

REVISTA DA ESCOLA PAULISTA DA MAGISTRATURA

Ano 5 - Número 1 - Janeiro/Junho - 2004



| **imprensaoficial**



Diretor

DESEMBARGADOR CARLOS AUGUSTO GUIMARÃES E SOUZA JÚNIOR

Vice-Diretor

DESEMBARGADOR OCTAVIO ROBERTO CRUZ STUCCHI

Comissão Editorial e Executiva da Revista Jurídica

DESEMBARGADOR ANTONIO CARLOS MALHEIROS

DESEMBARGADOR CAIO EDUARDO CANGUÇU DE ALMEIDA

DESEMBARGADOR CELSO LUIZ LIMONGI

DESEMBARGADOR SIDNEI AGOSTINHO BENETI

DESEMBARGADOR ALBERTO SILVA FRANCO

DESEMBARGADOR FRANCISCO DE ASSIS VASCONCELOS PEREIRA DA SILVA

JUIZ KIOITSI CHICUTA

JUIZ AROLDO MENDES VIOTTI

JUIZ ITAMAR GAINO

JUÍZA CLÁUDIA GRIECO TABOSA PESSOA

JUIZ CARLOS DIAS MOTTA

JUIZ FÁBIO GUIDI TABOSA PESSOA

DESEMBARGADOR SÉRGIO MARCOS DE MORAES PITOMBO

ex-coordenador da Revista - (*in memoriam*)

imprensaoficial

Imprensa Oficial do Estado do Estado de São Paulo

Diretor-Presidente

HUBERT ALQUÉRES

Diretor Vice-Presidente

LUIZ CARLOS FRIGERIO

Diretor Industrial

TEIJI TOMIOKA

Diretor Financeiro e Administrativo

FLÁVIO CAPELLO

**REVISTA DA
ESCOLA PAULISTA DA MAGISTRATURA**

Revista da Escola Paulista da Magistratura / Escola Paulista da Magistratura.
Ano I, (1993). São Paulo, SP: Escola Paulista da Magistratura: Imprensa Oficial do Estado
de São Paulo

Semestral

2001, v. 2 (1-2)

2002, v. 3 (1-2)

2003, v. 4 (1-2)

2004, v. 5 (1-

1. Direito. I. Escola Paulista da Magistratura. II. Imprensa Oficial do Estado de São Paulo



Escola Paulista da Magistratura
Rua da Consolação, 1.483
1º, 2º e 3º andares
01301-100 - São Paulo - SP
Tels.: (11) 3255-0815 / 3257-8954
www.epm.sp.gov.br
imprensaepm@tj.sp.gov.br

imprensaoficial

Imprensa Oficial do Estado de São Paulo
Rua da Mooca, 1.921 - Mooca
03103-902 - São Paulo - SP
Tel.: (11) 6099-9800
Fax: (11) 6099-9674
www.imprensaoficial.com.br
livros@imprensaoficial.com.br
SAC 0800-123 401

Sumário

O tratamento jurídico-penal da autoria e participação no Direito Penal europeu <i>Arthur Pinto de Lemos Júnior</i>	7
Breve análise estatística de alguns pontos da primeira fase das reformas processuais civis no âmbito da Justiça Estadual paulista <i>Fernando da Fonseca Gajardoni</i>	47
O devido processo legal em sentido material <i>José Rodrigues Arimatéa</i>	65
Particularidades dos crimes ambientais <i>Cláudio do Prado Amaral</i>	81
Alimentos no novo Código Civil e o Direito Intertemporal <i>Francisco José Cabali</i>	99
O Código de Defesa do Consumidor e a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo <i>Ênio Santarelli Zuliani</i>	107
Seguro de responsabilidade civil - Legitimidade da vítima do dano para promoção da ação de reparação contra a seguradora - Disciplina da matéria no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor <i>Urbano Ruiz</i>	135
Alterações à disciplina dos artigos 515 e 520 do Código de Processo Civil - Lei nº 10.352 de 28/12/01 <i>Lígia Cristina de Araújo Bisogni</i>	147
A administração da Justiça Federal nos Estados Unidos da América <i>Peter J. Messitte</i>	159

O tratamento jurídico-penal da autoria e participação no Direito Penal europeu*

Arthur Pinto de Lemos Júnior

PROMOTOR DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO (SP) E MESTRANDO EM CIÊNCIAS JURÍDICO-CRIMINAIS PELA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA

SUMÁRIO: I. Introdução. II. O tratamento da autoria e participação nas principais leis penais da UE. 1. Panorama geral do tratamento legal da autoria e participação nos países-membros da UE. 1.1. Análise da autoria e participação no plano horizontal dos países-membros da UE. 1.1.1. O modelo unitário de autoria. 1.1.2. O modelo diferenciado de autor. 1.1.3. O predomínio da teoria do domínio do fato. 1.2. A perspectiva da autoria e participação no plano vertical. 1.2.1. Breve consideração crítica da solução unitária de autoria. 1.2.2. A responsabilidade por organização. 1.2.3. A responsabilidade criminal dos empresários. III. A harmonização em torno dos conceitos da autoria e participação. 1. Considerações gerais. 2. O Convênio Internacional para a Proteção dos Interesses Financeiros da CE – “Convênio PIF”. IV. A unificação do Direito Penal no *Corpus Iuris*. 1. Considerações gerais. 2. O tratamento jurídico-penal do *Corpus Iuris* à autoria e participação. 3. O tratamento jurídico-penal dispensado aos empresários. V. Considerações finais. VI. Bibliografia consultada.
PALAVRAS CHAVES: Aplicação do instituto do concurso de pessoas no Direito Penal europeu – Panorama

* Este trabalho corresponde, com algumas correções, ao trabalho conclusivo do Curso de Pós – Graduação em Direito Penal Econômico na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (ano de 2003), que contou com a marcante orientação do professor doutor Pedro Caeiro.

geral do tratamento jurídico-penal dispensado pelos Estados-membros ao tema e a solução adotada no processo de harmonização e tentativa de unificação da lei penal europeia: o Convênio para Proteção dos Interesses Financeiros da CE e o *Corpus Iuris*.

“A época posterior ao termo da Segunda Guerra Mundial não trouxe consigo a Paz Perpétua, nem tão-pouco cessaram os Crimes de Guerra ou Crimes contra a Humanidade. Mas aconteceu ainda pior. Surgiram novas formas de criminalidade internacional de grande perigosidade, as quais têm de ser combatidas através de esforços comuns de todos os Estados interessados na manutenção da ordem jurídica: o terrorismo, a tomada de reféns e o desvio de aeronaves”

(JESCHECK, Hans-Heinrich).

I. Introdução **

O mercado comum europeu desenvolveu-se durante muito tempo sem que a Comunidade acreditasse na necessidade da criação de um Direito Penal europeu. Para além da conhecida concepção de o Direito Penal traduzir a soberania nacional e expressar sua identidade ou cultura particular, o sistema penal e as normas administrativas dos Estados-membros apresentavam-se como suficientes para proteger os interesses comunitários, sendo o Tratado da Comunidade Econômica Europeia (TCEE), de 25 de Março de 1957, uma demonstração desse pensamento. A partir do Tratado da União Europeia (TUE), assinado em Maastricht em 7 de Fevereiro de 1992, paulatinamente, institucionalizou-se a cooperação entre os países-membros em

** Abreviaturas utilizadas: *BFDUC*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; *BGH*, Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal alemão); *BMJ*, Boletim do Ministério da Justiça (Lisboa); CE Comunidade Europeia; CEDH, Convenção Europeia dos Direitos do Homem; *CGPJ*, Consejo General del Poder Judicial (Madrid); CP, Código Penal; *CPC*, Cuadernos de Política Criminal; *FDUC*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; *NJW*, Neue Juristische Wochenschrift (Nova Revista Semanal Jurídica); ÖstGB, Código penal Austríaco; OwiG, Ordnungswidrigkeitengesetz (Lei alemã de contravenções penais); PE, Parte Especial do Código Penal; PIF, (Convenção relativa à) Proteção dos Interesses Financeiros; *PPU*, Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A.; *RBCC*, Revista Brasileira de Ciências Criminais; *RIDP*, Revue Internationale de Droit Pénal (AIDP); *RMP*, Revista do Ministério Público (Lisboa); *RP*, Revista Penal (Barcelona); *RPCC*, Revista Portuguesa de Ciências Criminais; *RPJ*, Revista del Poder Judicial (Madrid); TEDH, Tribunal Europeu dos Direitos Humanos; TCE, Tratado que instituiu a Comunidade Europeia; TCEE, Tratado da Comunidade Econômica Europeia; TJCE, Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia; TUE, Tratado da União Europeia; *ZStW*, Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft.

matéria de justiça e assuntos internos, sem, contudo, extrapolar os limites do Terceiro Pilar, ou seja, sem adentrar no âmbito comunitário — o Primeiro Pilar. Mas foi o Tratado de Amsterdam¹ que conferiu novas perspectivas ao Direito Penal europeu, ressuscitando, de certa forma, o pensamento de quase um século atrás do *pai do Direito Penal moderno*,² Franz v. Liszt, no sentido de rejeitar o argumento da identidade nacional dos povos europeus a favor da unificação do Direito Penal.³

De fato, ao definir como objetivo da União Européia (UE) propiciar “*um elevado nível de proteção num espaço de liberdade, segurança e justiça*”,⁴ o Tratado de Amsterdam suscitou ao Direito Penal europeu a necessidade de apresentar-se com uma roupagem tecida através de uma aproximação gradual, ainda que mínima, dos ordenamentos dos Estados-membros, sendo essa necessidade premente.

Ninguém mais duvida da necessidade de se ter leis penais comunitárias para reprimir, adequadamente, a criminalidade organizada, que se aproveita das facilidades derivadas da globalização e da tecnologia para esticar seus tentáculos e aproveitar-se das vantagens de uma “aldeia global”,⁵ na qual permeia um lucrativo mercado comum sem fronteiras. Mas, no que a harmonização e unificação do Direito Penal concernem, o objeto de preocupação da UE cinge-se com uma “nova” delinquência, gerada pela integração europeia, que atua contra os interesses financeiros da Comunidade e é produto da corrupção dos funcionários das instituições europeias.⁶

Na medida em que o Direito Penal Europeu passa a ganhar corpo, ainda que, por ora, se limite apenas às sanções administrativas, surge a incontornável necessidade de reunir normas e princípios em sede da Parte Geral. Isto porque é essa que desempenha uma efetiva função integradora frente às específicas figuras típicas, no ainda hipotético Direito Penal comunitário.⁷ Como afirma

¹ Firmado em 2.10.1997 e ratificado pela RAR nº 7/99, em 19.2.

² ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *Franz von Liszt. La Idea del Fin en el Derecho Penal*, Granada: Comares, 1995, p. 33.

³ Embora, é verdade, essa concepção de von LISZT tivesse outro pano de fundo, mais relacionada com as alianças que atuaram na Primeira Guerra Mundial, mas também voltada às necessidades de uma “*política econômica unificada*” (cfr. BACIGALUPO, E., *Curso de Derecho Penal Económico*, Madrid: Marcial Pons, 1998, p. 398).

⁴ Art. 29 do TUE, modificado pelo Tratado de Amsterdam.

⁵ MC LUHAN, Marshall, *The Gutenberg Galaxy: The Making of Typographic man*, Toronto, University of Toronto, 1962.

