

Sumário

Entrevista

ROBERTO POMPEU DE TOLEDO

Direito Civil e Processual Civil

Do Despacho Inicial no Procedimento Monitório

RONALDO FRIGINI

Agravo de Instrumento

Juízos de Admissibilidade e de Retratação

Pedro Madalena

Direito Constitucional

Questões a Respeito da Discriminação Positiva

FERNÃO BORBA FRANCO

Direito Penal e Processual Penal

A Criminalização do Assédio Sexual

RENÉ ARIEL DOTTI

A Derrogação da Contravenção do Artigo 32

VICTOR EDUARDO RIOS GONÇALVES

Parecer sobre projeto que altera Código Penal

elaborado pela Comissão da AMB

ARTUR CARDOSO NETO

Direito Internacional

Direito Penal no Mercosul – Uma Visão Humanística

MARCO AURÉLIO

Globalização das Negociações Coletivas

DÁRCIO GUIMARÃES DE ANDRADE

Direito Comercial

Alienação do Controle nas S.A. Extinção da Oferta Pública Obrigatória

CARLOS DIAS MOTTA

Debate

A Arbitragem e seus Mitos (Resposta ao Juiz Silva Salvador)

WELBER BARRAL

Escola da Magistratura

CEDES e Estágio

A Questão da Irreversibilidade dos Efeitos da Antecipação da Tutela

ERICA NOZAKI

Memória do Judiciário Paulista

Júlio Cezar de Faria e a Condição dos Juízes Paulistas

nos primórdios da República
JUSTINO MAGNO ARAÚJO

Caderno Literário

A vida e a obra do poeta que hoje preside a Academia Paulista de Letras – BETH MUNHOZ
Tantra Ioga – CAIO GRACCHIO BARRETO JUNIOR
Recordação – GONÇALVES DIAS

Normas Gerais para as Matérias a serem Publicadas

Entrevista

Roberto Pompeu de Toledo

Jornalista da Revista Veja

Há um capítulo em seu livro sobre o presidente (“Sabe com quem está falando?”) que demonstra o que o presidente pensa do Poder Judiciário. No seu entender, essa visão é amadurecida ou despótica?

Não creio que o capítulo em questão revele o que o presidente pensa do Poder Judiciário. Antes, revela o que pensa de certas decisões da justiça, especialmente do Supremo Tribunal Federal, sobre certas questões, especialmente as que dizem respeito à situação econômica e financeira do país. A abordagem se dá num âmbito bem mais limitado, portanto. A questão que ele levanta, sem fechá-la, é se os juízes não devem levar em conta a situação econômica, quando proferem decisões de ampla repercussão para as finanças do Estado e do país, como as que dão aumento aos servidores. Não acho que a questão seja despropositada.

Mas ela não revelaria uma intenção de interferir na livre convicção do juiz e, portanto, não traria uma dose de despotismo?

Tenho uma visão mais benigna do problema. Acho que se está apenas convidando os juízes a incluir, em suas considerações, uma visão que vai um pouco além dos autos, se é que já não possuem essa visão. Quanto ao “despotismo”, peço desculpas, mas acho o uso da palavra abusivo. Nós sabemos o que é despotismo. Ainda ontem, vivíamos sob um regime que censurou, torturou, matou, revogou a Constituição, baixou atos institucionais, cassou políticos, proibiu partidos, aposentou juízes e moldou tribunais a seu gosto. Não me consta que o regime atual se permita alguma dessas práticas. Mesmo se quisesse adotá-las, não conseguiria, por causa do clima nacional e internacional, desfavorável às ditaduras.

Qual a repercussão, para a mídia, se houver o controle externo do Judiciário?

Creio que nenhuma. Para o próprio Judiciário, ao contrário, seria uma medida muito boa. Ela o livraria de responsabilidades como a fixação de vencimentos, a admissão de pessoal ou a construção de prédios, ou pelo menos serviria para dividir as responsabilidades nesses itens. Com isso, aliviaria o enorme ônus que acaba recaindo sobre o Judiciário inteiro, e manchando sua imagem, quando essas questões, como tem acontecido ao redor do país, são mal resolvidas.

Hoje a mídia não pode controlar a atividade dos maus juízes?

Não. A mídia não controla ninguém. Nem a si própria, na verdade, mas isso não vem ao caso – não é a mídia o nosso assunto. Quem pode controlar a atividade dos maus juízes é o próprio Judiciário. Se essa pergunta tem a conexão com a anterior, acho que não é o controle externo que vai cuidar dos maus juízes. Tal como o entendo, o controle externo diz respeito estritamente a questões administrativas.

A Súmula vinculante é um instituto democrático?

A questão é complexa e realmente está relacionada à questão da democracia. Sua introdução, em princípio, significa uma diminuição do, digamos, teor de democracia do país. Mas há um outro lado a ser levado em conta. A proliferação de decisões contraditórias e concorrentes entre

si, umas digladiando-se contra as outras dão a impressão de caos institucional e de ineficácia do aparelho judiciário. Façamos uma analogia com outro problema. Introduzir medidas que limitem o número de partidos políticos, como vem sendo pleiteado em alguns setores, é, em princípio, uma medida que também vai contra o “teor de democracia”. Mas a atual permissividade na legislação sobre partidos também colabora para uma sensação de caos institucional e para o descrédito do processo político, atulhado de legendas sem representatividade e tão confuso que o brasileiro comum é incapaz de entendê-lo.

Quanto à questão dos partidos, estou convencido de que o melhor é limitar seu número. Alguns dirão que teremos menos democracia, mas me parece fora de dúvida que teremos uma democracia melhor. Quanto à súmula vinculante, ainda não tenho convicção formada. Não sei se é o melhor remédio. Mas acho imperativo que se busquem caminhos para tornar o Judiciário mais coeso, mais harmônico e, portanto, mais eficaz e mais compreensível para a população.

Como a mídia poderia auxiliar e se entrosar com o Poder Judiciário? Seria conveniente a realização de programas diários, no rádio e na TV, esclarecendo o povo sobre suas leis, direitos e deveres, e sobre o funcionamento dos fóruns e tribunais?

Acho que quem pode ajudar o Judiciário é o próprio Judiciário, esforçando-se para prestar uma Justiça rápida, segura e menos onerosa à população. Não nos enganemos. Não há milagre de mídia que mude uma realidade. E a realidade é que o povo acha que a Justiça é lenta, que não dá vez aos pobres e que só oferecendo propina nos cartórios os processos andam. Programa de rádio e TV com ranço de encomenda oficial viram “A Voz do Brasil”. Ou seja, ninguém agüenta.

A exemplo de Strasburgo, o Mercosul teria condições de formar um comitê com características supranacionais, capaz de verificar a situação dos cárceres, manicômios, celas de delegacia etc?

Não me parece. Há uma diferença grande entre a União Européia e o Mercosul. A União Européia tem instituições, de que o próprio Parlamentar Europeu, em Strasburgo, é um exemplo. O Mercosul não tem. O Mercosul tem seu âmbito limitado às trocas e à integração econômica. A União Européia vai além. Busca ter uma política externa comum, por exemplo, embora nem sempre o consiga. O Mercosul nasceu sob a égide do pragmatismo: vamos nos unir para trocar e produzir melhor. Só isso. Já a União Européia tem uma utopia em sua origem. A de constituir uma superação do Estado nacional. Lembremos que havia um desafio no tempo e outro no espaço para os líderes da Europa Ocidental, quando surgiu o então chamado “Mercado Comum Europeu”. O desafio no tempo era o passado de rivalidade e guerras que se desejava sepultar. O desafio no espaço era a existência e uma Europa Oriental constituída em bloco, uma realidade à qual a Europa Ocidental julgou necessário dar uma resposta. O fato de a construção européia obedecer a uma arquitetura institucional por um lado e, por outro, ter sua origem numa utopia de superação do Estado nacional, permite que crie comissões para analisar isto ou aquilo, de um ângulo supranacional. O Mercosul, pelo menos em sua concepção atual, está longe disso.

Na sua opinião, a crise dos sistemas de execução de penas e a falência dos presídios serão agravados pela crise do capitalismo financeiro, capacitador do desemprego e incentivador da violência? O país está preparado para enfrentá-los?

Há na pergunta um juízo de valor – o de que o capitalismo financeiro capacita o desemprego e incentiva a violência. Aliás, há também um problema de conceituação: que é capitalismo financeiro? Peço licença para desbastar essas preliminares antes. Todo capitalismo não é financeiro? O fato de ter seu próprio nome derivado da palavra capital já não indica a origem e a essência financeira do sistema? O que talvez se note hoje é exacerbação da parte financeira do capitalismo, em prejuízo da parte industrial, ou produtiva; mas não me parece que as duas metades sejam assim tão fáceis de separar. A acumulação financeira gera a produção, que por sua vez gera o excedente financeiro. Quanto ao juízo de valor, o capitalismo na Suíça (e note-se

que lá, mais que em qualquer outro lugar, dada a predominância dos bancos, o capitalismo pode ser chamado de “financeiro”) não parece incentivar a violência nem no Japão dos anos de ouro capacitou o desemprego. Quanto ao substrato da pergunta, simplificando-a e trocando-a em miúdos, a questão, se não estou enganado, é se as mazelas sociais brasileiras não tendem a agravar a criminalidade, e se o país estará preparado para essa eventualidade. Sim, mazelas sociais (e as nossas são enormes e já têm durado demais da conta) só tendem a agravar a criminalidade, claro. É claro que o Brasil não está preparado para enfrentar essa contingência, como não está preparado para enfrentar essa contingência, como não está preparado para enfrentar muitas outras. Falta-lhe recursos materiais e humanos. Falta-lhe dinheiro e inteligência.

Direito Civil e Processual Civil

Do Despacho Inicial no Procedimento Monitório

Ronaldo Frigini
Juiz de Direito da 1ª Vara de São João da Boa Vista - SP

Sumário; Introdução. Dos Objetivos do Procedimento Monitório. Da Natureza Jurídica do Despacho Inicial. Da Necessária Interpretação Sistemática do Dispositivo. Conclusão.

Introdução

O procedimento monitorio¹, instituído no Brasil pela Lei 9.079, de 14 de julho de 1995, procurou impor maior agilidade à prestação jurisdicional, de modo a abreviar o caminho do procedimento ordinário puro até o procedimento executório propriamente dito. Tanto é assim que essa modalidade apresenta-se de forma híbrida, isto é, aceita-se a argumentação posta na inicial com presunção de veracidade, dispensando-se a precedente discussão acerca da existência da obrigação propriamente dita.

Dos dois sistemas de injunção conhecidos (*o puro* – aquele em que se aceita pura e simplesmente a alegação da parte, sem qualquer prova ou início de prova pré-constituída – e *o misto* – aquele em que, além da alegação a obrigação inadimplida, exige-se a presença de documento escrito embaixador da obrigação), o Brasil acatou o sistema misto, de sorte a possibilitar *a ação monitoria... a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel* (art. 1.102^a, CPC).

Dos Objetivos do Procedimento Monitório

A introdução do rito monitorio visou não só agilizar a formação do título executório, como igualmente alargar o acesso à ordem jurídica², de modo que com a descomplexidade do rito tem ele dupla finalidade: buscar o cumprimento da obrigação de modo mais rápido e estabelecer o título de crédito judicial. É que a *experiência jurídica, ao longo do aperfeiçoamento dos sistemas processuais europeus, há muito tempo revelou que em muitas causas, desde logo, abundam motivos que fazem prever a inexistência de oposição do demandado, ou, pelo menos, de oposição séria dele à pretensão do demandante*³.

Destarte, considerando essa realidade e a necessidade de diminuir sensivelmente o momento em que a pretensão do autor é aforada com o da entrega da prestação jurisdicional efetiva, isto é, o direito buscado e querido, é que o sistema do procedimento monitório inverte o ônus de provar detidamente o direito fundado em determinado documento, relegando a discussão apenas na hipótese de o devedor se insurgir contra a ordem de pagamento emanada pelo juiz.

É, de fato, um procedimento híbrido, que se coloca entre o processo de conhecimento e o processo de execução, *em feliz encurtamento do processo de conhecimento, de modo a prescindir do cumprimento da fase instrutória e formalização da fase decisória e em adequada antecipação do processo de execução, mediante desnecessidade de instrumentalização por título formalmente constituído por intermédio da sentença ou da assemelhação na titulação pré-constituída*⁴. Nada obstante, há corrente que o situa no processo de conhecimento, tendo em vista a sua vocação e finalidades voltadas à constituição do título executivo.

De qualquer modo, mostra-se como instrumento de enorme simplicidade, *que não pactua com formalidades desessenciais da satisfação jurisdicional e não se deforma pelos labirintos de procedimentos dispensáveis; um quase-milagre da ciência processual, a resgatá-la do obscurantismo formalista que tantas vezes a torna instrumento de não realização da Justiça*⁶.

Da Natureza Jurídica do Despacho Inicial

O procedimento monitório, ainda novo em nosso ordenamento jurídico, como aconteceu em outras inovações na área processualistas a partir de 1994, provoca consideráveis polêmicas quanto ao seu desenvolvimento propriamente dito, tal como tem acontecido inclusive em outras legislações, como a italiana, onde a monitória ou processo de injunção encontra aplicabilidade há várias décadas. Dentre elas ressalta a natureza jurídica do provimento judicial que defere a expedição do mandado de pagamento ou de entrega, *ou seja, se configura ele uma decisão ou é simples despacho e, como tal, dispensado de fundamentação mesmo concisa*⁷. É esta a dúvida que se nos apresenta.

A doutrina brasileira inclina-se fortemente a afirmar que o provimento judicial inicial tem caráter de decisão e, assim, importa em fundamentá-la convenientemente, em obediência ao dispositivo constitucional do art. 93, inciso IX, sob pena de nulidade. Assim defendem NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY⁸, JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI⁹, ANTÔNIO RAPHAEL SILVA SALVADOR¹⁰, J.E. CARREIRA ALVIM¹¹, RAMON TÁCIO DE OLIVEIRA¹², SÉRGIO SHIMURA¹³, VICENTE GRECO FILHO, EDUARDO TALAMINI¹⁴.

Contudo, ao se analisar os objetivos da legislação específica e nada obstante os argumentos doutrinários apontados, concluir-se-á que decisão mista ou interlocutória não se trata, mas de despacho. A lei não reclama interpretação diversa, isto porque a essência de sua existência no ordenamento jurídico é de desburocratização, de informalidade. É fato que *as formalidades da justiça são necessárias para a liberdade*¹⁵, mas não menos certo que, *se examinarmos as formalidades da justiça em relação à dificuldade que um cidadão enfrenta para fazer com que devolvam seus bens ou para obter satisfação por um ultraje, acharemos sem dúvida que existem formalidades demais*¹⁶. De fato, *as formas dos atos processuais são umas necessidades, para segurança das partes e correto exercício da jurisdição, mas o formalismo processual, como apego fetichista às formas, é fator de distorção do sistema. Tal é uma conhecidíssima lição de Liebman, que está na base das propostas de deformalização do processo, ou seja, da eliminação de atos dispensáveis e exigências formais irracionais*¹⁷.

Nessa ordem de idéias, é preciso compor o espírito com que a lei chega ao intérprete, mormente a sua finalidade.

Da Necessária Interpretação Sistemática do Dispositivo

Sabe-se que o processo nada mais é do que o instrumento utilizado e necessário para atendimento ao bem da vida reclamado por uma, outra, ou ambas as partes. Sendo assim, importa tomar as medidas necessárias com a finalidade de atingir esse objetivo. É a busca da informalidade nos atos judiciais, não no sentido de menosprezo ou desleixo, mas no objetivo de interpretar a norma segundo outras regras da mesma lei e do mesmo direito, isto porque *melhor se apura o pensamento contido em uma sentença, quando se a enquadra na ordem sistemática do conjunto de disposições de que faz parte, ou quando se a confronta com disposições outras, mas ligadas, todas, entre si, por identidade ou afinidade de Princípios*¹⁸.

De fato, consoante o mesmo autor, o processo lógico-sistemático introduz, no exame dos textos, elementos estranhos, pois realiza o confronto de um texto com outro texto da mesma lei ou de outras normas, visando não a vontade do legislador, *mas da vontade e do pensamento que animam a própria norma, havida como expressão atual da vontade coletiva*¹⁹. No mesmo sentido o ensinamento de mais de meio século de CARLOS MAXIMILIANO²⁰.

Diante de tais considerações, é necessário comparar o artigo 1.102b com o artigo 285, ambos do Código de Processo Civil.

Antes mesmo de serem analisados comparativa e sistematicamente os dispositivos, é necessário frisar que a petição inicial no procedimento comum ou no monitorio devem obedecer os critérios elencados pelo artigo 282 do CPC, guardadas as devidas proporções em face de cada especialidade de causa. Contudo, seja qual for, ao juiz cabe analisar o pedido inicial para, depois, emanar o ato citatório.

A propósito, o art. 1.102b, do CPC, estabelece *que estando à petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá de plano a expedição do mandado de pagamento...* De seu lado, assim se coloca o art. 285 do mesmo Estatuto: *estando em termos a petição inicial, o juiz a despachará, ordenando a citação do réu...* A semelhança entre um e outro não é apenas gramatical, mas de conteúdo determinativo para o juiz. Vale dizer, ao juiz incumbe, recebendo a petição, verificar se ela obedece os critérios do artigo 282 do CPC, bem como se está devidamente instruída com as provas exigidas pela lei.

De fato, *se a inicial estiver devidamente instruída (entenda-se: com a prova escrita de que trata o art. 1.102a) e satisfazer os requisitos a ela inerentes, o juiz deferirá, de imediato, depois de cognição sumária, perfunctória, incompleta, a expedição do mandado de pagamento...*²¹. Bem por isso, tem-se igualmente entendido *que o provimento judicial que defere a inicial não tem nenhum efeito declaratório de direito nem de qualquer condenação. Não é sentença nem decisão interlocutória, porque, na verdade, nada decide. Certo é que o juiz, fazendo exame dos fatos, expede o provimento adequado, parecendo relevar decisão jurisdicional, mas este não é o sentido do processo de conhecimento. Em qualquer despacho ordinatório, há sempre teor decisório, mas nunca no sentido de solucionar questões entre as partes e sim de reconhecer-lhes prerrogativas processuais, garantidas pela lei*²².

Não se pode discutir que o despacho liminar traga certo conteúdo decisório²³, mas isso não quer dizer venha a ser uma decisão propriamente dita, com a fundamentação estampada no art. 93, IX da Constituição Federal. Ao juiz incumbe – e esta é sua primeira função judicante – analisar na medida aguardada e tanto quanto seja possível, se a petição inicial que lhe venha às mãos traz expressa a violação de um direito; se essa violação está estampada devidamente; se a

peça obedece a forma exigida para sua construção; se o procedimento escolhido é o correto, como igualmente se a documentação por vezes reclamada pela lei está a acompanhá-la (art. 283, do CPC). Todo esse procedimento o juiz o faz no íntimo de seu intelecto para, ao depois, constatando a plausividade do pedido e a substância probatória imposta pela norma, expede a sua ordem de citação, de pagamento etc. É o denominado *controle da regularidade formal do processo e da admissibilidade da ação* pois constituem, no seu conjunto, o objeto do despacho liminar, cabendo ao juiz, obviamente, examiná-las de ofício. São os chamados despachos de conteúdo positivo (quando defere o processamento da ação com subsequente ordem de citação) ou negativo (quando determina providências outras de regularização ou obsta o prosseguimento do processo, hipótese em que se trata de sentença, com os requisitos a ela exigíveis legalmente)²⁴. Trata-se o despacho liminar positivo ou, no dizer de JOSÉ FREDERICO MARQUES²⁵, de simples *ato ordinatório* pois o juiz o profere quando *entende existir viabilidade aparente do pedido do autor; mas em seu conteúdo há tão-só a ordem de citação*.

Interessante mencionar que no direito alemão a simplicidade do procedimento é tamanha que um prático judicial é quem processa o pedido monitório, só remetendo o processo ao juiz, na ocasião em que o caso reclamar decisão jurisdicional, ou seja, quando o requerido apresenta suas razões para desconstituir o crédito²⁶.

Se o Magistrado exterioriza fundamentadamente a análise já realizada, não faz mais do que tornar público o que sua atenção já constatara; todavia, se prefere a por no despacho o seu *cite-se* ou a ordem de expedição do *mandado de pagamento* que igualmente será precedido da citação na mesma ocasião, não está praticando nenhum ato ilegal ou que possa inquiná-lo de nulidade. A propósito, o *deferimento do pedido de citação do réu pressupõe, com efeito, que o órgão judicial haja apreciado (e resolvido no sentido afirmativo) todas as questões*²⁷ já enumeradas.

Convém não esquecer que ao juiz incumbe, verificando irregularidade da petição inicial, determinar a sua regularização no prazo estipulado pelo artigo 284 do CPC (dez dias), de modo que, se ordenou a citação do réu, é intuitiva a presunção de que analisou o caso e, por isso, acolheu a regularidade do petitório. E mais, caso o despacho tenha sido exarado positivamente e contendo a peça vício que passara despercebido ao magistrado, a ele não ocorre preclusão alguma, podendo indeferi-la posteriormente, em sendo o caso, a pedido ou de ofício, nas hipóteses do art. 295 do CPC.

Além do mais, não se pode esquecer que *quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade* (art. 244, CPC). De se acrescentar, ainda, que somente se reconhece nulidade procedimental, quando houver prejuízo para a parte, isto porque a norma legal do art. 249, § 1º do CPC estabelece que *o ato não se repetirá nem se lhe suprirá a falta quando não prejudicar a parte*.

E não é só. Como se sabe, no procedimento comum a regra é a emanção da ordem de citação pura e simples, só necessitando o juiz fundamentar o seu pronunciamento, ainda que de forma concisa, caso haja de expedir um decreto de cunho condenatório (aqui entendido no sentido amplo) ao analisar um pedido de liminar²⁸ ou antecipação de tutela, de sorte que a exceção é a fundamentação do ato, como, aliás, o exige o art. 273, §§ 1º e 4º, tanto na concessão como na revogação da tutela antecipada. Já no procedimento monitório, a regra é a expedição da ordem de pagamento de importância em dinheiro ou entrega de coisa, residindo a citação como consequência dessa mesma ordem, no sentido de informar ao devedor a ação contra ele ajuizada, instá-lo ao pagamento ou entrega de coisa e da possibilidade de opor embargos, tal como se constata da interpretação dos arts. 213 e 1.102b do Código de Processo Civil.

Logo, como se trata de atos naturais da função jurisdicional inicial, não se há de impor a exteriorização da análise intelectual realizada pelo juiz quando em contato com a inicial de demanda, seja no procedimento comum, seja no monitório, especial.

Conclusão

Portanto, o despacho ordenado à expedição de mandado para pagamento do débito reclamado na monitória não traz prejuízo algum ao requerido, pelo fato de o juiz não o ter fundamentado no sentido que a inicial preencheu os requisitos legais, bem como a documentação encartada mostrou-se suficiente para amparar o direito ao procedimento especial. É presumida a análise dos aspectos positivos e/ou negativos do direito dito lesado. Se houver irregularidade que tenha passado em branco aos olhos do Magistrado, mas não do devedor, nada impede o seu conhecimento posterior. Contudo, de nulidade não se há de falar, mas de equívoco do juiz na análise primeira da petição inicial, pois sendo caso de despacho liminar negativo, a providência jurisdicional era sentença terminativa, providência esta que pode ser editada quando reclamada, pois inexistem efeitos preclusivos quanto ao pronunciamento liminar.

Notas e Referências Bibliográficas

1. Monitório procede do latim *monitio*, de *monere*, advertir, lembrar, exortar.
2. No dizer de CAPELETTI, Mauro e GARTH, Briant: *nosso direito é freqüentemente complicado e, se não em todas, pelo menos na maior parte das áreas, ainda permanecerá assim. Precisamos reconhecer, porém, que ainda subsistem amplos setores nos quais a simplificação é tanto mais acessível às pessoas comuns. No contexto do movimento de acesso à justiça, a simplificação também diz respeito à tentativa de tornar mais fácil que as pessoas satisfaçam as exigências para a utilização de determinado remédio jurídico* (ACESSO À JUSTIÇA, tradução de NORTHFLEET, Ellen Gracie. Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, pág. 156). No mesmo sentido DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nasce um Novo Processo Civil, in Reforma do Código de Processo Civil*, Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira, Saraiva, 1996, pág. 7.
3. THEODORO JÚNIOR, Humberto. “A Ação Monitória e a Reforma do Código de Processo Civil” *in Reforma do Código de Processo Civil*, ob. cit., pág. 443.
4. BENETI, Sidnei Agostinho. “A Nova Ação Monitória”, *in Reforma do Código de Processo Civil*, ob. cit., pág. 455.
5. ARMELIN, Donald. “Ainda o Procedimento Monitório”, *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, ano 2, nº4, novembro-junho 1998, pág. 62.
6. BENETI, Sidnei Agostinho. Ob. cit., pág. 456
7. ARMELIN, Donald. Ob. cit., pág. 64.
8. *Código de Processo Civil Comentado*, RT, 3ªed., 1997, pág. 1034.
Veja-se também: NERY JÚNIOR, Nelson. *Atualidades sobre o Processo Civil*, RT, 2ª ED., 1996, pág. 229/230.
9. Ação Monitória, RT, 1995, pág. 62/63.
10. *Da ação Monitória e da Tutela Jurisdicional Antecipada*, Malheiros Editores, 1995.
11. *Ação Monitória e Temas Polêmicos da Reforma Processual*. Ed. Del Rey, 2ª ed., 1996, pág. 43, para quem *dadas as características desse procedimento, ao juiz, ao reconhecer como hábil a prova exibida pelo autor para instruir a ação monitória, emite decisão que importa no reconhecimento (que*

pode ou não ser final) da existência do crédito e, portanto, do mérito da pretensão material. Essa decisão tem, sob o aspecto processual, forma de interlocutória, e, sob o aspecto substancial, o conteúdo de sentença, podendo modus in rebus ser “equiparada” a uma interlocutória mista.

12. *Inovações do Código de Processo Civil*, LED editora, 1996, pág. 135, cujo autor repisa o entendimento de CRUZ E TUCCI, José Rogério.
13. *Título Executivo*, Saraiva, 1997, pág. 207/208.
14. TALAMANI, Eduardo. Tutela Monitória – *A ação Monitória*, RT, 1998, PÁG. 105.
15. MONTESQUIEU, Barão (nascido CHARLES-LOUIS DE SECONDAT), (tradução de Cristina Murachco), *O Espírito das Leis*, Ed. Martins Fontes, 1993, pág. 619).
16. Idem, ob.cit., pág. 88.
17. DINAMARCO, Cândido Rangel. Ob, cit., pág. 8.
18. RAO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*, RT, 3ª ed. (Anotada e atualizada por BARROS SANDOVAL, Ovídio Rocha), vol. 1., 1991, págs. 442/443).
19. Idem, ob. cit., pág. 443.
20. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 13ª ed., Forense, 1993, pág. 128.
21. BERMUDEZ, Sérgio. *A Reforma do Código de Processo Civil*, Saraiva, 2ªed., 1996, pág.173-174. O mesmo autor aduz que o mandado monitorio é uma sentença condenatória condicional, esclarecendo ainda que com a forma de despacho, ou de decisão interlocutória, para quem só admitir, na sistemática do CPC, a existência de despachos de mero expediente.
22. SANTOS, Ernani Fidelis dos. In PARIZATTO, João Roberto. *Da Ação Monitória*, LED, 3ªed., 1988, pág. 80-81. No mesmo sentido FORNACIARI JÚNIOR, Clito. *A reforma processual civil (artigo por artigo)*. São Paulo: Saraiva, 1996. Nessa linha de raciocínio, há quem sustente que a decisão concessiva do mandado será irrecorrível, vez que existe remédio específico para combatê-la; os embargos de que trata o art. 1.102c do CPC (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 1996, p. 247; CARREIRA. Alvim, *Procedimento Monitório*. Curitiba, Juruá, 1995, p. 117; E.F. Dos Santos, *Novos perfis do processo civil brasileiro*, Belo Horizonte, Del Rey, 1996, p. 45. *Em sentido contrário*; GRECO FILHO, Vicente, *Comentários ao Procedimento Sumário, ao agravo e à ação monitoria*, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 53; J.B. Lopes, *Aspectos da Ação Monitória*, RePro 83/25), in TALAMINI, Eduardo. Ob. cit., pág. 104/105.
23. O despacho em que se determine a citação do réu já foi dito como de mero expediente, in ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*, vol. 1, parte geral, RT, 5ª ed., 1996, pág. 397. Em sentido contrário, RT 606/85.
24. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Novo Processo Civil Brasileiro*, Forense, 19ªed., 1997, pág. 22 e 25.
25. *Manual de Direito Processual Civil*, 2º vol., 8ªed., Saraiva, 1985, pág.13. MONIZ DE ARAGÃO ,E.D. (*Comentários ao Código de Processo Civil*, II vol., Forense, 4ªed., 1983, pág.56) rebate essa afirmação ao dizer que não pode o despacho ser considerado de mero expediente, porque *pode conter decisão de relevo, como ocorre se a pretensão for de natureza cominatória (arts. 225, III, e 287)*. Todavia, se trata de ação de preceito cominatório onde haja possibilidade de expedir, logo de início, um procedimento acautelatório liminar, inegável a necessidade de certa fundamentação.
26. BENETI, Sidnei Agostinho. Ob. cit., pág. 459.

27. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ob. cit., pág. 23.

28. Vide nota 25.

Direito Civil e Processual Civil

Agravo de Instrumento – Juízos de Admissibilidade e de Retratação

Pedro Madalena
Juiz de Direito aposentado e advogado (SC)

Por força da Lei 9.139, de 30/11/95, o artigo 526 do Código de Processo Civil de 1973 passou a ter a seguinte redação, com vigência a partir de 30/1/96:

“Art. 526. O agravante, no prazo de três dias, requererá juntada, aos autos do processo, de cópia da petição do agravo de instrumento e do comprovante de sua interposição, assim como a relação dos documentos que instruíram o recurso.”

Dentro da nova sistemática recursal, o agravo será dirigido diretamente ao tribunal competente, através de petição com observância do disposto nos incisos dos artigos 524 e 525 do mesmo Código, e não mais perante o juízo em que é proferida a decisão interlocutória, como acontecia ao tempo em que vigia a redação anterior.

Estão surgindo decisões de tribunais que fulminam liminarmente a pretensão do agravante, com base nos artigos 527 e 557 do CPC, ao negar seguimento do recurso por descumprimento das exigências estabelecidas naqueles artigos, inclusive no 526.

A mais recente decisão de que temos ciência é do egrégio tribunal catarinense, em que foi relator o eminente desembargador Wilson Guarany, e a ementa está assim firmada:

“Agravo de instrumento” – Art. 526, do Código de Processo Civil – Ônus do agravante – Descumprimento – Não conhecimento do recurso.

O objetivo da determinação estabelecida no art. 526, do CPC, é dar condições para que o juízo *a quo* tome ciência da existência do recurso e possa, querendo, exercer o juízo de retratação, bem como possibilitar que o agravado exerça seu direito de impugnação sem precisar deslocar-se à sede do Tribunal para conhecer o âmbito e os fundamentos do recurso. Esta determinação constitui um ônus do agravante, cujo descumprimento acarreta o não conhecimento do agravo.

(DJSC de 3/9/97, pág.11 – Agr, Instr. De Piçarras nº 97.000909-7).

É igual o entendimento do culto professor e desembargador Carlos Alberto Silveira Lenzi, integrante da mesma Corte, manifestando em vários julgamentos em que foi relator, bem como num artigo jurídico intitulado de “O Novo Agravo”, em que Sua Excelência preconiza que

O disposto no novo art. 526 tem o escopo de fazer chegar ao conhecimento do juiz *a quo* de que foi interposto agravo, contra a sua decisão interlocutória, preparando para a decisão do relator sobre o possível efeito suspensivo que vier a ser dado ao recurso, e a retratabilidade que

poderá ocorrer no 1º grau de jurisdição (art. 529). Embora não tenha fixado o texto legal, nenhuma imposição maior para o caso do agravante não cumprir o preceito do art. 526, entendemos que, se não o fizer, o recurso ficará prejudicado, não podendo o relator fazer cumprir as normas do art. 527.

Carreira Alvim (25) bem enfrenta a situação: “Como o agravo é dirigido diretamente ao Tribunal, não tem o agravado, nem o juiz, como tomar consciência do conteúdo, do comprovante da sua interposição e da relação dos documentos que o instruíram, a não ser que o agravante promova no prazo legal, a juntada de cópia dessas peças no autos originários. Este é um dos objetivos que se procura alcançar com a norma do art. 526, mesmo porque o Tribunal não dispõe de peças para encaminhá-las ao juiz, com a requisição de informações (art. 527, I), nem o advogado do agravado, com a intimação, para resposta ao agravo (art. 527, III). Portanto, interposto o agravo sem que tenha o agravante dado cumprimento ao disposto no art. 526, não terá cumprido um dos pressupostos do recurso’. Dinamarco (26) tem pensamento diferente que não nos sensibiliza: ‘o retardamento ou omissão no cumprimento de tal preceito (art. 526) não será fatal ao agravante, nem impedirá o conhecimento do recurso’. Entendemos que não cumprido esse pressuposto, o relator do agravo deverá determinar o seu arquivamento.”

Como visto, trata-se de formalidade que nessa apontada linha de entendimento pode resultar no não-conhecimento do agravo de instrumento e com possibilidade até de prejuízo irreparável ao recorrente, porque verá o seu pleito arquivado, sem exame de mérito do seu inconformismo no *juízo ad quem*.

Como até reconhecido pelo processualista catarinense, o artigo 526 do CPC, não contém nenhuma sanção capaz de provocar a inadmissão do recurso, quando o agravante deixa de cumprir no tríduo as exigências determinadas.

