabelião coloca ‘pingos de lacre sobre os nós da linha que utilizaram para coser o testamento’ (Direito civil, 2002, v. 7, p. 163). Depois de aprovado e cerrado, o testamento deve ser entregue ao testador. O tabelião, que não fica com cópia do mesmo e sem conhecer o conteúdo da disposição, apenas lança em seu livro a nota do lugar, dia e ano em que o testamento foi aprovado e entregue (art. 1.874 do CC)” (TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Direito civil, cit., v. 6, p. 278).

27 CC. “Art. 1.972. O testamento cerrado que o testador abrir ou dilacerar, ou for aberto ou dilacerado com seu consentimento, haver-se-á como revogado”. Da Enciclopédia Saraiva de Direito, de verbete escrito por Silvio Rodrigues, pode ser retirado o seguinte trecho: “Esse testamento, velharia que é, só apresenta vantagem de ser secreto, de modo que o testador, e só ele, conhece o seu conteúdo, o que o poupa da inimizade dos herdeiros, afastados e do assédio dos que gostariam de o ver dispor de seus bens de modo diverso. Apresenta, entretanto, o inconveniente de facilmente se extraviar. Não são raros os casos em que, embora se saiba que o de cujus faleceu com testamento cerrado, não se consegue encontrá-lo, principalmente quando fica em mãos de herdeiros legítimos. Ademais, apresentando-se aberto ou dilacerado o testamento, nem sempre é fácil demonstrar que não foi aberto ou dilacerado pelo testador, ou com seu consentimento, resultando daí a sua revogação (CC, art. 1.749)” (Enciclopédia Saraiva de Direito, cit., v. 73, p. 47). É de se concordar com as suas palavras: trata-se de uma velharia.

28 “Nas legislações estrangeiras modernas, o testamento particular é a forma mais singela e a mais utilizada. De um modo geral, exige-se, somente, que o testamento seja escrito – de próprio punho – pelo testador, datado e assinado. Só, e mais nada (cf. Código Civil francês, art. 970; belga, art. 970; espanhol, art. 688, al. 2; italiano, art. 602, al. 1; suíço, art. 505; alemão, art. 2.247, al. 1; argentino, art. 3.639; peruano, art. 707, al. 1; mexicano, arts. 1.550-1.551; paraguaio, art. 2.628; cubano, art. 485,1). O Código Civil de Québec, art. 726, enuncia: “Le testament olographe doit être entièrement écrit par le testateur et signé par lui, autrement que par un moyen technique. Il n’est assujéti à aucune autre forme”. Em Portugal, todavia, o testamento particular foi abolido” (VELOSO, Zeno. Testamentos. Noções gerais; formas ordinárias; codicilo; formas especiais, cit.).

29 TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Direito civil, cit., v. 6, p. 284.

30 TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Direito civil, cit., v. 6, p. 286.

a corpo ou seção de corpo destacado, o testamento será escrito pelo respectivo comandante, ainda que de graduação ou posto inferior; se o testador estiver em tratamento em hospital, o testamento será escrito pelo respectivo oficial de saúde, ou pelo diretor do estabelecimento e, por fim, se o testador for o oficial mais graduado, o testamento será escrito por aquele que o substituir (art. 1.893, §§ 1º, 2º e 3º, do CC).

b) *Forma que se assemelha ao testamento cerrado* – se o testador souber escrever, poderá fazer o testamento de próprio punho, contanto que o date e assine por extenso, e o apresente aberto ou cerrado na presença de duas testemunhas ao auditor ou ao oficial de patente, que lhe faça às vezes neste mister (art. 1.894 do CC). Deve ser hológrafo e também autógrafo, pois há necessidade de ser datado e assinado por extenso pelo próprio testador.

c) *Testamento militar nuncupativo*. – aqueles que podem se valer do testamento militar e que estejam empenhados em combate ou feridos podem testar oralmente, confiando a sua última vontade a duas testemunhas (art. 1.896 do CC).

Encerrada essa análise preliminar das modalidades de testamento, o que também será fundamental para a conclusão quanto à forma do testamento vital ou biológico, é importante relacionar o testamento com os direitos de personalidade, para as conclusões a que se pretende chegar.

3 O testamento e os direitos da personalidade

Como já demonstrado, pela regra constante no art. 1.857, § 2º, do Código Civil, o testamento pode ter conteúdo não patrimonial.³¹ Nesse diapasão, poderá o testamento versar sobre direitos da personalidade, ou seja, sobre direitos existenciais inerentes à pessoa. Trata-se do primeiro passo para se reconhecer a validade jurídica do conteúdo do que se convencionou denominar como *testamento vital* ou *biológico*.

Os direitos da personalidade são aqueles direitos reservados principalmente à pessoa humana, essenciais para que ela exista como sujeito de direito.³² Nas palavras de Rubens Limongi França, os direitos da personalidade são “as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim da sua proteção essencial no mundo exterior”.³³ No Direito Contemporâneo, esses direitos são analisados na perspectiva constitucional, relacionados com a proteção da dignidade humana como um valor fundamental.³⁴

Quanto ao Código Civil de 2002, a disciplina dos direitos da personalidade consta entre os arts. 11 a 21, que tutelam a proteção da vida, da integridade físico-psíquica, do nome, da honra, da imagem e da intimidade. Isso sem excluir outros direitos tidos como de *personalidade* ou *fundamentais*, mormente aqueles previstos nos dispositivos iniciais da Constituição Federal de 1988.

A possibilidade de que o testamento traga conteúdo relacionado com tais direitos cria uma série de questões e problemas jurídicos. De início, vale lembrar a aplicação do art. 11 do Código Civil, pelo qual, salvo as devidas exceções previstas em lei, os direitos da personalidade são irrenunciáveis e intransmissíveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária. Diante dessa clara limitação à autonomia privada, o testamento, em regra, não pode trazer transmissão de direitos dessa natureza.³⁵ A título de exemplo, pode-se dizer que é nula uma disposição testamentária que transmita direitos morais do autor a outra pessoa que não seja seu su-

31 Sobre as disposições de caráter não patrimonial: DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, cit., v. 6, p. 176; VELOSO, Zeno. Testamentos. Noções gerais; formas ordinárias; codicilo; formas especiais, cit.; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. Direito das sucessões, cit., p. 218; GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. Direito das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2007, v. VII, p. 207; VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil. Direito das sucessões. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, v. VII, p. 188.

32 Conforme ensina Adriano de Culpis, “existem certos direitos sem os quais a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto: direitos sem os quais todos os outros direitos subjectivos perderiam todo o interesse para o indivíduo – o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal. São esses os chamados ‘direitos essenciais’ com os quais se identificam precisamente os direitos da personalidade” (Os direitos da personalidade. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes, 1961, p. 17). Deve ser feita a ressalva de que também a pessoa jurídica pode ser titular de tais direitos, o que foi opção do legislador brasileiro, pela previsão da regra do art. 52 do atual Código Civil, pelo qual “Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”. A questão, todavia, levanta fervoroso debate doutrinário, principalmente no tocante aos danos morais da pessoa jurídica. Sobre o tema: FROTA, Pablo Malheiros Cunha. Danos morais e pessoa jurídica. São Paulo: Método, 2007.

33 FRANÇA, Rubens Limongi. Instituições de direito civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 1033.

34 Sobre essa análise, confira-se: MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais. 3. tir. Rio de Janeiro: Renovar, 2007; FACHIN, Luiz Edson. Direitos da personalidade no Código Civil. In: Direito civil. Direito Patrimonial. Direito Existencial. Estudos em homenagem à Professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, p. 625; SARLET, Ingo Wolfgang. Dimensões da dignidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005; TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: _____. Temas de direito civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 23.

cessor legítimo.³⁶ Quanto aos direitos patrimoniais de autor, não há problema de sua disposição pela via testamentária.³⁷

O Código Civil de 2002 trouxe uma ampla tutela de proteção nos casos de lesão a direitos da personalidade. De início, como norma geral, o art. 12 da atual codificação consagra os princípios da *prevenção* e da *reparação integral de danos*, ao possibilitar, respectivamente, tanto a tutela *inibitória* quanto a *ressarcitória* em situações prejudiciais à personalidade.³⁸ Em tom mais específico, essa *dupla proteção* também pode ser retirada do art. 20 do Código Civil, que consagra a tutela da imagem.³⁹

Ora, como a atual codificação possibilitou que o testamento tenha conteúdo não patrimonial, podem surgir situações práticas de aplicação dessa proteção. Imagine-se a hipótese em que um testador detalhou fatos da vida de outras pessoas, pois elaborou uma autobiografia. Como disposição aos herdeiros, consta do testamento um pedido do *de cujus* para que essa biografia seja publicada, o que é atendido pelos sucessores. O relato é, então, lançado na forma de livro. Fica a dúvida: cabem as tutelas inibitória e ressarcitória por parte de terceiros eventualmente prejudicados em seus valores existenciais? Quem responde pela publicação em casos de lesão a direitos da personalidade praticada pelo morto em suas declarações?

A resposta à primeira pergunta parece ser: sim, cabem as medidas previstas nos arts. 12 e 20 do Código Civil. De início, cabe ação de tutela específica ou mesmo inibitória pelos prejudicados para que cesse a lesão ou que ela não mais ocorra. Mais do que isso, cabe ação de reparação por danos materiais e morais, por parte daqueles que se sentiram prejudicados pela biografia noticiada. No tocante à responsabilidade civil, o dever de indenizar ao espólio, até as forças da herança, pelo menos a princípio.

Além desse conteúdo, de suposta lesão aos direitos de personalidade de determinadas pessoas, o testamento também pode dispor sobre a utilização do nome do morto, reconhecido pela atual codificação como um direito existencial, entre os seus arts. 16 a 19.⁴⁰ Exemplificando, é de se pensar

36 Prevê o art. 24 da Lei n. 9.610/1998 que: “São direitos morais do autor: I – o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra; II – o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra; III – o de conservar a obra inédita; IV – o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-la, como autor, em sua reputação ou honra; V – o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada; VI – o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem; VII – o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconvenien-

te possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado”. De acordo com o § 1º do dispositivo, “Por morte do autor, transmitem-se a seus sucessores os direitos a que se referem os incisos I a IV”. A intransmissibilidade de tais direitos pela via sucessória está prevista no art. 27 da referida lei, pela qual “Os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis”. A inalienabilidade, aqui, deve ser entendida tanto como onerosa quanto gratuita, enquadrando-se na última o testamento.

37 Esse é o sentido do art. 49 da Lei n. 9.610/1998, pelo qual “Os direitos de autor poderão ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, por ele ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representantes com poderes especiais, por meio de licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em Direito, obedecidas as seguintes limitações: I – a transmissão total compreende todos os direitos de autor, salvo os de natureza moral e os expressamente excluídos por lei; II – somente se admitirá transmissão total e definitiva dos direitos mediante estipulação contratual escrita; III – na hipótese de não haver estipulação contratual escrita, o prazo máximo será de cinco anos; IV – a cessão será válida unicamente para o país em que se firmou o contrato, salvo estipulação em contrário; V – a cessão só se operará para modalidades de utilização já existentes à data do contrato; VI – não havendo especificações quanto à modalidade de utilização, o contrato será interpretado restritivamente, entendendo-se como limitada apenas a uma que seja aquela indispensável ao cumprimento da finalidade do contrato”.

38 CC. “Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau”.

39 CC. “Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes”.

O dispositivo é altamente criticável, devendo ser compatibilizado com a proteção ao direito à informação que consta da Constituição Federal de 1988. Ademais, o parágrafo único do comando legal apresenta aparente contradição em relação ao parágrafo do art. 12, pela não menção aos colaterais até quarto grau.

40 CC. “Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome. Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória. Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial. Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome”. Quanto ao reconhecimento do nome como um direito da personalidade, Adriano de Culpis associa-o ao direito à identidade pessoal, nos seguintes termos: “O indivíduo, como unidade da vida social e jurídica, tem necessidade de afirmar a própria individualidade, distinguindo-se dos outros indivíduos, e, por consequência, ser conhecido por quem é na realidade. O bem que satisfaz essa necessidade é o da identidade, o qual consiste, precisamente, no distinguir-se das outras pessoas nas relações sociais. (...) Entre os meios através dos quais pode realizar-se o referido bem, tem um lugar proeminente o nome, sinal verbal que identifica imediatamente e com clareza a

no caso de o testador que faz disposição de que alguns de seus bens sejam utilizados para a criação de uma instituição de caridade que leve o seu nome. A disposição é patrimonial, mas também tem conteúdo relativo à personalidade, pois há uma autorização para a utilização do nome do de cujus. Vale ressaltar que são comuns as situações em que o testamento tem conteúdo relativo à memória e à imagem do morto.⁴¹

Mais do que tudo isso, o testamento pode ter um conteúdo relativo ao próprio corpo do falecido. Prevê o art. 14 do Código Civil que “É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte. Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo”. Trata-se da conhecida disposição *post mortem* de partes do corpo, tema que levanta dúvidas pela própria redação da atual codificação. A matéria também é disciplinada pela Lei n. 9.434/1997, conhecida como *Lei de Transplantes*.

Nos termos da legislação brasileira, a retirada *post mortem* dos órgãos deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica e depende de autorização de parente maior, da linha reta ou colateral até o 2º grau, ou do cônjuge sobrevivente, mediante documento escrito perante duas testemunhas (art. 4º da Lei n. 9.434/1997, devidamente atualizada pela Lei n. 10.211/2001). Quanto a essa retirada, é interessante dizer que a lei nacional adota o *princípio do consenso afirmativo*, no sentido de que é necessária a autorização dos familiares do disponente.⁴² A Lei n. 10.211/2001 veio justamente afastar a presunção que existia de que todas as pessoas eram doadores potenciais, o que era duramente criticado pelas comunidades médica e jurídica.

Contudo, para deixar claro que a decisão de disposição é um ato personalíssimo do disponente, na *IV Jornada de Direito Civil*, evento promovido pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça no ano de 2006, foi aprovado o Enunciado n. 277, prevendo que “O art. 14 do Código Civil, ao afirmar a validade da disposição gratuita do próprio corpo, com objetivo científico ou altruístico, para depois da morte, determinou que a manifestação expressa do doador de órgãos em vida prevalece sobre a vontade dos familiares, portanto, a aplicação do art. 4º da Lei n. 9.434/97 ficou restrita à hipótese de silêncio do potencial doador”.⁴³

O enunciado é perfeito. O ato é pessoal do doador, mantendo relação com a liberdade, com a sua autonomia privada, o que é uma das manifestações da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da Constituição Federal de 1988). Caso se entendesse o contrário, toda a legislação quanto ao tema seria inconstitucional, por afastar um direito essencial da pessoa. Ilustrando, eventual disposição constante em testamento ou outro documento que represente ato de última vontade deve prevalecer sobre a intenção dos familiares do morto.

Já adentrando no *tema central* do presente trabalho, o testamento, em uma primeira análise, pode ter como conteúdo questões relativas ao tratamento médico do autor da herança. Isso porque o art. 15 do Código Civil, ao prever que “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”,

pessoa a quem se refere. Por meio do nome, o indivíduo é designado na língua que é comum aos outros, e a sua identificação é possível mesmo na sua ausência” (Os direitos da personalidade, cit., p. 165).

41 Vide disposições relativas a enterro, esmolas de pouca monta e sufrágio da alma (missas e celebrações), que até podem ser objeto de codicilo (art. 1.881 do atual Código Civil).

42 DINIZ, Maria Helen. Código Civil anotado. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 39.

43 Foram as justificativas de Maria Celina Bodin de Moraes, autora da proposta que gerou o enunciado na IV Jornada de Direito Civil (2006): “A Lei n. 9.434/97, em sua versão inicial, buscava implantar no Brasil um sistema de consentimento presumido (opting out system) no tocante à doação *post mortem* de órgãos e tecidos. No entanto, a rejeição popular a esta presunção foi tamanha que foi editada a medida provisória determinando que, em caso de ausência de manifestação expressa de vontade do doador, a doação dependeria de consulta aos familiares. Foi a Medida Provisória n. 1.718, de 6 de outubro de 1998, que incluiu um novo parágrafo ao art. 40: ‘§ 6o. Na ausência de manifestação de vontade do potencial doador, o pai, a mãe, o filho ou o cônjuge poderá manifestar-se contrariamente à doação, o que será obrigatoriamente acatado pelas equipes de transplante e remoção’. No entanto, depois de reeditada 26 vezes, a medida provisória foi sub-repticiamente alterada, revertendo completamente o avanço legislativo e fazendo prevalecer a vontade dos familiares mesmo sobre a do doador. Esta foi a Medida Provisória n. 1.959-27, de 24 de outubro de 2000, dando a redação atual ao art. 40: ‘A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau, inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte’, que veio a se converter, depois de mais cinco reedições, na Lei 10.211/01. O Código Civil – Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – veio posteriormente a afirmar, em seu art. 14 que ‘É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte’. A afirmação categórica da validade da disposição gratuita com fim altruístico, para depois da morte, expressão clara dos princípios da autonomia privada e, principalmente, da solidariedade, é incompatível com a subordinação desta manifestação à necessidade de aquiescência dos familiares. Especialmente partindo da constatação realizada pela melhor doutrina de que, nos termos estabelecidos pelo art. 226 da Constituição Federal, a família se encontra funcionalizada ao livre desenvolvimento da personalidade dos seus membros, isto é, ela não é mais protegida em si, mas apenas enquanto servir à realização da dignidade de seus integrantes, não se pode continuar a conceber que os familiares possam atuar como obstáculo à manifestação de vontade solidária do potencial doador acerca do destino de seus próprios órgãos e tecidos. Portanto, o art. 4º da Lei 9.434/97 – a consulta aos familiares – só se aplica às hipóteses de ausência de manifestação de vontade do potencial doador”.

consagra os direitos do paciente, por meio dos *princípios da beneficência e da não maleficência*.⁴⁴

Sendo assim, reconhecida a possibilidade desse conteúdo, surge o tema do *testamento vital* ou *biológico*, cuja viabilidade e categorização jurídica passa a ser discutida.

5 O testamento vital ou biológico. Sua viabilidade no Brasil. Um testamento?

O primeiro ponto a ser debatido refere-se à busca do conceito de *testamento vital* ou *biológico* – também denominado *testamento em vida*, *testament de vie* ou *living will*. Sem prejuízo de discussões conceituais no Direito Comparado, na doutrina nacional, Roxana Cardoso Brasileiro Borges conceitua o instituto como “o documento em que a pessoa determina, de forma escrita, que tipo de tratamento ou não-tratamento deseja para a ocasião em que se encontrar doente, em estado incurável ou terminal, e incapaz de manifestar sua vontade”.⁴⁵ Para a mesma autora, o declarante, por meio do *testamento vital*, visa a influir sobre os profissionais da área de saúde, “no sentido do não-tratamento, como vontade do paciente, que pode vir a estar impedido de manifestar sua vontade, em razão da doença”.⁴⁶

A primeira dúvida que surge em relação ao *testamento vital* é a seguinte: trata-se de um exercício admissível da autonomia privada ou de um exercício ilícito, com conteúdo nulo? Para responder a tal questão, é importante aqui, antes de qualquer conclusão, esclarecer os conceitos de *eutanásia*, *distanásia* e *ortotanásia*.⁴⁷

A *eutanásia* – na tradução etimológica literal *boa morte* –, significa a facilitação da morte, engendrada pelos profissionais da área da saúde. A eutanásia se dá por meio de utilização de técnicas que permitam a ocorrência da morte, de modo a ser menos dolorosa quanto possível ao paciente.⁴⁸ Para tal prática, há a utilização de condutas ativas, como a conhecida *máquina de suicídio*, criada pelo médico norte-americano Jack Kevorkian, conhecido como *Doutor Morte*.⁴⁹

44 O quem em poucas palavras significa que o profissional da área de saúde deve fazer o bem e não pode fazer o mal ao paciente (DINIZ, Maria Helena. Código Civil anotado. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 40; ALVES, Jones Figueiredo; DELGADO, Mario Luiz. Código Civil anotado. São Paulo: Método, 2005, p. 29). No que tange ao Direito Civil, a responsabilidade civil do profissional da área da saúde pode ser retirada do art. 951 do CC, a saber: “O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho”.

45 BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 239.

46 BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada, cit., p. 239.

47 Como referências para pesquisa: DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 320-361; BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 233-239.

48 Como esclarece Roxana Cardoso Brasileiro Borges, “admite-se que só se pode falar em eutanásia quando ocorre a morte movida por piedade, por compaixão em relação ao doente. A eutanásia verdadeira é morte provocada em paciente vítima de forte sofrimento e doença incurável, motivada por compaixão. Se a doença não for incurável, afasta-se a eutanásia (que, diante do Código Penal, pode ser considerada homicídio privilegiado), e se cai-se na hipótese de homicídio simples ou qualificado, dependendo do caso” (Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada, cit., p. 233).

49 O Dr. Morte, recentemente, foi libertado da prisão nos Estados Unidos. Assim noticiou o site Universo On Line, em 1º de junho de 2007: “Defensor da eutanásia, ‘doutor morte’ deixa a prisão. O defensor da eutanásia Jack Kevorkian, responsável por métodos polêmicos que lhe renderam o apelido ‘doutor morte’, foi libertado da prisão nesta sexta-feira, após cumprir pena de mais de oito anos por assassinato. Vestindo seu tradicional cardigã azul claro e gravata sobre a camisa branca, Kevorkian, de cabelos brancos, saiu da prisão e sorriu para o pequeno grupo de repórteres que o aguardava. ‘É maravilhoso’, disse ele sobre sua liberdade. ‘É um dos pontos altos da vida’, acrescentou. Quando perguntado como se sentia, o ex-patologista de 79 anos, disse: ‘bem’. (...) Kevorkian deve dar sua primeira entrevista exclusiva no domingo ao programa de TV americano 60 Minutes do apresentador Mike Wallace, que saudou Kevorkian na saída da prisão com um forte abraço. Wallace não respondeu a mais perguntas dos repórteres. O mesmo programa exibiu, em 1998, uma entrevista com Kevorkian e trechos de um suicídio assistido gravado, feito pelo próprio ‘doutor morte’, que levou a sua condenação e prisão. Kevorkian havia sido condenado após a exibição na televisão do suicídio gravado de um homem. Ele alega ter auxiliado ativamente 130 pessoas a morrer. Ele ficará à prova durante dois anos, nos quais será proibido de aconselhar pessoas com tendências suicidas e seus discursos públicos serão vigiados de perto. (...) A eutanásia ‘deve ser legalizada. Trabalharei com este objetivo, mas não violarei a lei’, disse recentemente Kevorkian à emissora de TV Fox News, em Detroit. Na década de 1990, Kevorkian forçou os Estados Unidos a enfrentar problemas éticos relacionados a doentes terminais, quando divulgou seus conselhos sobre como cometer suicídio e difundir vídeos de pessoas que suplicavam para que as ajudasse a morrer. O desespero destas pessoas, que viajaram a Michigan para se submeter à ‘máquina do suicídio’ do doutor Kevorkian, fez crescer a idéia do direito de morrer com dignidade em parte da população.

O ex-patologista teria dado às pessoas que queriam pôr um fim à sua vida uma máquina que liberava produtos para serem injetados por via intravenosa ou gases para respirar com uma máscara. Estas práticas e a publicidade que o médico lhes dava criaram polêmica e inclusive colocaram contra ele defensores da eutanásia, que acreditavam que não era a forma correta de fazer avançar a causa. ‘É o equivalente a um médico que pratica o aborto na clandestinidade’, disse Steve Hopcraft, de um grupo de pressão californiano que defende uma lei sobre o suicídio com auxílio médico, que deve ser submetida à votação neste estado a partir da próxima semana. Kevorkian gravou em vídeo sua imagem, enquanto administrava produtos letais a Thomas

Já a *distanásia* significa o prolongamento do processo de morte, por meio artificial, o que traz sofrimento ao paciente. Há, portanto, um prolongamento exagerado, uma *obstinação terapêutica*, que se mostra, na maioria das vezes, totalmente inútil.⁵⁰ Trata-se de medida que deve ser evitada, tanto pelos profissionais da área da saúde quanto pelos componentes do meio social, pois “*distorce objetivos da medicina*”.⁵¹

Por fim, a *ortotanásia* – na etimologia morte correta – é justamente a situação oposta à *distanásia*, ou seja, representa o não prolongamento, de forma artificial, do processo de morte.⁵² A *ortotanásia* é prática utilizada para não gerar ao paciente um sofrimento físico, psicológico e espiritual, presente, por exemplo, pelo não emprego de técnicas terapêuticas inúteis de prolongamento da vida.⁵³

As três expressões devem ser esclarecidas, pois, no presente trabalho, será trabalhada a idéia de *testamento vital* ou *biológico* somente para os casos de *ortotanásia*. Quanto ao primeiro caso, da *eutanásia*, ainda estão pendentes muitas reflexões.

Desse modo, delimitada a aplicação do conceito, a resposta deste autor é positiva quanto à possibilidade jurídica do instituto. A partir do conceito de autonomia privada, que vem a ser o direito que a pessoa tem de regulamentar os seus interesses, decorrentes dos princípios constitucionais da liberdade e da dignidade, trata-se de um exercício admissível da vontade humana. Isso porque a *ortotanásia* representa um correto meio termo entre a *eutanásia* e a *distanásia*, uma *sabedoria* a ser procurada por todos os envolvidos com o fato, de todas as áreas do pensamento.⁵⁴

O conteúdo do que se denomina como *testamento vital* ou *biológico* visa, assim, a proteger a dignidade do paciente terminal, dentro da idéia do binômio *beneficência/não maleficência*, sendo o art. 15 do Código Civil o suporte legal para a viabilidade do que se propõe pelo instituto. Mais do que isso, há uma proteção indireta da dignidade dos familiares do paciente terminal, que também sofrem com todos os males e as dores pelas quais passa a pessoa amada e querida. Nesse sentido, pode-se falar em *solidariedade familiar*, estribada na proteção constitucional da solidariedade social, nos termos do art. 3º, inc. I, da Constituição Federal de 1988.⁵⁵

Compartilhamos, portanto e em certo sentido, com a opinião de Diaulas Costa Ribeiro, para quem “A suspensão de esforço terapêutico necessita de uma manifestação de vontade do paciente, a qual deve ser feita antes da perda de sua capacidade civil, no contexto das diretivas antecipadas. Para que isso seja possível, quatro alternativas se apresentam: uma escritura pública feita em cartório, na qual o paciente declara não aceitar a obstinação terapêutica, nem ser mantido vivo por aparelhos, especificando, ainda, que tipo de tratamento tolerará; uma declaração escrita em

documento partilhar, uma simples folha de papel assinada, de preferência com firma reconhecida; uma declaração feita a seu médico assistente – registrada em seu prontuário,

Youk e mandou a gravação para a emissora CBS, o que o levou a ser condenado por assassinato em 14 de abril de 1999. Desde então, só o estado do Oregon (noroeste) aprovou uma lei em 1997, autorizando o suicídio assistido. Quase 300 pessoas optaram pela eutanásia no estado, tomando doses mortais de produtos prescritos por seus médicos. Embora outras propostas de lei tenham sido rejeitadas em outros estados, um informe do Pew Research Center, de 2006, mostra que os americanos estão divididos sobre a questão. Embora 84% deles pensem que os pacientes deveriam ter o direito de rejeitar um tratamento para mantê-los com vida, as opiniões estão divididas (45% e 46%) com relação ao direito dos médicos de ajudar seus pacientes a morrer” (Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ultnot/afp/2007/06/01/ult34u182170.jhtm>>. Acesso em: 28 nov. 2007).

50 “Pela *distanásia*, também designada *obstinação terapêutica* (L’*acharment thérapeutique*) ou *futilidade médica* (medical futility), tudo deve ser feito mesmo que cause sofrimento atroz ao paciente. Isso porque a *distanásia* é a morte lenta e com muito sofrimento. Trata-se do prolongamento exagerado da morte de um paciente terminal ou tratamento inútil” (DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito, cit., p. 336).

51 São as palavras de Leo Pessini, especialista em bioética: “Fundamentalmente a *distanásia* distorce os objetivos da medicina, pois reduz a vida pura e simplesmente à sua dimensão biológica, e ao encerrar a morte como inimiga nega a dimensão da mortalidade e finitude, características constitutivas dos seres humanos. Esta perspectiva valoriza a vida somente na sua dimensão físico-corporal e esquece as dimensões psicossocioespirituais constitutivas da pessoa humana. A onipotência técnico-científica a serviço da ciência médica criou a ilusão da saúde perfeita que vence todas as doenças e imperfeições da natureza humana. Conseqüentemente, não aceita nenhum fracasso diante da doença e da morte. Recorre-se obstinamente a todos os meios possíveis para preservar, ao menos, a aparência de vida. No fundo, a *distanásia* sacrifica a dignidade humana no altar da ideologia da tecnociência endeusada (cientismo e tecnolatria), que se transformou num ídolo a ser cultuado. Esta atitude terapêutica vê mais a doença da pessoa do que a pessoa doente!” (PESSINI, Leo. Questões éticas-chave no debate hodierno sobre a *distanásia*. In: Garrafa, VOLNEI; PESSINI, Leo (Org.). Bioética: poder e injustiça. São Paulo: Sociedade Brasileira de Bioética, 2003, p. 400).

52 BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 235.

54 Em importante diálogo interdisciplinar, serviu-nos de fundamento, mais uma vez, as palavras de Leo Pessini, para quem “Nasce uma sabedoria a partir da reflexão, da aceitação e da assimilação do cuidado da vida humana no sofrimento do adeus final. Entre dois limites opostos: de um lado, a convicção profunda que brota das culturas das religiões de não matar ou abreviar a vida humana sofrida (*eutanásia*); de outro lado, a visão e o compromisso para não prolongar a dor, o sofrimento, a agonia, ou pura e simplesmente adiar a morte (*distanásia*, tratamento fútil, obstinação terapêutica). No não matar e no não agredir terapêuticamente está o amarás, isto é, o cuidado da dor e do sofrimento humano, que em última instância aceita a morte e faz desta experiência o último momento de crescimento de vida, como revela todo o trabalho pioneiro da médica psiquiatra

com sua assinatura. **A quarta alternativa refere-se àquele paciente que não teve oportunidade de elaborar diretivas antecipadas mas, que declarou a amigos, familiares, etc., sua rejeição ao esforço terapêutico nos casos de estado vegetativo permanente ou de doença mental: a justificação testemunhal da vontade**”.⁵⁶ É interessante perceber, quanto às formalidades, que o doutrinador coloca à disposição do paciente medidas formais e informais, bastando a prova de sua manifestação de vontade, para que as suas decisões sejam respeitadas pelos envolvidos.

No que tange à ética médica, a prática da *ortotanásia* foi reconhecida como válida, pela recente Resolução n. 1.805 do Conselho Federal de Medicina, cujos dispositivos fundamentais merecem transcrição integral, para leitura e reflexões:

“Art. 1º É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.

§ 1º O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação.

§ 2º A decisão referida no caput deve ser fundamentada e registrada no prontuário.

§ 3º É assegurado ao doente ou a seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica.

Art. 2º O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar.”

A resolução, cujo conteúdo já ocorria na prática médica, tem sido utilizada na atualidade, como ocorreu em caso envolvendo conhecido político brasileiro.⁵⁷

Todavia, já se discute, em sede dos Tribunais brasileiros, a validade jurídica do texto transcrito. Conforme notícias veiculadas recentemente, a resolução do Conselho Federal de Medicina foi suspensa por decisão da 14ª Vara Federal do Distrito Federal.⁵⁸ Isso porque, obviamente, a questão está

norte-americana Elizabeth Kübler-Ross. É o ideal da *ortotanásia*” (PESSINI, Leo. Questões éticas-chave no debate hodierno sobre a *distanásia*. In Bioética: poder e injustiça, cit., p. 406). Conclui o autor que é preciso “viver com dignidade a própria morte”.

55 Vale dizer que a solidariedade familiar foi o mote do VI Congresso Brasileiro de Direito de Família, ocorrido em Belo Horizonte no mês de novembro de 2007. Sobre essa temática, confira-se o artigo de Paulo Luiz Netto Lôbo, que serviu de amparo para a sua palestra, abrindo o congresso: Princípio da solidariedade familiar. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Porto Alegre, Magister, n. 0, Edição de lançamento, 2007, p. 144.

56 RIBEIRO, Diaulas Costa. Um novo testamento: Testamentos Vi-

tais e diretivas antecipadas. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte, 2006, p. 281.

57 Trata-se do deputado federal Enéas Carneiro, falecido no último dia 5 de maio de 2007. Há veiculação de notícias de que o político tenha optado pela *ortotanásia*, falecendo testamento vital, por ser paciente terminal de câncer. Quanto à notícia, consulte-se: <<http://noticias.correioweb.com.br/materias.php?id=2707956&sub=Distrito>>. Acesso em: 28 nov. 2007.

58 Conforme notícia veiculada pelo site do Ministério Público Federal do Distrito Federal em 26 de outubro de 2007 (Disponível em: <<http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias-do-site/direitos-do-cidadao/mpf-df-justica-suspende-resolucao-do-cfm-que-regula-a-ortotanasia/>>. Acesso em: 28 nov. 2007). Seguem os principais trechos da decisão: “Trata-se de ação civil pública, com pedido de antecipação de tutela, ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra o CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, questionando a Resolução CFM nº 1.805/2006, que regulamenta a *ortotanásia*. Aduz, em apertada síntese, que o Conselho Federal de Medicina não tem poder regulamentar para estabelecer como conduta ética uma conduta que é tipificada como crime. O processo foi ajuizado em 09 de maio de 2007. O ilustre Juiz Federal JAMIL ROSA DE JESUS OLIVEIRA - oficiando no feito em virtude de minha designação para, com prejuízo das funções, prestar auxílio na 25a Vara (Juizado Especial Federal) desta Seção Judiciária do Distrito Federal no período de 02 a 22 de maio de 2007 - despachou no dia 15 de maio de 2007 oportunizando a oitiva do Réu, no prazo de 72h, antes de apreciar a antecipação de tutela. intimado, o Conselho Federal de Medicina protocolou as informações preliminares no dia 31 de maio de 2007, asseverando a legitimidade da Resolução CFM nº 1.805/2006 e a inexistência dos requisitos necessários à concessão da antecipação de tutela. É o relatório. Decido. (...). Pois bem.

A lide cinge-se à legitimidade da Resolução CFM nº 1.805/2006, que regulamenta a possibilidade de o médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis. Impende salientar, inicialmente, que a questão é complexa e polêmica, como se infere da petição inicial desta ação civil pública, que tem nada menos que 129 folhas, vindo instruída com os documentos de fls. 133-296, bem assim das informações preliminares do Réu, que têm 19 folhas e são instruídas com os documentos encartados em dois volumes de autos, totalizando mais de 400 folhas. Na verdade, trata-se de questão imensamente debatida no mundo inteiro. Lembre-se, por exemplo, da repercussão do filme espanhol ‘Mar Adentro’ e do filme americano ‘Menina de Ouro’. E o debate não vem de hoje, nem se limita a alguns campos do conhecimento humano, como o Direito ou a Medicina, pois sobre tal questão há inclusive manifestação da Igreja, conforme a ‘Declaração sobre a Eutanásia’ da Sagrada Congregação para a Doutrina da Fé, aprovada em 05 de maio de 1980, no sentido de que ‘na iminência de uma morte inevitável, apesar dos meios usados, é lícito em consciência tomar a decisão de renunciar a tratamentos que dariam somente um prolongamento precário e penoso da vida, sem, contudo, interromper os cuidados normais devidos ao doente em casos semelhantes. Por isso, o médico não tem motivos para se angustiar, como se não tivesse prestado assistência a uma pessoa em perigo’. Entretanto, analisada a questão superficialmente, como convém em sede de tutela de urgência, e sob a perspectiva do Direito, tenho para mim que a tese trazida pelo Conselho Federal de Farmácia nas suas informações preliminares, no sentido de que a *ortotanásia* na antecipa o momento da morte, mas permite tão-somente a morte em seu tempo natural e sem utilização de recursos

longe de ser pacífica, havendo vozes contrárias quanto ao respeito à vontade de morrer.⁵⁹

Na Itália, há grandes discussões sobre o tema do *testamento biológico*, com referências até mesmo nos cursos de Direito Civil.⁶⁰ Recentemente, a imprensa escrita italiana noticiou o caso *Piergiorgio Welby*. Como paciente terminal, foi respeitada a sua vontade de ter os aparelhos de ventilação mecânica desligados, vindo a falecer em 20 de dezembro de 2006. Discute-se, atualmente, se o anestesista Mário Riccio, que interrompeu a referida ventilação, auxiliando o paciente a encontrar a morte, deve ou não ser condenado pelo crime de homicídio.⁶¹

De qualquer forma, desse País, podem ser encontrados *modelos de testamentos biológicos* até mesmo na internet. Em um modelo encontrado, percebe-se a menção expressa a cláusulas pelas quais o paciente concorda com a interrupção do tratamento em casos terminais, particular-

mente naqueles em que ele não tem mais condições de expressar a vontade.⁶² A exemplo, o paciente concorda com a não utilização de medidas como a reanimação cardiopulmonar, a ventilação assistida, a diálise, a cirurgia de urgência, a transfusão de sangue, a alimentação artificial e a terapia antibiótica. A interrupção de eventual tratamento deve ser decidida por dois médicos, dos quais um especialista. O paciente diz, ainda, que não quer o prolongamento da vida, a manutenção de um estado de inconsciência permanente, a manutenção de um estado de demência ou a total paralisia com incapacidade de se comunicar.

59 Maria Helena Diniz traz interessantes ponderações sobre a validade do ato de disposição: “O direito do ser humano à autonomia da vontade gera a obrigação dos demais de respeitá-lo, acatando a decisão tomada pelo titular do direito sobre seu plano de vida e ação. Esse respeito à autodeterminação fundamenta-se no princípio da dignidade da natureza humana, atendendo-se ao imperativo categórico kantiano de que o ser humano é um fim em si mesmo. Mas será que essa autonomia individual pode ser omnímoda ou total? Pode sofrer ela alguma restrição de ordem social ou jurídica? Essa liberdade de consentir não pode ser prejudicada por defeitos no controle decisório provocados por condições psíquicas em que se encontra a pessoa, por transtornos mentais ou por intoxicação de substâncias químicas? Poder-se-ia exaltar esse poder decisório do doente, ante o fato de que a autonomia de sua vontade pode ser uma arma contra ele mesmo, porque a decisão, em regra, vale conforme o seu grau de esclarecimento ou informação? O princípio da autodeterminação do paciente pode compelir o profissional da saúde a adotar procedimentos terapêuticos fúteis, que não trazem qualquer benefício, violando o princípio da beneficência? Como solucionar conflito entre o princípio da beneficência do médico e o da autonomia da vontade do paciente? Estaria o direito do paciente de escolher ou recusar tratamento limitado pelo direito-dever do médico de praticar a medicina de forma responsável. O paciente tem direito de opinar sobre o que se lhe apresenta como benefício, mas o médico deve decidir quando o tratamento é fútil, ou não, baseado em seu conhecimento sobre os efeitos da terapia e de seu provável impacto sobre a qualidade de vida do doente. Ante tantos conflitos, o médico deve, às vezes, assumir o encargo de moderador de tensões, decidindo em que circunstâncias a vontade do paciente deve prevalecer. Como se vê, a autonomia deste, por não ser um direito absoluto, pode conflitar com a do médico, que, por razões ético-jurídicas, pode opor-se ao desejo do doente que requer, por exemplo, a prática da eutanásia” (O estado atual do biodireito, cit., p. 358). Assim, a autora parecer ser contrária à validade jurídica do instituto no Brasil.

60 Confira-se: BIANCA, C. Massimo. Diritto civile. 4. ed. Milano: Giuffrè, 2005 (La famiglia. Le successioni, v. II), p. 738. O tema é abordado no tópico que trata das disposições não patrimoniais do testamento.

61 Acompanhando o noticiário veiculado pelo Jornal Corriere de la Sera, em sua versão digital, constata-se que a procuradoria de Roma havia livrado o médico da acusação de homicídio. Entretanto, mais recentemente, o juiz do Tribunal romano afastou o pedido de arquivamento do caso. Portanto, será discutida a validade jurídica do que se denomina como testamento biológico (Notícia veiculada no dia 8 de junho de 2007. Disponível em: <http://www.corriere.it/Primo_Piano/Cronache/2007/06_Giugno/08/welby_inchiesta.shtml>. Acesso em: 29 nov. 2007). Discorrendo sobre o tema, são interessantes as críticas formuladas por Francesco D’Agostino, professor da Universidade de Roma – Tor Vergata –, que expõe os radicalismos que envolvem a questão (Il testamento biológico. Disponível em: <<http://www.abuondiritto.it/dettaglio.php?ID=2736>>. Acesso em: 29 nov. 2007).

mente naqueles em que ele não tem mais condições de expressar a vontade.⁶² A exemplo, o paciente concorda com a não utilização de medidas como a reanimação cardiopulmonar, a ventilação assistida, a diálise, a cirurgia de urgência, a transfusão de sangue, a alimentação artificial e a terapia antibiótica. A interrupção de eventual tratamento deve ser decidida por dois médicos, dos quais um especialista. O paciente diz, ainda, que não quer o prolongamento da vida, a manutenção de um estado de inconsciência permanente, a manutenção de um estado de demência ou a total paralisia com incapacidade de se comunicar.

Mais do que isso, pelo modelo encontrado, o paciente declara que tem consciência do valor da vida e de sua dignidade; mas que, se for acometido por uma doença incurável e irreversível, a lhe trazer o sofrimento, concorda que o melhor é o abreviamento da vida. Por fim, há menção a outras disposições particulares, tais como as relativas à assistência religiosa; à doação de partes do corpo para transplante, para fins didáticos ou científicos; o desejo de ser cremado ou enterrado; a pretensão à assistência religiosa, para si e para os parentes, entre outros.

Pois bem, quanto aos Estados Unidos da América, há regulamentação específica dos *testamentos biológicos* ou *vitais*, denominados como *living wills*. Em 1991, foi aprovada lei sobre a autodeterminação do paciente (*The Patient Self-Determination Act – PSDA*), sendo perfeitamente válido esse exercício da autonomia privada, desde que respeitados os parâmetros legais, como o estado de lucidez do paciente quando de sua manifestação.⁶³ Conforme pesquisa realizada recentemente, há uma tendência de crescimento das disposições dessa natureza entre os norte-americanos.⁶⁴

Superado esse contraponto do Direito Comparado, é interessante finalizar o presente artigo com a grande dúvida técnica que existe em relação ao *testamento vital* ou *biológico*: trata-se realmente de um *testamento*, no sentido jurídico da expressão, ou o instituto é uma mera disposição unilateral de vontade? Como enquadrar esse instituto como categoria jurídica?

Estamos inclinados a concluir que, pelo menos a princípio, o instituto que se propõe não é realmente um *testamento*. Ora, como já exposto, o *testamento* é instituto jurídico para produzir efeitos após a morte. Não é o que ocorre em regra, com o que se denomina como *testamento vital* ou *biológico*, que nos casos envolvendo o tratamento médico produz efeitos, ainda, antes da morte da pessoa, particularmente nos casos em que o paciente é terminal.

Ademais, a forma desse ato é livre, bastando que seja devidamente constatada e provada, não se enquadrando nas complexas solenidades relativas ao *testamento*, um dos atos que apresenta um maior número de formalidades entre to-

dos de Direito Privado. Essa conclusão pode ser encontrada tanto na doutrina nacional quanto na estrangeira.⁶⁵

Em suma, trata-se, em regra, de um ato jurídico *stricto sensu* unilateral, que pode, sim, produzir efeitos, uma vez que o seu conteúdo é perfeitamente lícito.⁶⁶ Eventualmente, apenas nos casos em que houver disposições não patrimoniais, como aquelas relativas à doação *post mortem* de partes do corpo (nos termos do art. 14 do Código Civil), ao destino do corpo, ao sufrágio da alma, ao enterro, entre outros, é que o instituto seria assemelhado a um *testamento*, na verdade,

62 Há modelo de testamento biológico no site da Associação para os Direitos dos Usuários e Consumidores da Itália (ADUC). Disponível em: <<http://www.aduc.it/dyn/eutanasia/docu.php?id=136332>>. Acesso em: 29 nov. 2007.

63 DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito, cit., p. 354-355. 64 Conforme pesquisa realizada por Paulo Doron Rehder de Araújo, para seminário apresentado em 31 de outubro de 2007, para a disciplina Direito das Sucessões: leitura contemporânea dos principais institutos, ministrada no curso de pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, há uma tendência de crescimento dos *living wills*. Em 2004, 31% dos americanos tinha *testamentos vitais*. Em 2007 esse percentual subiu para 41% dos americanos. Fonte: Harris Interactive – EUA. 2007.

65 Como aduz o próprio Diaulas Costa Ribeiro, um dos defensores do conteúdo daquilo que se convencionou chamar de *testamento vital* ou *biológico*, “É evidente que, em qualquer dos sistemas onde estão vigentes, explícita ou implicitamente, inclusive no Brasil, os *testamentos vitais* não têm os requisitos de um *testamento tradicional* (a ser cumprido após a morte). Ao contrário desses, devem ser mantidos abertos, ao conhecimento da família, dos médicos ou de um terceiro, um procurador, que o paciente nomeia, poderá tomar, nessas matérias, decisões não incluídas nas suas disposições” (RIBEIRO, Diaulas Costa. Um novo *testamento*: *Testamentos vitais* e *diretivas antecipadas*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte, 2006, p. 281). Para Massimo Bianca, o *testamento biológico* é estranho à matéria sucessória, pois constitui um ato que contém disposições de caráter pessoal, que devem ser adotadas em casos de perda da capacidade de entender ou de manifestar vontade, ou mesmo em situações de doenças terminais (Diritto civile, v. II, La famiglia. Le successioni, cit., p. 738).

66 Com inspiração na doutrina de Pontes de Miranda, Marcos Bernardes de Mello e Antonio Junqueira de Azevedo, conceituamos o ato jurídico *stricto sensu*, ou em sentido estrito, como sendo aquele que se configura quando houver objetivo de mera realização da vontade do titular de um determinado direito, não havendo a criação de um instituto jurídico próprio para regular direito e deveres, muito menos composição de vontade, entre as partes envolvidas. Os seus efeitos, portanto, estão predeterminados pela lei (TARTUCE, Flávio. Direito civil. 3. ed. São Paulo: Método, 2007, v. 1, p. 310). O ato jurídico *stricto sensu* está regulado pelo art. 185 do Código Civil, pelo qual “Aos atos jurídicos lícitos, que não sejam negócios jurídicos, aplicam-se, no que couber, as disposições do Título anterior”. Dessa forma, em regra, são aplicáveis ao ato jurídico em sentido estrito as mesmas regras do negócio jurídico.

mais próximo de um codicilo, nos termos do art. 1.881 do atual Código Civil Brasileiro.⁶⁷

Concluindo, o que se percebe é que a expressão *testamento vital* ou *biológico* não é correta quanto à categorização jurídica, pois o que se propõe não é um *testamento* em si. Talvez a expressão seja *inferencialista* de seus proponentes, em duplo sentido ou visando a passar uma mensagem um tanto *subliminar*.⁶⁸ O tema interessa mais aos direitos da personalidade do que ao direito sucessório. Por isso, sem esgotar o assunto, pois aqui constam apenas reflexões iniciais, propomos que a sua denominação seja alterada para *declaração vital* ou *biológica*.

6 Referências

- ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mario Luiz. Código Civil anotado. São Paulo: Método, 2005.
- BIANCA, C. Massimo. Diritto civile. 4. ed. Milano: Giuffrè, 2005 (La famiglia. Le successioni, v. II).
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BRANDOM, Robert B. La articulación de las razones. Una introducción al inferencialismo. Traducción de Eduardo de Bustos y Eulália Pérez Sedeño. Madrid: Siglo Veintiuno, 2002.
- CUPIS, Adriano de. Os direitos da personalidade. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes, 1961.
- DINIZ, Maria Helena. Código Civil anotado. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 6.
- DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. São Paulo: Saraiva, 2003.
- FACHIN, Luiz Edson. Direitos da personalidade no Código Civil. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (Coord.). Direito civil. Direito patrimonial. Direito existencial. Estudos em homenagem à Professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Método, 2006.
- FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 73.
- FRANÇA, Rubens Limongi. Instituições de direito civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- FROTA, Pablo Malheiros Cunha. Danos morais e pessoa jurídica. São Paulo: Método, 2007.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. In: Direito das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2007. v. VII.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das sucessões. 3. ed. São Paulo: RT, 2007.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio da solidariedade familiar. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre, Magister, n. 0, Edição de lançamento, 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais. 3. tir. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. Tratado de direito das sucessões. São Paulo: Max Limonad, 1952. v. II.

OLIVEIRA, Euclides de. Formas de testamento. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (Coord.). Direito civil. Direito patrimonial. Direito existencial. Estudos em homenagem à Professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Método, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Atualizado por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Instituições de direito civil. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. VI.

PESSINI, Leo. Questões éticas-chave no debate moderno sobre a distanásia. In: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo (Org.). Bioética: poder e injustiça. São Paulo: Sociedade Brasileira de Bioética, 2003.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. t. LVI.

RIBEIRO, Diaulas Costa. Um novo testamento: Testamentos vitais e diretivas antecipadas. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte, 2006.