⁶ RODRIGUES, Anabela e MOTA, J.L. Lopes da, *Para uma Política Criminal Européia*, Coimbra Edt., 2002, p. 15, nº 7.

⁷ Nesse sentido, FRANCESCO PALAZZO (“La legalidad penal en la Europa de Amsterdam”, trad. García Rivas, *Revista Penal (RP)* nº 3, 1999, p. 36) afirma ser “*impossível aceitar uma efetiva harmonização e unificação da tutela penal*”, sem a existência da PG.

Tiedemann,⁸ se se pretende a aplicação do Direito conforme um sistema geral, sintonizado com a idéia de Justiça e com o princípio de igualdade, a necessidade de se dispor de um sistema comum apresenta-se como manifesta.

Portanto, este estudo cinge-se à área da Parte Geral, dedicada aos “*presupostos jurídicos gerais da punibilidade de uma ação*”⁹ e que tem como mister a relevante necessidade de estabelecer normas expressas para a ampliação da punição ditada pela Parte Especial. O processo de harmonização e unificação das leis penais têm contemplado, no seio de suas legislações comunitárias, essas normas gerais e, dentre elas, o capítulo que foi considerado por Kantorowicz como o mais obscuro e confuso da ciência penal alemã: a “*teoria da participação*”.¹⁰ Independentemente do acerto dessa afirmação, é inegável a existência de um gravame no nosso âmbito gerado pela tendência à flexibilização do instituto da comparticipação, como forma de conferir eficiência ao Direito Penal para enfrentar a fenomenologia criminal organizada transnacional e assegurar os interesses financeiros da CE, o que confere um elevado tom de importância ao presente estudo.

Esta análise circunscreve-se, pois, às principais questões da autoria e participação nos crimes dolosos, no processo de harmonização e unificação das leis penais européias.¹¹ Cedem, portanto, a vez temas de extrema relevância, como a questão do erro, da tentativa e do concurso de crimes, os quais ficam à margem de nossa análise. Para alcançarmos nosso objetivo, presumimos conhecidos os conceitos jurídico-penais usuais no estudo da comparticipação, com o que ganhamos fôlego na discussão do modelo legal empregado no processo de harmonização e unificação do Direito Penal europeu.

⁸ “Exigencias fundamentales de la Parte General y propuesta legislativa para un Derecho penal europeo”, trad. A.N. Martín, in *RP* nº 3, 1999, p. 78.

⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal, Parte Geral (PG)*, trad. M.Olmedo Cardenete, Comares, 5ª ed., 2002, p. 209.

¹⁰ *Apud* ROXIN, K., *Autoria y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, trad. 7ª ed. alemã de Cuello Contreras y González de Murillo, Marcial Pons, 2000, p. 19.

¹¹ Não cuidamos do efeito da *assimilação* nos Estados-membros da Comunidade Européia (CE), que se refere à técnica para uma das vias de intervenção penal uniforme, na qual os Estados membros devem proteger da mesma forma as reuniões e uniões de interesses comunitários como se tratasse de interesses próprios, sem que tenha efeito de uma harmonização entre os Estados-membros (VOGEL, Joachim, “Estado y tendencias de la armonización del Derecho penal material en la Unión Europea”, trad. M.O. Alonso, *RP* nº 10, 2002, p. 114). No sentido dessa técnica, posicionou-se o TJCE, em 21 de setembro de 1989: «os Estados-membros devem punir as infrações ao Direito Comunitário ‘em termos semelhantes’ aos previstos com relação às mesmas infrações ao Direito nacional e de modo que garanta o caráter ‘efetivo, proporcional e dissuasório’ da tutela prevista» (GRASSO, G., “La protección de los Derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario y su repercusión en los sistemas penales de los Estados miembros”, trad. García Rivas, *Estudios de Derecho Penal Económico*, Universidad Castilla-la Mancha, 1994, p. 294, nº 2, e Exposição de Motivos do *Corpus Juris*).

Mas não prescindimos de uma análise preliminar, preocupada em delinear em termos gerais o tratamento jurídico-penal da comparticipação nos Estados-membros, porquanto “*é justamente a enorme riqueza das categorias ‘inventadas’ pelos diversos direitos nacionais que pode permitir o progresso comunitário*”,¹² como resultado de uma “*comunidade de cultura penal*”¹³ que é — desde já assinalamos — fundamental no processo de unificação.

Na segunda e principal parte desta jornada, com um discurso descritivo-analítico, analisamos a repercussão do tratamento jurídico-penal da autoria e participação visto nos Estados-membros na harmonização e unificação do Direito Penal europeu. Preocupamo-nos com aqueles que, para nós, traduzem os principais passos dados pelo Direito Comunitário na órbita penal e, com maior interesse, no instituto da comparticipação: o Convênio de Proteção aos Interesses Financeiros e o *Corpus Iuris*.

Interessa-nos verificar o grau de consistência seguido na doutrina da comparticipação, a definição do modelo teórico para conceber a figura do autor, do tratamento jurídico-penal dispensado aos empresários e a solução da questão da delegação dessa responsabilidade aos funcionários de empresas. Fica sem aprofundamento a solução do Direito Penal comunitário para os *casos de negligência*, nos quais se costuma consagrar o princípio da autoria unitária — caso francês e alemão —, bem como para os *casos das sanções administrativas*,¹⁴ para os quais é adotado o modelo unitário de autoria, tal como se orienta o Direito administrativo germânico, como faz prova o par. 14 da OWiG alemã.

II. O tratamento da autoria e participação nas principais leis penais da UE

Para melhor compreender o tratamento jurídico-penal conferido à questão

¹² CAEIRO, Pedro, “Perspectivas de formação de um direito penal da União Europeia”, *Revista Portuguesa de Ciências Criminais (RPCC)* 2, 1996, p. 196, nº 18.

¹³ BACIGALUPO, E., como nota 3, p. 399. Esse professor espanhol resgata o fato de a maioria das leis penais europeias — mas não só — desenvolverem-se a partir do Código Napoleônico de 1810 e mesmo «os movimentos de reformas operados no século [passado] (...) são o produto de movimentos ideológicos-penais amplamente transnacionais», tais como: os Códigos Penais suíço de 1937, italiano de 1930, grego de 1950, alemão e austríaco de 1975, português de 1982 etc. (*ibidem*).

¹⁴ TIEDEMANN, “La regulación de la autoría y la participación en el Derecho penal europeo”, *in RP* nº 5, trad. M. Cancio Melia, Edt. Praxis, p. 92. Refere-se às sanções administrativas de 19.12.95.

da autoria e participação no seio das legislações já existentes na UE, necessário estabelecer, como ponto de partida, o panorama geral desse problema no âmbito interno dos Estados-membros.

1. Panorama geral do tratamento jurídico-penal da autoria e participação nos países-membros da UE

Na esteira do princípio da presunção de inocência consagrado pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) e previsto no artigo 6º, parágrafo 2º, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), colhe-se da maioria das leis penais dos países-membros o respeito aos princípios da legalidade, proporcionalidade e culpabilidade, sendo que este último tem sido regulado expressamente dentre os preceitos que tratam do tema da autoria.¹⁵ Para Hassemer é este respeito comum aos princípios cardeais do Estado de Direito Democrático, que confere ao Direito Penal moderno, em toda a Europa continental, uma linha de evolução equiparável,¹⁶ justificável por suas profundas raízes históricas, vistas a partir do renascimento.¹⁷ Temos, pois, convicção de que qualquer tentativa de harmonização e unificação do Direito Penal deve considerar essa tendência e ter esses princípios como pressupostos, afastando-se assim as presunções de culpabilidade ofensivas à tradição jurídica europeia.¹⁸

Ressalte-se que o panorama que delineamos dentro do âmbito da participação não tem a profundidade necessária para alcançar o conteúdo dogmático desenvolvido em cada país, ou todo o pragmatismo adotado por outros. Desde já, podemos indicar a existência de países onde esta questão é marcada por uma afinada e desenvolvida técnica jurídico-penal, como é o caso da Alemanha, e outros Estados com realidade diversa. Com essas perspectivas introdutórias, adentramos o tema seguindo a dupla perspectiva de

¹⁵ O fundamento da pena no princípio da culpabilidade é expressamente previsto no StGB, par. 46, no ÖstGB, par. 32, e art. 71 do CP português. Tanto o CP português (art. 29º) como o StGB (par. 29) asseguram também o princípio da culpabilidade no instituto da comparticipação em termos bastante semelhantes. Diz o par. 29º StGB: “Cada interveniente será punido conforme sua punibilidade sem ter em conta a culpabilidade do outro”. Outros sistemas penais recorrem à interpretação dos Tribunais Constitucionais, em face da ausência da previsão expressa; é o caso do CP espanhol, italiano e danês; enquanto o art. 132.24 do CP francês e o art. 79 do CP grego apoiam-se apenas no critério da personalidade (BACIGALUPO, E., como nota 3, pp. 402-403).

¹⁶ HASSEMER, W., “Perspectivas del Derecho penal futuro”, in *RP* nº 1, trad. A. Borrallo, p. 37.

¹⁷ TIEDEMANN, K., como nota 8, p. 76.

¹⁸ Cabe lembrar, com PALAZZO (como nota 7, p. 36), que essa consideração pelos princípios acima citados assume aquela função de garantia da PG do Direito Penal europeu, que impõe limites à jurisdição penal.

Tiedemann.¹⁹ Primeiro uma abordagem *horizontal*, na qual a intervenção conjunta dos sujeitos ocorre de forma mais ou menos independente umas das outras. Depois, numa perspectiva tomada num plano *vertical*, na qual, para além do sujeito que executa diretamente o fato ilícito, há que se definir a responsabilidade penal do superior ou superiores.

1.1. Análise da autoria e participação no plano horizontal dos países-membros

Encontramos na UE basicamente dois modelos distintos de tratamento jurídico-penal: o primeiro consiste na adoção do princípio da *autoria unitária* e o segundo, no modelo restritivo ou *sistema diferenciador* do conceito de autor.

1.1.1. O modelo unitário de autoria

Não obstante as diferentes consequências vistas em cada legislação, o sistema unitário de autor é seguido na Áustria, Itália, Dinamarca e Noruega.²⁰ De acordo com a autorizada doutrina de Jescheck,²¹ os contornos teóricos deste primeiro modelo *“contempla a todos os intervenientes que prestam uma contribuição causal à realização do tipo como autores, com independência da importância que corresponda a sua colaboração para o conjunto do fato”*. Há, pois, ao lado da interpretação ampla dos tipos penais, uma responsabilidade autônoma e individual dos intervenientes.

Ressalte-se, contudo, que essa definição clássica e formal — rejeitada por Diethelm Kienapfel²² — tem evoluído para um sistema denominado

¹⁹ Como nota 14, p. 91.