Por isso mesmo poderia servir de orientação para casos como tais o entendimento do nosso Superior Tribunal de Justiça, em que foi relator o eminente ministro, processualista e professor Sálvio de Figueiredo Teixeira, cuja ementa do acórdão assevera:

“... Segundo proclamou o recente ‘IX Congresso Mundial de Direito Processual’ é em dispositivo do nosso Código de Processo Civil que se encontra a mais bela regra do atual Direito Processual’, a saber, a inculpada no art. 244, onde se proclama que ‘quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade” (RT, 683/183).

Dois outros ilustres desembargadores do mesmo tribunal “barriga verde” têm opinião diferente daquela manifestada pelo ex-advogado e ora magistrado Silveira Lenzi, quando afirmam:

“... FALTA DA PROVIDÊNCIA DO ART. 526 DO CPC – CONSEQÜÊNCIAS.”

A falta de juntada da cópia do agravo, apenas acarreta ao agravante a existência do juízo de retratação, nada obstando o conhecimento do recurso...”(Rel. Des. Amaral e Silva, *in* DJSC de 14/10/96);

... Agravo de instrumento. Seu conhecimento não fica prejudicado pelo descumprimento, por parte do agravante, do disposto no art. 526 do CPC. A omissão dessa providência apenas impede – o que é de interesse do próprio agravante – que exercido o juízo de retratação...(Rel. Des. João José Schaefer – Agr. Instr. De Balneário Camboriú nº . 97.000651-09 – fonte: banco de dados eletrônicos da Revista de Jurisprudência da Associação dos Magistrados Catarinenses).

Bem fundamentada para reflexão sobre o presente tema é a doutrina de Roberto Brocanelli Corona, quando ensina:

“Dispõe o art. 526 que depois de interposto o agravo, o agravante, no prazo de 3 (três) dias, requererá juntada aos autos do processo, cópia da petição do agravo de instrumento, do comprovante de sua interposição e da relação dos documentos que o instruíram. O retardamento ou omissão no cumprimento do prazo estabelecido no referido artigo não acarretará sanção ao agravante e nem impedirá ao conhecimento do agravo interposto, pois quem intimará o agravado será o relator (tribunal) e não o juiz (1º grau), conforme estabelecido no art. 527, III. O juiz *a quo* não terá influência no julgamento do agravo de instrumento, salvo a que puder exercer mediante as informações requisitadas nos termos do inc. I do art. 527. Ensino salutar profere a Profª TERESA ALVIM PINTO WAMBIER, em “O Novo Regime de Agravo”, 2ª ed., p. 375, ao afirmar que o prazo de 3 (três) dias para o agravante juntar o agravo aos autos após sua interposição, trata-se de uma recomendação, uma vez que a omissão do agravante não dará ao juiz oportunidade de tomar conhecimento que sua decisão foi impugnada para, ao depois, poder, se for o caso, retratar-se. O citado artigo não faz referência se o agravado deve juntar aos autos a comprovação da resposta apresentada, mas tendo interesse na obtenção de decisão favorável, deverá evidentemente proceder da mesma forma que a lei estabelece ao agravante. Não trata a lei de forma clara e precisa o momento da retratação. Nos termos do art. 527, recebido o agravo no tribunal, não sendo indeferido liminarmente, o relator poderá: requisitar informações ao juízo da causa, que tem dez dias para prestá-las, atribuir efeito suspensivo ao recurso, comunicando ao juiz tal decisão e intimar o agravado, através de seu advogado, para responder no prazo de dez dias. Em qualquer caso o agravo pode ter efeito suspensivo, que lhe é atribuído pelo relator, se o fundamento recursal for relevante e se houver grave risco e de difícil reparação. A intimação ao advogado do agravado, para responder, se este residir em comarca diferente daquela em que se situa o tribunal, se fará pelo correio mediante ofício expedido sob registro e com aviso de recebimento, de acordo com o art. 527, III. Caso seja impossível, a intimação se fará por ofício de justiça. O advogado do agravado com sede na Comarca onde se situa o tribunal será intimado pela imprensa, em conformidade com a regra contida no art. 236 do CPC. Posteriormente, se for o caso, deverá ser intimado o MP para manifestar-se no prazo de dez dias, como disposto no parágrafo único do mesmo artigo” (fonte – banco de dados eletrônicos da “JURIS SÍNTESE” – Legislação e Jurisprudência, CD-ROM de 3-4/97, em artigo jurídico de Roberto Brocanelli Corona, Advogado, Professor Assistente da Unesp/Franca, Mestre em Direito pela PUC/SP, Doutorado pela PUC/SP e Coordenador Regional do Exame de Ordem da 12ª Subseção da OAB/SP – Ribeirão Preto).

Neste modesto trabalho, vimos compartilhar do entendimento:

a) o espírito do legislador que promoveu a reforma de vários dispositivos relacionados com o agravo de instrumento foi de permitir a retratação no *juízo a quo*, antes mesmo de pronunciamento no *juízo ad quem*, consoante se depreende da leitura do contido nos artigos 526, 527, I e 529;

b) quanto às exigências estabelecidas nos artigos 525 e 526 do CPC, nenhuma delas, inclusive as indicadas como obrigatórias, dão ensejo à inadmissão e arquivamento do recurso, salvo se o recorrente deixar de sanar a irregularidade responsável pela instrução deficiente [art.527, *caput*, 557 e 560, § único, *in fine* – “Sendo a irregularidade processual sanável, pode o relator, ao tomar conhecimento do fato, ouvir a parte para supri-la, em benefício da economia processual...”

(STJ – anotação de Theotonio Negrão, 27ª Edição Saraiva, pág. 431)];

c) Já a exigência prevista no artigo 511 do CPC, porque cominada da pena de “**deserção**” e virtude de incúria do advogado, pode resultar nesse tipo de perecimento recursal, pela falta de prova do “preparo e porte de retorno” quando da interposição do agravo;

d) Não existe uma certa sincronia entre os juízes de primeiro e segundo graus acerca do **juízo de retratação**, porque:

1) o **juízo ad quem** somente saberá que houve **retratação** quando fizer a requisição prevista no inciso I do artigo 527 e houver informação a respeito, ou ocorrer à hipótese do art. 529;

2) o relator poderá conceder medida liminar independentemente de saber se houve retratação (art.529) ou o cumprimento das exigências indicadas no artigo 526;

3) com a extinção do momento próprio para o agravado responder e para o juiz decidir sobre a manutenção ou a reforma da interlocutória (normas revogadas: arts. 526, *in fine* e 527, *caput, in fine*) no primeiro grau de jurisdição, agora, pela nova redação, o agravado só será intimado mediante despacho do relator (art. 527, III) e não mais existe oportunidade ou obrigatoriedade para o magistrado manter ou reformar sua decisão, mas poderá retratar-se assim que mudar de entendimento, provocado ou não;

e) caso fizéssemos uma estatística forense, talvez encontrássemos revelados que apenas 10% das decisões interlocutórias são reformadas pelo próprio juiz (juízo de retratação). Entretanto, como o legislador da reforma processual demonstrou interesse em que ela ocorra, vão a seguir algumas sugestões;

f) para a devida sincronização entre os dois juízos, a nova redação poderia estar assim composta para se evitar discussões e injustiças no plano recursal do agravo de instrumento:

“1) – Art. 525. A petição de agravo de instrumento, em duas vias, será instruída:

I – obrigatoriamente, com duas cópias da decisão agravada,... e do agravado.

...

2) – Art.526. O agravante, no mesmo dia da interposição do agravo, requererá ... instruíram o recurso.

§ 1º A falta do cumprimento dessas exigências apenas importará em desistência tácita do eventual pedido de atribuição do efeito suspensivo ao recurso (arts. 527, II e 558), do que não caberá qualquer outro remédio jurídico.

§ 2º O juiz prestará informações ao tribunal, no prazo improrrogável de até cinco (5) dias, quando também comunicará se dispôs do livre arbítrio da retratação.

3) – Art.527 ...

I – em compasso de espera aguardará no prazo de até dez (10) dias as informações (art. 526, § 2º) do juiz;

II – independentemente de qualquer comunicação e em virtude de relevante arguição de justo interesse público ou privado, poderá determinar medidas urgentes que o reclamo exigir (art. 558), comunicando ao juiz tal decisão;

III - ...;

IV - ...

§ 1º Na sua resposta, o agravado observará o disposto no § 2º do art. 525.

§ 2º As exigências e requisitos de que tratam os artigos 524,525 e 526 só poderá dar ensejo ao indeferimento liminar ou posterior do recurso, após concedido pelo relator, quando juridicamente possível e não houver demonstração de ato atentatório à dignidade da justiça, prazo razoável para o postulante sanar a irregularidade, cuja intimação será feita unicamente pela imprensa oficial, onde houver.”

g) não se revela justa a penalização do agravante, pelo arquivamento *incontinenti* do recurso, geralmente em decorrência de ato culposo do seu patrono. O “rigor da lei” não deve ser aplicado somente contra o jurisdicionado. Sempre é realizado um acurado exame dos vários pressupostos de admissibilidade do recurso, porém, vencida essa fase após constatação de regularidade, em muitos casos de que se têm notícia, o feito, depois de uma exasperada lentidão de curso, acaba sendo julgado quando até nem haja mais interesse da parte. É reconhecido, até por falta de recurso orçamentário, que isso ocorra porque o serviço forense mantém um excessivo número de processos, podendo gerar assim o retardamento da prestação jurisdicional, mas também não é aceitável que se fulmine a pretensão do recorrente pelo descumprimento de exigências (sanáveis), como se sabe, até por culpa exclusiva do advogado negligente, omissos ou despreparados que, por outro lado, em algumas situações, queda-se pasmo diante de jurisprudência instável em torno do mesmo tema e até fora dos limites de interpretação que o alcance da lei escrita permite, inevitavelmente causando insegurança e incerteza nos postulantes da prestação jurisdicional.

Enquanto não se fizer um complemento de reforma com a clareza da lei processual reguladora do recurso *sub examen*, como aqui sugerimos, seria conveniente que o relator comunicasse à Ordem dos Advogados do Brasil, sempre que o advogado apresentasse a petição do agravo de instrumento, por exemplo, desacompanhada da cópia da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e do nome/endereço do advogado da parte agravada, porquanto a atitude do causídico poderia revelar simples desatenção ou total desconhecimento da legislação processual, caso este que, se ocorrente, impediria o advogado de servir como agente indispensável à administração da justiça (art. 133, CF) e motivaria sua obrigatória reciclagem profissional (art. 2º, § único, I e IV, do Código de Ética e Disciplina da OAB), cujo aperfeiçoamento, por sinal, é de freqüente uso espontâneo por juízes, através de escola da magistratura.

Direito Constitucional

Questões a Respeito da Discriminação Positiva

Fernão Borba Franco
Juiz de Direito da Fazenda Pública do Estado de São Paulo

A *igualdade*, “signo fundamental da democracia”¹, compreende a igualdade *perante a lei*, no sentido de existir apenas um regime jurídico destinado a todos, garantia portanto destinada àqueles que devem aplicar essas normas jurídicas gerais, e também a igualdade *na lei*, garantia destinada àqueles que criam as normas e as seus aplicadores, que exige a inexistência de distinções outras que não as baseadas na Constituição ou nas diferenças de aptidão pessoal².

A garantia da igualdade vem assegurada de forma redundante na Constituição Federal. Dela, tratam tanto o art. 5º, *caput* (“*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*”) como seu inciso I (“*homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição*”); tratam dela ainda outros dispositivos, que asseguram a igualdade no trabalho (art. 7º, XXX e XXXI), à seguridade social, saúde e justiça social (arts. 170,193,196 e 205). Além de tudo, existe a previsão dos objetivos fundamentais do Estado em reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III), repelindo qualquer forma de discriminação (art. 3º,IV).

Não é menos extensa sua previsão na Declaração Universal dos Direitos do Homem, onde vem prevista no artigo I (“*Todos os homens nascem livres e iguais em dignidades e direitos*”) e II (que veda as distinções de raça, cor, sexo, língua, religião, crença, política, origem, social, ou econômica e país ou território de origem).

Duas observações preliminares são necessárias. A primeira delas é no sentido de que o princípio da igualdade não pode ser entendido e seu caráter formal, de uma igualdade absoluta; ao contrário, para que prevaleça a igualdade, é necessário o tratamento desigual dos desiguais, na exata medida dessa desigualdade. Isso, de acordo com Manoel Gonçalves Ferreira Filho, deve ser feito por “*leis especiais, que protejam determinadas categorias*”, mas é providência que pode causar desigualdades, pois sua apreciação é feita por critérios políticos, permitindo que minorias politicamente fortes obtenham vantagens tais que suplantem a desigualdades. Tornando-as minorias privilegiadas³.

A segunda observação é a de que o princípio da igualdade não é apenas dirigido às pessoas, mas também ao legislador. A esse respeito, observa Celso Antônio Bandeira de Mello que a lei é estabelecida exatamente para dispensar tratamentos desiguais: “Isto é, as normas legais nada mais fazem que discriminar situações, à moda que as pessoas compreendidas em uma ou em outras vêm a ser colhidas por regimes diferentes”. A lei faz isso estabelecendo *discrímens*. A dificuldade está em verificar a conformação desses *discrímens*. A dificuldade está em verificar a conformação desse *discrímens* com o princípio da igualdade, ou seja, a legitimidade do *discrímens*⁴.

Compete ainda ao administrador da coisa pública sua observância; quando menos, porque assim impõem o art. 37, *caput*, da Constituição Federal: “*A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte: (...)*”

Evidentemente, o princípio da legalidade impõe a observância, pelo administrador, da igualdade que deve sobressair da lei. O princípio da impessoalidade, que consiste no princípio da **finalidade**, determina que o objetivo de todo o ato administrativo será o interesse público, de forma impessoal⁵.

Avulta a importância destas observações na medida em que o sistema de controle da constitucionalidade, entre nós, é difuso: compete ao juiz singular, portanto, declarar a inconstitucionalidade de lei por violação ao princípio da igualdade, no *iter* lógico que o

encaminha ao dispositivo da sentença. Decorrência desse sistema é também a de tornar possível a qualquer interessado argüir a inconstitucionalidade de normas jurídicas incidentalmente, em processo por ele ajuizado com a intenção de defender o direito que entende possuir.

Daí, a possibilidade de controle do ato administrativo, mesmo que discricionário: se violado algum desses princípios, o ato é ilegal, seja discricionário, seja vinculado e assim será declarado pelo Poder Judiciário.

Nossa Constituição, dessa forma, elege o princípio da igualdade como fundamental e ainda a coloca como objetivo do Estado. Igualdade, pois, tanto é um meio de atuação (ou o meio de atuação) como um dos arquétipos do *bem comum*.

E se, para atingirmos a igualdade como bem comum, for necessário usar uma desigualdade? É esse o problema da teoria da *affirmative action* (também conhecida como discriminação positiva ou discriminação inversa), cujo mecanismo pode ser usado pelo legislador, a quem também é dirigida à garantia da igualdade, como limite mas principalmente como objetivo.

De acordo com o liberalismo clássico, para a igualdade social bastava assegurar aos integrantes dessa sociedade oportunidades iguais, de acordo com as capacidades de cada um, rejeitando-se qualquer classificação racial, tida como um mal em si, sendo a política interventora o remédio suficiente e necessário para solucionar as desigualdades sociais que poderiam impedir a distribuição dessas oportunidades. Descobriu-se, no entanto, que essas três proposições não são compatíveis, pois os programas de ação estatal mais efetivos são os que concedem aos grupos minoritários vantagens mais expressivas⁶.

O paradoxo, portanto, está em que para promover a igualdade como ação política é necessário promover a desigualdade, do ponto de vista individual. É certo que isso se encaixa na definição aristotélica de igualdade, já reproduzida acima, bem como na advertência a respeito da finalidade das normas jurídicas, feita por Celso Antônio Bandeira de Mello.

O problema, mesmo assim, é instigante e não está ainda solucionado. Pelo contrário. Dworkin, tratando do assunto em confronto com a teoria utilitarista (deve prevalecer a opção que agrade à maioria) trata de diferenciar entre preferências externas. As primeiras decorrem de seu proveito próprio com determinadas opções; as segundas tratam de preferências com relação a terceiros. O exemplo dado por ele, referente a dois precedentes (caso *Sweatt*, negro que em 1945 ingressou, por ordem da Suprema Corte, na Faculdade de Direito do Texas, onde fora recusado por ser negro e caso *De Funis*, que foi preterido na Faculdade de Direito de Washington por alunos, de grupos minoritários, beneficiados por política de exigências menos severas para o ingresso e, posteriormente, obteve o ingresso sem necessidade de decisão da Suprema Corte), é bastante esclarecedor: “*O aspirante a ingressar em uma faculdade de direito para brancos, por exemplo, poderia ter uma preferência pessoal pelas conseqüências da segregação porque essa política favorece suas probabilidades de êxito, ou poderia ter uma preferência externa por tais conseqüências, enquanto não goste de negros e desaprove situações sociais em que se dê uma mescla racial*”⁷.

Estes, no entanto, são argumentos apenas idealistas e tais argumentos, sejam pessoais, sejam externos, pecam, em nosso sistema jurídico, por eleger a raça como critério de discriminação mesmo quando há, no caso de argumentação externa, **preocupação e finalidade de entender ao que se entende por bem comum**. Além disso, anota ele que é possível fundamentar um argumento na verdade pessoal, como se fosse externo; basta pensar na hipótese de justificar a segregação racial porque com ela as indústrias se tornam mais eficientes. No entanto. Dworkin rejeita essa afirmativa, concluindo que “*se as referências sobre as quais deve repousar qualquer*

argumento econômico que justifique a segregação estejam tão emaranhadas com o preconceito que não é possível desenredá-las na medida necessária para tornar plausível uma hipótese tão contrária aos fatos”⁸.

Afinal, o que é bem comum? Como determinar critérios para determinar se tal ou qual política, tal ou qual norma acabam por vir em benefício comum ou, ao contrário, sob esse fundamento na verdade o prejudicam?

Por bem comum podem ser adotados os “objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil”, elencados no art. 3º da Carta Constitucional. A determinação dessas finalidades faz com que Manoel Gonçalves Ferreira Filho entenda que a nossa é uma constituição-dirigente ou constituição-plano, ou seja, *“aquela que busca preorientar a atuação governamental mais do que estabelecer uma organização do governo e a limitação do seu poder”⁹*. E José Joaquim Gomes Canotilho, divulgador dessa idéia na língua portuguesa, assevera que *“a igualdade material postulada pelo princípio da igualdade é também a igualdade real veiculada pelo princípio da democracia econômica e social. Nesta perspectiva, o princípio da democracia econômica e social não é um simples ‘instrumento’, não tem uma função instrumental a respeito do princípio da igualdade, embora se lhe possa assinalar uma ‘função conformadora’, tradicionalmente recusada ao princípio da igualdade: garantia de **igualdade de oportunidade** e não apenas de uma certa ‘**justiça de oportunidades**’. Isto significa o **dever de compensação positiva da ‘desigualdade das oportunidades**’. O princípio da igualdade e o princípio da democracia econômica e social aglutinam-se reciprocamente numa ‘unidade’ não redutível a momentos unidimensionais de ‘estática’ ou ‘dinâmica’ da igualdade. Em fórmula sintética, dir-se-á que o princípio da igualdade é, simultaneamente, um princípio de igualdade de Estado de direito e um princípio de igualdade de democracia econômica e social”¹⁰.*

Pois bem. Será essa norma, que define objetivos do Estado brasileiro, daquelas inaplicáveis, na prática, tendo apenas valor discursivo, por mais bombásticas que sejam suas afirmações? O problema é o da *implementation*, isto é, da efetiva aplicação das normas jurídicas. A esse respeito, diz Norberto Bobbio que *“o campo dos direitos do homem” - ou mais precisamente, das normas que declaram, reconhecem, definem, atribuem direitos ao homem – aparece, certamente, como aquele onde é maior a defasagem entre a posição da norma e sua efetiva aplicação. E essa defasagem é ainda mais intensa precisamente no campo dos direitos sociais. Tanto assim que, na Constituição italiana, as normas que se referem a direitos sociais foram chamadas pudicamente de ‘programáticas’. Será que já nos perguntamos alguma vez que gêneros de normas são essas que não ordenam, proíbem ou permitem **hic et nunc**, mas ordenam, proíbem e permitem num futuro indefinido e sem um prazo de carência delimitado? E sobretudo, já nos perguntamos alguma vez que gêneros de direitos são esses que tais normas definem? Um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados **sine die**, além de confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o ‘programa’ é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política, pode ainda ser chamada de ‘direito’?¹¹*

Essas indagações têm como resultado uma outra. Dado que existem, em nosso sistema constitucional, direitos sociais que são a própria finalidade do Estado e dentre esses direitos sociais encontram-se a redução das desigualdades, erradicação da pobreza, construção e uma sociedade justa; dado que essas desigualdades são combatidas mais eficazmente com a aplicação de outras desigualdades e dado que a norma constitucional referida é daquelas denominadas programáticas, como garantir o cumprimento do direito da igualdade nessas hipóteses?

E mais: considerada a inércia administrativa e legislativa, a primeira na instituição de programas, a segunda na promulgação de leis visando cumprir esse programa do Estado brasileiro, haverá outra saída? Haverá possibilidade de exigir o cumprimento desses direitos

jurisdicionalmente? E, caso positiva a resposta, como fazê-lo com eficiência (e sem violar outros direitos)?

Em primeiro lugar, devemos lembrar que o controle de constitucionalidade, no nosso sistema, é difuso; em teoria, portanto, qualquer juiz pode esclarecer a inconstitucionalidade de normas, incidentalmente. Ora, isso não significa que qualquer juiz possa declarar, diretamente, a inconstitucionalidade de determinada norma jurídica, ou a inconstitucionalidade de omissão relevante. Essa competência, na verdade, é restrita aos Tribunais de Justiça (art. 125, §2º, da CF), ao Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, “a” e “q”, da CF) e ao Superior Tribunal de Justiça (art. 104, “h”, da CF).

São, portanto, apenas os órgãos colegiados de cúpula que possuem competência para julgar a ação direta de inconstitucionalidade ou o mandado de injunção. A referência ao mandado de injunção, neste passo, deve-se ao fato de que, ao lado da ação de inconstitucionalidade por omissão, espécie do gênero ação direta de inconstitucionalidade, constituem os dois meios adequados para a tutela de que se fala: a pretensão de ver implementada, judicialmente, uma ação política para observância do bem comum (que se confunde, sob certo ponto de vista, com a garantia da igualdade).

Cabe, neste passo, breve referência ao mandado de injunção e à ação de inconstitucionalidade por omissão. Três correntes foram identificadas a respeito da consequência advinha do deferimento do mandado de injunção. Segundo a primeira delas, o próprio juiz seria responsável pela regulamentação necessária ao exercício do direito invocado; a segunda corrente, antípoda, é no sentido de que o resultado é apenas uma notícia da falta de norma regulamentadora que garanta o exercício do direito e a terceira, finalmente, sustenta que o juiz não pode legislar, mas tem o poder de determinar ao legislador que efetue a regulamentação necessária, sob pena de permitir o exercício do direito invocado, como se não houvesse a lacuna¹².

Problema da primeira corrente é o de que consistiria em conferir ao Poder Judiciário a função legislativa, o que viola o princípio da separação de poderes (CF, art. 60, §4º, III); da segunda, que torna o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão praticamente idênticos, diferindo apenas no procedimento a ser adotado e da terceira é o de que nem sempre a solução seria possível, limitando-se às hipóteses em que a lei posterior deve regulamentar apenas o momento de incidência do direito¹³.

O Supremo Tribunal Federal vem dando ao mandado de injunção a interpretação de que serve como ação pessoal de inconstitucionalidade por omissão, não acolhendo a tese dos que advogam ao mandado de injunção a finalidade de assegurar o direito constitucional direta e particularmente, independente de regulamentação¹⁴.

No que interessa para este estudo, o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade só têm valor efetivo, se adotada a corrente segundo a qual o juiz deve editar a norma regulamentadora. Isso, porque não se pode compreender a instituição de uma ação política, como são as que determinam positiva, que não tenha validade geral. A coletividade é necessariamente a destinatária dessa norma, que não faz sentido, se tornando particular, em vista de sua finalidade.

Alguns problemas ocorrem para que isso seja possível. O primeiro deles, naturalmente, é contar com a mudança do entendimento esposado pela STF; isso poderia acontecer na hipótese de ser regulamentado o mandado de injunção, o que até agora só foi feito parcialmente (no tocante ao procedimento adotado) e finalmente fixado o modo de sua atuação.

Digamos, no entanto, que venha essa nova regulamentação, conferindo ao Poder Judiciário o poder legislativo, nessas hipóteses restritas. Como fica o princípio da separação de poderes, aliás garantido pela chamada cláusula pétrea¹⁵? Seria necessária modificação constitucional, de forma a possibilitar essa nova atuação do Poder Judiciário.

Outro problema é o da legitimação para o mandado de injunção. Qualquer interessado, prejudicado pela inexistência de regulamentação que torne possível o exercício de direito, pode impetrar o mandado de injunção e não será o único beneficiado. Não pode ser o único beneficiado, de vez que essa regulamentação deve ser geral para surtir efeitos práticos. Dessa forma, o caso seria de estabelecimento de legitimação extraordinária que, ao menos tradicionalmente em nosso direito, não é simples é assim ampla¹⁶.

Isso parece impedir o uso do mandado de injunção individual para garantir a prática de uma ação positiva, possibilitando o exercício de determinados direitos por minorias. Caso regulamento seu modo de atuação como possibilidade de emissão de norma genérica pelo Judiciário, esbarraremos no problema da separação de poderes e no problema da legitimação extraordinária. O primeiro pode ser superado, como já referido, mas a conveniência de superar também o segundo problema (o que é possível) é bastante discutível. Para começar, a premonição de que o STF não fará outra coisa além de julgar mandados de injunção. Tal legitimação ampla não é, para dizer o mínimo, interessante. No fim, não será útil. Afinal, em tema de direitos fundamentais, em tema de preconceitos, em tema de atividade política, o indivíduo não prescinde da convivência, da discussão, da troca de idéias, da vida social enfim. Por isso, a via não pode ser alargada a esse ponto. É necessário, para a legitimação extraordinária surtir os efeitos desejados, que já exista essa discussão a que nos referimos acima, possibilitada, em tese ao menos, no interior dos órgãos de representação a quem a lei já confere a legitimação extraordinária (partidos políticos, sindicatos, associações de classe etc.).

O mandado de injunção individual, pois, não deve ser o instrumento utilizado para implementar uma ação afirmativa, uma discriminação positiva, na falta de lei que o faça. Resta a hipótese de estender à defesa dos direitos fundamentais o cabimento do mandado de injunção coletivo, previsto, atualmente, para as hipóteses de impossibilidade de exercício de direito constitucionalmente garantido a categorias de trabalhadores, atribuída a legitimidade ativa aos sindicatos (art. 5º, XXI e 8º III, da CF)¹⁷, o que faria permanecer apenas o problema da separação de poderes.

Aliás, nenhum meio de garantia dos direitos fundamentais que só considere o indivíduo poderia fazê-lo; só os meios coletivos de defesa desses direitos.

Restaria a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Aqui, a desvantagem lamentada por José Afonso da Silva, no sentido de que não foi atribuída legitimidade ativa ao cidadão¹⁸, torna-se uma vantagem, pelos motivos já expostos.

O problema torna a surgir quando se examina o texto legal e conclui-se que a “ciência da omissão” tem o mesmo efeito de uma carta escrita por qualquer cidadão ao “Poder competente”. Que é, quase sempre, nenhum.

Adote-se a sugestão de José Afonso da Silva, então, no sentido de que pudesse a mesma sentença que reconheceu a omissão legislativa dispor normativamente sobre a matéria, até que fosse suprida¹⁹, com o que seria preservado o princípio da separação de poderes e o cumprimento das normas constitucionais. Para isso, no entanto, seria necessária emenda constitucional.

A primeira conclusão é a de que, atualmente, com os meios disponíveis, não se pode buscar judicialmente uma discriminação positiva. Isso pode tornar-se possível, na dependência de várias modificações constitucionais e legislativas.

Mas será isso conveniente? Terá o juiz, ou o órgão colegiado de cúpula, como determinar qual o meio de ação mais adequado, sem incorrer em iniquidade? Terá ele as informações necessárias para isso, na via estreita do mandado de injunção ou mesmo na ação direta de inconstitucionalidade por omissão? Terá ele a formação necessária para isso? Temo que não.

A discriminação positiva tem nítido caráter político, isto é, é voltado para o futuro, atinge número indeterminado de pessoas e ainda tem conseqüências imprevistas e imprevisíveis (por mais que se diga o contrário)²⁰. Depende de discussões, depende de estudos, de confrontação de pontos de vista e de possíveis soluções.

A tarefa é por demais árdua para ser confiada a um juiz (ou, vá lá, a um colegiado), que normalmente não tem a formação necessária para isso, acostumado que está ao trato apenas de questões jurídicas, redutíveis ao universo dos autos do processo. A implementação dessas medidas, a meu ver, não pode ser feita pelo Poder Judiciário, por esses motivos.

Então, a implementação dessa política não pode ser exigida eficazmente? A resposta que me vem é negativa. Pode ser exigida, sim, por meios políticos, por pressões, exigências, *lobbies* e quejandos. Judicialmente, *de lege lata*, não tenho dúvida que não; *de lege ferenda*, acho que não seria conveniente.

Breve parêntese abro aqui para anotar-se que, fosse o nosso sistema parlamentarista, a solução seria bem mais fácil. Na hipótese de verificar-se a necessidade de que seja implementada uma ação positiva contra determinada desigualdade social (admitida a conveniência de atribuir esse poder ao Judiciário) bastaria ao Judiciário determinar que o Parlamentar o faça, em tal ou qual prazo, sob pena de queda do Gabinete. Haveria uma sanção eficaz, sanção essa que não consigo imaginar em nosso sistema com iguais resultados. E o Poder Judiciário sem que possa impor sanção não tem poder. Fecho o parêntese.

Claro, evidente e cristalino (os adjetivos são necessários, sim) que, se for instituída legalmente uma discriminação positiva, o Poder Judiciário deverá fazê-la ser implementada, quando adequadamente provocado. Trata-se de garantir o cumprimento de lei.

Também claro, evidente e cristalino que o Poder Judiciário poderá controlar essa discriminação positiva. O controle da constitucionalidade das leis é difuso, de forma que qualquer juiz pode conhecer dessa matéria, eventualmente. Neste momento, aponta o leitor uma contradição: ora, ele não acabou de sustentar que não é conveniente, pela falta de preparo específico, deixar ao Juiz a instituição da ação positiva? Respondo que não, pois o problema aqui é diverso. Não se trata de deixar ao juiz uma alternativa (se é que existe) entre várias possíveis, mas de examinar, juridicamente, a adequação da norma a sua finalidade, sua conformação com os princípios, normas e garantias constitucionais. Para isto, está ele preparado.

Pois bem. Como diz Norberto Bobbio, “*A liberdade e a igualdade dos homens não são um dado de fato, mas um ideal a perseguir; não são uma existência, mas um valor; não são um ser, mas um deve ser.*”²¹ A discriminação positiva, em que pesem as dúvidas a respeito de sua eficiência, é um instrumento voltado para essa procura e, como tal, tem seu valor. Certo que sua aplicação exige ainda muitos estudos e suscita inúmeras dúvidas. De algumas delas, relativas à possibilidade de sua implementação judicial, tratamos aqui. Não trouxemos soluções, nem pretendíamos, mas apenas suscitamos questões. Oxalá sejam algum dia resolvidas.

Notas e Referências Bibliográficas

1. José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Malheiros, São Paulo, 1996, p. 206.
2. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, Saraiva, São Paulo, vol. 1. p. 26/27; José Afonso da Silva. Op. cit., pp. 210/211;
3. op.cit., p. 27.
4. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, Malheiros, São Paulo, 1996, pp. 11/14; também José Afonso da Silva, op. cit., p.210, e Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, vol. IV, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, p.219.
5. Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, Malheiros, São Paulo, 1996, p. 85; a esse respeito, ver também Jorge Miranda, *Manual...*, cit., pp. 216 e seguintes, quando trata da relação da igualdade com o princípio da proporcionalidade, que está “*ao serviço da limitação do poder político, enquanto instrumento de funcionalização de todas as actuações susceptíveis de contenderem com o exercício de direitos ou com a adstrição a deveres.*”
6. cf. Ronald Dworkin, *Los Derechos em Serio*, Editorial Ariel S/A., Barcelona, 1995, trad. Marta Guastaviano, p. 328.
7. op. cit., p. 342.
8. op.cit.,pp. 344/345.
9. *Comentários*, cit.,p.20.
10. *Direito Constitucional*, Almedina, Coimbra, 1995, p. 480.
11. “Direitos do Homem e da Sociedade”, *in A Era dos Direitos*, cit.,pp. 77/78.
12. cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Direitos Humanos Fundamentais*, Saraiva, São Paulo, 1995, p. 149.
13. cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Direitos Humanos Fundamentais*, cit., pp. 149/150.
14. José Afonso da Silva, *Direito Constitucional Positivo*, cit., pp. 428/430.
15. Que não é tão sólida como seu apelido pretende fazer crer. Pode ela ser modificada, segundo alguns, bastando a existência de emendas: a primeira, suprimindo a própria cláusula e a segunda, efetuando a modificação almejada e até então proibida. A esse respeito, ver, por todos, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “Significação e Alcance das Cláusulas Pétreas”, *in Revista de Direito Administrativo* n. 202, outubro/dezembro de 1995, pp. 11/17, *passim*.
16. Confirmam-se, por exemplo, as hipóteses de legitimação extraordinárias contidas na própria Constituição (ação direta de inconstitucionalidade, mandado de segurança coletivo) e leis esparsas (ação civil pública, código de defesa do consumidor).
17. José Afonso da Silva, op.cit., pp. 438/439.
18. op.cit., p.51.
19. op.cit., p.52.