RIBEIRO, Diaulas Costa. Um novo testamento: testamentos vitais e diretivas antecipadas. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dimensões da dignidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

TARTUCE, Flávio. Direito civil. 3. ed. São Paulo: Método, 2007. v. 1.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Direito civil. In: Direito das sucessões. São Paulo: Método, 2007. v. 6.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: Temas de direito civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VELOSO, Zeno. Testamentos. Noções gerais; formas ordinárias; codicilo; formas especiais. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/zeno_testamento.doc>. Acesso em: 31 out. 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil. In: Direito das sucessões. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. VII.

67 CC. “Art. 1.881. Toda pessoa capaz de testar poderá, mediante escrito particular seu, datado e assinado, fazer disposições especiais sobre o seu enterro, sobre esmolas de pouca monta a certas e determinadas pessoas, ou, indeterminadamente, aos pobres de certo lugar, assim como legar móveis, roupas ou jóias, de pouco valor, de seu uso pessoal”.

68 Sobre o inferencialismo como linha filosófica, consulte-se: BRANDOM, Robert B. La articulación de las razones. Una introducción al inferencialismo. Traducción de Eduardo de Bustos y Eulália Pérez Sedeño. Madrid: Siglo Veintiuno, 2002.

Os recursos repetitivos

Por Palhares Moreira Reis

Advogado. Doutor em Direito. Professor Emérito da Universidade Federal de Pernambuco. Professor Catedrático Honorário Visitante da Universidade Moderna de Portugal. Conferencista honorário da Escola Superior de Advocacia Ruy da Costa Antunes, da Ordem dos Advogados do Brasil, seção de Pernambuco. Membro Fundador da Academia Brasileira de Ciências Morais e Políticas e da Academia Pernambucana de Ciências Morais e Políticas. Membro da Associação Brasileira de Constitucionalistas – Instituto Pimenta Bueno, de São Paulo. Coordenador Acadêmico da área jurídica da FOCCA – Faculdade de Olinda. Professor aposentado de Ciência Política, e de Direito Constitucional da Universidade Federal de Pernambuco. Do Conselho Editorial da Revista Consulex. Conferencista em congressos nacionais e internacionais. Autor de 27 livros, alguns deles em mais de uma edição, e mais de 300 títulos, dentre artigos em revistas especializadas, capítulos de obras coletivas e folhetos, além de artigos em jornais e programas culturais em rádio e televisão educativas.

O Governo da República tem, reiteradamente, promovido alterações legislativas ou mesmo de práticas administrativas relacionadas com interesses dos servidores públicos, do mesmo modo que outras referentes a direitos de contribuintes, ou beneficiários da Previdência Social, muitas delas reputadas contrárias aos interesses dos particulares. Contra essas providências governamentais vêm de se insurgir os servidores ou contribuintes por elas atingidos, procurando a proteção dos seus direitos no Poder Judiciário, gerando, deste modo, uma quantidade significativa de processos nos quais se discute a mesma questão.

Assim, se eventualmente ocorrer uma série enorme de postulações oriundas de servidores ou de associações ou sindicatos destes, sobre um mesmo tema, ao chegar a controvérsia ao nível de interposição de recurso especial, deverá ser aplicada ou não a norma legal nova, sobre o julgamento dos recursos repetitivos, de modo a que, rapidamente, se possa ter uma solução uniforme sobre a controvérsia, válida para todo o país.

Tal providência, de se estabelecer um procedimento recursal capaz de impedir que uma quantidade enorme de recursos repetitivos sobre o mesmo tema vem de ser agora aplicada perante o Superior Tribunal de Justiça. Do mesmo modo que a necessidade de demonstrar a eventual repercussão geral para a interposição de recurso extraordinário, ou no que concerne à aplicação de verbete vinculante da Súmula do Supremo Tribunal Federal, esta nova técnica de apreciação dos recursos especiais tem como escopo o tornar mais ágil a prestação jurisdicional com a uniformização jurisprudencial sobre a questão em foco. Com isto se pretende que a lei sobre recursos repetitivos venha a funcionar para contribuir para a redução do número de recursos no STJ. “Uma vez pacificada a questão, os recursos não devem mais passar da segunda instância, o que deverá contribuir para a redução do número em trâmite no STJ”, afirmou a Ministra Nancy Andrighi.

Deve se notar que a questão controvertida poderá ter sido tratada de modo diferente nos diversos recursos es-

peciais, usando tais recursos vários argumentos que não se reproduzem, antes se completam, para orientar a decisão sobre o tema abordado, de sorte a se ter, a final, uma orientação jurisprudencial uniforme em relação à controvérsia.

Recente modificação no Código de Processo Civil vem, para tanto, promover a aplicação prática de dois dos princípios constitucionais: o da facilitação do acesso à Justiça, e o relativo a uma “razoável duração do processo”, previstos no art. 5º da Carta Maior.

A Lei n.º 11.672, de 8 de maio de 2008, estabeleceu um procedimento novo para o julgamento de recursos especiais repetitivos sobre o mesmo tema no Superior Tribunal de Justiça. Está a norma no art. 543-C, acrescido ao Código de Processo Civil, e que tem a seguinte redação:

Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

A Lei n.º 11.672, de 8 de maio de 2008, estabeleceu um procedimento novo para o julgamento de recursos especiais repetitivos sobre o mesmo tema no Superior Tribunal de Justiça. Está a norma no art. 543-C, acrescido ao Código de Processo Civil, e que tem a seguinte redação:

Assim, em obediência aos nove parágrafos a este artigo, caberá ao presidente do tribunal de origem (ou ao seu vice-presidente, conforme disposto na regra regimental da Corte respectiva), defrontando-se com uma farta cópia de recursos especiais sobre a mesma questão de direito, selecionar para admissão apenas um ou mais recursos representativos da controvérsia. Então, os recursos assim selecionados serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Alto Pretório Uniformizador sobre o thema decidendum.

Alternativamente, no degrau superior, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia posta já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar aos tribunais de segunda instância, que seja suspensa a tramitação dos recursos nos quais idêntica controvérsia esteja sendo estabelecida.

Deste modo, esta seleção dos processos representativos dos recursos repetitivos é ato que deve ser da alçada do Tribunal recursal, porém, se tal não ocorrer, como se disse, poderá resultar de decisão do relator do recurso especial no Alto Pretório Uniformizador.

Essa escolha do recurso especial que passa a ser o paradigma para a decisão sobre o tema repetitivo é de livre pro-

cedimento pela autoridade competente, sem que isto – tanto a seleção para remessa ao STJ, quanto ao contrário, possa ser considerado lesivo de direito da parte. Mesmo porque esse ato é, na prática, insuscetível de recurso.

No entanto, se a parte recorrente verifica que o seu pleito foi sobrestado equivocadamente, posto que o seu conteúdo recursal não se comporta nos limites da seleção presidencial, poderá vir a interpor agravo de instrumento, no qual evidencie a diferença entre os casos sobrestados e pendentes de análise no STJ e a sua própria demanda recursal.

Note-se que a disposição legal nova aplica ao recurso especial o mesmo mecanismo de retenção recursal que já é utilizável no recurso extraordinário, com relação à repercussão geral, tal como previsto no art. 543-B do CPC², num e noutro caso buscando efetivar a unidade de direito atribuída ao STF e ao STJ no plano constitucional ou infraconstitucional.

Na instância superior, o relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais (todos, e não apenas aqueles que remeteram processos para exame e julgamento) a respeito da controvérsia que surge repetitivamente nas diversas lides que lhe foram presentes. A informação dos Presidentes dos tribunais de origem dos recursos especiais dará uma dimensão mais nítida a respeito da controvérsia. E, mais ainda, o Relator no STJ poderá admitir a participação da figura do *amicus curiae*, isto é, admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades para prestar esclarecimentos ou ofertar opiniões ou esclarecimentos capazes de influir no resultado do julgamento da demanda.

Ouvido o Ministério Público, um processo paradigma de recursos repetitivos será incluído em pauta na Seção ou na Corte Especial, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados apenas os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.

Tomada a decisão, num ou noutro nível do STJ, a publicação do acórdão acarretará, para os recursos especiais sobrestados nos tribunais de origem, duas soluções, a saber:

a) Se o acórdão recorrido contiver uma decisão coincidente com a orientação do Superior Tribunal de Justiça, terá ele o seu seguimento denegado.

b) Ao contrário, se ocorre que o acórdão recorrido diverge da orientação do Superior Tribunal de Justiça o pro-

2. Código de Processo Civil, art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

cesso será reexaminado pelo Tribunal de origem e, no caso de mantida a decisão divergente por essa Corte estadual ou regional, a mesma procederá ao exame de admissibilidade do recurso especial, na forma do seu regimento.

Como soe acontecer quando surge qualquer procedimento novo nesta mesma direção (como ocorreu, por exemplo, quando da aprovação da súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004), haverá quem se rebele contra a idéia, sob a alegação de que tal providência irá cercear a aplicação do livre convencimento do juiz, que se tornará restrito na sua competência. É claro que, como sempre, tal poderá ocorrer pela existência de desvio na aplicação da norma, porém o benefício maior é o de promover a celeridade da justiça ao

dirimir quantidade enorme de casos meramente repetitivos, que têm os mesmos fatos como base e as mesmas teses jurídicas como fundamento.

Os resultados positivos já começam a se fazer sentir. Um mês depois de vigente a mencionada lei sobre os recursos repetitivos, a Segunda Seção do STJ definiu que a empresa telefônica pode cobrar pelo fornecimento de certidões sobre dados constantes de livros societários. Esses documentos são necessários para futuro ingresso de ação judicial. Também ficou estabelecido que o interessado deve requerer formalmente os documentos à empresa por via administrativa. Só esta decisão atingiu 212 recursos que tiveram a tramitação suspensa no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul até o julgamento do STJ.

Brevíssimas Anotações à Lei 11.719, de 20 de junho de 2008.

Por Teodomiro Noronha Cardozo

Juiz de Direito. Doutorando pela UFPE. Professor Universitário e da Pós-graduação da Esmape.

Sumário: INTRODUÇÃO. 1. Direito Penal Substantivo e Adjetivo: ainda é possível uma distinção? 1.1. Autonomia Científica do Processo Penal. 1.2. Fonte de Produção do Direito. 2. Valor Mínimo de Indenização. 3. Titularidade do Ministério Público. 4. Adiamento de Audiência por Falta do Advogado. 5. Da Citação com Hora Certa. 6. Emendatio e Mutatio Libelli. 7. Modalidades de Prisão Cautelar. 7.1. A Ponderação de Princípios. 7.2. A Prisão Definitiva. 8. Do Procedimento Comum ou Especial. 9. Da Rejeição da Denúncia. 10. Da Absolvição Sumária.

Introdução

As recentes reformas do Código do Processo Penal, levadas a efeito pela Lei 11.689, de 09 de junho de 2008, com alterações substanciais do Tribunal do Júri Popular; pela Lei 11.690, de 09 de junho de 2008, com a promoção de mudanças em matéria de prova e pela Lei 11.719/2008 ora em comento são frutos das tentativas vãs de se fazer uma reforma, reformista, mesmo, de todo o Código do Processo Penal.

Como sistema¹, um código de leis deve manter sua unidade, para fazer prevalecer a sistemática que ele encerra, como meio legal que visa à instrumentalização do direito material. A unidade do procedimento, consoante lapidar definição de Liebman, *verbis*:

[...] reside no fato de que todos os seus atos visam a atingir o ato final, para o qual cada ato dá sua contribuição; o ato final resume todo o procedimento e constituirá o seu resultado, tendo ele eficácia externa, e não meramente processual².

A idéia de sistematização do direito (*ius*) surgiu na antiga Roma (século XIII), sobretudo na universidade romana, e depois se espalhou para a Alemanha (séculos XV e XVI), mormente, com o fenômeno da recepção.

Para Mario Losano, a partir das sociedades pré-letradas até a pós-industrialização, os homens se movimentam no interior de sistemas de regras, complexas, regras estas que são dire-

1 Sistema é o conjunto de partes entre si coordenadas, como um corpo de doutrina, método. A unidade do sistema deriva de um mesmo princípio. ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de Filosofia. Tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bossi. Revisão e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 1.077.

2 LIEBMAN, Enrico Túlio. Manuale di diritto processuale civile, v.1. p. 129 et sequi. A relação jurídica que se estabelece em um processo não é uma relação de coordenação, mas de sujeição – com predominância sobre os interesses das partes litigantes – tendo em vista o caráter público da relação, no interesse público na solução do conflito. ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de et alli. Teoria geral do processo. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1996, p. 90.

tamente proporcionais ao grau de intensidade das transações e ao nível cultural de um momento histórico da sociedade.³

Todavia, no campo do processo civil a recepção operou-se de acordo com os costumes e as tradições do direito canônico e do direito romano, porquanto o *praetor* romano era um prático que, antes de assumir o cargo de julgador, publicava seus editos. Não obstante, como o direito romano era, essencialmente, costumeiro, o *praetor* em um caso concreto poderia negar vigência ao seu próprio edito para construir uma decisão boa e justa, visão da época, captada pelo jurista Celso, para quem: “[...] o direito romano é a arte do bom e do equitativo”: *ius ars boni et aequum*.

Assim, a codificação como a conhecemos, hodiernamente, surgiu, apenas, no século XIX. Isto porque o direito romano, rompendo as fronteiras jurídicas do seu próprio império, facilitou a recepção do direito romano pela atual Alemanha e, daí, dispersou-se pelo mundo inteiro. No tópico seguinte faremos uma análise sobre a vetusta distinção entre direito penal substantivo e direito penal adjetivo.

1 Direito Penal Substantivo e Adjetivo: ainda é possível uma distinção?

A doutrina do utilitarismo inglês, do século XIX, estabelecia distinção entre direito penal substantivo e direito penal adjetivo. Esta distinção está superada à luz dos nossos dias.

A lesão a um bem jurídico faz surgir para o Estado o direito de punir (*ius puniendi*), que é exercido por meio do processo penal com os consectários do devido processo legal: contraditório, ampla defesa e prova lícita, no escopo inarredável de solucionar um litígio, haja vista que, por imperativo constitucional, nenhuma lesão a direito ou bem jurídico pode ficar alheia à tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, da *Magna Charta*), pois, não se pode aplicar o direito material sem a realização de um processo (*nulla poena sine iudicio*).

Bastante recorrente, neste aspecto, é o conceito de lide de Carnelutti: “[...] um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida ou insatisfeita”.

No mesmo diapasão, para Liebman a lide é um conflito efetivo ou virtual de postulações, necessariamente, contraditórias, sobre o qual o juiz é convidado a decidir.⁴

1.1 Autonomia científica do Processo Penal

Hoje, todavia, o direito penal e o direito processual penal são saberes diferentes que não se confundem; um não se subordina ao outro, todavia, um não vive sem o outro. Porém, ambos têm autonomia dogmática, objeto e finalidades diferentes.

O direito penal tem por objeto a cominação de uma

pena ao autor de um fato típico, antijurídico e culpável, cuja finalidade é a proteção de bens jurídicos (interesses da sociedade) individuais ou coletivos, dogmas ou signos jurídicos positivos, que, sem a proteção jurídica do Estado, tornar-se-ia insuportável o agrupamento social: *ubi societas, ibi hominis, ibi ius*.

Dito de outro modo, a dialética do processo encerra uma metodologia que se propõe, enquanto ciência, a possibilitar a aplicação de uma pena estatal. Na visão de Carnelutti: “[...] *la metodología es ciencia, o mejor, si también la metodología es acción, el problema del método se presenta también a la metodología*.”⁵

1.2 Fonte de produção do Direito

Na lição de Chiovenda, o direito tem como fonte de produção o Estado. Mas, nem por isso, devemos esquecer das críticas de Friedrich Müller⁶ quanto ao método de interpretação do direito de viés positivista.

Em uma sociedade complexa, como a atual, de cunho pós-modernista, faz-se mister a evolução do direito para uma dogmática pluralista, sem negar, é claro, o ponto de partida dogmático: a lei como justificação; e sem negar a obrigatoriedade da decisão: o *non liquet*.

Contudo, entretanto, urge interpretarmos o direito com vista a várias possibilidades tópicas (Theodor Viehweg) do ponto de chegada da decisão judicial, sem, necessariamente, negar o Direito.

Já o direito processual penal tem por objeto o devido processo legal e, por finalidade, a aplicação do direito de punir do Estado (*ius puniendi*), e o realiza por meio do *ius persequendi*, “procedimento exterior ao fenômeno do processo”.

Na visão de Calamandrei o procedimento interior é de essência; é a relação jurídica que se estabelece entre as partes: *actio trium personarum* (juiz, autor e réu), em que os atores processuais se comunicam entre si, porque o procedimento é de relação, não havendo entre eles compartimentos estanques, cujos atos procedimentais realizam o processo e,

3 LOSANO, Mario G. Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução Marcela Vajreão. Revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.3.

4 LIEBMAN, Enrico túlio. Processo civil brasileiro. São Paulo: Saraiva & Cia, 1947, p. 137.

5 CARNELUTTI, Francesco. Metodología del derecho. Traducion por el Dr. Angel Ossorio. México : Union Tipográfica Editorial Hispano-America, 1940, p. 10.

6 In, ADEODATO, João Maurício. Ética e retórica: uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 251.

conforme Niklas Luhmann, “[...] o processo se legitima pelo procedimento”.⁷

A relação jurídica, no âmbito do processo civil romano, tinha natureza jurídica contratual, privatística, como lembra Oskar von Bulow: “*Die lehre von den Prozessreden und die Prozessvoraussetzungen*”.⁸

Assim, podemos concluir que o devido processo penal realiza o direito material, no escopo de pacificar a sociedade, pelo menos, em uma dimensão retórica. Não devemos nos esquecer da crítica de Franz von Liszt, que no século XIX chegou, mesmo, a afirmar que: “[...] o direito penal e bem assim a lei penal não são instrumentos válidos de reformas sociais, servem, apenas, para manter as liberdades co-existentes”.⁹

Ora, se o direito penal e também o processo penal não são capazes de aplacar a insuportável violência dos nossos dias, parafraseando Gustav Radbruch, eu gostaria de algo melhor que o processo penal e não um processo penal melhor!¹⁰

2 Valor mínimo de indenização

O art. 63 combinado com o inciso IV, do art. 387, da Lei 11.719/08, promoveu alterações na ação ex-delicto, permitindo a cumulação de pedidos (penal e cível) no juízo criminal, cujo valor mínimo do *quantum debeatur*, obrigatoriamente, fixado pelo juiz criminal na sentença a favor da vítima ou de herdeiros (art. 5º, LXV, da Constituição Federal), inclusive, sem a necessidade de pedido formal, faz coisa julgada e, de logo, poderá ser executado, no juízo cível.

3 Titularidade do Ministério Público

A titularidade da ação penal, princípio constitucional previsto no art. 129, I, da Constituição Federal, mereceu atenção do legislador infraconstitucional, inclusive, a dicção do art. 257, da Lei 11.719/08 - a meu ver, desnecessário, porquanto não se nega que o *Parquet* é o *dominus litis* e, quando não, é o *custos legis* da ação penal pública – e o juiz, órgão inerte da jurisdição, não prestará a tutela jurisdicional *ex officio: ne procedant iudex sine actione*.

4 Adiamento de audiência por falta do advogado

A nova redação do art. 265, § 1º, do Código de Processo Penal, em obséquio ao princípio constitucional da ampla defesa, permitiu ao juiz adiar a audiência se o advogado não puder comparecer. Provado o impedimento até a abertura da audiência, ao juiz não mais é permitido nomear defensor em substituição, para aquele ato, se o defensor constituído justificou sua ausência.

O verbo “poderá”, em face do princípio da ampla defesa, é norma cogente (*ius cogens*), poder-dever, e não mais uma faculdade do julgador; máxime, agora, que o processo penal se rege por audiência de instrução e julgamento única.

5 Da citação com hora certa

O art. 362 da Lei 11.719/08, de forma inusitada, inaugura no processo penal a citação com hora certa, se o réu se oculta para evitar a citação e conseqüente formação da relação processual. Instituto do processo civil, e sem precedentes no processo penal, o legislador, em caráter suplementar, remete o intérprete para os arts. 227 usque 229, do Código do Processo Civil.

Citado por edital, se o réu comparece, devolver-se-á o prazo para a defesa. Se procurado e não encontrado, proceder-se-á à citação por edital, consoante o art. 366 do Código do Processo Penal (o caput não sofreu alteração). São requisitos da citação com hora certa: a) que haja fundada suspeita de que o réu se oculta para evitar o conhecimento da imputação; b) que o oficial de justiça, a quem cumpre diligenciar, no primeiro momento, certifique a ocorrência e proceda à citação “com hora certa”, procurando o réu em seu endereço, por três vezes, e não sendo este encontrado deve intimar a qualquer pessoa da família, ou em sua falta a qualquer vizinho, que, no dia imediato, voltará, a fim de efetuar a citação, na hora que designar – art. 227, CPC.

Completada a citação com hora certa, formada está a relação processual, impondo ao magistrado nomear defensor dativo, se recalcitrante o réu.

6 Emendatio e mutatio libelli

Pela nova redação do art. 383 da multicitada Lei 11.719/08, convencendo-se o juiz de nova definição jurídica do fato, se for o caso, havendo possibilidade de suspensão condicional do processo, agirá de acordo com o art. 89 da Lei 9.099/95, em face do princípio do direito romano: narra *mihi factum, dabo tibi ius*.

7 LUHMANN, Niklas. Legitimação pelo procedimento. Brasília: UNB, 1980, pp. 04 et sequi.

8 BÜLOW, Oskar von. Giessen, 1868. In FERNANDES, Antônio Scarrance. Processo penal constitucional. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 36.

9 Apud, ROXIN, Claus. Política criminal e sistema jurídico-penal. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro : Renovar, 2002, p. 13.

10 RADBRUCH, Gustav. Introdução à ciência do direito. Tradução Vera Barkow. Revisão técnica Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo : Martins Fontes, 1999, pp. 118 – 119.

Ab initio, cabe aqui uma nota: o legislador reformista não cuidou da possibilidade de aplicação do instituto da suspensão condicional do processo para a *mutatio libelli* (art. 384, do Código do Processo Penal, com redação da Lei em análise).

Realizado o aditamento, com a desclassificação da conduta, presentes os requisitos do art. 89 da Lei 9.099/95, deverá o Ministério Público propor a medida despenalizadora da suspensão condicional do processo, em face do direito público subjetivo do acusado, isto porque o processo penal tutela as liberdades públicas e o direito a uma pena alternativa, preenchidos os requisitos legais, circunscreve-se na esfera do princípio da autonomia da liberdade do réu.

Nessa toada, trago à baila o pensamento do sempre atual Carnelutti, no tocante à subjetividade de um direito:

O conteúdo psicológico do direito subjetivo não é um agere, mas sim um iubere, e se o iussus é necessário para que surja uma obrigação, forçoso é reconhecer que não é por força da atribuição de um direito subjetivo, mas sim por força do seu exercício, que se cria a obrigação, convertendo-se o direito em faculdade e a sujeição à obrigação."

Esclareça-se, não obstante, que a titularidade do Ministério Público se cinge à ação penal pública, falecendo-lhe competência naquela de iniciativa privada, de titularidade do ofendido.

Acaso o órgão do Ministério Público não proceda ao aditamento, o juiz lançará mão do disposto no art. 28, do Código do Processo Penal (§ 1º), e, neste aspecto, o texto inovou. De outra ótica, não recebido o aditamento, o processo prosseguirá nos seus ulteriores termos (§ 5º).

Em homenagem a princípio constitucional, os autos devem ser encaminhados ao juiz natural, havendo modificação da competência, operada pelo aditamento (§ 2º).

Mutatis mutandis, a teor da Súmula 453, do Supremo Sinédrio, a *mutatio libelli*, ao dar definição nova ao fato, não se aplica no segundo grau de jurisdição por representar, inclusive, supressão de instância, em flagrante desconsideração ao princípio do juiz natural, fundamento inarredável do Estado Democrático de Direito.

De outra banda, em sede de competência originária, por prerrogativa de função a *mutatio libelli* é amplamente aplicada nos tribunais (Lei 8.038/90).

Na prática o juiz já re-interrogava o réu e nisso o legislador, apenas, adaptou a lei à realidade já existente. Pela nova reforma, continuada a instrução, o réu será interrogado por último, possibilitando-lhe defesa ampla.

7 Modalidades de prisão cautelar

Pela disposição do parágrafo único, do art. 387, por ocasião da sentença, o juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção do réu na prisão ou imporá prisão cautelar ou outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação.

A Súmula 347, do Eg. Superior Tribunal de Justiça, já havia negado vigência ao disposto no art. 594, do Código do Processo Penal, revogado expressamente pelo art. 3º, da Lei em exame. De antanho, a vetusta redação do art. 594 - em uma perspectiva de interpretação conforme a constituição, em sede de controle difuso de constitucionalidade *incidenter tantum* sem redução de texto – não mais poderia prevalecer, em face do princípio maior da presunção do estado de inocência ou não-culpabilidade (art. 5º, LVII, da Lei Fundamental).

As modalidades de prisão por pronúncia e por sentença penal condenatória recorrível foram suprimidas pela novel reforma. Atualmente, são três as prisões processuais de natureza cautelar: em flagrante delicto, temporária e preventiva (art. 387, parágrafo único, da Lei 11.719/08 e art. 492, inciso I, alínea “e”, da Lei 10.689/08).

São requisitos das cautelares penais: o *fumus commissi delicti* (indício de autoria e prova da existência do crime) e o *periculum libertatis* (necessidade de garantia da ordem pública, econômica, conveniência da instrução da prova e eventual aplicação da *sanctio iuris*).

7.1 A ponderação de princípios

A ressaltar, entretanto, que no decreto de prisão cautelar o juiz faça a ponderação do princípio do estado de inocência com o princípio da necessidade da prisão.

A necessidade ou exigibilidade (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) ou da menor ingerência possível, como corolário do princípio da proporcionalidade (*verhältnismässigkeitprinzip*), tem maior relevância no sentido de que o cidadão tem o direito subjetivo a uma menor desvantagem, sempre que houver alguma restrição de seus direitos fundamentais, seja no processo penal, civil, ou por meio de cautelares pessoais de restrição de sua liberdade.

A prisão administrativa (art. 319, do Código do Processo Penal) fora antes sepultada pela Constituição Federal (art. 50, LXI, da Constituição Federal), e a prisão disciplinar

11 CARNELUTTI, Francesco. Teoria geral do direito. Tradução Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejur, 1999, p. 277.

foi mantida para as transgressões militares, cabendo ao judiciário, *a posteriori*, exercer o controle apenas da legalidade formal dessa modalidade de prisão.

7.2 A prisão definitiva

A prisão-pena é aquela de natureza repressiva, imposta depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, cuja finalidade é o cumprimento da pena definitiva, no duplo aspecto: *punitur quia peccatum est* (retribuição) e *punitur ne peccetum* (prevenção).¹²

A pena de prisão, como a expiação de um mal, teve sua origem nos mosteiros da idade média. Como punição, os monges e clérigos faltosos se recolhiam às suas celas para se dedicarem, em silêncio, à meditação para o arrependimento das faltas cometidas e, dessa forma, reconciliavam-se com Deus. Quanto à natureza da pena, veja-se, *ad exemplum*, o art. 59 do Código Penal.

8 Do procedimento comum ou especial

O art. 394, § 1º, incisos I, II e III, do Código de Processo Penal, cuida dos procedimentos: comum ou especial, sendo o comum: ordinário, sumário e sumaríssimo, a depender da pena máxima, abstratamente, cominada ao delito, resguardando o rito comum sumaríssimo, para os delitos de menor potencial ofensivo (Leis 9.099/95 e 10.259/01).

O § 2º, do referido artigo, diz: “Aplica-se a todos os processos o procedimento comum, salvo disposições em contrário deste Código ou de lei especial”.

O § 4º, *ipso facto*, estabelece que as disposições dos arts. 395 a 398, do CPP, aplicam-se a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados por esse Código.

Com efeito, o § 5º dispõe sobre a aplicação subsidiária aos procedimentos especial, sumário e sumaríssimo das disposições do procedimento ordinário.

Relativamente ao § 2º, havendo conflito aparente de lei, vige o princípio da especialidade: *lex specialis derogat legi generali*, ou seja, entre a norma geral e a norma especial existe uma relação de gênero para espécie. Assim, a espécie prefere ao gênero.

Revogado o art. 398, sobeja a aplicação residual dos arts. 395 a 397 da Lei 11.719/08, aos procedimentos de primeiro grau de jurisdição. Aqui existe uma aparente contradição dos §§ 4º e 5º, do art. 394, com o art. 48 et *sequi* da Lei 11.343/06.

O art. 395 trata da rejeição da denúncia, o art. 396, da citação do réu para responder à acusação e, por último, o art. 397, da

absolvição sumária. Por sua vez o art. 55, da citada Lei 11.343/06, refere-se a “notificação” em vez de “citação” (art. 396); o art. 56, da aludida Lei determina que “recebida a denúncia”, ou seja, não sendo ela rejeitada, o juiz designará audiência de instrução e julgamento e, só então, ordenará a citação do réu.

Ressalte-se que nos diferentes momentos para a formação da relação processual (art. 363), estatuídos nos artigos 396 e 56, respectivamente, das Leis 11.719/08 e 11.343/06, não se vislumbra qualquer mudança no rito especial da Lei Antidrogas.

Pela ótica do art. 396, o juiz recebe ou não antes a denúncia e, depois, determina a citação do réu para responder à acusação, por escrito; a *contrario sensu*, pela leitura do art. 56, da multicitada Lei 11.343/06 a defesa prévia, por escrito é feita antes, e o juiz recebe ou não a denúncia depois; todavia, se a receber, a relação processual está formada.

Dito isto, infere-se que a Lei Antidrogas (11.343/06) possui procedimento especial próprio, como se observa da disposição do art. 48, que prevê a aplicação subsidiária das disposições do Código de Processo Penal ao rito da lei especial.

De notar, entretanto, que o legislador reformista não previu a hipótese de concurso de crimes de procedimentos diferentes a exemplo dos arts. 157 e 299 do Código Penal; art. 14 da Lei 10.826/03, em concurso material heterogêneo com o crime de tráfico de drogas previsto no art. 33 da Lei 11.343/06.

Quid iuris? O Eg. Superior Tribunal de Justiça, em recente decisão da relatoria da Min. Jane Silva (Desembargadora convocada), entendeu não haver qualquer nulidade procedimental na adoção do procedimento ordinário, mais abrangente que o especial da Lei de Antidrogas, assegurando ampla defesa ao réu.

O cerne da questão residiu no fato de o juiz *a quo* não haver oportunizado à Defesa Técnica a apresentação de defesa prévia por escrito. A Turma denegou a ordem, porque não reconheceu qualquer nulidade a declarar.¹³ *In casu*, oportuna é a parêmia do direito comparado francês: *pás de nullité sans grief*.

Obviamente, não cabe ao intérprete promover qualquer mudança na audiência de instrução e julgamento, pre-

12 Acepção eloqüente de Sêneca, filósofo romano, preceptor de Nero, que viveu nos séculos 4 a.C a 65. d. C. As teorias mistas ou ecléticas conjugam duas teorias: absolutas e relativas, combinando retribuição da culpabilidade com a função reabilitadora da pena, cuja teoria melhor traduz a idéia de pena pela reprovação e prevenção do crime.

vista no art. 57 da Lei 11.343/06, porque as disposições do art. 400 da Lei 11.719/08, sequer derrogaram a sistemática da Lei Especial Antidrogas.

Destarte, da interpretação conjunta dos §§ 4º e 5º, do aludido art. 394, da Lei de Reforma, deduz-se que as disposições gerais do procedimento ordinário aplicar-se-ão de forma subsidiária ao procedimento da Lei Antidrogas, máxime, o instituto da absolvição sumária, do art. 397, não previsto na citada Lei Antidrogas, mas, sua adoção no rito da referida Lei 11.343/06 é indiscutível.

Aparente contradição, também, verifica-se entre os arts. 396 e 399, no tocante ao recebimento da denúncia. Ora, a norma do art. 396 ao ditar “recebê-la-á” é norma cogente, obrigatória. No entanto, não sendo o caso de absolvição sumária (art. 397), recebida a denúncia (tempo pretérito do verbo), designar-se-á audiência de instrução e julgamento.

9 Da rejeição da denúncia

Dispõe o art. 395, do CPP, que a denúncia ou queixa será rejeitada quando: “I – for manifestamente inepta; II – faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou III – faltar justa causa para a ação penal”.

O art. 41, do Código de Processo Penal, trata dos requisitos formais da denúncia ou queixa, e o art. 43 (revogado), tratava da justa causa e das condições para o exercício da ação penal.

Os pressupostos processuais se dividem em pressupostos de existência e validade, e se subdividem em subjetivos e objetivos. Quanto à existência da relação processual, temos como pressupostos subjetivos: a investidura do órgão de jurisdição e a capacidade de ser parte.

O pressuposto objetivo se traduz na própria demanda – a pretensão resistida. Por outro lado, os pressupostos de validade subjetivos dizem respeito à capacidade processual, capacidade postulatória e competência, e os objetivos são os aspectos formais que garantem a idoneidade aos atos do processo.

A doutrina, de ordinário, arrola como pressupostos de validade objetivos a citação válida e o respeito ao formalismo processual.

Deste modo, são condições da ação: a legitimação, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido. Já a justa causa se subdivide em: justa causa formal (fato típico, antijurídico e culpável), e justa causa material (indício de autoria e prova da existência do crime), consoante art. 648, I, do Código do Processo Penal.

9 Da absolvição sumária

A absolvição sumária (art. 397) ocorrerá nos seguintes casos:

I – a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; II – a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimizabilidade; III – que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou IV – extinta a punibilidade do agente.

As causas excludentes de ilicitude, ou antijuridicidade (I) são aquelas do art. 23, do Código Penal, e devem ser reconhecidas pelo juiz, quando estremes de dúvida, consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal.¹⁴ Quanto às excludentes de culpabilidade, temos o erro de proibição, por ausência de potencial consciência da antijuridicidade, na esfera do profano; e a inexigibilidade de conduta diversa, por faltar ao agente livre-arbítrio para agir de outro modo, ou seja, conforme ao Direito.

Em relação à inimizabilidade, por não ter o agente capacidade de culpabilidade, deverá ser instaurado o incidente de insanidade mental, se já não o foi antes na fase pré-processual. O réu não deve ser absolvido sumariamente, porque a defesa técnica pode argüir uma tese subsidiária. Se provada a incapacidade mental e, ao final, provado o fato delituoso, o juiz absolverá, impropriamente, o réu, aplicando-lhe, não obstante, uma medida de segurança. Todavia, se reconhecido que o réu praticou o fato escudado por uma causa de justificação, *verbi gratia*, legítima defesa, ele deverá ser absolvido propriamente.

Traçando um paralelo com o art. 415, parágrafo único, da Lei 11.689/08, sustentada outra tese defensiva (legítima defesa), não estreme de dúvida, o juiz mandará o réu para julgamento popular, ocasião em que deverá quesitar, unicamente, a tese de legítima defesa, por ser favorável ao réu. Reconhecida a tese subsidiária, o réu será absolvido propriamente. Negada esta, já provada a inimizabilidade, por perícia técnica, o juiz deverá absolver o réu, impropriamente, aplicando-lhe uma medida de segurança.

Por fim, atípico o fato (III) ou extinta a punibilidade (IV) não existe justa causa para a ação penal, por afigurar-se coação ilegal, a teor do art. 648, I, do Código do Processo Penal.

13 HC 117.208-SE, Rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada para o STJ), julgado em 28/10/2008. Informativo n. 0374. Período: 27 a 31 de outubro de 2008.

14 Para reconhecimento da excludente de legítima defesa, em sede de absolvição sumária, deve resultar o convencimento estreme de qualquer dúvida da prova dos autos, conforme jurisprudência reiterada do Pretório Excelso: (STF, RTJ 63/833 e 61/334. No mesmo sentido: Tribunal de Justiça de São Paulo, RT 514/348).

Intervenção judicial em provas de concursos públicos. Possibilidade ou necessidade?

Por Ricardo Kalil Lage

Advogado do escritório Pires Advogados & Consultores; Especialista em Direito Processual Civil e Direito Civil pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - ESMAPE; Extensão Universitária em Avarias Marítimas pela Universidade Católica de Santos - UNISANTOS.”

Sumário: 1. Discricionariedade do ato administrativo e separação dos poderes 2. Livre acesso à justiça e princípio da legalidade 3. Conclusão 4. Referências

1 Discricionariedade do ato administrativo e separação dos poderes

A Constituição Federal estabelece o princípio da ampla acessibilidade aos cargos, funções e empregos públicos aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei, mediante concurso público de provas ou de provas e títulos¹. É na Carta Magna que encontramos o quadro que dá forma ao certame público, cujos principais princípios são a isonomia, a competição, a moralidade administrativa, o sistema meritório, a razoabilidade e a legalidade. Trata-se do meio pelo qual a Administração Pública seleciona cidadãos capazes de assumir as mais variadas funções públicas através dos órgãos do Estado.

A aprovação ou reprovação de candidato em concurso público subsume-se no conceito de ato administrativo que, na

concepção tradicional, é visto sob dois aspectos - o mérito e a legalidade, permitindo-se, a princípio, o controle judicial somente sobre a legalidade. “Isto ocorre precisamente pelo fato de ser a discricionariedade um poder delimitado previamente pelo legislador; este, ao definir determinado ato, intencionalmente deixa um espaço para livre decisão da Administração Pública, legitimando previamente sua opção; qualquer delas será legal. Daí por que não pode o Poder Judiciário invadir esse espaço reservado, pela lei, ao administrador, pois, caso contrário, estaria substituindo, por seus próprios critérios de escolha, a **opção legítima** feita pela autoridade competente com base em razões de oportunidade e conveniência que ela, melhor do que ninguém, pode decidir diante de cada caso concreto.” (DI PIETRO, 2006, p. 227) (grifo original)

Forte é a jurisprudência no sentido de que não cabe ao Judiciário interferir na análise de questões de provas de concursos públicos, sob o fundamento que tal ato seria uma invasão na esfera administrativa, pois a banca é insubstituí-

1 Celso Antonio Bandeira de Melo, 2004, p. 256.

vel. A elaboração das questões e seus respectivos critérios de avaliação se inserem na discricionariedade atribuída à banca examinadora, de modo que se firmou orientação jurisprudencial no sentido de que “não compete ao Poder Judiciário apreciar os critérios utilizados pela Administração, na formulação, correção e atribuição de notas nas provas de concurso público, quando fixados de forma objetiva e imparcial”².

Em decisão recente, o Superior Tribunal de Justiça alertou que não deve o Poder Judiciário transformar-se em desembocadura para litígios administrativos envolvendo a reprovação de candidatos em concursos e provas de admissão, quando os certamistas não conseguirem obter a pontuação mínima, pois, “a subversão judiciária da ordem natural das coisas (*Natur der sache*) só cria insegurança jurídica e serve à desmoralização de instrumentos democráticos, universais e impessoais como o concurso público e espécies afins.”³

Referente ao concurso público compete ao Poder Judiciário somente a verificação dos quesitos relativos à legalidade do edital e ao cumprimento de suas normas pela comissão responsável, não podendo proceder à avaliação da correção das provas realizadas⁴, ou avaliar o acerto do julgamento realizado pela banca examinadora dos recursos dos candidatos, “eis que se trata de questão adstrita a Reserva de Administração, à luz do Princípio da Divisão Funcional do Poder.”⁵

Desse modo, os gabaritos divulgados não são passíveis de ponderação judicial, em regra. Grife-se, ademais, existir, para o STF, tal limitação no âmbito de análise do Judiciário⁶.

Hely Lopes Meirelles leciona que, como atos administrativos, os concursos públicos devem ser realizados através de bancas ou comissões examinadoras, regularmente constituídas com elementos capazes e idôneos dos quadros do funcionalismo ou não, e com recurso para órgãos superiores, visto que o regime democrático é contrário a decisões únicas, soberanas e irreversíveis. Ainda segundo sua doutrina, a Administração é livre para estabelecer as bases do concurso e os critérios de julgamento, **mas, de qualquer forma, caberá sempre reapreciação judicial do resultado dos concursos**, limitada ao aspecto da legalidade da constituição das bancas ou comissões examinadoras, dos critérios adotados para o julgamento e classificação dos candidatos. Isso porque nenhuma lesão ou ameaça a direito individual poderá ser excluída da apreciação do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV).⁷ (grifo nosso)

Chegamos, então, à fronteira do conflito. Diante do princípio da separação dos poderes e da discricionariedade do ato administrativo, como fazer valer o direito constitucionalmente garantido de amplo acesso à justiça? Será que a intervenção do Judiciário para analisar eventuais falhas na elaboração ou correção das questões de provas de concursos públicos significa uma ofensa à divisão dos poderes?

É neste aspecto que reside a fina linha divisória entre arbitrariedade e discricionariedade. Esta tem seus contornos delineados na lei, e não pode ser confundida com arbitrariedade, que significa ato praticado em desconformidade com o ordenamento jurídico, sendo, portanto, nulo.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que o Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade. “(...) Aos poucos, o caráter de liberdade total do administrador vai se apagando da cultura brasileira e, no lugar, coloca-se na análise da motivação do ato administrativo a área de controle. E, diga-se, porque pertinente, não apenas o controle em sua acepção mais ampla, mas também o político e a opinião pública.” (REsp 429.570/GO)

De fato, a jurisprudência tem abrandado a orientação firmada acerca da impossibilidade de intervenção do Judiciário para análise de questões dos concursos públicos, principalmente quando se trata de questões objetivas, campo que não há espaço para a subjetividade. Tem-se entendido que através do exame da legalidade do ato, quando comprovado o erro material ou vício na formulação das questões, pode o juiz anulá-las, posto que a discricionariedade na formulação e correção de questões de prova em concurso público está sujeita a controle judicial destinado a expungir eventual erro da Administração, sem que isto signifique afronta ao princípio da separação dos poderes.

2 Livre acesso à justiça e princípio da legalidade

O princípio da universalidade da jurisdição materializado no artigo 5º, inciso XXXV, da CF/88, segundo o qual nem mesmo a lei pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito coloca em cheque a máxima de que a Banca é soberana porque o Edital faz lei entre as partes, não podendo o Judiciário intervir nesta relação.

Há orientação no Superior Tribunal de Justiça possibilitando a intervenção do Poder Judiciário em causas que digam respeito aos concursos públicos todas as vezes em que for observada eventual violação dos princípios que regem a Administração Pública, em especial o da legalidade e o da

2 STJ-6ªT; RMS 18.877/RS.

3 STJ-2ªT; AgRg no REsp 955068/SC.

4 STJ-5ªT DJ; RMS 19.043/GO.

5 TRF 2ª R - 8ª T; AMS 2007.5101.023762-1.

6 TRF-5ªR; AC 400467/RN.

7 Hely Lopes Meirelles, 2006, págs. 435-436.

vinculação ao edital⁸, “como no caso de flagrante engano na elaboração dos quesitos e respectivos gabaritos.”⁹

“Se se cuida de questão mal formulada – caso de erro invencível –, é lícita, então, a intervenção judicial. É que, em casos tais, há ilegalidade; corrigível, portanto, por meio de mandado de segurança” (STJ 6ª T, RMS 19062/RS), sendo “possível a anulação judicial de questão objetiva de concurso público, em caráter excepcional, quando o vício que a macula se manifesta de forma evidente e insofismável, ou seja, quando se apresente *primo ictu oculi*” (STJ 2ª T, RMS 24080/MG).

Diz-se que quando o judiciário intervém para anular uma questão irregular, não está julgando o mérito, mas controlando o demérito da administração. Isso porque quando a Administração Pública viola a lei, não há discricionariedade, podendo o Judiciário intervir para reconduzir a uma situação de regularidade, pois a discricionariedade resulta da lei¹⁰. O mérito do ato administrativo está sujeito a controle judicial, sob o critério de razoabilidade. O juiz não irá avaliar se o administrador, como é de seu dever, fez o melhor uso da competência administrativa, mas cabe-lhe ponderar se o ato conteve-se dentro de padrões médios, de limites aceitáveis, fora dos quais considera-se erro e, como tal, sujeito a anulação¹¹.

A correção de prova de concurso não é ato discricionário. Simplesmente não é por conveniência e oportunidade que uma questão de prova é válida ou inválida, ou uma resposta dada é correta ou incorreta. Tal análise se faz tendo em mira princípios e regras constitucionais e legais, além de parâmetros objetivos, mormente os fixados no edital do concurso. Se existe um erro, um vício, um ato inválido, qualquer pessoa que procurar o Judiciário o verá corrigido, não tendo a mínima consistência dizer que estaria o julgador impedido de fazer tal correção para que o vício continue a prevalecer isonomicamente para todos¹².

Tanto nos Tribunais Federais quanto nos Estaduais vem se firmando o posicionamento que, em se tratando de prova objetiva, estando as questões mal formuladas de modo a ensejar duplicidade de resposta, assim como constatado o vício por perícia oficial ou meios idôneos, não só pode, como deve o poder judiciário enfrentar o vício do ato da banca examinadora para adequá-lo ao princípio da legalidade e, em consequência, declarar nulas as questões assim viciadas¹³.

Vê-se que, mesmo nas situações que é necessária a realização de perícia, se for confirmado o vício, permite o Superior Tribunal que o Judiciário declare nula a questão em respeito ao princípio da legalidade¹⁴, por ser ressalvada a admissibilidade do Judiciário inquirir acerca de ilegalidades na realização do concurso.

Em recente decisão, numa interessante abordagem, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região exemplificou situ-

ações que permitiriam a intervenção judicial para examinar o conteúdo das questões de prova objetiva de concurso público: (a) quando houver erro grosseiro, tanto na formulação quanto na correção da questão, evidenciado de plano e capaz de infringir o princípio da razoabilidade; (b) quando o conteúdo da questão ou a formulação da questão não observar as disposições editalícias; ou (c) quando a resposta da questão contrariar frontalmente o teor da bibliografia recomendada no próprio edital do certame¹⁵.

Finalizando a presente análise jurisprudencial, há de ser dito que no Supremo Tribunal Federal são várias as decisões que deferem medida liminar em Mandado de Segurança possibilitando aos candidatos a realização das outras etapas dos certames, por entenderem os Ministros que se indeferida fosse a liminar, restaria prejudicado qualquer exame de mérito, o que equivaleria a extinguir, no nascedouro, a análise de eventual ilegalidade acusada no *mandamus*¹⁶.

Ou seja, o Supremo entende ser possível a anulação de questões de provas de concursos públicos, pois, caso contrário, não autorizariam os candidatos a participarem das demais fases dos processos de seleção. Se as questões serão, de fato, declaradas nulas quando do julgamento do mérito, dependerá da análise individual de cada situação, mas a apreciação judicial será feita.

3 Conclusão

A Ordem dos Advogados do Brasil tem por finalidade, segundo o art. 44, I, do respectivo Estatuto, defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas.

Em respeito à ordem jurídica do Estado democrático de direito, não se pode pretender afastar do exame do Judiciário eventuais ilegalidades cometidas pelas bancas examinadoras de concurso público.

8 STJ-1ªT; AgRg no REsp 857069/PR.

9 TRF/5ªR, AC 400467/RN.

10 Luciano Lopes Passarelli, vídeo-aula.

11 TRF 1ªR; AMS 2002.34.00.037587-5/DF.

12 TRF 1ªR, AC 2005.33.00.010171-4/BA.

13 TJ/DF, Proc.: 2008.002.010729-5-AGI.

14 STJ-5ªT, REsp 471360/DF.

15 TRF/4ªR, AC 2007.70.00.024233-8; Mesmo sentido: MS 2008.04.00.009165-0; MS 2008.04.00.007105-4; MS 2008.04.00.005847-5.

16 STF: MS 27262 MC/DF; STA 273/DF; MS 27.259; MS 27.260; AI 621313/PI.

Se num Estado democrático de direito o Poder Judiciário não puder intervir para sanar irregularidades existentes na elaboração e/ou correção de provas de concursos públicos, quem poderá? Tal linha de raciocínio não se compatibiliza com o direito constitucional de livre acesso à justiça, pois, se nem a lei pode excluir o direito de apreciação do Poder Judiciário de eventual ilegalidade, muito menos o Edital, que é um ato infralegal.

A ciência jurídica e as fontes formais do Direito são os limites técnicos à discricionariedade da Banca Examinadora na elaboração e correção das provas objetivas em concursos públicos. Impossibilitar o Poder Judiciário de verificar se existe ilegalidade na formulação de questões significa uma forma indireta de promover a violação dos princípios inerentes ao concurso público, sendo certo que eventual erro na formulação de uma questão ou nos gabaritos publicados tem como consequência natural excluir candidato de forma injusta e ilícita.

Avaliar o conteúdo das questões para verificar se estão de acordo com a lei não diz respeito ao mérito administrativo. Havendo inconstitucionalidade ou ilegalidade é legítima a atuação do Judiciário, não podendo se falar em violação ao princípio da separação dos poderes, justamente porque é constitucionalmente atribuída ao Judiciário a atuação contra qualquer ilegalidade ou ato que ultrapasse os parâmetros normativo-constitucionais, mesmo que tal ato seja perpetrado por outro Poder da República.