²⁰ Também é adotado na Alemanha, na *OWiG*. Frise-se que, na Itália, não são poucos os Autores que reconhecem no *concorso di persone nel reato* formas diferenciadas de comparticipação e, assim, o princípio da acessoriedade da participação (sobre esse princípio, vd. item seguinte deste trabalho). Esse é o caso de BETTIOL, Giuseppe, *Direito Penal*, trad. Fernando de Miranda, Coimbra: Coimbra Edit., 1973, pp. 242-257. DOLCINI e MARINUCCI delineiam o atual estado da questão na Itália: enquanto na jurisprudência prevalece a referência a uma concessão extensiva de autor, segundo a qual é autor qualquer um que preste um contributo casualmente relevante à realização do evento lesivo, não tendo relevo algum a conformidade da conduta ao tipo; na doutrina, ao invés, prefere-se uma concessão restritiva de autor (*Codice Penale Commentato*, Milano: IPSOA, 2000, p. 897). Na Áustria, a doutrina também discute sobre a aplicabilidade do princípio da acessoriedade (cfr. VALDÁGUA, M.C.S., *Início da Tentativa do Co-Autor*, Lisboa: Lex, 1993, p. 33), enquanto que o sistema norueguês promove a ampliação do tipo penal através da união dos preceitos típicos da PG na PE do CP.

²¹ Como nota 9, p. 694.

²² KIENAPFEL (“Probleme der Einheitstäterschaft”, in *Strafrechtliche Probleme der Gegenwart*, t. I, 1973, p. 85, apud DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La Autoría en Derecho Penal*, Barcelona: PPU, 1991, p. 102) não aceita a possibilidade de se reduzir o conceito unitário de autor, como categoria dogmática que se limita a colocar no mesmo nível as figuras do *autor*, do *instigador* e do *cúmplice*.

por este penalista austríaco como um conceito unitário *funcional* de autor, o qual, diferente do conceito *formal*, admite as distintas figuras da autoria, embora à partida também haja a igualdade dos intervenientes como autores.²³ Sem reconhecer o princípio da acessoriedade entre as condutas participativas, o *conceito unitário funcional* abandona a idéia da causalidade para apoiar-se nos princípios de merecimento e necessidade de pena, ou da realização do tipo. Num apertado resumo, toda contribuição causal deve adequar-se aos tipos penais correspondentes através de algumas das categorias de autoria reconhecidas num plano dogmático — autoria mediata ou imediata. A existência de um marco penal igualitário não se identifica com uma única pena, porquanto, no instante da aferição da sanção, será valorada a total contribuição do sujeito ao fato, agravando ou atenuando sua responsabilidade penal.²⁴ Enfim, a pena materialmente justa situa-se acima da fidelidade aos princípios dogmáticos, que é seguida no modelo restritivo ou diferenciado, a cuja análise dedicamos o item seguinte.

1.1.2. O modelo diferenciado de autor

Este modelo remonta ao tempo da desenvolvida doutrina italiana medieval, assumiu um marcante cariz liberal, fixado que foi no Código Penal francês de 1810,²⁵ e permanece nas leis penais da maioria dos países: Portugal, Alemanha, Espanha, França, Suíça, República Checa, Grécia e outros. No sistema diferenciado, predomina a subdivisão conceitual de *autores*, *instigadores* e *cúmplices*, com diferenças entre si. Os primeiros são os que realizam a ação típica (autor imediato, mediato e co-autor), enquanto que os dois últimos — pertencentes à categoria da participação — são punidos por força de uma norma geral de extensão da tipicidade das disposições da parte especial, sendo que, sem esse alargamento, tais comportamentos ficariam

²³ KIENAPFEL, D., "Beteiligung und Teilnahme". Zum Verhältnis vom OwiG zum StGB, en *NJW* 1970, pp. 1826-1833, *apud* DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., como nota anterior, p. 65.

²⁴ O sistema unitário funcional de KIENAPFEL funda-se na teoria da *Doppelnatur der Beteiligung* = "dupla natureza da co-delinquência". Nesse, a autoria deve ser entendida, primeiro, num plano dogmático-conceitual, no qual se reconhecem as categorias de autoria, precisamente a *autoria imediata* e *mediata*; sendo certo que KIENAPFEL utiliza o conceito de autoria mediata como uma definição voraz, pois seu significado e conteúdo absorvem as outras formas de intervenção - instigação e cumplicidade (*Der Einheitstäter im Strafrecht*, 1971, *apud* HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. Ulises, *La Autoría Mediata en Derecho penal*, Granada: Comares, 1996, pp. 8, nº 21, e 10, nº 33). Por sua vez, no plano valorativo, é possível a aferição do critério do merecimento de pena, como forma de propiciar a "individualização concreta da responsabilidade do autor" (*idem*, p. 8; itálico original). Em resumo, com DÍAZ Y GARCÍA (como nota 22, p. 103; com itálico), "a questão da forma de intervenção pertence ao âmbito da construção dogmática de conceitos, entretanto a de seu desvalor concreto, à determinação da pena".

²⁵ TIEDEMANN, K., como nota 14, p. 92.

impunes.²⁶ Os cúmplices freqüentemente são favorecidos por uma diminuição da pena, como pode ser exemplificado pelas leis penais alemã, portuguesa e espanhola.²⁷

Na verdade, a diferenciação entre autores e partícipes é meramente conceitual e, assim, tal como ocorre no CP português, no espanhol e no StGB, nada impede que uma figura centrada na categoria da participação seja punida, por razões de gravidade de pena, como se fosse autoria.²⁸ Ao mesmo tempo em que o modelo restritivo se utiliza de fundamentos do conceito unitário,²⁹ esse também contém uma certa idéia ou alguma insinuação de distinção das figuras da co-intervenção,³⁰ o que permitiu a Weigend concluir que, na realidade, são poucas as diferenças entre os dois sistemas.³¹

Por isso, podemos concluir que a conseqüência mais importante da distinção dogmática entre autor e partícipe reside na acessoriedade deste, a qual, como afirma Paul Bockelmann, “*não é produto da lei*”, mas está na “*natureza mesma das coisas*”, i.e., “*a participação é necessariamente acessória*” e, como tal, dependente da existência de um fato principal.³² A maioria dos países segue a versão *limitada* do princípio da acessoriedade, que é — com Tiedemann e Pradel³³ — a que melhor soluciona a questão da participação e que menos

²⁶ Sobre a interpretação do art. 27º, nº 1, do CP português: DIAS, Jorge de Figueiredo, *Sumários*, 1976, pp. 80-81. Também sobre a cláusula de extensão de pena para a participação no StGB, parágrafos 26 e 27: JESCHECK, H.H./WEIGEND, T., como nota 9, p. 737; e nos artigos 28 e 29 do CP espanhol: vd. RODRIGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios al Código Penal*, Madrid: Civitas, 1997, pp. 169-173 e, com mais detalhe, RUIZ ANTON, L.F., “El fundamento material de la pena en la participación”, *CPC* nº 11, 1980, pp. 47-66.

²⁷ Ressalvamos — com PRADEL, J., *Droit Pénal Comparé*, Paris: Dalloz, 1995, p. 282 — o art. 121-6 do *Code Pénal* francês, que pune o cúmplice como se fosse autor.

²⁸ O CP português (art. 26º) e o StGB (par. 26) punem o instigador como autor. Enquanto na Alemanha o instigador é um mero partícipe, a doutrina portuguesa discute se a figura da instigação está centrada na autoria ou na participação. FIGUEIREDO DIAS (como nota 26, pp. 70-71) entende que, à luz da lei portuguesa, trata-se de autoria, enquanto que TERESA BELEZA (“A estrutura da autoria nos crimes de violação de dever. Titularidade versus domínio do facto?”, *RPCC* 3, 1992, p. 339) advoga tratar-se de participação. O CP espanhol (art. 28, b)), por sua vez, pune o cooperador necessário como se fosse autor, embora aludida figura esteja na categoria da participação.

²⁹ Para KIENAPFEL (*Einheitstäter apud* Diaz y García Conlledo, M., como nota 22, p. 186), essa ampliação da punibilidade ou equiparação da pena do instigador à do autor é uma manifestação da tendência do sistema unitário nos sistemas diferenciados.

³⁰ TIEDEMANN, K., como nota 14, p. 93.

³¹ “Los sistemas penales frente al reto del crimen organizado”, *RIDP* nº 68, trad. Cuesta Arzamendi, Ères, 1997, p. 552. De fato, não encontramos sistemas puros. Por exemplo, o par. 12 do ÖstGB austríaco define expressamente o autor imediato: “*Não só o autor imediato comete o facto punível, mas também todo aquele que determina outrem a executá-lo ou que, de outro modo, contribui para a sua execução*” (trad. VALDÁGUA, como nota 20, p. 33). O art. 115, pars. 3º e 4º do *Codice penale* italiano prevê a figura da instigação no âmbito do acerto para cometer um delito e o art. 114 prevê a contribuição ao fato de menor importância.

³² *Relaciones entre Autoría y Participación*, trad. C.F.Balestra, A.-P., Buenos Aires, 1960, p. 7.

³³ TIEDEMANN, como nota 15, p. 93; e PRADEL, J., como nota 27, p. 280. Como informa GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ (*La Responsabilidad Penal del Coautor*, Valencia: Tirant, 2001, pp. 40-41), adotam o princípio da acessoriedade limitada: Portugal, Alemanha, Espanha, Suíça, Holanda, República Checa, a doutrina e jurisprudência francesa, parcialmente na Suécia e, muito levemente, na Inglaterra.

lacunas de impunidade propicia. Consiste este princípio, em sua concepção qualitativa, na exigência da realização do fato típico e antijurídico por parte do autor. Outra consequência derivada do princípio da acessoriedade é a exigência de uma participação dolosa num fato doloso do autor, que propicia uma solução mais estrita ante aquela relacionada com a teoria unitária.³⁴

Conquanto seja certo que este modelo diferenciado exija o desenvolvimento de teorias difíceis e complexas,³⁵ não temos dúvidas, na esteira da maioria dos penalistas, em indicá-lo para um futuro Código Penal europeu como o sistema mais justo e conforme o Estado de Direito.³⁶ A uma, porque é o que mais se aproxima da fenomenologia como realidade social-participativa. A duas, ao acolher o princípio da acessoriedade, propicia um recorte no âmbito típico penal, que faz com que o sistema se ajuste melhor aos postulados do Direito Penal de um Estado de Direito, não apenas pela redução quantitativa das figuras puníveis, mas pela definição clara delas e, por conseguinte, pelo respeito ao princípio da tipicidade. Sublinhe-se, ainda, que referido modelo está vinculado à interpretação restritiva dos tipos, pois somente as contribuições do âmbito da categoria de autoria podem ser apreendidas diretamente dos tipos penais da PE.

Embora mais justo e complexo, o conceito diferenciado de autor não resolve todas as questões surgidas no âmbito da comparticipação, como é o caso da importante discussão sobre a participação nos *delitos especiais*, nos quais o tipo exige do agente um dever especial — referimo-nos ao sujeito *qualificado*, ou *intraanei*: um empresário, médico, funcionário público etc. Nestes casos, denominados por Roxin como *Pflichtdelikte*, será autor quem se encontre vinculado pelo dever contido no tipo, prescindindo-se, assim, do critério da teoria do domínio do fato, com a qual se conduziria a “*um beco sem saída*”:³⁷ se um *intraaneus* utiliza-se de um *extraneus* — sujeito *não qualificado* —, para a prática de um crime doloso, haverá a impunidade

³⁴ TIEDEMANN, como nota 14, p. 93. Em Portugal e em Alemanha as leis penais contam com essa exigência expressa, diferentemente do CP espanhol. De outro lado, WEIGEND ressalva que, no sistema unitário, se o partícipe atua sem dolo, pode ser responsabilizado por um fato imprudente (como nota 31, p. 552).

³⁵ Por todos, G. BETTIOL (como nota 20, p. 210, nº 3), ao referir-se à tradicional doutrina alemã e ao seu “*conceito complexo de Täterschaft*”, assinala a maior amplitude de seu quadro dogmático.