20. A esse respeito, a conclusão de Dworkin no tocante à validade da utilização de uma discriminação positiva, constatando que é possível que isso não torne mais igualitária uma sociedade, pois pode ocorrer de seus efeitos não serem aqueles planejados, o que deverá consistir o centro dos debates a respeito. Arremata, advertindo que não se pode corromper esse debate, sustentando a injustiça individual do programa, ainda que funcione, o que pode desaguar na utilização da garantia da igualdade para que dela nos privemos (op.cit.,p.348).

21. “Presente e Futuro dos Direitos do Homem”, in *A Era dos Direitos*, ed. Campos, Rio de Janeiro, 1996, p. 29.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio – *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, Malheiros, São Paulo, 1996.

BOBBIO, Norberto – “Direitos do Homem e da Sociedade”, in *A Era dos Direitos*, ed. Campus, Rio de Janeiro, 1996.

- _____ - “Presente e Futuro dos Direitos do Homem”, in *A Era dos Direitos*, ed. Campus, Rio de Janeiro, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes – *Direito Constitucional*, Almedina, Coimbra, 1995.

DWORKIN, Ronald – *Los Derechos en Serio*, Editorial Ariel S/A., Barcelona, 1995, trad. Marta Guastavino.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves – *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, Saraiva, São Paulo, 1990;

-*Direitos Humanos Fundamentais*, Saraiva, São Paulo, 1995.

- “Significação e Alcance das Cláusulas Pétreas”, in *Revista de Direito Administrativo* n. 202. outubro/dezembro de 1995.

MEIRELLES, Hely Lopes – *Direito administrativo brasileiro*, Malheiros, São Paulo, 1996.

MIRANDA, Jorge – *Manual de Direito Constitucional*, vol. IV, Coimbra Editora, Coimbra, 1993.

SILVA, José Afonso da – *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Malheiros, São Paulo, 1996.

Direito Penal e Processual Penal

A Criminalização do Assédio Sexual

René Ariel Dotti

Advogado e Professor Titular da Universidade Federal do Paraná

1. O Assédio do Tema

Um filme norte-americano, um processo contra o Presidente Bill Clinton, um projeto de lei da Senadora Benedita da Silva e o *journalisme à sensation* monopolizaram uma boa parte dos

debates travados na Comissão encarregada de elaborar um anteprojeto de reforma do Código Penal. O filme (*Disclosure*: Warner Bros, EUA, 1994) recebeu a tradução portuguesa de *Assédio sexual* e revela a armação feita contra o executivo Tom Sanders (Michael Douglas), pela esperta e insinuante Meredith Jonhson (Demi Moore). Tom era um destacado funcionário da empresa *Digicom* até o dia em que Meredith é escolhida para ocupar o principal cargo do departamento onde ele trabalhava. A partir daí, Sanders percebe que as suas chances de promoção se esgotaram. A nova chefe lhe dá as boas-vindas e marca uma reunião para depois do horário de expediente. Ele achou estranho a garrafa de vinho e o ambiente à meia-luz, preparados por ela. Ao rejeitá-la sexualmente, Tom desafia a ira de Meredith, que no dia seguinte vira o jogo, acusando-o de assédio sexual. A partir de então, a sua carreira e até mesmo a sua vida familiar estão em jogo.

O pedido de milionária indenização apresentado contra Bill Clinton, quando ainda era Governador de Arkansas, sob a acusação de assédio sexual, pela ex-funcionária Paula Jones, conseguiu a proeza de mobilizar a Suprema Corte, alimentar os poderosos meios de comunicação e estimular a imaginação lúdica de uma grande legião de curiosos do mundo inteiro. Aquele *court case* tem sido um dos assuntos mais explorados nos últimos tempos pela mídia dos Estados Unidos, principalmente após o *litisconsórcio* ativo instaurado pela ex-estagiária da Casa Branca, Mônica Lewinsky, que passou a acusar o Presidente Clinton de uma parceria amorosa. O *affair* teria sido documentado em longas dezessete fitas gravadas clandestinamente por Linda Tripp, amiga de Mônica em confidências por telefone.

O Projeto de Lei do Senado nº235 ainda tramita no Congresso Nacional, agora sob a forma de um Substitutivo apresentado pelo Senador José Bianco, na qualidade de relator. É compreensível, porém, que o destaque dado pelos meios de comunicação tenha como referência a figura da mulher no Parlamento. O primeiro artigo do *disegno di legge* coloca já em relevo o interesse a indenização, antes mesmo da definição do suposto crime: “Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo das ações cíveis cabíveis, as penalidades aplicáveis ao crime de assédio sexual.”

Não resta dúvida de que, se for convertido em lei, o diploma poderá ser utilizado como instrumento de locupletamento ilícito em ações de indenização por danos morais, diante da facilidade em se produzir o mais cômodo tipo de prova à disposição do litigante temerário: o depoimento pessoal.

2. O Projeto de Lei nº235, de 1995

2.1. A redação original

A redação original do Projeto de Lei nº 235, de 16 de agosto de 1995, era a seguinte:

“Art. 1º. Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo das ações civis cabíveis, a penalidades aplicadas a atos de assédio sexual praticados contra mulheres e homens.

Art. 2º. Para os efeitos desta lei, consideram-se como formas de assédio sexual:

I – Assédio verbal: constranger, por meio de palavras ou gestos, mulher ou homem, com o intuito de obter favorecimento ou vantagem sexual.

Pena: Detenção de 1 (um) mês a 1 (um) ano e multa.

II – Assédio físico: empregar meios físicos mediante violência, grave ameaça, fraude ou coação psicológica, para tentar constranger mulher ou homem, à prática de atos sexuais.

Pena: Reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos e multa.

Art. 3º. São circunstâncias que agravam a pena até o dobro:

I- Nas relações de trabalho os atos de coação, constrangimento, com ou sem violência, e empregador, preposto ou chefe imediato que, se prevalecendo de cargo ou função, ameaçar empregado com rescisão contratual.

II- Nas relações profissionais de saúde que, se prevalecendo do exercício profissional, submeterem pacientes a constrangimento sexual.

III- Nas relações familiares tentar submeter cônjuge ou companheiro, bem como qualquer membro integrante da comunidade familiar, à prática de atos sexuais, mediante coação física ou psicológica, grave ameaça e intimação.

Parágrafo único. Aplica-se subsidiariamente às hipóteses previstas nos itens II e III, respectivamente, a pena de suspensão ou cassação de registro profissional e a perda do pátrio poder.

Art. 4º. Nos crimes descritos nesta Lei a ação penal é pública.

Art. 5º. A autoridade que tiver ciência do assédio sexual por notícia identificável, diante de perigo iminente, fica autorizada a entrar imediatamente com as devidas cautelas no recinto doméstico.

Art. 6º. A autoridade policial poderá, em situação de emergência e perigo de mal maior, representar ao Poder Judiciário para que adote medidas cautelares de afastamento do autor do delito da habitação familiar, proibição de acesso ao domicílio, local de trabalho e estudo ou local freqüentado pela vítima.

Art. 7º. A autoridade policial que receber notícia de crime definido nesta Lei deverá encaminhar cópia do Boletim de Ocorrência para as autoridades municipais de Promoção Social e Saúde e na falta delas às respectivas autoridades estaduais.

Parágrafo único. A omissão de autoridade policial, nos casos previstos nos arts. 5º, 6º e 7º, implicará em processo disciplinar.

Art. 8º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.”¹

2.2. A proposta anterior

Já em 1991, a Senadora Benedita da Silva havia apresentado, em co-autoria com a Deputada Sandra Starling e o Deputado José Fortunali, um projeto de lei determinando que “a exigência ou tentativa de obtenção de vantagem sexual por parte do empregador, prepostos ou representantes, mediante a ameaça de rescisão contratual” acarretassem o agravamento das penalidades aplicadas aos responsáveis pelos atos discriminatórios contra a mulher.

Na exposição de motivos ao Projeto de Lei nº 235, de 1995, se consignou que o *disegno di legge* incorpora a contribuição prestada pela ex-Deputada Maria Luiza Fontenelle, resultante da discussão sobre a urgência de uma legislação dispoendo sobre o crime de assédio sexual.

3. O Substitutivo ao projeto de Lei nº 235, de 1995

3.1. A nova redação

O Substitutivo apresentado pelo Senador José Bianco tem o seguinte texto:

“Projeto de Lei do Senado nº 235 (substitutivo)

Dispõe sobre o crime de assédio sexual

O Congresso Nacional Decreta:

Art. 1º. Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo das ações civis cabíveis, as penalidades aplicáveis ao crime de assédio sexual.

Art. 2º. Constitui assédio sexual, para os efeitos desta Lei, constranger alguém, com sinais, palavras ou gestos, objetivando ou sugerindo a prática de ato libidinoso ou conjunção carnal, se a conduta não constitui crime mais grave.

Pena: Detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

Art. 3º. São circunstâncias que agravam a pena prevalece-se o agente:

I – da menoridade da vítima;

II – da condição de profissional de saúde;

III – do cargo ou posto que ocupe na hierarquia funcional;

IV – de parentesco ou afinidade com a vítima;

V - de superioridade social ou econômica de que dependa a vítima.

Parágrafo único. A pena imposta não impede a aplicação de sanções administrativas, a suspensão ou a cassação de licença ou do registro profissional, ou a perda do pátrio poder, conforme o caso, ou de outras penas restritivas de direitos.

Art. 4º. Na aplicação da multa, a autoridade judiciária considerará a capacidade econômica do réu, podendo elevá-la até o triplo para que não se mostre inócua.

Art. 5º. O crime de que trata esta Lei é de ação pública.

Art. 6º. A denúncia caluniosa sujeita seu autor às mesmas penas previstas para prática do crime.

Art. 7º. Esta Lei entra vigor na data de sua publicação.

Art. 8º. Revogam-se as disposições em contrário.”²

3.2. O Interesse pela Indenização

Como já foi visto no item nº 1, o interesse pela indenização é revelado já no primeiro dispositivo. Essa circunstância vem confirmar a tendência revelada no Congresso Nacional com as várias tentativas legiferantes de criminalização do assédio, porém enfatizando a reparação civil do dano. Essa é uma das observações de José Pastore e Luiz Carlos Robortella, que fazem um levantamento dos projetos em tal direção.³

O destaque à possibilidade jurídica da reparação de danos morais está em harmonia, também, com os EUA, onde o assédio sexual constitui uma das *usinas* das manipulações políticas e das demandas temerárias.

3.3. A definição vaga e tentacular

A definição proposta para esse neodelito é um *modelo acabado* de tipo penal aberto quando declara: “Constitui assédio sexual, para os efeitos desta Lei, constringer alguém com sinais, palavras ou gestos, objetivando ou sugerindo a prática de ato libidinoso ou conjunção carnal, se a conduta não constitui crime mais grave” (art.2º).

O elemento subjetivo do injusto seria a vontade de *objetivar* ou de *sugerir* a prática de ato libidinoso.

A imprecisão das hipóteses de comportamento torna muito fluida a incriminação frente ao caráter equívoco que poderá assumir o **sinal**, a *palavra* ou o *gesto*. Esse modelo de vítima frágil parece ter sido capturado de uma personagem de romance: “Foi, aí, ainda no liminar da adolescência, que começou a sofrer ao assédio dos seres do outro sexo que a perseguiram com olhares e propostas.”⁴

Muitas das perguntas-convite para um programa de natureza sexual são respondidas negativa ou positivamente sem que o processo criminal seja a *terceira opção* para um diálogo desse tipo. Aliás, com o prestígio de ser um profundo leitor da alma humana em deliciosas comédias, Oscar Wilde observa:

“*Questions are never indiscreet. Answers sometimes are.*”⁵

3.4. O problema dos tipos penais abertos

Consideram-se tipos penais abertos aquelas normas incriminadoras que não contêm a indicação precisa da conduta proibida que somente é identificada em função dos elementos exteriores ao tipo. Falta em tais preceitos “una guía objetiva para completar el tipo, de modo que em la práctica resultaria imposible la diferenciación del comportamiento prohibido y del permitido com la sola ayuda del texto legal.”⁶

3.5. O princípio da taxatividade das normas incriminadoras

Um dos corolários lógicos do princípio da anterioridade da lei penal é o princípio da taxatividade da norma incriminadora. (*Nullum crimen nulla poena sine lege stricta*).

Como acentua Francisco de Assis Toledo, para que a lei penal possa desempenhar função pedagógica e motivar o comportamento humano, deve ser facilmente acessível a todos, não só juristas. Exige-se, portanto, uma lei certa que diz respeito com a clareza dos tipos de ilícito, restringindo-se a elaboração dos tipos abertos que acarretam insegurança jurídica.⁷

A doutrina esclarece que, enquanto o princípio da anterioridade da lei penal se vincula às fontes do Direito Penal, o princípio da taxatividade preside a formulação técnica da lei penal e indica o dever imposto ao legislador de proceder, quando redige a norma, de maneira precisa na determinação dos tipos legais, para se saber, *taxativamente*, o que é penalmente ilícito e o que é penalmente admitido. Tal exigência, como é curial, implica – o da necessidade da prévia lei ser escrita.

O princípio *nullum crimen nulla poena sine lege scripta* veda a incriminação através do costume e proíbe a aplicação analógica de normas incriminadoras.

Como é curial, o princípio da taxatividade das normas incriminadoras se opõe aos *tipos penais abertos*. A opinião dominante rechaça a teoria dos tipos abertos e reprova o abuso que o legislador comete ao se exceder na previsão de tais normas, sustentando que “el tipo el injusto há de ser siempre *cerrado*, en el sentido de que há de contener *todas* las características determinantes del injusto”⁸.

3.6. Um privilégio para determinação caluniosa

O art. 6º do *disegno di legge* ora em análise dispõe que a denúncia caluniosa sujeita o seu autor às mesmas penas previstas para a prática do crime.

Constatado que a mulher (eventualmente o homem) deu causa à investigação policial ou processo criminal imputando a outrem o crime de assédio sexual, a pena que lhe é reservada é a detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

O Substantivo revela que o seu redator desconhece o art. 339 do Código Penal e sua respectiva sanção⁹, ou pretendeu criar um odioso privilégio em favor da falsidade da denúncia do assédio sexual. Na primeira hipótese ter-se-ia o paradoxo de um legislador da Câmara Alta que desconhece o Código Penal, justamente na parte relacionada com a sua proposta de lei; na segunda, se confirmaria que a proposta de criminalização é fruto de caviloso preconceito contra os homens que são, na verdade, os destinatários dessa nova ameaça legiferante.

4. A Previsão do Código Penal Espanhol

O Código Penal espanhol, com a reforma introduzida pela Lei Orgânica nº 10 de 23 de novembro de 1995, no Capítulo III, subordinado ao Título VIII (*Delitos contra la libertad sexual*), incrimina o *acoso*¹⁰ *sexual*, nos seguintes termos: “El que solicitare favores de naturaleza sexual para sí ou para um terceiro prevaliéndose de una situación de superioridade laboral, docente o análoga, com el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado com las legítimas expectativas que pueda tener em el ámbito de dicha relación, será castigado como autor de acoso sexual com la pena de arresto de doce a veintecuatro fines de semana o multa de seis a doce meses” (art.184).

Não existe precedente na legislação, sendo, portanto, o *acoso sexual* um moderníssimo tipo legal de ilícito penal no sistema daquele país.

A inovação legiferante foi recebida com reservas por prestigiados comentadores do diploma. Advertem eles que a vaguidade da expressão “*favor sexual*” - que poderá ser de qualquer natureza -, é preocupante, pois permite criminalizar fatos em prejuízo do princípio de intervenção mínima que deve orientar o ordenamento penal.¹¹

5. A Proposta da Comissão de Reforma da Parte Especial do CP

Os quatro membros remanescentes da Comissão de Juristas, instituídas para redigir um anteprojeto de Código Penal¹², aceitaram as sugestões (e a interferência direta) do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher¹³ e redigiram um tipo de assédio sexual nos termos seguintes: “Assediar alguém, com violação do dever de cargo, ministério ou profissão, exigindo, direta ou indiretamente, prestação de favores sexuais como condição para criar ou conservar direito ou para atender à pretensão da vítima. Pena – detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa.”¹⁴

Verifica-se que a aludida proposta revela, entre outras, duas dificuldades para a caracterização desse (suposto) crime: *a*) o assédio somente terá relevo jurídico-penal quando constituir violação de um dever de conduta funcional (cargo, ministério ou profissão); *b*) a expressão “favores sexuais”, contrabandeada do modelo espanhol, é imprecisa e configura um tipo aberto.

6. O princípio da Intervenção Mínima

6.1. Natureza e função do princípio

Segundo clássica lição da doutrina, apoiada pela jurisprudência, o Estado somente deve recorrer à pena criminal quando não houver, no ordenamento positivo, meios adequados para prevenir e reprimir o ilícito. São muito apropriadas e atuais as palavras do eminente e pranteado Ministro Nélson Hungria: “Somente quando a sanção civil se apresenta ineficaz para a reintegração da ordem jurídica é que surge a necessidade da enérgica sanção penal. O legislador não obedece a outra orientação. As sanções penais são o último recurso para conjurar a antinomia entre a vontade individual e a vontade normativa do Estado. Se um fato ilícito, hostil a um interesse individual ou coletivo, pode ser convenientemente reprimido com as sanções civis, não há motivo para a reação penal.”¹⁵

No mesmo sentido e mais recentemente, o jurista português Souza e Brito salienta que, traduzindo-se a pena em restrições ou sacrifícios importantes dos direitos fundamentais do acusado, cujo respeito é uma das finalidades essenciais do Estado, é indispensável que tal sacrifício seja necessário à paz e conservação sociais, isto é, à própria defesa dos direitos e das liberdades e garantias em geral, que constituem a base do Estado. E arremata: “É este o princípio da necessidade ou da máxima restrição das penas e das medidas de segurança (art. 18, nº 2 e 3), que está ligado ao *princípio da legalidade* (art. 29), e ao *princípio da jurisdicionalidade* da aplicação do direito penal, como garantia da máxima *objectividade* e do mínimo abuso.”

O princípio de intervenção penal mínima pode ser definido como “regra de determinação qualitativa abstrata para o processo de tipificação das condutas.”

6.2. A “criação excessiva e descriteriosa de delitos”

Ao analisar, em sua magnífica monografia, *o princípio da insignificância* em correlação com o *princípio da intervenção mínima*, Maurício Antonio Ribeiro Lopes alude ao fenômeno da “criação excessiva e descriteriosa de delitos”, que tem provocado o “esvaziamento da força intimidadora da pena.”¹⁸ E refere que o problema vem sendo denunciado por penalistas de prestígio desde o começo do século passado, como Mittermaier, ao concluir, em trabalho de 1819, que “um dos erros fundamentais da legislação penal de seu tempo (era) a excessiva extensão dessa legislação”; Puccioni, comentando o Código Penal da Toscana, de 1855, falava de “delitos de mínima importância política”; Carrara, em monografia de julho de 1883, advertia contra a “nomomania ou nomorréia penal”; Liszt, em 1896, enfatizou que a legislação de seu

tempo fazia uso excessivo da “arma da pena”; Franck, em artigo de 1898, usou, pela primeira vez, a expressão “hipertrofia penal”; em nosso século, Carnelutti, fala em “inflação legislativa”, designação também utilizada por Martinez Peres, sustentando que “seus efeitos são análogos aos da inflação monetária, pois ‘desvalorizam as leis, e no concernente às leis penais aviltam a sua eficácia preventiva geral’.”¹⁹

6.3. A criminalização do *assédio* ofende o princípio de intervenção mínima

O princípio da intervenção mínima é seriamente comprometido pela criminalização do *assédio sexual*. A conclusão se extrai não somente das observações em torno do caráter fluido da construção típica dessa figura, como também da circunstância de estar o sistema legal já abastecido de leis para combater o fato no âmbito de *um direito disciplinar* que regula as relações jurídicas onde haja hierarquia de umas pessoas sobre as outras, quando a importunação não ocorra em lugar público ou acessível ao público.

7. A Criminalização Radical

Novamente deve-se recorrer a Figueiredo Dias e Costa Andrade, quando observam que dentre as transformações culturais com reflexos em sede de neocriminalização, avultam as que se prendem com os movimentos feministas e que impuseram a tendência generalizada no sentido do alargamento do crime de violação, de forma a abranger designadamente a violação no interior do casamento. A década de setenta assistiu, com efeito, à proliferação duma extensa bibliografia versando a violência sobre as mulheres e a violação em particular. “Trata-se duma literatura de entorno claramente militante – paradigmática a este propósito a obra de Susan Brownmiller, *Against Our Will: Men, Women and Rape*, 1975 -, que denuncia a não punibilidade da “violação no interior do casamento” como resíduo de um sistema penal de cunho patriarcal, ou como extensão do regime jurídico da propriedade estabelecido em benefício dos homens.”

Prosseguem os mencionados autores, lembrando que as alterações registradas na figura da violação não deixam, aliás, de exprimir as profundas transformações operadas a nível das concepções em matéria de práticas sexuais e que levaram – como já ficou assinalado – a considerar a liberdade e autenticidade da expressão sexual como único valor digno e carecido de tutela jurídico-criminal. “Com reflexões evidentes a nível da própria linguagem, onde expressões como *crimes sexuais* ou *crimes contra a autodeterminação sexual* substituíram as fórmulas tradicionais de *crimes contra os bons costumes*, *contra a honestidade* ou equivalentes. Isto explica que o domínio das práticas sexuais, um dos mais atingidos pelo vento da descriminalização, seja simultaneamente um dos mais sensíveis às exigências da neocriminalização.”²⁰

Em nosso país, há uma tendência extremamente nociva do legislador em criar uma espécie de “*cinturão protetor jurídico penal*”, segundo a oportuna imagem utilizada por Roxin²¹ e Nilo Batista²², colhida por Maurício Antonio Ribeiro Lopes em sua monografia.²³

8. O Assédio Sexual nas Relações de Trabalho

As mais variadas formas de aproximação sensual ou de abordagem sexual nas relações de convivência funcional (no trabalho, na escola etc.), podem ser controladas através de um sistema positivo não criminalizador. Em tal sentido, há dois tipos de diplomas: a) os que embora não tipifiquem o assédio sexual, permitem o seu reconhecimento através de cláusulas genéricas que se referem à violação do dever de cargo, ministério ou profissão, como a Consolidação das Leis do Trabalho e os Estatutos federais e estaduais relativos aos servidores públicos; b) os que já

oferecem os contornos normativos do assédio sexual e estabelecem procedimentos para a denúncia e a sanção, como ocorre com leis estaduais.

O art. 483, alínea *e* da Consolidação das Leis do Trabalho²⁴ estabelece que o empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando “praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama.”

O empregado ofendido pelo *assédio*, como contraprestação para a obtenção de vantagem funcional, não necessita promover a rescisão do contrato, pois mesmo em sua vigência a Justiça Trabalhista poderá conhecer de um *provimento cautelar* que garanta ao trabalhador a sua liberdade e o exercício pleno de outros direitos da personalidade como a honra e a boa fama.

Tramitam atualmente, na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, dois projetos dispondo sobre o assédio sexual nas relações do trabalho. O primeiro deles, da Deputada Marta Suplicy, acresce a letra *m*, ao art.482 da Consolidação das Leis do Trabalho, com a seguinte hipótese: “prática de assédio sexual a trabalhador subordinado ou trabalhadora subordinada, Parágrafo único. Entende-se por assédio sexual toda conduta de uso indevido de poder e posição hierárquica nas relações de trabalho e docência, para a obtenção de favores de natureza sexual.”

O mesmo *disegno di legge*, amplia as situações do art. 483 da CLT, permitindo a rescisão contratual se o empregado: “*h*) for vítima de assédio sexual por parte do empregador ou empregadora, de seus propostos ou de superior hierárquico.”

O art. 468 da CLT recebe dois parágrafos, assim redigidos: “§ 2º. Na hipótese de assédio sexual praticado por superior hierárquico, cabe ao empregado ou empregada o direito de mudar de função ou de setor de trabalho. § 3º Compete ao Ministério do Trabalho definir normas para que as empresas estabeleçam programas de prevenção ao assédio sexual, bem como procedimentos internos claros e objetivos para o encaminhamento e averiguação de denúncias.”²⁶

O Projeto nº 157, de 1997, que tramita no Senado, prevê as hipóteses de prática de assédio sexual no ambiente de trabalho e a falsa denúncia de tal prática, como suficientes para a rescisão contratual, por justa causa, pelo empregador, conforme o art.482, letras *m* e *n* da CLT. E também acresce uma letra (*h*) ao art. 483 da *Consolidação*, para permitir ao empregado a iniciativa de rescindir o pacto e pleitear a indenização se “for constatado o assédio sexual praticado pelo empregador ou seus propostos ou, ainda, pelos superiores hierárquicos do empregado.”²⁷

A mesma tutela extra-penal ocorre com os diplomas federal e estaduais que tratam das infrações disciplinares no âmbito da administração pública direta, indireta ou fundacional. No Rio de Janeiro, a Lei nº1886, de 8 de novembro de 1991, no Estado de São Paulo, o Decreto nº324.250, de 27 de novembro de 1991, em Minas Gerais, a Lei nº 11.039, de 14 de janeiro de 1993.

A não criminalização do assédio sexual como violação das regras sociais e éticas vem sendo ponderada por prestigiados especialistas no estudo das relações jurídicas entre o homem e a mulher através das mais diversas formas de convivência funcional. A propósito, Pastore e Robortella: “Reconhecemos que a eficácia da repressão penal é questionável, a não ser quando o assédio sexual transborda para a violência física, mas aí já teria se transmudado em outra figura. A reparação civil é a mulher atende a natureza do dano causado pelo assédio sexual.”

Também contrário ao propósito dos movimentos feministas radicais é o entendimento de Gabriel Lacerda, mestre e advogado no Rio de Janeiro: “Parece-me que tentar caracterizar uma forma abstrata, principalmente em lei penal, atos digno de censura – mas de prova geralmente

impossível – iria abrir precedente perigoso. Uma lei sobre assédio poderia significar uma porta aberta para a situação que hoje parece ocorrer em alguns países em que uma postura legislativa e jurisprudencial exagerada acabou por produzir uma sociedade próxima à neurose, abolindo a espontaneidade da convivência no ambiente de trabalho. *Já temos instrumentos suficientes para coibir o assédio. Não precisamos de uma nova lei,*”

9. A importância Ofensiva ao Pudor

Se o assédio for manifestado sob a forma de importunação ofensiva ao pudor, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor, estará caracterizada a contravenção prevista pelo art. 61 da respectiva lei. Há precedentes no sentido de que palavras e gestos libidinosos dirigidos a uma funcionária por superior hierárquico caracterizam essa modalidade contravençional (TACRIM-SP, em JUTACRIN4 96/251). Também o encarregado de turma que provoca trabalhadoras rurais com propostas indecorosas, comete tal ilícito (TACRIN4-SP, em RJD 14/87). Idem quanto ao beijo “roubado”, assim como o toque superficial e fugaz sobre vestes, nos seios da mulher (TJSC, em RT 727/577).

10. Os Inconvenientes da Criminalização do Assédio

Todo e qualquer projeto de lei penal deve atender às exigências de Política Criminal sem as quais a intervenção estatal poderá não produzir os resultados esperados quanto à prevenção e à repressão do ilícito.

Abstraídas as hipóteses de assédio sexual mediante o emprego da violência ou grave ameaça e que poderá caracterizar uma etapa do crime de estupro ou de atentado violento ao pudor, a criminalização da conduta tanto na forma proposta pelo Substitutivo ao Projeto nº 235/95, como pela Comissão de Juristas do Ministério da Justiça, mostra-se inconveniente sob o cariz da Política Criminal.

A vítima – normalmente a mulher – será exposta ao constrangimento moral sempre que comparecer a uma Delegacia de Polícia para noticiar o fato e pedir a abertura do procedimento investigatório. Considerando-se a quantidade da pena de detenção cominada [6 (seis) meses a 2 (dois) anos], em ambas as propostas, a apuração do fato será através do inquérito policial, posto não se tratar de infração de menor potencial ofensivo (Lei nº 9.099/95, art. 61). Tal circunstância agravará sensivelmente e com frequência a imagem e o bom conceito da mulher molestada pelo assédio. A imprensa, o rádio e a televisão certamente darão a esses episódios uma publicidade que jamais interessaria à mulher de recato. A contradição da prova oral (declarações *versus* interrogatório) e a controvérsia das circunstâncias essenciais ou acidentais do caso concreto poderão conduzir, não raramente, à absolvição do imputado. No final das contas, se o assédio constituiu violação do dever de respeito nas relações de trabalho, a vítima chegará à conclusão de que melhor seria propor uma reclamação ou um provimento cautelar perante a Justiça do Trabalho ou formular uma representação por falta disciplinar, se a constrangida for funcionária pública.

A redação original do Projeto nº 235/95, propunha: “A autoridade policial que receber notícia de crime definido nesta lei deverá *encaminhar cópia do Boletim de Ocorrências para as autoridades municipais de Promoção Social e Saúde e na falta delas às respectivas autoridades estaduais*” (art. 7º).

Nada mais é preciso dizer para se constatar o dano moral a que ficará exposta a mulher (excepcionalmente o homem), se promover a responsabilidade criminal do infrator.

A mulher deve ser tratada com a dignidade inerente à sua condição humana e com o respeito próprio ao seu *status* social que se projeta mais fortemente à medida e que se atenuam as formas de preconceito. Esse reconhecimento, porém, não significa o aplauso a um discurso feminista caracterizado pela radicalização de conceitos que vejam o homem, genética e socialmente, como um agressor da mulher. Antes de mais nada a vida de relação entre os sexos deve ser usufruída sem estereótipos que estimulem as definições e as propostas totalitárias, como essa que nos vem do humor fustigante de Nelson Rodrigues quando sentenciou: “Betty Friedam devia ser treinada para puxar carroça.”

11. A Criminalização do Assédio Sexual: Política Criminal ou Política Virtual?

Um poderoso grupo de parlamentares sabe que existem já suficientes regras para combater esse desvio de função cumulado com o constrangimento à liberdade sexual. Mas o anúncio de um projeto de lei criminalizador faz com que a popularidade do político militante seja mais destacada. Trata-se de um fenômeno cultural e que o povo concebe a cadeia como a panacéia de todas as transgressões sociais, independente de sua natureza e extensão.

Uma das estratégias comuns aos governos brasileiros para combater a vaga produzida pelos sentimentos de insegurança e de injustiça consiste na remessa de um projeto de lei criminal ao Congresso Nacional. A mídia e os trabalhadores sociais se encarregam de *puxar o cordão* da opinião que vive o estado catártico de compensar os males pessoais com a esperança de reverter os quadros de maldição do crime e da violência.

Para os dias correntes – muito mais que antes -, vale a conclusão lúcida e serena do poeta romancista francês Anatole France (née Francisco Thibaut):

“Eu já vi a sociedade modificar a lei; nunca, porém, vi a lei reformar a sociedade.”

Notas e Referências Bibliográficas

1. Publicado no *Diário do Congresso Nacional*, seção II, de 17/8/1995.
2. O Substitutivo foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, em reunião de 1º/10/1997. Um recurso regimental interposto pelo Senador Bernardo Cabral e outros foi acolhido no sentido de se abrir prazo para emendas (Reg. Int. Art. 235, II, c). Foi apresentada uma emenda (nº2) que está sendo examinada pela CCJ a partir de 15/10/1997.
3. *Assédio sexual no trabalho – O que fazer?*, São Paulo: Makron Books, 1998, pp. 33 e s.
4. Armando Fontes (1866-1967), *Rua do Siriri*, Rio de Janeiro: José Olympio, 1937, p. 48.
5. *An Ideal Husband*, act one.
6. Jsecheck (Hans-Heinrich) – *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, trad. S. Mir Puig e F. Muñoz Conde, Barcelona: Casa Editorial As, v. 1, p. 336.
7. *Princípios Básicos de Direito Penal*, 4ªed., São Paulo: Saraiva, 1991, p. 29.
8. Rodriguez Devesa (José Maria), *Derecho Penal Español – Parte General*, Madrid: Dykinson, 1992, P. 422-423.
9. Reclusão – de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

10. Acosar: “Perseguir, sin darle tregua ni reposo, a um animal o a una persona. 2. Hacer correr al caballo. 3. Fig. Perseguir, fatigar, importunar a alguno com moléstias o trabajos”. *Real Academia Española, Diccionario de la lengua española*, Madrid 1970: Editorial Espasa-Calpe AS, 1970, p. 20.
11. José Moyna Ménguez e outros, *Código Penal*, Madrid: Colex, 1996, p. 360.
12. O Ministro da Justiça, Íris Rezende, pela Portaria nº 1.265, de 16/12/1997, nomeou Luiz Vicente Cernicchiaro (coordenador), René Ariel Dotti, Miguel Reale Júnior, Juarez Tavares, Ney Moura Teles Ela Wiecko Volkmer de Castilho e Licínio leal Barbosa para compor a comissão. Dotti Real Júnior e Tavares não concordaram com o ritmo açodado dos trabalhos e vendo recusadas as propostas de aplicação do prazo de entrega de um esboço e de sua publicação para receber sugestões e críticas da comunidade científica e da sociedade em geral, desligaram-se da comissão em 1º de março.
13. Sobre esse tipo de pressão da mulher, ver as observações de Figueiredo Dias e Costa Andrade, no item nº8.
14. Cf. Notícia do jornal *O Estado de São Paulo*, de 6/3/1998.
15. *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro: ed. Revista Forense, 1958, vol. VII, p. 178.
16. “A lei penal na Constituição”, em *Estudos sobre a Constituição*, Lisboa: ed. Livraria Petrony, 1978, vol. 2º, p. 200).
17. Cf. Maurício Antonio Ribeiro Lopes, *O princípio da insignificância no direito penal: análise à luz da Lei 9.099/95 – Juizados especiais criminais e da jurisprudência atual*, São Paulo: RT.1997, p. 78.
18. *O princípio da insignificância no direito penal*, cit., p. 77.
19. Cf. Maurício Antonio Ribeiro Lopes, ob.cit., p. 76/77.
20. Ob. Cit. P. 438 e s.
21. *Problemas básicos de derecho penal*, Madrid: Réus, 1976, p. 22.
22. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 87.
23. *Princípio da insignificância no direito penal*, cit., p. 78.
24. CLT, art.483. “O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando:”
25. CLT, art. 482. “Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho, pelo empregador:”
26. Proj. de lei nº 2.493, de 1996, apresentado em plenário no dia 23/10/1996 e atualmente com vista a uma das comissões (CTASP). (Informação de início de março).
27. Publicado no diário do Senado Federal de 14/8/1997. Em 14/8/1997, o projeto foi recebido no Serviço de Apoio de Comissões Permanentes. (Informação de março de 1998).
28. Ob.cit., p. 36.
29. “Assédio sexual: precisamos de uma lei?”, artigo publicado na *Revista Literária de Direito*, São Paulo: Editora Literária de Direito Ltda, nº 12, de 1996, p. 34. (Grifos meus).