Por fim, acredita-se que, em breve, toda esta celeuma será pacificada pela aplicação da lei, tendo em vista a tramitação no Senado Federal do Projeto de Lei do Senado n. 399 de 2008, que dispõe sobre as normas gerais relativas a concursos públicos, sendo previsto no artigo 5º que todos os atos relativos ao concurso público serão passíveis de exame e decisão judicial, especialmente os que configurem lesão ou ameaça de lesão a direito do candidato, principalmente por inexistência técnica, ambigüidade ou imprecisão na identificação dos conteúdos a serem examinados, bem como os decisórios de recursos administrativos impetrados contra gabarito oficial, sendo assegurado o acesso ao Judiciário para a discussão de critério de correção de prova utilizado pela banca examinadora¹⁷.

Referências

BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. Curso de Direito Administrativo, 17ª edição, São Paulo: Malheiros, 2004, p. 256
DI PIETRO, Maria Sylvania. Direito Administrativo, 19ª edição, São Paulo, Atlas, 2006, p. 227;
MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 32ª edição, São Paulo: Malheiros, 2006, págs. 435-436;
PASSARELLI, Luciano Lopes. Trecho de vídeo-aula disponível em http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080724114503467;

Supremo Tribunal Federal, MS 27262 MC/DF, DJ: 14/05/2008; Supremo Tribunal Federal, MS 27259 MC/DF, DJ: 24.04.2008; Supremo Tribunal Federal, MS 27260 MC/DF, DJ: 19.11.2008; Supremo Tribunal Federal, AI 621313/PI, DJ: 15/08/2008; Supremo Tribunal Federal, STA 273/DF, DJ: 24/09/2008; Superior Tribunal de Justiça, 6ª T, REsp 429.570/GO, DJ: 22.03.2004; Superior Tribunal de Justiça, 5ª T REsp 722586/MG, DJ: 03/10/2005; Superior Tribunal de Justiça, 5ª T; REsp 471360/DF, DJ: 16/10/2006; Superior Tribunal de Justiça, 6ª T, RMS 18.877/RS, DJ: 23.10.2006; Superior Tribunal de Justiça, 5ª T, DJ; RMS 19.043/GO, DJ: 27.11.2006; Superior Tribunal de Justiça, 2ª T, RMS 24080/MG, DJ: 29.06.2007; Superior Tribunal de Justiça, 6ª T, RMS 19062/RS, DJ: 03.12.2007; Superior Tribunal de Justiça, 1ª T, AgRg no REsp 857069/PR, DJ: 16.06.2008; Superior Tribunal de Justiça, 2ª T, AgRg no REsp 955068/SC, DJ: 04/08/2008; Tribunal Regional Federal 1ª Região, AMS 2002.34.00.037587-5/DF, DJ: 25/11/2004, p.38; Tribunal Regional Federal 1ª Região, AMS 2002.34.00.037611-6/DF, DJ: 08/05/2006, p.75; Tribunal Regional Federal 1ª Região, AC 2005.33.00.010171-4/BA, DJ: 21/09/2007, p.89; Tribunal Regional Federal 1ª Região, AC 2007.38.00.008181-0/MG, DJ: 15/09/2008, p. 205; Tribunal Regional Federal 2ª Região; AMS 2007.5101.023762-1, DJ: 27/08/2008, p: 143; Tribunal Regional Federal 4ª Região; AMS 2006.72.00.004661-6, DJ: 21/05/07; Tribunal Regional Federal 4ª Região, AC 2007.70.00.024233-8, DJ: 01/12/2008; Mesmo sentido: MS 2008.04.00.009165-0, DJ: 31/03/2008; MS 2008.04.00.007105-4, DJ: 31/03/2008; MS 2008.04.00.005847-5, DJ: 29/02/2008; Tribunal Regional Federal 5ª Região, AGTR 65446/RN, DJ: 22/03/2006; Tribunal Regional Federal 5ª Região, AC 400467/RN, DJ: 28/03/2008; Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 1ª TC, Proc.: 2008.002.010729-5-AGI; DJ: 09.12.2008; Projeto de Lei do Senado Federal - PLS n. 399/2008; Notícias do Ministério Público Federal – DF. <<http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias-do-site/geral/mpf-df-recomenda-anulacao-de-questoes-do-concurso-do-mapa/>>

17 Texto disponível em <<http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/getPDF.asp?t=53525>>

Direito da concorrência no mercado de distribuição de combustíveis líquidos derivados de petróleo

Por Fernando Jardim Ribeiro Lins

Advogado, Pós-Graduado pela Fundação Getúlio Vargas.

Sumário:

I – Introdução; II – Caso gerador; III – Direito da concorrência e o mercado de distribuição de combustíveis líquidos derivados de petróleo; IV – Restrições do mercado de distribuição de combustíveis líquidos derivados de petróleo; V – Proteção à marca das empresas no mercado de distribuição de combustíveis líquidos derivados de petróleo; VI – A atuação da agência reguladora na defesa da concorrência; VII – Conclusão; VIII – Bibliografia

I Introdução

É fato notório que o mercado de distribuição e, por consequência, revenda de combustível derivados de petróleo é dos mais importantes em nosso país, seja pela grande arrecadação de tributos para o Estado, seja pela geração de empregos. Conforme informações da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP¹, de fevereiro do ano passado, o setor de *dowstream*, como é conhecido internacionalmente o mercado de distribuição, conta com aproximadamente 248 distribuidoras de combustível, 570 revendedoras retalhistas² e 31.979 postos revendedores.

O surgimento do referido mercado teve como ponto de partida a Emenda Constitucional n. 9/95, que, alterando o art. 177 da Carta Magna da República, permitiu que as empresas estatais ou privadas, de capital nacional ou estrangeiro, executassem, através de contrato de concessão, as atividades de exploração e produção de petróleo e gás. Também foi permitido, através da referida Emenda, a exploração por outras empresas, que não estatal, do mercado de distribuição.

Em que pese o art. 177, acima referido, só ter sido alterado em 1995, permitindo, assim, a concorrência no mercado de distribuição de combustíveis, a Constituição Federal de 1988, no seu art. 170, já havia estabelecido os pilares da nova ordem econômica, tendo como um dos seus princípios a livre concorrência.

Objetivando regulamentar principalmente os artigos 177 e 238 da Constituição, a União Federal editou a Lei

¹ Antes do advento da Lei Federal n. 11.097/2005, era denominada apenas Agência Nacional do Petróleo -ANP

² Trata-se de empresa de varejo de combustível que visa o atendimento de pequenos consumidores, compatível com o nível de exigências estabelecidos pela, ANP

n. 9.478/97, conhecida como “Lei do Petróleo”, que passou a regular o mercado de exploração e produção de petróleo e gás, como também o mercado de venda e revenda desses produtos. Em complemento à referida norma, também foi editada a Lei Federal n. 9.847/99, que dispõe sobre a fiscalização das atividades relativas ao abastecimento nacional de combustíveis no país e também estabelece sanções administrativas às práticas infrativas.

Antevendo a abertura do mercado de petróleo, a União Federal, revogando as Leis n.s 4.137/62 e 8.158/81, promulgou a Lei n. 8.884/94 que, segundo seu art. 1º, “dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.”

Frente ao espírito da Carta Magna de 1988 e dos novos institutos apontados, o presente trabalho tem por fim analisar e propor soluções, através de um caso concreto, às questões que envolvem a livre iniciativa e a legislação antitruste no mercado de distribuição de combustíveis derivados de petróleo.

O caso concreto trazido para análise tem como fatos jurídicos relevantes, os princípios da livre iniciativa e concorrência estampados na Constituição Federal; o mercado relevante que é o de distribuição de combustíveis derivados de petróleo; os órgãos regulatórios, que têm caráter preventivo e/ou repressivo; e a lei do Petróleo.

II Caso gerador

Objetivando promover, segundo seu entendimento, a proteção dos consumidores o Ministério Público Federal e Estadual, juntamente com os órgãos estadual e municipal de proteção ao consumidor (Procon) de determinado Estado da Federação, tendo como principal fundamento o princípio da livre concorrência, promoveu ação civil pública contra as distribuidoras de combustível líquidos derivados de petróleo e a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP.

Na referida ação, o promovente, após discorrer sobre o mercado de petróleo desde a época que era controlado pelo Governo Federal até os dias atuais, conclui que os contratos celebrados entre as distribuidoras e os postos revendedores que estabelecem a exclusividade dos produtos por estes comercializados são ilegais, uma vez que deixam de observar o princípio constitucional da livre concorrência.

Ainda fundamentando seu entendimento no princípio da livre concorrência, os referidos entes também se voltaram contra a agência reguladora do mercado (ANP),

mais precisamente contra a Portaria 116/2000, que, além de vedar às distribuidoras de combustíveis líquidos derivados de petróleo o exercício da atividade de revenda varejista, obriga que os revendedores varejistas que optaram pela vinculação a uma marca não comercializem produtos de outras distribuidoras.

Tendo em vista que a ação foi promovida também contra um ente federal, a ação foi ajuizada através da Justiça Federal, no qual o juiz competente, instado a se pronunciar a respeito do pedido liminar, entendeu que na verdade, ao contrário dos fundamentos da ação proposta, o afastamento preliminar da cláusula de exclusividade poderia gerar danos aos consumidores e que, de resto, não estavam presentes os requisitos mínimos exigidos para a concessão da referida antecipação da tutela perseguida.

Anote-se, por oportuno, que o Tribunal Regional Federal em resposta ao recurso apresentado contra àquela decisão pelos entes que promoveram a ação, sob o mesmo fundamento, também negou o pedido liminar perseguido, mantendo incólumes os contratos que as distribuidoras mantêm com os seus revendedores, bem como os ditames da portaria 116/2000, da ANP.

III Direito da concorrência e o mercado de distribuição de combustíveis líquidos derivados de petróleo

No Brasil a primeira legislação que se tem notícia tratando da repressão ao abuso do poder econômico foi o Decreto-Lei n. 7.666, do ano de 1945, que, em razão da deposição de Getúlio Vargas no mesmo ano, perdurou por pequeno espaço de tempo. Contudo, impulsionado pela Constituição de 1946 outras normas foram editadas com o fito de reprimir abusos praticados pelos grandes grupos econômicos contra os consumidores.

Mantida a repressão na Constituição de 1967 e na Emenda ou, como queiram alguns, na Constituição de 1969, o legislador constitucional quando da confecção da Carta Magna de 1988 destacou em diversos dispositivos os princípios que passariam a nortear a ordem econômica e financeira do nosso país.

Após as diversas normas editadas sobre o tema depois da Constituição de 1988, a União Federal promulgou a Lei n. 8.884, de 11/06/1994, depois alterada pela Lei n. 10.149, de 21/12/2000, originada de uma Medida Provisória, passando a vigorar em nosso país, conforme se depreende do seu art. 20, uma norma que não se limitou a tipificar condutas ilícitas, mas sim efeitos indesejáveis pela nova ordem econômica e financeira em vigor.

Quanto ao tema os professores em economia MARIA TE-REZA LEOPARDI MELLO e MÁRIO LUIZ POSSAS³ destacam que:

“A tarefa seria trivial se a lei antitruste procedesse a uma tipificação de condutas que, em si, constituíssem infração, bastando prová-las para aplicar as devidas penalidades legais. Sabe-se, todavia, que não é assim: a lei apresenta, na caracterização do ilícito, uma peculiaridade que faz diferir de outros sistemas legais que descrevem crimes ou infrações, na medida em que não estabelece ‘tipos’ de condutas infratoras, mas sim efeitos indesejáveis que, se produzidos, tornam uma prática ilícita, seja qual for o seu tipo ou sua forma jurídica (cf. art. 20, caput).

Ademais, na descrição de tais efeitos usam-se termos e expressões genéricas, que podem ser enquadrados como conceitos jurídicos indetereminados, cuja aplicação requer interpretação que supra essa indeterminação pelo recurso à análise econômica.”

Neste contexto, é de se concluir que as infrações à ordem econômica não se limitam à análise jurídica do caso posto em análise, mas sim à repercussão econômica dos atos praticados, daí a preocupação do Estado em evitar atos de concentração de mercado ou qualquer outro que importem em abuso de poder econômico.

Por outro lado, é importante destacar que a lei antitruste não objetiva atingir o poder econômico, posto que em muitos casos é alcançado mediante políticas competentes e eficazes, mas sim os abusos ou desvios de finalidade, daí a própria lei estabelecer no artigo 20, §1º, que “a conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência do agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito” de domínio de mercado relevante.

A lei antitruste vai além quando permite no seu art. 54 que determinados atos de concentração sejam autorizados pelo órgão fiscalizador competente (Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE) quando tenham por objetivos determinados fins, inclusive, “quando necessários por motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum”. É o caso dos atos que importem no aumento de produtividade das empresas; melhora de qualidade dos bens ou serviços e aqueles que propiciam eficiência e o desenvolvimento tecnológico; importando os referidos benefícios necessariamente na distribuição equitativa entre empresas e consumidores, sem a eliminação da concorrência.

Portanto, “na medida em que se entenda mercado como uma instituição que vise a criar incentivos, reduzir incertezas, facilitar operações entre pessoas, fica clara a idéia de que mercados aumentam a prosperidade e, portanto, o bem-estar geral.”⁴ Logo, a repressão aos atos de concentração de mercado deverão ser efetivados quando sejam verificados abusos do exercício do poder econômico, afinal de contas a nova ordem econômica estampada na Constituição de 1988 estabelece como um dos seus fins o bem de todos.

Exatamente objetivando proporcionar o bem de todos, a União Federal colocou em prática os ditames estabelecidos nos artigos 177 e 238 da Constituição, através da Lei n. 9.478/97, conhecida, repita-se, como “Lei do Petróleo”, afastando, por consequência, restrições que atingiam o mercado de combustíveis derivados de petróleo.

Em artigo sobre o tema CELSO DE ALBUQUER BARRETO⁵ destaca:

“A mencionada Lei 9478/97 proclamou, sem deixar margem a dúvida, o respeito aos princípios da livre competição (Art. 61, §1º.), liberdade de concorrência e competitividade internacional (Art. 1º., incisos IX e XI), ou seja: com a entrada em vigor da Lei 9478/97, passou a vigorar, em sua plenitude, para a Petrobras e demais empresa que queiram atuar no setor, o princípio constitucional da livre iniciativa, tão importante que se encontra inscrito, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, (...).”

Arrematando seu entendimento, o autor destaca que o princípio constitucional da livre iniciativa acarreta principalmente quatro consequências: “respeito à apropriação particular dos bens e meios de produção” (art. 5º., XXII, e 170, II, da Constituição Federal); “faculdade de constituir empresas sem necessidade de aprovação de órgãos públicos, salvo os casos expressamente previstos em lei, e escolher a forma associativa que melhor atenda aos criadores” (art. 170, parágrafo único, da Constituição); “liberdade de lucro” (art. 170, IV, da Constituição Federal); e “liberdade de contratar” (art. 5º., II, da Constituição Federal).

No que se refere especificamente ao petróleo, a União Federal, também objetivando evitar atos de concentração, detalhou a atuação de cada agente, assim, as etapas do processo de produção de combustível derivado de petróleo são realizadas de forma distintas, limitando, por consequência, a atuação de cada agente econômico.

Implementada a concorrência no mercado de distribuição de combustíveis, a União Federal, complementando o processo de desregulamentação, liberou a importação e os preços praticados pelas refinarias e pelas centrais produtoras.

3 MELLO, Maria Tereza Leopardi. POSSAS, Mário Luiz Possas “Direito e Economia na Análise de Condutas Anticompetitivas”. São Paulo: Singular, 2002, p. 135.

4 SZTAIN, Rachel. Teoria Jurídica da Empresa: atividade empresária e mercados. São Paulo: Atlas, 2004, p 36

5 Geopolítica do petróleo: Tendências mundiais pós-guerra do Iraque de 2003. Brasil: situação e marco regulatório, publicado na obra: Estudos e Pareceres Direito do Petróleo e Gás, Marilda Rosado de Sá Ribeiro (org.), Rio de Janeiro : Renovar, 2005, p. 20.

IV Restrições do mercado de distribuição de combustíveis líquidos derivados de petróleo

Exatamente objetivando coibir os atos que importem na inobservância do bem de todos, a política antitruste estabelece “restrições verticais” que, no caso do mercado de distribuição de combustíveis derivados de petróleo, se encontra consubstanciada na Portaria n. 116/2000, da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, que impede que as empresas distribuidoras de combustíveis operem diretamente a atividade de revenda de seus produtos para o mercado varejista.

Para que sejam autorizadas a operar no mercado nacional as distribuidoras necessitam obedecer aos ditames da Portaria n. 202/1999, depois alterada pela Resolução n. 29/2004, ambas da ANP, que estabelecem um rol de obrigações a serem cumpridas pelas empresas.

Cumpridas as exigências legais, a atividade de distribuição que, segundo a Lei Federal n. 9.478/97, art. 6º., inciso XX, “compreende a aquisição, armazenamento, transporte, comercialização e controle de qualidade dos combustíveis líquidos derivados de petróleo”, também tem de obedecer a vedação legal de não exercer a comercialização daqueles produtos ao consumidor final, posto que o sistema nacional de abastecimento é verticalizado.

Para o conhecimento preciso do tema cumpre transcrever os ditames da Portaria 116, da ANP, no que nos interessa, *in litteris*:

“Art. 12 - É vedado ao distribuidor de combustíveis líquidos derivados de petróleo, álcool combustível, biodiesel, mistura óleo diesel/biodiesel especificada ou autorizada pela ANP, e outros combustíveis automotivos o exercício da atividade de revenda varejista.”⁶

Todavia, antes do dispositivo acima transcrito a portaria n. 116 também estabelece que os revendedores varejistas que optaram pela vinculação a uma marca estão proibidos de comercializar produtos de outras distribuidoras.

“Art. 11 – (...) §2º. – Caso o revendedor varejista opte por exibir a marca comercial do distribuidor de combustíveis líquidos derivados de petróleo, álcool combustível e outros combustíveis automotivos, deverá vender somente combustíveis fornecidos pelos distribuidor detentor da marca comercial escolhida.”

Ou seja, a portaria da ANP, ao mesmo tempo em que veda que as distribuidoras exerçam a atividade de revenda varejista, também estabelece que os revendedores que se

vincularem a determinada distribuidora devem obedecer a exclusividade a que optaram.

Contudo, indo de encontro ao espírito da norma, qual seja, respeito aos contratos e evitar os atos de concentração vertical, os autores da demanda judicial perseguem a nulidade daquele dispositivo e, por consequência, da cláusula de exclusividade firmada entre distribuidoras de petróleo e revendedores, sob o equivocado argumento de que tal pacto infringe tanto as normas antitrustes, que garantem a livre concorrência, como os ditames do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que o ideal seria que os revendedores, em que pese ostentarem a marca de uma determinada distribuidora, não tivessem vínculo de exclusividade com ninguém.

Neste contexto, pretendem os autores inserir a referida exclusividade dentre as práticas infrativas verticais, que, segundo a Resolução n. 20/99, do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, consiste em “restrições impostas por um ofertante ou demandante de bens ou serviços em determinado mercado”.

Os ex-presidentes do CADE, GESNER OLIVEIRA e JOÃO GRANDINO RODAS⁷ enumeram como principais práticas infrativas verticais, as seguintes: fixação de preços de revenda, restrições territoriais, acordos de exclusividade, recusa de negociação, discriminação de preços e venda casada.

Primeiramente é de se observar que a cláusula de exclusividade, a priori, pode parecer uma afronta ao princípio constitucional da livre concorrência no instante em que se apresentaria como uma suposta barreira à entrada de outras distribuidoras concorrentes. Todavia, o doutrinador FÁBIO KONDER COMPARATO⁸, ao analisar contratos que se assemelham ao ora em debate, como é o de franquia, já concluiu que tais tipos de instrumentos “não surgiram da necessidade ou do interesse de restringir a concorrência e limitar o consumo, mas bem ao contrário, como formas de estimular o consumo e facilitar o escoamento da produção”, uma vez que, “são plenamente compatíveis com o princípio da livre concorrência”.

É importante destacar que “assegurar a livre concorrência não é um fim em si, mas um meio para a obtenção de resultados idealmente associados a ela (...), o fim da ordem econômica é o bem de todos.”⁹ Ou seja, se os contratos que estabelecem cláusulas de exclusividades importam na redu-

6 Redação dada pela Resolução ANP n° 29, de 24.11.2004.

7 Direito e Economia da Concorrência, Rio de Janeiro : Renovar, 2004, p. 52

8 Franquia e Concessão de Venda no Brasil: Da Consagração ao Repúdio. In Revista de Direito Mercantil n° 18, 1975, p. 53.

ção dos custos das operações e, por conseqüência, do produto final destinado ao consumidor, iniludível que o princípio da livre concorrência foi plenamente observado e colocado em prática.

Ora, em razão da natureza econômica deste setor o seu mercado se apresenta extremamente competitivo, dando causa, em muitas oportunidades, ao adiantamento pelas distribuidoras aos seus revendedores de vultosas quantias em dinheiro para que eles possam modernizar o seu estabelecimento e, em diversos casos, construir um novo posto de serviços automotivos, ofertando ao mercado estabelecimentos modernos e com diversos tipos de serviço que facilitam a vida dos seus clientes (troca de óleo, loja de conveniência, casa lotéricas, lanchonete, etc.). Por sua vez as distribuidoras exigem, como é normal em contratos bilaterais, que os seus parceiros comercializem por determinado período apenas combustíveis fornecidos por elas, garantindo, assim, o retorno do capital investido, que em muitos casos não é facilmente disponibilizado pelo mercado financeiro aos revendedores.

Em estudo sobre o tema RUDOLF KRASSER⁹ indica os pontos que devem nortear a licitude dos contratos que estabelecem a cláusula de exclusividade:

- “a) a obrigação estabelecida na relação comercial exclusiva deve ser recíproca e limitada no tempo, no espaço, na extensão e no objeto;
- b) o sistema de distribuição deve trazer, por finalidade, benefícios para o consumidor;
- c) o acordo de exclusividade não deve limitar a liberdade do concessionário em fixar seus preços de venda;
- d) os contratos ajustados devem ser respeitados pelas partes contratantes.”

Portanto, facilmente se verifica que no caso em tela os argumentos que deram causa à ação civil pública não se sustentam pelo simples fato de que, além das obrigações estabelecidas serem recíprocas, os contratos de distribuição de combustível foram firmados com prazo certo de vigência, determinando o local da comercialização e o seu objeto. Acrescente-se, ainda, que a cláusula de exclusividade permite que revendedor, vinculado a uma única distribuidora de combustível de renome nacional, aumente a venda em escala do produto e, por conseqüência, reduza seu valor final, o que traz grande benefícios aos consumidores.

Se não bastassem os argumentos acima aduzidos a respeito da legalidade da cláusula de exclusividade, cumpre destacar que também não procede a assertiva de que a relação estabelecida entre as distribuidoras e seus revendedores estaria desequilibrada em favor das primeiras frente ao Código de Defesa do Consumidor, uma vez que o revendedor não

é consumidor nos rigorosos termos do art. 2º da Lei Federal n. 8.078/90, logo, a relação entre as referidas empresas não está sujeita à referida legislação.

Por esse motivo, quando se fala em quebrar a exclusividade de contratos assinados entre empresas que têm relação comercial, sem que a compradora seja destinatária final do produto adquirido, desde logo é necessário considerar que o negócio mercantil havido entre as distribuidoras de combustível e os revendedores escapa da influência desse diploma legal.

Quanto ao tema cumpre trazer à baila as palavras do doutrinador WALDÍRIO BULGARELLI comentando o assunto com precisão irrepreensível:

“Descartou o legislador, no conceito, os vários problemas levantados pela doutrina a respeito de quem realmente deveria ser considerado consumidor, principalmente, no âmbito da sociologia (comparada até ao proletariado pela sua imprecisão), para considerar como tal, quer pessoas físicas, quer jurídicas, desde que destinatários finais, excluindo aqueles em situação intermediária”¹¹

Mais adiante assevera:

“Optou aqui a norma, não pela visão classista defendida pelos marxistas, mas pela visão chamada “sociologia dos papéis” defendida por W. Reich, do que se pode concluir que consumidor não constitui uma classe, mas uma posição jurídico social reconhecida pela lei, enquanto tal, ou seja, quando consome como destinatário final”.

Além do mais, os contratos celebrados entre distribuidoras e revendedores tem cunho eminentemente comercial, uma vez que para tanto basta que o objeto da avença seja bem móvel ou semovente; que pelo menos um comprador seja comerciante e que a compra e venda seja feita com o intuito de revender ou alugar o bem adquirido.¹² Portanto, se não bastassem tais características que demonstram a natureza comercial do negócio, é importante destacar que na maioria das vezes, conforme acima já foi ressaltado, ele é seguido

9 MELLO, Maria Tereza Leopardi. POSSAS, Mário Luiz Possas Direito e Economia na Análise de Condutas Anticompetitivas. São Paulo: Singular, 2002, p. 137.

10 La répression de la concurrence déloyale dans les États Membres de la Communauté Économique Européenne t.4, p. 527. Apud SIQUEIRA, Tânia Bahia Carvalho. A Cláusula de Exclusividade nos Contratos Empresariais, in Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 804, 2002.

11 Questões Contratuais no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Atlas, 1993, p. 26.

de diversas benesses, tais como financiamento de capital de giro, comodatos de equipamentos, etc., ou seja, impossível caracterizar a relação entre distribuidoras e revendedores como relação de consumo.

Por outro lado, admitindo apenas por amor ao debate que pudesse ser aplicado ao caso em tela o Código de Defesa do Consumidor, é de se destacar que a legislação antitruste, como é o caso da portaria 116/2000, da ANP, veda que os revendedores comercializem produtos diferentes daqueles cuja marca ostentam. Além do mais, admitir que as distribuidoras pudessem exercer a atividade de revenda varejista de combustíveis inviabilizaria por completo a atividade daqueles revendedores que não se vinculam a nenhuma bandeira, os chamados “bandeira branca”, pois estes não teriam como concorrer com as grandes distribuidoras.

Dentro desse contexto, é de se reconhecer que os contratos celebrados entre as distribuidoras e os revendedores podem trazer benefícios para a concorrência e, por conseqüência, para o consumidor final, posto que, repita-se, em muitos casos importam na redução dos custos de transação e na geração de economia de escala.

Os economistas JORGE FAGUNDES e JOÃO LUIZ PONDÉ em artigo intitulado “Economia Institucional: custos de transação e impactos sobre a política de defesa da concorrência”¹³, definem os custos de transação como sendo os recursos econômicos despendidos para “planejar, adaptar e monitorar as interações entre os agentes, garantindo que o cumprimento dos termos contratuais se faça de maneira satisfatória para as partes envolvidas e compatível com a sua funcionalidade econômica”.

Ressaltam os referidos economistas a importância que as autoridades antitruste, para evitar conclusões errôneas, devem quando da apreciação analítica do caso considerar “o desenvolvimento, pelos agentes privados, de formas eficientes de realizar a coordenação de suas interações”, ou seja, inovações organizacionais não podem ser consideradas simplesmente como práticas infrativas à Lei Federal n. 8.884/1994.

A participação no mercado decorrente das práticas eficientes e inovadoras das empresas não deve ser confundida com o poder de mercado, posto que em muitas oportunidades em que pese o alto grau daquela participação, tal fato não gera o poder de agir com independência ou a capacidade de manter ou aumentar os preços acima dos patamares considerados competitivos por um lapso de tempo significativo.

Acrescente-se, ainda, que as ilicitudes enumeradas pela lei antitruste, principalmente no seu art. 20, se referem a atos que importem em abuso do poder de mercado exercido

pela empresa. Dentro deste contexto, necessário se faz para a configuração da ilicitude apontada pelos autores da ação em debate que seja demonstrada a abusividade do ato praticado pela empresa, o que deve se dar através da análise dos efeitos do ato praticado. Quanto ao tema cumpre verificar as palavras de MARIA TEREZA LEOPARDI MELLO e MÁRIO LUIZ POSSAS:

“(…) a finalidade de se permitir o uso do poder econômico é a de que ele seja usado para competir pela busca de maior eficiência e, com isso, gerar resultados passíveis de aproveitamento social – mais e melhores produtos, menores preços, etc. (...) Em suma, se a finalidade de se permitir o uso do poder econômico é a de que seja usado para competir pela busca de maior eficiência, constitui uma conduta desviante – abusiva – o uso do poder para restringir a concorrência por meios não baseados na maior eficiência.”¹⁴

Por outro lado, é interessante observar o posicionamento de diversos Estados da Federação que editaram leis, como é o caso do Rio Grande do Sul, estabelecendo que deva ser observada a cláusula de exclusividade, seja pelas distribuidoras no instante em que vendem combustível aos seus revendedores, seja pelas revendedoras quando da compra do combustível junto às suas distribuidoras. A lei gaúcha n. 11.587/2001 foi promulgada nos seguintes termos:

“Art. 3º - Os postos revendedores ficam obrigados a exibir, ostensivamente, de maneira correta e clara, o nome da empresa distribuidora fornecedora dos combustíveis, de modo a assegurar ao consumidor o prévio conhecimento sobre a origem e a qualidade do produto adquirido.”

“Art. 6º - As empresas distribuidoras não poderão fornecer produtos combustíveis a postos revendedores que exibam a marca e a identificação visual de outra distribuidora.”

Portanto, a exclusividade é perfeitamente natural e inerente não só ao segmento relativo aos combustíveis, mas em vários outros segmentos comerciais. Quanto ao tema cumpre trazer à baila acórdão da lavra do Ministro, a época do STJ, MENEZES DIREITO¹⁵:

12 COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de direito comercial. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 410

13 Ensaio Sobre Economia e Direito da Concorrência. São Paulo: Singular, 2002, p. 166.

14 Direito e Economia na Análise de Condutas Anticompetitivas. São Paulo: Singular, 2002, p. 139/140.

“Posto de Gasolina. Contratos de fornecimento entre a distribuidora e a revendedora. Dolo e Simulação. Precedentes. Súmula 126 da Corte.

1 – Amparado em fundamentos constitucional e infra-constitucional, assim, no primeiro caso, a ausência de violação aos artigos 170, IV e 173, § 4º da Constituição Federal, afastada a ofensa ao princípio da livre concorrência, a falta do recurso extraordinário provoca a incidência da Súmula 126 da Corte.

2 – Precedentes da Corte assentaram que o posto varejista “negocia combustíveis cuja origem não corresponde à sua bandeira, ele estará enganando o consumidor e se locupletando às custas do titular do logotipo”.

3 – Não há dolo nem simulação quando se pratica ato amparado pela legislação em vigor, sem nenhuma manobra para burlar a disciplina legal ou agredir o direito da outra parte contratante, como bem posto no acórdão recorrido.

4 – Não há razão alguma para configurar, no caso, abuso de poder econômico, à medida que os contratos feitos sob a cobertura constitucional, legal e regulamentar não caracterizam domínio de mercado nacional ou eliminação total da concorrência. Todas as empresas que operam sob o regime de exclusividade de bandeira podem adotar o mesmo sistema contratual, não estando, no caso, configurada concorrência desleal. Recurso Especial não conhecido.”

Considerando que a regra seguida pela lei antitruste é de caráter analítico, ou seja, para que seja verificado qualquer ilícito necessário se faz a verificação de cada caso, iniludível que o entendimento dos autores da ação vai de encontro ao sistema legal e contratual acima referidos.

Os autores da ação ainda asseveram que as distribuidoras praticamente dominam o mercado de distribuição de combustíveis daquele Estado, constituindo o que a doutrina chama de “posição dominante compartilhada”, tudo em função das cláusulas de exclusividade utilizados nos contratos das distribuidoras.

A lei antitruste estabelece que haverá posição dominante quando “uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial do mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa”¹⁶. Assim, é necessário que as empresas, além de disporem de suficiente poder de mercados para influenciar os preços ou outras condições comerciais, estejam comprovadamente atuando em conjunto, o que não se verifica no caso em análise, uma vez que as distribuidoras são concorrentes históricas entre si.

Outro fator que afasta por completo a suposta “posição dominante compartilhada” é a própria estrutura do mercado de revenda de combustíveis, uma vez que referido

mercado se aproxima do que a teoria econômica denomina como “concorrência monopolista”, ou seja, em que pese os produtos comercializados serem semelhantes (combustível automotivo), eles não são entre si substitutos perfeitos, além do mais a elasticidade cruzada¹⁷ da demanda não é infinita ao mesmo nível de preços.

Neste tipo de mercado a diferença se dá principalmente na localização do posto revendedor, na bandeira que ostenta e na qualidade e diversificação dos serviços paralelos que oferece (lavagem, troca de óleo, loja de conveniência, etc.). Portanto, a concorrência se dá muito mais com base nestes fatos, que devem ser levados em consideração quando da análise do mercado, do que unicamente nos preços dos combustíveis.

Por outro lado, é princípio basilar que as condutas mencionadas no art. 21 da lei antitruste somente configuram infração na medida em que se verifiquem as hipóteses previstas no art. 20; logo, obedecidas as regras de hermenêutica, é necessário que as condutas inseridas no art. 21, estejam sendo utilizadas para configurar as hipóteses previstas no referido art. 20, quais sejam:

“I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou livre iniciativa;
II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
III - aumentar arbitrariamente os lucros;
IV - exercer de forma abusiva posição dominante.”

Segundo lembra PAULA FORGIONI¹⁸, “nossas autoridades antitruste; acreditam haver no texto do art. 20 uma ‘regra razão’, de modo que, para a condenação da conduta, é necessário que seu ‘resultado líquido’ seja negativo, isto é, somente haverá infração à ordem econômica se – e apenas se – os prejuízos trazidos pelo ato superem as ‘eficiências’ para o sistema.”

Este é o sistema atualmente utilizado pela maior parte da jurisprudência norte-americana quando da análise das infrações ao art. 1º, do *Sherman Act*, de 1890¹⁹, ou seja, considerar como ilícitos apenas os casos que importarem em “restrições não razoáveis”, ou melhor, que não gerem benefícios ao mercado.

Portanto, no caso em tela verificada que a conquista de mercado de cada uma das distribuidoras se deu de forma

15 R.Esp. nº 188.947, DJ 08/03/2000.

16 Parágrafo 2º, do art. 20, da lei 8.884/94.

17 Medida da sensibilidade da demanda de um produto a variações no preço de outro produto.

18 Contrato de distribuição, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005, p. 167/168.

natural (art. 20, §1º, da Lei Federal n. 8.884/94), com base em políticas eficazes que importaram na redução do custo, e que a cláusula de exclusividade acarretou maior benefício aos consumidores, uma vez que estes têm certeza dos produtos que estão abastecendo seus veículos, não há como classificar os contratos de fornecimentos de produtos que estabelecem a referida exclusividade como contrários à lei antitruste.

V Proteção à marca das empresas no mercado de distribuição de combustíveis líquidos derivados de petróleo

Quando atacam a cláusula de exclusividade dos contratos entabulados entre distribuidoras e revendedores os autores da ação civil público esquecem que em muitos casos as marcas ostentadas pelos revendedores foram consolidadas pelas distribuidoras junto ao consumidor final após longos anos de existência e grandes investimentos.

A Constituição Federal de 1988 quanto ao tema estabelece:

“Art. 5º - (...)

XXIX - A lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes das empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país;”

O doutrinador MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO²⁰ destaca que o referido dispositivo “consagra também como direito fundamental a propriedade das marcas de indústria e comércio e a exclusividade do uso de nome comercial. Sem dúvida, essas formas de propriedade, esses direitos aí reconhecidos, são importantes para a estrutura econômica sobre a qual se ergue nossa Constituição.”

Por seu turno, a Lei Federal n. 9.279/96, colocando em prática os ditames da nossa Constituição, estabelece não só em que termos deve se dar a referida proteção, como também as penalidades que serão imputada aos infratores:

“Art. 2º - A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país, efetua-se mediante:

(...)

III - Concessão de registro de marca;

(...)

V - Repressão à concorrência desleal.”

“Art. 190 - Comete crime contra registro de marca quem importa, exporta, vende, oferece ou expõe à

venda, oculta ou tem em estoque:

(...)

II - Produto de sua indústria ou comércio, contido em vasilhame, recipiente ou embalagem que contenha marca legítima de outrem”

Neste esteio e conforme se verifica do capítulo “Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica” da Constituição Federal, mais precisamente do seu art. 174, caberá ao Estado as funções de fiscalizar, incentivar e planejar a atividade econômica do país, ou seja, é seu dever promover a proteção dos direitos relativos à propriedade industrial.

Contudo, embora devesse enaltecer os referidos ditames a ação civil pública promovida pelo Ministério Público se apresenta na contramão da nova ordem econômica, posto que a quebra da cláusula de exclusividade, além de dificultar a fiscalização e planejamento do Poder Público quando da fixação das políticas que norteiam esse setor que é absolutamente estratégico, sem sobra de dúvidas, acarretará completa balburdia no mercado.

Em citação que cai como uma luva NELSON HUNGRIA²¹ destaca:

“Figure-se agora o seguinte caso: Um revendedor de gasolina faz reencher o reservatório do seu posto, assinalado, v.g., pela marca (...), com gasolina de outra procedência, participando do fato o próprio agente da venda do produto. Um e outro terão incorrido no crime, pois a gasolina foi comprada para uso comercial (...).

A marca, por seu caráter pessoal, garante ao consumidor não só que a mercadoria provém de fabricação do titular da marca, como também que este controlou sua aplicação e a reconhece. A marca não é só indicação da procedência material, mas, outrossim, garantia moral do fabricante(...).”

Permitir que revendedores que ostentem determinada marca de combustível comercializem outras marcas de produtos, importará não só em flagrante crime contra a marca que pertence à distribuidora (art. 190, II, da Lei Federal n. 9.279/96), mas também crime de concorrência desleal (art. 195, IV e V, da mesma lei) e contra o próprio consumidor (art. 6º, III e IV, do Código de Defesa do Consumidor).

19 Consiste em uma das primeiras legislações concorrencias, de origem americana, da história.

20 Curso de Direito Constitucional, Editora Saraiva, 19ª edição, p. 267

21 Comentários ao Código Penal, art. 175, Rio de Janeiro : Forense, p. 359/360

O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 3230²², de 1990, deixou claro:

“No estágio atual da evolução social, a proteção à marca não se limita apenas a assegurar direitos e interesses meramente individuais, mas a própria comunidade, por proteger o grande público, o consumidor, o tomador de serviços, o usuário, o povo em geral, que melhores elementos terá na aferição da origem do produto e do serviço prestado. A proteção legal à marca (Lei 5772/77, art. 59), que busca reprimir a concorrência desleal, evitar a possibilidade de confusão ou dúvida, o locupletamento com o esforço e o labor alheios, não se restringe às sociedades mercantis, alcançando também associações civis...

O que se busca, com a proteção legal, é evitar o locupletamento com o esforço e labor alheios, a possibilidade de confusão ou dúvida, é reprimir a concorrência desleal. Essa a teleologia do sistema, refletida na própria lei.

Em face do exposto, conhecendo do recurso pela negativa de vigência ao direito federal, dou-lhe provimento para julgar procedente a pretensão cominatória ajuizada, invertendo os ônus da sucumbência, com incidência da correção monetária desde o ajuizamento da causa”

Ratificando o entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça, o Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, destaca, *in litteris*:

“A garantia da boa qualidade no mundo hodierno, manifesta-se através das marcas e logotipos. Quem escolhe posto de determinada ‘bandeira’, para abastecer um veículo, o faz na presunção de que a empresa por ela simbolizada entregará um produto de boa qualidade. Isto ocorre, porque, a exibição do logotipo de marca famosa traduz a afirmação de que no local se vendem produtos daquela marca.”²³

Inclusive, muitas distribuidoras, principalmente as maiores, investem vultosas quantias para desenvolver produtos diferenciados e controles de qualidade que permitam coibir a comercialização pelos seus revendedores de produtos fora das especificações legais. É o caso, por exemplo, do programa da Petrobrás “De Olho no Combustível”, ou da Shell “DNA da Shell” e o da Ipiranga “Controle de Qualidade Ipiranga”.

A marca, então, representa para o consumidor a qualidade de um produto, logo, vigora o princípio de que cada empresa identifica o seu produto para necessariamente distingui-lo dos produzidos por outras empresas, a fim de que o consumidor aceite aquele que mais lhe agrade ou confie.

No caso dos combustíveis derivados de petróleo mais do que nunca esse requisito de confiança (marca) desperta grande atenção dos consumidores, tendo em vista que é notória a constante adulteração deste produto.

Portanto, além de não ter um custo para criar uma estrutura de mercado que reflète em menor mobilização de capital, custo financeiro e valor do produto final, valem-se os revendedores desonestos da marca alheia para colocar seu produto no mercado, enganando, por consequência, os consumidores que confiam naquela marca.

Ora, dada a natureza do produto não é possível que o mesmo seja embalado na origem, sendo armazenado pelos revendedores em tanques subterrâneos que só permitem a aferição da origem e qualidade através de testes químicos realizados pelas distribuidoras ou pelos órgãos públicos de controle de qualidade.

Nestes termos, a proteção à cláusula de exclusividade também tem como um dos seus principais fitos proteger as marcas, posto que do contrário, além dos maus revendedores se locupletarem as custas daquelas distribuidoras que durante anos desenvolveram e investiram em um marca, estas podem ser responsabilizadas solidariamente no caso de aquisição pelos consumidores de produtos fora dos parâmetros anunciados em suas campanhas publicitárias.

VI Atuação da agência reguladora na defesa da concorrência

Sucedendo ao Programa Nacional de Desestatização da União Federal (Lei n. 8.031/90), surgem em nosso país as agências reguladoras, que, segundo as palavras do Ministro JOAQUIM BARBOSA, nasceram com a idéia fundamental “de criar um ente administrativo técnico, altamente especializado e, sobretudo, impermeável às injunções e oscilações típicas do processo político, as quais, como se sabe, influenciam sobremaneira as decisões dos órgãos situados na cadeia hierárquica da Administração”.²⁴

Dentre as diversas agências criadas pela União Federal nos interessa a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP²⁵, que surgiu através da Lei Federal n.

22 Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, DJ de 01.10.90, p. 10450, e na RSTJ vol. 0021 - p. 315

23 MS 4578 / DF, DJ 18.12.1998 p. 281, e na RSTJ vol. 118 p. 45

24 Agências Reguladoras (uma reflexão de direito constitucional e comparado). In Estudos e Pareceres Direito do Petróleo e Gás. Rio de Janeiro : Renovar, 2005, p. 341.

9.478/97, tendo como finalidade “promover a regulação, contratação e fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo”.

Em que pese o caráter regulador e de fiscalização da agência em comento, tal fato não afasta a atuação da autoridade antitruste que se consubstancia principalmente na figura do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, existindo, na verdade, uma complementação entre estas duas entidades, principalmente por se tratar de entes dotados de maior autonomia que os demais.

Na obra “Direito e Economia da Concorrência” os autores GESNER OLIVEIRA e JOÃO GRANDINO RODAS²⁶, transcrevendo estudo da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE, detalham as delimitações daquelas duas atividades:

“i) o objetivo da defesa da concorrência é mais restrito, atendo-se em geral ao de eficiência alocativa. A regulação incorpora um conjunto maior de metas, incluindo preocupações amplas, como a de universalização dos serviços, integração regional e meio ambiente, entre outros;

ii) o método de trabalho da autoridade antitruste é caracterizado pela utilização de mecanismos de mercado, enquanto o regulador tradicional procura substituí-los;

iii) a autoridade antitruste agiria *a posteriori*, exceto no controle de atos de concentração; já o regulador tradicional estabelece *a priori* que deveriam ser seguidas pelos administradores;

iv) a autoridade antitruste teria preferência por remédios estruturais que pudessem, uma vez adotados, restabelecer o funcionamento dos mecanismos de mercado. Como estes últimos, tenderiam a ser substituídos pela regulação, a autoridade regulatória teria propensão a adotar remédios comportamentais.”

Tamanho é o caráter complementar da atividade de regulação e de defesa da concorrência que a Lei Federal n. 9.478/97, mais precisamente no seu art. 10, estabelece que caberá à ANP comunicar à Secretaria de Direito Econômico – SDE e ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE todo e qualquer fato que afronte a ordem econômica.

“Art. 10 - Quando, no exercício de suas atribuições, a ANP tomar conhecimento de fato que possa configurar indício de infração da ordem econômica, deverá comunicá-lo imediatamente ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade e à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, para que estes adotem as providências cabíveis, no âmbito da legislação pertinente.”²⁷

Comentando o referido dispositivo MARIA D’ASSUNÇÃO C. MENEZELO, citando FÁBIO ULHOA COELHO, destaca que o seu “principal objetivo é a ‘tutela da liberdade de competição’, a fim de proteger os direitos dos consumidores.” É onde reside a autonomia da agência (independência técnica para analisar e detectar condutas lesivas), posto que do contrário passaria a ser apenas mais um ente da emaranhada estrutura do Poder Executivo.

Em estudo especializado sobre o tema MARCOS JURUEMA²⁹ destaca:

“Para evitar conflitos entre os agentes reguladores e o CADE, a tendência que se vê das leis da ANATEL, da ANP, da ANTT e da ANTAQ é no sentido de que a entidade de defesa da concorrência deve atuar nos casos em que o regulador detectar condutas lesivas à livre competição; evita-se, assim, a duplicidade de regulações, o que também pode ser alcançado por meio de acordos e convênios; do contrário, a duplicidade pode resultar em violação dos princípios da economicidade (dois custos para a mesma ação) e da eficiência (pela inexistência de especialização de um dos agentes).”

Portanto, com o objetivo de assessorar a agência quanto aos procedimentos a serem observados em relação ao controle, à prevenção e à repressão das infrações da ordem econômica foi criado, através da portaria n. 42/99, o Comitê de Política da Concorrência, depois extinta pela portaria n. 121/99, também da ANP, em razão da criação, pela mesma agência, da Comissão de Defesa da Concorrência – CDC (Portaria n. 60/2000).

A referida Comissão tem por fim dar cumprimento às obrigações assumidas pela ANP no Acordo de Cooperação Técnica celebrado com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE e a Secretaria de Direito Econômico - SDE. Assim, o referido acordo nada mais é do que o cumprimento ao art. 36, da Lei Federal n. 8.884/94, que obriga as autoridades federais e demais entes da União, a prestarem toda assistência e colaboração solicitadas pelo CADE e SDE.

25 Após o advento da lei federal n. 11.097/2005, foi acrescentada à sua denominação os termos “Gás Natural e Biocombustíveis” Rio de Janeiro : Renovar, 2004, p. 139

26 Redação dada pela Lei nº 10.202/2001

27 Redação dada pela Lei nº 10.202/2001

28 Comentários à Lei do Petróleo. São Paulo : Atlas, 2000, p. 90.

29 Agências Reguladoras. In Estudos e Pareceres Direito do Petróleo e Gás. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p 383

É interessante observar que nos casos de processos administrativos, encaminhados pela SDE, que tenham por objeto apuração de infrações previstas nos arts. 20 e 21, da Lei n. 8.884/94, a Comissão de Defesa da Concorrência – CDC também deverá emitir parecer técnico conclusivo quanto à práticas infrativas. Ou seja, neste caso o trabalho da ANP não estará sujeito apenas a prestação de informações, mas também terá grande relevância na aplicação da penalidade, tendo em vista seu conhecimento técnico da matéria.

Para a execução dos seus trabalhos a Comissão deverá proceder nos seguintes termos:

“ROTEIRO PARA AS AVERIGUAÇÕES PRELIMINARES

1. Do Requerimento: Descrição resumida da denúncia encaminhada pela SDE, contendo o representante e representado e a caracterização da denúncia.
2. Do Mercado Relevante: Mercado onde ocorreram as práticas denunciadas - produto e geográfico.
3. Da Estrutura do Mercado: Considerações quanto a oferta e demanda do mercado relevante.
4. Considerações sobre a Denúncia/Conclusão: Após descritas as peculiaridades do mercado relevante (estrutura do mercado), verificação do poder de mercado do representado a fim de caracterizar o ilícito para a abertura do Processo Administrativo.

ROTEIRO PARA OS PROC. ADMINISTRATIVOS - art. 20 e 21 - Lei nº 8.884/94 (Resolução CADE nº 20, de 09 de junho de 1999)

1. Caracterização da conduta
 - 1.1. Identificação da natureza da conduta e definição de seu enquadramento legal.
 - 1.2. Verificação da existência de evidências suficientes da conduta nos autos.
2. Análise da Posição Dominante
 - 2.1. Delimitação do mercado relevante
 - 2.2. Estimativa das participações no conjunto das empresas no mercado relevante
 - 2.3. Análise das condições concorrenciais, efetivas e potenciais (barreiras à entrada) no mercado relevante, incluindo condições institucionais.
3. Análise da Conduta Específica
 - 3.1. Avaliação dos danos anticoncorrenciais da conduta sobre este ou outro mercado
 - 3.2. Exame de possíveis ganhos de eficiência econômica e outros benefícios gerados
 - 3.3. Avaliação final dos efeitos anticompetitivos e das eficiências econômicas

ROTEIRO PARA OS PROC. ADMINISTRATIVOS - art. 54 - Lei nº 8.884/94

1. Definição do Mercado Relevante

- 1.1. Definição do Mercado Relevante na Dimensão Produto.
- 1.2. Definição do Mercado Relevante na Dimensão Geográfica.
2. Mensuração do Mercado Relevante: Identificação das firmas Participantes do Mercado Relevante
3. Market Shares e Grau de Concentração do Mercado Relevante: Aferição do poder de Mercado
4. Análise das Barreiras à Entrada - Barreiras Estruturais
5. Análise dos Efeitos Anticompetitivos
6. Análise das Eficiências
7. Análise do Trade Off entre os Efeitos Anticompetitivos e as Eficiências
8. Conclusões”³⁰

Se não bastasse o trabalho realizado pela Comissão de Defesa da Concorrência, a ANP, através do Núcleo de Defesa da Concorrência do Abastecimento³¹, analisa, através do levantamento dos preços dos combustíveis, o comportamento dos mercados de distribuição e de revenda, o que implica, por consequência, na apuração de possíveis infrações à ordem econômica.