³⁶ A seguir, acompanhamos os argumentos de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, nota 22, p. 201.

³⁷ ROXIN, K., como nota 10, pp. 744-745. No mesmo sentido: DIAS, Jorge de Figueiredo, como nota 26, p. 54. A favor da utilização concorrente da teoria do domínio do fato: BELEZA, Teresa Pizarro, como nota 28, p. 337 ss.; MAURACH, GÖSSEL e ZIPF, *Derecho Penal*, trad. J.B.Genzsch, v. 2, Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 318.

daquele pela falta do domínio do fato e a deste, que não atende a exigência especial típica; por conseguinte, não há como responsabilizar os partícipes. Essa lacuna tem sido fechada com a adoção de medidas político-criminais suscitadas por vários países, através de regras específicas, no seio de seus Códigos. Ao mesmo tempo que impõem regimes e valorações diferentes nos tratamentos dos *intraneus e extraneus*, tais regras constituem uma “*simples cláusula de referência*” — como é o caso do artigo 31 do CP espanhol³⁸ — e possibilitam diferentes entendimentos doutrinários, como, por exemplo, na Alemanha, onde prevalece uma especial situação de *autoria mediata* para o *intraneus*,³⁹ ou em Espanha onde, nos “delitos de funcionários”, se afirma uma *autoria direta* fundada numa conduta omissiva derivada da posição de garante.⁴⁰

Na verdade, existe uma grande gama de questões tormentosas no seio do sistema diferenciado, as quais, de uma forma geral, poderiam ser resolvidas pela tendência de regulação comum da maioria dos países. Vejamos apenas algumas.

Com efeito, quanto ao problema do *acordo prévio* para cometer um crime, a doutrina e a jurisprudência em geral de todos os países adotam os fundamentos da *solução global*⁴¹ para o início da tentativa na co-autoria. Assim, para haver tentativa basta que somente um dos co-autores desenvolva

³⁸ RODRIGUEZ MOURULLO, G., como nota 26, p. 177.

³⁹ STRATENWERTH, G., *Derecho Penal*, trad. G. Romero, Madrid: Edersa, 1992, p. 243.

⁴⁰ LOPEZ PEREGRIN, *La Complicidad en el Delito*, Valencia: Tirant, 1997, pp. 90-91, nº 52). Dada a complexidade da órbita descrita pelos delitos especiais no instituto da comparticipação, não temos como esgotar todos os regimes jurídicos visíveis nos Estados-membros.

Destacamos ainda a adoção de uma “acessoriedade recíproca” (MONTEIRO, H. Salinas, *A Comparticipação em Crimes Especiais no CP*, Universidade Católica Edt., 1999, p. 329) no art. 28º do CP português. Há aqui, como observa TERESA BELEZA (“Illicitamente comparticipando – O âmbito de aplicação do art. 28º do Código Penal”, *BFDC (Separata) Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, Coimbra, 1998, p. 12), “uma verdadeira extensão dos tipos da Parte Especial, pois permite o seu alargamento a casos em que a prática dolosa da acção descrita no tipo e a titularidade da especial qualidade ou relação não coincidem numa só pessoa. Isto é, torna possível a prática de um crime próprio por quem não possua a qualidade exigida no tipo, na medida em que se associe a alguém que tenha essa qualidade” (grifos em itálico no original). A mesma “acessoriedade recíproca” pode ser encontrada em outros países, a saber: no par. 14, nº 1, do ÖStGB austríaco; no par. 23 do CP dinamarquês e, de certa forma, no art. 117 do *Codice penale* italiano, os quais exigem que ao menos um dos intervenientes tenha a condição especial como forma de evitar a impunidade do *extranei*. Diferentes as leis penais francesa e belga, que guardam silêncio sobre essa questão (BACIGALUPO, E., como nota 3, p. 209).

⁴¹ Essa expressão e seu conteúdo devem-se a SCHILLING, *Der Verbrechenversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters*, 1975, apud VALDÁGUA, como nota 20, p. 30. Segundo essa professora, a solução *global* opõe-se à *individual*, que “recusa o princípio de que a tentativa começa sempre simultaneamente para todos os co-autores e sustenta que deve determinar-se o início daquela separadamente para cada um deles, tomando por base a sua própria actuação” (*ibidem*).

uma atividade prevista no plano global e, com isto, fica respeitada a natural divisão de trabalho da co-autoria.⁴² Semelhante discussão ocorre em torno da figura da instigação, sendo, neste particular, de relevo o tratamento legal do artigo 26º do CP português, que, *expressis verbis*, exige a “execução ou começo de execução” por parte do instigado.⁴³

Outra questão cinge-se à órbita da *cumplicidade tentada*, na qual fica bem clara a restrita — e melhor — solução do modelo diferenciado, pois, em geral, declara expressamente a impunidade do cúmplice.⁴⁴ Neste ponto, o sistema unitário, em seu — indesejável — alargamento da punição, possibilita uma mera tentativa de participação ser definida como autoria e, como tal, punida.

Delineado o predomínio do modelo diferenciado, cumpre agora, mesmo que sinteticamente, verificar qual o critério prevalente para distinguir o autor do partícipe.

1.1.3. O predomínio da teoria do domínio do fato

Consente a doutrina jurídico-penal européia continental que a *teo-*

⁴² GÖSSEL, K.H., MAURACH, R., e ZIPF, H., como nota 37, pp. 392-393. Ainda quanto ao acordo prévio, TIEDEMANN (como nota 14, p. 94) destaca a “previsão restritiva” do *Codice Penale* italiano — art. 115 —, que diz: “salvo se a lei dispuser de outra maneira, quando duas ou mais pessoas se ponham de acordo com o escopo de cometer um crime, e este não seja cometido, nenhuma delas é punível pelo simples fato do acordo”. Essa solução é, sem dúvida, quanto a nós, mais coerente do que a do *verabredung* (simples acordo), previsto no par. 30, nº 2, do StGB — o qual pune o simples acordo com outro para cometer um delito —, e preferível ante a ausência de regulação por parte do CP português.

Por fim, não desconhecemos a existência de doutrina — minoritária —, que renuncia ao pressuposto do *acordo prévio*, para fins de configuração da co-autoria, e admite a possibilidade de uma *co-autoria unilateral* fundada numa *decisão de adaptação* dos intervenientes; doutrina essa derivada da concepção normativa do domínio do fato e que rejeita a idéia naturalística da co-autoria, atrelada ao acordo recíproco entre os comparticipantes (JAKOBS, Günther, *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*, 2ª ed., trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 747 ss; e LESCH, Heiko H., “Intervención delictiva e imputación objetiva”, trad. Javier Sánchez-Vera y Gómez-Trelles, in *ADPCP* t. 48, f. 1, Enero/Abril, 1995, p. 963 ss.).

⁴³ Nesse particular, destoa a solução francesa, que não pune a tentativa de instigação. PRADEL (como nota 27, p. 280) cita célebres jurisprudências de 1963 e 1964 para demonstrar essa orientação.

⁴⁴ Para CARRARA, há uma manifesta “*repugnância ontológica*” desse conceito, pois “*para a participação é essencial que o facto constitutivo da mesma haja tido uma eficiência sobre o delito principal*” (apud BETTIOL, G., como nota 20, pp. 227-228). Com isso, rejeitamos a doutrina de MARCELO SANCINETTI, que, com apelo à imputação objetiva, eleva a participação a delito autônomo, independente da conduta levada a cabo pelo autor (“Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva”, *Estudios*, Buenos Aires: Ad-Hoc, pp. 70-74) e de KLAUS LÜDERSSEN (*Zum Strafgrund der Teilnahme*, 1967, apud LOPEZ PEREGRIN, como nota 40, pp. 128-131), que autonomiza os tipos de participação diretamente da PE do CP — para tanto, basta que o bem jurídico lesionado esteja protegido também frente ao partícipe. Num sentido semelhante dispõe a lei penal da Polônia, que faz a distinção entre autores e partícipes, mas a responsabilidade destes é considerada independente daqueles (cfr. WEIGEND, T., como nota 31, p. 551).

ria do domínio do fato é a prevalente.⁴⁵ Esse predomínio teórico é demonstrado de forma interessante e prática, sem rigor dogmático, por Wilfried Bottke.

Bottke⁴⁶ indica como melhor caminho para uma negociação entre os países-membros a compreensão da *linguagem comum* que concorre em todos os Estados, técnica essa que torna mais acessível o conhecimento da dogmática comum europeia. Evidentemente, através dessa orientação, não é possível converter “coisas naturais” da pré-linguagem em categorias penais fundamentais, mas é o quanto basta para concluir: “autor é, em todas as partes, a figura central do acontecimento”.⁴⁷

Assim, para a lei alemã, autor que comete o fato típico — doloso — é quem realiza o acontecimento, i.e., “autor é o ‘realizador’ — *macher*”. “Autor é aquele que tem o poder de executar o fato, quem realiza dirigidamente — *bewerkt* — o acontecimento com pleno poder de execução”. Analogamente,

⁴⁵ De fato, é a teoria adotada pelo CP português, ou pelo menos com ele é consentânea (BELEZA, Teresa P., como nota 28, p. 338); no mesmo sentido, o acórdão de 14 de novembro de 1984 do STJ (BMJ nº 341[1984], pp. 213-217). ROXIN, C. (“Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión”, in *Sobre o Estado da Teoria do Delito*, trad. Castiñeira Palou, Madrid: Civitas, 2000, p. 165) indica o absoluto predomínio da teoria do domínio do fato na doutrina alemã. Também: ACHENBACH, H., “Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el derecho alemán”, in *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*, Barcelona: J.M.Bosch Ed., 1995, p. 383. Em Espanha, no mesmo sentido é a indicação de MIR PUIG, S. *Derecho Penal*, 5ª ed., Madrid: Reppertor, 1998, p. 366. Mesmo na Itália — onde prevalece um conceito extensivo de autor —, a Corte de Cassação recentemente enfatizou a importância da diferenciação da figura da cumplicidade e, para tanto, seguiu a orientação doutrinária que individualiza a figura do autor naquele que tem o domínio finalístico sobre o fato; “...o dominus da ação permanece sempre e apenas ao autor, porque a ele é permitido negar o início à instigação ou mudar, no prosseguimento, a própria decisão” (DOLCINI, E. e MARINUCCI, G., como nota 20, p. 897).

⁴⁶ “Estructura de la autoría en la comisión y en la omisión como requisito para la construcción de un sistema de Derecho Penal de la Comunidad Europea”, trad. C.Bidasolo, in *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal*, Barcelona: Bosch Edt., 1995, pp. 310-311. BOTTKE assinala que a utilização crítica da linguagem cotidiana é, em certa medida, próxima do pensamento anglo-saxão (*idem*, p. 311) fundado num “*common sense analysis*”. Contudo, tal técnica não vem sendo seguida em termos de CE, porque tem-se utilizado uma obrigatória metodologia da dogmática penal alemã (*idem*, p.314). Seguimos a comparação feita por BOTTKE com a finalidade única de fornecer uma visão uniforme que, de alguma forma, vem recebendo a teoria do domínio do fato. Esta ressalva é importante, porque — como advertem JESCHECK/WIEGEND (como nota 9, p. 702, n. 31) — “a base dos idiomas cotidianos europeus não fornece um conhecimento idôneo, porque para o conceito de autoria nos Direitos europeus o importante não é o idioma cotidiano, mas sim o texto da lei e sua interpretação pela jurisprudência”.