Direito Penal e Processual Penal

A Derrogação da Contravenção do Art.32

Victor Eduardo Rios Gonçalves
Promotor de Justiça

Até há pouco tempo, a conduta de dirigir veículo pela via pública sem a devida habilitação, ainda que sem gerar perigo de dano, caracterizava infrações distintas, mas perfeitamente cumuláveis, posto que de natureza diversas. O art. 32 da Lei das Contravenções estabelecida sanção pecuniária, de caráter penal, para quem infringisse seus termos, enquanto art. 89, I, da Lei 5.180/66 (antigo Código Nacional de Trânsito) previa também a aplicação de multa para a hipótese.

Pois bem, o novo Código de Trânsito, em seu art. 162, I, continua a prever pena de multa para o motorista que venha a dirigir veículo pela via pública sem habilitação, ainda que não exponha alguém a risco. O mesmo diploma, entretanto, criminalizou tal conduta em seu art. 309, mas desde que o fato provoque perigo de dano. É evidente, portanto, que, se a conduta causa tal situação de perigo, estará tipificado o novo crime.

A questão que se apresenta, todavia, é a seguinte: se o agente se limita a dirigir o veículo na via pública, sem gerar qualquer situação de risco, continuaria sendo aplicável a contravenção do art. 32 da LCP?

Ora, como a contravenção possui uma elementar a menos em relação ao novo crime, poder-se-ia, em um raciocínio superficial, responder afirmativamente à indagação. A conclusão, entretanto, é em sentido contrário.

Com efeito, o novo Código de Trânsito inovou a matéria, ao tratar em seu corpo tanto da questão administrativa, quanto da penal, fazendo-o, entretanto, de forma diversa da que ocorria anteriormente, em que tínhamos duas leis regulamentando o tema.

Nesse momento, não se pode esquecer da importante regra do art.2º,§1º, da Lei de Introdução ao Código Civil, no sentido de que **a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a anterior.**

Ora, com isso fica claro que, no novo código, o legislador, ao regular toda a matéria (penal e administrativa), revogou, ainda que tacitamente, as disposições anteriores, uma vez que tratou o assunto de forma diversa ou seja, para o mero fato de dirigir pela via pública sem possuir habilitação tipificou infração administrativa e para a mesma conduta, desde que provoque perigo de dano, infração penal (crime).

Mas não é só!

Com efeito, o Código de Trânsito em sua parte administrativa criou uma divisão: no 1ºano após a aprovação nos exames, o motorista recebe uma *Permissão* para Dirigir, que somente será substituída pela *Habilitação* se, no prazo mencionado, o motorista não cometer determinadas

infrações de trânsito. Exatamente em razão desta divisão é que o novo crime do art. 309 descreve a conduta de dirigir veículo automotor, na via pública, sem a devida **Permissão para Dirigir ou Habilitação**. Dessa forma, o art. 32 da Lei das Contravenções Penais mostra-se totalmente em descompasso como nova legislação, por punir apenas quem dirigir sem **Habilitação**.

Assim, fica a indagação: aquele que está conduzindo veículo sem possuir Habilitação, mas tendo a Permissão para Dirigir, pode ser processado e condenado pela contravenção?

A resposta evidentemente é negativa, sendo que a questão, em verdade, serve apenas para demonstrar que, com o novo código, quis o legislador traçar sistemática diferenciada em relação ao trânsito, deixando de lado os ditames anteriores. O art. 32, portanto, se mostra incompatível com a nova sistemática. Ainda que se diga que a Permissão é uma forma de habilitação provisória, estaríamos apenas fazendo uso de jogo de palavras para tentar igualar situações que o próprio legislador distinguiu, ao redigir o art. 309, fazendo expressa distinção (em matéria penal) quanto aos institutos (Permissão e Habilitação).

Outro argumento no sentido da revogação da contravenção encontra-se no art. 1º do Código de Trânsito que ao tratar das regras genéricas e preliminares, dispõe que “**O trânsito de qualquer natureza, nas vias terrestres do território nacional, aberta à circulação, rege-se por este código.**” A regra aqui é clara no sentido de afastar a incidência de outros diplomas legais quanto às infrações de trânsito, até porque o código **possui um capítulo próprio** pra tratar do tema. Ora, se há um capítulo para tratar de infrações penais de trânsito e, considerando que o mencionado art. 1º diz que as regras de trânsito, de qualquer natureza, regem-se por *este* código, fica claro que as infrações de trânsito, de qualquer natureza, regem-se, também, por esse código.

Há, ainda, outros argumentos:

É sabido que a contravenção do art. 32 se configurava com o simples fato de dirigir sem habilitação, sendo certo que entregava o veículo à pessoa não habilitada respondia como partícipe dessa conduta. O legislador, entretanto, no art. 310 do novo código elevou à categoria de crime a conduta de entregar veículo a pessoa não habilitada, pouco importando se o condutor, posteriormente, vem ou não a gerar perigo de dano. Ao agir dessa forma, a intenção do legislador foi evidente: para condutor só haverá crime, se o mesmo dirigir o automóvel de forma irregular; para quem entrega o veículo, todavia, a punição é automática, não podendo ficar na dependência da conduta posterior do motorista, já que isto está fora de seu controle (e de seu dolo). Quis o legislador evidenciar que o simples fato de entregar veículo a pessoa não habilitada é conduta perigosa e merece punição. Por isso, se o legislador quisesse manter “viva” a contravenção do art. 32 seria desnecessária a criação do delito do art. 310, pois quem entregasse o veículo a pessoa não habilitada, automaticamente, seria partícipe na contravenção, mas, se o motorista gerasse perigo de dano, seria partícipe do crime do art. 309.

Assim, se entendermos que a contravenção do art. 32 ainda está em vigor, teremos que chegar à seguinte conclusão: quem entrega o veículo comete **crime** e quem dirige, sem gerar perigo de dano, comete a **contravenção**. Tal absurdo jurídico não pode prevalecer.

Com efeito, a aplicação dos dispositivos vislumbrada pelo legislador foi a seguinte: quem entrega o veículo responde pelo *crime* do art. 310, pela simples entrega do automóvel; quem recebe o veículo e o dirige, de forma totalmente regular, não comete qualquer infração penal, quem recebe o veículo e o dirige de forma anormal (gerando perigo de dano) comete o crime do art. 309. Essa solução não é nenhuma novidade em nossa legislação. Lembre-se, por exemplo, que quem serve bebida alcoólica a quem se encontra embriagado, comete a *contravenção* do art. 63, II, da Lei das Contravenções Penais; o ébrio que ingere a bebida servida não comete qualquer

infração penal; o ébrio que ingere a bebida servida e apresenta-se publicamente em estado de embriaguez, pondo em perigo a segurança própria ou alheia, comete a *contravenção* do art.62.

Há que se notar que os que defendem a tese da vigência da contravenção sustentam haver uma espécie de progressão criminosa em que, ao dirigir sem habilitação, o agente infringe o art.32 e, na seqüência, ao gerar o perigo de dano, comete o crime do art.309. Os defensores dessa corrente, entretanto, partem de uma premissa falsa, qual seja, a vigência do art.32 que, de acordo com as regras no novo código, é insustentável. Não há, portanto, como se falar em progressão criminosa (ou em subsidiariedade) se a conduta inicial é atípica.

Nesse sentido, temos também a opinião de renomados juristas: “não ocorrendo condução anormal, inexistente crime, subsistindo apenas infração administrativa.” Assim, se o motorista é surpreendido numa batida (*blitz* policial) sem possuir habilitação legal, estando conduzindo normalmente o veículo, só há infração administrativa (art. 162, I, II e V, do CT) – Sérgio Salomão Shecaira e Luiz Flávio Gomes – “Direção sem habilitação” (conferência) – Cursos sobre Delitos de Trânsito, Complexo Jurídico Damásio de Jesus, São Paulo, 06 de março de 1998. É também a opinião do próprio Damásio de Jesus, em sua recente obra acerca dos delitos de trânsito. Paulo José da Costa Júnior e Maria Elizabeth Queijo, por sua vez, entendem ter havido tal revogação, quando referem que a contravenção do art. 32 não previa a pena detentiva para o infrator, que era punido com a multa (*Aos Crimes do Novo Código de Trânsito*, Ed. Saraiva, p. 81).

O Egrégio Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, por mais de uma vez, entendeu também que a simples conduta de dirigir sem habilitação caracteriza apenas infração administrativa nos moldes da nova lei (TACRIM – HC n.320.776/6; 1ªCâm.; rel. Juiz PIRES NETO; TACRIM – HC nº321.438/2, 11ªCâm., rel. Juiz RICARDO DIP).

Direito Penal e Processual Penal

Parecer sobre Projeto que Altera Código Penal Elaborado pela Comissão da AMB

Artur Cardoso Neto
Jornalista da Assessoria de Imprensa

A Comissão constituída pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, na gestão do desembargador Paulo Geraldo de Oliveira Medina, para analisar alterações no Projeto de Lei nº32/97 – de autoria da Presidência da República – que introduzia alterações no Código Penal Brasileiro, elaborou parecer, que foi encaminhado ao Relator da matéria na Comissão de Justiça, senador Romeu Tuma e ao Ministério da Justiça.

Presidida pelo juiz, professor e diretor de APAMAGIS e da AMB Marco Antônio Marques da Silva, a comissão foi integrada, também, pelos professores Antônio Augusto Mercedo Moreira, Antônio Luís Chaves Camargo, Ary Belfort, Hermínio Alberto Marques Porto, Luiz Flávio Borges D’Urso e Oswaldo Henrique Duek Martins.

A seguir, os documentos gerados a partir da constituição da comissão:

A Comissão constituída pelo DD. Presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros, o eminente Des. Paulo Geraldo de Oliveira Medina, integrada por representantes da Advocacia, do Ministério Público e da Magistratura, todos os Professores de Direito.

Presidida por:

Marco Antônio Marques da Silva – Juiz do Tribunal de Justiça de São Paulo, Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Diretor das Associações Brasileira e Paulista de Magistrados.

Secretariada por:

Ary Belfort – Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, Docente na Escola Paulista da Magistratura, Assessor da Presidência da Associação Paulista de Magistrados.

Integrada por:

Antônio Augusto Mercedo Moreira – Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Professor da Universidade Federal de Minas Gerais, professor da Universidade Federal de Minas Gerais;

Antônio Luiz Chaves Camargo – Juiz do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e da UNIMEP;

Hermínio Alberto Marques Porto – Procurador de Justiça, Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Diretor da Faculdade de Direito da Universidade Paulista;

Luiz Flávio Borges D'Urso – Advogado Criminalista, Presidente da Academia Brasileira de Direito Criminal, Presidente do Conselho Estadual de Política Criminal e Penitenciária – SP, Membro do Conselho Penitenciário Nacional;

Oswaldo Henrique Duek Marques – Procurador de Justiça e Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Apresenta o seguinte:

Parecer:

“Altera dispositivos de Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código penal” (arts. 43, *usque*, 47,55 e 77)

Encontra-se para apreciação o Projeto de Lei nº32/1997, de iniciativa da emérita Presidência da República. De número 2.684/96, da respeitável Casa de Ordem, Colima alterações do Código Penal, Decreto-Lei nº2.848, de 7 de dezembro de 1940. Acham-se referidos os artigos 43 *usque* 47, mais o artigo 55 (todos concernentes a penas alternativas) e 77 (suspensão condicional da pena).

Comissão integrada por qualificados Juristas ofertou a proposta que, endossada pelo então Ministro da Justiça, provocou iniciativa da emérita Presidência da República, gerando o Projeto. Lêem-se nas proposições e se infere dos dizeres terem sido movidas pelo princípio de reservar à segregação carcerária (mostrada ineficaz na reeducação dos detentos) apenas aqueles dotados de

periculosidade incompatível com o livre convívio em sociedade. Correlata, subjacente, a pressão decorrente da sobrecarga presidiária; o que se chama por modernização do Direito Penal.

I – Breve Histórico Específico

Do imorredouro **Hungria**, o Código Penal baixado no Decreto-Lei nº2.848/40 continha o instituto saudável do **sursis**. Por limite quantitativo, **dois** anos de pena aplicada, e de suspensão, de dois a **seis** anos. Não se detinha com explicitude, nas condições. Com a edição da Lei moderadora nº 6.416/77, tomou-se indiferente a natureza da pena aplicada,. Não havia penas alternativas. Assim figuravam, respectivamente, nos artigos 57 e seguintes, e 67 e seguintes de então.

Inovadora, a reforma da Parte Geral, sob preclara direção de Assis Toledo atuou de duas convergentes formas; gradativa (artigo 59, inciso IV) **institui penas restritivas de direitos** (artigo 43) e, concatenadamente, determinou a fixação, pelo Juiz, das condições por atender o condenado; acabando com o generalizado “**sursis** sem condições”. Trata-se da Lei nº 7.209/84.

Eram (e são ainda) tais restritivas:

- 1) Prestação de serviços à comunidade;
- 2) Interdição temporária de direitos; e
- 3) Limitação de fim de semana (artigo 43).

O **sursis**, agora com prazo menor (dois a **quatro** anos), ainda por teto a pena de dois anos; a primário (salvo condenação anterior por multa e por contravenção penal). Ampliada a aplicação, no chamado “**sursis** etário”, para pena não superior a **quatro** anos, ao condenado com mais de setenta anos de idade: período de prova, porém, de dois a **seis** anos (artigo 77 atual).

Nas condições por observar, integradas duas interdições; alternativas, no primeiro ano (prestação de serviços à comunidade ou limitação de fim de semana). Substituíveis por uma, ou mais, das seguintes: frequência a determinados lugares, ausência da comarca sem autorização judicial e comparecimento mensal a Juízo. Cumulativas, atualmente (Lei nº 9.268/96).

II – A Proposta atual (Projeto de Lei da Comarca nº 32, do ano de 1997 – nº 2.684196).

De duas sortes:

- A.** Extensão do **sursis** etário àquele condenado cujas “condições de saúde justifiquem a suspensão” (condenação até quatro anos).
- B.** Às três já existentes se referidas penas alternativas acresceu outras:
 - 4) Prestação pecuniária;
 - 5) Perda de bens ou valores;
 - 6) Reconhecimento domiciliar.Desdobradas, ainda, em:
 - 7) Advertência;
 - 8) Somente multa;
 - 9) Frequência a curso;
 - 10) Submissão a tratamento;
 - 11) Proibição de frequentar determinados locais.

Condições, as mesmas do *sursis* (artigo 77 do Código Penal) com as seguintes alterações:

C. Mais uma interdição temporária de direitos.

III – Objetivos

Colima substituir a pena privativa de liberdade aplicada, por pena alternativa (ou mais de uma), das que compendia.

Desde que não ultrapasse, a substituenda, quatro anos, nem se trate de crime cometido mediante “violência ou grave ameaça à pessoa”.

Reincidência obstativa da substituição, a específica. A genérica (condenação anterior em virtude de crime diverso) não impede; sem limitação de reaplicações.

Prevista conversão da restritiva, em privativa de liberdade com ressalva quanto a “saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão” por respeitar.

Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade por outro crime, “o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la (a conversão), se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva (ou substituída) anterior.

Aplicada **pena inferior a seis meses**, comporta substituição por “admoestação verbal” (advertência) ou compromisso de frequência e curso ou submissão a tratamento, pelo tempo da pena. Se igual ou inferior a **um ano, convolada em multa ou** uma restritiva. Se superior a um ano, por uma restritiva, mais multa; **ou** por duas restritivas de direitos.

Por fim: superior a um ano a pena substituenda pode, a substituta, cumprir-se em menor tempo; pelo menos metade da substituída.

“O recolhimento domiciliar baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado” e se cumprirá, expressivamente, **sem vigilância**. Prestação de serviços à comunidade, aplicável nas condenações superiores há seis meses.

IV – Considerações (Artigo 77 do Código Penal)

A. Trata-se de benemérita inovação. Algumas condições de saúde realmente injustificam a permanência em cárcere. A presença ou proximidade dos familiares oferta-se como recurso da maior conveniência na assistência afetiva, com reflexos positivos. Mesmo em termos eventuais de socorro profissional. Ou, relativamente a condenados cujo estado físico seguramente inviabiliza a recorrência na prática de crimes.

Não comporta objeção. Resolve, sim, problema angustiante dos juízes obrigados a determinar encarceramento de tais pacientes. Além de intrincados problemas dos presídios.

Poder-se-ia cogitar de redução do prazo maior de seis para **quatro anos**; tendo-se em mente, tanto o septuagenário, quanto o, agora, enfermo grave, especial. Ambos com presuntiva redução de periculosidade. O normal, máximo de quatro anos, poderia ver-se cogitado neste artigo 77, também para os sexagenários (eliminando-se problemas e incidentes previsíveis, oriundos da recente Lei nº 9.460, de 4 de junho de 1997).

B. Das penas alternativas:

B.1. (artigo 44, § 3º, I) Também fecunda a proposta à singela advertência (ou admoestação) em caso de condenação a pena igual ou inferior a seis meses. Já a mofina quantidade dá idéia da diminuta gravidade do crime correlato. Parece suficiente. Se não for, a conseqüência surtirá de nova eventual infração pena. Não há ressalvas imponíveis.

Ao Grupo, entanto, inculcou-se de conveniência e adstrito ao espírito do Projeto, empolgar-se a pena de seis meses. Razoável, pois, e pertinente.

B.2. (artigo 45, § 4º) Em termos de recolhimento entende-se, do Projeto, que se permite a condenação que não ultrapasse quatro anos. Assim, a faculdade existente no artigo 117 da Lei das Execuções Penais, concernente, com exclusividade, a septuagenários, enfermos graves, mulheres com filho menor ou deficiente mental ou físico, ou gestante – fica agora institucionalizada como pena alternativa de condenação até quatro anos. Sem vigilância.

B.3. A redução por metade, possível quando a pena substituída seja superior a um ano, merece redefinição. Como está, pode importar em incongruência: a metade de uma pena superior a um ano pode ser tempo **inferior** à de um ano (cujo cumprimento será integral). Assim, condenado a um ano e dois meses, cumprirá sete meses, enquanto o condenado a um ano, cumprirá esse ano inteiro.

B.4. Das duas demais restritivas, a de prestação pecuniária antecipa, em parte, antiga pretensão processual penal codificada; destinada a fazer confluírem os propósitos penal e civil reparatório.

Justificando-se, ora, a extensão da profícua disposição semelhante Lei nº 9.099/95.

Anotando-se que, quanto às vítimas, a condenação já acarreta, em detrimento do condenado, a obrigação de reparar o prejuízo (sentido amplo) causado. Bem assim, que também à prevista a perda dos bens relacionados ao crime.

V - Considerações

Pretendeu, a qualificada Comissão, já dito, recompor o sistema punitivo.

Alentados, porém, os limites da proposição. Acabou, provavelmente por força da pressão dos meios jurídicos e das comunicações, incidente em alguns contrapassos.

Assim, difícil sustentar que à condenação por crimes de idade correspondam as interdições (duas), ou uma cumulada de multa; está se falando de **quatro anos**. Com possibilidade de desprezo da reincidência genérica. Ou que o Juiz de execução desconsidere a condenação superveniente, com vistas à restritiva em curso. Restaurando a dicotomia para rebaixar a reincidência genérica (que é fonte propícia à aferição do caráter do criminoso) à inexpressividade.

Atenuação da carga carcerária instiga à adoção de medidas. Não, todavia, quando (a espécie é exemplo, *data vênia*) se erija à confrontação com sistema penal-processual-executório mantido sob timão de Assis Toledo.

VI – Nesse quadro insiste, com ênfase, o presente Grupo de Estudos, em se decompor em os mais expressivos:

A. Pelo quanto se mantém do sistema não podem, os reincidentes genéricos, fruir desde logo, do regime aberto; podem, no entanto e pela reforma ora em causa, passar diretamente ao equivalente albergue-domiciliar. Àqueles condenados a penas entre dois e quatro anos, veda-lhes a Lei obter *sursis*; mas pelo Projeto, poderão valer-se de penas alternativas. Em **inversão** de valores, eis que a Lei Penal (artigo 77) faz, na hierarquia dos benefícios, a pena alternativa preceder o *sursis*.

Como a lógica não pactua com antinomia, foram estudadas algumas fórmulas. Uma, a degradação do limite de quatro, para o de dois anos, a ensejar penas alternativas. Sem arbitrariedade. Somente fazendo coincidirem os limites do *sursis*, com o das alternativas em causa. Ou então – e simplificaria a matéria de forma abrangente – a majoração do teto do *sursis*, para quatro anos. O absurdo é apenas aparente, se conferir com a largueza das alternativas aqui postas e seus reflexos já referidos. Não há como possam coexistir tais prazos; mesmo considerando-se que as últimas encontram obstáculo nos crimes cometidos com violência ou grave ameaça. A mesma ressalva poderia restringir o *sursis* que acaso se dilatasse.

B. Nesse mesmo tema, recente Lei, de nº 9.268/96, agravando o cumprimento do *sursis* determinou a aplicação cumulativa de condições. Para a pena máxima de dois anos. Fazendo reeditar-se quanto a qual a causa determinante de se não haver buscado entrosamento do presente Projeto, com os éditos penal, processual e executório. Que *data vênia* se impõe.

C. A redução por até metade, de uma pena aplicada, não pode significar **menos**, do que o tempo de cumprimento de pena **menor**.

VII – Menos candentes, mas de caráter exclusivamente aprimoratório, aprovaram –se outras sugestões:

A. Inferior a um ano, o sistema vigente não faz exclusão dos casos de violência ou grave ameaça. Pela redação do Projeto (artigo 44, I) haveria agravamento da situação por estabelecer esta restrição. Daí o desdobramento do inciso I a fim de conter no primeiro, o ora existente: “não superior a um ano”. No segundo, com essas importantes restrições, as penas superiores a um, mas não superiores há quatro anos.

B. Ainda no artigo 44: acrescer-se como obstativa do benefício, a condenação por crime cometido mediante concurso de pessoas. Trata-se de modalidade que especialmente desassossegada a população e corporifica o já tradicionalmente tido como incremento de periculosidade.

C. No inciso II desse mesmo artigo 44, a inserção da ressalva do parágrafo 3º do mesmo artigo, evitando-se crítica de contradição entre tais dois dispositivos.

D. Em seu parágrafo 1º, em que cria a excelente substituição por advertência, curso ou tratamento, mas restrita a condenação **inferior** a seis meses – entendeu, o Grupo, e conveniência abranger também essa pena limite; seis meses.

E. Ainda e nele mesmo, excluir-se a **submissão a tratamento**. Dado o apoucado da pena (no máximo seis meses) torna-se tormentoso ao Juiz tratar da matéria, pelos múltiplos aspectos previsíveis. Com destaque para a improvável coincidência do tempo de pena, com o de tratamento.

F. Aberta, até compreensivelmente, exceção à reincidência (genérica), o Grupo entendeu de limitar a uma só vez. Evitando que se privilegiasse reincidência plúrima, com sucessividade de penas alternativas, em infringências penais genéricas dolosas.

G. Na prestação pecuniária considerou-se conveniente ofertar algum subsídio, casuístico, para a respectiva fixação.

H. A proibição de vigilância, como posta irrestritamente, obstará qualquer fiscalização. Pena alternativa, é pena efetiva. Injustificando-se tal regalia, apresenta-se fórmula que atende à discricção e ao interesse público.

I. Por fim, evitando algumas imperfeições – que a experiência revelou já cometidas – aprovou-se a sugestão de se inserir, na fixação das tarefas (prestação de serviços à comunidade), um alerta às condições individuais do condenado.

VIII. Em conseqüência

Art.44. ...

I – aplicada privativa de liberdade não superior a um ano; ou em qualquer quantidade se o crime for culposos;

II – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou em concurso de pessoas;

III – o réu não for reincidente em crime doloso, *ressalvada a hipótese do § 3º deste artigo;*

IV – a culpabilidade ...

§ 1º. Quando a condenação *igual ou* inferior a seis meses ...por freqüência a curso (*suprimir a sujeição a tratamento*);

§ 2º ...

§ 3º. ... poderá aplicar *em apenas uma oportunidade*, a substituição, ... na prática do crime *da mesma espécie*.

§ 4º ...

§ 5º ...

Art. 45. ...

§ 1º. ... de importância fixada pelo juiz, *na proporção do dano causado ao bem jurídico ou ao benefício auferido...*

§ 4º. ... deverá, sem vigilância *direta*...

Art.46 ...

§ 3º. ... serão distribuídas conforme as *condições pessoais* e as aptidões do condenado...

§ 4. ... nunca inferior a **um ano nem** à metade da pena...

IX – Síntese e Propostas Finais

A. Extensão aos enfermos especiais, da regalia de prisão domiciliar, pode somente merecer encômios (artigo 77);

B. Insere-se na linha geral, a incluída no artigo 46, sob inciso IV. Mesma que já integrava o artigo 78, § 2º, “a” (proibição de freqüentar determinados lugares). Não comporá ressalvas;

C. Houve-se a seleta Comissão com adequada criatividade; gerindo em proficiência a idéia básica: conferiu meios hábeis a atingirem a propósito da reforma parcial penal. No geral, com méritos de prazeroso reconhecimento.

Nesse afã, partindo do pouco, do quase-nada, algumas imperfeições seriam, mesmo, de esperar. Facilitada ao atual Grupo de Trabalho, aferir no apresentar sugestões de aperfeiçoamento. Todavia, preocupa o limite que o Grupo entendeu muito elevado, na abrangência das penas alternativas. Mesmo afastadas as infrações cometidas com violência, ficta ou real, contra a pessoa (agora proposta também a subsunção das praticadas em concurso de agentes) restam crimes de gravidade especial. Quase se podendo dizer que, salvo os crimes hediondos (e afins) remanescem poucos que não se verão albergados nesse tratamento especialíssimo; cuja brandura institucional soa inadequar-se ao conteúdo doloso dessas espécies mais nocivas. Fazendo temer por que se incremente um juízo generalizado de impunidade, de danosos efeitos à instituição penal e de desprestígio da crença na Justiça Criminal. Não obstante respeito e admiração por quantos já atuaram e retificaram valioso trabalho da ínclita Comissão originária, fica a sugestão a que se repense tal limite. Ou seja, se mantidos, que se compatibilizem harmonizando com outras disposições, penais e de execução, como, só exemplificativamente, os artigos 33 do Código Penal e 117 da Lei de Execução Penal. Como não consistiria em exagero cogitar-se das interconseqüências, com relevância atinente a flagrante (e sua manutenção); eventualmente, recurso em liberdade e fiança; aspectos processuais que escaparam a este encargo. Finalizando, a relação das novidades do r. Projeto, com os crimes da legislação especial; sendo que a extensão imediata e singela desestruturaria o respectivo sistema.

Teme-se, pois, por que a aprovação do Projeto, sem injunções, possa e vá acarretar perplexidades e intermináveis dissídios interpretativos e judiciais.

Eis o quanto resultou das cuidadosas análises e discussão, sob grave responsabilidade no opinar em matéria de tal importância e para o emérito Legislativo Nacional.

(a) Secretário e Co-relator

(a) Presidente da Comissão e Co-relator

SENADO FEDERAL

Projeto de Lei da Câmara Nº32,

De 1997 (Nº2.684/96, na Casa de Origem)

(De iniciativa do Presidente da República)

Altera Dispositivo do Decreto-lei nº2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º. Os arts. 43,44,45,46,47,55 e 77 do Decreto-Lei nº2.848, d 7 de dezembro de 1940, passam a vigorar com as seguintes alterações:

“Penas restritivas de direitos

Art.43. As penas restritivas de direitos são:

- I – prestação pecuniária;
- II – perda de bens e valores;
- III – recolhimento domiciliar;
- IV – prestação de serviço à comunidade ou a entidade pública;
- V – interdição temporária de direitos;
- VI – limitação de fim de semana.”

“Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

§ 1º. Quando a condenação for inferior a seis meses, o juiz, entendendo suficiente, pode substituir a pena privativa de liberdade por advertência – que consistirá em admoestação verbal ao condenado – ou por compromisso de frequência a curso ou submissão a tratamento, durante o tempo da pena aplicada.

§ 2º. Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

§ 3º. Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena privativa de liberdade por advertência – que consistirá em admoestação verbal ao condenado – ou por compromisso de frequência a curso ou submissão a tratamento, durante o tempo da pena aplicada.

§ 4º. A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.

§ 5º. Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.”

“*Conversão das penas restritivas de direitos*

Art. 45. Na aplicação da substituição prevista no artigo anterior, proceder-se-á na forma deste e dos arts. 46,47 e 48.

§ 1º. A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1(um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.

§ 2º. No caso do parágrafo anterior, se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza.

§ 3º. A perda de bens e valores pertencentes aos condenados dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto – o que for maior – o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime.

§ 4º. O recolhimento domiciliar baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado. O condenado deverá, sem vigilância, trabalhar, freqüentar curso ou exercer atividade autorizada, permanecendo recolhido nos dias ou horários de folga em residência ou qualquer local destinado à sua moradia habitual, conforme estabelecido na sentença.”

“Prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas

Art. 46. A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores a seis meses de privação da liberdade.

§ 1º. A prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado.

§ 2º. A prestação de serviços à comunidade dar-se-á em entidades assistências, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais.

§ 3º. As tarefas a que se refere o § 1º serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho.

§ 4º. Se a pena substituída for superior a um ano, é facultado ao condenado cumprir a pena substitutiva em menor tempo (art.55), nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada.”

“Interdição temporária de direitos

Art. 47. ...

IV – proibição de freqüentar determinados lugares.”

Art. 55. As penas restritivas de direitos referidas nos incisos III, IV, V e VI do art. 43 terão a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída, ressalvado o disposto no § 4º do art. 46.”

“Requisitos da suspensão da pena

Art. 77. ...

§ 2º. A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão.”

Art. 2º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Mensagem nº 1.445

Senhores Membros do Congresso Nacional,

Nos termos do artigo 61 da Constituição Federal, submeto à elevada deliberação de Vossas Excelências, acompanhado de Exposição de Motivos do Senhor Ministro de Estado da Justiça, o texto do projeto de lei que “Altera os arts. 43, 44, 45, 46, 47, 55 e 77 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal”.

Brasília, 24 de dezembro de 1996 – Fernando Henrique Cardoso

Exposição de Motivos nº689, de 18 de dezembro de 1996, do Senhor Ministro de Estado da Justiça

Excelentíssimo Senhor Presidente da República.

Submeto à consideração de Vossa Excelência o anexo projeto de lei que altera os arts. 43 a 47, 55 e 77 do Decreto-Lei nº 2.848, de dezembro de 1940 - Código Penal, discutido e aprovado pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP, em reunião plenária realizada em 29 de outubro deste ano, na cidade de Curitiba, Estado do Paraná.

2. A proposta em questão é resultado de amplos estudos e discussões lavradas no seio do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, que tem em sua composição os seguintes membros suplentes: Paulo R. Tonet Camargo (Presidente), Aldir Jorge Viana da Silva, Amauri Serralvo, Ariosvaldo de Campos Pires, César Oliveira de

Barros Leal, Damásio Evangelista de Jesus, Frederico Guilherme Guariglia, Heitor Piedade Júnior, Hermes Vilchez Guerrero, Julia Tannuri Lemgruber, Luiz Flávio Borges D'Urso, Maria Eugênia da Silva Ribeiro, Mário Júlio Pereira da Silva, Miguel Frederico do Espírito Santo, Nilzardo Carneiro Leão, Rolf Koemer Júnio, Ronaldo Antônio Botelho e Vandir da Silva Ferreira.

3. Como bem demonstrou Vossa Excelência no recente Programa Nacional de Direitos Humanos, é necessário repensar as formas de punição do cidadão infrator. A prisão não vem cumprido o principal objetivo da pena, que é reintegrar o condenado ao convívio social, de modo que não volte a delinquir.

4. Mas, se infelizmente não temos, ainda, condições de suprimir por inteiro a pena privativa de liberdade, caminhamos a passos cada vez mais largos para o entendimento de que a prisão deve ser reservada para os agentes de crimes graves e cuja periculosidade recomende seu isolamento do seio social. Para os crimes de menor gravidade, a melhor solução consiste em impor restrições aos direitos do condenado, mas sem retirá-lo do convívio social. Sua conduta criminosa não ficará impune, cumprindo, assim, os desígnios da prevenção especial e da prevenção geral. Mas, a execução da pena não o estigmatizará de forma tão brutal como a prisão, antes permitirá, de forma bem mais rápida e efetiva, sua integração social. Nessa linha de pensamento é que se propõe, no projeto, a ampliação das alternativas à pena de prisão.

5. A par das alternativas já existentes, acrescentam-se a prestação pecuniária, o recolhimento domiciliar e a perda de bens e valores (art. 43), fornecendo ao juiz maior leque de opções para substituir a pena privativa de liberdade, quando cabível a substituição.