Exatamente em harmonia a esta linha de procedimento a ANP editou a Portaria 116/2000, que veda o exercício pelas distribuidoras da revenda de combustível no mercado varejista, ou seja, a norma atacada pelo Ministério Público na ação civil pública ajuizada mais uma vez se mostra de extrema importância para o próprio consumidor.

Portanto, como exige a legislação, necessário se fazia para que fosse configurado qualquer ato lesivo à concorrência que o autor da ação demonstrasse que o art. 11, §2º, e 12, da Portaria 116/2000, ou até mesmo a cláusula de exclusividade inserida nos contratos celebrados entre distribuidora e revendedor, limitassem ou de alguma forma prejudicassem a livre concorrência. Na verdade o que se verifica é exatamente o inverso.

VII Conclusão

Diante dos fundamentos acima aduzidos é de se concluir que a cláusula de exclusividade inserida nos contratos de distribuição de combustível, desde que utilizadas com observância ao princípio constitucional da livre concorrência, contribui para o desenvolvimento do mercado no instante em que, reduzindo os custos de transação e gerando a economia

³⁰ Anexos I, II e III, da Portaria n. 60/2000, da ANP.

³¹ http://www.anp.gov.br/petro/relatorios_precos.asp, dia 28/08/2007, 08:40 horas.

de escala, podem reduzir os preços dos produtos oferecidos ao consumidor final.

No que se refere à Portaria 116, da ANP, contra a qual também se insurgem os autores da ação civil público é de se verificar que a sua edição tem como principal fito estimular a concorrência no mercado de combustíveis, uma vez que, ao mesmo tempo em que veda as distribuidoras atuarem no mercado varejista, evitando qualquer tipo de alinhamento vertical, obriga o revendedor varejista que opte por exibir a marca comercial de um determinado distribuidor, a comercializar somente combustíveis fornecidos por este.

Ou seja, a cláusula de exclusividade e a portaria da ANP não só se harmonizam como também se complementam, uma vez a segunda reforça e legitima a primeira quando a exigência de que os produtos comercializados pelo revendedor sejam os mesmos da marca da distribuidora que o seu estabelecimento ostenta, evitando, assim, que os consumidores sejam lesados e as autoridades competentes sejam tolhidas quanto ao *munus* da fiscalização.

VII Bibliografia

- MELLO, Maria Tereza Leopardi. POSSAS, Mário Luiz Possas. **Direito e Economia na Análise de Condutas Anticompetitivas**. São Paulo: Singular, 2002, p. 135.
- SZTAIN, Rachel. **Teoria Jurídica da Empresa: atividade empresarial e mercados**. São Paulo: Atlas, 2004, p 36
- RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (org.). **Geopolítica do petróleo: Tendências mundiais pós-guerra do Iraque de 2003. Brasil: situação e marco regulatório, publicado na obra: Estudos**

e Pareceres Direito do Petróleo e Gás, Rio de Janeiro : Renovar, 2005, p. 20.

OLIVEIRA, Gesner. RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**, Rio de Janeiro : Renovar, 2004, p. 52

COMPARATO, Fábio Konder. **Franquia e Concessão de Venda no Brasil: Da Consagração ao Repúdio**, in Revista de Direito Mercantil nº 18, 1975, p. 53 .

SIQUEIRA, Tânia Bahia Carvalho. **A Cláusula de Exclusividade nos Contratos Empresariais**, in Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 804, 2002.

BULGARELLI, Waldírio. **Questões Contratuais no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo : Atlas, 1993, p. 26.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**. São Paulo : Saraiva, 1997, p. 410

FAGUNDE, Jorge. PONDÉ, João Luiz. **Economia Institucional: custos de transação e impactos sobre a política de defesa da concorrência**, in **Ensaio Sobre Economia e Direito da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2002, p. 166.

FORGIONI, Paula. **Contrato de distribuição**, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005, p. 167.

FERREIRA FILHO. Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo : Saraiva, 19ª edição, 2004, p. 267.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, Rio de Janeiro : Forense, p. 359.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Agências Reguladoras (uma reflexão de direito constitucional e comparado)**, in **Estudos e Pareceres Direito do Petróleo e Gás**. Rio de Janeiro : Renovar, 2005, p. 341.

MENEZELO, Maria D'Assunção. **Comentários à Lei do Petróleo**. São Paulo : Atlas, 2000, p. 90.

JURUEMA, Marcos. **Agências Reguladoras, in Estudos e Pareceres Direito do Petróleo e Gás**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p 383

Conciliação judicial em teoria e na prática. Pesquisa etnometodológica

Por Artur Stamford da Silva

Prof. Adjunto e Doutor em Direito Pela UFPE.

Chiara Ramos

Mestranda em Direito pela UFPE.

Lillian Brum

Bacharela em Direito.

Natália Brito

Bacharela em Direito.

Sumário: Introdução; 1. O problema da observação; 2. Etnométricos da comunidade jurídica; 3. A prática da conciliação como pesquisa exemplar; Referências bibliográficas.

Introdução

A prestação jurisdicional vem perdendo credibilidade na opinião pública devido à morosidade. Deste senso comum se detecta a insuficiência dos argumentos de autoridade próprios da doutrina jurídica, limitada a descrever a legislação e ementas de decisões. Essa prática de divulgação do saber jurídico baseado em opiniões pessoais evidencia a ausência de cultura científica. A proposta, neste texto, é simplesmente sugerir que há pesquisas empíricas até úteis para identificar hipóteses a problemas de eficácia de institutos jurídicos.

Dessa lógica, tomamos a conciliação judicial como esperança à superação da morosidade como mote à comprovação de nossa hipótese, por isso investigamos a forma como nas varas cíveis do Foro do Recife (PE) estão sendo vivenciadas as “mudanças” na legislação processual civil brasileira. Partindo do pressuposto que doutrina não basta à produção de saber jurídico (compreensão dos institutos jurídicos ofi-

ciais e sociais) questionamos a incapacidade de produção de uma cultura de conciliação através de mudanças na legislação processual. Neste pressuposto, questionamos a influência de normas sociais produzidas no cotidiano forense durante a realização da conciliação.

Fundada por Harold Garfinkel, a etnometodologia ganhou atenção principalmente após seu artigo de 1963: a conception of and experiments with ‘trust’ as a condition of concerted stable actions e com seu livro *Studies in ethnomethodology*, publicado em 1967. Nas palavras do autor, etnometodologia é a “investigação das propriedades racionais das expressões indexadas e outras ações práticas como realizações contínuas e contingentes de práticas usadas como artifícios para organizar a vida cotidiana” (GARFINKEL, 1996, p. 11). Tendo por problematização as normas de conduta social forense, tomamos por marco teórico a etnometodologia.

Essa decisão se pautou pelos artifícios de Garfinkel, como os “experimentos de ruptura”. O pesquisador pediu a um grupo de alunos que se comportassem no cotidiano do ambiente familiar como se fossem visitas, o que gerou quebra no padrão esperado de comportamento de seus alunos entre os familiares. Ao relatarem as experiências, foram re-

gistradas várias situações de desentendimento entre os alunos e seus familiares.

Nossa equipe de pesquisadores - duas bolsistas PIBIC/FACEPE/CNPq e uma bolsista PIBIC/UFPE/CNPq, bem como um orientador, autores deste artigo, apostaram na realização de uma pesquisa sobre o cotidiano da conciliação judicial, quando coletamos dados durante audiências preliminares de conciliação e conversas com professores, magistrados, advogados e promotores. Foram catalogados comportamentos, olhares, anotações a hora do início e do fim da audiência, risos entre advogados e seus clientes, reações de várias espécies de advogados, autores e réus, bem como de magistrados.

Dos dados coletados constatamos que para a conciliação judicial vir como auxiliar a superação da morosidade da prestação jurisdicional não basta promover mudanças na legislação, mas, em paralelo, é indispensável à promoção de eventos e cursos voltados à mudança da cultura jurídica formalista e na visão de processo judicial como jogo, no qual um lado vence e o outro perde.

1 O problema da observação do direito

Não importa debater se direito é ou não ciência, pois, seja qual for a resposta, a prática forense se manterá funcionando da mesma forma. Isso não implica na conclusão de a pesquisa empírica ser desnecessária ou dispensável no direito. Insistimos, porém, em registrar que é recente, do ponto de vista histórico, já que data de 1814, quando da abdicação de Napoleão, juristas alemães travam a polêmica quanto às condições de codificação do direito alemão, já que não tinha sentido manter o Código Civil Francês como direito vigente na Alemanha.

Trata-se da polêmica entre Friedrich Karl von Savigny (1779-1861) e Anton Friedrich Justus Thibaut Thibaut (1772-1840). O debate foi travado através da publicação simultânea de panfletos no ano de 1814. Savigny, em “Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft” (A vocação de nosso século para a legislação e a jurisprudência – ciência do direito) não se opunha à codificação, como muitos escrevem, ele defendia a necessária realização de pesquisa empírica sobre a vontade do povo alemão que deveria constar como conteúdo do código civil da Alemanha (STEN, 1970). Já Thibaut, em “Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland” (Sobre a necessidade de um direito civil geral para a Alemanha), proponha a imediata elaboração da codificação alemã (STEN, 1970). Em suma, a questão não se ocupava quanto à positividade do direito ou mesmo a necessidade da codificação para a Alemanha, mas

sim sobre as bases informativas que deveriam estar contidas no Código Civil Alemão.

É que para Savigny o direito deve refletir a sociedade e para tanto deveriam aguardar a realização de pesquisas empíricas (históricas sobre a cultura alemã) para que fossem identificados que interesses, vontades do povo, anseios sociais dos alemães deveriam nortear o conteúdo do texto do código civil alemão. Já Thibaut defendeu a urgência e imediata confecção do código civil alemão, pois o código civil deixado por Napoleão não serve para o povo alemão, bem como os textos legais anteriores estavam defasados.

Em relação à cientificidade do direito, fala-se em ciência da legislação. Direito é tratado como uma ciência histórica e filosófica por Savigny. A legislação deve conter o “espírito do povo”, a “comum convicção jurídica do povo”. A ciência jurídica não é dedutiva, mas indutiva, portanto, antes de se elaborar a codificação alemã cabe promover uma investigação histórica para identificar a “intuição global” a ser contida no conteúdo dos textos legislativos (LARENZ, 1997, p. 13; LO-SANO, 2002, p. 243; 255; 261-268).

Debater a cientificidade do direito não traz novidade alguma, pois desde 1814 a polêmica entre Savigny e Thibaut já sofria dessa neurose. Avançando no tempo, porém, localizamos o debate entre Arturo Colonna e Francesco Carnelutti datado de 1938. Colonna publica neste ano seu livro intitulado “Para a ciência do direito” provocando Carnelutti sobre a temática, resultando, em 1939, a publicação do livro metodologia do direito (IRTI, 1990, p. V). O debate se trata justamente sobre a obrigatoriedade de se realizar experimento para se atribuir o conceito de teoria científica a um ramo do saber. A provocação de Colonna oferece uma proposta de superação das doutrinas jurídicas tradicionais pela ciência experimental do direito, na qual para haver teoria deve haver um material exclusivamente experimental (os dados) dos quais se produzirão resultados próximos da verdade experimental. Carnelutti inicia sua crítica questionando o que Colonna identifica como material experimental, ou seja, os dados o objeto da ciência do direito e diz que é um engano considerar que eles são as regras jurídicas. Os dados da ciência do direito são as ações humanas e distingue o agir técnico, baseado em regras, do agir empírico, o intuitivo ou imitativo (natural) (CARNELUTTI, 1990, p. 17). Como conhecer é um agir e a ciência superou a fase do empirismo para entrar na fase do tecnicismo, a ciência do direito, por conter uma já acumulada experiência científica, cuida de produzir métodos próprios (técnica da ciência jurídica), as regras do agir jurídico. Distingue, então, o cientista do intérprete da lei “este último é um operador, isto é um prático, não um teórico do direito [...] o ofício do primeiro não é interpretar, mas ensinar como se interpreta” (1990, p. 24-25).

O avanço a que nos referimos não é manifesto, pelo contrário é tímido e muito tímido, mas há como identificá-lo. Insistimos.

Percorrendo a idéia de ciência e cientificidade não só desde Platão e Aristóteles¹, mas já na modernidade podemos também contatar esse avanço. Mesmo com a revolução científica - ocasionada com a publicação, em 1543, do livro *De humani corporis fabrica* (Sobre a estrutura do corpo humano), de Andreae Versalii (1514-1564) (TOMAYO, 1998, p. 20-47) – não se pode falar em avanços evidentes. É que a busca de “apunhalar” a metafísica e a negação de cientificidade para a filosofia, não significou o abandono da idéia de haver um saber superior (melhor, mais digno de credibilidade), apenas a exclusividade de um saber mais “competente”, mas digno de credibilidade, mais fiável, mantém-se na ciência, na modernidade, os cientistas experimentais. Fala-se, então, de relação entre técnica e ciência, como se a moralidade estivesse já totalmente fora de cogitação.

Sendo mais claro, se na idade antiga, com Platão, o cientista é precisamente o filósofo, único saber “louvável”, merecedor de credibilidade e de ser detentor do poder; com a modernidade o filósofo é justamente o não-cientista, o saber “menos importante”. O saber científico é o saber desvinculado aos interesses políticos, como queria Isaac Newton ao declarar que sua ciência é produto do exame cuidadoso da realidade e não da metafísica, dos interesses dos reis nem de religião (TAMAYO, 1998, p. 61-66). Voltaremos ao debate da indução ou dedução ao tratarmos dos métodos de pesquisa.

Voltando ao saber jurídico, registramos que quando o Estado se ocupou em regular as profissões foram travados debates sobre como qualificar o saber jurídico. Em 1877, na Câmara os Deputados Cunha Leitão e Franklin Dória se referiram às profissões jurídicas como liberais e lucrativas, em oposição às profissões cultas (COELHO, 1999, p. 22-23). Não nos interessa fazer juízo de valor sobre esse debate, mas sim registrar que o ensino do direito não envolve o saber científico, é técnico, quando não predomina o “achismo” do “professor”, mais uma vez: o “argumento de autoridade”.

Distingue-se, portanto, não o conhecimento produzido, mas a forma (método) como ele é produzido, com isso, o que estamos a defender é a necessidade de profissionalismo dos pesquisadores do direito, não estamos em defesa de o saber científico ser superior, melhor ou pior que outra forma e fonte de conhecimento.

Tratar de métodos e técnicas de pesquisa é pressupor a necessidade e indispensabilidade do saber científico. Para tanto, catalogamos algumas dicotomias envolvidas nos debates epistemológicos: senso comum e saber científico; ob-

jetividade e subjetividade; indução e dedução; positivismo e realismo; individualismo metodológico e holismo; metafísico e experimental; ontologismo e ceticismo; razão inata e razão adquirida; razão teórica e razão prática; descrição e prescrição; racionalismo e empirismo. Não cuidaremos de cada uma delas. As temáticas aqui serão: métodos e técnicas de pesquisa e, para tanto, uma passagem em algumas considerações sobre o papel e atributos do observador. Ainda mais quando se reconhece que ciência não é produto de máquinas com a objetividade exigida pelos que insistem na ciência como produto da conexão causa/efeito e não da circularidade cognitiva (VARELA, 1998, p. 256-257). Significa: conhecer é ato humano, por isso é produto humano que ao sair da mente humana retorna a ela para vir a ser novo produto da mente humana que agora já não é a mente da primeira volta (do primeiro ciclo).

Metodologicamente essa questão foi e é objeto de vários estudos epistemológicos (RILEY e NELSON, 1976, *passim*), mas principalmente com a corrente do construtivismo, para quem o pesquisador - se desde Popper, Khun e Lakatos não tinha porque ser considerado neutro – assume o lugar de construtor e responsável pelos caminhos da ciência.

Não é porque existe o ponto cego que a pesquisa empírica é inútil. Assim como não é porque a observação pode produzir mais de uma explicação e sentido que ela é desprezível como técnica de pesquisa. Pior é preferir a obscuridade (RIEDL, 1998, p. 76-80). Com essas afirmações insistimos na importância e necessidade de realização de pesquisa empírica para melhor compreensão do direito. Evidente, não ignoramos os que preferem se manter no nível da crença, mas nossa proposta é justamente, admitindo os limites e as falhas da pesquisa e do pesquisador, insistir que as afirmações sobre o direito precisam ter base empírica e não ficar no parâ-

1 Não temos por objeto de estudo esses autores, não por isso ignoramos as divergências teóricas entre eles. Platão, com sua alegoria das cavernas, defende que o verdadeiro conhecimento não era o da realidade, mas o das idéias, portanto a ciência, a filosofia é que permite conhecer os entes universais de existência verdadeira e objetiva, o que se dá por meio do método dialético, discussão racional da definição de um conceito entre indivíduos versados no assunto até que alcancem um consenso. Aristóteles, com sua teoria da causalidade, sua lógica formal silogística e a teoria das definições propões uma classificação das ciências e trata do método indutivo-dedutivo quando explica que não se conhece só por meio de idéias, o conhecer requer sujeitar as idéias ao exame empírico, por tanto, a ciência é um processo cognitivo que começa com várias observações, das quais se formulam os princípios gerais (indução – processo não lógico) que possibilitam a passagem para a explicação das observações (dedução – processo lógico).

metro do argumento de autoridade. É justamente a postura da satisfação na crença, porque desprovida de dados empíricos que impede melhorias na cientificidade do direito, por mais que o cotidiano nos mostre que poucas são as profecias que se autorealizam (WALZLAWICK, 1998, p. 85).

É neste sentido que recorreremos à etnometodologia, conscientes do nosso papel de observador, para demonstrar que pesquisa empírica pode e muito colaborar com a prática forense.

2 Etnométodos da comunidade jurídica

Etnometodologia não é um método de pesquisa nem uma técnica de levantamento de dados, como já escrito na introdução. Ela é um programa de investigação sobre “acordo entre colegas ‘culturais’, ou ainda: “Eu uso o termo “ethnomethodology” para me referir à investigação das propriedades racionais de expressões de indexação e outras ações de práticas contínuas e contingentes organizadas na vida cotidiana” (GARFINKEL, 1996, p. 10-11). Etnometodologia é considerada uma proposta de programa voltado ao estudo do “aspecto processual e implícito do conhecimento que os agentes utilizam nas atividades rotineiras” (ARNAUD, 1999, p. 332), ou ainda, de como as pessoas tornam compreensíveis as cenas e situações sociais (WALLACE E WOLF, 1994, p. 321).

Ora, se a prática forense produz normas ao convívio social, a etnometodologia auxilia na identificação dessas normas.

O questionamento condutor da pesquisa foi: no cotidiano forense são produzidas normas que possibilitam a atuação desses profissionais na construção dos acordos? Se se podem identificar os interesses envolvidos, mesmo se não declarados. Por exemplo, quando um advogado pede ao juiz para falar em separado com seu cliente, esse comportamento é aceito por todos os envolvidos como mecanismo praticado visando debater sobre o acordo, pois todos reconhecem a necessidade de alguns pontos só podem ser dito abertamente entre o advogado e seu constituinte. Por que predomina uma terminologia de guerrilha numa audiência de conciliação?

Quanto às técnicas de investigação empírica, os etnometodólogos recorrem à técnica da pesquisa documental, da observação, da gravação de fitas de áudio e de vídeo, tudo voltado à abordagem de como as pessoas constroem e reconstroem a realidade social em que vivem².

Garfinkel chegou ao termo etnométodos partindo das palavras etnobotânica, etnofisiologia, etnofísica. Assim, com a proposta de demonstrar que o ser humano dota de sentido seu mundo social: **etno** se refere aos “sistemas conceituais

cotidianos empregados pelos membros de uma cultura ou de uma sociedade dada”; **métodos** são “os procedimentos implementados pelo senso comum na representação corrente do mundo e da ação” (ARNAUD, 1999, p. 333; WALLACE E WOLF, 1994, p. 320).

Um dos precursores foi Edmund Husserl, primeiro a utilizar o termo fenomenologia para se referir à dualidade da consciência – e o mundo dos modos de conhecer (fenomenologia, estudo das variantes fenomênicas da consciência) (HUSSERL, 1996, p. 87). Dessa proposta, resulta que o investigador procura se afastar do que é tido por aspecto ôntico, apodítico, como a idéia de atitude natural do ser humano, e considera o mundo mesmo (sua realidade fenomênica), como se dá na consciência mesma e suas estruturas essenciais (HUSSERL, 1996, p. 62-63). Daí que este autor promove duas condições para a fenomenologia: a redução eidética, substituição da consideração dos fatos como naturais por intuição da essência dos fatos; e a epoché fenomenológica, que é o suspender a tese da existência do mundo (HUSSERL, 1996, p. 122-123).

Quando um objeto é percebido e condiz com os modelos da experiência cotidiana, a intuição, a evidência e a verdade podem coincidir; o que possibilita a racionalidade. Algo é, pois, racional quando coincide com a evidência, quando lhe damos o atributo de estar de acordo com nossa intuição, com os limites dados por nossa experiência. Daí sempre haver a intencionalidade no ato de conhecimento, que é a intencionalidade da consciência (HUSSERL, 1996, pp. 95-99). A questão é a viabilidade de se chegar à intencionalidade, no nosso caso, à intencionalidade dos atores jurídicos numa audiência de conciliação. De toda sorte, não negamos a possibilidade de se investigar normas cotidianas produzidas pela prática forense da conciliação, bem como pela história cultural do formalismo processual cível. Referimo-nos à idéia de mundo da vida.

É justamente da noção de mundo da vida de Husserl, que Alfred Schutz trabalha a noção de mundo social (*lebenswelt*)³, o mundo intersubjetivo, das rotinas, assim, a realidade social é concebida como “a soma total dos objetos

2 Este texto não se ocupa das técnicas de pesquisa, para quem se interessa, não só pela técnica, mas com a análise de dados obtidos através de textos, imagens e som, ver: BAUER, Martin W. e GASKELL, George. Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som. Petrópolis: Vozes, 2004.

3 Schutz utiliza vários termos como sinônimo de mundo da vida, tais como: “mundo da vida diária”, “mundo do trabalho cotidiano”, “realidade mundana”, “mundo do sentido comum”, “realidade emite-nente da vida do sentido comum” (RITZER, 1993: 270).

e dos acontecimentos do mundo cultural e social, vivido pelo pensamento de senso comum de homens que vivem juntos numerosas relações de interação” (COULON, 1995, p. 12).

Schutz se preocupa em distinguir o mundo da vida do mundo dos sonhos, para isso identifica seis características do mundo da vida: o estado de alerta, momento em que o ator presta atenção à vida e aos seus requisitos, o que não ocorre no mundo dos sonhos; segunda, o fato de o ator não duvidar da existência do mundo; terceira, refere-se ao mundo do trabalho, que está ausente no sonho; quarta, a forma específica de o trabalhador experimentar o mundo; quinta, é quando o mundo da vida é caracterizado pela solidariedade; e sexta, o fluxo temporal, o qual é diverso entre o mundo da vida e o mundo dos sonhos (RITZER, 1993, p. 272).

Assim, quanto aos reinos da realidade social, esse autor distingue quatro espécies: *umwelt* - reino da realidade social diretamente experimentada, que é o contato face a face, são as relações-nós (eu e tu) -; *mitwelt* - reino da realidade social indiretamente experimentada, contatos intermediados por instituições e organizações sociais, formando as relações-eles -; *folgewelt* - reino dos sucessores, quando debate sobre a previsibilidade da ciência social - e *vorwelt* - reino dos predecessores, capacidade de analisar o ocorrido a partir do instrumental teórico oferecido pelas ciências sociais - (RITZER, 1993, pp. 274-279).

Sendo Schutz um precursor de Garfinkel, acrescentamos ainda a informação que do conceito de *verstehen* (compreensão) de Max Weber, ele elabora um estudo sobre o significado que os indivíduos atribuem às situações que presenciam. Isso o permite defender que a convivência entre os seres humanos resulta justamente do fato de que, como cada ser humano vive experiências diferentes das dos outros, criamos o mecanismo de supor que tivemos experiências idênticas. Assim, vivemos um processo de permanente ajuste, o qual torna possível a dissipação das divergências entre as diferentes percepções de mundo (COULON, 1995, pp. 10-12). Aproveitando essa informação, este processo foi chamado por Mead de “fundo comum de consciência”, o qual permite pensar o mundo em termos de “tipos” de objetos, que é o processo de elaboração das tipologias (ou idealtipos) (WALLACE E WOLF, 1994, p. 317).

Harold Garfinkel, partindo do conceito de “expectativa normativa” de Parsons, oferece a proposta de um estudo do comportamento cotidiano, contrapondo-se à ideia de padrão de comportamento nos termos empregados pelo estruturalismo e pelo funcionalismo, assim a etnometodologia considera que a ordem é construída dentro dos processos sociais, resultando das relações sociais compartilhadas. Com Schutz, Garfinkel defende a necessidade de um motivo parti-

cular para por em questão o mundo comumente conhecido e dado por sabido (WALLACE E WOLF, 1994, p. 322).

Aaron Cicourel, primeiro discípulo de Garfinkel, trabalha o tema da metodologia com críticas aos métodos empregados pelos sociólogos em seus experimentos, para este autor os sociólogos afastam elementos indispensáveis à investigação por capricho metodológico. Estas ideias deram margem ao aparecimento de novos métodos como a “etnografia constitutiva”, de Hugh Mehan, e o *tracking*, de Don Zimmerman (COULON, 1995, pp. 85-92).

Da vida cotidiana, aquela que se apresenta como realidade interpretada pelos seres humanos, forma-se um significado subjetivo construindo-se o mundo coerente, é que a realidade da vida cotidiana é “o mundo intersubjetivo que comparto com os outros” (BERGER E LUCKMANN, 1983, pp. 40). Para esses autores, pode-se duvidar da realidade cotidiana, porém, mesmo assim, estamos obrigados a suspender essas dúvidas porque existimos rotineiramente, em vida cotidiana. A vida é: rotineira – as que seguem sendo apreendidas como não problemáticas – ou não rotineira – aquela apreendida problemáticamente.

Estruturalmente, a vida cotidiana tem limites de espaço e tempo. Quanto à limitação espacial, ela, a vida cotidiana, requer uma dimensão social, delimitada conforme o grupo social. Em razão do tempo, ela é coercitiva, não se intervem voluntariamente, p.ex., há a norma do quando falar e quando calar, há a delimitação temporal oficial, demarcada pelos aparelhos de relógio (BERGER E LUCKMANN, 1983, p. 44-46). É o que se verifica quando as audiências preliminares têm que ter duração limitada, não se pode ficar debatendo “o dia todo”.

A interação social na vida cotidiana é aquela que temos com os outros em situação face a face, a qual permite que na realidade da vida cotidiana construamos esquemas tipificadores, permitindo-se a formulação de critérios à qualificação. Há, no entanto, uma negociação contínua entre os esquemas tipificadores das partes em interação, o meu esquema com o do outro (BERGER E LUCKMANN, 1983, p. 49). A linguagem (a corporal – como o aspecto facial -; e de objetos – que proclamam intenções subjetivas do meu semelhante, como a arma -; e a dos signos – permitindo a produção de informações de uma intenção, como o SOS -; e a fala - expressão oral), é outra forma de coerção da vida cotidiana, pois estamos limitados a seus efeitos, ela nos obriga a adaptarmos a suas pautas (BERGER E LUCKMANN, 1983, p. 57). Assim, as ações e reações dos agentes jurídicos durante a audiência preliminar são concebidos como hábitos, pois “todos os atos que se repetem com frequência, cria uma pauta que logo pode reproduzir-se com economia de esforços e que *ipso facto* é apreendida como pauta por quem a executa” (BERGER E LUCKMANN, 1983, p. 57).

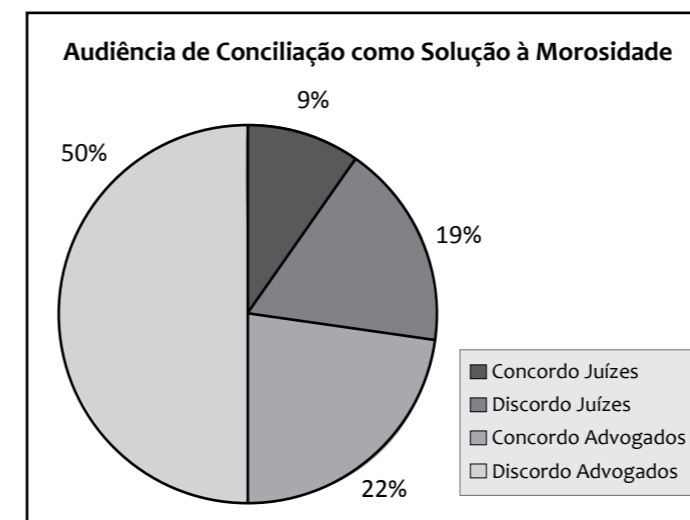
Nem por isso deixa de ocorrer mudanças sociais, é que a realidade social é um processo que contém: externalização – atuar humano -; objetivação – processo humano que objetiva o que é externalizado -; e internalização – processo de volta do mundo social objetivado na consciência durante a socialização. Assim, a sociedade é um produto humano e o ser humano um produto social (BERGER E LUCKMANN, 1983, p. 83-84).

2 A prática da conciliação como pesquisa exemplar

A pesquisa envolveu a técnica da observação não participativa em audiências preliminares de conciliação nas varas cíveis do Fórum do Recife. Cada uma das pesquisadoras se ocupou em observar e catalogar o comportamento de um dos integrantes da audiência: enquanto Chiara Ramos enfatizava a perspectiva do advogado do autor; Lillian Brum se ocupava do advogado de defesa e Natália Brito de registrar a atuação do magistrado. Neste texto não apresentaremos o resultado completo da pesquisa, mas apenas tópicos suficientes para demonstrar o potencial de contribuição da pesquisa empírica para a prática jurídica.

A pesquisa envolveu 9 juízes, 23 advogados e 47 audiências preliminares assistidas pela equipe de pesquisa.

Um dos pontos se voltou ao formalismo como os agentes jurídicos vivem o processo cível. Mesmo após onze anos de vigência da Lei nº. 8.952/94 e três anos da Lei nº. 10.444/2002, ainda predomina a visão formalista do direito processual no âmbito das varas cíveis. Essa afirmação é fruto da verificação da duração das audiências, somada à participação de cada um dos envolvidos, bem como devido a declarações dos envolvidos de a audiência preliminar ter gerado aumento da morosidade.



O quadro é elucidativo quanto à visão cotidiana de juízes e advogados em relação à audiência preliminar como meio de enfrentar a morosidade processual: 69% (6 juízes e 16 advogados) acham que a audiência preliminar é apenas mais um ato processual e como raramente são realizadas conciliações, é uma perda de tempo; 31% desses agentes jurídicos concordam que a conciliação ajuda na redução da morosidade processual. Dentre os magistrados, 66,67% (6 juízes) discordam e 33,33% (3 juízes) concordam que a audiência preliminar é uma forma de enfrentar a morosidade. Em relação aos 23 advogados, 69,56% (16 advogados) discordam e 30,43% (7 advogados) concordam.

Dentre os juízes que discordam da audiência preliminar como mecanismo para enfrentar a morosidade processual o argumento mais contundente é que “as partes nunca conciliam durante a audiência”, mas houve quem afirmasse não haver preparo dos magistrados para lidar com essa nova realidade, para mudar a visão ritualística e formalista do direito processual. O que envolve também questões de poder. Essa questão não é nova, pesquisas anteriores já apontavam para o problema do poder na formação dos agentes jurídicos (SOUTO, 1986, p. 197-214).

Em relação aos advogados, o argumento predominante refere-se à perda de tempo com as audiências preliminares, chegando a afirmar que seria melhor o sistema anterior quando a audiência marcada era de instrução e julgamento, pois não havendo a conciliação iniciava-se imediatamente a instrução. Dessas afirmações, verificamos fatores inclusive de ordem econômica. O papel social dos advogados é plenamente ignorado por esses profissionais. Raros os que fizeram referência aos direitos do seu constituinte, limitando-se à lógica do Judiciário como lugar de decisão sobre quem tem razão, quem está com o direito. Lógica que precisa ser revisada em razão do momento processual da conciliação.

Outra observação foi que as audiências não funcionam como espaço ao debate, busca de entendimento quanto aos direitos envolvidos, verificamos a prevalência da “negociação”, inclusive com referências à morosidade como “moeda” em defesa dos interesses em conflito.

Desses dados aferimos que na cultura cotidiana do direito processual civil predomina o dogmatismo formalista e não uma cultura dialógica. Normalmente as audiências se iniciam com a pergunta “há conciliação?”. Se a resposta é sim, lavra-se o termo; se não, encerra-se a audiência, o magistrado produz o saneamento e se agenda a audiência de instrução.

Com essas observações sobre resultados de pesquisa empírica, apenas insistimos que é indispensável pesquisar a prática forense, levantar dados empíricos para se fazer afir-

mações de cunho científico, por isso capaz de colaborar para melhorias e identificação de problemas na prestação jurisdicional. Não há que se insistir no diálogo de surdos entre pesquisador e agentes jurídicos.

Por fim, durante as audiências foram identificados etnométodos desenvolvidos no cotidiano forense, pois a atuação de cada um dos agentes da comunidade jurídica durante audiências de conciliação demonstrou que dependendo da “posição” (autor, réu ou magistrado) a lógica muda, bem como que há normas culturais na comunidade forense que impedem uma concepção de conciliação como alternativa à morosidade da prestação jurisdicional.

Referências

- ARNAUD, A. e DULCE, M. J. F. **Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000.
- ARNAUD, A. e outros. **Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- BERGER, P. L. e LUCKMANN, T. **La construcción social de la realidad**. Buenos Aires: Amorrortu, 1983.
- CARNELLUTTI, F. **Metodologia del diritto**. Padova: CEDAM, 1990 (1939).
- COELHO, Edmundo Campos. **As profissões imperiais. Medicina, engenharia e advocacia no Rio de Janeiro**. 1822-1930. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 1999.
- COULON, A. **Etnometodologia**. Petrópolis: Vozes, 1995.
- GARFINKEL, H. **Studies in ethnomethodology**. Cambridge/Oxford: Polity Press, 1996.
- HUSSERL, Edmund. **Meditaciones cartesianas**. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

LOSANO, Mario. **Sistema e struttura nel diritto**. Dalle origini allá scuola storica (vol. 1). Milano: Guiffre, 2002.

RIEDL, Rupert. **Las consecuencias del pensamiento radical**. In: WATZLAWICK, Paul (org.). **La realidad inventada**. Cómo sabemos lo que creemos saber? Barcelona: Gediza, 1998, p. 62-80.

RILEY, Matilda W. e NELSON, Edward E.. **A observação sociológica**. Rio de Janeiro: Zahar, 1976.

RITZER, G. **Teoría sociológica contemporánea**. Madrid: McGraw-Hill, 1993.

SOUTO, C. **Educación jurídica e conservadorismo acadêmico**. **Desordem e progresso**. Porto Alegre: SAFE, p. 197-214, 1986.

STAMFORD, A. **Conciliação judicial e ação comunicativa: acordo judicial como negociação versus consenso**. **Anuário dos cursos de Pós-Graduação em Direito - UFPE**. Recife: UFPE, no. 13, pp. 75-109, 2004.

STERN, J. **Thibaut y Savigny. A codificación: Una controversia programática basada en sus obras “Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania” y “De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho”**. Con adiciones de los autores y juicios de sus contemporáneos. Madrid: Aguilar, 1970.

TOMAYO, Ruy Pérez (1998). **Existe el método científico?** México-DF: Fondo de Cultura Económica.

VARELA, Francisco. **El círculo creativo**. Esbozo historiconatural de la reflexividad. In: WATZLAWICK, Paul (org.). **La realidad inventada**. Cómo sabemos lo que creemos saber? Barcelona: Gediza, 1998, p. 251-263

WALLACE, R. A. e WOLF, A.. **La teoría sociológica contemporánea**. Bologna: il Mulino, 1994.

WATZLAWICK, Paul. **Profesías que se autocumplen**. In: WATZLAWICK, Paul (org.). **La realidad inventada**. Cómo sabemos lo que creemos saber? Barcelona: Gediza, 1998, p. 82-97.

O ensino jurídico nos governos de FHC e Lula: Avanços e retrocessos.

Por Inácio Feitosa

É Advogado, Professor de Direito Educacional de Cursos de Pós-Graduação em Direito Educacional em Recife/PE e Salvador/BA, assessor jurídico do Siespe (Sindicato das Instituições Particulares de Ensino Superior de Pernambuco) e da Abrafi (Associação Brasileira de Mantenedores de Faculdades Integradas e Isoladas).

Sumário: I – Introdução; II – Estado Gerencial; III – Educação Superior no Brasil; IV – O Ensino Jurídico; V – Conclusões; VI – Bibliografia.

I Introdução

Na atualidade, o ensino jurídico tem ocupado espaço de destaque no cenário educacional brasileiro devido à presença ativa do Conselho Federal de Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), atuando como indutor de um padrão de qualidade e de responsável pelo aperfeiçoamento das instituições jurídicas¹.

Alhures, é de conhecimento público² que os desencontros entre o Ministério da Educação (MEC) e a OAB em torno do currículo do curso de Direito geraram muita celeuma, posto que ambos defendiam interesses opostos, representados pelo MEC no Parecer CES/CNE/ MEC n. 146/02, que instituiu as Diretrizes Curriculares Nacionais para o curso de Direito; e na OAB pela manutenção da Portaria MEC n. 1.886/94, que estabelecia o conteúdo mínimo dos cursos jurídicos.

As discussões em torno da construção de uma política curricular para o curso de Direito, tanto no governo de FHC quanto em LULA, evidenciam uma forte presença do Estado. O octênio do governo FHC foi marcado pelo surgimento de políticas educacionais esboçadas no ideal da administração pública gerencial. Dentre elas destacamos: a criação do novo conselho nacional de educação; o exame nacional de cursos (ENC); a promulgação da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e a implementação das Diretrizes Curriculares Nacionais.

¹ Colhido no artigo “OAB Recomenda”, de autoria do Dr. Roberto Medina, ex-presidente da Comissão de Ensino Superior do Conselho Federal da OAB no site: www.consultorjuridico.com.br, acesso em 25/01/07.

² Nesse sentido citamos o Mandado de Segurança (MS) n. 8592/DF, autuado em 09/09/02, que tramitou perante o STJ – Superior Tribunal de Justiça –, tendo como impetrante o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), e impetrado o Ministro de Estado da Educação (MEC), que nos forneceu o material necessário para realizarmos a composição desse estudo.

Os governos não conseguem manter-se inertes no cenário educacional; suas políticas materializam em diversos momentos um orquestramento perfeito entre o enxugamento do Estado e a formulação e reformulação de dispositivos legais que corroboram o aperfeiçoamento de políticas neoliberais³. No caso do ensino jurídico, a situação não é distinta. Mesmo sofrendo fortes pressões por parte da OAB, o governo LULA aparentemente tem cedido com a expedição da Resolução n. 09/04 (estabelece as Diretrizes Curriculares Nacionais para os cursos de Direito); da Portaria n. 1.874/05 (trata da nomeação de comissões de supervisão, no sentido de verificar “*in loco*” as condições de ofertas de cursos jurídicos) e da Portaria n. 147/07 (que estabeleceu critérios complementares para os pedidos de autorização dos cursos jurídicos em tramitação), por exemplo.

Nesse sentido, é objeto de nosso estudo identificar como se deu a construção da reforma do Estado no governo de FHC, associando ao governo LULA; mapear o cenário da educação superior nos dois governos, em termos de produção legislativa, onde fecharemos o foco nas políticas educacionais realizadas de FHC a LULA para o ensino jurídico. Ao final, a nossa conclusão permitirá identificar os avanços e retrocessos do ensino jurídico nos governos em estudo.

II O estado gerencial

Podemos asseverar⁴ que tanto no governo FHC, quanto no de LULA, foram realizadas ações para fortalecer o Estado afastando-o do risco de crises inflacionárias, econômicas, políticas e sociais. O modelo de Estado que vivenciamos hoje teve sua matriz de reforma do aparelho do Estado⁵ em 1995, com FHC. Este coordenou o processo de desenvolvimento de um novo modelo de Estado, que se volta para reestruturação da administração pública, tornando-a de caráter gerencial. Passa-se a conhecer, desde então, um novo perfil de administração do Estado, denominado pelos próprios formuladores de administração pública gerencial (BRESSER PEREIRA, 1998, p. 205).

O Estado brasileiro no governo FHC passou por transformações em sua estrutura administrativa para o exercício de suas competências constitucionais⁶, verdadeiras reformas do Estado, em uma concepção mais abrangente, tendo repercussões profundas no setor da educação superior. Fato este presente no primeiro mandato do governo LULA, até os dias atuais.

Os princípios norteadores da administração pública gerencial concentram-se principalmente no setor das atividades não-exclusivas do Estado (por exemplo, saúde e educação). Novos parâmetros são definidos dentro do Plano Diretor da reforma do aparelho estatal⁷, para que o Estado reduza o seu papel de executor ou de prestador de serviços.

Em relação ao nosso estudo, esse quadro evidencia o afastamento do Estado no setor educacional. O governo FHC e LULA firmaram o entendimento de que a crise do Estado os impossibilitaria de responder sozinhos pela educação superior no Brasil. O Plano Diretor de reforma do Estado, bem como a manutenção das políticas educacionais no governo petista confirma essa tese. Era preciso passar para a iniciativa privada a oferta da educação superior, sob o argumento de que a educação não é um serviço exclusivo do Estado. O mercado é colocado como mecanismo que por si só coloca em ordem todo o sistema social (HOLANDA, 1998, p. 58).

Neste sentido assevera Gomes (2003, p. 841):

“A política de reforma oficial é no sentido de equipar e fortalecer o potencial de coordenação, controle e regulação do Estado (ou governamental) e estabelecer mecanismos para aumentar o poder de controle do mercado (grifo nosso), objetivando diminuir, nesse movimento, a força coordenadora da comunidade acadêmica”.

Defende FHC na apresentação do Plano Diretor da reforma do aparelho do Estado (BRASIL, 1995b):

3 Achamos importante registrar a observação de Azevedo (1997, págs. 9-10) sobre as raízes da corrente neoliberal, expressado pelo ideário do liberalismo clássico: “(...) os fundamentos da liberdade e do individualismo são tomados aqui para justificar o mercado como regulador e distribuidor da riqueza e da renda, compreendendo-se que, na medida em que potencializa as habilidades e a competitividade individuais, possibilitando a busca ilimitada do ganho, o mercado produz, inexoravelmente, o bem-estar social (...)”.

4 O nosso estudo foi realizado em março de 2008, segundo mandato do governo LULA. Por esse motivo em alguns momentos de nosso escrito realizaremos uma análise direta e comparativa com base nas informações consolidadas do governo de FHC, de 1995 a 2002.

5 Os primeiros ensaios da reforma do Estado, dos quais trataremos neste estudo, se deram inicialmente no governo Collor de Melo, quando da abertura comercial, refletida na implementação do modelo neoliberal da economia brasileira; na abertura às importações com incentivo de redução tarifária; na privatização de empresas e serviços públicos, entre outros aspectos.

6 Constituição da República Federativa do Brasil, Art. 18, trata da Organização do Estado.

7 “Deste modo, o Estado reduz seu papel de executor ou prestador de serviços, mantendo-se, entretanto, no papel de regulador e provedor ou promotor destes, principalmente dos serviços sociais como educação e saúde, que são essenciais para o desenvolvimento, na medida em que envolvem investimento em capital humano (BRASIL, 1995b, p. 13)”.

“Um dos aspectos centrais desse esforço é o **fortalecimento do Estado para que seja eficaz sua ação reguladora, no quadro de uma economia de mercado**, (grifo nosso) bem como os serviços básicos que presta às políticas de cunho social que precisa implementar”.

Para lograr o êxito esperado acima, foi necessário desatrelar da educação superior alguns entraves normativos por meio de leis ordinárias, medidas provisórias, decretos, resoluções e até mesmo de Portarias ministeriais. É possível verificar-se no governo de FHC que o Estado passa por transformações profundas, sobretudo em relação à educação superior. O seu sistema normativo é reconstruído sob a égide de uma nova LDB, bem como de normas esparsas que passam a ser produzidas.

Para entender o modelo que o governo FHC buscou concretizar, temos que conhecer a estrutura desenhada para a administração pública gerencial (APG), em relação à setorialização do Estado.

Faremos uma demonstração ou exposição didática dos seus principais elementos que permitirá compreender melhor o projeto de Reforma Estatal. Para o Plano Diretor o aparelho do Estado teria os seguintes setores (BRASIL, 1995b, p. 41 - 42): a) NÚCLEO ESTRATÉGICO: onde são definidas as leis e políticas públicas estratégicas em última instância. Setor composto pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário; b) ATIVIDADES EXCLUSIVAS DO ESTADO: aquelas em que o “poder do Estado” é exercido. Para Bresser Pereira (2003) “o poder de legislar e tributar”, incluindo a polícia, as forças armadas, órgãos de fiscalização e de regulamentação e os órgãos responsáveis pelas transferências de recursos, como o sistema unificado de Saúde, o sistema de auxílio desemprego; c) SERVIÇOS NÃO-EXCLUSIVOS OU COMPETITIVOS DO ESTADO: setor em que o Estado poderá atuar simultaneamente com organizações públicas não-estatais e privadas. Compreende os serviços de educação, saúde, cultura e de pesquisa científica; d) PRODUÇÃO DE BENS E SERVIÇOS PARA O MERCADO: são realizados pelo Estado através de empresas públicas, que operam em setores públicos e ou estratégicos.

É interessante observarmos que no mesmo período em que eram realizadas reformas no Estado entra em vigor a Lei n. 9.394/96, Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), e outras normas ordinárias, medidas provisórias, portarias etc., reformulando a Educação Superior brasileira, adequando-a, pois, ao novo modelo de Estado que estava sendo construído.

As mudanças educacionais advindas da reforma do aparelho do Estado produzidas no governo FHC interferem na organização da educação superior, particularmente no ensino

jurídico, encontrando resistências⁸ na OAB, entidade de classe com perfil conservador que intenciona exercer um papel de “guardião do ensino jurídico”.

III A educação superior no Brasil

Com a publicação da MP n. 661/04, inicia-se um processo de transferência das atribuições do Conselho Federal de Educação (CFE) para o MEC. O auge se dá em 1995, com a Lei n. 9.131⁹, em seu Art. 6º, que deu ao MEC o exercício das atribuições do poder público federal em matéria de educação: “cabendo-lhe formular e avaliar a política nacional de educação, zelar pela qualidade do ensino e velar pelo cumprimento das leis que o regem” (BRASIL, 1995c).

Como pode ser verificado, ao MEC incumbia cumprir as decisões do CFE à luz das Leis n. 4.024/ 61 e n. 5.540/ 68. O CFE era considerado um órgão “executor” com diversas competências que não foram renovadas após a criação do Conselho Nacional de Educação (CNE). Este passou a realizar a função de um órgão colaborativo, deliberativo e de assessoramento do Ministro de Estado da Educação. Vale registrar, que as deliberações e pronunciamentos do Conselho Pleno e das Câmaras deverão ser homologados pelo Ministro de Estado da Educação.

A partir de então, o MEC delega maior responsabilidade pela expansão do ensino superior à esfera privada (CORBUCCI, 2004, p. 681). Fato este que facilitou bastante a ingerência de FHC na educação superior, posto que não existia mais a subordinação do MEC ao CNE.

O primeiro passo da gestão do Ministro Paulo Renato Souza foi a de elaborar o planejamento político estratégico (PPE) do MEC para 1995-1998 (BRASIL, 1995a). Este documento elencava os princípios básicos que norteariam a ação do governo, as metas, a estrutura operacional e os meios, as novas formas de atuação e os resultados esperados. As linhas centrais do PPE eram: planejar; promover a modernização gerencial; e, principalmente, “transformar o MEC num mecanismo eficaz de formulação, coordenação e acompanhamento de políticas públicas na área educacional, e a redução de seu papel executivo” (BRASIL, 1995b).

Nesse sentido é promulgada a Lei n. 9.131/95 que criou um instrumento de regulação do Estado sobre o ensino superior. Trata-se do “provão”, que vem a ser uma avaliação

8 Esse tema será desenvolvido adiante em uma análise mais específica.

9 Altera os dispositivos da Lei n. 4.024, de 20 de dezembro de 1961.

periódica das instituições e dos cursos superiores realizada pelo MEC. Essa avaliação teria como escopo inserir políticas que determinassem a competitividade entre as Instituições de Ensino Superior (IES), em busca da qualidade e da eficiência, mediante a realização anual de exames nacionais com base nos conteúdos mínimos estabelecidos para cada curso. Para Frigoto (2002, p. 49):

“A investida para se implantar os critérios empresariais de eficiência, de ‘qualidade total’, de competitividade em áreas incompatíveis com os mesmos, como educação e saúde, desenvolve-se hoje dentro do setor ‘público’ ” (FRIGOTO, 2002, p. 49).

Mais tarde a LDB de 1996 confirma que na estrutura educacional haveria um CNE, com funções normativas e de supervisão. Assim, conclui-se que a criação do CNE não se deu por meio da LDB, mas por uma norma específica fora da LDB.