⁴⁷ BOTTKE, como nota anterior, p. 313. Esse autor propõe uma teoria própria a ser aplicada a qualquer grupo delicto. Num arriscado resumo e no que concerne aos crimes dolosos, o elemento essencial para a autoria é a omnipresença do exercício efetivo e atual do domínio de configuração. “Os exercícios de poder constitutivos de autoria têm de se diferenciar daqueles exercícios de poder que não têm eficácia constitutiva de autoria. Para o cumprimento das condições típicas, (...) o exercício efetivo e atual do domínio de configuração é suficiente para a autoria quando se exercita uma relevante ‘soberania de configuração’ – Gestaltungs-hoheit. Os critérios sobre a relevância são pressupostos jurídicos qualitativos do fundamento da pena do legislador jurídico” (*idem*, p. 316). Enfim, somente há autor onde há domínio, entendido como “soberania de configuração — *Gestaltungs-hoheit* —”, que subentende um domínio sobre um acontecimento descrito mais detalhadamente (*idem*, p. 313).

em Inglaterra, na terminologia pré-penal, o autor é o *principal*; autor é quem tem competência prioritária sobre um fato típico; os partícipes têm uma competência secundária, atrás do principal. Assim, “em inglês comum, pode-se dizer que autor é uma pessoa, who (has) done it, que obtém a ‘causa dirigida’ do resultado do fato através da (aparente) utilização incorreta dos partícipes”. Por sua vez, expressa-se em italiano que *l'autore* seja o arquiteto principal (*l'autore e l'artifice principale*). Por fim, em Espanha, o autor configura o fato; o autor tem o domínio sobre o fato.⁴⁸

Como teoria predominante, na análise da perspectiva vertical, o domínio do fato enfrenta uma espécie de *prova de fogo*, porque se depara com fenômenos muito mais complexos e que exigem uma verdadeira mudança de paradigma.⁴⁹ Disso cuidaremos em seguida.

1.2. A perspectiva da autoria e participação no plano vertical

A fenomenologia criminal da sociedade contemporânea tem se constituído, cada vez com maior intensidade, com crimes praticados por organizações estruturadas num prisma hierárquico-piramidal, vinculadas ao Direito (como as empresas) ou à margem do ordenamento jurídico (as organizações criminosas clandestinas). Esse panorama tem exigido da dogmática penal uma teoria capaz de superar o conceito enraizado pela teoria objetivo-formal e a crítica generalizada no sentido de ser sempre, e apenas, nos ombros do executor material que recai a responsabilidade criminal, i.e., que coloque termo aos tempos de impunidade a que estão submetidos os “autores de escritório”.⁵⁰

Não é excessivo sublinhar que, dentro de seu mister, a AIDP ensaia “uma ‘nova’ dogmática do direito penal do futuro (...) como forma de domínio jurídico-penal de certas ‘relações ou âmbitos da vida como tais’, que não mais se deixariam tutelar eficazmente em nome da mera proteção de interesses

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ Mudança de paradigma que impõe uma correta solução dogmática no âmbito do concurso de pessoas, com relevo para o aspecto teórico, mas também prático na perspectiva comunitária (MUÑOZ CONDE, F., “Problemas de autoria y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial”, *Revista Penal* nº 9, Enero, 2002, pp. 60-97).

⁵⁰ Expressão cunhada por STRATENWERTH, G. (como nota 39, p. 242), através da qual nos referimos a todos aqueles que cometem crimes por meio de aparatos organizados de poder ou empresários que praticam crime em suas atividades econômicas.

individuais”.⁵¹ Portanto, nesta perspectiva vertical da análise, toda a doutrina anseia pela construção de “novos instrumentos conceituais e dogmáticos que permitam afirmar a responsabilidade com a qualidade de autores de quem dirige a organização criminal, ainda quando não executem diretamente os fatos delituosos particulares”.⁵² Mas, como acentua Roxin,⁵³ na realidade, ainda se tem tentado resolver os casos em que estão envolvidos aparatos de poder — estatais ou não — com ajuda das categorias dogmáticas comuns e com isso só se tem conseguido ocultar a problemática.

As essas dificuldades correspondem duas soluções principais: a adoção daquele conceito unitário de autoria já delineado, como forma de eliminar as diferenças entre a autoria e participação, bem como a ampliação dos tradicionais casos de autoria mediata.⁵⁴ Analisemos melhor essas duas principais soluções, deixando para outro item a problemática da responsabilidade criminal dos empresários.

1.2.1. Breve consideração crítica da solução unitária de autoria

A doutrina jurídico-penal tem reconhecido a aplicação do conceito unitário de autor como uma atual tendência do Direito Penal moderno.⁵⁵ De fato, ao rejeitar os “*crístais conceituais dogmáticamente lapidados para ponderar o ilícito e a culpabilidade de cada colaborador*”,⁵⁶ à partida, as vantagens propiciadas por um conceito extensivo ou unitário de autoria resumem-se

⁵¹ DIAS, Jorge de Figueiredo, “Autoria e participação no domínio da criminalidade organizada: alguns problemas”, in *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 357. Esse professor refere-se ao 16º Congresso da AIDP — Budapeste, setembro de 1999 —, que cuidou do tema, *Os Sistemas Penais ante o Crime Organizado*, cujas Resoluções estão publicadas na RIDP n° 70 (3-4), 1999, pp. 921 ss. Em face da conexão com nossa abordagem, transcrevemos parte da Resolução II-1, da Seção I: “... é ainda difícil demonstrar que os chefes e os demais membros dos grupos criminais organizados têm participado efetivamente na prática dos delitos específicos cometidos para a consecução dos fins da organização, as categorias tradicionais da autoria e participação podem não ser suficientes para enquadrar a responsabilidade destes indivíduos. Na medida em que as categorias tradicionais de autoria e participação são consideradas insuficientes, deveria prevê-se uma prudente modernização dessas categorias a partir do princípio da responsabilidade organizativa. Nas organizações hierarquicamente estruturadas, as pessoas com um poder de decisão e de controle podem ser responsáveis dos atos cometidos por outros membros sob seu controle, se deram a ordem de cometer esses atos ou se omitiram conscientemente quanto a prevenção de sua prática” (*idem*, p. 922).

⁵² CUESTA ARZAMENDI, “El Derecho penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites”, *La Cooperación Internacional Frente la Criminalidad Organizada*, Universidad Sevilla, 2001, p. 95.

⁵³ Como nota 10, pp. 270-271.

⁵⁴ É CUESTA ARZAMENDI (como nota 52, pp. 98-99) quem sistematiza essas duas soluções no seio da doutrina penal internacional.

⁵⁵ HASSEMER, W., *Persona, Mundo y Responsabilidad*, trad. Muñoz Conde e Díaz Pita, Valencia: Tirant, 1999, p. 30. Também: SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La Expansión del Derecho Penal*, 2ª ed., Madrid: Civitas, 2001, p. 248.

⁵⁶ KIENAPFEL, *Einheitsstäter...*, p. 29, *apud* MAURACH, GÖSSEL e ZIPF, como nota 37, p. 287.

na eliminação das manifestas diferenças dos conceitos de autor e partícipe, pois na figura do autor concentra-se toda a intervenção no fato criminoso, i.e, todo aquele que presta uma contribuição causal,⁵⁷ mesmo moral, à realização típica. Essa tem sido, pois, a solução adotada no seio da Lei de Branqueamento de Capitais de diversos países, a qual, como é sabido, não consistiu numa “iniciativa doméstica” de cada nação,⁵⁸ mas antes resultado de desenvolvimentos internacionais. Assim, Portugal⁵⁹, Alemanha,⁶⁰ Suíça⁶¹ e Espanha,⁶² em seus respectivos ordenamentos penais, valem-se de expressões que ampliam a conduta de quem normalmente executa o tipo penal também àquele que apenas dele participa, ou seja, qualquer um que tenha contato com o bem jurídico tutelado pela norma penal pode ser definido como autor.⁶³

Mas convém admitir que essa concepção unitária de autoria está em nítida sintonia com um modelo que Faria Costa denominou como “justicialista”,⁶⁴ pois a lei entrega ao Juiz o real papel criador das regras definidoras das diferentes categorias da autoria e da participação, sem propiciar pontos de apoio objetivos no âmbito da comparticipação, na medida em que

⁵⁷ Sobre o dogma causal é essencial a crítica de FIGUEIREDO DIAS (“Legalidade e Tipo em Direito Penal”, in *Primeiras Jornadas Luso-Italianas de Direito Penal*, Coimbra, 2002, p. 18 – texto inédito): “em definitivo, autor não é quem causa o facto, mas quem o **executa**, directa ou indirectamente: é isto que corresponde à exigência própria da legalidade penal do Estado de Direito de que a punição se vincule e refira à **realização do tipo**. A ‘causalidade’ é uma primeira condição de toda a imputação objectiva não tipicamente vinculada de forma específica e que não revela em si mesma capacidade nem para fundar as diversas formas de autoria; nem para as distinguir, em bloco, da cumplicidade (ou participação)”.

⁵⁸ GODINHO, Jorge Alexandre F., *Do Crime de «Branqueamento» de Capitais*, Coimbra: Almedina, 2001, p. 19.

⁵⁹ Decreto-lei nº 325/95, de 2 de dezembro, art. 2º, prescreve: “Quem, sabendo que os bens ou produtos são provenientes da prática, sob qualquer forma de comparticipação, de crimes...”.

⁶⁰ Par. 261 StGB: “Quem esconda, oculte a origem de um objeto...”.

⁶¹ Cfr. art. 305 bis. 1: “Quem realize qualquer ato destinado a dificultar a identificação da origem...” (PALMA HERRERA, J. Manuel, *Los Delitos de Blanqueo de Capitales*, Madrid: Edersa, p. 633).

⁶² O art. 301 do CP espanhol pune a aquisição, a conversão ou a transferência de bens, sabendo de sua origem num delito grave ou de tráfico de drogas, ou a realização de qualquer outro ato para ocultar ou encobrir a origem ilícita dos bens...

⁶³ A doutrina em geral, todavia, tem aplicado as disposições dos tipos penais de branqueio de capitais conforme o regime geral da comparticipação previsto na PG e, assim, seguido o modelo restritivo de autor (sobre isso: DEL CARPIO DELGADO, Juana, *El Delito de Blanqueo de Bienes en el Nuevo Código Penal*, Valencia: Tirant, 1997, pp. 243-279).

⁶⁴ “Construção e interpretação do tipo legal de crime à luz do princípio da legalidade: duas questões ou um só problema”, *Primeiras Jornadas Luso-Italianas de Direito Penal*, Coimbra, 2002, p. 39. (texto inédito) Embora Faria Costa não se refira exatamente à questão de que tratamos, sua doutrina evidencia que a exigência do princípio da legalidade, para lá de qualquer conservadorismo, rejeita o “modelo justicialista”, porquanto “se o juiz está — e bem, acrescente-se — longe de poder ser considerado um mero autómato na aplicação da lei, longe de ser um intérprete com um grau de variação igual a zero, longe de ser aquele que não pode aplicar, autónoma e imparcialmente, a lei em nome do povo, também não pode ser o árbitro, o decisor ou o criador, fora do âmbito de protecção da norma, daquilo que se entenda deva proteger penalmente, mesmo que seja o mais nobre dos valores. O Estado de Direito Democrático é, por sua natureza, um Estado que não pode jamais ser reduzido pelas ideias populistas e demagógicas de que é também tarefa sua ser justicialista” (*idem*, pp. 39-40).

esta passa a integrar-se no instituto da pena. Esse regime jurídico confere o pragmatismo e a simplicidade desejada para considerar o “autor de escritório”, nomeadamente aqueles inseridos na fenomenologia da criminalidade organizada, como autores. Tal técnica, contudo, provém de uma ideologia política próxima de uma concepção autoritária do Estado,⁶⁵ diferente daquela que adota o modelo diferenciado.