6. A prestação pecuniária já vem sendo usada, com sucesso, nos Juizados Especiais Criminais, tanto na modalidade do pagamento em dinheiro quanto na da prestação de outra natureza, como mão-de-obra e doação de cestas básicas.

7. Por sua vez, o recolhimento domiciliar é outra forma adequada para evitar a prisão em regime aberto, quando o condenado estiver apto a assumir a responsabilidade.

8. Novidade mesmo ocorre com a adoção de perda de bens, dando conseqüência ao disposto no art. 5º XLVI, "b", da Constituição Federal. Vozes respeitáveis se insurgem contra essa pena, a não ser na forma de reparação de danos ou perdimento de bens vinculados ao crime, seja por sua utilização para a prática do delito, seja como produto ou proveito da ação delituosa. Na realidade, essas modalidades já estão inscritas no art. 91 do Código Penal, dispositivo recepcionado pela Constituição em vigor, como efeitos da condenação, e não como pena criminal.

9. Há equívoco em confundir a perda de bens com mero confisco. Pelos argumentos normalmente invocados, confisco seria também a pena de multa, consistente em retirar do patrimônio do condenado determinada soma em dinheiro, que pode chegar a mil e oitocentos salários mínimos, de acordo com o art. 49 do CP, ate dezoito mil salários mínimos, no caso de crimes contra o sistema financeiro (art. 33 da Lei 7.492/86).

10. Também não deve prosperar a invocação da intangibilidade do direito de propriedade, a não ser pela desapropriação. A multa desautoriza tal raciocínio. Além do mais, a pena privativa de liberdade também é negação de direito tão fundamental quanto o de propriedade, e ninguém ousa taxá-la de inconstitucional.

11. Convém lembrar que o repúdio ao confisco na ordem tributaria tem por fundamento a injustiça de tributo que *"pela sua taxaço extorsiva correspondente a uma verdadeira absorção, total ou parcial, da propriedade particular pelo Estado, sem o pagamento da correspondente indenização ao contribuinte"*. E a pena bem aplicada não é uma injustiça, é uma necessidade para a permanência da coesão social.

12. Se a adoção da pena de perda de bens é oportuna ou conveniente – o CNPCP entende que urge sua positivação -, caberá ao Congresso Nacional deliberar.]

13. Outra inovação consiste na faculdade atribuída ao juiz de substituir a pena privativa de liberdade por advertência, freqüentar a curso ou submissão a tratamento, quando entender que a medida é suficiente, no caso de condenação inferior a seis meses. A substituição, que hoje só é possível nos crimes dolosos, para as condenações inferiores a um ano, passa a ser viável no caso de penas até quatro anos, salvo se o crime foi cometido com violência contra a pessoa (art.44, inciso I). Justifica-se a medida, em face das amplas alternativas para as penas não superiores há um ano, criadas pela Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995.

14. A pena de prestação de serviços à comunidade passa a ser calculada à razão de uma hora de tarefa por dia de prisão, tornando mais fácil ao juiz da execução o seu controle (art.46). Só será admitida como pena substitutiva se a pena privativa de liberdade for superior a seis meses e seu cumprimento puder dar-se em tempo menor, em ressalva à regra geral do art. 55.

15. No art. 47, insere-se, como pena de interdição temporária de direitos, a proibição de frequentar determinados lugares.

16. Para a suspensão condicional da pena acrescenta-se a hipótese de **sursis** por motivos de doença (art. 77, § 2º).

17. Inovação se busca, também, no que toca à reincidência. Como está posta, a reincidência opera duplamente em desfavor do condenado. Em desprezo ao princípio da individualização da pena, tanto é motivo para exasperar a reprimenda penal quando impedimento absoluto para a obtenção de substituição de penas. Nem sempre uma nova condenação, por si só, justifica a restrição atualmente imposta. Dentro da concepção sugerida, caberá ao juiz, em cada caso concreto, decidir, conforma seja socialmente recomendável, se a reincidência constituirá, ou na, motivo para negar a substituição (art. 44, §3º).

18. Estas, Senhor Presidente, as normas que integram a presente propositura e que, acredito, vêm ao encontro do desiderato principal da pena – a reinserção do condenado na sociedade.

Respeitosamente,

(a) Nelson A. Jobim

Ministro do Estado da Justiça

Anexo a Exposição de Motivos do Ministério da Justiça

1. Síntese do problema ou da situação que reclama providências:

É necessário repensar as formas de punição do cidadão infrator, porque a pena de prisão não vem cumprindo seu principal objetivo – reintegrar o condenado ao convívio social.

2. Soluções e providências contidas no ato normativo ou na medida proposta:

Estabelece penas alternativas à prisão, alterando, assim, os arts. 43 a 47, 55 e 77 do Decreto-Lei nº 2.848, de dezembro de 1940 – Código Penal.

3. Alternativas existentes às medidas ou atos propostos:

Projeto de Lei nº 1.881, de 1996, do Deputado Wigberto Tartuce, que acrescenta parágrafo ao artigo 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, sobre prestação de serviços à comunidade em casos de condenação por acidentes de trânsito.

4. Custos:

5. Razões que justificam a urgência:

6. Impacto sobre o meio ambiente:

7. Síntese do parecer do Órgão Jurídico

Projeto original

Altera os arts. 43, 44, 45, 46, 47, 55 e 77 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º. Os arts. 43, 44, 45, 46, 47, 55 e 77 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passam a vigorar com as seguintes alterações:

“Penas restritivas de direito

Art. 43. As penas restritivas de direito são:

I - prestação pecuniária;

II – perda de bens e valores;

III – recolhimento domiciliar;

IV – prestação de serviço a comunidade ou a entidades públicas;

V - intermediação temporária de direitos;

VI – limitação de fins de semana.

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I – se tratar de crime culposo ou for aplicada pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos, excluída a hipótese de crime cometido com violência ou grave ameaça contra a pessoa;

II – o réu não for criminoso habitual ou reincidente na prática do mesmo crime;

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

§ 1º. Quando a condenação for inferior a 6 (seis) meses, o juiz, entendendo suficiente, pode substituir a pena privativa de liberdade por advertência – que constituirá em admoestação verbal ao condenado – ou por compromisso de frequência, a curso ou submissão tratamento, durante o tempo da pena aplicada

§ 2º. Na condenação igual ou inferior a (1) um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos. Se superior a 1 (um) ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

§ 3º. Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

§ 4º. A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de 30 (trinta) dias de detenção ou reclusão.

§ 5º. Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir pena substitutiva anterior.

Conversão das penas restritivas de direitos

Art. 45. Na aplicação da substituição prevista no art. 44, proceder-se-á na forma deste e dos arts. 46, 47 e 48.

§ 1º. A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidades públicas ou privadas com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.

§ 2º. No caso do parágrafo anterior, se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza.

§ 3º. A perda de bens e valores pertencentes aos condenados dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto – o que for maior – o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime.

§ 4º. O reconhecimento domiciliar baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado. O condenado deverá, em vigília, trabalhar, freqüentar curso ou exercer atividade autorizada, permanecendo recolhido nos dias ou horários de folga em residência ou qualquer local destinado a sua moradia habitual, conforme estabelecido na sentença.

Prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas

Art. 46. . A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores a 6 (seis) meses de privação da liberdade.

§ 1º A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado.

§ 2º A prestação de serviço à comunidade dar-se-á em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais.

§ 3º As tarefas a que se refere o § 1º serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas à razão de 1 (uma) hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho.

§ 4º Se a pena substituída for superior a 1 (um) ano, é facultado ao condenado cumprir a pena substitutiva em menor tempo (art. 55), nunca inferior a metade de pena privativa de liberdade fixada.

Interdição temporária de direitos

Art. 47. ...

IV – proibição de freqüentar determinados lugares

...

Art. 55. As penas restritivas de direitos referidas nos incisos III, IV, V e VI do art. 43 terão a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída, ressalvado o disposto no § 2º do art. 46.

...

Requisitos da suspensão da pena

Art. 77. ...

...

§ 2º. A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 4 (quatro) anos, poderá ser suspensa, por 4 (quatro) a 6 (seis) anos, desde que o condenado seja maior de 70 (setenta) anos, de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão.”

Art. 2º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília,

“Legislação **Citada**.

Decreto – Lei Nº2.848 de 07 de dezembro de 1940

Código Penal.

...

Parte Geral

...

Título V

Das Penas...

Capítulo I

Das espécies de Pena

...

Seção II

Das Penas Restritivas de Direitos

Art. 43 – As penas restritivas de direitos são:

I – prestação de serviços à comunidade;

II – interdição temporária de direitos;

III – limitação de fim de semana.

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I – aplicada pena privativa de liberdade inferior a 1 (um) ano ou se o crime for culposos;

II – o réu não for reincidente;

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

Parágrafo único. Nos crimes culposos, a pena privativa de liberdade aplicada, igual ou superior a 1 (um) ano, pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas penas restritivas de direitos, exequíveis simultaneamente.

Art. 45 – A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade, pelo tempo da pena aplicada, quando:

I – sobrevier condenação, por outro crime a pena privativa de liberdade cuja execução não tenha sido suspensa;

II – ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta.

Art. 46 – A prestação de serviços à comunidade consiste na atribuição ao condenado de tarefas gratuitas junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais.

Parágrafo único. As tarefas serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas, durante 8 (oito) horas semanais, aos sábados, domingos e feriados ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho.

Art. 47 – As penas de interdição temporária de direitos são:

I – proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo;

II – proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público;

III – suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo....

Seção III

Da Pena de Multa

Art. 49 – A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

§ 1 – O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário.

§ 2 – O valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária.

...

Capítulo II

Da Cominação das Penas

...

Art. 55 – As penas restritivas de direitos terão a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída.

...

Capítulo IV

Da Suspensão Condicional da Pena

Art. 77 – A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que:

I – o condenado não seja reincidente em crime doloso;

II – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício;

III – não seja indicada ou cabível a substituição prevista no Art. 44 deste Código.

§ 1. A condenação anterior à pena de multa não impede a concessão do benefício.

§ 2. A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 4 (quatro) anos, poderá ser suspensa, por 4 (quatro) a 6 (seis) anos, desde que o condenado seja maior de 70 (setenta) anos de idade.

...

Capítulo VI

Dos Efeitos da Condenação

Art. 91 – São efeitos da condenação:

I – tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;

II – a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;

a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;

b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

...

(À Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania)

Publicado no **Diário do Senado Federal**, de 2-8-97

Secretaria Especial de Editoração e Publicações – Brasília - DF

Direito Internacional

III Congresso de Magistrados do Mercosul “Direito Penal no Mercosul – Uma visão Humanística”

Marco Aurélio
Ministro do Supremo Tribunal Federal

Vivemos numa época de grande preocupação com os aspectos econômicos do cotidiano. É que, após um período de ventos favoráveis por quase todo o mundo, com países despontando em franco desenvolvimento, surgiram, nesta década, crises que não se mostraram setorializadas, mas de repercussão global. Os últimos acontecimentos revelam o definitivo entrelaçamento da economia, a ponto de não se poder mais raciocinar sobre tais questões a partir de regiões geográficas delimitadas. Dificuldades enfrentadas neste ou naquele país repercutem de maneira linear, solapando o aparente equilíbrio notado em certa localidade ou mesmo em determinadas instituições de sólidas bases na comunidade internacional. O fato é que, atualmente, de uma hora para outra, economias durante muito tempo consideradas estáveis e de confiabilidade inabalada desmoronam, com conseqüências que extravasam o campo em que surgem os problemas, refletindo, na prática, de forma simultânea e uniforme, em outras áreas que não as estritamente econômico-financeiras.

Hoje, as nações que se limitam a cuidar somente dos próprios interesses governamentais mostram-se cada vez mais - desatualizadas. O individualismo nacional, vindo à baila a toda força com o capitalismo europeu, desde o nascedouro, cede agora a idéias voltadas à coletivação dos povos, minimizando o papel das balizas territoriais. Materializa-se, como nunca. A máxima de estarmos vivendo em uma aldeia global, de modo a merecer tratamento comum a vasta gama de aspecto ligados à vida em sociedade. Não surpreende, portanto, a circunstância de que as transformações iniciadas há mais de uma década fazem-se cada vez mais abrangentes, ditando formas especiais de convivência, com o surgimento de implicações a extravasarem o universo limitado de uma nação, cujos interesses de modo algum se circunscrevem, hoje em dia, ao próprio povo. Se de um lado urge aos países, por menores e mais frágeis que sejam, a necessidade de procederem, com firmeza, a atos consentâneos com o predicado soberania, de outro impõe-se-lhes o enfrentamento dos obstáculos comuns, a partir de um trabalho conjunto, tomando-se a existência das linhas fronteiriças como simples meio voltado à preservação de uma organicidade cultural, ou, em última análise, à racionalização de esforços dirigidos, acima de tudo, à realização, ao bem-estar do homem, porquanto é sabido, desde tempos imemoriais: infrutífera será qualquer iniciativa que não vise ao aprimoramento da própria vida, de modo a torná-la uma fonte perene de alegria e realização. Não obstante, a tudo isso ainda se opõem visões distorcidas, conservadoras, alicerçadas, na maioria das vezes em alegadas singularidades culturais ou nas diferenças resultantes do estágio de desenvolvimento de cada nação.

Nesse contexto, surge com um exacerbado tom de novidade essa palavra-chave que é a GLOBALIZAÇÃO, nela sendo depositadas as esperanças de uma vida planetária mais equilibrada, em que os homens possam estar sempre irmanados pela presença constante de valor dos mais caros, mas lamentavelmente hoje em desuso, ou seja, a solidariedade. À mercê de técnicas modernas, ligadas especialmente ao mundo das informações e comunicações, fenômeno a viabilizar, de forma inédita, assaz aproveitamento do tempo, fator nunca antes tão valorizado, busca-se materializar a transnacionalização de mercados, surgindo, nesse passo, a flutuação de capitais, sempre guiada pela descoberta de espaços férteis a lucros imediatos: recursos passam a ser canalizados apenas de acordo com a oportunidade de retorno proveitoso, no menor tempo possível, pouco importando, nessa visão míope, os nefastos efeitos sociais de uma retirada brusca. Infelizmente, não há, em tal área, planejamento norteado pelo fim de proporcionar, aos habitantes da localidade na qual feito o investimento, um grau maior de crescimento como seres humanos que são, predominando, na maior parte das vezes e, por que não dizer na quase totalidade, a procura do lucro fácil, a poucos preocupando as conseqüências que advierem para aqueles estranhos, em termos de domínio, à migração das capitais. Suga-se, a mais não poder, o filão norteador do investimento, desprezando-se comezinhas noções ligadas à finalidade última da criação, como se o homem pudesse ser tomado como uma simples ferramenta, um verdadeiro robô que, ao cabo de uma tarefa, já desgastado, tem o destino próprio das coisas inúteis. Eis os desafios do momento e que não são equacionados, ao menos com a atenção exigida, ante esse fenômeno da modernidade que é a GLOBALIZAÇÃO. Potencializam-se os enfoques voltados ao êxito econômico-empresarial, olvidando-se a verdadeira extensão dos problemas atuais, como se as únicas questões estivessem limitadas à área financeira. Ao contrário, são elas multidimensionais, alcançando as searas do social, da cultura, da política e, acima de tudo, a jurídica, no que não se coaduna com as características próprias de um Estado Democrático de Direito o trato de qualquer matéria com o esquecimento, a colocação em plano secundário, da dignidade do homem, com qual são incompatíveis a pobreza, a marginalização e as desigualdades sociais. Absolutamente tudo há desfazer-se a fim de que não venham a se confirmar as palavras de Zaffaroni, para quem a globalização não passa de um instrumento de dominação, própria da revolução “tecnológica”, para a sobrevivência e fortalecimento dos mais poderosos em detrimento dos mais poderosos em detrimento dos mais débeis. Há pouco mesmo, tivemos ocasião de perceber a ênfase emprestada a interesses claramente balizados sob o ângulo subjetivo: em visita à América Latina, o Presidente Bill Clinton pleiteou, com ardor, a adesão

das Américas ao ALCA, a um mercado de livre comércio. O pano de fundo fez-se de imediato conhecido e outro não foi senão o afastamento das barreiras de proteção aos interesses latinos, impostas, por absoluta necessidade de sobrevivência, pelos assim chamados países em desenvolvimento. É inescusável que tais restrições são condenáveis; entretantes, há de se indagar sobre a equação existente, as peculiaridades reinantes e a preservação de quadro que não torne o país aderente um coadjuvante de categoria inferior e, o mais grave, em prejuízo de seu próprio povo, no que condenado de vez a um precipício, sem retorno efetivo que proporcione melhores condições de vida. Deve-se ter cuidado maior na caminhada que se inicia. Creio-a inafastável e por isso mesmo merecedora de atenção ímpar por aqueles comprometidos com interesses maiores, com o conforto espiritual e material dos seus semelhantes. As críticas à forma ora predominante devem ser consideradas com seriedade, não se e deixando contaminar os formadores de opinião, os responsáveis pela preservação da ordem jurídica e social acadêmicos advogados, membros do Ministério Público e magistrados, afim, os cidadãos em geral – com o clima de euforia que permeia os dias de hoje. Atendem todos para as conseqüências um tanto quanto sombrias apontadas por Zaffaroni, tomando-as não como algo definitivo, inexorável, mas como um alerta, uma advertência aos açodados, àqueles cuja visão está impregnada por falsa modernidade:

a – o domínio através de medidas e imposições econômicas (pagamento de dívidas externas consideráveis);

b – redução da violência bélica entre as potências líderes e o fomento de conflitos entre algumas das subalternas;

c – a privação de poder dos estados nacionais (perda do primado das políticas nacionais);

d – a concentração do poder-planetário em corporações transnacionais;

e – a produção de desemprego estrutural;

f - o deslocamento de população marginalizada da periferia ao centro e entre as próprias periferias;

g - a produção de sérios riscos de catástrofe ecológica (a exportação da produção suja para as zonas dependentes apenas atrasa seus efeitos), de revoltas sociais violentas (porque exclui do sistema produtivo amplos setores, sem perspectiva de incorporação) ou de crises financeiras (por efeito de uma acumulação que, em boa parte, se assenta na especulação e no encarecimento de coisas e serviços).

Indagarão os senhores, a esta altura, o que tem tudo isso a ver com este Encontro, destinado que foi à reflexão da Ciência do Direito no âmbito do Mercosul. Digo-lhes que em muito se relacionam. O intercâmbio entre as nações multiplica, de forma impensável, a possibilidade de conflitos. A atenção maior voltada para o mercado, com o afastamento de empecilhos voltada para o mercado, com o afastamento de empecilhos burocráticos à formalização de negócios jurídicos, faz-se com um esquecimento de valores universais, avolumando-se o contingente de excluídos e, assim, vindo-se a ter antagonismos não só no campo civil, como também no penal, aumentando a delinqüência, o s crimes rotulados como internacionais. Nota-se nos dias de hoje uma tendência ao elastecimento dos tipos penais e de definições em que não se leva em conta a origem, em si, das ocorrências, os aspectos negativos ditados pela própria sociedade na qual vivemos, a desviarem o homem de seu destino natural. As agruras do mercado, o desequilíbrio impiedoso entre oferta de mão-de-obra e escassez de empregos, a falta de perspectiva quanto a uma vida útil e retributiva, a exclusão de uma parcela considerável da população de uma

ambiente saudável e confortador, o crescimento das desigualdades, tudo isso faz com que o indivíduo acabe por claudicar na arte de proceder, abandonado a postura inerente ao homem médio. Aí, corre-se, mediante o toque pernicioso da própria mídia, para a introdução, no cenário jurídico, de um arcabouço persecutório penal exacerbado, olvidando-se, até mesmo, princípios constitucionais de importância basilar, como é o da individualização da pena. E tudo acontece sob o pretexto de dar-se resposta ao que se coloca como “exigências da sociedade”. Sob o ângulo estritamente formal, procede-se ao enquadramento de certos crimes como hediondos, acrescentando-se outros, ao sabor dos acontecimentos potencializados pelos meios de comunicação, como se fosse possível fazê-lo a partir de sentimentos momentâneos e sem buscar-se a devida correção de rumo relativamente aos fatos que os motivaram.

A ampliação do caráter repressivo das normas penais, apanhando-se procedimentos que até então não mereceram tal tratamento e exacerbando-se penas e regimes de cumprimento, não é o meio adequado à correção das mazelas vividas. Acima de tudo, cumpre ao Estado assumir a responsabilidade e perscrutar, com desassombro, as causas do aumento da criminalidade, combatendo-as e dando, em conseqüência, a oportunidade de uma vida digna àqueles menos afortunados.

É esse o modo de pensar que deve prevalecer nestes tempos de globalização, de intercâmbio incomum não apenas na área do comércio, mas também na da cultura dos povos. A multiplicidade de conflitos que certamente surgirá com a abertura dos mercados, com o aumento dos contatos das populações dos países do Mercosul – por ora Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai – não deve ensejar o recrudescimento de medidas punitivas, muito menos com atropelo a normas instrumentais viabilizadoras do exercício do direito de defesa, mas minimizar as desigualdades existentes, as exclusões que tanto nos envergonham, almejando-se, portanto, equações equilibradas sem predomínio do econômico sobre o social. Os artífices da ansiada justiça, os estudiosos do Direito devem debruçar-se sobre as mesas de trabalho com tal finalidade, restando impulsos próprios à fragilidade humana, evitando a transformação do Direito Penal em arma protetora dos garimpeiros do lucro fácil, que de forma alguma podem ser tidos como únicos a usufruir a proteção estatal. Dir-se-á que tudo isso não passa de um sonho, de uma utopia. Talvez o seja nos dias atuais, em que predomina a cegueira da racionalidade. Impõe-se, no entanto, a resistência, a aversão ao comodismo, ao misoneísmo, o olhar direcionado à realidade e à harmonia, ao invés de simplesmente viabilizar-se legislação penal voltada à perseguição, à punição inflexível daqueles que, sem possibilidades palpáveis no horizonte, acabaram por falhar, por sucumbir às vicissitudes da vida econômica, de resto impiedosa.

Os novos ares não devem servir de palco e motivação ao retorno a épocas nada saudosas, nas quais os envolvidos em prática criminosa mereciam a excomunhão maior. Se o tempo é de entendimento, que este se faça com a amplitude esperada, voltada ao bem-estar do cidadão e não apenas à abertura de novos mercados a especuladores.

A marcha no sentido da interdependência dos povos, sobrepujadas noções ligadas ao fator territorial, à soberania dos Estados, afirma-se irrefreável.

Entretanto, há de acontecer de maneira organizada, sem a colocação, em segundo plano, de valores consagrados não apenas nacionalmente, mas no âmbito mundial, em que pese ao vezo de fecharem-se os olhos a certos acontecimentos. A ideologia vencedora não deve ser a da predominância dos mais fortes sobre os mais fracos, mas aquelas na qual se colocam em primeiro plano os direitos naturais do homem, visto aqui como criatura com sede infindável de realização plena. Há de ousar-se, visando a tornar prevaiente o social, o bem-estar dos cidadãos, servindo a globalização como instrumento, como meio econômico e não como fachada de domínio por uns poucos, em detrimento da grande maioria. É preocupante a tendência ora

notada. O número de excluídos do processo de crescimento está no limite e este é um dado extremamente delicado para aqueles que têm compromissos maiores, entre os quais incluo, de imediato, os interlocutores do Direito. A pena não pode perder o caráter humanitário, como se os homens fossem feitos para a lei e não esta para eles. Impõe-se um controle sócio-penal, mas os contornos predominantes não podem extravasar a barreira do razoável, do proporcional, do necessário à preservação da segurança jurídica, devendo contar-se, sempre, com os princípios viabilizadores da plena defesa. Nesse campo, jamais se poderá abrir mão de formalidades rituais, porque são elas, em última análise, os freios dos que se arvoram em arautos da purificação dos povos conforme revela a história da humanidade.

No particular, não se pense numa codificação unitária. Conforme ressaltado por René Ariel Dotti, inigualável mestre do Direito Penal, a idéia de um Código Penal para a América Latina não passa de mera retórica. Tentativa nesse sentido, nos anos sessenta, mostrou-se imprópria, em que pese o envolvimento de notáveis penalistas. Jamais saiu do papel. Nem por isso é dado desprezar a necessidade de ter-se um sistema penal abrangente, a padronização de certas regras, considerada a ordem jurídica dos países envolvidos e aí há de merecer atenção, conforme ressaltado pelo citado penalista, aspectos processuais da maior relevância, como são:

a – o devido processo legal;

b – a publicidade do processo e do julgamento;

c - a fundamentação das decisões;

d – regras de cooperação internacional (colheita de prova, medidas cautelares de busca e apreensão, de prisão provisória cumprimento de ordens de prisão e outros);

e – o aprimoramento do instituto da extradição, incluindo-se a cláusula indispensável do devido processo legal;

f - a troca de presos condenados em definitivo, com as cautelas necessárias e a exigência de reciprocidade.

As adaptações legislativas-constitucionais dos países componentes do Mercosul – e o que formalizado até aqui no campo econômico é uma pequena porção do muito que se tem a realizar – não de ser implementadas ante a premissa de que tudo deve ser feito em proveito comum, em prol dos povos envolvidos, com especial atenção para o afastamento das desigualdades existentes, dos núcleos de pobreza quase que absoluta, inclusive criando-se foro especial e supranacional para a resolução de conflitos cíveis e penais que resultem desse novo estágio de convivência, observando-se, no tocante ao Direito instrumental e penal, a homogeneidade do sistema.

Quanto a uma Corte supranacional, que não haja, até mesmo em virtude do pequeno número de países envolvidos, as mesmas dificuldades notadas em relação à tentativa de criar-se um tribunal internacional para processar os envolvidos crimes contra a humanidade. Na conferência de Roma, realizada em julho de 1988, notou-se oposição dos Estados Unidos e da França quanto à iniciativa automática da Corte a ser constituída, o que talvez acabasse por criar embaraços.

Vê-se nessa oposição o peso dos interesses das grandes nações, a sobrepor-se aos objetivos visados. Impõe-se um tribunal internacional criminal para julgar atrocidades como as notadas na antiga Iugoslávia e em Ruanda. Diante das circunstâncias reinantes e da envergadura do tema a ser tratado, tudo recomenda seja tal corte dotada do poder de desencadear o processo. O Tribunal

de Nuremberg, instituído antes mesmo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que já completou cinquenta anos de existência, bem revela o efeito da vontade do homem. A necessidade é imperiosa porquanto, após a Segunda Guerra Mundial, mais de duas centenas de conflitos eclodiram, fazendo cerca de cem milhões de vítimas. Que a criação desse tribunal sirva de exemplo ao Mercosul, sendo de notar-se a adesão do Brasil a tal mister.

Há de haver simetria entre crimes e procedimentos, fato de grande importância colocado em plano secundário no Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais, de junho de 1996. Apenas para exemplificar a falta de atenção para com os parâmetros constitucional asseguradores de direitos do cidadão, previu-se, já no artigo 1º, a assistência, a alcançar uma série de atos de intervenção no campo da liberdade, “mesmo quando as condutas não constituírem delitos no Estado requerido...” Evidentemente, possíveis interessados poderão insurgir-se contra ato de autoridade nacional discrepante da ordem jurídico-constitucional em vigor e caberá ao Judiciário atuação sempre independente que dele é aguardada. De qualquer forma, esse protocolo consubstancia um considerável passo no sentido da reflexão sobre o tema – a cooperação entre os países do Mercosul no campo penal – muito embora seja dado notar preocupação maior com a perseguição, deixando-se em segundo plano os aspectos ligados à vida daqueles submetidos à custódia do Estado como, por exemplo, a questão sobre o local do cumprimento da pena.

Nota-se também, no protocolo em tela, o cuidado com o deslocamento de preso do Estado requerido para o requerente, vinculado à concordância do Estado requerido e do próprio preso – artigo 19. Complementando esta regra, tem-se providência cautelar de expedição de salvo-conduto pelo Estado requerente, assegurando-se o retorno de pessoa que haja consentido declarar ou dar testemunho – artigo 20.

Para finalizar, valho-me de síntese elaborada por um dos maiores pensadores humanistas do Direito Penal, cuja mestria já esteve a serviço do Judiciário e que hoje, porque integrado na vida acadêmica ativa, volta-se para setor sem divisas, que é o da humanidade como um todo. Refiro-me a Alberto Silva Franco, artífice insuplantável do Direito, enquanto ciência preocupada com o ser humano. Assim, resumiu o pensamento formado em trabalho elaborado com o título “Um Prognóstico Ousado – As perspectivas do Direito Penal por volta do ano 2.010”:

a – a globalização, para alguns autores, significa a subestima do direito em face da atuação dos conglomerados econômicos transnacionais. A capacidade de intervenção do direito minimiza-se na medida em que se vê na contingência de adotar padrões pragmáticos, de origens anglo-saxônicas, de evitar a formalização acolhida por anteriores modelos e de ter um grau mínimo de coercibilidade. A partir desses pressupostos, o Direito tenderia à reprivatização à margem do Estado, a uma flexibilização dos direitos trabalhistas, a um retrocesso na área dos direitos fundamentais e dos direitos sociais e um expressivo alargamento do campo repressivo;

b - a globalização, apesar de provocar as crises da legalidade, do estado social e da soberania do Estado-Nação, não pode gerar, também, a crise na perda de confiança na artificial raison, que é a razão jurídica moderna que erigiu, a duras penas, o paradigma teórico do Estado de direito, nem pode, por via de consequência, atingir a própria democracia, que é, em verdade, conquista irrenunciável da modernidade;

c – cabe à ciência jurídica, que interage com a política, usar o seu poder criativo para reagir contra o pessimismo que toma conta dos analistas da crise atual e lutar pelo direito e pelos direitos fundamentais, máxime pelos dos excluídos no processo de globalização, Não se trata de uma postura voluntarista, nem de alimentar uma confiança desmedida e insensata no

paradigma garantista, mas, sim, de demonstrar que, para a crise da razão jurídica, não há outras opções válidas.

O renomado Autor, tendo em vista especialmente Direito Penal, alerta para os seguintes pontos:

a - a funcionalização e a desformalização são duas tendências explicitamente reveladas pelo Direito Penal atual.

A primeira decorre de uma deformação da corrente funcionalista que vincula o Direito à política criminal. Num processo distorcido, tem-se atrelado o Direito a um determinado movimento político-criminal: a da lei e da ordem. Por outro lado, aumenta, a olhos vistos, o apoio à corrente funcionalista de Jacobs – que se mostra ajustável ao próprio sistema da globalização -, não obstante os perigos que representa para o paradigma garantista. A segunda está inserida no bojo da primeira: é o melhor caminho para o Direito Penal, perversamente funcionalizado, pois, na medida em que se suprimem ou se reduzem as barreiras processuais penais conquistadas a tanto custo, torna-se possível o uso de um instrumento repressivo, com caráter político;

b – o Direito Penal funcionalizado e desformalizado vão acabar num eficientismo que objetiva, afinal, a busca da eficácia do controle repressivo, sem nenhum limite ético, ao preço de garantias penais e processuais penais já incorporadas, há muito tempo, no patrimônio dos cidadãos.

Senhores, os dias atuais são mais desafiadores do que os passados. Suplantá-los requer apego a certos princípios. A globalização não pode ser tomada apenas como meio para o fortalecimento da economia, mas como mecanismo eficaz para chegar-se a uma solidariedade maior, compreendendo cada qual estar a própria segurança, o respectivo bem-estar intimamente relacionado com o combate aos bolsões de pobreza, de miséria, de condições de vida muito aquém dos níveis primários de sobrevivência. A responsabilidade não é somente dos governantes, dos detentores de mandatos, mas de todos aqueles que, beneficiados pela sorte, contam com a atenção de uma platéia, de um segmento da sociedade, por menor que seja. Podemos e devemos influir nos destinos dessa iniciativa que é o Mercosul, estendendo-a a campos outros que estão a reclamar de há muito nossa atenção. Estou certo de que este Encontro frutificará, servindo as idéias aqui externadas de inspiração a dias melhores.

Muito obrigado.

Direito Internacional

Globalização das Negociações Coletivas

Dárcio Guimarães de Andrade
Juiz vice-presidente do TRT / 3ª Região

Prolegômenos

A matéria é nova, não possui jurisprudência e a doutrina apresenta como parca. Merece, pois, amplos debates.

Quero, desde já, salientar que a negociação coletiva foi implantada, de modo expresso, pelo legislador e, tão-somente, através dela, obter-se-ão melhores condições de trabalho. O

ajuizamento de dissídio coletivo deve ser evitado ao máximo, porque o Poder Normativo da Justiça já está manietado, e as decisões normativas, via de regra, não atendem à população dos Sindicatos.

Recomendo ampla negociação, com boa dialética e paciência.

Repercussão da Nova Revolução Tecnológica na Economia Globalizada

Vivemos fase de transição, com magnos reflexos nas relações entre os homens e entre os países. A revolução tecnológica tem aumentado o desemprego. A informática, da larga difusão, provoca dispensas em massa, como acontece nos bancos. Vemos que o futuro invade velozmente o presente, com prejuízos para o emprego. Hoje, no intervalo de tempo que vai do nascimento à morte do homem atual, as condições de vida muda mais que em um milhão de anos no início da humanidade. A transmutação célere tem largas repercussões psíquicas, criando novas maneiras de pensar e novas formas de ser.

A automação e a robótica alteraram os processos de produção de bens e serviços, com repercussão trabalhista. Faz-se, hoje, no Japão, um carro em 8 horas, ao passo que aqui são gastas 48 horas. A quantidade dessa produção, com melhor qualidade, aumenta na razão inversa do número de operários recomendado para a função.

Nasceu o famigerado desemprego, ocasionando fenômeno mundial, com nascimento da economia informal e dos desprovidos da tutela estatal. A presença dos camelôs, em todos os lugares, é questão de sobrevivência, inelutável estado de necessidade. E o pior: vendem produtos contrabandeados, sem recolhimento de tributos. Aumentam-se os crimes e lotam-se as penitenciárias, gerando mais despesas para o Estado.