A atual Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), Lei n. 9.394/96, também conhecida por Lei Darcy Ribeiro, foi sancionada pelo então Presidente Fernando Henrique Cardoso em 20/12/1996, quando o Ministro Paulo Renato Souza ocupava a pasta da Educação. Nela, foram introduzidos diversos dispositivos que objetivavam atender às políticas neoliberais, do Plano Diretor de Reforma do Estado de 1995.

É verdade que a LDB não conseguiu consolidar¹⁰ as normas relativas à educação, permitindo a criação de diversos instrumentos normativos que dificultam a sua compreensão e execução. Temas importantes da educação nacional passaram a ser tratados mediante a expedição de resoluções, portarias, decretos, medidas provisórias e de leis ordinárias.

Apesar de ter sido um instrumento para transformar a educação em atividade não-exclusiva do Estado, fomentando a iniciativa privada a executar essa função e deixando para o Estado a função regulatória, a LDB falhou quando não criou uma Agência Nacional de Regulação da Educação, a exemplo do que existe na saúde. Tema este que volta a ser discutido no atual governo LULA.

IV O ensino jurídico

O principal marco do ensino jurídico dos governos em apreço se deu com a Publicação da Portaria MEC n. 1.886/94¹¹. Ela conseguiu reunir em um só corpo normativo as aspirações conjuntas da OAB e do MEC em torno do currículo mínimo para os cursos jurídicos. Registre-se que seu nascedouro se deu no último dia do governo de Itamar Franco. O estudo da Portaria MEC n. 1.886/94 é um importante instrumento para se conhecer o ensino jurídico brasileiro na atualidade.

Sobre a Portaria MEC n. 1.886/94, os membros da Comissão de Ensino Jurídico (CEJ) da OAB de 1996 corroboraram a tese de que tal ato normativo fixava na verdade um “currículo mínimo” para o curso jurídico, mesmo que tratasse em sua ementa de duas concepções distintas: conteúdos mínimos e diretrizes curriculares¹². O currículo mínimo é uma evidência extraída da doutrina educacional¹³; do conteúdo da citada portaria; e do livro “OAB ENSINO JURÍDICO (1996)”, por exemplo, onde Lôbo (1996, p. 9), Bastos (1996, p. 115) e Adeodato (1996, p. 81) referem-se usualmente à Portaria MEC n. 1.886/94, como sendo: currículo mínimo ou novo currículo mínimo, respectivamente.

Esse fato fica mais interessante quando a OAB passa a defender, na Portaria MEC n. 1.886/94, a presença das Diretrizes Curriculares Nacionais para os cursos jurídicos.

Renovamos que o processo de formulação da Portaria MEC n. 1.886/94 teria como fundamentação legal a extinção do CFE pela MP n. 661/94, em seu Art. 4º, que daria ao MEC, após a extinção dos mandatos dos membros do CFE, o exercício até 30 de abril de 1995, das atribuições do CNE, criado naquele ato.

10 À guisa de registro destacamos como exemplo na educação superior e no ensino jurídico os seguintes atos normativos promulgados: Lei n. 9.131/95 (Alterou os dispositivos da Lei n. 4.024/61, que criou o CNE e o Exame Nacional de Cursos; e assegurou o direito da OAB em manifestar-se nos pedidos de autorização e de reconhecimento de curso jurídico); Lei n. 9.192/95 (Regulamentou o processo de escolha dos dirigentes universitários); Lei n. 9.536/97 (Regulamentou o parágrafo único do Art. 49 da Lei n. 9.394/96); Lei n. 10.172/2001 (Aprovou o Plano Nacional de Educação, diagnosticando a Educação Superior e estabelecendo objetivos e metas); Decreto n. 2.306/97 (Mantém o papel da OAB de se manifestar sobre autorização e reconhecimento dos cursos jurídicos; e revogou o Decreto 2.207/97); Decreto n. 3.860/01 dispõe sobre a organização do ensino superior, a avaliação de cursos e instituições, e dá outras providências; mantém a manifestação da OAB para criação e reconhecimento dos cursos jurídicos; e revoga o Decreto n. 2.306/97; Pela primeira vez denomina o MEC de Ministério da Educação, suprimindo “e do desporto”; Parecer 146/02 da CES/CNE/MEC (Trata das Diretrizes Curriculares Nacionais, entre elas as DCN do Curso de Direito).

11 O texto final da Portaria MEC n. 1.886/94 foi elaborado pela Comissão de Especialistas do Ensino do Direito da Secretaria de Educação Superior (SESU-MEC), deliberando o que ficou definido em seminários regionais nas cidades Porto Alegre, Recife e São Paulo e, por fim, no seminário nacional sobre ensino jurídico realizado em Brasília (LÔBO, 1996).

12 Deve-se observar o fato da Portaria n. 1.884/94 asseverar em sua ementa: “fixa as diretrizes curriculares e o conteúdo mínimo do curso jurídico”. Ou seja, apresenta em um só instrumento a possibilidade da co-existência de dois tipos de currículos em um mesmo curso.

13 Para Coll (1997), existem duas concepções de currículos que devem ser analisadas. Uma concepção fechada (o currículo mínimo) e uma outra aberta, mais descentralizada (as diretrizes curriculares nacionais).

Acontece que a MP n. 661/94¹⁴, que extinguiu o CFE, dando nova redação ao Art. 9º, da Lei n. 4.024/61 não incluiu, dentre as competências do CNE, aquela de fixar as diretrizes curriculares nacionais dos cursos superiores. Portanto, a OAB não poderia ter fixado as DCN do curso de Direito, posto que a lei que as criou só veio a ser publicada em 1995. Tal competência só veio a surgir com a Lei n. 9.131/95¹⁵, Art. 9º, ao tratar das atribuições da Câmara de Educação Superior (CES), do CNE, estabeleceu¹⁶:

“§ 2º São atribuições da Câmara de Educação Superior: c) deliberar sobre as diretrizes curriculares propostas pelo Ministério da educação e do Desporto, para cursos de graduação”.

A Portaria MEC n. 1.886/94, para ter a sua eficácia jurídica, deveria ter recebido a avaliação do CNE. Inclusive sua fundamentação jurídica¹⁷ baseia-se na MP n. 765/94.

Esse também foi o entendimento maduro e responsável do Professor - e membro da Comissão de Ensino Jurídico – Bastos¹⁸ (1996, p. 127- 128) na revista do Conselho Federal da OAB, sob o tema “novas diretrizes curriculares”.

Também nos chama atenção a intensa produção normativa realizada no ano de 1994, favorável ao ensino jurídico: Lei n. 8.906, de 4 de julho, aprovou o Estatuto da OAB e concedeu poderes para a OAB em relação aos cursos jurídicos; extinção do CFE¹⁹ em 18 de outubro pela MP n. 661; o Decreto n. 1.303 (que deu poderes a OAB para manifestar-se nos pedidos de autorização e de reconhecimento de cursos de Direito), em 8 de novembro; e, por fim, no último dia do governo Itamar Franco, a Portaria MEC n. 1.886, em 30 de dezembro.

A discussão sobre as DCN do curso de Direito foi iniciada precocemente, se consideramos que o teor da Portaria MEC n. 1.886/94 não fora avaliado pelo CNE, como discutido acima, pois este sequer havia sido criado. Vê-se que a OAB procurou antecipar-se ao próximo governo que sucederia Itamar Franco, no caso o de FHC.

O currículo passa a ser o ponto central das discussões entre o MEC e a OAB para o ensino jurídico no governo de FHC. Representa muito mais do que a organização curricular de um curso. Para Moreira:

“O currículo está no centro das relações de poder. Seu aspecto contestado não é demonstração de que o poder não existe, mas apenas de que o poder não se realiza exatamente, conforme suas intenções” (MOREIRA, 2002).

Em Elmore e Sykes (*apud* PACHECO, 2003, p. 14). encontramos o conceito de política curricular como uma ação simbólica representante de uma ideologia²⁰.

De um lado, tínhamos o Estado, poder público representado pelo MEC, e do outro lado a OAB, considerada uma das mais legítimas entidades representativas da sociedade civil. Já no centro da discussão, encontrava-se a definição do currículo jurídico.

A política curricular do MEC e da OAB²¹ para o ensino jurídico vai muito além do que a análise de dispositivos legais; na prática se apresenta em discursos que “não obrigatoriamente estão registrados na forma escrita” (LOPES, 2005, p. 2).

Em 2001, a OAB passou a desenvolver um sistema de avaliação²² dos cursos de Direito em instituições de ensino

14 Essa MP foi reeditada diversas vezes, recebendo numerações distintas, mas manteve seu objeto e conteúdo. As competências do CNE surgem com a Lei n. 9.131/95.

15 Em seguida, tratando sobre o assunto, tivemos a LDB/96 e o Plano Decenal de Educação de 2001.

16 Nesse sentido Bastos (1996, p. 127- 128): “(...) quando o artigo 3º, da Medida Provisória dispõe que ‘ficam transferidas ao CNE as atribuições e competências do CFE, não transfere, é claro, aquelas competências que não estão referidas na nova redação do artigo 9º, ou seja, não transfere a revogada competência para definir o currículo de curso superior’ ”.

17 Trata-se da reedição da MP n. 661/94.

18 Parecia até que o docente da UNIRIO estava prevendo os desencontros que surgiriam entre o MEC e a OAB, em relação às DCN do curso de Direito a partir de 1995.

19 A Extinção do CFE facilitou o processo de elaboração da Portaria MEC n. 1.886/94.

20 Assim se expressam os autores: “Nessa perspectiva, a política curricular é uma ação simbólica, representando uma ideologia para a organização da autoridade e que abrange tanto as decisões da administração central como as decisões dos contextos escolares” (ELMORE e SYKES, 1992, *apud*, PACHECO, 2003, p. 14).

21 É justamente no governo de FHC que esses atores vão encontrar-se novamente e expressar seus discursos distintos em favor da qualidade do ensino jurídico. Esse período foi marcado por profundas reformas administrativas realizadas no aparelho do Estado, onde se constrói um modelo de administração pública gerencial.

22 Nesse sentido temos em Noleto (2001) uma análise bastante interessante, sob o prisma da OAB: “A criação de mais um indicador da qualidade dos cursos jurídicos, a OAB recomenda, reforça o processo de reforma de ensino jurídico, porque deve servir para aprofundar efetiva implementação das diretrizes curriculares. Por outro lado, na medida em que haja sintonia entre essas diretrizes e o conteúdo programático dos exames que servem de base para recomendação da OAB – Exame de Ordem e Exames Nacional de Cursos-, esse novo indicador disponibiliza, para comunidade acadêmica e profissional, um Mecanismo de acompanhamento da relação entre implantação das diretrizes e melhoria da qualidade da formação jurídica. E esse duplo aprimoramento, da qualidade do ensino, mas também da qualidade dos instrumentos de avaliação, já seria suficiente para justificar a adoção dos instrumentos de avaliação, já seria suficiente para justificar a adoção do OAB-Recomenda” (NOLETO, 2001, p. 94-102).

públicas e privadas, denominado de selo “OAB RECOMEN-DA”, com base nos seguintes critérios: taxas de aprovação do exame de ordem (de 1998 e 1999); conceitos do “Provão” (de 1996 a 2000) e a qualificação do corpo docente, contida na avaliação das condições de oferta de cursos, do MEC (NUNES, NOGUEIRA e RIBEIRO, 2001; OAB RECOMENDA, 2001).

No livro “Futuros Possíveis, Passados Indesejáveis – Selo da OAB, Provão e a avaliação do ensino superior”, os autores Nunes, Nogueira e Ribeiro (2001) realizam uma forte crítica ao Selo “OAB RECOMENDA”, principalmente em relação a influências das corporações de ofício nos sistemas de ensino e ao processo de avaliação dos cursos jurídicos brasileiros²³. Concluem os autores que “em nenhum dos seus artigos (referindo-se ao livro OAB RECOMENDA – Um retrato dos cursos jurídicos, 2001) se encontra referência à moderna metodologia de avaliação de casas de ensino (p. 103)”.

Parece-nos clara a idéia da OAB em estabelecer o seu instrumento de avaliação dos cursos jurídicos, com intenções afins ao ENC do MEC, quando deseja estabelecer um selo de qualidade e promover um ranqueamento entre as instituições de ensino jurídico. Mas, com uma finalidade diferente desse quando queria regular o ensino jurídico para delimitar a expansão dos cursos jurídicos.

O currículo mínimo dos cursos jurídicos defendido pela OAB representava o fracasso das políticas reformistas de FHC para a educação superior no Brasil, principalmente em relação à expansão desse setor.

Estava em jogo nesse momento algo mais do que a discussão sobre currículos. Estava sendo defendida a manutenção da reforma do Estado na educação superior.

Para uma melhor elucidação do tema, julgamos importante analisarmos a questão das DCN. Elas evidenciam, de forma consubstanciada, a influência da reforma do Estado na educação superior quando são defendidos os mesmos princípios²⁴ presentes na administração pública gerencial, citados anteriormente, tais como: descentralização, flexibilização, avaliação e regulação.

Nesse contexto, as Diretrizes Curriculares Nacionais para o curso de Direito são a expressão maior dos princípios constantes no Plano Diretor de reforma do Estado (BRASIL,1995b), que buscava através da administração pública gerencial, expandir os serviços não-exclusivos do Estado pela iniciativa privada, liberando o Estado de tal finalidade.

As DCN²⁵ surgem como um instrumento de flexibilização, dando às IES poderes para organizarem seus projetos de cursos de acordo com sua realidade local, valorizando a

questão da inserção regional da IES e sua missão institucional. Apresentando-se, portanto, como um contraponto ao currículo mínimo que estabelece as condições curriculares mínimas de funcionamento dos cursos jurídicos.

O Parecer CES/CNE/MEC n. 146, que estabelece as DCN do curso de Direito²⁶ da Câmara de Educação Superior (CES) do Conselho Nacional de Educação, surge em 2002, decretando o fim do currículo mínimo para o ensino jurídico, definido na Portaria MEC n. 1.886/94, e estabelece que as Diretrizes Curriculares Nacionais devem: a) se constituir em orientações para a elaboração dos currículos; b) ser respeitadas por todas as IES e c) assegurar a flexibilidade e a qualidade da formação oferecida aos estudantes.

Este com certeza não foi o entendimento do Conselho Federal da OAB que vai classificá-lo (o Parecer CES/CNE/MEC n. 146/02) de “diretrizes lacônicas e omissas”, nos autos do Mandado de Segurança n. 8.592/DF (2002/01074990-7).

Para a OAB²⁷ as DCN do curso de Direito, constantes no Parecer CES/CNE/MEC n. 146/02, são prejudiciais ao ensino jurídico no Brasil, tratando-se de uma política expansionista do governo FHC para o ensino superior, orientando para a privatização da educação superior.

Sintetizemos abaixo as principais preocupações da OAB - apresentadas com base no estudo do Mandado de Se-

23 Veja as págs. 75, 76, 102 e 103 do livro citado.

24 “Em tempos de flexibilização (esta é uma expressão de sabor neoliberal), há uma grande flexibilidade para que os cursos estabeleçam-se livremente e mais rápida e ajustadamente atendam às demandas de mercado” (DIAS SOBRINHO, 2003, p. 103).

25 Por isto, a nova LDB (9.131/95 e 9.394/96), revogando parcialmente a anterior, teria de firmar diretrizes básicas para esse novo desafio, promovendo a flexibilização na elaboração dos currículos dos cursos de graduação, retirando-lhes as amarras da concentração, da inflexibilidade dos currículos mínimos profissionalizantes nacionais, que são substituídos por “Diretrizes Curriculares Nacionais” (Parecer CES/CNE/MEC n. 146/02, p. 7).

26 Aprova as Diretrizes Curriculares dos cursos de Graduação em Direito, Ciências Econômicas, Administração, Ciências Contábeis, Turismo, Hotelaria, Secretariado Executivo, Música, Dança, Teatro e Design, propostas pelas respectivas Comissões de Especialistas da SESU/MEC, com os acréscimos e reformulações constantes no Parecer CES/CNE/MEC n. 146/02.

27 No Mandado de Segurança citado, as DCN causam ao ensino jurídico: “(...) dano grave de impossível reparação ao ensino do Direito como um todo, bem como ao aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas, que cabe à Ordem dos Advogados defender, nos termos do que estabelecem os artigos 44, I, e 54, XV, da Lei 8.904”.

gurança n. 8.592/DF (2002/01074990-7) - referente ao Parecer CES/CNE/MEC n. 146/02. São elas: a possibilidade do curso de Direito, que hoje tem duração de cinco anos, ser feito em três anos, já que o Parecer do CNE n. 100, de 2002, estabelece que o mínimo de um curso superior é de três anos; a possibilidade de flexibilização da duração do curso de Direito é a maior preocupação, pois entende que é necessária a manutenção da duração mínima constante na Portaria MEC n. 1.886/94²⁸; o estabelecimento no parecer que o currículo do curso de Direito deveria ser elaborado pelas Instituições de Ensino Superior (IES), universitárias e não-universitárias, dando na prática autonomia às instituições privadas para elaborarem seus currículos individualizados de acordo com as necessidades do mercado. A preocupação da OAB centraliza-se no fato da diversificação do currículo jurídico. A Ordem pretendia manter o controle “pelo aperfeiçoamento das instituições jurídicas”; a OAB entendia que a organização curricular do curso de Direito é uma instituição. Por isso, deve ser-lhe concedido o direito estatutário de aperfeiçoá-lo; o fim da obrigatoriedade de apresentação de monografia final de curso; a não exigência, na faculdade, de um acervo bibliográfico mínimo de 10 (dez) mil volumes. Trata-se de uma preocupação institucional, pois entende que somente com esse número de livros será possível o início de um curso jurídico de qualidade; a não referência a matérias profissionalizantes, como Direito Constitucional, Direito Civil, entre outras, se limitando às matérias de formação profissional, como Ciência Política, Economia, Sociologia Jurídica, dentre outras. Trata-se de uma preocupação acadêmica, onde se dá relevância a essas matérias; a não definição nas atividades práticas, antes exercidas no Núcleo de Práticas Jurídicas, de uma carga horária mínima. Mais um ponto que representa a preocupação com a flexibilidade da estrutura organizacional; as conquistas estatutárias da OAB²⁹ de “aperfeiçoamento” dos cursos jurídicos, e de “opinar” previamente nos pedidos de criação e de reconhecimento de cursos jurídicos em instituições de ensino superior, seriam, no entendimento da Ordem, preteridas com o advento do Parecer CES/CNE/MEC n. 146/02.

Na ação mandamental se discutiu o ato do Ministro que homologou o Parecer CES/CNE/MEC n. 146/02 da Câmara de Educação Superior do Conselho Nacional de Educação instituindo as Diretrizes Curriculares Nacionais, em detrimento da Portaria MEC n. 1.886/ 94 que tratava do currículo mínimo do curso jurídico.

O Parecer CES/CNE/MEC n. 146/02 como fruto da reforma educacional iniciada por FHC, com base na Lei n. 9.131/95, dava sustentação legal ao Estado, leia-se MEC, para a realização de políticas flexibilizadoras para o ensino superior brasileiro, como aconteceu na elaboração das DCN, que vêm orientar todo o sistema curricular nacional, exceto para os cursos jurídicos, que por força de decisão judicial no Manda-

do de Segurança n. 8592/DF anulou o Parecer CES/CNE/MEC n. 146/02, em 14 de maio de 2003, no governo do Presidente Luiz Inácio LULA da Silva.

Somente com a Resolução n. 09, de 29/09/04 (estabelece as Diretrizes Curriculares Nacionais para os cursos de Direito), no primeiro mandato de LULA, tivemos a volta da harmonização dos interesses do MEC e da OAB. A citada resolução fundamentou-se entre outros princípios e diretrizes no Parecer n. 100/02, que defendia a possibilidade do curso jurídico ser realizado no mínimo em 3 anos. Justamente um dos pontos principais de discordância da OAB em 2003. Essa questão, que já havia sido combatida mediante “writ” constitucional, renovou-se com mais força no governo petista.

Outro ponto que cabe reflexão sobre o ensino jurídico no governo LULA é manutenção da ausência de uma definição oficial sobre a carga-horária do curso de Direito, pois o que há na atualidade é o Parecer CNE n. 184³⁰, de 07/07/06, acompanhado de um projeto de resolução, ainda não homologado pelo Ministro da Educação, estabelecendo uma carga-horária mínima para os cursos jurídicos de 3.700 horas.

Os cursos jurídicos no país estão sendo autorizados a funcionar pelo MEC sem tais definições, quando consideramos que o currículo mínimo do extinto Conselho Federal de Educação não se encontra mais em vigor e, portanto, não podem ser utilizados por analogia.

Em outubro de 2004, na era de Tarso Genro, o MEC publicou a Portaria n. 3.381/04, que instituiu o Grupo de Trabalho, de “mútuo interesse do MEC e da OAB, com a finalidade de realizar estudos para consolidar os parâmetros já estabelecidos de análise dos pedidos de autorização de novos cursos jurídicos. Desprezando-se a nosso ver uma oportunidade

28 Estabelece a Portaria MEC n. 1.886/94: Art. 1º O curso jurídico será ministrado no mínimo de 3.300 horas de atividades, cuja integralização se fará em pelo menos cinco, e no máximo oito anos letivos.

29 Defensora da Constituição, da ordem jurídica, do Estado Democrático de Direito, dos Direitos Humanos e da Justiça Social (Art. 44, do Estatuto da Ordem), busca a OAB desempenhar o papel de reguladora do ensino jurídico, baseada na incumbência de “aperfeiçoamento dos cursos jurídicos”.

30 Em 31/01/07 a CES/CNE aprovou e encaminhou para homologação do Ministro da Educação o Parecer CNE/CES n. 08/07, versando sobre a carga horária mínima e procedimentos relativos à integralização e duração dos cursos de graduação, bacharelados, na modalidade presencial. Nele consta a proposta de carga-horária mínima para o curso de Direito de 3.700 horas/aula, com limite mínimo para integralização de 5 (cinco) anos.

para que esse grupo trabalhasse os parâmetros de reconhecimentos dos cursos jurídicos já existentes”.

Em 02 de junho de 2005, tivemos a Portaria n. 1.874/05, assinada por Tarso Genro, que tratou da nomeação de comissões de supervisão, no sentido de verificar “in loco” as condições de ofertas de cursos jurídicos, mediante a comunicação da OAB junto à Secretaria de Educação Superior (SESU), dispondo sobre a existência de cursos jurídicos que, por meio de documentos comprobatórios em poder da entidade, apresentam indícios de irregularidades ou de condições precárias de funcionamento.

Apesar dos poderes concedidos pela Portaria citada, verifica-se que sua utilidade tem sido mínima, não servindo aos fins que foi concebida, e de pouca divulgação frente às Comissões Estaduais de Ensino Jurídico. Permanecendo, quase que em estado de inércia.

Na gestão do Ministro Fernando Haddad, surgiu em 09 de maio de 2006, o Decreto n. 5.773/06 que, ao tratar sobre o exercício das funções de regulação, supervisão e avaliação de instituições de ensino de educação superior no sistema federal, manteve o entendimento do Decreto n. 3.860/01, de que a autorização de curso de Direito deverá ser submetida à manifestação do Conselho Federal da OAB. Em seguida, o processo de autorização de curso será levado à decisão da Secretaria de Educação Superior (Art. 29, IV). Este conhecido como decreto “ponte”, revogou o estabelecido no Decreto n. 3.860/02, Art. 28, § 2º, que aduzia sobre a criação de curso jurídico: “dependerá de deliberação da Câmara de Educação Superior do Conselho Nacional de Educação homologada pelo Ministro de Estado da Educação”.

Como consequência direta da Portaria n. 3.381/04, tivemos no segundo mandato do governo LULA, na gestão do novo Presidente do Conselho Federal da OAB, Dr. César Brito, iniciado em 1º/01/07, a Portaria n. 147/07 que dispôs sobre a complementação da instrução dos pedidos de autorização de cursos de graduação em Direito e Medicina. Trata-se de uma clara tentativa de tornar vinculativo o parecer da Comissão de Ensino Jurídico frente ao MEC para fins de autorização de novos cursos jurídicos.

Outro assunto interessante no governo LULA foi a expansão do processo de autorização de novos cursos jurídicos no sistema estadual de ensino brasileiro. Após realizarmos uma pesquisa sobre uma Universidade Estadual em Roraima que tinha iniciado dois cursos de Direito, sem o parecer opinativo da OAB, verificamos que o descumprimento ao Estatuto da OAB, em seu Art. 54, XV, impera também em outros sistemas estaduais de ensino, que inclusive estão com cursos jurídicos funcionando sem a manifestação da Ordem e sem

atender a um padrão mínimo de qualidade estabelecido pelo MEC e pela OAB. Tudo de acordo com o Art. 24, da CF/88 que trata da competência que a União, os Estados e o Distrito Federal têm para legislar concorrentemente sobre educação, segundo seus defensores.

Entendemos que jamais um curso de Direito poderia funcionar em nosso país, mesmo no sistema estadual de ensino, sem o parecer opinativo da OAB. Não é quebra do pacto federativo e nem descumprimento da Constituição Federal de 1988. O Art. 54, XV, da Lei n. 8.906/94, regulamenta para os cursos jurídicos o seu processo de autorização e de reconhecimento. Isso é o que leciona a boa doutrina.

V Conclusões

Como avanços no ensino jurídico nos governos FHC e LULA, podemos citar: a presença atuante do Conselho Federal da OAB e de sua Comissão de Ensino Jurídico exercendo um papel de regulação no ensino jurídico; a participação conjunta do MEC e da OAB na elaboração da Portaria MEC n. 1.886/94, que sem dúvida foi uma evolução em relação ao modelo anterior de acordo com o extinto Conselho Federal de Educação; a defesa da Portaria CNE/CES n. 1.886/94 judicial realizada pela OAB por meio de ação mandamental no STJ, para anular o Parecer CES/CNE/ MEC n. 142/02; e a aprovação da Resolução n. 09/04, estabelecendo as DCN do curso de Direito.

Como retrocessos, destacamos: a falta de diálogo entre o MEC e a OAB durante o governo FHC, e desses com as IES; o estabelecimento do selo “OAB Recomenda”, sem a divulgação prévia dos seus critérios para a sociedade e para as IES; a expansão de cursos jurídicos sem quaisquer critérios qualitativos pelos Sistemas Estaduais de Ensino; a indefinição da carga-horária mínima do curso de Direito; e o advento da Portaria n. 147/07, que aparentemente exige a “complementação” dos pedidos de novos cursos jurídicos tão somente para o que estejam “atualmente em trâmite” (sic) junto ao MEC.

VI Bibliografia

AZEVEDO, Janete Maria Lins de. A Educação como Política Pública. Campinas: Autores Associados, 1997.
BASTOS, Aurélio Wander. O Novo Currículo e as Tendências do Ensino Jurídico no Brasil. In: OAB . Ensino Jurídico: novas diretrizes curriculares. Brasília: OAB, 1996.
BRASIL, Ministério da Educação e Cultura. Planejamento Político Estratégico. Brasília: Ministério da Educação, maio, 1995a.

BRASIL, MARE. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Brasília: Presidência da República, novembro, 1995b.
BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; Reforma do Estado para a Cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional. São Paulo: Enap, 1998.

_____, Luiz Carlos; SPINK Peter. Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003.

COLL, César. Psicologia e Currículo: uma aproximação psicopedagógica à elaboração do currículo escolar. Ed. Ática. São Paulo : 1997.

CORBUCCI, Paulo Roberto. Financiamento e Democratização do acesso à Educação Superior no Brasil: da Deserção do Estado ao Projeto de Reforma. Educação e Sociedade, Campinas, v. 25, n. 88, Especial, out. 2004.

DIAS SOBRINHO, José. Educação Superior: flexibilização e regulação ou avaliação e sentido público. In, DOURADO, Luiz Fernandes; CATANI, Afrânio Mendes; OLIVEIRA, João F. de (Org.). Políticas e gestão da educação superior: transformações recentes e debates atuais. Goiânia: Alternativa, 2003.

FEITOSA NETO, Inácio José. O Ensino Jurídico Brasileiro: uma análise dos discursos do MEC e da OAB. Recife: Bagaço, 2006.

FRIGOTTO, Gaudêncio. Educação e Formação Humana: ajuste neoconservador e alternativa democrática. In: GENTILI, Pa-

blo; SILVA, Tomaz Tadeu da (Org). Neoliberalismo, qualidade total e ducação. Vozes: Petrópolis, 2002.

GOMES, Alfredo Macedo. Estado, Mercado e Educação Superior no Brasil: um modelo analítico. Campinas: Educação e Sociedade, 2003.

HOLANDA, Francisco Uriban Xavier de. Do liberalismo ao neoliberalismo: o itinerário de uma cosmovisão impenitente. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1998.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. O Novo Conteúdo Mínimo dos Cursos Jurídicos. In: OAB ENSINO JURÍDICO: novas diretrizes curriculares. Brasília: OAB, 1996.

LOPES, Alice Casimiro. Políticas de Currículo: novas configurações. Texto base da palestra ministrada, em 05/10/2005, no Ciclo de Debates do Centro de Educação da UFPE.

MOREIRA, Antônio Flávio; SILVA, Tomaz Tadeu da. Currículo, Cultura e Sociedade. São Paulo: Cortez, 2002.

NOLETO, MAURO ALMEIDA. A Recomendação da OAB: uma nova perspectiva para a avaliação dos cursos jurídicos. In: OAB RECOMENDA: Um retrato dos cursos jurídicos. Brasília, OAB, Conselho Federal, 2001.

NUNES, Edson; NOGUEIRA, André Magalhães; RIBEIRO, Leandro Molhano. Futuros possíveis, passados indesejáveis. Rio de Janeiro: Garamond, 2001.

OAB RECOMENDA: Um retrato dos cursos jurídicos. Brasília, OAB, Conselho Federal, 2001.

A dialética da interpretação constitucional e (mais) um caso de judicialização da política: análise do caso “Cássio Cunha Lima”

Por **Glauco Salomão Leite**

Advogado. Mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP. Prof. de Direito Constitucional Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), da Faculdade de Direito de Caruaru (AS-CES) e da Faculdade Integrada do Recife (FIR). Coordenador do Núcleo de Direito Constitucional e Administrativo da Escola Superior de Advocacia (ESA/PE).

1 Colocação do problema.

Como é de conhecimento público, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) cassou os mandatos dos Srs. Cássio Cunha Lima e José Lacerda Neto, respectivamente Governador e Vice-Governador do Estado da Paraíba. Ainda de acordo com essa decisão, o Senador José Maranhão, que perdera no segundo turno das eleições, deverá assumir o cargo e completar o restante do mandato¹.

Posteriormente, PSDB, partido político com representação no Congresso Nacional, ajuizou arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF)² sustentando a necessidade de haver novas eleições para Governador e Vice naquele Estado. Alega que a escolha para o titular do Poder Executivo depende da maioria dos votos válidos e se esta não foi obtida deveria ocorrer novo pleito eleitoral, nos moldes do art. 224, da Lei n. 4.737/65 (Código Eleitoral-CE)³. Sob essa perspectiva, com a cassação dos mandatos de Governador e Vice, a titularidade do Poder Executivo não deveria ser ocupa-

da pelo segundo colocado, já que este apenas obteve a minoria dos votos, o que justificaria outra eleição.

Momentos depois, a Assembléia Legislativa do Estado da Paraíba ajuizou reclamação constitucional no STF tendo como objeto a decisão do TSE, na parte em que determina a

1 No dia 04 de março de 2009, o TSE se valeu da mesma tese para determinar a posse da Sra. Roseana Sarney, em virtude da cassação do Governador do Estado do Maranhão, o Sr. Jackson Lago, e do seu Vice, o Sr. Luís Carlos Porto.

2 ADPF n. 155, rel. Min. Ricardo Lewandowsky. A ação foi arquivada por não atender ao requisito da subsidiariedade. (d.j. 04.12.08).

3 “Art. 224. Se a nulidade atingir a mais de metade dos votos do país nas eleições presidenciais, do Estado nas eleições federais e estaduais ou do município nas eleições municipais, julgar-se-ão prejudicadas as demais votações e o Tribunal marcará dia para nova eleição dentro do prazo de 20 (vinte) a 40 (quarenta) dias.”

posse ao Sr. José Maranhão. Distribuída para o Min. Celso de Mello, este, monocraticamente, não conheceu da ação⁴.

Diante dessa controvérsia de índole constitucional, a pergunta que surge é: com a cassação do Governador e do Vice-Governador, o segundo colocado nas eleições deve assumir o cargo ou deve ocorrer nova eleição? Eis o questionamento que será objeto de análise.

Convém ressaltar que não se discute o mérito da decisão do TSE favorável às cassações. Ao contrário, parte-se do pressuposto da ocorrência de tais cassações para discutir quem deve suceder à titularidade do Poder Executivo estadual.

2 Sobre as eleições para o Poder Executivo estadual: o princípio da maioria absoluta e a prejudicialidade das eleições.

Por imposição constitucional, são aplicadas às eleições para Governador e Vice-Governador basicamente as mesmas normas constitucionais incidentes sobre as eleições para Presidente e Vice-Presidente da República, fixadas no art. 77 da Carta Magna. É o que se extrai do seguinte preceito constitucional:

“Art. 28. A eleição do Governador e do Vice-Governador de Estado, para mandato de quatro anos, realizar-se-á no primeiro domingo de outubro, em primeiro turno, e no último domingo de outubro, em segundo turno, se houver, do ano anterior ao do término do mandato de seus antecessores, e a posse ocorrerá em primeiro de janeiro do ano subsequente, **observado, quanto ao mais, o disposto no art. 77**” (destaque nosso)

Assumindo esse dado como premissa, sabe-se que se considera eleito Presidente da República aquele que obtiver a maioria absoluta dos votos, *não computados os brancos e nulos* (art. 77, § 2º, CF). Nesse contexto, “maioria de votos válidos” e “maioria absoluta dos votos” possuem o mesmo sentido.

Assim, na hipótese de nenhum candidato alcançar a maioria dos votos válidos no primeiro turno de votação, haverá o segundo turno entre os dois candidatos mais votados, logrando-se vencedor aquele que atingir tal maioria (art. 77, § 3º, CF).

Com isso, tem-se que a CF consagrou o princípio da maioria absoluta para definir quem seria o Presidente da República, o mesmo se aplicando ao Governador de Estado, conforme destacado. De fato, apenas através da adesão de uma maioria qualificada alguém pode assumir a Presidência da República. Tanto é assim que, obtido esse quorum no pri-

meiro turno, a eleição está encerrada. Porém, se essa maioria não for atingida por nenhum dos candidatos, a CF impõe seja realizada nova votação, em segundo turno, entre os dois candidatos mais votados, reputando-se eleito o que obtiver a maioria dos votos válidos.

Corroborando a necessidade de chegar a um quorum qualificado, a CF prevê, inclusive, que, se antes de realizado o segundo turno, ocorrer morte, desistência ou impedimento legal de candidato, convocar-se-á, dentre os remanescentes, o de maior votação (art. 77, § 4, CF). Se, neste caso, remanescer, em segundo lugar, mais de um candidato com a mesma votação, o que é bastante improvável, a CF elegeu a idade como critério de desempate, qualificando-se o mais idoso (art. 77, § 4º, CF).

O que se busca apontar é que, de todo modo, não sendo alcançada a maioria absoluta dos votos no primeiro turno, haverá segundo turno, com nova votação. Busca-se, dessa maneira, coibir qualquer tipo de fraude ou burla que conduzisse à titularidade do Poder Executivo alguém que não conseguiu referida maioria, privilegiando-se a soberania popular⁵.

Todavia, é possível que a maioria dos eleitores tenha votado em candidato que não conquistou a maioria dos votos válidos, na hipótese em que os votos nulos superarem os votos válidos. É precisamente nesta situação que assume relevância a regra prevista no art. 224, do CE, ao prescrever:

“Art. 224. Se a nulidade atingir a mais de metade dos votos do país nas eleições presidenciais, do Estado nas eleições federais e estaduais ou do município nas eleições municipais, julgar-se-ão prejudicadas as demais votações e o Tribunal marcará dia para nova eleição dentro do prazo de 20 (vinte) a 40 (quarenta) dias.”

É corrente na Teoria da Constituição, que, dentre os diversos sentidos que um texto legal comporta, deve-se adotar aquele que o torne compatível com a ordem constitucional. Faz-se, com isso, uma *filtragem constitucional*. Com efeito, supondo-se que subjaz ao texto constitucional a obrigatoriedade de que seja atingida a maioria dos votos válidos, se os votos nulos ultrapassarem a metade dos votos válidos, as

4 Rcl. 7.759-PB- MC, rel. Min. Celso de Mello, d.j. 26.02.09.

5 Nesse sentido, cf. SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 543-544; TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1.114.

eleições serão consideradas prejudicadas, devendo-se agendar novo pleito eleitoral, de acordo com a regra acima transcrita. Essa regra, antes de ser colidente com a CF, confirma o princípio da maioria absoluta por ela consagrada, evitando-se que seja eleito alguém que recebeu a *minoría* de tais votos válidos. Ora, se de um lado a maioria dos votos foi anulada, por outro, isso significa que a maioria dos eleitores rechaçou o candidato concorrente. Por isso, seria um paradoxo no sistema democrático-representativo reputar eleito alguém que sufragou apenas a minoria dos votos válidos.

Cumpra advertir que, em casos como tais, a realização de novo pleito eleitoral não deve representar uma espécie de sanção ao que permaneceu em segundo lugar, senão como uma consequência inarredável do princípio da maioria absoluta acolhido pela CF para conduzir as eleições para o Poder Executivo. Dito de outra maneira, reconhecer, *ipso facto*, como vencedor aquele que ficou em segundo lugar, mesmo angariando apenas a minoria dos votos, significaria um desvirtuamento do princípio da maioria absoluta, que apenas será devidamente concretizado mediante novas eleições.

Sob esse ângulo, não há justificativa para que o art. 224, do CE, seja aplicado apenas às eleições de primeiro turno e não às de segundo turno. Como já reiterado, o relevante para a ordem constitucional é que seja alcançada a maioria de votos válidos, não importando que isso ocorra no primeiro ou no segundo turno. A eventual realização do segundo turno é uma mera técnica para se implementar o princípio majoritário.

Nessa linha de raciocínio, extraem-se as primeiras conclusões:

a) Será considerado eleito Presidente da República, bem como Governador do Estado, aquele que atingir a maioria dos votos válidos, seja no primeiro, seja no segundo turno.

b) Caso os votos nulos superem a metade dos votos os válidos, a eleição está prejudicada, devendo-se realizar novo pleito eleitoral.

Essas idéias encontram reflexo na jurisprudência do TSE, valendo citar a decisão proferida pelo Min. Eros Grau, que faz referência a outros precedentes da Corte no mesmo sentido.

“2. Trata-se de Medida Cautelar, com pedido liminar, proposta por José Robério de Oliveira Batista, segundo colocado no pleito eleitoral majoritário de 2.004 no Município de Sátiro Dias-BA.

3. O autor alega que Márcio José Leão Nunes, ora réu, teve o seu mandato cassado por captação ilícita de sufrágio, tendo sido em razão disso determinada a

realização de nova eleição.

4. O autor interpôs Recurso Eleitoral perante o TRE-BA, requerendo a reforma dessa decisão “eis que é entendimento pacífico das Cortes Eleitorais que a consequência da AIME em casos tais é a determinação da posse dos segundos colocados, e não a realização de novo prélio”.

5. O TRE-BA confirmou essa decisão, proferida monocraticamente, e determinou a realização de novas eleições. Esta é a ementa do acórdão:

“Recursos. Ação de Impugnação de Mandato Eletivo. Abuso de poder político e econômico. Captação ilícita de sufrágio. Cassação de multa. Aplicabilidade do art. 224 do Código Eleitoral, Não provimento. Nega-se provimento a recurso, mantendo-se a sentença vergastada que, ante a comprovação da prática de abuso de poder político e econômico, determinou a cassação de prefeito e vice-prefeito, convocando-se novas eleições, porquanto também se afigura aplicável em sede de AIME, a hipótese do art. 224 do Código Eleitoral”.

6. O autor sustenta que o perigo na mora reside no fato de que, “se o direito do requerente só lhe for assegurado ao final do julgamento do recurso manejado, não haverá como reparar o dano imposto ao acionante, porquanto jamais se devolverá ao autor o período de mandato indevidamente subtraído, restando, ainda, o fato de determinar o art. 224 que as novas eleições, indevidamente designadas, sejam realizadas no prazo de 20/40 dias, o que impõe, data vênua, urgência no deferimento da presente medida”.

7. Sustenta que a “fumaça do bom direito se acha patenteada no uníssono entendimento de que na Ação de Impugnação de Mandato Eletivo não acarreta a realização de novas eleições, mas a assunção ao cargo dos segundos colocados”.

8. Requer “o deferimento da medida liminar, sem a ouvida da parte contrária, para, sustar os efeitos da parte da decisão da Corte Regional que, confirmando decisão da magistrada a quo que ‘aplicou os arts. 222 e 224, designando a realização de novas eleições’ e, como consequência, seja observado consectário jurídico previsto para os casos de julgamento das Ações de Impugnação de mandato eletivo, para determinar a imediata diplomação do segundo colocado, Sr. José Robério de Oliveira Batista no cargo de Prefeito do Município de Sátiro Dias, até o julgamento do recurso especial”.

9. É o relatório. Decido.

10. Ao contrário do alegado pelo autor da medida [fl. 3], no sentido de que “[a] lei prevê várias providências preventivas, definindo-as e atribuindo-lhes objetivos e procedimentos especiais, entretanto não fica o poder

de cautela do magistrado restrito às providências tipicamente previstas na norma impositiva”, o magistrado não atua discricionariamente; ainda no exercício do poder geral de cautela está jungido à lei; delibera no quadro demarcado pela moldura dos textos normativos; decisões judiciais decorrem de preceitos normativos, neles encontrando seu fundamento.

11. Encontram-se presentes, no caso, os requisitos do art. 224 do Código Eleitoral (nulidade atingindo mais da metade dos votos). Mais: a decisão tomada nos autos amolda-se à jurisprudência desta Corte:

RECURSO ESPECIAL. Eleições 2004. Representação. Captação ilícita de sufrágio. Alegações. Suspeição, Juíza. Inconstitucionalidade. Art. 41-A da Lei nº 9.504/97. Cerceamento de defesa. Nulidade. Votos Nova eleição.

[...]

A realização de nova eleição, no caso do art. 224 do Código Eleitoral, não é penalidade contra o segundo colocado no pleito anulado, mas um imperativo legal, destinado a evitar que a minoria assumo o poder.

Necessidade de reexame de provas para que se reverta o julgado regional. Incidência da Súmula nº 7/STJ.

[...]” [RESP ELEITORAL N. 25.402 - CLASSE 22ª - RIO GRANDE DO NORTE -30ª ZONA - MACAU - DJ de 13.3.06]

12. Não vislumbro, neste exame prévio, os requisitos imprescindíveis ao deferimento da medida cautelar. Indefiro a pretensão liminar, sem prejuízo de sua reapreciação pelo relator, quando de seu retorno.” (destaque nosso)⁶

Assentadas tais premissas, como os Srs. Cássio Cunha Lima e José Lacerda Neto tiveram seus mandatos cassados por decisão do TSE, os votos que lhes foram conferidos são reputados nulos. Porém, já que foram eleitos em segundo turno de votação, evidentemente que obtiveram a maioria dos votos dos eleitores paraibanos, apenas que tais votos agora são considerados nulos em razão da cassação. Como os votos nulos (conquanto majoritários) ultrapassaram a metade dos votos válidos, direcionados ao candidato Sr. José Maranhão, seria aplicável a regra do art. 224, do CE, devendo-se realizar novas eleições.

Portanto, tem-se que o Sr. José Maranhão não poderia, automaticamente, suceder ao Sr. Cássio Cunha Lima na titularidade do Poder Executivo local, pois se faz necessária nova eleição para se obter a maioria dos votos válidos.

Embora através desses argumentos se chegue à conclusão de que há necessidade de nova eleição, acredita-se que há outros fundamentos constitucionais que levam à obrigatoriedade de novas eleições. É o que se passa a expor.

3 O regime constitucional de sucessão na hipótese de dupla vacância.

Entende-se que com a cassação dos mandatos de Governador e Vice-Governador, já no curso dos seus mandatos, configurou-se a situação de dupla vacância, ou seja, os dois cargos de direção do Poder Executivo estão vagos. Cuida-se de um quadro de acefalia do Poder Executivo.

A CF não cuidou diretamente da sucessão no âmbito dos Estados-membros quando verificada a dupla vacância, porém traçou a solução quando esse fato ocorresse com os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República. Assim, estabelece a CF que:

“Art. 81. Vagando os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, far-se-á eleição noventa dias depois de aberta a última vaga.

§ 1º. Ocorrendo a vacância nos últimos dois anos do período presidencial, a eleição para ambos os cargos será feita trinta dias depois da última vaga, pelo Congresso Nacional, na forma da lei.”

Diante do exposto, depreende-se que a CF ratificou a necessidade de novas eleições quando os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República estiverem definitivamente vagos. Dessa maneira, se a dupla vacância ocorrer nos dois primeiros anos do mandato presidencial, haverá eleições **diretas** noventa dias após aberta a última vaga. Porém, se ela se verificar nos últimos dois anos, as eleições serão indiretas, pelo Congresso Nacional, trinta dias após a abertura da última vaga. Nas duas situações, os eleitos apenas completarão os mandatos dos seus antecessores (art. 81, §2º, CF).

Enquanto referidas eleições não forem concluídas, serão chamados, sucessivamente, ao **exercício** da Presidência o Presidente da Câmara dos Deputados, o do Senado Federal e o Supremo Tribunal Federal (art. 80, CF). Vale observar que essas pessoas apenas terão a posse precária da Presidência da República, enquanto não se realizam as novas eleições.

Por isso, constata-se que a CF, mais uma vez, reforçou o princípio democrático na medida em que exigiu novas eleições, ainda que indiretas, como critério de escolha dos novos Presidente e Vice-Presidente da República. E nesse novo pleito será eleito o que atingir a maioria dos votos válidos. Portanto, a solução dada pelo art. 81, CF está em harmonia

6 MC n. 2196, rel. p/ acórdão, Min. Eros Grau, d.j. 30.04.07.

com um dos princípios fundamentais do sistema constitucional, plasmado no parágrafo único do art. 1º, da CF, que assim preconiza: “ Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes **eleitos** ou diretamente, nos termos desta Constituição.” (destaque nosso). Portanto, no regime republicano resgatado pela Carta de 88, a eleição é a forma legítima de investidura nos cargos de Presidente e Vice-Presidente da República.

Fixadas essas bases, resta saber se a solução dada pela CF ao caso de dupla vacância de Presidente e Vice-Presidente da República deve ser considerada uma norma de reprodução obrigatória para demais entes federados.

4 Princípio federativo e dupla vacância: o art. 81, da CF, é norma de reprodução obrigatória?

A discussão sobre a necessidade de os entes federados (Estados e Municípios) deverem ou não incorporar, compulsoriamente, o regime fixado pela CF para os casos de dupla vacância não pode dispensar algumas considerações em torno do princípio federativo, que encontra na autonomia político-administrativa das unidades federadas uma de suas expressões mais significativas.

Com efeito, elemento essencial no modelo de Estado federal é a autonomia constitucional de seus membros, que se concretiza mediante uma repartição de competências. Por “autonomia”, entende-se a margem de discricionariedade, delimitada pela ordem jurídica, de que uma pessoa dispõe para reger seus próprios negócios. Na estrutura federativa, essa autonomia se projeta especialmente na capacidade que seus integrantes têm para expedir leis e atos normativos próprios, abrangendo, inclusive, a possibilidade de adotar suas respectivas Constituições. A criação de textos constitucionais próprios para as unidades locais se materializa por meio do exercício do chamado *poder constituinte decorrente*. No entanto, tais Constituições locais não podem violar os princípios fundamentais consagrados na Constituição Federal, que é o estatuto jurídico básico comum de todo o Estado federal.

Além disso, a autonomia constitucional também se corporifica na capacidade de auto-governo, através da qual cada unidade federada dispõe da prerrogativa para escolher livremente os representantes que ocuparão os Poderes Executivos e Legislativos locais, sem ingerência da União⁷. Isto significa que, no âmbito da autonomia fixada pela Lei Maior, a União não pode se imiscuir nas decisões e nos negócios particulares dos Estados.⁸

Os Estados auto-organizam sua estrutura política através da elaboração das respectivas Constituições, como resul-

tado do exercício do *poder constituinte decorrente*, e das leis que adotarem. A capacidade de auto-organização vem prevista no art. 25, da CF: “Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição”.

Como se percebe do preceito citado, o poder constituinte decorrente dos Estados-membros não é ilimitado juridicamente. Ele está adstrito às normas centrais da CF. Por isso, não é adequado equipará-lo ao denominado poder constituinte originário, este sim ilimitado, incondicionado e insubordinado juridicamente. Nesse sentido, observou o Min. Celso de Mello:

“O poder constituinte outorgado aos Estados-Membros sofre as limitações jurídicas impostas pela Constituição da República. Os Estados-membros organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem (CF, art. 25), submetendo-se, no entanto, quanto ao exercício dessa prerrogativa institucional (essencialmente limitada em sua extensão), aos condicionamentos normativos impostos pela Constituição Federal, pois é nessa que reside o núcleo de emanção (e de restrição) que informa e dá substância ao poder constituinte decorrente que a Lei Fundamental da República confere a essas unidades regionais da Federação”.⁹

Dentre as limitações impostas à capacidade de auto-organização dos Estados membros, existem os chamados *princípios constitucionais sensíveis*, previstos no art. 34, VII, da CF. Eles se referem à forma republicana de governo, ao regime democrático, ao sistema representativo, aos direitos da pessoa humana, à transparência na gestão pública e à autonomia municipal.