Por fim, esta flexibilização do instituto da comparticipação tem mais desvantagens do que vantagens. A equiparação de todas as figuras típicas faz com que desapareça o ilícito específico de cada intervenção e uma certa eliminação dos limites do tipo.

1.2.2. A responsabilidade por organização

Nesta solução, tem grande destaque a teoria do *domínio da organização*. A bem da verdade, esta teoria não resulta do fenómeno da globalização e da tentativa de unificação da lei penal. Seu aparecimento deu-se em 1963, com Claus Roxin e sua teoria do domínio da vontade, em virtude de aparatos de poder organizados,⁶⁶ que foi aplicada pelo mesmo penalista de Munique para resolver o famoso *caso Eichmann*⁶⁷ e, posteriormente, acolhida pelo BGH no *caso dos membros do Conselho Nacional de Defesa da República Democrática da Alemanha*.⁶⁸

De acordo com a teoria do domínio da organização, o homem de trás aproveita-se do aparato organizado de poder, designadamente de sua forte estrutura hierárquico-piramidal, para cometer delitos sem que haja a necessidade de integrar-se nos órgãos de execução material; o autor imediato do crime, assim, é quem aparece no cenário do fato. Para tanto,

⁶⁵ BETTIOL, G., como nota 20, p. 221.

⁶⁶ Como nota 10, pp. 271-280.

⁶⁷ “Rahmen organisatorischer Machtapparate” foi o artigo — publicado em *Goldammers Archiv für Strafrecht*, no mesmo ano do *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1963, pp. 193-207 — em que ROXIN aplicou a teoria do domínio da organização ao *caso Eichmann*. Num apertado resumo, cumpre dizer apenas que Eichmann era um funcionário do regime nazista alemão e, como tal, era o responsável pelos assassinatos de judeus. Não obstante, Eichmann não matou ninguém com suas próprias mãos, pois “tratava-se de um tipo burocrata” (ROXIN, C., “Problemas de autoria y participación en la criminalidad organizada”, *RP* nº 2, 1998, p. 61) que distribuía ordens aos seus subordinados. Foi, então, julgado e condenado pelo Tribunal Distrital de Jerusalém, tendo sido aceita a tese roxiniana para considerá-lo *autor* dos assassinatos — na verdade, foi considerado co-autor, ao contrário do que prescreve a teoria do domínio da organização — i.e., autoria mediata.

⁶⁸ Estes ordenavam aos guardas de fronteira, situados sobre o muro de Berlim, a realização de tiros e a colocação de minas, para impedir, em qualquer caso e a qualquer meio, que cidadãos fugissem do país. Sobre isso e a decisão BGHS 40,218, vide: ROXIN, C., como nota 45, p. 159; e SERRA, Teresa, “A autoria através do domínio de um aparelho organizado de poder”, *RPCC* 3-4, Coimbra, 1995.

além do domínio da organização, Roxin exige outros dois requisitos: a atuação desvinculada do Direito e a fungibilidade do executor material. Como decorrência, pois, de uma programação artesanal e de um “*projecto racionalmente elaborado*”,⁶⁹ a atuação opaca da organização criminosa, resistente a qualquer visualização, pode prescindir da determinação da vontade do executor material – i.e., a *fungibilidade*. Se o executor desistir de praticar o crime, outro virá em seu lugar e executará a figura típica, tal como uma engrenagem é substituída, sem qualquer problemas, numa máquina.⁷⁰

O aprofundamento e um posicionamento frente a esta teoria não pode ser definido nesta jornada, mesmo porque indicamos, desde logo, outra solução encontrada em leis penais para responsabilizar aqueles que comandam empresas ou organizações criminosas, mas que não executam materialmente o delito.

1.2.3. A responsabilidade criminal dos empresários

O tratamento jurídico-penal da criminalidade empresarial enfrenta um paradoxo sem igual. Ao mesmo tempo em que a jurisprudência e a doutrina dominante reconhecem a enorme importância de punir as empresas e seus dirigentes,⁷¹ a maioria das leis penais ainda consagram o princípio *societas delinquere non potest*. Este é caso da Espanha,⁷² Alemanha,⁷³ Portugal⁷⁴, Itá-

⁶⁹ COSTA, José de Faria, “O fenómeno da globalização e o Direito Penal económico”, *BFUDC* 61(2001), p. 540.

⁷⁰ ROXIN, C., como nota 10, pp. 273 ss.

⁷¹ O estudo dos delitos económicos cometidos apenas no território federal alemão, de 1974 a 1985, revelou que mais de 80% dos delitos económicos conhecidos estavam ligados com atividades de empresas (LIEBL, *Die Bundesweite Erfassung von Wirtschaftsdelikten*, 1984, pp. 135 ss, *apud* ACHENBACH, H., como nota 45, p. 381). A importância de se punirem os crimes de empresas não se esgota num único argumento. Para além do âmbito do meio ambiente e dos produtos, sua repressão tem enorme relevo para o controle da criminalidade organizada transnacional. Nessa há uma simbiose que se manifesta pela intensa comunicação entre as associações criminosas e empresas, com a inserção do capital negro nestas. Como afirma ZÚÑIGA RODRÍGUEZ (“Criminalidad de empresa, criminalidad organizada y modelos de imputación penal”, in *Delincuencia Organizada...*, Universidad de Huelva, 1999, p. 202), “as atividades da criminalidade organizada, a delinquência económica, e a rede de interesses financeiros e políticos das sociedades modernas interligam-se, propiciando, inclusive, a corrupção política”, tudo a ensejar uma teia dificilmente desvendável.

⁷² Por todos: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, como nota anterior, p. 201.

⁷³ ACHENBACH, H., como nota 45, p. 390. Cumpre ressaltar, com o mesmo autor, que o “Direito Penal alemão não admite a imposição de penas, no sentido próprio da palavra”, i.e., “fora do âmbito das penas principais (...) o panorama é diferente” (*ibidem*).

⁷⁴ Art. 11º do CP: “Salvo disposição em contrário, só as pessoas singulares são susceptíveis de responsabilidade criminal”. A primeira parte deste preceito abre uma “via de admissibilidade desta responsabilidade criminal” das pessoas coletivas (COSTA ANDRADE e FARIA COSTA, “Sobre a concepção e os princípios do Direito Penal Económico”, in *Direito Penal Económico e Europeu*, v. 1, Coimbra: Coimbra Edit., 1998, p. 358), que é implantada no Decreto-lei nº 28/84, de 20 de janeiro.

lia⁷⁵, Áustria, Finlândia, Suíça⁷⁶ e Grécia,⁷⁷ enquanto que Holanda, França, Dinamarca e Turquia já introduziram no seio de suas leis penais a punição das empresas.⁷⁸

A dogmática penal e a jurisprudência desenvolveram critérios materiais para atender uma fenomenologia — cada vez mais de “risco” —, que não se adequa ao princípio da responsabilidade criminal individual, como forma de atribuir ao empresário o *status* de autor.⁷⁹ Nesse cenário em que os valores coletivos elevam o tom da proteção de bens não individuais — como o ambiente, a economia e as obrigações tributárias⁸⁰ —, não se pode olvidar que o Direito Penal comunitário corre o risco de sucumbir a instrumentos mais incisivos de intervenção penal, mas que, na verdade, têm um valor simbólico, uma eficiência apenas aparente e que fica à mercê de uma política imediatista mais preocupada em satisfazer as necessidades de política diária.⁸¹ Este é o caso da *responsabilidade vicarial* inglesa: os empresários passam a ser criminalmente responsáveis pelas infrações cometidas por seus empregados,⁸² numa espécie de responsabilidade objetiva e de presunção de culpa.⁸³ Países como Holanda e Suíça, que adotam esse modelo de responsabilidade

⁷⁵ MILITELLO, Vincenzo, “La responsabilidad jurídico-penal de la empresa y de sus órganos en Italia”, trad. C. Prestigiacomo, in *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal*, Bosch Edt., Barcelona, 1995, p. 410.

⁷⁶ Como informa ROCHA, Manuel António Lopes, “A responsabilidade penal das pessoas colectivas”, in *Direito Penal Económico Europeu*, Coimbra: Coimbra Edt., 1998, p. 459.

⁷⁷ COSTA ANDRADE e FARIA COSTA, como nota 74, p. 358.

⁷⁸ MILITELLO, V., como nota 75, p. 410. Esse professor de Palermo informa que Yugoslavia e Suécia contemplam a mesma punição em seus projetos de leis (*ibidem*).

⁷⁹ Como afirma MUÑOZ CONDE (como nota 49, p. 75), “se no âmbito (...) coletivo empresarial de certa importância, as atividades realizam-se através de um complexo organograma, no qual predominam a divisão de funções no plano horizontal e a relação hierárquica no plano vertical, é evidente que não pode situar-se o centro de gravidade da responsabilidade por autoria exclusiva ou principalmente no último elo da cadeia, na fase executiva, deixando na periferia ou inclusive impune condutas não executivas, mas tão importantes ou mais que as propriamente executivas”. Principalmente porque “o que caracteriza a atuação das grandes empresas (...) é que os ‘centros de decisão’ são mais importantes que os centros de execução”. Seria — completamos — absurdo considerar o diretor partícipe, e o executor, autor.

⁸⁰ MILITELLO, V., como nota 75, p. 409.

⁸¹ Nesse sentido, a crítica conclusiva de FRISCH, Wolfgang, “Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa”, trad. J.M. Paredes Castañón, in *Responsabilidad Penal de las Empresas y sus Órganos y Responsabilidad por el Producto*, Barcelona: Bosch, 1996, p. 127.

⁸² WEIGEND, T., como nota 31, p. 552.