Hoje, em meio ao impacto da revolução tecnológica, implodiu o império soviético e ruiu o muro de Berlim, pondo cabo à Guerra Fria entre as ricas nações. Superando o conflito ideológico, motivou a liberação e a conseqüente mundialização da economia.

Os reflexos nas empresas foram incontinentes, visando a melhoria da produção e da quantidade, no afã de se conquistar novos mercados. Nasceu aqui a terceirização, quando a empresa tomadora contrata a empresa fornecedora para sua atividade-meio e dedica-se com mais atenção à sua atividade fim. Objetivou, outrossim, a redução de gastos. A terceirização, em primeiro plano, se dirige à Economia, mas o TST, diante da realidade, teve que baixar o Enunciado 331, para não ficar alheio ao acontecimento mundial. Contudo, o Juiz, com base no art. 9º da CLT, poderá afastar qualquer fraude detectada.

O Desemprego

É a triste realidade de nosso tempo e para a qual o governo não pode ficar silente. Atinge todos os países. A OIT, em 1995, explicitou a existência de 130 milhões de desempregados e 800 milhões de subempregados. Alemanha, Bélgica, França e Espanha registram índices de desemprego na faixa de 15% da força de trabalho. Contudo a Espanha registra o índice de 23% e a Argentina na base de 17% de desempregados. No Brasil, o desemprego oscila entre 6 e 7% da população economicamente ativa.

Em Minas Gerais, o desemprego é realidade palpável. Infelizmente, a meu sentir, a extinção do BNH colaborou para o desemprego, seguida da drástica redução das verbas destinadas às obras públicas. A construção civil era responsável por mais de 2 milhões de empregos diretos e

indiretos, aproveitando muita mão-de-obra desqualificada. O êxodo rural, devido ao aumento dos direitos trabalhistas, provocou o aumento das favelas e de desempregados.

Concomitantemente, liberou-se a importação de produtos alienígenas, mas sem adequar nossas indústrias, provocando a invasão dos produtos asiáticos, mais baratos, por contar com mão-de-obra barata (presos, crianças), sem encargos trabalhistas e trabalhando quilométrica jornada. A importação está assolando os setores de tecidos e de calçados, aumentando as falências e, conseqüentemente, o desemprego, levando os trabalhadores a se valerem do seguro-desemprego de curto prazo e ínfimo valor, com aparecimento de fraudes generalizadas.

A globalização fomenta a preocupação pelo rebaixamento dos preços e do acréscimo de qualidade. Só compete quem tiver bom produto e melhor preço. E para competir torna-se mister o preparo adequado.

Globalização – Considerações Gerais

O fenômeno moderno intitulado globalização espelha o momento atual da economia, em que se visa a competitividade, com abertura de fronteiras, vendendo-se os bons produtos. E para competir, obviamente, haverá necessidade de se preparar convenientemente, para não ficar a reboque e na parte derrotada. A produção, nas duas décadas, tem experimentado nova reestruturação, com o aumento substancial na automação, implantando-se nova tecnologia, em que a máquina substitui o homem e a flexibilização das relações de produção.

Tecnologias avançadas produzem bem rápido e barato, em condições de competir, em pé de igualdade, no mercado mundial. Obviamente, para evitar o desemprego em massa, surge a flexibilização, para atenuar o rigorismo da lei e com a atuação voltada para evitar o desemprego, flagelo atual e que assola quase todo o mundo. O nascimento dos camelôs, da economia informal, e o fechamento de nossas empresas, como é público e notório, exige pronta ação das autoridades governamentais e dos entes sindicais, pois o homem desempregado não tem conduta ilibada, partindo para ações delituosas.

Os tigres asiáticos, que possuem poucas despesas com fabricação, invadem o mundo com seus produtos, oferecendo melhores condições. Lá, conforme curial sábeça, a fase produtiva é baixa e, de tal arte, pode concorrer com os demais países. Relembre-se o elevado número de fábricas de tecidos brasileiros indo a falência, pois não se prepararam convenientemente para a disputa. O bom produto, aliado ao preço, tem competitividade e quem se colocar em posição antagônica fatalmente desaparecerá do mercado.

Fico preocupado, na área de saúde, em ver fechamento de hospitais e nenhum particular construir novo hospital. Só com poder público inaugura novos nosocômios. Será que a atividade hospital não oferece lucros? Meditem sobre isto. Em Belo Horizonte não se vislumbra a abertura, pelo particular, de hospitais. Vivemos no regime capitalista, em que o empresário visa lucro, reputado normal, pois o lucro não é IMORAL. Em sã consciência, ninguém vai gastar fortuna para construir hospital, sem a preocupação de retorno. Tenho dúvidas pela criação de hospitais com sucesso lucrativo, pois se a atividade econômica fosse lucrativa, certamente outros segmentos da categoria econômica já teriam nelas investido maciçamente. Talvez, porque a saúde tenha sido tutelada pela CF/88.

Flexibilização do Direito do Trabalho

A flexibilização tem o fito de garantir o emprego, mas com redução de direitos trabalhistas, contando com a participação dos entes sindicais. Não pode ser olvidado.

Aí está o art. 7º, itens VI, XIII e XIV, da CF/88, de modo claro, a ensejar a flexibilização, com a intervenção obrigatória dos Sindicatos. A lei 4.923/65 é também exemplo de flexibilização. Esta última corresponde a uma fenda no princípio da inderrogabilidade das leis e no da inalterabilidade *in pejus* das regras contratuais. Visa preservar a saúde da empresa, vivendo problemas econômicos, bem como a manutenção dos empregos. A participação sindical é obrigatória, pena de nulidade. Há, pois, a negociação coletiva entre o empregador e o sindicato profissional, exercida nos termos da lei. Aliás, pelo art. 8º, IV, da CF/88, o Sindicato não pode se recusar a negociar, ainda que não tenha sucesso.

Negociação Coletiva

Como dito, a negociação, como estatuída pela Carta Política de 1988, é **via Sindical**, onde seus dirigentes gozam da estabilidade provisória. Porém diante da fragilidade de alguns sindicatos, destituídos de boa representatividade e desprovidos de assistência jurídica, como pretender que a manutenção de direitos sociais básicos seja estipulada em contratos coletivos ou individuais?

Ora, o Brasil é um imenso território desigualmente desenvolvido, em que regiões plenamente desenvolvidas convivem com outras em vias de desenvolvimento. Minas Gerais, contando com mais de 900 municípios, possui o **bolsão da miséria** no Vale do Jequitinhonha, e persiste o trabalho infantil no Norte, mormente nas carvoarias. O desemprego ali é fato incontestado.

Como pretender, pois, que o Sindicato, de reduzida representatividade, com poucos empregados, possa, via negociação, conseguir, melhores condições e trabalho para a categoria? Acho humanamente impossível. Daí recomendar a transferência para a Federação, que é mais bem estruturada, tem visão generalizada do problema e está mais apta para se assentar à mesa. A unificação, em tal caso, se recomenda, atenta ao vetusto aforismo: “trabalhadores, unidos”. Conforme curial sabença, a união faz a força. É democrática, porque todos serão ouvidos, tirando-se a conclusão mais adequada. A tentativa agora sugerida deve ser feita, para a tomada de novos rumos.

Não se deseja subtrair a força do Sindicato, ente privado de magna valia e ao qual o trabalhador deve ser subjungir. Há soma de forças, com o mesmo fito: conquistar melhores condições de trabalho.

Mas não é só.

Os dirigentes da Federação, pela larga experiência, estão mais afetos às negociações, possuindo melhor dialética. As Federações, hodiernamente, têm enorme responsabilidade diante da notória crise e devem, ainda que a título experimental, fazer a união de forças, sob pena de perder, mais ainda, espaço para as centrais sindicais. O crescimento das centrais sindicais, na minha ótica, decorre da omissão das Federações. Sabidamente, as Centrais Sindicais não possuem legitimidade para firmar acordos e convenções coletivas de trabalho. Estas conseguiram vantagens concretas, consubstanciadas nos cheques mensais. Esta globalização não pode ser postergada. Tudo no início recebe a natural repulsa, pois, em sã consciência, ninguém deseja perder nada. A vaidade do sindicato deve-se quedar diante da oportuna intervenção da Federação, objetivando a mesma meta. O mundo é dos ousados, e nenhum dirigente deve pecar por omissão. Aliás, o Pe. Antônio Vieira preconizou que omissão é pecado. Logo, o dirigente deve pecar pelo que fez e nunca pelo que deixou de fazer. A perseguição às melhores condições deve ser permanente.

Tecidas essas considerações, examinarei os aspectos positivos e negativos da idéia, salientando que são meramente exemplificativos, pois, certamente, serão elásticos durante os debates e com a participação sempre valiosa do auditório. Nunca me considere dono da verdade e me curvarei diante da argumentação irresponsável. Posso até não concordar com uma só palavra dita, mas jurei defender, até à morte, o seu direito de dizê-la.

Argumentos Pró-Globalização

1) A união faz a força. A união da Federação com o Sindicato só trará vantagens para a categoria profissional, pois visa precipuamente a conquista de melhores condições de trabalho;

2) a Federação, pela sua organização, possui melhor estrutura administrativa e jurídica para participar da negociação. O Departamento Jurídico ajudará bem, fornecendo os subsídios necessários;

3) a Federação é composta por dirigentes mais **expertos**, afeitos com mais intensidade às negociações e também por líderes que mantêm contatos com a Confederação, onde relevantes assuntos serão discutidos. Certamente, da discussão sairá à luz;

4) a Federação, por estar longe do palco dos conflitos, tem mais serenidade para discutir, “in loco”, com a categoria econômica, situando-se num plano fora da emoção. Sabidamente, a emoção embora a inteligência e não trará conquistas para a classe trabalhadora. O radicalismo não poderá aflorar;

5) a Federação, por contar com dirigentes mais experientes e ter atuação em todo o Estado, estará, com a maior experiência adquirida, mais bem preparada do que o Sindicato, para levar a bom termo às negociações. Tem, na linguagem vulgar, melhor “jogo de cintura” e sem ameaça da perda do emprego;

6) acesso à mídia, pela Federação, e não se pode relegar a eficácia da imprensa, transformando-se em autêntico poder. A Federação, por estar sediada na Capital, terá mais acesso à MÍDIA;

7) politicamente, a eficácia e o poder de luta da Federação são nitidamente superiores ao do Sindicato, limitado à sua base territorial. Seu contacto com todos os segmentos ensinará melhor diálogo;

8) a visão da Federação, por manter contato com todos os Sindicatos, é maior, podendo conseguir melhores condições de trabalho para os companheiros, pois sua atuação se estende a todo o Estado, examinando casos díspares. Admite-se que a casuística é enorme, e as postulações são inesgotáveis, tal o poder de criatividade dos sindicatos;

9) a Federação está sempre em contato com a Confederação, ente superior, donde obtém melhor orientação, aliada à prudência e ao bom senso;

10) a Federação não deseja o esvaziamento dos Sindicatos, pelo contrário, deseja fortalecê-los, mormente os menos dotados de poderio econômico e político. A união tem o escopo de fortalecer a categoria para melhor competir, dentro da idéia da globalização. Sem o bom preparo prévio, não haverá condições de competitividade.

Há, na realidade, Sindicatos mais fracos. Serão reforçados, aumentando, de modo real, o poder de persuasão. A Federação negociará para todos os Sindicatos, elaborando a pauta, que

será adequada a cada região do Estado de Minas Gerais. A Federação coordenará e dará todo suporte essencial.

11) não retira o poder de ninguém. Ficam fortalecidos a Federação e o Sindicato, porque este, se negociasse sozinho, não conseguiria a vitória. A participação nos resultados poderá virar realidade;

12) a globalização, como exposto, se apresenta, no momento, como a melhor maneira de defender o trabalhador. O Brasil é grande demais, autêntico continente e caberá, pois, em razão da proximidade, a Federação, e jamais à Confederação. A Federação assinará para a área INORGANIZADA.

13) o tema é tão sedutor que a categoria econômica poderá formar comissão de empresários para negociar com a Federação, para proporcionar o equilíbrio entre o capital e o trabalho. Não há interesse, segundo penso, de manter a categoria profissional desgostada e descontente.

Argumentos contra a Globalização

1) A Federação não conhece a realidade local, pois o Sindicato, que ali se acha, tem domínio da situação;

2) diminui o poder de força do Sindicato, minimizando a atuação de seus dirigentes, que perdem o comando das negociações;

3) o deslocamento dos dirigentes da Federação acarretará ônus com hotéis, alimentação, passagens, etc.; idem, com o deslocamento dos dirigentes sindicais para a sede da Federação;

4) o Estado de Minas Gerais é grande demais, com mais de 900 municípios, e a presença da Federação demorará muito o que poderá ser fatal para os trabalhadores;

5) a Federação não conhece a realidade local, pois, sediada em Belo Horizonte, onde a situação das categorias profissional e econômica é totalmente diferente;

6) haverá prejuízo político para o Sindicato e avilamento para os seus dirigentes,. O prestígio perante os associados será abalado;

7) o sucesso das negociações será atribuído à Federação e não ao Sindicato, ferindo susceptibilidade. Ademais, todo dirigente é vaidoso e quer se intitular o dono da vitória, não tolerando a divisão do êxito;

8) o dirigente sindical, por estar mais em contacto com as empresas, vivenciando seus dramas, estará mais apto para firmar acordos coletivos de trabalho, evitando o colapso patronal e a incrementação da ociosidade;

9) o dirigente sindical possui a conhecida estabilidade no emprego e, de tal arte, terá condições de se assentar à mesa e lutar em prol da categoria. Seu conhecimento pessoal e direto, sempre mais antigo, permite melhor diálogo com a categoria econômica. Seu conhecimento da realidade local é insubstituível por qualquer outro ente sindical;

10) tomando a Federação a chefia das negociações, o Sindicato esvaziar-se-, perdendo, logicamente, seu poder de força. Sindicato frágil ninguém deseja: seus dirigentes e a própria categoria.

Conclusão

A – O interesse da categoria profissional deverá preponderar sobre a discussão envolvendo Sindicatos x Federação. O trabalhador, em sã consciência, deseja, de modo concreto e palpável, ver no cheque, mês a mês, o fruto da negociação, para melhorar suas condições de vida e dos dependentes; trabalhador bem remunerado possui mais alegria para viver;

B - Com a globalização, não haverão vencedores, nem vencidos, porquanto tem o objetivo primordial de conquistar melhores condições de trabalho para a categoria profissional;

C – Não há perda de “status” do Sindicato, pois a vitória será dele também, porquanto não ficará afastado da negociação, sendo coadjuvado pela Federação, cuja meta é de colaborar para o bem-estar dos trabalhadores;

D - Os sindicatos mais fracos, com o apoio efetivo da Federação, terão aumentado seu poder de força para perseguir melhores condições de trabalho, meta de todo ente sindical.

E – Atender-se-á à recomendação legal de que a negociação será via sindicato, o que acontecerá com exatidão e atender-se-á à Jurisprudência do TST;

F – As despesas serão enfrentadas pela Federação com a Contribuição Confederativa, destinada aos 3 entes sindicais, na base de 80%, 15% e 5%;

G - Vale insistir na idéia de que, à primeira vista, pode ser antipática, mas que, amadurecida e discutida, convolar-se-á em boa realidade. Ademais, se, por absurdo, frustrar-se, voltar-se-á ao procedimento antigo. Ninguém quer esvaziar o outro. Pelo contrário, o desiderato é o aumento das vitórias da categoria.

Estas são as idéias que, no presente, como disse, reputam adequadas. Certamente serão fortalecidas com as oportunas intervenções da platéia.

Evitem o ajuizamento de dissídios coletivos.

Acho que a globalização, como preconizado, se apresenta, no momento atual, como a melhor maneira de defender o trabalhador. A nós, que vivemos no mundo do Direito, cumpre crer e enviar esforços para que os instrumentos da lei façam a reformulação dos sistemas atinentes às relações entre os homens, amoldando princípios tradicionais em função das novas realidades. Hoje, o alvo deve ser a humanidade, com o reconhecimento dos direitos coletivos, visando a concretização da sonhada Justiça Social.

Com solidariedade e companheirismo manteremos sempre viva a espera num futuro melhor. Essa é à força da minha proposição.

É o que penso, SMJ.

Belo Horizonte, 23 de maio de 1997.

Direito Comercial

Alienação do Controle nas S.A.

Extinção da Oferta Pública Obrigatória

Carlos Dias Motta
Juiz de Direito em São Paulo
Doutorando em Direito Civil pela Universidade de São Paulo

1. Introdução

Verifica-se claramente uma propensão mundial de diminuição do Estado, que deixa de ter participação ativa no campo econômico, passando principalmente a regulá-lo e a fiscalizá-lo.

A par disso, também é nítido o processo de globalização, não apenas cultural, mas também econômico. O desenvolvimento dos meios de comunicação proporcionou a interligação entre os diversos mercados regionais, que se refletem uns aos outros, de forma quase instantânea.

Em virtude desse fato, o Brasil procura enquadrar-se às novas tendências mundiais, inclusive adaptando a Constituição Federal e a legislação inferior às atuais exigências. Assim, as distinções, por exemplo, entre empresas estrangeiras e empresas nacionais, consagradas na Constituição de 1988, vêm sendo mitigadas.

Nesse cenário, a Lei nº 6.404/76 (Lei das S.A.) não mais atendia a determinadas exigências dos mercados nacional e internacional. Após mais de vinte anos de existência, seus méritos são reconhecidos, pois serviu como relevante instrumento de consolidação de um mercado mais maduro, fortalecendo empresas e investidores. Alterações, no entanto, já eram reclamadas.

Surgiu, então, a chamada mini-reforma da Lei das S.A., por meio da Lei nº 9.457, de 5 de maio de 1997, que também promoveu alterações na Lei nº 6.385/76, que cuida do Mercado de Capitais.

Em linhas gerais, as alterações promovidas na Lei das S.A. procuraram facilitar as privatizações. Dos trezentos artigos da Lei, apenas quarenta e cinco foram alterados. A reforma, como visto, não é substancial, embora tenha tocado em aspectos relevantes. Não perdeu, por conseguinte, a Lei das S.A. a sua harmonia e sistematização, não obstante alguns problemas que existiam e outros que surgiram.

Observa Nelson Eizirik a respeito: “A crescente privatização, mediante a alienação do controle de empresas estatais, ocorrida particularmente nos setores de siderurgia, petroquímica e fertilizante, e que se concentrará, doravante, nas concessões de serviços públicos, acarretou, também, a necessidade de *arranjos societários* cujo custo poderia ser excessivo, face às normas legais então vigentes. Havia, em suma, fatores de ordem econômica a demandar do legislador respostas visando adequar o arcabouço jurídico das sociedades anônimas e do mercado de capitais à nova realidade”¹

As três principais alterações dizem respeito à redução do direito de retirada, ao valor do reembolso no recesso e, finalmente, à alienação do controle. Importa, nesse trabalho, examinar o último ponto, com destaque para a extinção da oferta pública obrigatória na alienação do controle da sociedade aberta, já que, para a fechada, a oferta pública não era necessária.

2 . A Proteção dos Acionistas Minoritários

Por ocasião da discussão e elaboração da Lei das S.A., uma das maiores preocupações era no tocante à proteção que mereciam os acionistas minoritários, muitas vezes vítimas dos acionistas controladores e de um mercado de capitais ainda em formação. Procurou-se, com a lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, promover o amadurecimento do mercado de capitais e o fortalecimento das companhias, atraindo, ao mesmo tempo, novos investidores, inclusive para a Bolsa de Valores e para o Mercado de Balcão. Assevera Osmar Brina Corrêa-Lima: “O objetivo maior da Lei 6.404/76, expressamente declarado e decantado, consistia e consiste em estabelecer um mecanismo jurídico apto a propiciar o fortalecimento da empresa genuinamente privada e nacional. Para facilitar a consecução desse objetivo, o legislador sentiu a necessidade de armar um esquema supostamente capaz de atrair os investidores para o mercado de ações”².

A questão da falta de proteção ao acionista minoritário agravou-se com a sucessão de fusões e incorporações de instituições financeiras máxime a partir da década de 60. A política governamental voltava-se para a redução do número de bancos e estimulação da formação de grandes grupos. Uma vez que dependiam de autorização do estado para funcionar e que as antigas cartas-patentes eram concedidas em número insuficiente à demanda, os grandes bancos incorporavam os pequenos com o fito de ampliar o número de agências.

Neste diapasão, o interesse das grandes instituições financeiras era a aquisição do controle das pequenas, pois visavam a aquisição de seus intangíveis, inclusive a autorização para funcionar e ter agências bancárias. A esse respeito, esclarece Roberta Nioac Prado: “Como conseqüência, os minoritários acabavam por ficar de mãos atadas frente aos novos controladores, que praticamente nada pagavam por suas ações, uma vez que no preço da aquisição do bloco de controle da empresa incluía-se o valor de tais intangíveis que não eram repassados aos minoritários quando da substituição de suas ações por novas ações da incorporadora, eis que o valor pago dos mesmos já havia sido pago aos controladores da incorporada”³.

Cabe observar que dentre os “intangíveis” (*intangible property*, aviamento), termo adotado pela lei, estão incluídos o know-how, os bens incorpóreos, o *goodwill* e a autorização para funcionar.

Surgiram, então, posições em defesa dos direitos dos acionistas minoritários, procurando meios de dar a eles tratamento equivalente ao dispensado aos controladores. Observa Nelson Eizirik: “Tal tratamento igualitário aos acionistas minoritários visou corrigir situações de manifesta iniquidade, em transferência de controle de bancos, ocorridas a partir de 1967, nas quais o acionista controlador apoderava-se de todo o sobre preço, algumas vezes equivalente a mais de dez vezes o valor de cotação das ações em Bolsa”⁴.

Em razão de determinada transferência de controle acionário de instituição financeira que tinha a Santa Casa de Misericórdia de São Paulo como acionista minoritária, intensificou-se o movimento pela criação de regras protetivas. Certo grupo financeiro procurou a Santa Casa e adquiriu suas ações por preço até mesmo superior ao da cotação em Bolsa. Logo após, o controle da sociedade foi alienado e, com ele, as ações que tinham pouco antes sido adquiridas da Santa Casa, por preço doze vezes maior que ao a ela pago. Assim, o uso de informação privilegiada e ainda não divulgada causou grande prejuízo à Casa de Misericórdia.

3. Evolução Legislativa

Apresentou, então, o deputado Hebert Levy o projeto de lei, em 1972, que assegurava aos acionistas minoritários, nas sociedades anônimas de capital aberto, o recebimento do mesmo preço pago por ação ao acionista controlador. No ano seguinte, a Bovespa apresentou projeto à

Câmara dos Deputados, criando a oferta pública para aquisição das ações dos minoritários em igualdade de condições em relação ao controlador. Autoridades governamentais manifestaram-se publicamente a favor da criação de instrumentos de proteção aos acionistas minoritários.

Entretanto, no Projeto de Lei que resultou na atual Lei das S.A. (Lei nº 6.404/76) não foi incluído dispositivo semelhante, a não ser para as companhias abertas que dependiam de autorização do governo para funcionar, pois, para estas, a autorização para funcionar, parte integrante dos intangíveis, pertenceria a todos os acionistas. No item “d” da Mensagem 204 encaminhada pelo Presidente da República ao Congresso Nacional em 2 de agosto de 1976 (exposição de motivos do mencionado projeto) consta que não seria coerente estender aos minoritários o benefício econômico inerente ao controle da companhia, pois os controladores têm responsabilidades próprias definidas em lei, das quais os minoritários não partilham.

Durante a tramitação do Projeto, foram apresentadas emendas sobre o tema, tendo, finalmente, sido aprovada a emenda nº 26 do Senador Otto Lehman, dando a redação ao artigo 254 da lei. Não houve veto a respeito pelo Presidente da República. Era a seguinte a redação do artigo 254 da Lei das S.A.:

Art. 254. A alienação do controle da companhia aberta dependerá de prévia autorização da Comissão de Valores Mobiliários.

§ 1. A Comissão de Valores Mobiliários deve zelar para que seja assegurado tratamento igualitário aos acionistas minoritários, mediante simultânea oferta pública para aquisição de ações.

§ 2º. Se o número de ações ofertadas, incluindo as dos controladores ou majoritários, ultrapassar o máximo previsto na oferta, será obrigatório o rateio, na forma prevista no instrumento de oferta.

§ 3º. Compete ao Conselho Monetário Nacional estabelecer normas a serem observadas na oferta pública relativa à alienação do controle de companhias abertas.

Na mesma linha, mas tratando das companhias que dependem de autorização do governo para funcionar, inclusive instituições financeiras, o artigo 255 dispunha:

Art. 255. A alienação do controle de companhia aberta que dependa de autorização do governo para funcionar e cujas ações ordinárias sejam, por força de lei, nominativas ou endossáveis, está sujeita à prévia autorização do órgão competente para aprovar a alteração do seu estatuto.

§ 1º A autoridade competente para autorizar a alienação deve zelar para que seja assegurado tratamento equitativo aos acionistas minoritários, mediante simultânea oferta pública para aquisição das suas ações, ou a rateio, por todos os acionistas, dos intangíveis da companhia, inclusive autorização para funcionar.

§ 2º Se a compradora pretender incorporar a companhia, ou com ela se fundir, o tratamento equitativo referido no § 1º será apreciado no conjunto das operações.

Desta forma, prevaleceu a tese de que o sobre preço decorrente do controle da companhia não deve beneficiar exclusivamente quem detém o controle, mas também o acionista minoritário, pois os intangíveis, inclusive a autorização para funcionar, quando for o caso, pertencem a todos, e não apenas ao controlador. Em outras palavras, como salientou Wilson de Souza Campos

Batalha, expondo a controvérsia, “se a empresa aberta alcança novas condições econômico-financeiras com a participação da poupança popular, não é justo que somente os acionistas majoritários ou controladores sejam beneficiados”⁵.

4. O Regime Anterior

Como visto, prevaleceu no regime da Lei nº 6.404/76 a necessidade da oferta pública para a alienação do controle de companhia aberta, como forma de proteção dos acionistas minoritários. Assim, o adquirente do controle estava também obrigado a adquirir as ações dos acionistas minoritários que as quisessem vender sob as mesmas condições. A par disso, poderia ser adotado, em substituição à oferta pública, o procedimento do rateio dos intangíveis por todos os acionistas, como previa o art. 255, § 1º

Por expressa disposição legal, a oferta pública obrigatória estava limitada às companhias abertas. Críticas surgiram a essa restrição. Segundo os críticos, a proteção aos acionistas minoritários de companhia fechada seria ainda mais necessária, pois, caso discordassem da alienação do controle, não teriam acesso ao mercado de capitais para a venda de suas ações. Cabe ainda observar que a alienação do controle não era e não é motivo para recesso do acionista dissidente.

Disciplinando a matéria, o Banco Central do Brasil editou a Resolução nº 401/76, dando as normas da oferta pública. Definiu o “controle” para os fins de alienação, inclusive pelo seu exercício de fato nos últimos três últimos anos. Quanto ao procedimento para a oferta pública, era possível a identificação de três fases. A primeira, de caráter negocial, envolvendo o controlador e o interessado na aquisição do controle. A segunda, intermediária, que envolvia a solicitação de autorização da Comissão de Valores Mobiliários para a efetivação da alienação do controle. Cuidava-se de ato administrativo. A última fase envolvia a oferta pública propriamente dita, que deveria ser realizada dentro do prazo de noventa dias. Acerca da participação da CVM, salientou Wilson de Souza Campos Batalha: “A Resolução deixa claro que a CVM não pode entrar no mérito da conveniência ou inconveniência da alienação do controle acionário, devendo limitar-se à verificação, meramente formal, do preenchimento dos requisitos que efetivamente assegurem igualdade de tratamento a acionistas controladores e a acionistas minoritários, ao ensejo da negociação do controle acionário”⁶.

Exclui a mencionada Resolução 401 a possibilidade de os acionistas sem direito a voto aderirem à oferta pública obrigatória. A restrição mais uma vez dividiu os doutrinadores. Alguns entendiam que não se justificava mesmo estender o regime a esses acionistas, pois a questão referente ao controle envolve aspectos políticos da sociedade, estranhos, portanto, aos acionistas sem direito a voto. Em posição contrária, outros criticavam a restrição, afirmando que a oferta pública obrigatória tinha em vista a proteção dos minoritários e que também os preferencialistas sem direito a voto a mereciam, pois a eles da mesma forma pertenciam os intangíveis da companhia.

Também a alienação indireta do controle, por meio de *holding*, deveria observar a oferta pública, segundo o entendimento predominante, inclusive da Comissão de Valores Mobiliários⁷.

A efetiva proteção ao minoritário foi observada em interessante acórdão publicado na RT 625/47, relatado pelo Desembargador Márcio Bonilha do Tribunal de Justiça de São Paulo. Deixaram os administradores de determinada companhia de divulgar oportunamente a transferência do controle, impedindo, assim, que acionistas minoritários, autores da ação, aderissem à oferta pública, pois antes já tinham alienados suas ações por preço inferior. Consta do julgado: “Os réus, na qualidade de administradores da empresa Howa S/A Indústrias

Mecânicas, olvidando elementar obrigação jurídica, inteiramente alheios aos interesses dos acionistas minoritários da companhia de capital aberto, deixaram de prestar informação de fato relevante, de que dispunham, imediatamente, à Bolsa de Valores, e a divulgar pela imprensa, a ocorrência da ajustada transferência do controle acionário da sociedade anônima, dando causa ao prejuízo sofrido pelos réus, que efetuaram a venda por valor inferior ao da oferta pública, como se verifica dos termos do edital, que veio a ser, posteriormente, publicado pela imprensa, em data bem distante da operação lesiva a que foram levados os autores”. Como fundamento legal, foi invocado no julgado o art. 157, § 4º, da Lei das S.A., que dispõe sobre o dever de informação pelos administradores de companhias abertas de fatos relevantes que possam influir na compra ou venda de valores mobiliários emitidos pela companhia. Foram, então, os administradores solidariamente condenados a reparar os danos sofridos pelos acionistas minoritários.

A opção do rateio dos intangíveis da companhia por todos os acionistas, em substituição à oferta pública, nunca foi, na verdade, bem aceita. Apenas para exemplificar seus inconvenientes, tome-se a situação de duas ou mais alienações sucessivas do controle. Os acionistas minoritários receberiam, então e estranhamente, duas ou mais vezes a sua parte dos intangíveis, pois a cada alienação do controle haveria um correspondente rateio.

5. Alterações Decorrentes da Lei 9.457/97

Como visto, a mini-reforma da Lei das Sociedades Anônimas teve como um dos principais objetivos facilitar as privatizações. Assim, foi eliminada a obrigatoriedade da oferta pública na aquisição do controle.

Arnold Wald observa: “A nova lei veio, também, facilitar os processos de concentração e de reorganização empresarial de empresas, favorecendo, igualmente, os processos de privatização, mediante a revogação do artigo 254 da Lei nº 6.404/76, que, complementada pela Resolução nº 401, do Conselho Monetário Nacional em 22 de novembro de 1976, condicionava a transferência de controle de companhias abertas à prévia autorização da CVM, obrigando o adquirente do controle a realizar oferta pública para aquisição das demais ações votantes detidas pelos acionistas minoritários”⁸.

Do mesmo sentir, destacando o aspecto financeiro, é Nelson Eizirik: “A eliminação do tratamento igualitário, conforme a justificação do “Projeto Kandir”, fundamenta-se basicamente na necessidade de reduzir, para o adquirente do controle acionário, os custos da operação; tais recursos, ao invés de ser utilizados na capitalização da empresa estariam sendo despendidos na aquisição das ações dos minoritários”⁹.

Foi, então, revogado todo o artigo 254 da Lei das S.A., que cuidava da oferta pública para a alienação do controle para as companhias abertas. O *caput* do artigo 255, que exige, para alienação do controle de companhia de capital aberto que dependa de autorização do governo para funcionar, autorização do órgão competente para aprovar a alteração do seu estatuto, também foi alterado. Aboliu-se apenas a referência às ações nominativas ou endossáveis, com adaptação da redação à anterior extinção das ações ao portador e endossáveis. Os dois parágrafos, que também cuidavam da oferta pública e do tratamento equitativo, foram revogados.

6. Outras Disposições Sobre a Alienação do Controle

Subsiste, é de relevo salientar, a oferta pública facultativa prevista no art. 257 da Lei das S.A., que não sofreu qualquer alteração com a Lei nº 9.457/97. Trata-se da aquisição do controle mediante oferta pública (*takeover bids* do direito americano), pela qual o ofertante se dispõe a

adquirir ações no mercado para atingir o controle da companhia. Leciona Nelson Cândido Motta: “Já a *oferta pública* prevista no art. 257 e ss. Foi instituída como uma modalidade de atuação de mercado, uma técnica de aquisição ou formação do controle, que foi incorporada ao nosso direito a partir das práticas e procedimentos já consagrados e consolidados há vários anos, em outros países”¹⁰. Poderá, enfim, ser usado este dispositivo como sucedâneo dos revogados, mas sempre em caráter não compulsório.

Também cuida a lei da aquisição, por companhia aberta, do controle de qualquer sociedade mercantil, que poderá ser anônima, limitada ou de outra espécie. Estatui o art. 256 que a compra dependerá da deliberação da assembléia geral da compradora, especialmente convocada para conhecer da operação, sempre que: I – o preço de compra constituir, para a compradora, investimento relevante; II – o preço média de cada ação ou quota ultrapassar uma vez e meia a maior dos 3 (três) valores a seguir indicados: a) cotação média das ações em bolsa ou mercado de balcão organizado, durante os noventa dias anteriores à data da contratação (nova redação); b) valor de patrimônio líquido da ação ou quota, avaliado o patrimônio a preços de mercado; c) valor do lucro líquido da ação ou quota, que não poderá ser superior a 15 (quinze) vezes o lucro líquido anual por ação (art. 187, nº VII) nos 2 (dois) últimos exercícios sociais, atualizado monetariamente. Cabe observar que os critérios para a definição de investimento relevante são dados pelo art. 247, parágrafo único. O patrimônio líquido é calculado segundo as diretrizes do art. 248, que dispõe sobre a avaliação do investimento em coligadas e controladas. Para apuração do valor de mercado mencionado, deve ser observado o art. 183, § 1º. Já para o cálculo do lucro líquido anual por ação, incide o art. 187. VII.