Pois bem, como os princípios constitucionais sensíveis consubstanciam uma limitação jurídica à autonomia dos entes federados, tem-se que o preceito estabelecido no art. 81, da CF, ao impor a realização de novas eleições no caso de dupla vacância do dos cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, deve ser seguido tanto por Estados, quanto por Municípios. De fato, referida regra constitucional confere concretude e especificidade ao princípio republicano, ao

7 “O Estado federal distingue-se por uma forma especial de descentralização, compondo-se de Estados-membros que possuem autonomia constitucional com o poder de eleição ou designação dos agentes do poder (...)”. (FERREIRA, Pinto. Comentários à Constituição brasileira. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 31.)

8 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do Federalismo. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 48.

9 ADI n. 507, rel. Min. Celso de Mello, DJU, de 02.08.96.

regime democrático e ao sistema representativo, haja vista que viabiliza a escolha do novo titular do Poder Executivo mediante eleições. Como se sabe, integra o núcleo essencial de tais princípios a eletividade como forma de escolha daqueles que ocuparão os cargos essenciais na vida política da comunidade estatal, dentre eles, de certo, aqueles que encabeçam o Poder Executivo em todas as esferas da federação.

Nessa esteira, o STF considerou inconstitucional norma constante da Constituição do Estado de Sergipe que suprimiu a eleição indireta como procedimento de escolha do novo titular do Poder Executivo local quando constatada a dupla vacância nos dois últimos anos do mandato. Segunda a Carta local, seriam chamados, sucessivamente, o Presidente da Assembléia Legislativa e o Presidente do Tribunal de Justiça, para concluir o mandato:

“Emenda Constitucional n. 28, que alterou o § 2º do art. 79 da Constituição do Estado de Sergipe, estabelecendo que, no caso de vacância dos cargos de Governador e Vice-Governador do Estado, no último ano do período governamental, serão sucessivamente chamados o Presidente da Assembléia Legislativa e o Presidente do Tribunal de Justiça, para exercer o cargo de Governador. **A norma impugnada suprimiu a eleição indireta para Governador e Vice-Governador do Estado, realizada pela Assembléia Legislativa em caso de dupla vacância desses cargos no último biênio do período de governo. Afronta aos parâmetros constitucionais que determinam o preenchimento desses cargos mediante eleição.**”¹⁰ (destaque nosso).

Como observou o Min. Carlos Britto no referido julgamento:

“A matéria posta à nossa apreciação é principiológica e, portanto, na linguagem dos portugueses, estruturante do governo e das próprias pessoas federadas.

Aliás, é curioso observar que a nossa Constituição não chamou o Brasil de uma Federação Republicana, e sim de uma República Federativa. Isso tem conseqüências hermenêuticas importantes, como que a estabelecer a precedência da República sobre a própria Federação. E é elemento conceitual da República, em oposição à forma de governo monárquica, a eletividade. Não há como conceber o exercício - no plano da titularidade, não de mera substituição - de cargos parlamentares e de cargos centrais do Poder Executivo senão através de eletividade.”¹¹

Encontram-se precedentes recentes do TSE determinando a aplicação, por Estados e Municípios, da regra cons-

tucional do art. 81, da CF, quando houver dupla vacância no Poder Executivo:

“Mandado de Segurança. Resolução do Tribunal Regional. Determinação de eleições diretas. **Cassação de prefeito e vice.** Vacância no segundo biênio do mandato. Art. 81, § 1º, da Constituição Federal. Aplicação aos estados e municípios. Ordem concedida.

1. Aplica-se, aos estados e municípios, o disposto no art. 81, § 1º, da Constituição Federal, que determina a realização de eleição indireta, se ocorrer vacância dos cargos de Presidente e Vice-Presidente da República nos dois últimos anos do mandato, independentemente da causa da vacância. Precedentes da Corte.

2. Ordem concedida para determinar a realização de eleições indiretas no Município de Poçoão/PE, a cargo do Poder Legislativo local.”¹²

Seguindo o mesmo entendimento, vale referir o seguinte julgado:

“Questão de ordem. Caso peculiar. Ação de impugnação de mandato eletivo. Pedido julgado procedente. **Cassação de prefeito** eleito com mais da metade dos votos válidos no pleito de 2004. Indevida postergação na execução do julgado. Realização de novo pleito no último biênio do mandato. Nova eleição na modalidade indireta. Inteligência do art. 81, § 1º, da Constituição Federal. Comunicação imediata ao TRE da Bahia e ao presidente da Câmara Municipal de Sátiro Dias/BA. Precedentes. Tendo em vista a peculiaridade do caso, a realização de novas eleições no Município de Sátiro Dias/BA, a menos de quatro meses do fim do mandato, deve ocorrer na forma indireta, por aplicação do art. 81, § 1º, da Constituição Federal.”

É importante destacar que, embora Estados e Municípios se encontrem jungidos ao preceito do art. 81 da CF, devendo realizar eleições nos casos de dupla vacância, eles possuem autonomia para definir o *procedimento* de tais eleições. A obrigatoriedade, portanto, restringe-se à necessidade de um novo pleito eleitoral para preencher os cargos do Poder Executivo, mas a forma como tais eleições serão conduzidas

10 ADI n. 2.709, Rel. Min. Gilmar Mendes, d.j. 1º.08.06.

11 ADI n. 2.709, Rel. Min. Gilmar Mendes, data do julgamento. 1º.08.06.

12 MS n. 3643, rel. Marcelo Ribeiro, D.J. 07.08.08.

pode receber disciplina normativa específica por cada ente federativo, como expressão de sua capacidade de auto-governo. Em importante decisão do STF, o Min. Celso de Mello deixou consignado que:

“Ocorre que, salvo melhor juízo, a escolha de Governador e Vice-Governador de Estado, para efeito de exercício residual de mandato político, na hipótese de dupla vacância desses cargos executivos, subsume-se à noção de matéria político-administrativa que se acha essencialmente sujeita, no que concerne à sua positividade formal, ao domínio institucional reservado à atuação normativa do Estado-membro.

A escolha do Governador e do Vice-Governador de Estado, quando ocorrida a dupla vacância na segunda metade do período governamental, traduz uma iniludível prerrogativa da Assembléia Legislativa outorgada pela Carta Estadual com fundamento na capacidade de autogoverno de que dispõe, com apoio na autonomia política que lhe é co-natural, essa unidade regional da federação.

Essa prerrogativa jurídico-institucional da Assembléia Legislativa, refletindo projeção da autonomia assegurada aos Estados-membros pelo ordenamento constitucional brasileiro, não se reduz, em seu alcance e conteúdo, à dimensão conceitual de matéria eleitoral, circunstância esta que, por revestir-se de relevo jurídico, pré-exclui, a meu juízo, qualquer possibilidade de intervenção normativa da União Federal sobre na definição da disciplina ritual desse processo de escolha eminentemente política dos sucessores, por um período administrativo meramente residual, do Governador e do Vice-Governador de Estado.

Na realidade, a escolha parlamentar dos novos mandatários do Poder Executivo estadual acha-se desvestida de caráter eleitoral, porque, constituindo ato essencialmente político, contém, veicula e exterioriza uma típica decisão de poder, cuja prática, superando o campo do mero processo eleitoral, projeta-se na dimensão mais ampla do exercício, pelo Estado-membro, da irrecusável autonomia política de que dispõe em matéria de organização dos poderes locais.”¹⁴

De todo modo, o Estado da Paraíba acabou acolhendo o modelo federal de sucessão aos cargos executivos quando

houver dupla vacância. Assim, em consonância com art. 83 da Carta local:

“Art. 83. Vagando os cargos de Governador e Vice-Governador, far-se-á eleição noventa dias depois de aberta a última vaga.

§ 1º. Ocorrendo a vacância nos últimos dois anos do período governamental, a eleição para ambos os cargos será feita trinta dias depois da última vaga, pela Assembléia Legislativa, na forma da lei.”

Pelo exposto, vê-se que a Constituição estadual seguiu o parâmetro da Constituição Federal, estabelecendo eleições diretas quando a dupla vacância se confirma nos dois primeiros anos do mandato governamental e eleições indiretas, pela Assembléia Legislativa, quando ela ocorrer nos últimos dois anos.

Por mais essas razões, com a dupla vacância, decorrente da cassação do Governador e do Vice-Governador do Estado da Paraíba, vislumbra-se o acerto em realizarem-se novas eleições, sendo aplicável a própria Constituição estadual, de sorte que não seria constitucionalmente adequado atribuir a titularidade do Poder Executivo àquele que foi derrotado nas eleições ordinárias.

5 Conclusões.

Diante de tudo que foi exposto, sustenta-se que a decisão do TSE, que cassou os mandatos do Governador e do Vice-Governador do Estado da Paraíba, não está de acordo com a ordem constitucional brasileira na parte em que determinou a posse do Sr. José Maranhão, que fora vencido nas eleições ordinárias em segundo turno. O legítimo seria a convocação de novas eleições seja pelo fato de que os votos nulos, atribuídos àqueles que foram cassados, ultrapassam a metade dos votos válidos, aplicando-se o art. 224, do CE, seja pela circunstância de que, com a cassação, está-se diante de dupla vacância, que, pela Constituição estadual, seguindo o modelo da Constituição Federal, demanda nova eleição.

13 RESP 28.194, rel. Joaquim Barbosa, D.J.E. 17.10.08.

14 ADI n. 1.057, rel. Min. Celso de Mello, d. j. 20.04.94.

A responsabilidade penal dos administradores das pessoas jurídicas por omissão: autoria ou participação?

Por Cristovão Cavalcanti

Doutorando em Direito Penal pela Universidade Católica Portuguesa, Mestre em Direito Penal pela Universidade Católica Portuguesa, Mestre em ciências jurídicas-criminais pela Faculdade de Direito de Lisboa, Pós-graduado em Direito Penal da Empresa e Pós-Graduação em Estudos Penitenciários.

O pressuposto central de uma responsabilidade penal pela comissão de um delito por omissão é que exista a chamada “posição de garante”.

Há algum tempo se vem discutindo o fundamento, estrutura e pressupostos da posição de garante, depois de décadas, tanto a doutrina como a jurisprudência haviam elaborado um sistema das condições de punibilidade da omissão relativamente unânime, cujas particularidades carecem aqui de interesse, o ponto principal relativo à responsabilidade pelo produto, a jurisprudência espanhola se concentra em uma das formas clássicas da posição de garante, que é a chamada “ingerência”, é dizer, na responsabilidade por omissão baseada no fazer perigoso.

Parece por demais óbvios que se reduzam a omissão e a instituição da ingerência a responsabilidade de quem no marco da responsabilidade pelo produto não desprenderam as atividades necessárias para impedir o perigo que para a saúde de outras pessoas representam os produtos nocivos, nestes casos a perigosidade do produto se manifesta pouco a pouco, o perigo havia se desencadeado de maneira ativa e imediata com ações que dificilmente se poderiam qualificar como infrações de um dever.

No momento em que o risco fora reconhecido, poderiam vim em consideração dois institutos jurídico-penais: a *imprudência* e a *omissão*. O ponto de referência correto para uma responsabilidade por omissão não poderia ser outro, pois, que a ingerência, é dizer, a conduta prévia criadora do perigo, já que foi esta conduta prévia de pois os produtos perigosos em circulação que fez surgir a possibilidade de uma responsabilidade jurídico-penal.

Pois com isto, ao mesmo tempo, se põem em destaque onde está o ponto fundamental da conduta prévia fundamentadora da responsabilidade penal: em quase todos os casos os implicados introduzem no mercado o produto em condições confiáveis, crendo que o mesmo não era nocivo. Na maioria destes casos ninguém poderia naquele momento diagnosticar a perigosidade do produto, que somente posteriormente é que se deteriorou, e ademais em todos os casos de forma paulatina.

Para compreensão da ingerência se levantam duas questões críticas, cujas respostas decidem sobre os limites da punibilidade no âmbito da responsabilidade pelo produto: por um lado a questão do conceito de perigosidade e por outro a de sua cognoscibilidade.

Em relação a primeira, a doutrina jurídico-penal apresenta dois conceitos diferentes de “perigosidade”: uma corrente defende que só existe uma posição de garante fundada na ingerência, quando o omitente tenha criado anteriormente um perigo que logo se transforme em um dano, infringindo seus deveres. Este requisito de que a conduta prévia infrinja algum dever jurídico relevante. Com esta interpretação se dá pelo menos aos implicados a oportunidade de poder orientar-se a tempo de acordo com as normas jurídicas, pois desta forma toda atenção necessária foi dada para que seja evitado o dano.

Frente a esta concepção, há também quem considere suficiente que a conduta criadora do perigo deve ser somente uma conduta que mostre um perigo maior do que o habitual.¹ Este pressuposto tem uma dimensão diferente e desde logo se adota melhor a necessidade de abordar também a responsabilidade pelo produto desde o prisma do Direito Penal.²

Em uma época de rápidos progressos técnicos, em que diariamente se descobrem novos riscos, se desformaliza a posição de garante como pressuposto da responsabilidade por omissão. Uma interpretação fatalmente vinculada com o progresso técnico, como que se amplia o Direito Penal aos que com sua atuação incrementam os riscos, impondo-lhes com ameaça de pena o dever de evitar os danos. Nesta situação em que a população se mostra preocupada com os novos perigos, o Direito Penal se compromete recortando as garantias de certeza das exigências de conduta e de segurança das expectativas. Isto é certamente compreensível, com o esforço de adaptação ao “espírito da época”, pois desde o ponto de vista de uma justiça orientada tradicionalmente nas garantias do Estado de Direito constitui um anacronismo.³

Esta estratégia concede ao Direito Penal uma solução destes problemas, uma capacidade de natureza e extensão que nunca havia tido antes, convertendo-lhes em um instrumento de intervenção preventiva e flexível em situações de perigo. Tanto mas indeterminados sem estes perigos, para cuja prevenção pretende utilizar-se o Direito Penal, tanto mais flexível, eficaz e adequada a situação será a relação jurídico-penal. Em todo caso, com esta abertura conceitual das situações de perigo o Direito Penal pretende adaptar-se às necessidades de uma “sociedade perigosa”.

Esta concepção do Direito Penal considerada em sua totalidade desde o ponto de vista político-criminal é uma resposta idônea aos problemas que ainda estão por resolver. Em todo caso, fazer de uma cláusula geral como a da “conduta prévia que incrementa o risco” o pressuposto da punibilidade da conduta omissiva infringir o mandato

(ordem) de certeza que como conseqüência do princípio da legalidade, rege explicitamente no Direito Penal material. Inclusive ainda se concebe este principio mas como um mandato de seguridade programático que como um mandato de seguridade nos resultados, é dizer, mas como um dever de direção e garantia das linhas reitoras que como uma garantia dos concretos *resultados-ajuizados* que podem ser previsíveis no caso concreto⁴, não se pode falar aqui de seguridade das expectativas por parte dos destinatários das normas. Os contornos da omissão se difundem fazendo-se imprevisíveis, sem poder oferecer nenhuma norma (conduta) confiável a quem pretenda valorar o risco jurídico-penal de sua ação.

Isto é tanto mas grave, entanto o círculo dos implicados na responsabilidade jurídico-penal pelo produto está incondicionalmente vinculados a diretrizes normativas confiáveis, sendo, portanto, aqui especialmente notável a certeza do Direito Penal. Precisamente aqui é onde se dão as hipóteses tão raras de delinqüência potencial, que tem que informar-se de seus deveres jurídico-penais, é dizer, a imagem clássica do *homo calculans* que serviu de base a teoria da intimidação de FEUERBACH. Nestes casos o direito penal deve desenvolver sua desejada força preventiva, não com obscuras ameaças, mas com diretrizes precisas.

Toda via mais problemática é o modo em que o Tribunal Federal Espanhol determina a cognoscibilidade da perigosidade de uma conduta prévia. Neste tema a sentença deste tribunal vai mais além do consenso que existia sobre o tema ora tratado, indo além do limite das discussões.

Efetivamente até este momento as teorias existentes na doutrina tinham em comum a premissa que a perigosidade de uma conduta deveria ser valorada *ex ante*.⁵

1 Cf. HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco – La responsabilidad por el producto en derecho penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p. 161.

2 Ibidem, p. 161.

3 Ibidem, p. 163.

4 Ibidem, p. 164.

5 Ibidem, p. 165, de acordo com isto, por exemplo no caso concreto, o diretor de uma empresa somente responderia como garante se o mesmo pôr em circulação os produtos, omitindo-se de alguma norma técnica a qual não foi cumprida por sua empresa, poderia considerar-se nesse momento que constituía objectivamente uma infracção de um dever, por que nesse momento já se conhecia no círculo dos especialistas (do próprio administrador) a nocividade dos produtos à saúde do consumidor.

6 Ibidem, p. 165, em certo caso, o Tribunal Supremo Federal Espanhol fundamentou o dever garante de forma análoga ao dever de

O Tribunal Supremo Federal Espanhol afirma uma posição de garante baseada na idéia de ingerência.⁶ Se esta concepção chegar a predominar, isso significaria para praxes que o produtor no futuro, mais tardar a partir no segundo caso de dano, o administrador deverá proceder de imediato a retirada do produto ou adotar qualquer medida adequada para evitar os danos, mesmo desconhecendo o fator problemático existente no produto. Deve-se procurar reduzir ao máximo o risco ao qual ponha em perigo a saúde do consumidor, uma vez que sejam provados os riscos de maneira *ex post* na relação.

Como vimos anteriormente o critério de desenvolvimento do risco está exposto a objeções desde o ponto de vista da certeza das exigências de conduta, com maior razão estará sua combinação com a constatação *ex post* da perigosidade, uma combinação que desde logo resulta para os implicados nestes casos quase explosiva.⁷

Por mais laudável que seja são muitas as dificuldades que se tem de tolerar: por um lado por que implica um ataque ao princípio da imputação individual. Por outro lado por que também supõe uma renúncia estratégica a quase todas as garantias de segurança das expectativas dos implicados. Não se diz onde começa a ser penalmente relevante a conduta prévia, que através de um incremento contínuo do risco serve de base a condenação por um delito omissivo. Ademais o implicado nem sequer tem oportunidade de registrar a perigosidade de sua conduta, obriga a qualificar essa parte da conduta como um acontecimento “normal”, cotidiano e socialmente adequado. E conseqüentemente esse dever de evitar perigos, derivado do acontecimento e imposto penalmente surpreenderá o acusado desde já, o que evidentemente estabelece desde uma versão desde logo pouco aceitável do ponto de vista do Estado de Direito de uma idéia de que algumas “profissões perigosas” e dos que exercem devem contar permanentemente com responsabilidade penal.

Os delitos de omissão estão referidos a desobediência de um mandato de ação que impõe para o omitente a realização de um determinado comportamento.

A autoria no delito de omissão depende da infracção do dever de atuar ou de impedir o resultado que seja equivalente a sua produção activa. A co-autoria não é possível já que, para não dar-se nos delitos de omissão um dolo no sentido de comissão, não é possível falar de uma “decisão comum para o fato”.⁸

A participação, pelo contrário, se deve estabelecer em duas formas distintas: a participação mediante comportamento omissivo e a participação ativa no delito de omissão.

Participação mediante comportamento omissivo no delito de comissão: Neste caso a participação poderia adotar a forma de indução ou de cumplicidade necessária ou não necessária. Na teoria dominante se repele a indução por omissão.⁹ O fundamento desta teoria é evidente, pois, se a indução precisamente consiste em criar o dolo do delito no autor, dificilmente se poderá lograr de forma omissiva. Pelo contrário há quem sustente que não impedir que o autor tome a decisão do fato deve sancionar-se na forma correspondente para ato positivo de induzir ou instigar.¹⁰

Por sua vez é discutida a cumplicidade omissiva no delito de omissão. Uma parte considerável da doutrina considera que haveria cumplicidade para o omitente incube um dever de garantia.¹¹

A participação ativa em um delito de omissão:

A indução tão pouco é admitida nesta hipótese. Dada a particularidade do delito de omissão, o que se deveria considerar como omissão é a dissuasão de atuar no cumprimento do dever, é a neutralização de uma ação positiva que impedirá a produção do resultado. Este fato é equivalente a produção típica de um delito de comissão,¹² pois atua como a causa do resultado.

vigilância do produto que existe no direito civil, citando inclusive a dogmática da responsabilidade desenvolvida em torno do parágrafo 823,2 do BGB.

7 Ibidem, p. 167, Como assina-la Stratenweth atrás desta combinação está o abandono político-criminal da responsabilidade da pessoa colectiva, independentemente das pessoas que actuem por ela, o administrador a de se ocupar dos limites dos riscos permitidos para que não sejam ultrapassados os riscos permitidos

8 Ibidem, p. 358.

9 Posição defendida por JESCHECK, citado por BACIGALUPO, Silvina – Algunas cuestiones de participación en el delito fiscal y en el delito de administración desleal. Revista de derecho. penal y criminología, 2.ª época, julio. 2000. Madrid: Marcial Pons. 2000 p. 359.

10 Cf. SCHMIDHÄUSER, citado por BACIGALUPO, Silvina – Algunas cuestiones de participación en el delito fiscal y en el delito de administración desleal. Revista de Derecho penal y criminología, 2.ª época, julio. 2000. Madrid: Marcial Pons. 2000 p. 359.

11 Segundo MAURACH e JESCHECK, citado por BACIGALUPO, Silvina – Algunas cuestiones de participación en el delito fiscal y en el delito de administración desleal. Revista de Derecho penal y criminología, 2.ª época, julio. 2000. Madrid: Marcial Pons. 2000. p. 359.

12 Segundo KAUFMANN e WELLZEL, citado por BACIGALUPO, Silvina – Algunas cuestiones de participación en el delito fiscal y en el delito de administración desleal. Revista de derecho penal y criminología, 2.ª época, julio. Madrid: Marcial Pons. 2000. p. 359.

13 O conceito de autor tem enfrentado certa polémica dentro da doutrina, comportando três posições. Apresentaremos o conceito

Afirmar que ao administrador compete um dever de garante, de que os riscos existentes na própria atividade empresarial por si só não possam trazer riscos ou resultados lesivos, não parece que seja suficiente para resolver a problemática da imputação de responsabilidade penal por seus comportamentos omissivos. É preciso deixar claro como o mesmo responderá por estes crimes, se responderá como autor,¹³ co-autor¹⁴ ou participe.¹⁵ Do mesmo modo como se aborda o estudo da autoria mediata,¹⁶ não se pode aqui estabelecer uma categoria *ad hoc* de autoria ou participação para estabelecer como vai ser o administrado responsabilizado, sempre em todos os casos, em comissão por omissão. Ao contrário, sua qualificação jurídico-penal dependerá da contribuição com a qual o administrador intervenha (partícipe) na realização do fato punível, conseqüentemente, da importância de sua omissão frente ao resultado. O problema de se determinar se é autoria ou participação depende da análise do fato.

Será freqüente identificar hipóteses em que apesar de o subordinado realizar materialmente o fato, não se poderá imputar ao mesmo o fato por concorrer uma causa de exclusão da culpabilidade, esta situação será freqüente se a pessoa jurídica manter uma divisão de funções, de informações, e o princípio da hierarquia que regi na pessoa jurídica, o que pode gerar no subordinado um desconhecimento sobre o complexo ciclo produtivo empresarial ou uma atuação na qual os mesmos estão limitados a cumprir as diretivas que emanam de seus superiores. Isto não quer dizer, que o fato não pode ser imputado ao administrador, unicamente que não poderá sê-lo na qualidade de partícipe do subordinado que executa o delito. E neste nada tem haver o que o subordinado atue ao amparo de uma causa de atipicidade, justificação ou de exclusão de culpabilidade, toda vez que o fato pode seguir sendo típico e antijurídico para o empresário culpável.

O mesmo cabe dizer das situações em que não seja fácil identificar o subordinado que tenha praticado o fato delituoso, nestes casos em que é difícil ou quase impossível identificar o subordinado que praticou o fato será possível e viável imputar o fato ao administrador, inclusive a título de partícipe.¹⁷

de autor apresentado pela teoria do domínio do facto, para WESSELS, Johannes – Direito Penal – Parte Geral. Tradução: Juarez Tavares. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1976, p. 119, "autor é quem, como 'figura central' (= figura-chave) do acontecimento, possui o domínio do fato (dirigido planificadamente ou de forma co-configurada) e pode, assim, deter ou deixar decorrer, segundo a sua vontade, a realização do tipo. Participe é quem, sem um domí-

nio próprio do fato, ocasiona ou de qualquer forma promove, como 'figura lateral do acontecimento real, o seu cometimento'" Assim, autor é quem dirige a acção. Tendo o completo domínio sobre a produção do resultado. Enquanto participe é um simples concorrente acessório.

14 Na lição de WESSELS, Johannes – Direito Penal – Parte Geral. Tradução: Juarez Tavares. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1976, p. 121, "co-autoria é o cometimento comunitário de um fato punível mediante uma atuação conjunta consciente e querida". Ocorre a co-autoria. Portanto. Quando dois ou mais agentes. Conjuntamente, realizam o verbo do tipo. Conforme WELZEL, Hans – Derecho Penal Aleman. 11. Ed., Santiago: Editora jurídica de Chile, 1997, p. 129, "a co-autoria é, em última análise, a própria autoria. Funda-se ela sobre o princípio da divisão do trabalho; cada autor colabora com sua parte no fato, a parte dos demais, na totalidade do delito e, por isso, responde pelo todo"; Proc. Nº 480/97

– ACÓRDÃO do Tribunal da Relação de Évora, que para a existência da co-autoria é necessário a verificação dos seguintes pressupostos: que o agente tome parte directa na execução do crime e que os agentes participantes acordem em vista à obtenção de um determinado resultado criminoso e que queiram este.

15 Para CAPEZ. Fernando – Curso de direito penal: parte geral: volume 1. 4. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 302, participe é aquele que, sem realizar a conduta descrita no tipo, concorre para a sua realização. Participe é quem concorre para que o autor ou coactores realizem a conduta principal, ou seja, aquele que, sem praticar o verbo (núcleo) do tipo, concorre de algum modo para a produção do resultado. Dois aspectos definem a participação: a) vontade de cooperar com a conduta principal, mesmo que a produção do resultado fique na inteira dependência do autor; b) co-actuação efectiva. Mediante uma actuação concreta acessória da conduta principal.

16 IDEM – Curso de direito penal: parte geral: volume 1. 4. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 306, autor mediato é aquele que se serve de pessoa sem condições de discernimento para realizar por ele a conduta típica. Ela é usada como um mero instrumento de actuação. Como se fosse uma arma ou um animal irracional. O executor actua sem vontade ou consciência, considerando-se, por essa razão, que a conduta principal foi realizada pelo autor mediato; IDEM – WELZEL, Hans – Derecho Penal Aleman. 11. Ed., Santiago: Editora jurídica de Chile, 1997, p. 124-6, cita, como exemplos clássicos de autoria mediata: a) "A" obriga "B", mediante grave ameaça, a ingerir substância abortiva. "A" é autor mediato de aborto, ao passo que "B" terá a sua culpabilidade excluída pela inexigibilidade de conduta diversa; b) o agente desmoraliza e ameaça a vítima, levando-a dolosamente a uma situação de desespero em que esta se suicida. Responde como autor mediato de homicídio, e não por indução e instigamento ao suicídio; c) "A", desejando a morte de um enfermo mental, incita-o a atacar "B", exímio atirador, o qual mata o demente em legítima defesa. "A" é autor mediato de homicídio doloso, pois usou "B" como extensão de seu corpo, para agredir a vítima.

17 Cf. MEINI, Ivan – Responsabilidad Penal Del Empresario Por Los Hechos Cometidos Por Sus Subordinados. Valência: Tirant lo blanch, 2003, p. 346, também afirma que esta forma de proceder não infringiria o princípio da acessoriedade que inspira a participação criminal. Toda vez que há a impossibilidade de identificar o autor do delito é um problema de índole processual. Não se duvida que exista um facto antijurídico realizado por alguém a título de autoria, nem de que o administrador haja como participe.

Sem prejuízo das múltiplas variações que podem apresentar-se ao imputar-se o fato aos administradores como aos subordinados que executam o fato, combinando as diversas categorias de autoria e participação tanto um como em outros, o que interessa e concentrar-mos é em relação em que o subordinado realiza materialmente o fato antijurídico e responde como autor de um delito comissivo, enquanto que o administrador tem o dever de garante de evitar o resultado produzido ativamente por seu subordinado, a intervenção omissiva do administrador no fato realizado ativamente pelo subordinado. Não exclui a possibilidade de que o autor possa ser considerado instigador ou co-autor daquele, pois o empresário responde como autor e quando como participe pela infração de seu dever de garante frente aos subordinados.

Na doutrina estrangeira apresenta cinco correntes em relação a quem compete evitar um fato comissivo realizado por terceiro. 1- a primeira corrente entende que o tipo do injusto da omissão gravita sobre a infração de um dever, portanto, é um delito consistente em uma infração de um dever, o omitente que tem e omite tal dever será sempre autor. Desde esta perspectiva, unicamente será participe por omissão, em primeiro lugar, aquele que tenha um dever de evitar o resultado, porém não exista um tipo omissivo autónomo do qual se deriva a punição por autoria e em segundo lugar, quando o omitente não tenha o dever de garante.¹⁸ 2 - Em segundo lugar com certa proximidade da anterior, ainda assim entende que os delitos omissivos são delitos que consistem somente em uma infração de um dever, se poderia argumentar que o dever de garante do autor, desconhecendo-se, em conseqüência, a participação no fato, cabe comissão por omissão. De conformidade com esta corrente de opinião, quando não se tenha o dever de garante se responderá por omissão de um dever de impedir determinados delitos,¹⁹ ou por omissão do dever de socorro. 3 – Sobre a base da teoria do domínio (final) do fato, cabe argüi que o domínio de quem atua ativamente despreza ao do omitente. Quem somente poderá ter um domínio potencial e que haveria de ser, ao máximo, um participe, porém nunca um autor. 4 – Em consonância com a teoria subjetiva da participação, pode-se fazer dependendo da qualificação jurídico-penal do omitente do *animus* com que atua: se o faz com *animus auctoris* será autor, enquanto que se procede com *animus socii* será designado participe. 5 – Em quinto lugar, cabe distinguir entre autoria e participação em delitos omissivos sobre a base de se a posição de garante é uma autoria ou uma participação, o que freqüentemente se tenta assimilar a sua posição de garante é de proteção de um bem jurídico ou de controlo de uma fonte perigosa, respectivamente.

Quando se aplica o esquema teórico esboçado anteriormente ao âmbito empresarial, a primeira conclusão que

salta a vista é que será possível ajustar todas as hipóteses de responsabilidade penal dos administradores por comportamentos omissivos por fatos realizados materialmente por seus subordinados a uma categoria, seja esta de autoria ou de participação. Antes bem, se trata de uma questão casuística, que obviamente não tem sentido estabelecê-la quando se destaca a participação em comissão por omissão, ou se postula que ao haver um autor ativo o omitente prever ser, ao máximo, participe.

Logo, o que está aqui em questão é saber se o dever de garante do administrador é um dever de vigilância ou de proteção, aspecto no qual cobrará relevância o cargo e a função que o sujeito desempenhe em suas atuações para com a pessoa jurídica, é dizer, quando se trata de administrador, um membro de um órgão colegiado, um gerente, etc., assim como também o concreto dever que por mandado legal, contratual, estatutário, etc., tenha o empresário no desempenho de seu cargo. Pode-se afirmar que o normal, será que ao estar organizada a pessoa jurídica sob o princípio da hierarquia e da divisão de trabalho, o administrador tenha um dever de vigilância sobre seus subordinados, enquanto que o dever de proteção do bem jurídico recaía sempre em linhas gerais, em quem executa ativamente o fato antijurídico. Tal dever de vigilância do administrador será o resultado de seu original dever de garante de proteção que ostenta o sujeito responsável pela administração das pessoas jurídicas, pois conforme se delegam, competem ou sobrepõem os âmbitos do domínio, o dever de proteção igualmente se delega, comparte, sobrepõem e, em definitiva, até ficar em um dever de vigilância.

Na medida em que o administrador detém unicamente um dever de vigilância caberá qualificá-lo como participe em comissão por omissão, sempre e quando, claro está, sua omissão haja contribuído a que o risco criado ou estimulado pelo executor-subordinado se resulte no resultado, algo que pelo geral poderá afirma-se com a omissão do dever de *in vigilando*. Não obstante, pode dar-se o caso de que o dever de garante do administrador não só se limite a vigiar que seus subordinados executem corretamente seus trabalhos, mas de acompanhar o desempenho dos mesmos para que não cometam nenhum ato prejudicial ao desempenho

18 Cf. ROXIN, Claus – Problemas de autoria y participación en la criminalidad organizada, em FERRÉ OLIVÉ/ANARTE BORRALLÓ (edits.), Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos, Huelva, 1999, p.516.

19 Cf. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo – Manual de Derecho penal. Parte general. 2.º Ed., com la colaboración de Fermín MORALES PRATS y JoséMiguel PRATS CANUT, Pamplona, 2000, p. 633.

das pessoas jurídicas. Neste caso haverá que admitir que a posição de garante do administrador, sem prejuízo de que possa cumprir com ela levando à cabo atos de vigilância sobre o pessoal a seu cargo, consiste em evitar a lesão de um bem jurídico, posto que somente assim se explica que frente a comportamentos desviados de seus subordinados tenha que afastá-los da função delegada. Hora bem, se as coisas são assim, parecerá que seriam escassas as ocasiões nas que o administrador pode responder como participe em comissão por omissão e, pelo contrário, será freqüente sua responsabilidade a título de autor, pois existem legítimas expectativas por parte da sociedade de que um superior (administrador), pelo somente fato de sê-lo, quando tenha conhecimento de que um subordinado não cumpri adequadamente com o trabalho que lhe foi atribuído, se não pode repreendê-lo, o afaste ou substitua. Não obstante, isto não quer dizer que todos os administradores venham a responder por todos os fatos cometidos por seus subordinados, somente responderam por fatos praticados por seus subordinados quando se verificarem os restantes elementos da comissão por omissão.

Porém nem sempre será fácil argumentar a responsabilidade em comissão por omissão do administrador. Isto porque em primeiro lugar, quando o dever de garante do administrador versa fundamentalmente sobre atos de vigilância e controle que assegurem o correto desempenho por parte de seus subordinados de suas funções, uma responsabilidade em comissão por omissão importaria que a omissão que exista de seus subordinados de controle e vigilância deveria incrementar o risco que se realiza no resultado ou contribui a que assim seja. Pois adicionalmente a isto, é necessário que a omissão do administrador, segundo o conceito de omissão que seja adotado, haja sido anterior a ação positiva do executor-subordinado, pois somente desta maneira se poderá dizer que a omissão «causa» ou contribui para o resultado. Isto será possível se é que os deveres de controle e vigilância se desenvolveram permanentemente, é dizer, durante todos os dias ou, pelo menos, com tal regularidade que seja fácil afirmar que se trata de uma vigilância permanente, pois, se como sucedem freqüentemente, os controles de vigilância se levam a cabo determinado número de dias, variando a intermitência destes controles em função da natureza do processo de produção, natureza dos materiais, confiança que se tenha nos empregados, sua perícia, experiência, capacidade, etc., pode dar-se o caso de que o subordinado realize um ato ilícito e o administrador não saiba do fato até que mesmo tenha se efetivado, segundo o cronograma estabelecido, seus deveres de controle, pois pode suceder também que o órgão diretivo agiu no caso de forma omissiva em relação aos seus deveres de vigilância e controle, apesar do qual, sem embargo, os empregados cumpram fielmente sua função sem produzir lesão alguma

no bem jurídico, na primeira hipótese haveria que negar qualquer tipo de responsabilidade do administrador, ao menos uma que tenha seu fundamento em deveres de garante pois aqui não foi violado. Na segunda hipótese concorreria em suma, uma responsabilidade administrativa, pois em caso algum cabe imputar responsabilidade penal em comissão por omissão.

Em segundo lugar, dificulta a imputação de responsabilidade penal em comissão por omissão ao administrador pelos fatos executados por seus subordinados, o que estes gozem de uma certa margem de autonomia no desempenho de suas funções que, por definição, os exonera, com maior ou menos rigorosidade, de controle. E será assim, por exemplo, quando o administrador delega in toto seu dever de garante, isto é, hipótese de delegação de funções de vigilância.

A questão da autoria e da participação nos delitos especiais negligentes não é também tão simples de se resolver, para colocar a questão de saber se as categorias da autoria e da participação podem em geral ser aplicadas com o sentido a atuação negligentes. Está questão foi amplamente discutida na doutrina penal, onde se sustenta a opinião de que pelo menos nos casos de negligencia inconsciente.

Por último, a plena equiparação entre omissão poderá ser atribuído não somente ao autor, mas também em relação ao cooperador necessários e cúmplices.

Bibliografia

BACIGALUPO, Silvina – Algunas cuestiones de participación en el delito fiscal y en el delito de administración desleal. Revista de derecho. penal y criminología, 2.ª época, julio. 2000. Madrid: Marcial Pons. 2000 p. 359.
CAPEZ. Fernando – Curso de direito penal: parte geral: volume 1. 4. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

20 Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm – Autoria e participação na culpa in contrahendo. Revista de Direito e Economia. Anos XVI a XIX, p. 1-905, 1990 a 1993, p. 9.

21 Como sustenta SILVA SÁNCHEZ, José Maria – El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales. Barcelona, 1997, p. 75, que o sentido do texto da lei não se esgota nunca, nos delitos comissivos, na causa: na realização típica requer a concorrência dos pressupostos da imputação objetiva e, de modo adicional, os específicos da autoria ou da participação. E é com a realização típica ativa a título de autos ou a título de participe com a que haja que estabelecer a equivalência do fato que qualificaremos de comissão por omissão (autoria ou bem cooperação necessária por omissão).

CANARIS, Claus-Wilhelm – Autoria e participação na culpa in contrahendo. Revista de Direito e Economia. Anos XVI a XIX, p. 1-905, 1990 a 1993.
HASSEMER, Winfried e MUÑOZ CONDE, Francisco - La responsabilidad por el producto en Derecho penal. Valencia: Tirant lo Blanch. 1995.
MEINI, Ivan – Responsabilidad Penal Del Empresario Por Los Hechos Cometidos Por Sus Subordinados. Valência: Tirant lo Blanch, 2003.
QUINTERO OLIVARES, Gonzalo – Manual de Derecho penal. Parte general. 2.º Ed., com la colaboración de Fermín MORA-

LES PRATS y JoséMiguel PRATS CANUT, Pamplona, 2000.
WESSELS, Johannes – Direito Penal – Parte Geral. Tradução: Juarez Tavares. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1976.
WELZEL, Hans – Derecho Penal Aleman. 11. Ed., Santiago: Editora jurídica de Chile, 1997.
ROXIN, Claus – Problemas de autoria y participación en la criminalidad organizada, em FERRÉ OLIVÉ/ANARTE BORRALLLO (edits.), Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos, Huelva, 1999.
SILVA SÁNCHEZ, José Maria – El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales. Baelona, 1997.

Simulação da loucura: óbice para constatação do estado mental do autor do fato

Por Márcia Helena da Mota Quirino

Advogada; Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP); Pós-graduada em Ciências Criminais pela UNICAP; Pós-graduada em Direitos Humanos pela UNICAP.

Sumário: 1. Introdução; 2. Quem pode ser considerado doente mental, e qual a visão do Direito Penal a respeito?; 3. Simulação da loucura; 4. A importância do perito na averiguação da inimizabilidade; 5. Prós e contras da Medida de Segurança e o papel do magistrado na apreciação dos casos concretos; 6. Considerações Finais; 7. Bibliografia.

acontecer logo após a ocorrência do delito ou no curso do cumprimento da pena, sob a alegação de que sobreveio a perda das faculdades mentais.

Como em situações assim, é muito tênue a linha divisória entre o que pode ser considerado ou não insanidade, torna-se de suma importância o trabalho dos peritos, auxiliando a Justiça, na constatação da veracidade do estado psíquico do réu.

2 Quem pode ser considerado doente mental, e qual a visão do Direito Penal a respeito?

Para a Medicina Legal, a doença mental poderia ser definida, em sentido genérico, como “qualquer afecção ou estado mórbido, orgânico ou funcional, congênito ou adquirido, temporário ou permanente, que compromete as funções psíquicas, no seu todo ou em parte”¹.

Conceição Penteado afirma que “a doença mental sempre altera a identidade, a personalidade do indivíduo. Quanto maior o comprometimento da doença, maior a alteração da

1 Scenic Hudson Preservation Conference v. Federal Power Commission, 354 F.2d 608, 612 (2th Cir. 1965).

personalidade”². Os principais tipos de perturbação da saúde mental, segundo a autora, seriam: a oligofrenia, a epilepsia, a neurose, a psicopatia e a psicose.

Do ponto de vista jurídico, a doença mental é abordada pelo Código Penal vigente no Título III, da parte geral, referente à inimputabilidade penal. Sabe-se que o critério adotado pelo mencionado diploma legal para aferição da inimputabilidade é o “sistema biopsicológico”, também conhecido como “sistema misto”, que considera inimputável, ou melhor, isento de pena “o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

Ao contrário do “sistema biológico ou etiológico” francês, no “biopsicológico” como bem se verificou, a doença mental pura e simples não exclui a imputabilidade, para que isso ocorra é necessário o perfeito enquadramento na descrição do *caput* do art. 26 do CPB transcrito acima. Assim, para impedir que haja a responsabilização penal, essencial é que no momento da prática da conduta delituosa o agente não possuísse a capacidade intelectual ou volitiva. Nas palavras de Maximiliano Führer:

[...] a doença mental e seus equivalentes são pressupostos para a inimputabilidade, mas não suas causas. Os fatores reais de responsabilidade são dois: capacidade de entender o caráter ilícito do fato e capacidade de governar-se de acordo com este entendimento³.

Não tendo sido, a estudada enfermidade, definida pelo aludido diploma legal, a doutrina, comumente, a considera como sendo “a perturbação mental ou psíquica de qualquer ordem, capaz de eliminar ou afetar a capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou a de comandar a vontade de acordo com esse entendimento”⁴. Sobre esse conceito dado pelo Direito Penal, que não coincide com o da Medicina, Heber Soares Vargas, diz que:

[...] sem desprezar conceitos técnicos e psiquiátricos, o Direito elaborou Juízos valorativos, relacionando as causas de natureza biológica com a capacidade de entender do agente e o seu poder de autodeterminar-se, frente à situação real vivenciada no momento⁵.

3 Simulação da loucura

Primeiramente, é imprescindível que seja feita a distinção entre simulação e dissimulação da loucura.⁶ Nesta, conforme Vargas, “um doente mental se finge de são, esconde

intencionalmente seus sintomas psicopatológicos e sua loucura”. Afirma, ainda, que tal comportamento ocorre com certa constância, sendo várias as razões que podem levar o citado enfermo a fingir recuperação.

A simulação, no entanto, é exatamente o oposto da dissimulação, pois nesse caso uma pessoa completamente normal e sã finge ser louca. Não se deve confundir, aqui, o ato de simular com o de mentir. Na concepção de Führer “Mentira seria uma inverdade singela, escrita ou verbal. Simulação consistiria na mentira com *mise-em-scène*, representada com coreografia mais ou menos elaborada”.

Há bastante tempo que tal simulação vem sendo utilizada por alguns criminosos, no intuito de se verem livres de uma futura condenação. No entanto, concernente Guido Arturo Palomba “não é comum a simulação de loucura na prática pericial, e, uma vez presente, não há exame rigoroso que não a desvende”⁸.

Segundo José Ingenieros tal artifício atrai tanto porque “*la ventaja del delincuente simulador consiste em ser declarado irresponsable, para ‘curar’ em seguida de su falsa locura y recuperar la libertad*”⁹. Quanto ao momento em que a encenação é iniciada, Enrico Altavilla relata que:

[...] dificilmente um criminoso terá a previsão necessária para encenar a sua loucura antes do crime; ignora, por conseguinte, a sintomatologia das perturbações mentais. Habitualmente não se começa a simular logo após o crime, mas só depois de um certo tempo, ou por ensinamento, mercê da sugestão do ambiente carcerário, ou depois de haver experimentado outros meios de defesa, que falharam.¹⁰

Vargas expõe que há três formas de simulação, que seriam: a pré-simulação ou simulação anterior, a parassimu-

2 PERCIVAL, Robert V., SCHROEDER, Christopher H., MILLER, Alan S. e LEAPE, James P., op. cit., p. 87.

3 CAUFIELD, Henry P. Environmental Politics and Policy: Theories and Evidences. London: Duke University, 1989. p. 26-28.

4 LAZARUS, Richard J. The Greening of America and the Graying of United States Environmental Law: reflections on environmental law’s first three decades in the United States. Revista de Direito Ambiental Julho/Setembro, 2000: 11-39.

5 “With Earth Day 1970, public imagination had turned from the long struggle to cope with nature’s challenges to preservation of the natural world.” HOWELL, Dorothy J. Scientific Literacy and Environmental Policy. New York: Quorum Books, 1992. p. 48.

6 PERCIVAL, Robert V., SCHROEDER, Christopher H., MILLER, Alan S. e LEAPE, James P., op. cit., p. 90.

lação ou supersimulação ou simulação aumentada, e a metassimulação ou simulação residual. No entanto, estas duas últimas formas são realizadas pelo doente mental, só a pré-simulação é efetuada pelo indivíduo são. Lins e Silva a define como “a simulação preventiva que excusa o simulador dos crimes praticados posteriormente”¹¹. De acordo com Vargas, em tal forma de simulação:

O simulador, pretendendo cometer um crime ou pleitear vantagem, começa a simular, meses e até anos antes, os seus sintomas para conseguir o reconhecimento social de que é um doente mental. Uma vez conseguido o reconhecimento público de sua doença, que o estigmatizou socialmente, cometerá o delito premeditado, alegando posteriormente em sua defesa a reconhecida, evidente e notória insanidade.¹²

De acordo com Hélio Gomes, o simulador se classificaria em: ensaiado (culto) ou profano (leigo). O primeiro trata-se de indivíduo mais habilidoso e racional do que o segundo, por isso merece maior cautela por parte dos psiquiatras. Ele age como um ator que se prepara para entrar em cena, dedicando-se com afinco à análise da doença para compor o seu personagem. Como se pode constatar a seguir:

Depois de estudar bem determinada doença, seus sintomas e sinais, sua evolução, suas características, todos os elementos que a individualizam, depois mesmo de observar doentes mentais da mesma espécie, depois de estudar bem o papel a representar e de escolher o tipo a caracterizar, o simulador treinado, ensaiado, poderá adquirir tal conhecimento, tão seguro domínio da psicose, que será capaz, se for bem dotado das faculdades de observação e imitação, de simular muito bem a doença mental, induzindo o especialista desprevenido em erro.¹³

Quanto ao leigo, Gomes expõe que se trata do indivíduo que, ao cometer um delito, subitamente, vê na simulação da loucura o único caminho para tentar eximir-se da responsabilidade penal. No entanto, ele é o oposto do ensaiado, pois não se preocupa com qualquer tipo de preparo antes de iniciar a representação. Ele age com total improviso e por isso na grande maioria das vezes não obtém êxito. A respeito dessa modalidade de simulador Gomes relata que:

O simulador profano denuncia-se com a maior facilidade e presteza. Não chega propriamente a simular, mas a fazer caricaturas das psicoses. Surpreende os traços mais dramáticos, os que ele julga mais típicos, os que popularmente traduzem desarranjo mental e os apresenta exagerados. Torna-se teatral no seu delírio. Sente-se que ele posa. Falta método à sua loucura.¹⁴

Uma obra, que data de 1917, intitulada “Simulação nos Detentos”, do autor Augusto Lins e Silva, já apresentava os tipos de enfermidades psíquicas mais simuladas naquela época, no seguinte trecho:

Pela sua encenação terrificante, confusão intensa de idéias e delírio completo dos sentidos, a mania se torna a molestia mental mais frequentemente procurada pelos simuladores que, na verdade, geralmente fazem a mania aguda ou a mania transitória, conforme a concepção que o público tem do louco. Evidentemente a mania aguda com a sua agitação motora, representa a mais típica de todas as formas de loucura. Em ordem segue-se a melancolia justamente em sentido contrário da mania aguda, pela sua característica clínica de depressão. Mesmo assim, apesar das preferências, ainda os casos são difíceis de simular e mais difíceis ainda de enganar psiquiatras.¹⁵

Vargas entende que “hoje a simulação não se faz através de grandes síndromes psiquiátricas, mas sim, concentram-se nas menores, como as neuroses”¹⁶. Ele considera que uma das doenças mais simuladas seria a amnésia e nesse caso, “o simulador da amnésia apresenta síndromes absurdas, esquecimentos exagerados e manifestações bizarras de desmemorização”¹⁷. Conforme Palomba, outros tipos bastante simulados seriam: os quadros delirantes, a epilepsia, a toxicomania, o alcoolismo e a histeria.