⁸³ A responsabilidade criminal vicarial, portanto, coloca em xeque princípios fundamentais do Direito Penal. Não se pode imputar culpa a um empresário apenas porque ele tem, num plano formal, o poder de direção da empresa e a posição de garante, porquanto, tal como assinala SCHUMANN (“Responsabilidad individual en la gestión de empresas”, in *Responsabilidad Penal de las Empresas...*, Barcelona: Bosch, 1996, p. 210), “a posição de garante frente aos usuários não se deriva do poder de direção ou do dever de direção dos gerentes frente à sociedade de responsabilidade limitada, mas sim do poder de organização fático que lhes confere normalmente — isto é, na medida em que não exista somente sobre o papel — seu poder de direção. E por isso é garante também aquele que, sem ser juridicamente gerente e em consequência sem poderes de organização juridicamente outorgados, de fato desempenha uma função diretiva em uma empresa, exerce o poder de organização”.

criminal, não o fazem de forma generalizada, mas apenas para alguns tipos penais específicos e, muitas vezes, apenas para infrações não penais. Enquanto nações como Grécia e Polônia negam qualquer responsabilidade e a Itália impõe medidas de responsabilidade civil,⁸⁴ outro grupo, no qual se incluem Portugal, Alemanha, Áustria, Espanha, França⁸⁵ e Finlândia, define a responsabilidade criminal do empresário pelos crimes cometidos por seus empregados por meio do *critério de garante* e da “*inobservância (intencional ou negligente) de seu dever de vigilância*”.⁸⁶

De outra parte, países como Suíça, Hungria e Polônia “*ainda recusam a responsabilidade por actuação em nome de outrem e, por isso, toda a responsabilidade dos gerentes pelos actos dos seus subordinados*”, exceto no contexto do regime geral da participação — observe-se que os dois últimos países citados também contemplam a idéia de culpa *in vigilando*.⁸⁷ Nesse particular, concordamos com Paulo Saragoça da Matta⁸⁸ quando afirma que, como “*decorrência dos princípios fundamentais do Direito Penal moderno*”, “*as actuações em nome de outrem surgem — diríamos, deveriam surgir — no Direito Penal como um instrumento técnico dotado de plena autonomia, fundamentalidade e autonomia*”, ou seja, “*não assenta a sua legitimidade noutros, e prévios, mecanismos existentes no Direito Penal*”. Uma vez reconhecida a autonomia do instituto, forçoso admitir que, na verdade, esse “*não envolve responsabilidade por factos alheios*” — havendo, neste ponto, apenas uma confusão dogmática sobre as atuações em nome de outrem⁸⁹ —, mas, ao contrário, por fato próprio; como, aliás, ocorre com as figuras da autoria mediata e da co-autoria.

Pode-se dizer, então, que os fundamentos da imputação da responsabilidade daqueles que atuam no lugar de outrem não rompe com os cânones

⁸⁴ A Itália, de fato, persiste na utilização de penas civis de conteúdo reparatório e de medidas administrativas — Lei nº 689, de 24 de outubro (MILITELLO, V., como nota 75, p. 419).

⁸⁵ Na verdade, a praxis francesa nega a ação por omissão. PRADEL (como nota 27, p. 272 e 274) informa que a jurisprudência francesa reconhece a responsabilidade criminal do empresário pelos atos cometidos por seus funcionários e não evitados por ele — assim como na Inglaterra, embora aqui seja reconhecida a responsabilidade objetiva do patrão —, por força de seu poder de decisão e através dos conceitos de *responsabilité pénale du fait d'autrui* e de *chefs de l'entreprise*.

⁸⁶ WEIGEND, T., como nota 31, p. 553.

⁸⁷ FARIA COSTA e COSTA ANDRADE, como nota 74, p. 358. De outro lado, Alemanha (14 StGB e 9 OWiG), Portugal (art. 12º CP), Espanha (art. 15 bis CP), além de Holanda e França, contam em seus ordenamentos penais com expressa previsão do instituto do *atuar em nome de outrem*.

⁸⁸ O Artigo 12º do Código Penal e a Responsabilidade dos ‘Quadros’ das ‘Instituições’, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 44-45; itálico original.

⁸⁹ *Idem*, p. 45.

gerais do Direito Penal, “*o que outrossim aconselha a sua utilização*”,⁹⁰ nomeadamente quando se pensa numa lei penal europeia unificada. De outro modo, haveria ofensa ao princípio da personalidade da responsabilidade se as *atuações em nome de outrem* constituíssem manifestação de *responsabilidade por fato alheio*, derivada da busca dessa imputação através da *Instituição* pela atividade do *Quadro*,⁹¹ o que, como já enfatizamos, contraria o Direito Penal de um Estado de Direito Democrático.

Para além do regime geral de responsabilidade criminal em nome de outrem e das regras gerais dos delitos especiais em sentido estrito, há, pois, uma atual tendência da doutrina jurídico-penal em contemplar a específica responsabilidade dos empresários por *omissão* — imprópria — no dever de vigilância dos atos de seus funcionários. Essa tendência, contudo, prevalece apenas no âmbito de leis administrativas ou de contravenções penais, ainda que vinculadas ao Direito Penal — caso da Suécia, Alemanha, Portugal e Espanha⁹² —, mas sem haver harmonia nos Estados-membros.⁹³ De fato, tal modelo é expresso e claro no artigo 130 OWiG alemão,⁹⁴ o qual, para Tiedemann,⁹⁵ poderia ser o paradigma para um consenso em nível europeu.

De acordo com a doutrina, nesse modelo de punição, o que importa não é a competência interna vista dentro da estrutura de organização da empresa, mas sim os deveres específicos atribuídos aos membros da empresa no desenvolvimento de suas atividades. Esse é caso, por exemplo, do administrador da

⁹⁰ *Idem*, p. 132.

⁹¹ *Idem*, p. 48.

⁹² TIEDEMANN, K., *Lecciones de Derecho penal económico*, trad. García Aran, Barcelona: PPU, 1993, p. 232. Como bem observa GARCÍA CAVERO (*La Responsabilidad Penal del Administrador de Hecho de la Empresa: Criterios de Imputación*, Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1999, p. 171), a doutrina tem resolvido a questão da ampliação da esfera de domínio de um sujeito a espaços que pertençam a outras esferas de organização, através dos delitos de domínio; pouco se investiga se tal questão se poderia solucionar por meio das regras que informam os delitos de infração de dever — essa lacuna persiste no âmbito comunitário.

⁹³ BACIGALUPO, E., como nota 3, p. 209.

⁹⁴ Embora prevista no Direito contravençional, esta medida prevê uma verdadeira imputação jurídico-sancionatória da omissão das regras de vigilância, como forma de evitar as infrações dos deveres dos empresários cometidas nas empresas (ACHENBACH, como nota 45, p. 385). Como esclarece FRISCH (como nota 81, p. 123), o art. 130 OWiG exige “*que se cometa, no seio de um negócio ou empresa, uma conduta que seja contrária a um dos deveres que lhe correspondem ao titular da empresa e que seja punida com pena ou multa; em segundo lugar, que o titular do negócio ou da empresa haja omitido dolosa ou imprudentemente as medidas de controle necessárias para impedir a infração; e, finalmente, que a infração pudesse ser impedida aplicando ditas medidas de controle*”.

⁹⁵ Como nota 15, p. 94. Frise-se que a Lei de Contravenção Penal espanhola, art. 130 da Lei 30/1992, de 26 de novembro, aproxima-se do modelo adotado no art. 130 OWiG. Vale citar, ainda em solo espanhol, a crítica de ZÚNIGA RODRÍGUEZ (como nota 71, p. 220), que alerta que tem sido usual a aplicação dos critérios de *culpa in Vigilando* ou *Culpa in Eligendo* do Direito Civil ou do Direito Mercantil ao Direito Penal, sem analisar as grandes diferenças que há entre esses ordenamentos, sobretudo em face do princípio da *ultima ratio*.

empresa: necessário se faz verificar as competências que esse possui na empresa, à vista do fato que ensejou a relação jurídico-penal.⁹⁶

Enfim, como última questão, a situação de o empresário delegar suas funções ou seu poder de decisão, como possível causa de isenção de responsabilidade criminal, assumida pelo funcionário delegado, vem sendo contemplada e resolvida por alguns países com uma regulamentação precisa em pressupostos legais — exemplo italiano e francês⁹⁷ — e, por outros, por regras mais genéricas — caso alemão. Nesse particular prevalece, de qualquer forma, uma isenção apenas *parcial* da responsabilidade, que não transige com os deveres básicos impostos ao empresário.⁹⁸

Superado o panorama geral do tratamento jurídico-penal do instituto da comparticipação criminosa nos países-membros da UE, passamos, finalmente, a analisar o mesmo tratamento à luz das legislações europeias já existentes.

III. A harmonização em torno dos conceitos da autoria e participação

1. Considerações gerais

A maior parte dos penalistas aceitam que, a partir do Convênio de Amsterdam, de 1º de Maio de 1999, já há uma política criminal na UE. Todavia, a harmonização do Direito Penal material não é reconhecida como a medida mais importante e, sobretudo, a harmonização da Parte Geral do Direito Penal — de cariz mais dogmático —, ao contrário do que ocorre com a Parte Especial.⁹⁹ Por conseguinte, a situação atual do Direito Penal europeu *“segue com uma característica de atraso à europeização com relação a outros setores*

⁹⁶ GARCÍA CAVERO, P., como nota 92, pp. 105 ss. Tal como esse professor peruano, entendemos ser suficiente para a responsabilidade do administrador — o de direito e não o de fato — que sua conduta penetre no âmbito de proteção da norma; é que sua posição de administrador formal, por si só, já deve implicar obrigações a cumprir no sentido de evitar a ofensa ao objeto tutelado pelo delito especial. O fundamento, contudo, não está numa suposição da relação institucional, mas sim a *“posição formal e o desempenho das funções de administração permitem um domínio dos riscos produzidos a partir da empresa (domínio sobre a vulnerabilidade do bem jurídico)”* (*idem*, p. 169).

⁹⁷ Na Itália, a delegação tem que atender vários critérios expressos na lei: tratar-se de uma empresa grande, o delegado deve ter plena condição de exercer a delegação, não deve haver fraude na delegação. Igualmente, na França, a delegação, para além de ter publicidade, tem que ser exata, especial e limitada no tempo (TIEDEMANN, K., como nota 14, p. 96).

⁹⁸ *Idem*, p. 97.

⁹⁹ JOACHIM VOGEL, como nota 11, p. 115 e 125.

do Direito”.¹⁰⁰ De fato, não há ainda um sistema penal da Comunidade Europeia, na medida em que as sanções existentes estão mais próximas do Direito administrativo.¹⁰¹

Não se pode olvidar, contudo, que os Tratados e os regulamentos existentes acabam por impor aos Estados-membros uma subordinação de suas políticas penais à ordem supranacional, às vezes com sanções àqueles que não cumprem certos direitos e deveres comuns, tudo numa espécie de “*incidência indirecta ou reflexa*”;¹⁰² que provoca aquilo que Pedro Caeiro denominou de “*efeitos penais negativos do direito comunitário*”.¹⁰³ Cumpre, pois, verificar como foi o tratamento do instituto da comparticipação no seio da principal legislação existente e com que conteúdo posicionou-se essa inovadora tentativa de harmonização, a qual se cinge, por ora, à proteção jurídico-penal dos interesses financeiros.

2. O Convênio Internacional para a Proteção dos Interesses Financeiros da CE – “Convênio PIF”

Com fundamento no artigo 280 do TUE,¹⁰⁴ a reunião de Chefes de Governo de Cannes, de 26 de julho de 1995, firmou um Convênio Internacional para a proteção dos interesses financeiros da CE. Para além das providências relacionadas com a introdução ou melhora dos tipos penais nacionais para a proteção dos ingressos e gastos da CE, cuidou-se também da criação de normas jurídico-penais *gerais*. Esta previsão merece destaque e coloca o Convênio PIF no marco do Direito Penal comunitário, embora não esteja sendo ratificado pelos Estados-membros.¹⁰⁵⁻¹⁰⁶

¹⁰⁰ TIEDEMANN, Klaus, “La armonización del Derecho penal en los Estados miembros de la Unión Europea”, in *Cuadernos de Conferencias y Artículos* nº 17, trad. Cancio Melia, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p. 7.