O § 1º do mesmo artigo 256 também foi alterado, exigindo agora que a proposta ou contrato de compra submetido à assembléia sejam acompanhados de laudos de avaliação, observado o disposto no art., 8º §§ 1º e 6º, sob pena de responsabilidade. O laudo de avaliação fornece maior segurança e transparência ao negócio, para que a assembléia possa decidir a luza de elementos precisos.

Foi emitido (art. 256, § 2º), mas agora com restrições, o direito de recesso do acionista dissidente da deliberação da assembléia que aprovar a aquisição do referido controle, se o preço de aquisição ultrapassar uma vez e meia o maior dos três valores de que trata o inciso II ainda do art. 256. A restrição criada refere-se ao art. 137, II. Assim, não haverá o direito de recesso se as ações tiverem alto índice de liquidez e dispersão no mercado de capitais, podendo, então, o dissidente vender facilmente suas ações sem onerar a companhia. Como assinalam Wilson de Souza Campos Batalha e Sílvia Marina L. Batalha de Rodrigues Netto, “o direito de recesso é assegurado apenas ao acionista dissidente da assembléia geral da companhia compradora, mas não da companhia vendedora”¹¹.

7. Reações à Extinção da Oferta Pública

Examinando o regime atual, apresenta Nelson Eizirik a polêmica de maneira objetiva: “Com a reforma, inequivocamente, ‘ganham’ os acionistas controladores, que doravante serão os únicos a se apropriarem do preço pago na operação de alienação do controle acionário; por outro lado, sempre foi bastante discutível, do ponto de vista econômico e jurídico, a extensão aos minoritários do sobre preço inerente ao poder de controle”¹².

Modesto Carvalhosa é incisivo a alteração, observando: “No plano das iniquidades, a nova lei suprimiu os artigos 254 e 255 que tratavam de oferta pública aos minoritários em caso de alienação de controle. Tal retrocesso demonstra a persistência do perfil institucional da lei societária, a serviço das macropolíticas governamentais do momento. Com isso, os acionistas

minoritários ficaram prejudicados patrimonialmente, já que os adquirentes de controle de companhias abertas não mais precisarão comprar as ações dos controladores”¹³.

Arnold Wald, de forma geral, aplaudiu a reforma. Pondera: “Em conclusão, cabe reconhecer os méritos da Lei nº 9.457/97, na medida em que atendeu a vários dos clamores do mercado, seja em relação à disciplina das sociedades por ações, seja quanto ao aperfeiçoamento da normatização do mercado de valores mobiliários, o que não elimina, todavia, a necessária reflexão sobre a elaboração de uma reforma ampla e sistemática, que atenda à atual dinâmica da sociedade por ações”¹⁴.

8. O direito Comparado

O estudo do direito comparado revela que a questão relativa à obrigatoriedade da oferta pública está presente nos diferentes sistemas. Roberta Nioac Prado faz considerações sobre os direitos americano, francês e italiano¹⁵. Nos Estados Unidos, apesar de uma outra manifestação em contrário, a oferta pública não é obrigatória, tendo, portanto, os acionistas controladores direito ao recebimento do sobre preço ou ágio na alienação do controle. Deverão, entretanto, observar lisura na transação, não prejudicando os interesses dos minoritários. Assim, as negociações deverão observar as regras da informação (*full and fair disclosure*). Não poderão agir com fraude ou valer-se de informações privilegiadas (*insider trading*). Em virtude de serem regras genéricas e em razão da dificuldade da prova da fraude, tem sido adotada naquele país a prática de inclusão de cláusulas específicas de proteção nos estatutos e contratos, prevendo, por exemplo, o direito de retirada do acionista descontente com a alienação do controle.

Cabe ainda noticiar que a oferta pública obrigatória está prevista na França e na Itália, com disciplina própria.

9. Conclusões

A extinção da oferta pública obrigatória na alienação do controle realmente facilita as privatizações, tornando a operação menos onerosa para o adquirente. Esse era o objetivo da reforma e foi alcançado.

Por outro lado, o acionista minoritário de companhia aberta com direito a voto viu enfraquecida a sua situação quando da alienação do controle, pois não tem direito de recesso e não mais é beneficiado pela oferta pública de compra de suas ações nas mesmas condições oferecidas ao controlador.

É preciso que o próprio mercado de capitais encontre meios de evitar os abusos e a prática de atos fraudulentos como o já mencionado e ocorrido com a Santa Casa de Misericórdia. A Lei nº 6.404/76 contém dispositivos que, corretamente aplicados, podem ser eficazes para proteger os minoritários. A título de exemplo, a lei dispõe sobre o “dever de diligência” (art. 153), a “finalidade das atribuições e desvio de poder” (art. 154), o “dever de lealdade” (art. 155), “o conflitos de interesses” (art. 156) e o “dever de informar” (art. 157). Impõe ainda responsabilidade pela violação da lei ou dos estatutos. Os argumentos que se encontram no julgado já examinado¹⁶ permanecem válidos, mesmo sob o atual regime, pois a alienação do controle constitui sem dúvida fato relevante a ser divulgado pelos administradores, sob pena de *insider trading* e conseqüente responsabilidade civil por prejuízos causados.

A par disso, e a exemplo do que ocorre no direito americano, os próprios estatutos poderão ser alterados para conter disposições tendentes a evitar ou diminuir prejuízos aos minoritários na alienação do controle.

O tempo e a experiência por certo ditarão caminhos e meios para que as exigências da política econômica, mundial e local, não se tornem motivo de insegurança ou indignação para os pequenos acionistas e investidores. Haverá se surgir o equilíbrio entre as novas características mundiais (globalização e privatizações) e o resguardo dos direitos das minorias. A falta de proteção conduz ao abuso, em detrimento do mais fraco econômica e politicamente; por outro lado, a proteção excessiva impede a evolução da economia e do direito, além de tolher a integração do país a um mercado mundial extremamente competitivo e muitas vezes injusto. Aqueles que se sentirem prejudicados por práticas abusivas e fraudulentas devem buscar a reparação eventualmente cabível perante o Poder Judiciário. Também a arbitragem e a mediação são instrumentos úteis para a solução dos conflitos que por certo surgirão.

10. Notas e Referências Bibliográficas

1. *Reforma das S.A. e do Mercado de Capitais*, Rio de Janeiro, Renovar, 1997, p. 3.
2. *Alienação de Controle de Companhia Aberta Sujeita a Autorização Para Funcionar*, in RT 645/23
3. *Da Obrigatoriedade por Parte do Adquirente do Controle de Sociedade por Ações de Capital Aberto de Fazer Simultânea Oferta Pública, em Iguais Condições, aos Acionistas Minoritários – Art 254 da Lei 6.404/76 e Resolução CMN 401/76 – é Efetivo Mecanismo de Proteção aos Minoritários?*, in *Revista de Direito Mercantil* nº 106, Malheiros, 1997, p. 85.
4. *ob. cit.*, p. 84.
5. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, vol III, Rio de Janeiro, Forense, p. 1.117.
6. *ob. cit.*, p. 1.123.
7. cf. *Revista da CVM*, nº 1, p. 29.
8. *A Reforma da Lei das Sociedades por Ações*, in *Revista do Advogado – AASP*, nº 52, 1998, p. 14.
9. *ob. cit.*, p. 86.
10. *Alienação de Controle de Instituições Financeiras, Acionistas Minoritários. Notas Para Uma Interpretação Sistemática da Lei das S/A.*, in *Revista de Direito Mercantil* nº46, p. 42.
11. *A Nova Lei das S.A.*, São Paulo, LTr, 1988, p. 209.
12. *ob. cit.*, p. 87.
13. *A Reforma da Lei de Sociedades por Ações*, in *Revista do Advogado AASP*, nº 52, 1998, p. 31.
14. *ob. cit.*, p. 17
15. *ob. cit.*, p. 97-103
16. RT 625/47, de 1987.

BATALHA, Wilson de Souza Campos, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, vol III, Rio de Janeiro, Forense.

BATALHA, Wilson de Souza Campos e Sílvia Marina L. Batalha de Rodrigues Netto. *A Nova Lei das S.A.*, São Paulo, LTr, 1998.

CARVALHOSA, Modesto. *A Reforma da Lei de Sociedades por Ações*, in *Revista do Advogado – AASP*, Nº 52, 1998.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina, *Alienação de Controle de Companhia Aberta Sujeita a Autorização Para Funcionar*, in RT 645/23.

EIZIRIK, Nelson. *Reforma das S.A. e do Mercado de Capitais*, Rio de Janeiro, Renovar, 1997.

MOTTA, Nelson Cândido. *Alienação de Controle de Instituições Financeiras, Acionistas Minoritários. Notas Para Uma Interpretação Sistemática da Lei das S.A.*, in *Revista de Direito Mercantil* nº 46.

PRADO, Roberta Nioac. *Da Obrigatoriedade por Parte do Adquirente do Controle de Sociedade por Ações de Capital Aberto de Fazer Simultânea Oferta Pública, em Iguais Condições, aos Acionistas Minoritários – Art. 254 da Lei 6.404/76e Resolução CMN 401/76 – É Efetivo Mecanismo de Proteção aos Minoritários?*, in *Revista de Direito Mercantil* nº 106, Malheiros, 1997.

WALD, Arnold. *A Reforma da Lei das Sociedades por Ações*, in *Revista do Advogado – AASP*, Nº 52, 1998.

Debate

A Arbitragem e seus Mitos (Resposta ao Juiz Silva Salvador)

Welber Barral
Prof. Direito Internacional Econômico (UFSC)

Introdução

O presente artigo foi motivado pela leitura de trabalho recentemente publicado nesta revista, de autoria do 2º Vice-Presidente da APAMAGIS (Salvador, 1998). O trabalho citado busca demonstrar o caráter “falho, injusto e inconstitucional” da nova lei de arbitragem, exortando os juízes a não executarem as sentenças arbitrais, a não ser que previamente homologadas.

Como contribuição ao assunto, o presente artigo discute as principais idéias apresentadas naquele trabalho. Ao final, argumenta-se que aquele trabalho, ao lado de outros recentemente publicados (Toffoli, 1996), refletem vários preconceitos e mitos relacionados com a arbitragem, os quais detêm pouca ou nenhuma base fática, seja quanto à experiência de outros países, seja quanto aos verdadeiros objetivos e limites do mecanismo arbitral.

1º Mito: “A Lei de Arbitragem Tem Motivação Legislativa Espúria”

O primeiro mito repetido com relação à arbitragem se refere à sua origem legislativa supostamente espúria. De acordo com esse mito, a arbitragem resultaria da imposição de grupos econômicos poderosos, interessados em afastar, da tutela do Judiciário, os consumidores e as partes mais frágeis nos contratos de adesão.

Algumas análises recentes sobre a lei de arbitragem repetem esse mito. Sem indicar base empírica ou documental para tal assertiva, sugerem que aquele diploma legislativo, surgido “meio às escondidas, sem alarde”, constitui “produto de luta dos empresários contra o Código de Defesa do Consumidor” (Salvador, 1988).

Em primeiro lugar, recorde-se que o Projeto de Lei 78/92 foi exaustivamente discutido durante anos no Congresso Nacional e em diversas conferências e reuniões especializadas, ao longo dos cinco anos de sua tramitação. Sua origem intelectual mais próxima remonta à década de 1980, quando diversas obras relevantes sobre o assunto foram publicadas, sobretudo a partir do Departamento de Direito Internacional da USP (Mercadante 1977; Soares, 1984; Rangel, 1985; Magalhães & Baptista, 1986; Carmona, 1990; Nery Jr., 1992).

Em segundo lugar, o anteprojeto contou com a participação de juristas brilhantes, que consideraram as tendências recentes da arbitragem no mundo e levaram em conta as críticas suscitadas (Gil, 1993; Borja, 1995). Assim, reduzir a lei de arbitragem a uma colusão de mercadores é uma inverdade histórica, ofensiva ao excelente trabalho de juristas da escola de Petrônio Muniz, Selma Lemes e Carlos Alberto Carmona, entre outros que colaboraram ativamente na redação do anteprojeto.

Outro mito, de caráter ideológico, vinculado ao “mito da motivação espúria”, refere-se à idéia de que a arbitragem é um subproduto do neoliberalismo econômico. Constitui-se tal idéia em mito justamente porque a arbitragem antecede a própria idéia de liberalismo (o original, do Iluminismo). Na realidade, o mecanismo arbitral já era conhecido nos primórdios do Direito Romano, antes da organização judiciária estatal se consolidar, manteve seu prestígio entre os comerciantes da Idade Moderna e foi considerada – pela lei revolucionária francesa de 1790 – como o meio mais razoável de terminar os litígios entre os cidadãos (Parra, 1990).

Pode-se, contudo, dizer que a globalização econômica e o desenvolvimento do comércio internacional favorecem à utilização da arbitragem. Afinal, é sobretudo nos contratos internacionais que a cláusula compromissória é inserta com mais freqüência, em razão do receio de um contratante em se submeter à ordem jurídica do outro contratante. Tal comportamento pragmático não revela, entretanto, qualquer caráter intrinsecamente neoliberal da arbitragem, nem serve de fundamento ao mito ideológico que se formou em torno do instituto.

2º Mito: “A Arbitragem Renasce somente no Brasil”

Outro mito relacionado à arbitragem refere-se à crença de que seu renascimento se efetiva somente no Brasil. Esse mito ignora a evolução internacional do tema, sobretudo nas últimas décadas.

Na realidade, o ressurgimento legislativo da arbitragem foi impulsionado, em nível internacional, pela Convenção de Nova York, firmada sob os auspícios da ONU, em 1958. Aquela Convenção consagrou os princípios modernos relativos à arbitragem (obrigatoriedade e autonomia da convenção de arbitragem, obrigatoriedade do laudo, arbitrariedade dos litígios comerciais, afastamento do Judiciário, validade extraterritorial dos laudos arbitrais) e sua adoção por mais de 130 países, nos dias atuais, criou uma uniformidade mundial quanto à matéria.

No caso da América Latina, houve inicialmente uma desconfiança quanto à Convenção de Nova York. Por conta disso, promoveu-se uma norma regional, a Convenção do Panamá de 1975, repetindo os mesmos princípios consagrados pela Convenção de Nova York. O Brasil, que já havia ratificado o Protocolo de Genebra de 1923, ratificou também a Convenção do Panamá, o

que assegura a obrigatoriedade daqueles princípios nas arbitragens internacionais que envolvam partes brasileiras.

Outro avanço no sentido de popularizar a utilização da arbitragem se efetivou a partir de 1985, quando a UNCITRAL divulgou uma lei-modelo, que poderia servir como molde legislativo às normas nacionais sobre arbitragem, de forma compatível com as convenções internacionais sobre a matéria. A lei-modelo promoveu notável uniformização da matéria em todo o planeta, e a nova lei brasileira não difere muito das novas leis, aprovadas no âmbito de ordenamentos tão diversos quanto os da Suíça, da Bélgica, da Inglaterra, da Espanha, da Rússia, de Hong Kong, da China e da Índia.

Dessa forma, a nova regulamentação da arbitragem no Brasil não constitui inovação na matéria, em nível internacional. Ao contrário, fica aquém de experiências de *alternative dispute resolution* promovidas nos EUA (onde legislações estaduais obrigam à arbitragem em determinadas matérias) ou na Argentina (onde se inseriu a mediação prévia obrigatória ao processo judicial).

3º Mito: “A Homologação pelo Judiciário é Imprescindível para a Legitimidade da Sentença arbitral”

A persistência desse mito alude a um dos principais problemas da antiga legislação brasileira sobre arbitragem. Com efeito, o Código de Processo Civil regulamentava o procedimento de homologação do laudo-arbitral. Entretanto, o Judiciário, ao invés de aplicar simples juízo de deliberação, conforme expressamente determinado no CPC, recusava-se não raramente a homologar o laudo em razão do mérito, o que suscitava recursos infundáveis às instâncias superiores. Nesse sentido, Vizeu Gil nota os problemas derivados da homologação:

“No Brasil, não obstante o convencimento bastante generalizado acerca de lentidão da máquina judiciária e da duvidosa capacitação técnica de alguns magistrados, o juízo arbitral permanece desprestigiado exatamente pelo receio de que a solução do dissídio não vai se esquivar nem da morosidade costumeira de nossa justiça comum nem das surpresas e reviravoltas que ali ainda podem ocorrer na fase homologatória do julgado” (Gil, 1993, p. 428).

A existência da homologação violentava vários princípios e vantagens da arbitragem. A uma, porque atrasava o processo, que tem na celeridade um de seus fundamentos. A duas, porque permitia recursos protelatórios da parte contra quem se buscava a homologação. A três, porque permitia a intervenção judicial no que deveria ser uma instância exclusivamente privada.

Isto quer dizer que o árbitro tudo pode, sem considerar o interesse das partes? A resposta somente será positiva se provier de quem não tem qualquer conhecimento da lei de arbitragem e dos limites para sua utilização. E isto porque a sentença arbitral está sujeita à posterior anulação pelo Poder Judiciário, em sede de ação declaratória ou de embargos à execução (Lei 9.307, art. 33). Nenhum resultado jurídico advirá, portanto, de sentença arbitral proferida por árbitro escolhido por apenas uma das partes, ou que desconsidere a igualdade processual, ou que deixe de aplicar o Código de Defesa do Consumidor (como norma de ordem pública que é).

4º Mito: “A Arbitragem é Inconstitucional”

Não se trata, aqui, propriamente de um mito, mas de análise equivocada da natureza jurídica da arbitragem e dos limites impostos pelo art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988.

Uma resposta fácil a esta assertiva seria dizer que o dispositivo constitucional se dirige ao legislador, no sentido de não afastar a apreciação pelo Judiciário, enquanto na arbitragem esse afastamento se efetiva pela própria vontade das partes, em relação a direito sobre o qual têm disponibilidade. Podem-se contratar, transacionar ou dispor do direito em questão, as partes podem delegar a terceiro o direito de determinar o destino do mesmo.

Essa resposta simplória afastaria a oposição com fulcro constitucional. Pode-se evidentemente sofisticar o raciocínio, e esse artigo teria de enveredar na interminável discussão sobre a natureza jurídica da arbitragem (pouco compreendida pelos operadores jurídicos), sobre o caráter mutável da jurisdição nas sociedades complexas e sobre o caráter formal da análise judiciária das decisões de outros órgãos judicantes (como a arbitragem, o CADE e o Tribunal Marítimo). Esses temas vêm produzindo, mais recentemente, uma extensa literatura teórica, à qual se remete o leitor (Barral, 1998; Annoni, 1997; Stersi dos Santos, 1997; Santos, 1995; Volkmer de Castilho, 1994).

De qualquer forma, à luz pragmática da jurisprudência, o argumento da inconstitucionalidade da arbitragem vem sendo afastado, seja no Superior Tribunal de Justiça (que já asseverou a prevalência do Protocolo de Genebra), seja no Supremo Tribunal Federal (diante do parecer do Procurador Geral da República e dos demais votos proferidos na SE 5.206).

5º Mito: “A Arbitragem Oprimirá os Consumidores”

Um dos mitos recorrentes entre os detratores da arbitragem se refere à sua suposta utilização em prejuízo dos consumidores. Também esse mito carece de argumentos fáticos e jurídicos.

Quanto aos argumentos jurídicos, porque – conforme já se notou – o árbitro não poderá afastar a aplicação das normas constantes do Código de Defesa do Consumidor, caso tenha que decidir uma controvérsia envolvendo consumidor e fornecedor. Como norma de ordem pública, essas disposições normativas terão de ser consideradas na sentença arbitral (Lei 9.307, art. 2º).

Empiricamente, considerando-se a experiência estrangeira, tal temor não se justifica. Em primeiro lugar, porque os fornecedores não se arriscarão numa arbitragem que, apresentando falhas processuais, poderá ter sua sentença anulada no futuro. Em segundo lugar, porque o custo da arbitragem impede sua utilização generalizada em contratos de pequena monta. Em terceiro lugar, porque os árbitros tendem a ser mais rigorosos com relação à interpretação *contra proferentem* contrato do que o próprio Judiciário. Por essa razão é que, na prática internacional, bancos e seguradoras se opõem à arbitragem com seus clientes.

Assim, a arbitragem de consumo tem pouca utilização no mundo. A experiência mais profícua é a da Espanha, onde associações de consumidores organizaram tribunais arbitrais, e os fornecedores que se submetem à convenção arbitral são preferidos na prática comercial. A União Européia tenta agora estender a experiência espanhola ao resto dos Estados membros (Bento, 1997).

6º Mito: “A Arbitragem Esvaziará o Judiciário”

Ao contrário do que parece difundido, não existe uma conspiração contra o Judiciário, nem uma “tentativa de diminuição do Judiciário”, nem de “amanhã, se dar a ele a partilha da jurisdição” (Salvador, 1998, p. 29). A utilização da arbitragem, conforme se demonstrou, é uma tendência mundial, assentada na rapidez da decisão, na crescente complexidade dos contratos e no conhecimento técnico do árbitro.

Além dessas vantagens normalmente recordadas, a arbitragem reduz os níveis de inadimplência comercial assegura a boa-fé nos negócios, muitas vezes maculada pela utilização, pela parte devedora, de recursos protelatórios no processo judicial. Ao mesmo tempo, permite que o Judiciário se desafogue de litígios comerciais e possa se dedicar aos litígios que envolvam interesses públicos ou direitos indisponíveis. Entretanto, para os detratores da arbitragem, essas vantagens sociais são interpretadas como redução de prestígio e importância do Poder Judiciário.

Tal interpretação não é realista, considerando-se a experiência internacional. Em primeiro lugar, porque somente uma parte menor dos litígios pode ser submetida à arbitragem. Em segundo lugar, porque os custos da arbitragem impedem sua utilização por grande parte da população. No caso do Brasil, essa situação é agravada: (a) pelo desconhecimento da arbitragem por grande parte da população; (b) pela tradição formalista do direito brasileiro; (c) pelo fato de que a maioria dos litígios hoje no Judiciário não é arbitrável e envolvem interesse público.

Dessa forma, mesmo na hipótese irrealista de que todos os litígios sobre direitos disponíveis fossem transferidos para a solução arbitral, prosseguiria a sobrecarga de trabalho sobre o Judiciário brasileiro, até porque existe uma demanda reprimida por acesso à Justiça, que seria desencadeada por eventual redução na demora dos processos judiciais.

7º Mito: “A Arbitragem prejudica a Advocacia”

Um último mito que deve ser recordado se refere ao suposto prejuízo que a arbitragem implicaria para o exercício da advocacia. Outra vez, tal temor não tem qualquer base fática e é refutado pela experiência estrangeira.

Ao contrário, a utilização da arbitragem vem servindo para elevar o nível da advocacia e para ampliar o campo de trabalho dos advogados. Nesse último caso, porque nenhuma empresa participa do procedimento arbitral sem a assessoria de um advogado e também porque a grande maioria dos árbitros do mundo são juristas de renome (seleção realizada em regra pelas instituições arbitrais). Quanto ao caráter seletivo dos profissionais, isto se dá em razão dos montantes normalmente envolvidos na arbitragem e na necessidade de advogados preparados para enfrentar um procedimento inovador, cuja celeridade e informalidade excluem aqueles cujos atributos profissionais se resumem de se utilizar de chicanas.

Recorde-se, a propósito, que em diversos países foram as associações de advogados que promoveram a reforma das leis de arbitragem, inserindo princípios mais modernos e liberais, como forma de atrair litígios a serem resolvidos em seu território de atuação e de disputar o denominado *forum shopping* entre os litigantes (Park, 1998).

Conclusão

O debate atual sobre a arbitragem no Brasil vem se revestindo de perigosa e desnecessária polarização entre os promotores da arbitragem e os detratores do instituto. Esses últimos vêm a arbitragem como um conluio de empresários, ávidos por desacreditar o Judiciário e por afastar a aplicação de normas protetivas da parte mais frágil do contrato. De outro lado, qualquer crítica à arbitragem é vista como obra de juízes corporativos e medievais, preocupados com a própria arrogância e vaidade, que “criam uma cultura de resistência ao progresso sob os mais diversos e infundados argumentos” (Teixeira, 1996).

Essa polarização é descabida, e ambas as posições são desmesuradas. Por um lado, porque os promotores da arbitragem são juristas sérios, normalmente entusiasmados pelo sucesso da arbitragem na experiência estrangeira e desejosos de que esse sucesso possa ser repetido no

Brasil, em proveito de toda a população. Evidentemente, pode haver alguns mal-intencionados ou afoitos quanto à aplicação generalização da arbitragem, mas tais características somente proliferação entre os que ignoram as características da arbitragem e suas limitações, inclusive quanto à responsabilidade civil e criminal do árbitro.

Quanto aos detratores da arbitragem, sua preocupação é legítima, no sentido de não permitir que o instituto sirva a interesses espúrios. Os mitos criados, entretanto, não detêm base fática e se sustentam somente em preconceitos e desconhecimento do instituto, conforme definido pela lei brasileira e pelas convenções internacionais sobre a matéria.

Na realidade, a arbitragem é um instrumento para difundir o acesso à justiça. Seu caráter, positivo ou negativo, não lhe é intrínseco, mas dependerá da utilização – mais ou menos séria, mais ou menos preconceituosa – que lhe for dada no Brasil.

Não que esse processo seja reversível. Ao contrário, a criação de empecilhos à arbitragem, pelo Judiciário, somente servirá que mais empresas resolvam seus litígios em foros arbitrais no exterior (recorde-se que a validade dessas sentenças estrangeiras estará garantida pelas convenções internacionais e pelas regras de competência do CPC, arts. 88-90). O prejuízo será da sociedade (que perderá um meio alternativo de solução de litígio, com as vantagens a ele inerentes), do meio empresarial (que trará custos majorados), do advogado (uma vez reduzido seu campo de atuação) e do próprio Judiciário (que perderá a oportunidade de desafogar o acúmulo de processos, com a conseqüente perda de legitimidade).

Em síntese, este artigo não esgota a questão, mas pretende demonstrar o grau de complexidade envolvida na discussão sobre a aplicação da arbitragem no Brasil. O pior dos mundos seria que essa complexidade fosse minorada pela adoção - acrítica e sem fundamento científico - dos mitos e preconceitos correntes.

Referências Bibliográficas

ANNONI, Danielle. A Jurisdição do CADE. *Revista de Direito Econômico Internacional*, n. 04, 1997, <http://ccj.ufsc.br/~iri>.

BARRAL, Welber. Arbitragem e Jurisdição. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Abril-Julho de 1998, p. 111-126.

BENTO, Leonardo Valles. A Arbitragem e o Consumidor. *Revista de Direito Econômico Internacional*, n. 04, 1997, <http://ccj.Ufsc.br/~iri>.

BORJA, Célio. O juízo arbitral. *Revista de Informação Legislativa*, . 125, jan-mar 1995, p. 33-39.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Jurisdição. *Revista de Processo* n. 58, abr-jun 1990, p. 33-39.

CASTILHO, Manoel Lauro Volkner. A propósito da eficácia social da prestação jurisdicional. *Revista de Informação Legislativa*, n. 123 jul-set 1994, p. 29-33.

GIL, Otto Eduardo Vizeu. A nova regulamentação das arbitragens. *Revista de Informação Legislativa*, n. 118, abr-jun 1993, p. 427-434.

MAGALHÃES, José Carlos de & **BAPTISTA**, Luiz Olavo. *Arbitragem Comercial*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1986.

MERCADANTE, Aramita A. “Cláusula Compromissória”. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo, Saraiva, 1977.

NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal* São Paulo, RT, 1992.

PARK, William. O Ato inglês de Arbitragem de 1996 como Modelo para os EUA. In: **MERCADANTE**, Aramita & **MAGALHÃES**, José Carlos. *Solução e Prevenção de Litígios Internacionais*. São Paulo, Necin, 1998.

PARRA, Jorge Parrientos. Fundamentos da arbitragem no direito brasileiro e estrangeiro. *Revista de Informação Legislativa*, n. 107, jul-set 1990. p. 215-224.

RANGEL, Vicente Marotta, Solução Pacífica de Controvérsia, *XI Curso de Derecho Internacional*. Washington, OEA, 1985.

SALVADOR, Antonio Raphael Silva. “Lei de Arbitragem: injustiça e ofensa à Constituição” *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, nº 2, v. 4, nov-jun 1998, p. 25-32.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela Mão de Alice: O Social e o Político na Pós-Modernidade*, São Paulo, Cortez, 1995.

SOARES, Guido Fernandes da Silva, *Das Imunidades de Jurisdição e de Execução*, Rio de Janeiro, Forense, 1984.

_____. *Órgãos das Soluções Extrajudiciárias de Litígios*. São Paulo, RT, 1985.

STERSI DOS SANTOS, Ricardo Soares, *Mercosul e Arbitragem Comercial Internacional*. Bel Horizonte, Del Rey, 1997

Estágio

A Questão da Irreversibilidade dos Efeitos da Antecipação da Tutela (CPC, art. 273, § 2º)

Erica Nozaki
Aluna do 5º N (Área Livre)

A – Introdução

O instituto da tutela antecipada, criado pela Lei nº 8.952, de 13.12.94, surgiu como um instrumento para a concretização do direito à efetividade do provimento jurisdicional, uma vez que todo aquele que conseguir demonstrar, através de “prova inequívoca”, a *alta probabilidade*¹ da existência do direito alegado, não deve sofrer “dano irreparável ou de difícil reparação”, em virtude da demora da prestação jurisdicional. O Estado, ao proibir a autotutela, passa a ter o dever de proporcionar os meios para que os jurisdicionados, ao recorrer à Justiça, possam fruir, de

forma efetiva, do direito previsto pela norma jurídica, por ele mesmo editada², ou em outras palavras, o Estado deve garantir a utilidade da sentença.

Por outro lado, há o direito à segurança jurídica, garantido pelo devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), segundo o qual, os bens em sentido amplo devem permanecer sob a disposição do seu titular até que se afirme, judicialmente, o contrário, respeitado o direito ao contraditório e à ampla defesa. José Ignácio Botelho de Mesquita utiliza o termo “direito à liberdade jurídica”, que tem “*por objeto a liberdade de exercer os direitos contestados, até que se demonstre judicialmente, que esse direito não existe ou que pertence a outrem*”³

O § 2º artigo 273, ao proibir a concessão da antecipação da tutela nos casos de “irreversibilidade do provimento antecipado”, tenta conciliar o dois princípios acima expostos. SE, por um lado, o autor tem direito á tutela antecipada desde que haja “receio de dano irreparável ou de difícil reparação”⁴; por outro, o réu tem direito a que ela não seja concedida, caso os efeitos dela decorrentes sejam irreversíveis.

Não se discute que o § 2º constitua uma exceção ao *caput* do artigo 273, ou seja, um dos requisitos à concessão da tutela antecipada, ao lado da prova inequívoca, da verossimilhança e do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Discute-se, no entanto, o seu âmbito de aplicação. Até que medida o juiz deve deixar de conceder a antecipação de tutela, nos casos em que se verifique que os seus efeitos serão irreversíveis⁵? Essa é a questão a ser desenvolvida no presente estudo, que abordará as posições doutrinárias a respeito do assunto, bem como a sua utilidade na solução dos casos concretos.

B - Das Posições Doutrinárias

I. Para uma primeira corrente doutrinária, o requisito da reversibilidade adquire maior alcance, pois considera como irreversíveis todos aqueles efeitos dos quais não se pode retornar ao *status quo ante*. Não basta a recomposição em dinheiro, mais é necessário que possa haver o retorno ao quadro fático anterior. Essa é, por exemplo, a posição de Sergio Bermudes, segundo o qual, “*não se admite a antecipação quando a irreversibilidade só puder ser reparada em dinheiro. É preciso que o quadro fático, alterado pela tutela, possa ser recomposto.*”⁶

Admitir a antecipação de tutela quando se vislumbrar a irreversibilidade de seus efeitos significaria transferir o *periculum in mora* do autor para o réu.

Da mesma forma que o provimento jurisdicional favorável ao autor seria inútil para a satisfação do direito pleiteado devido à ocorrência de um dano irreparável, o provimento jurisdicional, que no final seja favorável ao réu, seria também inútil a este, se já tiverem ocorrido efeitos irreversíveis. O autor, ao conseguir afastar o perigo que ameaça o seu direito, estaria impondo ao réu semelhante perigo. Ocorreria o chamado “*periculum in mora inversum*”⁷.

Antecipar irreversivelmente significaria “*antecipar própria vitória definitiva do autor, sem assegurar ao réu o exercício do seu direito fundamental de se defender, exercício esse que, ante a irreversibilidade da situação de fato, tornar-se-ia absolutamente inútil (...) o prosseguimento do próprio processo.*”⁸ Seria transformar em definitiva uma execução que dessa natureza não se pode revestir.

De acordo com essa posição, torna-se perfeitamente justificável a inexigibilidade de caução para que seja concedida a tutela antecipada (art. 273, § 3º), pois o § 2º do artigo 273, ao afastar a sua concessão nos casos de irreversibilidade, desobriga o autor “*da providência adiantada de reparar danos eventualmente causados por ela.*”⁹ Assim, onde fosse cabível a caução seria incabível a antecipação de tutela.

II. Ao contrário, para uma segunda posição doutrinária, o § 2º do artigo 273 não deve constituir obstáculo intransponível para concessão da tutela antecipada, pois se isso ocorresse, estar-se-ia esvaziando o conteúdo e a eficácia desse novo instituto. Luiz Guilherme Marinoni¹⁰, um dos defensores dessa corrente, chega a afirmar que a própria doutrina brasileira já admitia o risco da irreversibilidade dos efeitos fáticos da tutela antecipatória¹¹. Ele cita, como exemplo, posições de Ovídio Baptista da Silva¹², Teresa de Arruda Alvim¹³, Alcides Munhoz da Cunha¹⁴, Betina Rizzato Lara¹⁵ e Carlos Alberto Álvaro de Oliveira¹⁶.