Ao tentarem demonstrar uma moléstia que não possuem, os simuladores preocupam-se simplesmente em fingir aspectos exteriores, comportamentais da doença. No entanto, acabam esquecendo que há aspectos fisiopatológicos da enfermidade, que também compõem o quadro clínico do paciente que sofre de transtornos psíquicos. Assim, inevitavelmente terminam sendo desmascarados pelos especialistas. Sobre isso, Palomba relata que:

7 “Revolutionized environmental policymaking not by imposing any substantive environmental controls, but rather by mandating changes in the decision-making process of federal agencies.” Ibidem, p. 90.

8 “No modern development in government has brought power and decision making within closer reach of the common citizen than environmental laws, which provide for permit hearings, community participation in planning and zoning decisions, citizen suit provisions, and right-to-know laws.” CRONIN, John e KENNEDY Jr, Robert F., *The Riverkeepers: Two Activists Fight to Reclaim Our Environment as a Basic Human Right*. New York: Simon & Shuster, 1999. p. 273-274.

9 MILLSTONE, Sacha e WATTS, Ferris Baker. *Effect of the Green Movement on Business in the 1990s. The Greening of American Business: Making Bottom-line sense of Environmental Responsibilities*. Ed. Thomas F. P. Sullivan. Rockville, MD: Government Institutes, 1992. 1-31. p. 7.

Mesmo que o simulador conheça perfeitamente bem a doença que irá representar, é impossível engendrar os sinais somáticos que a acompanham. Já se disse al-gures que o “louco tem aspecto de louco”: há um brilho típico nos olhos do delirante, há uma postura física típica no corpo do deprimido, há uma movimentação típica nos casos de mania, há uma inflexão de voz típica para determinadas patologias, isso para falar de algumas características grosseiras, que o simulador, por mais hábil que seja, não consegue imitar.¹⁸

Outro aspecto que merece atenção é o fato de o farsante, na maioria das vezes, ao fingir qualquer loucura, prejudica completamente o intento dele de enganar os especialistas, ainda que o faça de modo magistral. Isso porque, para obter êxito, a doença a ser encenada deve ser compatível com o delito que foi praticado. Nos dizeres de Altavilla:

O conhecimento vulgar da loucura nunca vai até ao ponto de distinguir as diversas doenças mentais, de maneira a fazer compreender que pode haver crimes absolutamente inconciliáveis com uma determinada forma de loucura. Imagine-se, efectivamente, que um indivíduo pratica um movimentado crime de sangue, ou que, para melhorar as suas condições de vida, rouba, falsifica, comete uma burla engenhosa. Se simular um estado maníaco incipiente ou uma paranóia, não será descoberto pela escolha da doença; mas se, pelo contrário, quiser simular um estado melancólico, revelará, só por isso, a sua simulação.¹⁹

Alguns estudiosos da área da psiquiatria acreditam que muitos dos que fazem uso desse tipo de fraude são, na realidade, doentes; passando a sofrer do mal que fingem possuir. Entende Altavilla que “freqüentemente, o simulador é um doente mental. [...] não é raro o caso de temíveis criminosos, que começam por simular, serem, lentamente, arrastados pelo seu delírio”²⁰. Tal fenômeno, para ele, lembraria a síndrome de Ganser²¹, que consistiria:

[...] numa forma crepuscular, determinada pelo prolongamento da simulação, da qual o acusado se toma prisioneiro, tentando, por vezes desesperadamente, evadir-se dela para voltar a ter um comportamento normal. Trata-se de formas pseudodemenciais, nas quais se acaba por viver o papel que se escolheu, como sincera expressão da própria personalidade. Todas estas formas reflectem a sintomatologia da doença que reproduzem.²²

Nem todos os especialistas, no entanto, compartilham desse mesmo pensamento, como é o caso de Augusto Lins e Silva. Este discorda da doutrina que defende que todos os simuladores são doentes mentais ou psíquicos.

4 A importância do perito na averiguação da inimputabilidade

A verificação da inimputabilidade – caso haja incerteza quanto à saúde psíquica do acusado – fica a cargo do trabalho da perícia, que realizará o competente exame para tanto. De acordo com a súmula 361 do Supremo Tribunal Federal, o exame de sanidade mental deve ser presidido por no mínimo dois peritos. É indispensável a observação das regras constantes nos artigos 149 *usque* 154 do Código de Processo Penal.

De acordo com Delton Croce, para que o referido exame, na situação em comento, seja considerado válido, será “procedido, obrigatoriamente, por juspsiquiatra, nunca por profissionais de medicina especialistas em outras áreas ou por psicólogos”²³.

Na opinião de Lins e Silva, “o diagnóstico da simulação da loucura exige um conhecimento perfeito da forma de alienação que serve de máscara ao simulador, por isso que a escolha dos peritos deve recair sobre alienistas de reconhecido mérito”²⁴.

10 National Environmental Policy Act [Lei da Política Nacional do Meio Ambiente], 42 U.S.C.A. § 102 (West Supp. 2004-2005).

11 Ibidem, § 103.

12 Ibidem, § 102(2)(C)(i).

13 Ibidem, § 102(2)(C)(iii).

14 “The Congress authorizes and directs that, to the fullest extent possible: (1) the policies, regulations, and public laws of the United States shall be interpreted and administered in accordance with the policies set forth in this chapter, and (2) all agencies of the Federal Government shall –

(A) utilize a systematic, interdisciplinary approach which will insure the integrated use of the natural and social sciences and the environmental design arts in planning and in decisionmaking which may have an impact on man’s environment;

(B) identify and develop methods and procedures, in consultation with the Council on Environmental Quality ... which will insure that presently unquantified environmental amenities and values may be given appropriate consideration in decisionmaking along with economic and technical considerations;

(C) include in every recommendation or report on proposals for legislation and other major Federal actions significantly affecting the quality of the human environment, a detailed statement by the responsible official on –

(i) the environmental impact of the proposed action,

(ii) any adverse environmental effects which cannot be avoided should the proposal be implemented,

(iii) alternatives to the proposed action,

(iv) the relationship between local short-term uses of man’s environment and the maintenance and enhancement of long-term productivity, and

(v) any irreversible and irretrievable commitments of resources whi-

Só o especialista conduzirá, precisamente, os testes necessários à demonstração da real condição psíquica do acusado. A análise por ele realizada não se compara, certamente, com a de alguém que não possui a devida experiência, haja vista as características denunciadoras no comportamento do simulador que, sob o olhar do leigo no assunto, passariam despercebidas.

No momento do exame, segundo Führer, um ponto de suma importância a ser notado pelos peritos, por ser de grande auxílio para comprovação da existência de alguma fraude, é a indisfarçável ansiedade que o simulador demonstra ao ser avaliado. Narra o autor que “Enquanto o doente mental normalmente não demonstra qualquer interesse especial no exame, os olhos do simulador estão sempre atentos, para observar a impressão que sua performance está causando no examinador”²⁵.

Segundo Croce, alguns aspectos indispensáveis, a respeito do periciando, devem ser estudados, tais como: os antecedentes familiares, pessoais e psicossociais. Além disso, diversas técnicas podem ser usadas na busca pela verdade real, dentre elas existe uma que funciona como espécie de simulação do perito para desvendar o acusado simulador. Tal método, de acordo com Palomba, consistiria em:

[...] fazer crer ao examinado que ele está logrando êxito na sua atuação, mas que há um fato estranho: a “patologia de que padece” vem sempre acompanhada de coceiras no corpo, além de rejeição de comida etc. A partir de então, o “doente”, sabendo disso, começa a apresentar também esses sintomas, visando enganar os médicos²⁶.

Trata-se de um trabalho deveras complexo, pois exige um enorme senso de observação. Os peritos devem saber diferenciar a loucura simulada, da verdadeira loucura, que pode ser preexistente ao crime ou advinda de uma “psicose carcerária”. Esta, conforme Gomes, ocorre com certos indivíduos que apresentam menor resistência nervosa, ou seja, possuem predisposição a sofrer de algum transtorno psíquico. Conta o autor que:

Os predispostos podem apresentar, sob a influência do choque emocional derivado da sentença condenatória e da solidão do cárcere, do abandono da família e dos interesses, distúrbios mentais variados [...]. A detenção age como fator determinante da psicose, em indivíduo predisposto, sendo muito nociva a certos psicopatas, como os anormais, cuja amoralidade incrementa; psicastênicos, cuja emotividade exalta; esquizóides, cujas tendências autísticas agrava.²⁷

5 Prós e contras da Medida de Segurança e o papel do magistrado na apreciação dos casos concretos

A pseudo-insanidade é teatralizada por determinados delinquentes na tentativa de serem considerados inimputáveis. Assim, em vez da punição nos termos da lei, observada demonstração de periculosidade, será aplicada medida de segurança. No entanto, se na “pior” das hipóteses, forem considerados semi-imputáveis ou fronteirios, caso não se empregue a medida, a pena pode ser reduzida de um a dois terços, na forma do parágrafo único do art. 26 do CPB.

A citada medida pode ser restritiva ou detentiva, esta consistente em internação obrigatória em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico quando o delito for apenado com reclusão; e aquela em tratamento ambulatorial quando for detenção, sendo facultativa a imposição do mesmo pelo juiz.

Ao contrário do que se pensa, a permuta da pena pela medida de segurança nem sempre será algo “lucrativo” no que diz respeito aos crimes apenados com detenção. Sobre o assunto, Führer observa que:

Essa substituição poderá ser um ótimo negócio se o simulador estiver sendo processado por uma série grande de crimes punidos com detenção, de espécies diferentes ou sem identidade de tempo, lugar e forma de execução, não existindo a possibilidade de pedir a unificação por crime continuado fictício (art. 71 do Código Penal).²⁸

No concernente aos apenados com reclusão, o mencionado autor expõe “a simulação da doença mental somente poderá trazer algum benefício se a pena provável for alta, acima de nove anos para o não-reincidente, acima de seis anos para o reincidente e acima de quatro anos e meio para o caso de crime hediondo”.²⁹ Dessa maneira, ele acredita que tal troca é altamente vantajosa sim, mas para os crimes muito graves e para as penas muito altas.

Atente-se que, ao contrário da pena, via de regra, não há previsão para o término da medida de segurança estabe-

ch would be involved in the proposed should it be implemented. Prior to making any detailed statement, the responsible official shall consult with and obtain the comments of any Federal agency which has jurisdiction by law or special expertise with respect to any environmental impact involved. Copies of such statement and the comments and views of the appropriate Federal, State, and local agencies, which are authorized to develop and enforce environmental standards, shall be made available to the President, the Council on Environmental Quality and to the public as provided by section 552 of Title 5, and shall accompany the proposal through the existing

lecida pelo magistrado. Normalmente ela se estende até que desapareçam os sinais de periculosidade antes demonstrados pelo autor do fato. Hélio Gomes a respeito disso diz que:

Quem for isento de responsabilidade penal por alienação, será internado no Manicômio Judiciário³⁰, onde estará sujeito à mesma severa vigilância das prisões comuns, com a agravante de que o condenado o é sempre por prazo fixo, suscetível ainda de redução pelo livramento condicional, ao passo que o internado no Manicômio fica lá por tempo indeterminado.³¹

Para Zaffaroni e Pierangeli, como as medidas de segurança são materialmente administrativas e formalmente penais, deveria se estabelecer um prazo máximo^{32 33} de duração das mesmas. Como se pode verificar a seguir:

A natureza materialmente administrativa dessas medidas, não pode levar-nos a ignorar que, na prática, elas podem ser sentidas como penas, dada a gravíssima limitação à liberdade que implicam. E, ainda, é necessário lembrar que essa natureza formalmente penal obriga também que a “forma penal”, que a torna muito mais severa e controlada do que uma internação em manicômio comum, deva cessar em algum momento, evitando-se a possibilidade de uma indeterminação absoluta que se traduza em uma intervenção penal perpétua.³⁴

A resolução desse impasse, quanto à aplicação de pena ou de medida de segurança, em caso de dúvida quanto à imputabilidade do autor do fato delituoso, fica a cargo do competente magistrado. Para isso, é necessário que ele tenha a certeza quanto à capacidade de entendimento e de autodeterminação do acusado, que supostamente sofre de enfermidade psíquica, no momento quando a conduta tenha sido praticada.

Justamente por isso, conforme preceituado no art. 149, do Código de Processo Penal, caso pare alguma dúvida quanto à integridade mental do acusado, o juiz determinará que o mesmo seja submetido a exame médico-psiquiátrico, seja qual for a fase da persecução penal, ficando assim instaurado o incidente de insanidade mental.

No entanto, deve-se atentar para o fato de que o magistrado não fica adstrito ao resultado do laudo pericial, conforme previsto no art. 182 do código citado. Sobre isso Conção Penteadado expõe que:

É tarefa do perito psiquiátrico reconhecer a causa biológica no agente e dizer se há influência dessa causa na capacidade de discernimento ou no poder de vontade

do agente, ao tempo do fato criminoso. Não é retirada contudo a faculdade de livre convencimento do juiz criminal, visto que a lei processual penal lhe assegura liberdade para apreciação de provas. Caberá a ele sempre a última palavra na decisão e, portanto, com isso assumirá pessoalmente a responsabilidade pela aplicação ou não da pena.³⁵

Assim, é de grande importância o papel do magistrado nessas ocasiões. E para que decida do modo mais sábio possível, é essencial que todas as provas obtidas sejam apuradas com o máximo de cautela já que dele depende o destino de uma outra pessoa. Para Genival Veloso de França:

agency review processes;
(D) ...
(E) study, develop, and describe appropriate alternatives to recommended courses of action in any proposal which involves unresolved conflicts concerning alternative uses of available resources;
(F) recognize the worldwide and long-range character of environmental problems and, where consistent with the foreign policy of the United States, lend appropriate support to initiatives, resolutions, and programs designed to maximize international cooperation in anticipating and preventing a decline in the quality of mankind's world environment;
(G) make available to States, counties, municipalities, institutions, and individuals, advice and information useful in restoring, maintaining, and enhancing the quality of the environment;
(H) initiate and utilize ecological information in the planning and development of resource-oriented projects; and
(I) assist the Council on Environmental Quality ...”
15 WILSON, Jennifer Joy. *Nepa: Present Benefits and Future Goals*. Environmental Impact Assessment – Proceedings of a Conference on the Preparation and Review of Environmental Impact Statements. New York: Nicholas A. Robinson ed., New York State Bar Association, 1989, 225-227. p. 226.
16 *Calvert Cliffs' Coordinating Committee v. United States Atomic Energy Commission*, 449 F.2d 1109, 1114 (D.C. Cir. 1971).
17 “All of these Section 102 duties are qualified by the phrase ‘to the fullest extent possible.’ We must stress as forcefully as possible that this language does not provide an escape hatch for footdragging agencies; it does not make NEPA's procedural requirements somehow ‘discretionary.’ Congress did not intend the Act to be such a paper tiger. Indeed, the requirement of environmental consideration ‘to the fullest extent possible’ sets a high standard for the agencies, a standard which must be rigorously enforced by the reviewing courts.” *Calvert Cliffs' Coordinating Committee v. United States Atomic Energy Commission*, 449 F.2d 1109, 1114 (D.C. Cir. 1971).
18 *Public Interest Research Group v. V. Butz*, 498 F.2d 1314 (1974), US Court of Appeals 8th Circuit.
19 42 U.S.C.A. § 4342.
20 Council on Environmental Quality [Conselho em Qualidade Ambiental], 40 C.F.R. § 1500 (West Supp. 2004-2005).
21 *Ibidem*, § 1500.1(b).
22 *Ibidem*, § 1500.5(a).

O julgador tem de ser, antes de tudo, um cientista do comportamento humano. O julgador não pode ser apenas um frio executor de decisões contra atividades anti-sociais, prendendo infratores da lei. Julgar um homem sem conhecê-lo é uma forma indistigável de “charlatanismo jurídico”, simplesmente porque cada delinqüente é tão diferente dos outros como desiguais e complicadas são as suas próprias infrações. Mais importante do que os homens conhecerem a Justiça é a Justiça conhecer o homem.³⁶

6 Considerações Finais

Através do estudo da “simulação da loucura” – consistente no ato de encenar uma enfermidade psíquica, para escapar da imposição de uma pena – pôde-se observar que, apesar de não ocorrer com tanta freqüência, tal prática é bem antiga e merece uma maior atenção por parte do Poder Judiciário.

Quando alguém que tenha cometido um delito apela para a simulação da loucura, na esperança de que a Justiça creia se tratar de um inimputável portador de doença mental, essa fraude passa a constituir mais um entrave para a efetivação do jus puniendi estatal. O que não implica dizer que tal simulação não possa ser desmascarada. É quase impossível esconder uma farsa dos especialistas por tanto tempo.

Um aspecto importante, na maioria das vezes, desconhecido pelo simulador é que, para o Direito Penal, a enfermidade psíquica tão somente não é causa de inimputabilidade, e sim apenas um dos seus pressupostos. É preciso também comprovar a inexistência da capacidade intelectual ou da capacidade volitiva, no momento em que a conduta criminosa tenha sido realizada, caso contrário, não há como se cogitar a hipótese de ser declarado penalmente irresponsável.

É extremamente difícil para o julgador o momento de decidir pela aplicação de uma pena ou de uma medida de segurança, quando não se tem a plena convicção de que o acusado é um doente mental de verdade, e não se trata de um aproveitador.

Em situações de alta complexidade, como as que envolvem uma suposta simulação da loucura, é mister que, com o auxílio da Psiquiatria Forense, o magistrado analise-as do modo mais equânime possível, só assim, terá condições de fazer seus julgamentos de forma mais acertada, evitando proferir, assim, decisões injustas.

7 Bibliografia

Livros

- ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia Judiciária: o processo psicológico e a verdade judicial*. 3. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1981.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte geral*. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. *Manual de medicina legal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina Legal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2004.
- FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. *Tratado da inimputabilidade no Direito Penal*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- GOMES, Hélio. *Medicina Legal*. 22. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982.
- INGENIEROS, José. *Simulación de la locura: ante la criminología, la psiquiatria y la medicina legal*. Buenos Aires: Talleres Gráficos Argentinos de L. J. Rosso y Cia, 1918.
- MOLINA, Cláudia. *A mulher no Manicômio Judiciário*. MEDEIROS, Cristiano Carrilho Silveira de (organizador). In: *Saúde Mental e o Direito: ensaios em homenagem ao Professor Heitor Carrilho*. São Paulo: Método, 2004.
- PALOMBA, Guido Arturo. *Loucura e crime*. 1. ed. São Paulo: Fiuza Editores, 1996.
- PENTEADO, Conceição. *Psicopatologia Forense: breve estudo sobre o alienado e a lei*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996.
- SILVA, Augusto Lins e. *Simulações nos detentos*. Recife: Imprensa Industrial, 1917.
- VARGAS, Heber Soares. *Manual de Psiquiatria Forense*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990.
- ZACHARIAS, Manif. *Dicionário de medicina legal*. 2. ed. São Paulo: IBRASA, 1991.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Documento em meio eletrônico/Internet

- BALLONE, Geraldo José. *Síndrome de Ganser*. PSIQWEB – psiquiatria geral. Disponível em: <http://www.psiqweb.med.br/convers5.html#ganser>. Acessado em: 16 de maio de 2006.
- MÁRCIA HELENA DA MOTA QUIRINO (autora do artigo “Simulação da loucura: óbice para constatação do estado mental do autor do fato”)
- Contatos a seguir:

- E-mail – quirino.marcia@ig.com.br ou marciahmq@hotmail.com

²³ Ibidem, §1506.1(a).

²⁴ Em geral os Estados que compõem a Federação norte-americana criam uma legislação acerca do EIA aplicável em suas respectivas ordens jurídicas, conhecidas como “little NEPAs.”

TJPE – 7º Câmara Cível

Mandado de Segurança Nº: 0097.609-8- Recife

Impetrante(s): Instituto de Recursos Humanos do Estado de Pernambuco – IRH/PE

Impetrado(s): Juíza de Direito da 1ª Vara da Infância e da Juventude da Capital

Relator: Des. João Bosco Gouveia de Melo

Relator do Acórdão: Des. Luiz Carlos de Barros Figueirêdo

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DA INFÂNCIA E ADOLESCÊNCIA. AÇÃO DE GUARDA. GUARDA PROVISÓRIA. AVÓ. HABILITAÇÃO DAS CRIANÇAS COMO BENEFICIÁRIAS DA GUARDIÃ. IRH. INDEFERIMENTO DO PLEITO ADMINISTRATIVO. PETIÇÃO NOS AUTOS DA AÇÃO DE GUARDA. DEFERIMENTO PELO JUÍZO SOB ARGUMENTO DE QUE A GUARDA ABRANGE FINS PROVIDENCIÁRIOS. GUARDIÃO É O MANTENEDOR. NATUREZA EXCEPCIONAL DA AÇÃO DE GUARDA. CRITÉRIOS LEGAIS RIGOROSOS. ÂMBITO FEDERAL. LEI Nº 8.213/91. LEI Nº 9.528/97. ARTIGO 33, §3º DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NÃO REVOGAÇÃO. AUSÊNCIA DE COLISÃO ENTRE LEIS. CONVENÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA DE NOVA YORK. BRASIL SIGNATÁRIO. LEI LOCAL TEM SUPREMACIA SOBRE NORMA INTERNACIONAL APENAS QUANDO CONFERIR MAIS DIREITOS. INADMISSIBILIDADE DA PREVALÊNCIA DE INTERPRETAÇÃO PRETORIANA OU NORMA GERAL QUE SUPRIMA DIREITOS RESGUARDADOS POR NORMA INTERNACIONAL A QUE ADERIU ESPONTANEAMENTE, SALVO SE HOUVER DENÚNCIA DE ADESÃO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. UNIVERSALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS. TRANSMUDAÇÃO DO PRINCÍPIO EM NORMA. IMPOSSIBILIDADE DE RETROCÉSSO, MORMENTE QUANDO O BENEFICIÁRIO DA TUTELA FOR MENOR DE 18 ANOS QUE GOZA DE PROTEÇÃO INTEGRAL E PRIORIDADE ABSOLUTA, NOS MOLDES DO ARTIGO 227 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ÂMBITO ESTADUAL. LC Nº 28/00. LC Nº 41/01. ENUMERAÇÃO DOS DEPENDENTES DO SISTEMA DE PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES DO ESTADO DE PERNAMBUCO. CRIANÇA/ADOLESCENTE SOB GUARDA NÃO INCLUSO NO

ROL. ENTENDIMENTO DO STJ, ADOTADO PELO IMPETRANTE, QUE NÃO DEVE PREVALECER, POR VIR DE ENCONTRO AO PRINCÍPIO DA UNIVERSALIZAÇÃO DA PREVIDÊNCIA. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE PACIFICAÇÃO DA MATÉRIA PELO STJ. ALÇADA DO STF. CONTROVÉRSIA. ADMISSIBILIDADE DE BUSCAR REVOGAÇÃO DA GUARDA, COMO TERCEIRO INTERESSADO. IMPOSSIBILIDADE DE SE INTITULAR COMO DETENTOR DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO DE NÃO INCLUIR GUARDADO COMO DEPENDENTE. SEGURANÇA DENEGADA POR MAIORIA DE VOTOS.

1. Mandado de Segurança que não possui suporte, quer ético, quer jurídico, para sua sustentação, dada a ausência de direito líquido e certo do demandante.

2. O Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelece, prévia e taxativamente, quais as condições para concessão da guarda, conferindo à ação autônoma de guarda natureza excepcional, pressupostos estes que sequer foram alvo do presente mandamus.

3. A Lei Federal nº 9.528/97, que revogou e alterou a redação de inúmeros dispositivos legais, não obstante tenha excluído do rol de beneficiários do RGPS a figura do “menor” sob guarda, manteve incólume o §3º do artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que continuou a amparar o guarda judicialmente como dependente previdenciário.

4. Impõe-se que prevaleça o entendimento segundo o qual inexistente de conflito de normas regentes da matéria, porquanto, antes da entrada em vigor da Lei nº 9.528/97, existiam duas

leis (Lei nº 8.213/91 e ECA) que garantiam à criança/adolescente guardado direitos previdenciários e, após sua edição, muito embora mantida em vigor apenas o §3º do artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, este guarda absoluta consonância com a norma constitucional, bem assim respeito aos princípios gerais da Lei de Introdução ao Código Civil.

5. A necessidade de se coibir a utilização indevida do instituto da guarda não pode servir de fundamento para se excluir, generalizadamente, os guardados que efetivamente estão em situação de dependência econômica da incidência da norma previdenciária.

6. As razões econômicas, a lei do menor esforço, alcançável mediante a simples retirada da figura do guardado do rol dos beneficiários previdenciários para se lograr redução de prejuízos decorrentes das guardas fraudulentas, não deve prevalecer sobre as razões jurídicas de garantia de direitos de ordem constitucional.

7. A cautela e o zelo adotados pelos Magistrados, membros do Ministério Público e servidores das Varas de Infância e Juventude da Comarca do Recife, observadores dos critérios legais necessários à concessão das guardas, obstam a ocorrência das “guardas previdenciárias disfarçadas”.

8. Sendo o Brasil signatário da Convenção da Criança de Nova York, à qual aderiram a quase totalidade dos países do mundo e que afirma que os direitos assegurados às crianças – abrangidos os jovens até 18 anos - não podem ser suprimidos, devendo a lei local prevalecer apenas se conferir mais garantias que a norma internacional, é inadmissível que, quer por interpretação pretoriana, quer por norma geral, sejam afastados direitos tutelados às crianças/adolescentes, salvo se houver denúncia espontânea da Convenção, observado o prazo de vacatio legis.

9. No plano do Direito Constitucional, deve-se atentar para a universalização dos direitos e benefícios sociais, que, como qualquer princípio, possui natureza de dever-ser, o que ganha relevo como argumento hábil a afastar tese desenvolvida pelo Superior Tribunal de Justiça (Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 642.915/RS, Embargos de Embargos Divergência em Recurso Especial nº 0110332-7, Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 0000548-7) e acolhida pela 8ª Câmara Cível desta Corte de Justiça (AI 138595-7 e AP 145.758-5), adotada pelo impetrante, no sentido da aplicabilidade da lei previdenciária vigente à época do fato gerador.

10. Ao incluir o instituto da guarda como uma das hipóteses garantidoras de benefícios previdenciários o Estado brasileiro

deu um passo a favor da efetivação do princípio da universalização da Previdência, transformando o princípio em norma.

11. Impende ressaltar a regra segundo a qual o beneficiário da tutela, quando menor de 18 anos, goza de proteção integral e prioridade absoluta, nos moldes do caput do artigo 227 da Constituição Federal, sendo certo, ademais, que, no inciso II do §3º do referido dispositivo, assegura-se que o direito à proteção especial abrangerá a garantia de direitos previdenciários e, no inciso VI, alberga-se o estímulo do Poder Público à promoção do acolhimento sob a forma de guarda.

12. Sendo a matéria em litígio de natureza constitucional, da alçada do Supremo Tribunal Federal, portanto, não há que se falar em consolidação da tese desenvolvida pelo Superior Tribunal de Justiça e utilizada como suporte jurídico no presente pleito.

13. Não há obrigatoriedade de intimação do órgão previdenciário nos processos de guarda, conforme amplamente reconhecido em nossos Tribunais, por ser apenas um dos efeitos decorrentes da guarda; podendo o mesmo, contudo, integrar a lide em qualquer fase como terceiro interessado.

14. Malgrado seja admissível que o IRH/PE, como terceiro interessado, busque a revogação da guarda, é inadmissível que o mesmo se intitule como detentor de direito líquido e certo de vedar às crianças sob guarda a inclusão como dependentes de sua guardiã, segurada do impetrante.

15. Por maioria de votos, denegou-se a segurança.

ACÓRDÃO 01

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Mandado de Segurança nº 0097.609-8, da Comarca de Recife, em que figura, como impetrante, o Instituto de Recursos Humanos do Estado de Pernambuco – IRH/PE e, como impetrado, a MM. Juíza de Direito da 1ª Vara da Infância e da Juventude da Capital, Acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores integrantes da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, por maioria de votos, em denegar a segurança, tudo de conformidade com os votos em anexo, os quais, devidamente revistos e rubricados, passam a integrar este julgado.

Des. Luiz Carlos de Barros Figueirêdo
Relator do acórdão

TRT da 6ª Região – 3ª Turma

PROC. N.º TRT – 00901-2007-017-06-00-5

Órgão Julgador: Terceira Turma

Relator: Desembargador Pedro Paulo Pereira Nóbrega

Recorrente: Zilda Severina da Silva

Recorridos: ASL – Assistência à Saúde Ltda. e Hospital Memorial Boa Vista (Clínica Boa Vista S/C Ltda.)

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO – 1. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA – SUCESSÃO DE EMPRESAS – MATÉRIA FÁTICA – IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA DIVERGÊNCIA A QUE ALUDE O ARTIGO 476 DO CPC – SEGUIMENTO DENEGADO. A teor do que dispõe o artigo 476 do CPC, para a admissibilidade do incidente de uniformização de jurisprudência, é imprescindível que a divergência verse sobre a interpretação do direito, com a finalidade de fixar tese jurídica, logo, se o dissenso se verifica a partir de questionamento em torno de matéria fática que embasa a pretensão ao reconhecimento de sucessão de empregadores, como ocorre na hipótese versada nos presentes autos, a qual depende, por certo, da análise minuciosa e da avaliação da prova produzida, desatendidos estão os pressupostos que autorizam a instauração do incidente. 2. OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE – OFERTA PÚBLICA DO CADASTRO DE BENEFICIÁRIOS – INTERVENÇÃO DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE (ANS) – SUCESSÃO EMPRESARIAL NÃO CONFIGURADA – APELO DESPROVIDO. A Agência Nacional de Saúde – ANS tem institucionalmente o objetivo de promover a defesa do interesse público na assistência complementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País. “In casu”, a MASTER PLAN SAÚDE, detinha uma razoável carteira de clientes associados ao seu plano de saúde, tendo sofrido intervenção pelo referido órgão governamental, em face à fragilidade das condições financeiras dessa empresa.

Ciente dessa situação, outras empresas operadoras de planos de saúde participaram de uma oferta pública, e, como vencedora do certame, a ASL passou a oferecer condições especiais para a adesão dos antigos associados da MASTER PLAN, expandindo suas atividades comerciais e efetivando negociações quanto ao credenciamento de hospitais e clínicas de saúde para que estes procedessem ao atendimento dos clientes que aderiram aos planos de saúde. Assim, da análise de todos os elementos fáticos constantes dos autos não há como entender pela configuração da sucessão trabalhista, pois a hipótese encerra uma verdadeira parceria comercial, mediante transação efetivada entre as reclamadas, em que a ASL, através da assunção de novos clientes, necessitou autorizar novas unidades hospitalares para o atendimento dos antigos credenciados da MASTER PLAN, dentre elas a CLÍNICA BOA VISTA S/C LTDA. 3. Incidente de uniformização de jurisprudência a que se nega seguimento e recurso ordinário desprovido.

Vistos etc.

Recurso Ordinário interposto por ZILDA SEVERINA DA SILVA, de decisão proferida pela 17ª Vara do Trabalho do Recife, que julgou parcialmente procedente a Reclamação Trabalhista nº 00901-2007-017-06-00-5, ajuizada contra HOSPITAL MEMORIAL BOA VISTA (CLÍNICA BOA VISTA S/C LTDA.) e ASL – ASSISTÊNCIA À SAÚDE LTDA., e nos termos da sentença de fls. 743/750.

Em suas razões recursais (fls. 751/763), a reclamante postula a reforma da sentença para que se mantenha no pólo passivo da demanda a segunda reclamada, ASL – ASSISTÊNCIA À SAÚDE LTDA., pleiteando ainda seja reconhecida com relação a essa mesma empresa a sucessão trabalhista, tecendo, também, considerações acerca da omissão da sentença no que pertine à adoção de providências acerca das irregularidades denunciadas no presente feito.

Apesar de regularmente notificadas, apenas a recorrida ASL – ASSISTÊNCIA À SAÚDE LTDA. apresentou contra-razões ao apelo (fls. 790/810), consoante certificado à fl. 900.

O processo não foi enviado ao MPT, para emissão de parecer, ante a ausência de obrigatoriedade (RI/TST – 6ª Região, artigo 50).

Após haver lançado meu visto nos autos, o que, de igual modo, ocorreu com o revisor, apresentou a reclamante, às fls. 912/918, requerimento para o processamento de incidente de uniformização de jurisprudência com relação à sucessão empresarial que entende configurada entre as empresas que compõem o pólo passivo da ação.

É o relatório.

VOTO

1. DO NÃO-CONHECIMENTO DOS DOCUMENTOS JUNTADOS COM AS CONTRA-RAZÕES

Justificando que os documentos de fls. 815/899, trazidos com as contra-razões, envolvem “*questão de ordem pública e do interesse geral que é a preservação da ética do processo*”, bem assim, que deles não tinha conhecimento anterior, requer a recorrida ASL – ASSISTÊNCIA À SAÚDE LTDA. sejam os mesmos conhecidos, consoante argumentos expostos às fls. 790/810.

Instada a se pronunciar sobre o teor dessa documentação (v. despacho de fl. 904), a reclamante aduz ser intempes-tiva a sua juntada, pleiteando, a final, seja ela desentranhada dos autos, e, em consequência, aplicada a pena de litigância de má-fé à aludida empresa, nos termos da argumentação contida na petição de fls. 906/910.

De fato, não há como conhecer dos aludidos documentos, pois a sua juntada não se insere nas hipóteses elencadas na Súmula nº 08 do TST, não tendo a parte, ainda, justificado a existência de óbice válido para a sua anterior apresentação.

Em que pese dita assertiva, não há como acolher o pedido da autora quanto à aplicação da penalidade por ela reque-

rida no aludido petítório, isto porque a adoção da providência em exame, ainda que reconhecida como tardia na presente decisão, não enseja o enquadramento da demandada como litigante de má-fé, pois não se vislumbra, aqui, a alteração da verdade dos fatos ou provocação de incidente processual infundado, capazes de justificar essa medida sancionadora.

Com tais considerações, não conheço dos documentos de fls. 815/899, motivo por que determino sejam eles desentranhados dos autos e devolvidos à requerente, tão logo a decisão transite em julgado.

2. DO INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA SUSCITADO PELA RECLAMANTE

Após a interposição do seu recurso ordinário (fls. 751/763) e antes de iniciado o respectivo julgamento, a reclamante, através da petição de fls. 912/918, suscitou incidente de uniformização de jurisprudência, pretendendo a identidade de posicionamentos quanto à sucessão que sustenta ter ocorrido entre o HOSPITAL MEMORIAL BOA VISTA (CLÍNICA BOA VISTA S/C LTDA.) e a ASL – ASSISTÊNCIA À SAÚDE LTDA., embasando-se naquilo que dispõem os artigos 476 e seguintes do CPC.

Reiterando as razões contidas no aludido apelo, assevera a autora que a ASL – ASSISTÊNCIA À SAÚDE LTDA. assumiu a carteira de clientes da MASTER PLAN ASSISTÊNCIA MÉDICA LTDA., pertencendo essas duas empresas ao mesmo grupo econômico, aduzindo, ainda, que, efetivada essa negociação, o HOSPITAL MEMORIAL BOA VISTA (CLÍNICA BOA VISTA S/C LTDA.) foi transformado em um hospital da ASL em Recife, estampando sua logomarca na fachada do edifício, deixando “*claro seu total e completo domínio e propriedade sobre a atividade econômica ali desenvolvida*” (fl. 913).

Aduz que a segunda reclamada, ASL – ASSISTÊNCIA À SAÚDE LTDA., tida como sucessora, promoveu eventos e treinamentos conjuntos com os empregados do primeiro reclamado, HOSPITAL MEMORIAL BOA VISTA (CLÍNICA BOA VISTA S/C LTDA.), mantendo total controle da administração e atividade econômica deste último, permitindo, assim, a continuidade da prestação de serviços.

Em reforço às assertivas anteriores, sustenta que o HOSPITAL MEMORIAL BOA VISTA (CLÍNICA BOA VISTA S/C LTDA.), não sofreu qualquer mudança em sua estrutura econômico-jurídica, mantendo os seus titulares à frente da composição societária, apesar de não terem eles adquirido quaisquer poderes a partir da gestão da ASL – ASSISTÊNCIA À SAÚDE LTDA.

Mencionados os aspectos que reputa fundamentais à configuração da sucessão e que entende ter ocorrido entre as

duas empresas acima mencionadas, conclui que “*o princípio da realidade fática, vigente no Direito do Trabalho, nos direciona nos sentido de que os fatos havidos no decorrer do pacto laboral são decisivos para a solução da lide*”, reportando-se, a final, à norma inserta no artigo 9º da CLT.

Em arremate, aduz que o entendimento deste Regional não é unânime sobre a matéria, transcrevendo, exemplificativamente, as decisões proferidas nos autos dos processos nºs 00924-2007-019-06-00-2, 00918-2007-020-06-00-5, 00903-2007-002-06-00-5 e 00906-2007-021-06-00-7, todos desta Terceira Turma, o primeiro da minha lavra, e os demais, respectivamente, dos desembargadores Gilvan de Sá Barreto, Zeneide Gomes da Costa e Gisane Barbosa de Araújo.

Estas são as razões apresentadas pela suscitante, mas não as tenho como suficientes ao preenchimento dos pressupostos para que se proceda a pretendida uniformização de jurisprudência.

O juízo de primeiro grau reconheceu a improcedência da presente reclamação com relação à ASL – ASSISTÊNCIA À SAÚDE LTDA., fundamentando, em síntese, que o primeiro réu, HOSPITAL MEMORIAL BOA VISTA (CLÍNICA BOA VISTA S/C LTDA.), não foi sucedido por aquela empresa nem terceirizou seus serviços, adotando, como razões de decidir a asserção externada no julgado proferido nos autos do processo nº 00895-2007-022-06-00-1.

O Regimento Interno deste Tribunal, em seu artigo 104, prevê que a “*uniformização de jurisprudência será processada de acordo com os artigos 476 a 479 do Código de Processo Civil*”, estabelecendo o primeiro que a solicitação de pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito dar-se-á quando “*verificar que, a seu respeito, ocorre divergência*” (inciso I).

Contudo, não se pode entender que toda e qualquer dissensão entre julgados pode dar ensejo à uniformização da jurisprudência, na medida em que, esta, a teor do mencionado artigo 476, decorre da interpretação do direito, com a finalidade de de fixar “*tese jurídica*”.

José Carlos Barbosa Moreira (in Comentários ao Código de Processo Civil, Editora Forense, vol. V., 8ª ed., 1999, p. 14) afirma que um dos pressupostos do incidente de uniformização de jurisprudência é a divergência na interpretação do direito. Considera, esse autor, que “*indispensável é que a discrepância se configure entre teses jurídicas. Apenas a solução de ‘questiones iuris’ é relevante neste contexto. De modo algum justifica a suscitação o fato de se decidirem diversamente espécies análogas por se considerar bastante a prova num dos casos e insuficiente no outro (...). (...) A discordância precisa referir-se*

a questão de direito de cuja solução dependa o julgamento da matéria submetida ao órgão.”

Mais precisa e esclarecedora no particular é a lição de José Marcelo Menezes Vigliar, que, ao se reportar de forma didática aos pressupostos do instituto processual de uniformização jurisprudencial, traduz essa “*desarmonia de julgados*” a desafiar o pronunciamento final do tribunal, como sendo demonstrável pelo confronto de mais de uma tese de regência, “*entre a matéria estritamente jurídica*”, revelada por interpretações diversas já verificadas no mesmo tribunal (in Código de Processo Civil Interpretado, Coordenador Antônio Carlos Marcato, Editora Atlas, p. 1.451).

No caso em análise a reclamante pretende, na verdade, a padronização de jurisprudência sobre elementos ocorridos no mundo dos fatos, eis que o incidente visa que se declare a existência ou não de sucessão de empregadores do HOSPITAL MEMORIAL BOA VISTA (CLÍNICA BOA VISTA S/C LTDA.) pela ASL – ASSISTÊNCIA À SAÚDE LTDA., hipótese que fica excluída do âmbito dessa medida.

Isto porque, conforme se infere das decisões citadas pela reclamante em seu requerimento, a linha condutora para os entendimentos ali externados adveio da matéria fática probatória contida nos autos, especificamente dos depoimentos prestados ao longo da instrução processada em cada feito.

Melhor explicando, os dois primeiros arestos transcritos pela suscitante (processos nºs 00924-2007-019-06-00-2 e 00918-2007-020-06-00-5), os quais – refira-se – rechaçaram o reconhecimento da sucessão pretendida pelos reclamantes, então recorrentes, tomaram por base tanto os depoimentos prestados pelas testemunhas ouvidas durante a instrução processada nessas demandas, quanto os documentos que provam que a transferência de gestor do plano decorreu de intervenção estatal pela Agência Nacional de Saúde, a exemplo do termo de compromisso firmado para esse mesmo fim.

De igual modo, aquelas decisões que acolheram as teses autorais relativas à essa transmissão de direitos e/ou encargos entre as empresas, exaradas nos autos dos processos nºs 00903-2007-002-06-00-5 e 00906-2007-021-06-00-7, também consignaram como base de suas respectivas asserções os documentos constantes dos autos, que em confronto com as declarações das testemunhas ouvidas naqueles feitos, levaram à conclusão distinta daquela que exsurge das duas anteriormente citadas.

Registre-se, por oportuno, que a relatora do acórdão referente ao último processo em menção, desembargadora Gisane Barbosa de Araújo, ao se pronunciar, em sede de embargos de declaração, sobre o acórdão também de sua lavra

e proferido nos autos do processo nº 00941-2007-020-06-00-0 (publicado em 28.06.2008), expressamente declara que o seu convencimento, nesse mesmo feito, tem por esteio os depoimentos prestados nos autos, incluindo-se aquele da Srª Patrícia Hazin, para concluir que “no campo dos fatos, há um entrelaçamento entre a ASPE, a ASL e CLÍNICA BOA VISTA S/C LTDA. (HOSPITAL MEMORIAL BOA VISTA)”.

A referência à matéria fática produzida nesses processos, que envolvem as empresas reclamadas, como decisiva ao convencimento do juízo de ter ocorrido ou não sucessão entre elas, é ressaltada reiteradamente nos despachos presidenciais deste Sexto Regional, como impeditiva ao seguimento dos respectivos recursos de revista interpostos, sejam eles aviados pelos diversos reclamantes ou pelas aludidas reclamadas.

Assim, o reconhecimento da existência ou não de sucessão depende da prova produzida em cada processo, que seja capaz de conduzir ao entendimento de que estão presentes ou ausentes os requisitos exigidos para o reconhecimento da sucessão de empresas, tais como passagem do estabelecimento como unidade econômico-jurídica de um para outro titular e, para a doutrina e jurisprudência mais tradicional, a não interrupção da prestação de serviços pelos empregados.

Dentro deste contexto, embora seja possível vislumbrar uma diferença de posicionamento quanto a este último requisito entre as decisões nas quais a reclamante lastreia o pedido de uniformização de jurisprudência, o certo é que esse não é o único e nem o principal fundamento da divergência que se estabelece, sobretudo pela circunstância de se chegar ou não à conclusão, pela análise das provas em cada processo, de que houve ou não a transferência de recursos entre os empreendimentos em apreço, e se tal fato autoriza o reconhecimento da existência dos requisitos necessários à caracterização da sucessão de empresas.

E na seqüência do princípio da liberdade da prova, o valor jurídico dos diferentes elementos probatórios não é pré-determinado. O tribunal estabelece os fatos através da comparação dos elementos probantes apresentados pelas partes e outras pessoas durante a fase de obtenção da prova, avaliando-a globalmente e proferindo a decisão de acordo com a sua convicção.

Embora não constitua objeto deste decisum a reconstituição do fio histórico do problema da livre apreciação da prova, de qualquer modo impõe-se ressaltado que, bem ou mal, apesar das naturais marchas e contramarchas, a linha mestra de desenvolvimento da relação do juiz com a prova, e principalmente dos poderes deste na sua avaliação, manifesta-se no sentido de liberá-lo cada vez mais de cadeias de ordem meramente formais.

Necessário se faz esse registro porque não me parece aceitável a objeção de que as decisões que emanam de órgãos judiciais de mesma hierarquia, quando não diversas, entre si se vinculam, seja pela autoridade de seu órgão prolator, pela excelência da decisão ou por refletir o entendimento predominante, especificamente quando a matéria versada nas demandas não traduz questão desvinculada dos acontecimentos que porventura tenham ocorrido, independentemente, inclusive, de prova, o que tranqüilamente não é a situação em foco.

Para finalizar, embora sem esgotar a questão, não basta que a parte acesse petição, acompanhada de julgamentos favoráveis à sua tese, antes do julgamento, para que se considere criado um incidente de uniformização da jurisprudência. Noutros termos, é preciso que se pondere os prós e os contras da suscitação do incidente em debate, no caso concreto, antes de levantá-lo de forma açodada. Por isso mesmo é que a lei não obriga o julgador a sempre suscitá-lo, já que as divergências de julgados fazem parte do próprio processo dialético da evolução jurisprudencial, só tendo cabimento a uniformização em testilha em situações excepcionais, que a justifiquem, consoante o bom arbítrio do magistrado.

O posicionamento aqui externado – registre-se – tem como precedente julgado oriundo da 2ª Turma deste Regional, proferido nos autos do processo nº TRT-RO-5.920/99, publicado em 27.07.2002, da lavra do desembargador Nelson Soares, que concluiu pelo não-conhecimento do incidente de uniformização com relação a um dos temas suscitados no apelo, por entender que “para existir divergência eficiente à instauração do incidente de uniformização – artigo 476, inciso I, do Código de Processo Civil –, é necessário que as teses jurídicas sustentadas pelos acórdãos postos em confronto sejam conflitantes, e não, apenas, que os fatos das causas, de que emanaram tais decisões, sejam análogos”.

Com tais considerações, nego seguimento ao incidente de uniformização de jurisprudência em apreço.

3. DAS QUESTÕES RECURSAIS

3.1 DA ILEGITIMIDADE PASSIVA E DA SUCESSÃO TRABALHISTA

Dos termos confusos do seu recurso, verifico que a reclamante pretende a modificação da sentença para que “em sede de preliminar, que se confunde com o mérito, (...) manter a 2ª reclamada (ASL – Assistência à Saúde Ltda.) no pólo passivo da presente reclamação, e, por fim, responsabilizá-la pelos direitos trabalhistas deferidos por ser da mais justa e perfeito Justiça.”

Ora, como a própria autora reconhece, a questão da sucessão trabalhista está ligada ao próprio mérito da lide em apreço, pelo que como tal será apreciada na forma abaixo exposta.

Como referido, a pretensão deduzida pela reclamante é ver reconhecida a sucessão da ASL – ASSISTÊNCIA À SAÚDE LTDA., em face do HOSPITAL MEMORIAL BOA VISTA (CLÍNICA BOA VISTA S/C LTDA.), a qual, entretanto, não foi acolhida pelo juízo de primeiro grau, que julgou improcedente a reclamação no aspecto.

Mantenho a decisão.

Assevera a autora que a ASL – ASSISTÊNCIA À SAÚDE LTDA. assumiu a carteira de clientes da MASTER PLAN ASSISTÊNCIA MÉDICA LTDA., pertencendo essas duas empresas ao mesmo grupo econômico, aduzindo, ainda, que, efetivada essa negociação, a CLÍNICA BOA VISTA S/C LTDA. (HOSPITAL MEMORIAL BOA VISTA) foi transformado em um hospital da ASL em Recife, estampando sua logomarca na fachada do edifício, deixando “claro seu total e completo domínio e propriedade sobre a atividade econômica ali desenvolvida” (fl. 04).

Aduz que a segunda reclamada promoveu eventos e treinamentos conjuntos entre os empregados das duas reclamadas, mantendo total controle da administração e atividade econômica da primeira, permitindo, assim, a continuidade da prestação de serviços.

Em reforço às assertivas anteriores, sustenta que o HOSPITAL MEMORIAL BOA VISTA não sofreu qualquer mudança em sua estrutura econômico-jurídica, mantendo os seus titulares à frente da composição societária, apesar de não terem eles adquirido quaisquer poderes a partir da gestão da ASL.

Esses fatos, contudo, são apresentados de maneira diversa pela demandada ASL.

Em sua defesa (fls. 127/138), argumenta ela que, após decretada, pela AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE – ANS, a liquidação extrajudicial da MASTER PLAN ASSISTÊNCIA MÉDICA LTDA., adquiriu, mediante oferta pública, o direito de celebrar novos contratos com os consumidores dessa empresa, não se configurando, porém, a sucessão trabalhista alardeada na exordial.

Sustenta que a CLÍNICA BOA VISTA S/C LTDA. não pertencera à operadora MASTER PLAN, constituindo-se em empresas distintas, e esclarece que nenhuma das pessoas que compõem o quadro societário dessa primeira empresa integrou ou integra a ASL.

Destaca parte do conteúdo do termo de compromisso afirmando que os “negócios celebrados com os ex-consumidores configuram novos contratos, os quais são providos de condições especiais” (fl. 133).

Estabelecidos os limites da lide, a despeito das assertivas contidas na exordial quanto à existência de um grupo econômico formado por essas empresas, e considerando os elementos da prova oral produzida ao longo da instrução processual, a conclusão a que se chega é no sentido de que, de fato, procede a tese defensiva da segunda reclamada.

A questão em exame tem sido objeto de reiteradas demandas ajuizadas nas Varas de Trabalho desta capital, conforme se verifica das decisões trazidas aos autos pelas partes como supedâneo às suas respectivas teses.

Procedendo a uma análise temporal dos fatos, nota-se que a antiga MASTER PLAN SAÚDE, considerada na exordial como “sucedida”, detinha uma razoável carteira de clientes associados ao seu plano de saúde, como também era o caso da ADMED, tendo ambas sofrido intervenção pelo referido órgão governamental, que é a AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE – ANS, em face à fragilidade das condições financeiras dessas empresas, nos termos das notícias veiculadas no site www.ans.gov.br.

Ciente dessa situação, outras empresas operadoras de planos de saúde participaram de uma oferta pública, e, como vencedora do certame, a ASL passou a oferecer condições especiais para a adesão dos antigos associados da MASTER PLAN, expandindo suas atividades comerciais e efetivando negociações quanto ao credenciamento de hospitais e clínicas de saúde para que estes procedessem ao atendimento dos clientes que aderiram aos planos de saúde.

No caso presente, a documentação constante dos autos, especificamente o termo de compromisso (fls. 167/171), firmado pela segunda reclamada e a ANS em 24.08.2005, leva à conclusão de que dito ajuste foi firmado com a finalidade de assegurar aos consumidores, através de novos contratos, a manutenção da qualidade e a continuidade da prestação dos serviços de saúde.

De se referir, por oportuno, que mediante a Resolução Normativa nº 112, de 28.09.2005 (fls. 178/183), a ANS regulamentou a forma de transferência da carteira de operadoras de planos de saúde, ali constando as hipóteses de alienação da carteira de operadoras de planos de saúde e as regras para oferta pública do cadastro de beneficiários de planos de saúde.

Dentro desse contexto, em 16.08.2005, foi celebrado contrato de prestação de serviços (fls. 343/351), no qual a pri-

meira reclamada, CLÍNICA BOA VISTA S/C LTDA. (HOSPITAL MEMORIAL BOA VISTA), encontra-se representada pela sócia Patrícia Cristina Barbosa Hazin, e a segunda demandada, ASL, pela médica/diretora Eva Maria de Oliveira Rodrigues, em que restou pactuado o objetivo principal da prestação dos serviços médico/hospitalares aos beneficiários da ASL, nas dependências da primeira reclamada e por seu quadro técnico-profissional.

Dos documentos relativos a essa transação não vejo a identidade de sócios das empresas reclamadas, muito menos a ingerência dos poderes de mando da segunda nas atividades da primeira, conforme faz menção a autora na inicial.

Com efeito, o 10º aditivo ao contrato social da ASL (fls. 151/160), de 30.06.2003, foi firmado com o fito de efetivar o ingresso da diretora Eva Maria de Oliveira Rodrigues, através de cessão de quotas por parte dos antigos sócios José Carlos Bezerra Passos e Sérgio Henrique Albuquerque Freitas, registrado perante a Junta Comercial do Rio Grande do Norte em 03.09.2003.

Por outro lado, o instrumento de oitava alteração e consolidação do contrato social da CLÍNICA BOA VISTA SOCIEDADE SIMPLES LTDA. (fls. 337/342), firmado em 15.10.2004, portanto, em data que antecede o termo de compromisso celebrado pela ANS em 24.08.2005, tem como sócios Patrícia Cristina Barbosa Hazin e Luzia Orleide Gomes de Araújo, e como intervenientes Cristiano Ramos Monteiro e Mozart Vance Rodrigues de Figueiredo.

Não se pode negar, contudo, que desde a data em que foi celebrado o aludido contrato de prestação de serviços, a CLÍNICA BOA VISTA passou a ser administrada pela Srª Patrícia Hazin, enquanto a Drª Eva e o Dr. Edelmar Lucena (auditor da ASL), passaram a visitar, com frequência, a sede da primeira reclamada, com o fito de treinar os empregados quanto ao preenchimento dos documentos dos associados e ao atendimento destes últimos.

À primeira vista, essas superficiais intervenções, de ordem meramente instrucional, levam à impressão de que haveria um vínculo entre as empresas de ordem societária para o fito de administrar a sua atuação. Todavia, ditas interferências tinham previsão no contrato celebrado, as quais, a meu ver, traduzem, tão-somente, uma espécie de acréscimo no atendimento, em que os médicos auditores poderiam e deveriam acompanhar os serviços prestados pela clínica credenciada, sem que isso constitua uma transferência do comando da clínica.

Nesse sentido, convém transcrever a cláusula sétima do citado contrato de prestação de serviços, do seguinte teor:

“A ASL, através de médicos auditores, previamente cadastrados no Hospital, tem livre acesso às dependências do credenciado, quando necessário, sem horário pré-estabelecido, inclusive aos registros clínicos, não podendo, entretanto, interferir, direta ou indiretamente, na orientação terapêutica do credenciado. Além disso, a ASL, poderá realizar serviços de auditoria para fins de verificar o exato cumprimento das obrigações previstas neste contrato”.

De se referir, por outro lado, que os fatos narrados nos depoimentos constantes das atas trazidas aos autos, denotam simplesmente a prática de atos corriqueiros ao normal funcionamento da clínica, sem que isso me leve a concluir tenha ocorrido uma sucessão de empresas a nível trabalhista, especificamente porque em momento algum a Srª Patrícia Hazin deixou de ser a gestora da CLÍNICA BOA VISTA S/C LTDA., nem houve a transferência ou alteração nas atividades dessa empresa nem de seus empregados.

Não bastassem tais fatos, de relevância à espécie é a questão do interesse social, prevalecente sobre os demais aspectos aqui ressaltados, conforme externado na decisão abaixo transcrita, que retrata hipótese similar a que ora versam os presentes autos, do seguinte teor:

“Liquidação extra-judicial – Empresa saúde – Inocorrência de sucessão por empresa congênere - As reclamadas são empresas que atuam no ramo de convênios médico-hospitalares e a saúde é direito social garantido no artigo 6º da Constituição Federal. A transferência do atendimento médico-hospitalar teve o aval da Agência Nacional de Saúde Complementar – ANS - visando a garantia de direitos dos segurados. Uma carteira de clientes tem valor de mercado, mas sua transferência ocorreu tão somente para atender o interesse geral e público que a questão envolve, de outro modo, os clientes estariam privados de contar com atendimento médico sem solução de continuidade. A transação não envolveu transferência de qualquer ativo ou passivo da UNICOR para a RAPS. Não se aproveitou a segunda co-ré de instalações, equipamentos, empregados ou qualquer outro bem que não a carteira de clientes. Não estão caracterizadas as hipóteses dos artigos 10 e 448 da CLT, inexistindo sucessão trabalhista” (TRT-2ª Região, 9ª Turma, proc. nº 01462-2000-005-02-00, Relatora Rita Maria Silvestre, publicado no DOE-SP de 02.12.2005).

Assim, da análise de todos os elementos constantes dos autos não entendo configurada a sucessão trabalhista pretendida na exordial, pois, o que sobressai dos elementos dos autos é que as reclamadas, mediante transação entre elas efetivada, firmaram uma verdadeira parceria comercial, em que a ASL, mediante assunção de novos clientes, necessitou autorizar novas unidades para o atendimento dos antigos credenciados da MASTER PLAN, dentre elas a CLÍNICA BOA VISTA S/C LTDA.

Nestes termos, acrescentando à sentença os fundamentos ora externados no que pertine à não-configuração da sucessão, nego provimento ao apelo.

Refira-se, por oportuno, que esta Terceira Turma, em diversos processos, dentre os quais os autuados sob os nºs 00924-2007-019-06-00-2, 00930-2007-003-06-00-4 e 00926-2007-003-06-00-6, proclamou este mesmo resultado.

3.2 DA OMISSÃO DA DECISÃO

A reclamante sustenta ser omissa a sentença no que pertine ao seu requerimento de expedição de ofício aos órgãos competentes, em face à suposta afronta à legislação fiscal indicada na inicial, afirmando, ainda, ter opostos os competentes embargos para ver aclarado esse julgado, no particular.

Analisando os autos, vê-se que a reclamante, ao contrário do que afirma, não opôs declaratórios com a finalidade de sanar a suposta omissão ora apontada, sendo totalmente descabida suas argumentações no aspecto.

De toda forma, registre-se que a expedição de ofícios a órgãos públicos a fim denunciar eventuais irregularidades verificadas ao longo da marcha processual prescinde da formulação de pedido nesse sentido por quaisquer das partes, constituindo uma mera faculdade inserta no dever funcional do magistrado, pelo que improspira o recurso no aspecto.

4. DA CONCLUSÃO

Diante do exposto, preliminarmente, não conheço dos documentos de fls. 815/899, determinando, em consequência, sejam os mesmos desentranhados dos autos e devolvidos à recorrida ASL – ASSISTÊNCIA À SAÚDE LTDA., tão logo esta decisão transite em julgado; ainda preliminarmente, nego seguimento ao incidente de uniformização de jurisprudência, suscitado pela reclamante; e, quanto ao mais, nego provimento ao apelo.

ACORDAM os Desembargadores da 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região, preliminarmente, por unanimidade, não conhecer dos documentos de fls. 815/899, determinando, em consequência, sejam os mesmos desentranhados dos autos e devolvidos à recorrida ASL – ASSISTÊNCIA À SAÚDE LTDA., tão logo esta decisão transite em julgado; ainda preliminarmente, por igual votação, negar seguimento ao incidente de uniformização de jurisprudência, suscitado pela reclamante. Mérito: por maioria, negar provimento ao apelo, contra o voto da Desembargadora Zeneide Gomes da Costa, que dava provimento para reconhecer a sucessão trabalhista.

Recife, 12 de novembro de 2008.

DES. PEDRO PAULO PEREIRA NÓBREGA
Relator

Ação de Oposição com pedido liminar

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA x.xª VARA CÍVEL DA COMARCA DE RECIFE/PE

Distribuição por dependência do processo nº x.x.x.x.x.x.x.x.x.x. (CPC, arts. 57, c/c 105 e 109)

EMPRESA HOTELEIRA LTDA, pessoa jurídica de direito privado, sediada na Rua...x.x.x.x.x.x inscrita no CNPJ sob o nº....x.x.x.x, (**Doc. 01**) vem, por seu advogado subassinados ut instrumento procuratório anexo (**Doc. 02**), com endereço profissional constante no rodapé onde recebe as pertinentes intimações/notificações de estilo (CPC, art. 39, I), propor a presente

AÇÃO DE OPOSIÇÃO com pedido liminar

com esteio nos arts. 282, 273 e §§ e 56 e ss. da Lei Adjetiva Civil, e nas demais cominações legais pertinentes, em desfavor da **EMPRESA LOCADORA DE EQUIPAMENTOS ELETRÔNICOS LTDA e do Sr. FULANO DE TAL**, ambos já qualificados nos autos da **Ação de Reintegração de Posse** movida por aquela contra este, processo supra epigrafado, da qual o presente feito é dependente, pelos motivos de fato e de direito a seguir adunados:

1. SOBRE A OPOSIÇÃO E SUA PERTINÊNCIA E ADEQUAÇÃO AO CASO CONCRETO

Diga-se de saída que os bens móveis objeto de discussão e disputa na Ação Possessória de fundo, não estão na posse da Autora, muito menos do Réu daquele *trivium* processual.

Conforme será delineado nas linhas que se seguem, os bens móveis objeto guerreados na aludida Ação Possessória estão sob a posse direta da Opoente, sendo esta, portanto, legítima interessada para o manejo do presente remédio processual inserido nas hipóteses codificadas de intervenção de terceiro¹.

Eis que chega aos cuidados de V.Exa. a presente Ação de Oposição, que é demanda mediante a qual terceiro deduz, em processo pendente, fundamentos pelos quais a coisa ou o direito discutido entre autor e réu lhe pertence. É ação movida ao autor e ao réu, por quem não é parte, visando ao reconhecimento de direito real ou pessoal sobre o mesmo bem da vida objeto do processo em curso.

De se dizer, ademais, que a oposição não se confunde com os Embargos de Terceiro. Sobre o tema, é valente invocar-se a lição de José Roberto dos Santos Bedaque²:

“A oposição não se confunde com os embargos de terceiro. Por esse processo incidental, o terceiro pretende apenas seja desconstituída a constrição judicial. O pedido é mais restrito do que o deduzido pelo oponente, que pretende o reconhecimento do direito sobre o bem.”

E continua o ilustrado professor, citando exemplo em tudo e por tudo aplicável à fatispécie dos autos:

“Assim, em demanda possessória, deferida a liminar, cabíveis embargos de terceiro ou oposição, dependendo da causa petendi e do pedido formulado pelo terceiro. Se afirmar que a medida atingiu imóvel seu, estranho ao objeto do processo, razão por que entende incabível a constrição, adequados os embargos. Caso pretenda opor-se à pretensão do autor, por considerar-se titular do mesmo direito deduzido na inicial, deverá valer-se da oposição.”

Aliás, a jurisprudência agasalha o ensinamento do ilustrado suso apresentado. Confira-se:

“Embargos de Terceiro – Não-cabimento – Inadequação da via – Imóvel objeto de demanda possessória – Pretensão ao reconhecimento de direito sobre parte desse bem – Oposição – Recurso não provido.” (1º TACSP, Ap. 696.124-8, Ibiúna, 12ª CC, Rel. Juiz Roberto Bedaque, j. 5.12.1996)

A partir dessas aligeiradas considerações, tem-se, pois, que a Opoente, doravante simplesmente denominada de Autora, está legitimada a manejar a presente Ação da forma como a propõe, mesmo porque ainda não proferida a sentença (CPC, art. 56, fine) na Ação Possessória principal.

2. BREVIÁRIO DOS FATOS DA AÇÃO DE FUNDO

A empresa **EMPRESA LOCADORA DE EQUIPAMENTOS ELETRÔNICOS LTDA** intentou Ação de Reintegração de Posse com pedido liminar, em desfavor de **FULANO DE TAL**, aduzindo em síntese apertada:

- que celebrou com o Réu contratos de locação de vários televisores e frigobares;
- que o primeiro contrato foi formalizado ainda no ano de 2002, tendo sido continuamente renovado até o mês de dezembro de 2006;
- que a partir de então, o Réu deixou de adimplir suas obrigações de pagamento;
- que o Réu confessa o inadimplemento e o desejo de devolver os bens locados. Todavia, posteriormente, desistiu de devolvê-los.

Finalmente, acostou aos autos da aludida Possessória missiva enviada pelo Réu, datada de 07.06.2007, na qual unilateralmente rescinde o Contrato e coloca à disposição da **EMPRESA LOCADORA DE EQUIPAMENTOS ELETRÔNICOS LTDA** os bens locados. Entretanto, nessa mesma correspondência, o Réu confirma à locadora que lhe deve, requerendo desta que envie uma planilha atualizada para “*possível e futura composição*”.

Este douto Juízo houve por bem em conceder a liminar pleiteada, ao argumento central de que a posse dos bens móveis em poder do Réu é precária, em função da aludida missiva e das demais provas coligidas aos autos.

Eis o resumo da lide principal.

3. OS FATOS PROPULSORES DO PRESENTE FEITO - QUEM É A OPOENTE

Antes de se descortinar os fatos que motivam o aforamento da presente Ação de Oposição, convém fazer-se um breve registro acerca da Opoente – de quem se trata – e do seu perfil no mercado em que atua.

¹ CPC, Livro I, Título II, Capítulo VI.

² In “Código de Processo Civil Interpretado”, Atlas, 2004, pág. 165.

A **EMPRESA HOTELEIRA LTDA**, é empresa do **GRUPO ENSOLARADO**, conglomerado econômico português que explora a atividade hoteleira internacional há mais de três décadas.

Trata-se da empresa do referido grupo lusitano que explora a atividade hoteleira na cidade de Recife/PE, a partir do “*Contrato de Exploração Econômica de Equipamento Hoteleiro e Outras Avenças*”s (**Doc. 03**) firmado com os proprietários do prédio onde fica localizado o “Hotel Marítimo”, na Avenida Praieira nº x.x.x., bairro de Praia Verde, nesta cidade.³

Junta-se nesta oportunidade um folder institucional sobre a referida unidade hoteleira, a fim de que V.Exa possa melhor aquilatar o empreendimento e a sua importância na cena turística regional.

Pois bem.

A Opoente firmou com os proprietários do prédio onde funciona o “Hotel Marítimo” o mencionado “*Contrato de Exploração Econômica de Equipamento Hoteleiro e Outras Avenças*” (**Doc. 03**) com a finalidade de emprestar a sua grife ao empreendimento, explorando-o economicamente nas bases avançadas no clausulado desse instrumento.

Ditos proprietários entregaram o empreendimento hoteleiro à Opoente dentro das especificações indicadas no multicitado Contrato, formalizando os bens que guarneciam o equipamento hoteleiro através do pertinente **Inventário de Bens** anexo ao Contrato.

Ali estão bem relacionados os bens móveis que foram entregues à Opoente, a fim de que esta explorasse economicamente o empreendimento da forma mais adequada, dentro da sua reconhecida *expertise*.

No sentir da Opoente, todos os bens móveis relacionados no Inventário de Bens anexo ao Contrato – inclusive os aparelhos de televisão e frigobares objeto da Ação Possessória principal – pertenciam aos proprietários, não se tratando de bens alugados a terceiros.

Surpreendentemente, a Opoente tomou conhecimento da Ação Possessória manejada pela proprietária dos bens móveis ali indicados, cuja disputa atinge frontalmente a esfera do seu negócio (e a posse de boa-fé dos bens suso referidos), já que está na iminência de ver retirados dos apartamentos do “Hotel Marítimo”, os frigobares e aparelhos de televisão que os guarnecem, inviabilizando, assim, a própria exploração econômica do empreendimento.

Veja V.Exa que o “Hotel Marítimo” possui, nos dias que correm, uma taxa de ocupação elevada, conforme se verifica da documentação acostada (**Doc. 04**). Essa alta taxa de ocupação é motivada, especialmente, por estrangeiros que adquirem os pacotes turísticos no exterior e se deslocam para esta cidade em épocas devidamente programadas, para usufruírem do Hotel enfocado segundo as especificações que lhes são informadas pelas operadoras turísticas que intermedeiam as vendas desses pacotes.

Acaso haja o cancelamento da hospedagem em razão da inexplicável falta de aparelhos de televisão e frigobares em unidade hoteleira desse porte, o prejuízo para a Opoente e para os próprios proprietários do empreendimento será enorme. Não só o prejuízo financeiro do cancelamento das hospedagens, mas sobretudo o prejuízo à imagem do “**GRUPO ENSOLARADO**”, que vem explorando a atividade hoteleira há mais de trinta anos e detém grande credibilidade no mercado turístico internacional, mormente no europeu.

Não se venha a argumentar que os apartamentos podem muito bem albergar os hóspedes sem os disputados aparelhos de televisão e frigobares. É que os pacotes negociados na Europa são muito claros no que diz respeito ao tipo de acomodação que os adquirentes estão contratando pelas agências operadoras. Pela divulgação do “Hotel Marítimo”, verifica-

³ Ao lado do “Hotel Marítimo” a Opoente explora outras unidades hoteleiras localizadas nas cidades de Tibau do Sul/RN, Fortaleza/CE, Recife/PE, e Porto de Galinhas/PE.

se que o empreendimento é apresentado lá fora como equipamento hoteleiro de categoria, presumindo-se a existência de acessórios elementares nas suas unidades individuais, como por exemplo televisão e frigobar.⁴

Não se afigura razoável ao bom nome da Opoente, empresa integrante do “**GRUPO ENSOLARADO**”, portanto, que um grupo de turistas que adquiriram pacote nas instalações do “Hotel Marítimo” se vejam privados do conforto oferecido e divulgado nas dependências do empreendimento.

4. A NECESSIDADE DE SUSPENSÃO DA ORDEM LIMINAR DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE JÁ DEFERIDA

A esta altura, V.Exa já pode visualizar o tremendo estorvo ao próprio funcionamento do empreendimento hoteleiro de que se cuida, caso a liminar de reintegração de posse deferida initio litis nos autos da Ação Possessória principal seja efetivada.

A Opoente, que nada tem a ver com contratação que não participou nem tomou conhecimento havida entre a Autora e o Réu daquela Ação, está na iminência de ver retirados das instalações do empreendimento hoteleiro multicitado os bens acessórios que servem aos apartamentos já comercializados a consumidores em sua maioria europeus, o que provocará, irremediavelmente, graves prejuízos de ordem material e moral ao seu bom e respeitado nome.

É nesse contexto que chega a presente Ação de Oposição para o fim de resguardar a sua posse sobre os bens móveis disputados entre Autora e Réu do processo principal. Sendo a Opoente terceiro de boa fé, não pode ser prejudicada pelo litígio que envolve os Opostos, devendo seus direitos ser resguardados judicialmente.

5. A ILEGITIMIDADE PASSIVA DO RÉU - A INADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL ELEITA PELA AUTORA

Cabe ressaltar, no ponto, que a Opoente detém a posse direta dos bens móveis objeto da Ação Possessória principal, e nessa condição, tem legitimidade para defendê-los de quem alega ter a posse indireta dos mesmos.⁵

Aliás, é deveras questionável a condição jurídica de alegado possuidor, do Réu **FULANO DE TAL**. No enxergar da Opoente, dita pessoa é mero detentor – e não possuidor dos bens cuja posse se disputa – já que este teria firmado o contrato de locação dos equipamentos que se prestariam a um empreendimento hoteleiro, em favor dos proprietários do empreendimento.

Sendo assim, falta-lhe legitimidade passiva para a causa e para o processo, pois o mesmo sequer detém a posse indireta dos bens, já que é, no máximo, um singelo detentor dos bens disputados, nos termos do art. 1.198 da Lei Substantiva Civil.

Com efeito:

“*Considera-se detentor aquele que, achando-se em relação de dependência para com o outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas.*”

Parágrafo único. Aquele que começou a comportar-se do modo como prescreve este artigo, em relação ao bem e à outra pessoa, presume-se detentor, até que prove o contrário.”

Ora, como bem sabe V.Exa, **detentor não é possuidor!**

Por outro lado, é evidente o equívoco da **EMPRESA LOCADORA DE EQUIPAMENTOS ELETRÔNICOS LTDA** no manejo da Ação de Reintegração de Posse para a retomada dos bens em litígio. *Data máxima vênia*, é de se ver que a via mais adequada à proprietária dos bens para reavê-los seria a da Ação Reivindicatória. Esta sim é a medida judicial cabível ao titular do domínio para

⁴ O próprio site da Opoente indica esse tipo de acessórios nos apartamentos do “Hotel Marítimo” (Doc. 05).

⁵ É o que autoriza a norma do art. 1.197 do Código Civil pátrio, segundo a qual: “A posse direta, de pessoa que tem a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de direito pessoal, ou real, não anula a indireta, de quem aquela foi havida, podendo o possuidor direto defender a sua posse contra o indireto.” (grifou-se)

reaver a posse da coisa de quem injustamente a exerça, consoante assegura o art. 1.228, *caput*, do Código Civil pátrio. Esta Ação, nas palavras de Orlando Gomes⁶, compete ao proprietário não-possuidor contra o possuidor não-proprietário.

Aliás, o próprio **Superior Tribunal de Justiça** já se manifestou apontando o manejo da Ação Reivindicatória para casos que tais. Veja-se:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO REIVINDICATÓRIA DE IMÓVEL – TÍTULO NÃO Oponível AOS AUTORES – RECONVENÇÃO POR QUEM NÃO É PARTE NO PROCESSO - INADMISSIBILIDADE - FALTA DE PREQUESTIONAMENTO – SÚMULA 211/STJ.

I – Impossível ao réu, em sede de ação reivindicatória ajuizada por quem detém título de propriedade, dizendo exercer a posse em nome de seus pais, nunca citados para integrar à lide, pretender defendê-la ao argumento de que os pais possuem outro título, oponível aos requerentes, qual seja, compromisso de compra e venda celebrado com os pais dos reivindicantes.

II – Não citados para a ação reivindicatória, não é lícito aos promitentes-compradores deduzirem pretensão em sede de reconvenção.

III – A reivindicatória pressupõe um proprietário não-possuidor que age contra um possuidor não-proprietário, desprovido de título capaz de contrapor-se ao apresentado pelo autor.

IV – O comprovado domínio do autor, aliado à posse sem justo título do réu, cuja alegação de usucapião ordinário não restou comprovada, em linha de princípio, conduz à procedência da reivindicatória.

Recurso especial não conhecido.

(STJ – Resp 274763 de relatório do Min. Castro Filho em sessão de julgamento realizada pela Terceira Turma em 07/11/2002)

Bem sendo assim, não há como a ordem liminar de reintegração de posse prosperar, nem tampouco se manter de pé, *permissa vènia*.

Roga-se, de logo, portanto, pelo indeferimento da petição de ingresso da Ação Possessória intentada diante da flagrante carência de ação da **EMPRESA LOCADORA DE EQUIPAMENTOS ELETRÔNICOS LTDA**, com a sua extinção sem a resolução do mérito, com espeque nos arts. 295, V, e 267, VI, do *Codex* de Ritos. Ou se V.Exa preferir, pede-se a extinção do feito sem resolução do mérito diante da ululante ilegitimidade passiva para a causa (e para o processo) do Réu **FULANO DE TAL**, já que este é, no máximo, um mero detentor dos bens disputados como visto, tudo com arrimo no art. 267, VI, do CPC.⁷

6. CONCLUSÕES E PEDIDOS

Do que restou apresentado neste petítório, tem-se que:

(i) Autora e Réu do processo principal litigam pela posse dos bens móveis ali descritos – aparelhos de televisão e frigobares - em razão de avença locatícia parcialmente inadimplida;

(ii) A Opoente, detém a posse direta dos bens disputados, e é possuidora de boa-fé dos mesmos por força do “*Contrato de Exploração Econômica de Equipamento Hoteleiro e Outras Avenças*” (**Doc. 03**) entabulado com os Proprietários do empreendimento hoteleiro onde estão instalados os bens *sub judice*, sendo certo que os mesmos foram arrolados em Inventário anexo ao aludido Contrato, configurando-se absolutamente insuportável para a Opoente a existência da lide principal;

(iii) O Réu **FULANO DE TAL**, no sentir da Opoente, é mero detentor e não possuidor dos bens de que se cuida já que este teria apenas firmado o contrato de locação dos equipamentos que se prestariam ao empreendimento hoteleiro, em favor dos proprietários do empreendimento;

(iv) É evidente o equívoco da **EMPRESA LOCADORA DE EQUIPAMENTOS ELETRÔNICOS LTDA** no manejo da Ação de Reintegração de Posse para a retomada dos bens sob fogo, eis que a via mais adequada à proprietária dos bens para reavê-los seria a da Ação Reivindicatória. Esta, sim, é a Ação cabível ao titular do domínio para reaver a posse da coisa de quem injustamente a exerça, consoante assegura o art. 1.228, *caput*, do Código Civil pátrio.

(v) A liminar possessória deferida *inaudita altera parte* atinge em cheio a posse de boa-fé da Opoente, estando a merecer imediata suspensão, e posterior revogação.

(vi) A Opoente necessita de urgente e impostergável tutela jurisdicional que lhe assegure o exercício da posse direta dos bens móveis em litígio, sendo indene de dúvidas a presença dos requisitos legais para tanto.

Diante de todo o exposto, e bem atesourados os fatos e as circunstâncias mediante as quais se provoca este Órgão Jurisdicional, pede-se a V.Exa:

a) a autorização para distribuição do presente feito por dependência da Ação de Reintegração de Posse nº x.x.x.x., em tramitação perante este douto Juízo, autuando-o em apenso (CPC, arts. 57 e 58);

b) a imediata suspensão da liminar de reintegração de posse deferida no seio do processo principal em razão dos fatos e circunstâncias apresentados no presente feito, recolhendo-se *incontinenti* o mandado já expedido pela Secretaria do Juízo, eis que há fatos processuais incompatíveis com a manutenção da liminar deferida, como visto *ad nauseam*, o que certamente levará aquele feito a ser extinto sem a resolução do seu mérito, inclusive com o indeferimento da respectiva petição inicial;

c) deferida a suspensão da liminar de reintegração de posse, a citação dos Réus no endereço fornecido no exórdio para, desejando, contestarem o presente feito na forma e sob as recomendações de estilo;

d) a intimação dos proprietários do empreendimento hoteleiro na pessoa do Sr. **SICRANO DE TAL**, procurador dos mesmos, que pode ser encontrado na Rua do Arrependimento nº x.x.x., bairro da Consolação, nesta cidade, unicamente para que tomem conhecimento da existência da presente Ação;

e) no mérito, a declaração de que os bens móveis disputados pertencem à esfera jurídica da Opoente, com a conseqüente convalidação da posse direta dos mesmos em seu favor, seja pelo fato dos Opostos – Autora e Réu da Ação Possessória - não reunirem as condições processuais mínimas para litigarem no feito principal, seja por força do “*Contrato de Exploração Econômica de Equipamento Hoteleiro e Outras Avenças*” que lhe garante o uso, o gozo e a fruição dos bens em litígio;

f) a condenação dos Opostos no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, à razão de 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, devidamente corrigido até a data do efetivo pagamento;

g) finalmente, protesta e requer provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente pela juntada posterior de documentos, perícias, vistorias, oitiva de testemunhas, depoimento pessoal dos demandados e demais que se fizerem úteis e necessárias.

Dá-se à presente o valor de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais)

Nestes termos,
Pede e espera deferimento.
Recife/PE, 08 de agosto de 2007.

CLÁUDIO ALEXANDRE SOARES CORREIA
OAB/PE nº 16.410

6 Apud Cláudia Aparecida Simardi in “Proteção Processual da Posse”, RT, 1997, pág. 64

7 Como é do íntimo de V.Exa a ilegitimidade da parte também é motivo para o indeferimento da petição inicial, a teor do que prescreve o art. 295, II, do CPC, o que fica subsidiariamente requerido

Embargos

Exmo. Srº Ministro Presidente da Egrégia Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho.

xxxxxxxxxxxxxxxx, por seus advogados infra-assinados, nos autos do processo TST - RR nº xxxxxxxxxxxx, em que contende com a xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, inconformado, data vênia, com o v. acórdão dessa colenda Turma, vem interpor os presentes **EMBARGOS** para a Seção de Dissídios Individuais da Corte, nos termos das razões adiante apresentadas, requerendo admissão, processamento e julgamento, conforme o disposto no art. 3º, I, b, da Lei nº 7.701, de 21.12. 1988 e art. 894 da CLT.

P. Deferimento.

Recife, 27 de agosto de 2008.

Juliana Teixeira Esteves
OAB-PE 17.111

Vanessa Maria Miranda Vieira
OAB-PE 18.251

Erick Castelo Branco
OAB-PE 24.511

Razões de embargante

Eméritos Julgadores,

Da Tempestividade

O recurso ora interposto é manifestamente tempestivo, em vista do que dispõe o artigo 894 caput da Consolidação das Leis do Trabalho. Contudo, para que a sua admissibilidade não seja posta em dúvida, esclarece de logo os embargantes, que o prazo legalmente previsto para recorrer teve início no ato da sua publicação, no dia xx/xx/xx (Sexta-feira), iniciando-se na segunda-feira seguinte – xx/xx/xx, sendo protocolado no dia xx/xx/xx, portanto tempestivo e dentro do octídio legal.

Da Cabimento

De acordo com o art. 3º, inciso III, letra “b” da Lei nº 7.701 de 21/12/88 e art. 896 da CLT é cabível o presente recurso de Embargos;

Compete à Seção de Dissídios Individuais julgar :

“Os embargos interpostos as decisões divergentes das Turmas, ou destas com decisão da Seção de Dissídios Individuais, ou com enunciado da Súmula e as que violarem literalmente preceito de lei federal ou da Constituição da República” .

Da Admissibilidade

Versam os autos sobre a constitucionalidade da fixação do salário profissional em quantidade de salário mínimo – Lei nº 4.950-A /66.

Ingressou-se com reclamação trabalhista pleiteando a aplicação da lei nº 4.950-A/66, que estabelece como piso salarial da categoria seis salários mínimos vigentes à época do pagamento. O pleito foi deferido em primeira e segunda instâncias, por decisões fundamentadas juridicamente no fato de que a vedação da vinculação do salário mínimo fixada na Constituição Federal refere-se tão somente a utilização deste como indexador monetário e indexador da economia, havendo entendimento neste sentido do Supremo Tribunal Federal e da Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, abaixo transcritos.

Apresentado Recurso de Revista pelo reclamado defendendo a tese da Inconstitucionalidade da lei 4.950-A/66, decidiu a Quarta Turma desse Tribunal pela improcedência do pedido contido na reclamação trabalhista.

Contudo, depois de análise da jurisprudência desse Colendo Tribunal, entendem os reclamantes ser cabível o Recurso de Embargos, pelo fato de haver violação expressa ao art. 896 da CLT , alínea “a” , e com fulcro em Precedentes que a seguir serão transcritos.

A atual Constituição Federal consagrou a proibição da vinculação do salário-mínimo para quaisquer fins, conforme se depreende da leitura do seu art. 7º, inciso IV. Tal determinação tem como escopo evitar que o salário-mínimo seja tomado como indexador econômico, refletindo, maleficamente, na economia do país, principalmente no que tange à inflação. Assim, o intuito do constituinte não foi prejudicar o empregado, mas sim evitar a vinculação do salário-mínimo nos contratos mercantis e de natureza civil bem assim como indexador fiscal.

O legislador constituinte quis atribuir ao inciso IV, do art. 7º, da Carta Magna, o sentido de restringir a vedação de vinculação do salário-mínimo para efeito de reajuste de preços e serviços, mas não como referência à estipulação de salário profissional. A proibição de vinculação para qualquer fim, prevista no dispositivo constitucional, não impede a utilização do salário-mínimo como referência de cálculo do salário profissional dos arquitetos e engenheiros, vez que se trata de verdadeiro padrão adotado pelo legislador ordinário para essa finalidade.

A 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, ao contrário do o que se expõe , decidiu :

Acórdão Inteiro Teor

NÚMERO ÚNICO PROC: RR - 1166/2002-001-06-00

PUBLICAÇÃO: DJ - 20/08/2004

PROC. Nº TST-RR-1166/2002-001-06-00.7

A C Ó R D Ã O

(4ª Turma)

DIFERENÇAS SALARIAIS. PISO SALARIAL. LEI Nº 4.950-A/66. VINCULAÇÃO AO SALÁRIO MÍNIMO. A correção automática do salário profissional da Lei nº 4.950-A/66, vinculada ao salário mínimo, não foi recepcionada pela Constituição de 1988, implicando afronta à garantia constitucional prevista no art. 7º, IV, da Carta Magna. Aliás, o STF firmou posicionamento de que é incabível a vinculação do salário mínimo a qualquer título, registrando que “a razão de ser da parte final do art. 7º da Carta Federal - “...vedada a vinculação para qualquer fim” - é evitar que interesses estranhos aos versados na norma constitucional venham a ter influência na fixação do valor mínimo a ser observado” (RE-235302-7, Min. Marco Aurélio). Recurso conhecido e provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista, nº TST-RR-1166/2002-001-06-00.7, em que é Recorrente EMPRESA DE URBANIZAÇÃO DO RECIFE URB RECIFE e são Recorridos CARLOS ERNESTO DE QUEIRÓZ MATOS E OUTROS.

O TRT da 6ª Região, pelo acórdão de fls. 200/204, negou provimento ao recurso ordinário interposto pela reclamada, mantendo a sentença quanto às diferenças salariais. Os embargos de declaração interpostos às fls. 210/212 foram rejeitados pelo acórdão de fls. 214/215. A reclamada interpõe recurso de revista às fls. 219/224, com fulcro nas alíneas “a” e c do art. 896 da CLT. A revista foi admitida pelo despacho de fl. 227. Contra-razões não foram apresentadas. Não houve manifestação do Ministério Público do Trabalho. É o relatório.

VOTO

1- CONHECIMENTO.

1.1 - DIFERENÇAS SALARIAIS. PISO SALARIAL. LEI Nº 4.950-A/66. VINCULAÇÃO AO SALÁRIO MÍNIMO.

Segundo o Colegiado de origem, pertinente observação deve ser destacada no teor do art. 5º, soterrando qualquer argumentação da recorrente quanto à colisão alegada com a Lei nº 6.205/75 ou o art. 7º, IV da Carta Política. Encontra-se expresso naquele dispositivo que os profissionais relacionados no art. 1º da Lei em foco não poderiam, em nenhuma hipótese, perceber salário-base inferior a 06 (seis) vezes o maior salário mínimo. Observe-se a transcrição a seguir para se chegar à ilação lógica de que não há qualquer conteúdo vinculativo à indexação pretendida pela recorrente (fl. 202). A recorrente logrou demonstrar o dissenso jurisprudencial com o último aresto de fls. 222/223, indicativo da tese de que o STF entende que o piso salarial estaria abrangido pela vedação constitucional de vinculação ao salário mínimo. Conheço do recurso por divergência jurisprudencial.

2. MÉRITO.

2.1 - DIFERENÇAS SALARIAIS. PISO SALARIAL. LEI Nº 4.950-A/66. VINCULAÇÃO AO SALÁRIO MÍNIMO.

A correção automática do salário profissional da Lei nº 4.950-A/66, vinculada ao salário mínimo, não foi recepcionada pela Constituição de 1988, implicando afronta à garantia constitucional prevista no art. 7º, IV, da Carta Magna. Aliás, o STF firmou posicionamento de que é incabível a vinculação do salário mínimo a qualquer título, registrando que “a razão de ser da parte final do art. 7º da Carta Federal - “...vedada a vinculação para qualquer fim” - é evitar que interesses estranhos aos versados na norma constitucional venham a ter influência na fixação do valor mínimo a ser observado” (RE-235302-7, Min. Marco Aurélio). Do exposto, dou provimento ao recurso para julgar improcedente a reclamatória.

ISTO POSTO ACORDAM os Ministros da 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista, por divergência jurisprudencial e, no mérito, dar-lhe provimento para julgar improcedente

a reclamatória. Brasília, 4 de agosto de 2004.

MINISTRO BARROS LEVENHAGEN

Relator

fonte: www.tst.gov.br/processos)

Quanto à matéria ora discutida, são numerosas as decisões do TST em sentido oposto ao do acórdão supramencionado, da Eg. 4ª Turma, as quais nos parecem constituir jurisprudência segura, e que a seguir transcrevemos, *in verbis*:

TRIBUNAL: TST DECISÃO: 11/12/2001

PROC. : RR N.º 650842 ANO: 2000 REGIÃO: 04

EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA

TURMA: SD1 ÓRGÃO JULGADOR – SUBSEÇÃO I ESPECIALIZADA EM DISSÍDIOS INDIVIDUAIS

FONTE DJ DATA: 08-02-2002

EMBARGANTE: SÉRGIO PEDRO LOPES.

EMBARGADA: TECNOSTRAL S/A INDÚSTRIA E TECNOLOGIA.

RELATORA: MINISTRA MARIA CRISTINA IRIGOYEN PEDUZZI

EMENTA: LEI Nº 4950-A/66 - PISO SALARIAL DOS ENGENHEIROS - VINCULAÇÃO AO SALÁRIO MÍNIMO - INCONSTITUCIONALIDADE - ART. 7º, IV, DA CONSTITUIÇÃO.

1. A interpretação a ser dada à parte final do inciso IV do art. 7º da Constituição há de ser mais teleológica do que literal. A intenção do constituinte ao vedar a vinculação do salário mínimo foi, apenas, a de evitar seu uso como fator de indexação das obrigações civis, praxe da vida cotidiana no Brasil antes da Constituição, que, se mantida, inviabilizaria os reajustes periódicos do mínimo nos termos em que definido pela parte inicial do preceito constitucional.

2. Se a finalidade foi estritamente essa, a de não permitir que fatores outros, que não as necessidades básicas vitais do trabalhador e de sua família, influenciassem a fixação e o reajustamento do mínimo, **não há inconstitucionalidade a ser declarada em relação à Lei nº 4950-A/66, que, fixando piso salarial para a categoria dos engenheiros, visa exatamente a assegurar-lhes o atendimento daquelas necessidades. Teleologicamente interpretadas, as normas não se excluem, completam-se.**

3. Embargos conhecidos e providos.

SÍNTESE

Tema(s) abordado(s) no acórdão:

I - Engenheiro - salário mínimo profissional - Lei nº 4950/1966 - vinculação ao salário mínimo.

- Conhecido por divergência jurisprudencial.

- Mérito - embargos acolhidos.

DECISÃO

Por unanimidade, conhecer dos Embargos, por divergência, e, no mérito, dar-lhes provimento para, reformando o acórdão embargado, restabelecer a sentença que condenara a Reclamada a pagar diferenças salariais pela aplicação do piso da categoria e reflexos.

REFERÊNCIA LEGISLATIVA

Leg. Federal (EQAV) LEI:4950 ano:1966

Leg. Federal (CF-1988) CFD ano:1988

art.7º inc.IV

CATÁLOGO

AA0558 Engenheiro Salário mínimo profissional

TB0522 Vinculação

AA1127 Salário mínimo

(fonte: www.tst.gov.br)
(GRIFO E NEGRITOS NOSSOS)

TRIBUNAL: TST DECISÃO: 02 05 2001
PROC: RR NUM: 396675 ANO: 1997 REGIÃO: 05
RECURSO DE REVISTA
TURMA: 05
ÓRGÃO JULGADOR - QUINTA TURMA
FONTE DJ DATA: 01-06-2001 PG: 610
RECORRENTE: LIANA SILVA DE VIVEIROS E OLIVEIRA.
RECORRIDA: PLANURB - PLANEJAMENTO E CONSTRUÇÕES LTDA.

RELATOR
MINISTRO JOÃO BATISTA BRITO PEREIRA

EMENTA RECURSO DE REVISTA. ENGENHEIRO - SALÁRIO MÍNIMO. LEI Nº 4950, DE 1966.

É possível, sob a égide da atual Constituição da República, a vinculação do salário profissional dos engenheiros ao salário mínimo, uma vez que o legislador tratou de verdadeiro padrão para o piso da categoria. A norma constitucional do art. 7º, IV, ao garantir aos empregados o direito a percepção de salário capaz de atender às suas necessidades básicas e às de sua família, vedando a vinculação do salário mínimo para efeito de reajuste de preços e serviços em geral, não se refere a fixação de salário profissional, determinado por lei ou mediante contrato de trabalho.

Recurso de Revista parcialmente conhecido e provido.

SÍNTESE

Tema(s) abordado(s) no acórdão:

I - Preliminar de nulidade do acórdão regional por inexistência de publicação do sorteio do Recurso Ordinário.

- Preliminar não conhecida.

II - Preliminar de nulidade do acórdão regional por declaração de inconstitucionalidade de lei.

- Preliminar não conhecida.

III - Engenheiro - salário mínimo profissional - Lei nº 4950/1966 - vinculação ao salário mínimo.

- Conhecido por violação do artigo 5º da Lei nº 4950-A/1966.

- Mérito - provido.

DECISÃO

Por unanimidade, conhecer do Recurso de Revista quanto ao salário da categoria profissional de engenheiro com base no salário mínimo, por violação ao art. 5º da Lei nº 4950-A/66 e, no mérito, dar-lhe provimento, para restabelecer a Sentença de Primeiro Grau no tocante às diferenças salariais e reflexos resultantes do pagamento de piso salarial equivalente a 06 (seis) salários mínimos a partir de 23-11-91, até a data da despedida da reclamante.

REFERÊNCIA LEGISLATIVA

Leg. Federal (EQAV) LEI:4950 ano:1966

Leg. Federal (CF-1988) CFD ano:1988

art.7º inc.IV

INDEXAÇÃO

Nulidade, acórdão, TRT.

Piso salarial, engenheiro, vínculo, salário mínimo.

CATÁLOGO

AA0558 Engenheiro Salário mínimo profissional

TB0522 Vinculação

AA1127 Salário mínimo
(fonte: www.tst.gov.br)

(grifos e negritos nossos)

“SALÁRIO PROFISSIONAL - VINCULAÇÃO - SALÁRIO-MÍNIMO - LEI Nº 4.950-A/66. A Orientação Jurisprudencial do Excelso Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a vedação à utilização do salário mínimo como fator de indexação não pode ser levada ao extremo de impedir que seja ele considerado para efeito de cálculo de vantagem devida ao assalariado, hipótese que está longe de ser tida por desvirtuamento de sua finalidade. Conseqüentemente, a interpretação dada ao inciso IV do artigo 7º da Carta Magna, tem-se, apenas, como proibida a adoção do salário mínimo como unidade monetária, ou seja, visando à adoção de fator de indexação de reajustes, mas não sua utilização como único parâmetro para o cálculo das gratificações, adicionais e dos salários profissionais.”
(E-RR-356.156/1997 - SBDI-1 - Relator Min. Carlos Alberto Reis de Paula).

(fonte:www.tst.gov.br/jurisprudência)

Informativo
191 (RE-235643)

Título
Lacuna Legislativa e Salário Mínimo de Referência

Artigo

Com a proibição de vinculação ao salário mínimo (CF/88, art. 7º, IV) e a extinção do salário mínimo de referência (Lei 7.789/89), o salário profissional de diplomados em Engenharia, Química, Arquitetura, Agronomia e Veterinária - fixado em 6 salários mínimos pela Lei 4.950-A/66 (art. 5º) - deverá ser fixado com base no art. 4º da LICC (“Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”). Com esse entendimento, a Turma, reconhecendo que a Lei 4.950-A/66 continua em vigor e que, portanto, os autores da reclamação, engenheiros agrônomos, têm direito à percepção de salário profissional, determinou que o juiz a quo, na execução, decida qual o valor do salário profissional a ser adotado após a extinção do salário mínimo de referência, vedada a redução do valor nominal da remuneração. RE 235.643-PA, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 23.5.2000. (RE-235643)

AÇÃO RESCISÓRIA. LEI Nº 4.950-A/66 - VINCULAÇÃO AO SALÁRIO MÍNIMO. Não viola o art. 7º, inciso IV, da Constituição da República a vinculação do salário-mínimo profissional a que alude a Lei nº 4.950-A/66, ao salário-mínimo.
(AR-337750/97, Ac. 337750/98, Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula, DJ 11.12.98).

SALÁRIO - VINCULAÇÃO - ENGENHEIRO - LEI Nº 4.950-A/66. O art. 7º, inciso IV, da Constituição Federal não veda a vinculação do salário-mínimo para fixação de salários de determinada categoria, mas somente para efeito de indexação de atividades estranhas ao direito do trabalho, como, por exemplo, alugueis e compra e venda de mercadorias. Recurso conhecido em parte e desprovido.
(RR-221464/95, Ac. 2º Turma 4979/97, Rel. Min. José Luciano de Castilho Pereira, DJ 01.08.97).



FACULDADE DAMAS

ARQUITETURA E URBANISMO
DIREITO
RELAÇÕES INTERNACIONAIS

QUEM TEM HISTÓRIA ...
...SABE O QUE FAZ

Os Reclamantes, para defesa de sua pretensão encontram respaldo jurídico ainda nos seguintes arestos:

- AGRAG-17844/MG - DJ de 09.08.96 - Ministro Ilmar Galvão;
- AGRAG-177959/MG-DJ de 23.05.97 - Ministro Marco Aurélio
- RR-542031/99, Rel. Min. Carlos Alberto, DJ-20.08.99, unânime (sal. profissional, engenheiro, Lei 4950-A/66);
- ERR 141899/94, Ac. Min. Ronaldo Leal, DJ-05.06.98, por maioria (sal. profissional, engenheiro, Lei 4950-A/66);
- ROAR 232495/95, Ac.4013/97, Min. J. O. Dalazen, DJ-17.10.97, unânime(sal. profissional, engenheiro, Lei 4950-A/66);
- ROAR 201016/95, Ac.1352/97, Min. J. O. Dalazen, DJ-30.05.97, unânime (sal. profissional, engenheiro, Lei 4950-A/ 66);
- ROAR 78171/93, Ac. 4355/95, Min. G. Velloso, DJ-23.02.96, por maioria (Sal. profissional, engenheiro, Lei 4950-A/66).

A análise utilizada pelos aplicadores da jurisprudência acima colacionada segue a orientação da interpretação teleológica da norma e não a restritiva. Ora, o inciso IV, que dispõe acerca da proibição da vinculação do salário mínimo, não deve ser interpretado restritivamente, mas em consonância com os demais dispositivos legais no conjunto jurídico no qual está inserido

Assim, ante o exposto e consoante reiterados arestos dessa Egrégia Corte de Justiça acima colacionados, resta claramente demonstrado o desacerto da decisão da Turma o que permite curso aos embargos pela alíneas do art. 894 consolidado.

Pelo exposto, requerem os reclamantes sejam eles admitidos e providos para dar-se procedência à reclamatória trabalhista nos termos do pedido, fazendo-se, assim, a necessária JUSTIÇA.

Pede Deferimento.
De Recife para Brasília, 27 de agosto de 2004.

Juliana Teixeira Esteves
OAB-PE 17.111

Vanessa Maria Miranda Vieira
OAB-PE 18.251

Erick Castelo Branco
OAB-PE 24.511

www.faculdededamas.edu.br

Av. Rui Barbosa, 1426-B - Graças - Recife - PE
Fones:(81) 3426.5026/3427.3164 - Fax:(81) 3241.7558

**PENSOU
EM LIVROS
JURÍDICOS?**

**Venha para
a CAAPE**



LIVRARIA DA
CAAPE
Caixa de Assistência dos
Advogados de Pernambuco



Grande acervo



Atendimento personalizado



Formas de pagamento facilitadas



**Estrutura moderna que atende ao padrão de
exigência dos operadores do Direito**



Livraria da CAAPE by RT

Recife • PE • Rua Frei Matias Teves, 280 • Loja 16
Ilha do Leite • Empresarial Albert Einstein
Tel.: (81) 3221-4629 / 3423-6434