Deve-se adotar, para a solução dos casos em que há o perigo de irreversibilidade dos efeitos da antecipação de tutela, os princípios da proporcionalidade¹⁷ e da probabilidade.

De acordo com o princípio da proporcionalidade, não há nenhum direito absoluto, nem mesmo os garantidos constitucionalmente. Assim, quando dois ou mais deles deverá prevalecer, de acordo com o valor jurídico dos bens em confronto. Esse princípio deve, portanto, ser adotado, como explica Karl Larenz, *“quando o problema consista em determinar onde se situa o limite da satisfação lícita de um interesse à custa de outro (...) também digno de tutela.”*¹⁸.

Essa posição já era adotada por Egas Dirceu Moniz de Aragão, quando ele abordou a questão das medidas cautelares inanimadas: *“trata-se de importante colaboração, que permitirá ao magistrado aquilatar com prudência e equilíbrio qual dos interesses em jogo deverá ser provisoriamente sacrificado a benefício da proteção de outro, até que a instrução do próprio processo cautelar lhe forneça elementos para solucionar o problema.”*¹⁹

Após a Reforma do Código de Processo Civil, com a introdução da tutela antecipada, ele manteve seu entendimento ao afirmar que *“o perigo não está na decisão, mas na situação originada pela antecipação (...). Somente pelo confronto dos interesses em litígio e aplicado o princípio da proporcionalidade, será possível equacionar e solucionar o problema.”*²⁰

A doutrina, nesse sentido, fornece alguns exemplos nos quais deve-se adotar o princípio da proporcionalidade como critério para a concessão da tutela. É o caso do pedido de autorização judicial, contra a vontade do paciente, para amputar-lhe uma perna, que em virtude de hemorragia, viesse a comprometer sua própria vida. Nesse caso, o provimento é, sem dúvida nenhuma, irreversível. No entanto, como um dos valores em conflito é a vida, esse deve prevalecer e, portanto, deve ser concedida a tutela para que ocorra a cirurgia²¹.

Um outro exemplo semelhante consiste no pedido de internação de uma vítima de acidente de trânsito, em estado crítico de saúde, à conta de quem a atropelou. O juiz deve, nesse caso, conceder a tutela antecipada para evitar que o bem maior – vida – seja sacrificado pelo menor, segundo uma escala racional de valores²².

Há ainda o caso, freqüente na Justiça Federal, de pedido de liberação de mercadorias perecíveis, retidas na alfândega para exame sanitário que, por alguma razão, não seja realizado. Se for concedida a tutela, haverá o compromisso irremediável da segurança jurídica do demandado, uma vez que, depois de liberada e comercializada a mercadoria, não haverá que se falar no exame. Por outro lado, se não for concedida a antecipação, não se observará o direito à efetividade do processo, na medida em que, deteriorando-se o produto, inútil será sua posterior liberação²³.

A adoção do princípio da proporcionalidade também é apontada no caso do pedido de demolição de um prédio, para resguardo da saúde, segurança ou outro interesse público. Se o

prédio a ser demolido for uma obra de valor histórico, maior deverá ser a cautela do juiz ao estimar, em cognição sumária, o grau de probabilidade de serem verdadeiras as alegações do autor²⁴.

O princípio da probabilidade, por sua vez, implica a prevalência do direito daquele que o aparenta ter. Assim, se o autor pede a antecipação de tutela, com base em prova inequívoca que demonstre a alta probabilidade da existência do direito alegado, sob pena de dano irreparável, ele estará pretendendo fazer valer um direito provável. Por outro lado, o direito do réu que se sujeita ao risco da irreversibilidade dos efeitos da tutela pretendia constituiria um direito improvável. Ora, mesmo que haja esse risco, não se deve sacrificar o direito provável pelo improvável. Caso contrário, estar-se-ia admitindo o prejuízo irreversível do direito que tem maior probabilidade de ser definitivamente reconhecido²⁵.

Ovídio Baptista da Silva também reconhece que há determinadas situações nas quais o juiz encontra-se entre duas alternativas: prover ou deixar perecer o direito que, no momento, apresenta-se apenas como provável. Afirmar ainda que, *“em tais casos, se o índice de plausibilidade do direito for suficientemente consistente aos olhos do julgador – entre permitir sua irremediável destruição ou tutelá-lo como simples aparência -, esta última solução torna-se perfeitamente legítima.”*²⁶

Há um entendimento de Ferruccio Tommaseo, citado por Carlos Alberto Álvaro Oliveira²⁷, que merece ser reproduzido: *“(...) o legislador prefere que seja evitado em prejuízo irreparável a direito cuja existência apareça provável, ainda ao preço de provocar um dano irreversível a um direito que, em sede de concessão da medida cautelar, aparece ao invés improvável: em outros termos, o direito provável prevalece sobre improvável.”*

Cândido Rangel Dinamarco, por sua vez, critica essa idéia de sacrifício do direito menos provável em prol da antecipação do exercício “de outro que pareça provável”. Afirmar que *“o direito não tolera sacrifício de direito algum e o máximo que se pode dizer é que algum risco de lesão pode-se legitimamente assumir (...) não deve o juiz correr riscos significativos e, muito menos, expor o réu aos males da irreversibilidade, expressamente vedados pela lei vigente.”*²⁸

Um exemplo de aplicação do princípio da probabilidade tem-se no pedido de liberação de jornais apreendidos. Ou se concede a tutela e o direito estará irreversivelmente satisfeito, pois não haverá como se recolher a edição, ou a antecipação não é concedida e o direito terá sido irreversivelmente sacrificado, pois de nada adiantará o jornal circular depois de vários dias²⁹. Entre dois direitos igualmente expostos ao risco da irreversibilidade e de igual valor no plano axiológico, o critério para optar por um deles teria que ser o da maior probabilidade de sua existência.

Uma questão que surge para quem adota essa posição é como conciliar a concessão de uma tutela antecipada, cujos efeitos serão irreversíveis, com a inexigibilidade de caução conforme dispõe o § 3º do artigo 273.

Esse dispositivo prevê a aplicação somente dos incisos II e III do artigo 588, que trará da execução provisória. A princípio, portanto, não se admite a exigência da caução para que seja concedida a tutela antecipatória. Essa inexigibilidade está de acordo com a finalidade do instituto, que consiste em facilitar o acesso à justiça. Ora, exigir caução para que alguém tenha a prestação jurisdicional adequada é restringir o seu direito à efetividade do processo, na medida em que somente para aqueles que tivessem condições de caucionar poderia ser concedida a tutela antecipada.

Os defensores da aplicação dos princípios da proporcionalidade e da probabilidade afirmam, no entanto, que para diminuir os efeitos danosos que uma tutela antecipada causaria ao réu, se o provimento final for favorável a ele, o juiz poderá com base no seu poder geral de cautela, exigir a prestação de caução. O fato de o § 3º do artigo 273 não a prever significa somente que ela não deve ser obrigatoriamente exigida, mas nada impede que o juiz assim decida, dependendo do caso concreto³⁰.

A exigência de caução justifica-se, para alguns³¹, na interpretação analógica do artigo 804 do CPC e na inafastabilidade do princípio de salvaguarda do núcleo essencial do direito à segurança jurídica do demandado, visto que é indispensável preservar as condições que propiciem retorno ao estado anterior. Essa exigência independeria, portanto de autorização expressa na lei.

Para outros³², a justificativa encontra-se no próprio inciso III do artigo 588, bem como na responsabilização do requerente da medida cautelar pelos prejuízos que a execução da medida puder causar ao requerido, conforme prevê o artigo 811 do CPC.

Em suma, segundo essa posição, considerar o § 2º do artigo 273 como uma exceção rígida à concessão da tutela antecipada implicaria uma decisão judicial inadequada à solução da lide, na medida em que impediria que fossem levadas em consideração outras particularidades relevantes do caso concreto. Cabe, ao juiz, em última análise, com base nos princípios acima expostos, verificar se o risco da irreversibilidade dos efeitos da tutela pretendida deve ou não impedir a sua concessão, a fim de não neutralizar o preceito contido no *caput* do artigo 273.

III. Para uma posição intermediária, somente haverá a irreversibilidade dos efeitos da tutela antecipada se a situação anterior não puder ser compensada pecuniariamente. Isso significa que, se a irreversibilidade tiver somente um caráter pecuniário, econômico, suscetível de estimação em termos de valor, a prestação de caução de estimação em termos de valor, a prestação de caução idônea afastará esse risco e, conseqüentemente, o obstáculo à admissibilidade da antecipação da tutela.

J.J.Calmon de Passos fornece o seguinte exemplo: A aciona B para que esse entregue um determinado equipamento cujo uso foi assegurado contratualmente. A pede a antecipação, mas a entrega do equipamento envolve o risco de amanhã, se B for vencedor, receber o equipamento em estado deplorável e até nem mesmo logre sua recuperação, porque destruído ou desviado³³.

Nesse exemplo, a irreversibilidade dos efeitos do provimento antecipado em termos estritos não ocorre, pois a exigência de caução permitirá que o réu adquira bem igual natureza e, portanto, o quadro fático poderá voltar ao seu estado anterior. Afirma esse autor, no entanto, que a prestação de caução não implica que a antecipação seja por conta e risco do autor, *“mas sim que, havendo necessidade de reverterem as coisas ao estado anterior, o exeqüente deve estar em condições de atender a essa exigência, e a antecipação não pode ser deferida quando em risco essa possibilidade.”*³⁴

José Carlos Barbosa Moreira também sustenta essa posição ao considerar que *“a irreversibilidade poderia ser substituída por uma garantia cabal de que os efeitos danosos fossem pecuniariamente compensados, sempre no pressuposto de que se trate e matérias que comportem esse tipo de compensação.”*³⁵

Posição semelhante é adotada por Cândido Rangel Dinamarco, segundo o qual a dificuldade em conciliar o caráter satisfativo da antecipação da tutela e o requisito da reversibilidade reside no fato de o autor não poder exercer o direito a ele concedido antecipadamente, a ponto de criar situações danosas ao réu. Uma possível solução seria, então, a imposição de medidas

assecuratórias que sejam capazes de resguardar adequadamente a esfera de direitos do réu, como pro exemplo, a exigência de caução³⁵.

Diverge, no entanto, de J.J. Calmon de Passos, ao admitir a responsabilidade civil do autor do pedido da tutela antecipada, apesar de não haver menção expressa nesse sentido. Esse entendimento, segundo ele, “resulta das normas gerais de direito privado que, se prejuízo houver, por eles responderá quem se valeu da tutela antecipada e depois se positivou que não tinha o direito.”³⁷

Percebe-se, de acordo com essa posição, que apesar de o § 3º do artigo 273 ter excluído a exigência de caução para a concessão da tutela antecipada, nada impede que o juiz a exija, nos casos em que a irreversibilidade è meramente patrimonial, pois ele estaria, na realidade, afastando esse impedimento. O que não se pode admitir é a obrigatoriedade da caução em todos os casos de pedido de antecipação de tutela, porque se assim, fosse, estar-se-ia dificultando o acesso a esse novo instituto jurídico, daqueles com menor poder aquisitivo.

C - Das Observações a Serem Formuladas Acerca das Posições Doutrinárias

I. Como primeira observação, é importante traçar um paralelo entre a primeira e a terceira posição para verificar que elas, em última análise, coincidem. A primeira defende a idéia de que uma determinada situação somente se constitui como reversível quando ela puder ser recomposta nos exatos termos de antes. A segunda, por sua vez, afirma que toda modificação fática que possua um caráter meramente patrimonial é sempre reversível, pelo simples fato de que pode haver um retorno fiel ao quadro fático anterior.

Ora, ambas as posições consideram como reversível todo efeito que for capaz de ser retirado da situação sobre a qual ele incidiu, de tal modo que ela volte a ser a mesma de antes.

O fato de a terceira acrescentar a idéia de patrimonialidade como característica de algo reversível não a afasta da primeira, pelo contrário, somente explicita os casos em que é possível o retorno ao *status quo ante*.

Utilizando o exemplo fornecido por J.J. Calmon de Passos³⁸. A entrega de um equipamento para A, que poderá importar na sua destruição ou desvio, não gera um efeito irreversível porque, mesmo que ele não possa ser recuperado, caso a decisão final seja favorável a B, esse poderá adquirir, por meio de uma indenização de A, um equipamento da mesma qualidade daquele. Nesse caso, o quadro fático final poderá vir a ser exatamente o mesmo de antes. A tutela antecipada, sob esse aspecto, não gera efeitos irreversíveis, segundo ambas as posições e, portanto, ela poderá ser concedida.

II. É quanto à segunda posição que a questão assume maior complexidade, porque não se pode esquecer que, afinal o § 2º constitui uma exceção à possibilidade de se conceder a tutela antecipada, ou seja, é norma que pressupõe estarem satisfeito os requisitos positivos exigidos pelo caput do art. 273. Dentre eles está o “perigo de dano irreparável ou de difícil reparação”. Disso decorre que mesmo que o autor peça a antecipação da tutela alegando um direito que poderá vir a perecer, ela não deverá ser concedida. Isso porque o § 2º já pressupõe que o direito do autor está exposto ao risco de dano irreparável.

A segunda posição, no entanto, afirma veementemente que a interpretação do § 2º não pode ser tão rígida a ponto de causar injustiças, na medida em que o direito alegado pelo autor pode ser, proporcionalmente, mais valioso que o direito alegado pelo réu. Não seria justo, segundo

esse ponto de vista deixar de proteger direitos que representam valores maiores, como a vida ou a saúde.

Não se está negando que o Direito deva buscar a solução mais justa para o caso concreto. O que se questiona, entretanto, é o meio utilizado para se alcançar esse resultado. Em todos os exemplos citados no presente trabalho e que foram extraídos da obra de diversos autores, *é possível atingir o mesmo resultado por eles almejados, sem, no entanto, violar o disposto no § 2º*. Analisemos cada exemplo separadamente.

II.1. Pedido de autorização judicial para realização de uma cirurgia para amputar a perna de uma vítima que contra ela se opõe³⁹: *A* pede antecipação de tutela para que seja autorizada a cirurgia, pois esses são o único de se salvar a vida da vítima. A vítima *B*, no entanto, não quer que ela se realize, ou porque a considera como sendo desnecessária ou porque acredita que os riscos de vida serão maiores caso ela ocorra.

Nesse exemplo, não se configura um conflito de interesses, ou em outras palavras, não ocorre uma “lide”, pois tanto *A* quanto *B* defendem o mesmo direito (direito à vida). Não há, portanto, a alegação de um direito *A* diverso do direito de *B*. O juiz, ao decidir quanto à concessão ou não da tutela, decidirá tendo em vista um único direito (direito à vida de *B*). Ele não decidirá a favor de *A* ou a favor de *B*, simplesmente porque a decisão deverá ser aquela que se constituir como a melhor para salvar a vida de *B*. Para conceder a tutela antecipada que autorize a realização da cirurgia, o juiz não precisará fundamentar sua decisão com base no princípio da proporcionalidade, mas sim, com base nos princípios e normas que regem a Jurisdição Voluntária.

Portanto, se for constatado que a cirurgia é, de fato, a melhor e a única forma de salvar a vida de *B*, a antecipação da tutela será concedida, apesar de os seus efeitos serem irreversíveis, pois o artigo 1.109 do CPC permite ao juiz decidir de acordo com os critérios de conveniência e oportunidade.

Assim, é possível atingir o mesmo resultado (concessão da tutela antecipada) que preserve a vida de *B*, sem precisar recorrer ao princípio da proporcionalidade.

II. 2. Pedido de internação de uma vítima de acidente de trânsito, em estado crítico de saúde, à conta de quem a atropelou⁴⁰: *A*, após sofrer um acidente de trânsito, pede antecipação de tutela para que ela seja internada, sob risco de morte, e que todas as despesas médicas sejam pagas por *B*, eventual causador do dano. *B*, no entanto, nega que tenha sido o autor do fato ou que não tenha sido o responsável pelo acidente.

Nesse exemplo, se a tutela antecipada for concedida e, posteriormente se constatar que a alegação de *B* era verdadeira ou seja, que não foi ele quem causou o acidente ou que esse ocorreu por culpa de *A*, será possível retornar ao quadro fático anterior. Bastará que *A* indenize *B* por toda a despesa hospitalar paga por esse. Os efeitos da concessão da tutela, neste caso, não são irreversíveis e, portanto, ela deverá ser concedida para evitar que ocorra um dano irreparável (morte), obedecendo estritamente ao disposto no § 2º do artigo 273.

II. 3. Pedido de liberação de mercadorias perecíveis, retidas na alfândega para exame sanitário que, por alguma razão, não é realizado⁴¹: *A* pede antecipação de tutela para que suas mercadorias retidas na alfândega sejam liberadas, sob pena de perecimento, para posterior comercialização. *B*, no entanto, alega que deve ser realizado o exame sanitário, pois há o risco de contaminação daqueles que adquirirem tais mercadorias.

De acordo com aqueles que adotam o princípio da proporcionalidade, haveria, nesse exemplo dois valores em jogo: de um lado, o direito de disposição do proprietário, que corre o risco irreparável de perecer; e de outro, o direito à saúde daqueles que adquirirem os produtos, que será irreversivelmente prejudicado, caso eles esteja realmente contaminados.

O juiz deverá ponderar sobre qual dos direitos configuram-se como preponderante e, assim, conceder ou não a tutela.

Verifica-se, no entanto, que o direito no pólo passivo não é o direito à saúde daqueles que adquirirem as mercadorias eventualmente contaminadas, mas sim, o direito de *B* realizar o exame sanitário. Não há, portanto, que se cogitar quanto à prevalência de um direito sobre o outro. O juiz não deverá conceder a tutela antecipada, não porque o direito à saúde prevalece sobre o direito à propriedade, mas simplesmente porque os efeitos da sua concessão serão irreversíveis – após a liberação e comercialização das mercadorias, não há como ser realizado o exame – o que é vedado pelo § 2º do artigo 273.

Se o juiz entender que, de fato, há o risco de perecimento das mercadorias e que *A*, por esse motivo, terá um dano irreparável, poderá requerer que elas sejam acondicionadas, em local apropriado, de forma a impedir a deteriorização. Se isso ocorrer, o juiz não estará concedendo a antecipação parcial da tutela, ao contrário do que afirma Antônio Cláudio da Costa Machado⁴². Ele apenas estará utilizando-se do seu “poder geral de cautela”, previsto nos artigos 798 e 799 do CPC.

II. 4. Pedido de demolição e um prédio, para resguardo da saúde, segurança ou outro interesse público⁴³: *A* (autoridade pública) pede antecipação de tutela para que seja autorizada a demolição de um prédio que esteja colocando em risco a saúde ou segurança dos moradores dos prédios vizinhos. *B* (proprietário do prédio), no entanto, alega que o prédio não corre o risco de ruir e caso ele for demolido, os efeitos serão irreversíveis, pois não há como mensurar patrimonialmente os danos causados aos moradores.

De acordo com os defensores do princípio da proporcionalidade, o juiz deverá conceder a tutela antecipada porque o direito à vida dos moradores dos prédios vizinhos prevalece sobre o direito de propriedade de *B*, apesar de os efeitos serem irreversíveis caso seja constatado, posteriormente, que não havia necessidade da demolição.

De fato, se houver risco de ruína do prédio e, por conseguinte, risco à vida das pessoas que moram nas proximidades, deve ser autorizada a sua demolição. No entanto, pra que isso ocorra, não é preciso interpretar o § 2º do artigo 273 com base no princípio da proporcionalidade. Basta que *A* (autoridade pública) peça uma liminar, em sede de um processo cautelar, que autorize a demolição do prédio com base no artigo 888, inciso VIII, que dispõe expressamente sobre essa hipótese.

Caso, no final, se verifique que não havia necessidade da demolição, *B* terá direito à indenização pelos danos a ele causados, por meio do levantamento da caução, que é exigida expressamente pelo artigo 805 do CPC.

III. Ainda com relação á segunda posição, é importante lembrar que, ao adotar o princípio da probabilidade, segundo o qual deve-se tutelar o direito do autor, que se configura como provável, mesmo que o direito não passe de um direito improvável, viola-se o direito ao devido processo legal. Isso porque o caráter improvável do direito do réu é algo meramente inicial, que poderá ser revertido no curso do processo. Admitir que se decida com base em um juízo de probabilidade, a

ponto de causar um prejuízo irreversível ao réu é negar o seu direito à ampla defesa e ao contraditório.

A existência do § 2º do artigo 273 impede, no entanto, a aplicação do princípio da probabilidade nos casos em que os efeitos da concessão da tutela sejam irreversíveis. Esse princípio somente seria aplicado caso os efeitos da concessão da tutela não fossem irreversíveis. Naquele exemplo do pedido de liberação de jornais apreendidos, essa idéia fica mais clara⁴⁴.

A pede, alegando o direito à informação, antecipação de tutela para que seus jornais sejam liberados, após terem sido apreendidos por conter, segundo *B*, notícia que viole o seu direito à honra. A ofensa à honra de *B*, caso os jornais circulem, é algo irreversível, pois de nada adiantará uma posterior retratação. Desse modo, não deve ser concedida a tutela antecipada, mesmo que o direito do autor pareça mais provável que o do réu, pois não se pode sacrificar o direito desse, sem que tenha sido observado o devido processo legal.

IV. As posições segunda e terceira coincidem num determinado aspecto. Ambas afirmam que apesar de a caução não ser obrigatória para que seja concedida a antecipação da tutela, ela pode mesmo assim ser exigida para assegurar ao réu o retorno ao quadro fático anterior (de acordo com terceira posição), ou pelo menos, para indenizar o réu dos efeitos irreversíveis a ele causados (defendia pela segunda posição).

A exigência da caução, partindo da segunda posição, leva a uma de duas conclusões, ambas inaceitáveis na esfera do direito: ou o juiz deve exigir a caução em todos os casos em que os efeitos da concessão da tutela se configurarem como irreversíveis ou o juiz passa a ter dois poderes que não foram previstos pelo legislador: o de conceder a tutela mesmo quando os efeitos forem irreversíveis e, o de determinar, em cada concreto, a exigência ou não da caução.

C - Conclusão

A antecipação de tutela surgiu como meio de evitar que alguém sofra um dano irreparável ou de difícil reparação em virtude de demora do provimento jurisdicional, bem como de inibir manifesta defesa protelatória do réu.

Essa última hipótese, prevista no inciso II do artigo 273 do CPC, não foi objeto de análise, pois o presente trabalho limitou-se a tratar da questão da reversibilidade dos efeitos da tutela antecipada como requisito para a sua concessão. A discussão quanto à possibilidade de o juiz concedê-la, mesmo nos casos de irreversibilidade dos seus efeitos, somente ocorre na hipótese do inciso I. Assim, se não houver perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, mas mero abuso de direito de defesa pelo réu, e se houver risco de serem irreversíveis os efeitos por ela gerados, não há justificativa alguma para se cogitar sobre a sua concessão.

A divergência doutrinária surge, portanto, quando a hipótese é do inciso I do artigo 273. De um lado, há o direito do autor, fundado em prova inequívoca, que se não for tutelado rapidamente, sofrerá um dano irreparável. De outro, há o risco de o direito do réu também perecer caso os efeitos da concessão da tutela sejam irreversíveis. Nessa situação limite, surge à questão: deve o juiz conceder a tutela por considerar que o valor defendido pelo autor é preponderante ou que há maior probabilidade de ele ter razão; ou não deve concedê-la por expressa proibição do § 2º do artigo 273?

Para responder a essa questão, parte significativa da doutrina tem recorrido a critérios outros que não a interpretação propriamente dita do dispositivo em análise. Procura-se justificar a concessão da tutela nos casos de irreversibilidade dos efeitos por ela gerados pelos princípios da

proporcionalidade e da probabilidade. Alega-se que não se pode interpretar o § 2º do artigo 273 de forma estrita, pois essa acarretaria uma decisão que não fosse a mais adequada e nem a mais justa para solucionar o caso concreto.

Alguns aspectos, no entanto, devem observados. Em primeiro lugar, o direito alegado pelo autor já foi devidamente valorado pelo *caput* do artigo 273. Ou, em outras palavras, o legislador, ao criar o instituto da tutela antecipada, já considerou como relevante o direito alegado pelo autor, baseado em prova inequívoca, de que sofra risco de dano irreparável ou de difícil reparação. Tanto que, se essa hipótese ocorrer, o juiz deverá conceder a tutela. Assim, o § 2º constitui uma verdadeira exceção àquela situação prevista pelo artigo 273, *caput* e incisos. Ou seja, mesmo que o autor comprove a verossimilhança da sua alegação, por meio de prova inequívoca, e que haja o risco de dano irreparável, se os efeitos gerados pela concessão da tutela forem irreversíveis, não deve o juiz concedê-la.

Dessa forma, se apesar da irreversibilidade dos efeitos da antecipação da tutela, ela for concedida, estar-se-á violando o direito ao devido processo legal, pois o juiz estará, na realidade, concedendo uma tutela definitiva, pois mesmo que ela possa ser posteriormente revogada, a situação fática anterior terá sido irreversivelmente modificada, sem que o réu tenha tido oportunidade de se defender. Em última análise, o réu estará sendo privado de seus direitos sem que ele tenha exercido o direito à ampla defesa e ao contraditório.

Em segundo lugar, quando se alega que a solução atingida por meio de uma interpretação rígida do § 2º do artigo 273 pode não ser a mais adequada ou a mais justa, surgem dois problemas. O primeiro é quanto à busca da solução mais adequada. O juiz, ao decidir, no âmbito da Jurisdição Contenciosa, deve adotar um juízo de legalidade, e não um juízo de conveniência ou oportunidade. O segundo refere-se à idéia de se considerar como mais justa a decisão concessiva da antecipação da tutela. Isso decorre de uma visão unilateral do processo. Ou seja, privilegia-se o pólo ativo da relação processual, pois ao tutelar rapidamente, por meio da antecipação da tutela, o direito do autor para que esse não sofra risco de dano irreparável, transfere-se ao réu o risco de ter sua situação fática modificada de forma desfavorável e irreversível. A justiça almejada, nesse caso, acaba sendo confundida com aquela que for mais favorável ao autor. Viola-se, portanto, o princípio da igualdade, por tratar de forma diferenciada as partes processuais.

Em terceiro lugar, com base na análise dos exemplos fornecidos pela doutrina, verificou-se que a discussão quanto ao alcance do § 2º do artigo 273 em alguns casos, tem sido injustificada. Ou porque os efeitos ocasionados pela antecipação da tutela não são irreversíveis⁴⁵ e, portanto, ela deve ser concedida indiscutivelmente; ou porque não se trata de tutela antecipada⁴⁶ e, conseqüentemente, há outros meios para se chegar ao mesmo resultado sem precisar sacrificar o dispositivo acima mencionado.

Primeiramente, é preciso, portanto, verificar se a antecipação de tutela irá realmente ocasionar efeitos irreversíveis. Pode ocorrer que o quadro fático originado possa ser desfeito pela via patrimonial. Nesse caso, os efeitos serão reversíveis, o que torna obrigatória a concessão da tutela antecipada⁴⁷.

Se, no entanto, se constatar que os efeitos da tutela são irreversíveis, seja porque o direito do réu configura-se como inalienável⁴⁸, ou porque o retorno ao *status quo* ante é facticamente impossível⁴⁹, apesar de em ambos os casos serem indenizáveis os danos patrimoniais e morais causados ao réu, não deve ser concedida a antecipação de tutela, conforme dispõe expressamente o § 2º do artigo 273.

Tentar interpretar o referido dispositivo de forma diversa, a fim de tornar a sua aplicação mais justa, sob o ponto de vista do autor, significa violar o direito ao devido processo legal e à igualdade, direitos esses garantidos constitucionalmente.

Memória do Judiciário Paulista

Júlio Cezar de Faria e a Condição dos Juízes Paulistas nos Primórdios da República

Justino Magno Araújo
Juiz do 2º Tribunal de Alçada Civil

Extremamente adversas eram as condições dos Juízes Paulistas no início da era republicana.

A constatação é do Desembargador JÚLIO CEZAR DE FARIA, que foi um dos grandes nomes da magistratura e que escreveu primorosa obra sobre o Judiciário de São Paulo, intitulada *Juízes do Meu Tempo*, pela Editora Livraria Martins em 1942.

Nesse livro, o mencionado autor observa, em primeiro lugar, que a Constituição Paulista cerceou a prerrogativa da vitaliciedade, ao estabelecer que a aposentadoria compulsória deveria atingir todos aqueles que completassem 65 anos de idade, o que implicou no afastamento de vários magistrados.

Tal questão somente foi resolvida pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar incompatível esse dispositivo com o mecanismo instituído pela Constituição Federal, depois que alguns casos foram submetidos à sua apreciação.

No que concerne aos vencimentos dos Juízes, o insigne Desembargador mostra que eles eram baixíssimos e “verdadeiramente ridículos”, pois um Ministro do Tribunal de Justiça percebia quinze contos por ano, enquanto que os Juízes de Direito apenas quinhentos mil réis por mês. Somente os Juízes da Capital, Santos e Campinas ainda possuíam um acréscimo de dois contos e quatrocentos mil réis por ano.

Assim, os magistrados passavam por situação material das mais difíceis, ante a precariedade de remuneração, o que perdurou por vários anos.

Outro problema enfrentando pelos magistrados daquela época era a inexistência de classificação das comarcas em entrâncias.

Por conseguinte, sendo as comarcas de entrância única, os Juízes que não tinham prestígio junto ao Executivo dificilmente conseguiam remoção para aquelas de melhor localização e muitos deles passavam esquecidos indefinidamente em comarcas distantes, abandonados à própria sorte.

Tal situação é assim descrita:

Percebiam então os juízes custas forenses, que de certa forma lhes mitigavam as condições de vida. Mas os emulamentos judiciários, exceto nas comarcas de terras férteis das novas zonas cafeeiras, que despertavam a cobiça de plantadores ousados, em outras muitas, sabidamente

pobres, pouco significavam. Então por enfrentar as necessidades da subsistência, juízes havia que fechavam os olhos às interpretações extensivas dos cartórios, ou se endividavam nos armazéns e nas lojas com grave sacrifício da compostura própria. Felizmente outros, fugindo de relações sociais por evitar despesas extraordinárias, procuravam conduzir-se com a máxima austeridade, posto isso às vezes determinasse a antipatia no meio em que viviam. Parece havia por parte dos chefes o desejo de prenderem permanentemente os pobres magistrados ao círculo da clientela que lhes aureolava o prestígio, por meio de engodos nutrientes de esperanças constantes a despeito das dolorosas decepções que continuamente traziam. Às vezes as promessas procuravam corporificar aumentos de remuneração por meio de projetos legislativos; mas estes projetos quase sempre se adiavam para tempo mais oportuno. Somente depois de reclamações reiterados, senão de pedidos humilhantes, foi que o art. 1º da Lei nº 683 resolveu dotar os juízes de direito do Estado com a gratificação adicional de cento e cinqüenta mil réis, quando estivessem no efetivo exercício do cargo. Era o óbolo que se atirava à sacola de pedintes recalcitrantes, sob a fórmula humanizada de gratificação 'pró-labore'. (ob.cit.,págs. 19/21).

Também a garantia da inamovibilidade, não se fazia respeitar naqueles idos, porque a Constituição Paulista admitia a remoção por circunstâncias graves, que pudessem comprometer a justiça pública ou a segurança individual do magistrado, pretexto que eram utilizados pelos chefes políticos locais para obter a transferência dos juízes que não lhes agradavam.

Com esse quadro, bem de ver que os juízes paulistas gozavam de pouca ou nenhuma independência nos albores da República, em razão da grande interferência dos demais poderes na administração da Justiça, prática herdada do Império, e que permaneceu influenciando as primeiras décadas do regime político instaurado por Deodoro.

Como lembra JÚLIO CEZAR DE FARIA, às vezes acontecia que o chefe político se identificava com a pessoa de advogado militante na comarca, e então a perseguição se tornava mais ferina, porque o profissional, interessado sempre em revelar prestígio perante o eleitorado crédulo, não tolerava despachos contrários, e nem mesmo delongas necessárias ao estudo dos autos, salvo quando estas lhe eram proveitosas, acrescentando que na campanha áspera e truculenta que lhe movia o caciquismo partidário, não podia o juiz contar com o apoio das autoridades centrais, senão de forma vaga e imprecisa, expressa quase sempre por frases ocas, de estilo garrafal. (obr. cit., págs. 24 e 26).

E ele mesmo diz ter sido vítima dessa perseguição política, em determinada Comarca do interior, em campanha movida por advogado, chefe político, tão talentoso quanto astuto, em grande parte porque, tendo tomado posse do cargo de juiz de direito de certa comarca do interior, procurei organizar o respectivo serviço orfanológico, pois nela os inventários não encontravam termo, os tutores não prestavam contas, bens de órfãos delapidavam, e fortunas vultosas, deixadas por lavradores previdentes a filhos destituídos de proteção legal concreta, se desfaziam como nuvens de fumo, tangidas por ventos contrários. (*idem*, págs. 24/25).

Quanta adversidade!

Assim, somente com o advento da década de 20, quando ocorreu a reforma do Judiciário Paulista, é que a situação da magistratura iria melhorar, para o que contribuíram fundamentalmente três aspectos: a criação dos Juízes Substitutos, a classificação das comarcas em entrâncias e a supressão das custas, emolumentos e percentagem aos Juízes de Direito.

Hoje, esse relato sofrido deve servir como alerta, no momento em que a magistratura é alvo de repetidos ataques, especialmente da mídia, olvidando seu passado de martírio e esquecendo-se

do princípio basilar de que um país só será verdadeiramente democrático se contar com um Judiciário autônomo, independente e respeitado.