¹⁰¹ GRASSO, Giovanni, “La formazione di un Diritto penale dell’Unione Europea”, in *Prospettive di un Diritto penale Europeo*, Milano: Giuffrè Edt., 1998, pp. 2-3. Esse autor discute os maiores problemas enfrentados pela CE na harmonização e unificação do Direito Penal Europeu (pp. 1-34), questões que, embora de relevo, não poderão ser objeto de análise dado o nosso restrito objetivo.

¹⁰² CAEIRO, Pedro, como nota 12, p. 190; *itálico original*. O mesmo professor assinala a igual produção de “*efeitos positivos*”, com “*as (escassas) normas comunitárias (tratados e regulamentos) que alargam directamente, de forma implícita ou explícita, o campo de aplicação de uma norma penal nacional pré-existente, em virtude do chamado ‘princípio da assimilação’*” (*idem*, p. 192).

¹⁰³ *Idem*, p. 190.

¹⁰⁴ O art. 280 do TCE prescreve competir aos Estados-membros a proteção jurídico-penal dos interesses (financeiros) da Comunidade, da mesma forma que se protegem os correspondentes interesses nacionais, com o que os países-membros devem concentrar em seus ordenamentos a proteção desses dois interesses.

¹⁰⁵ Informação esta dada por JEAN PRADEL, “Vias para la creación de un espacio judicial europeo único”, trad. A. Richart, *RP* nº 3, 1999”, *cit.*, p. 43. Portugal ratificou em 15.1.2001.

¹⁰⁶ TIEDEMANN (como nota 92, p. 30) informa que o Convênio é obrigatório para os Governos dos Estados-membros, porém necessita de sua transformação por parte dos Parlamentos nacionais, que gozam, a esse respeito, de liberdade para entrar em vigor.

No que concerne à participação em fraudes comunitárias, o artigo 2º, parágrafo 1º, e artigo 3º, seguiu claramente o *sistema diferenciador* entre autores e partícipes, mas sem definir as figuras contempladas: autores, instigadores e cúmplices. Essa opção pelo modelo restritivo possibilita a aplicação da teoria do domínio do fato, que prevalece, como vimos, nas leis e na jurisprudência da maioria dos países europeus.

Com essa preocupação, o Convênio PIF, para além da imposição de um conceito único de fraude comunitária às leis penais nacionais, recomendou aos Estados-membros o reconhecimento e a punição das diferentes figuras da *participação*, nos seguintes termos: artigo 2º, nº 1 — “*cada Estado membro deve tomar as medidas necessárias para que os comportamentos referidos no artigo 1º, bem como a cumplicidade, a instigação ou a tentativa (...) sejam passíveis de sanções penais efetivas*”. Essa disposição legal deve permitir, ao menos “*nos casos de fraude grave, penas privativas de liberdade que possam determinar a extradição*”.

Por outro lado, o Convênio não ignorou o problema da responsabilidade penal dos diretores de empresas e titulares de poder de decisão, pois referiu-se a ele em seu artigo 3º. Porém, não passou de uma mera referência. O citado preceito recomendou aos Estados-membros, respeitados os princípios definidos no seu direito interno, que tomem as medidas necessárias para viabilizar a punição dos dirigentes de empresas ou quaisquer outras pessoas que exerçam poder de decisão ou de controle, pelos crimes ou atos fraudulentos cometidos por conta da empresa, por um membro do pessoal que lhes esteja subordinado — lesivos aos interesses financeiros da CE. Como se vê, não se definiu um critério material para que os países-membros harmonizassem suas leis penais¹⁰⁷ com vistas à repressão de tão importante fonte de prejuízos e corrupção aos interesses financeiros europeu. Por conseguinte, não houve e nem haverá, neste caso, harmonização alguma.

O panorama jurídico-político já sinalizava mesmo para a impossibilidade de uma regulamentação diferente. O simples fato de se pretender a harmonização no quadro do Terceiro Pilar, i.e., no âmbito da proteção dos interesses financeiros da Comunidade, já revela as “*fortes reticências relativamente à atribuição às instituições comunitárias de competência em matéria penal*”.¹⁰⁸ Outrossim, não se alcançou ainda um amadurecimento suficiente

¹⁰⁷ TIEDEMANN, como nota 14, pp. 95-96.

¹⁰⁸ RODRIGUES, Anabela e MOTA, J.L. Lopes da, como nota 6, p. 30.

para eleger um modelo de responsabilidade criminal do empresário que sintetize as soluções vistas nos Estados-membros.

Convém, agora, estender a análise para além da harmonização das leis penais, no sentido de examinar a tentativa de *unificação* dos sistemas penais dos Estados-membros da CE, a partir da Parte Geral, “*como resultado do reconhecimento dos Princípios fundamentais do Direito comunitário*”.¹⁰⁹ O *Corpus Iuris* consiste numa dessas tentativas de unificação. Vejamos, pois, como foi resolvido o problema da comparticipação no aludido conjunto de regras de 1997.

IV. A unificação do Direito Penal no *Corpus Iuris*

1. Considerações gerais

Como “*embrião de um sistema penal supranacional*”,¹¹⁰ o *Corpus Iuris*¹¹¹ tem sua importância sublinhada em sua Exposição de Motivos pelos próprios renomados penalistas responsáveis por sua elaboração, na medida em que destacaram a ineficiência dos modelos anteriores fundados na *assimilação, harmonização e cooperação*, para proteger os interesses financeiros da CE conforme a regra do artigo 280 do TCE. Atente-se que o modelo de unificação pretendido pelo *Corpus Iuris* atende uma reivindicação da doutrina jurídico-penal, que já há algum tempo também aponta para as manifestas desigualdades propiciadas pelos mecanismos precedentes.¹¹² Assim, apenas o *Corpus*

¹⁰⁹ TIEDEMANN, K., “El Derecho penal económico en la Comunidad Europea”, trad. A. Nieto Martín, in *Estudios de Derecho Penal Económico*, Universidad de Castilla-La Mancha, 1994, p. 243.

¹¹⁰ GRASSO, G., como nota 101, p. 26.

¹¹¹ Em 1995, ao ser projetado um espaço judicial europeu e a pedido do Parlamento Europeu, com apoio no art. 100 do TUE, diversos penalistas iniciaram estudos para a elaboração de um conjunto de regras penais comuns, destinadas à proteção dos interesses financeiros da União Europeia. O resultado desse projeto foi denominado como *Corpus Iuris*, que conta com uma Exposição de Motivos, uma primeira parte destinada ao Direito Penal (com disposições da PG aplicáveis à também regulada PE), e uma segunda dedicada ao procedimento penal (confira-se: *Corpus Iuris*, Ed. Economica, Paris, 1997). Como o Parlamento Europeu não tem competência direta para legislar em matéria penal, “afigura-se absolutamente necessário que os Estados-membros introduzam nos tratados uma norma que expressamente lhe atribua tal competência” (CAEIRO, Pedro, como nota 12, p. 199). De qualquer forma, como escreveu GIOVANNI GRASSO (como nota 101, p. 27), não obstante o ambicioso título do projeto (“*Corpus Iuris contém disposições penais para proteção do interesses financeiros da UE*”) constitua-se como um certo “*diritto penale comune europeo*”, na verdade, trata-se de um “*diritto comune suppletivo*”, dada a insuficiência do Projeto e a necessidade de ser complementado pelos ordenamentos penais e processuais nacionais.

¹¹² Sim, porque “*cada Estado aplica o seu direito interno, que não é exatamente o mesmo do Estado vizinho*” (RODRIGUES, Anabela e MOTA, J.L. Lopes da, como nota 6, p. 29). Veja-se, por exemplo, o atual panorama desarmônico na punição do crime de fraude de subvenções nos Estados membros, no estudo de BACIGALUPO, E., como nota 3, p. 427.

Iuris conseguiu fazer uma síntese dos princípios gerais vigentes nos sistemas penais dos Estados-membros¹¹³ e, assim, unificar três idéias fundamentais para a proteção dos interesses financeiros da UE: justiça, simplicidade e eficácia.

2. O tratamento jurídico-penal do *Corpus Iuris* à autoria e participação

Com efeito, no que concerne à comparticipação criminosa, o *Corpus Iuris* contemplou no artigo 15º o princípio geral da culpabilidade, que também informa os modelos unitário e diferenciado de autor vistos nos Estados-membros, mas não como regra específica da autoria e sim como fundamento da determinação da pena, a saber: “*as penas deverão determinar-se em função (...) da culpabilidade do autor e do grau de participação no delito*”. Não se fez, contudo, referência expressa ao princípio da acessoriedade limitada da figura do partícipe, como ocorre nos países de larga tradição na discussão dessa questão.

De outra parte, o *Corpus Iuris* definiu-se pelo sistema diferenciado e acolheu o conceito restritivo de autor, i.e., o princípio da referência ao tipo. Seguiu, assim, a tradição jurídica europeia e a função de garantia da Parte Geral de um CP.¹¹⁴ De fato, reza o artigo 12º, nº 1: (a) autor é quem comete a ação típica ou quem intervém como *co-autor* na execução; (b) *instigador* é quem provoca, mediante prendas, promessas, ameaças, ordens, abuso de cargo ou de poder, a prática de um fato delitivo ou dá instruções para sua prática; e, finalmente, (c) *cúmplice* é quem, mediante apoio ou ajuda, facilita conscientemente a prática do fato ou sua preparação.

Numa primeira consideração crítica, o *Corpus Iuris* não foi muito além de fundamentar a autoria no tipo legal, ao abraçar uma concepção restritiva, e possibilitar a aplicação da teoria do domínio do fato nas diferentes figuras da autoria contempladas. Isso porque existem aspectos pontuais que destoam da tradição e, sobretudo, do patamar doutrinário alcançado em países que contam com profundo desenvolvimento dogmático nestas matérias.

¹¹³ GRASSO, G, como nota 101, p. 28. Como afirma BACIGALUPO (como nota 3, p. 438), “a proteção equivalente dos interesses financeiros em todos os Estados membros da Comunidade requer não somente uma **resposta repressiva uniforme**, mas também **princípios uniformes da responsabilidade penal**”.

¹¹⁴ FRANCESCO PALAZZO (como nota 7, p. 36) indica, como uma das funções da PG do CP, a função de garantia por configurar o modelo de responsabilidade criminal fundada na “ponderação de interesses entre os direitos fundamentais afetados e as exigências político-criminais formuladas”.

Com efeito, embora os contornos doutrinários das figuras tenham sido delimitados, cada vez mais encontramos a equiparação do *cúmplice* ao *autor*, pois não foi recomendada a especial diminuição da pena para aquele partícipe, como tem sido respeitado pelos ordenamentos da maioria dos países. Assim, autor e cúmplice são punidos com a mesma sanção, embora nada impeça ao juiz, querendo, na fase de aplicação da pena, promova a redução a favor do partícipe. Parece-nos, pois, que os *experts* preocuparam-se com a eficiência da punição dos partícipes, em desequilíbrio com o acerto na construção dogmática.¹¹⁵

Outro aspecto ignorado foi a debatida questão do marco inicial da instigação, i.e., se a instigação tentada é punida ou não, tema que, como estudamos, tem sido objeto de definição no seio das regras da comparticipação, bem como se a cumplicidade tentada gera algum efeito penal, o que pode vir a permitir a punição de uma tentativa inidônea, “*própria de um Estado autoritário e insuportável socialmente*”.¹¹⁶ Restará ainda sem solução pelo pretenso “*embrião do sistema penal supranacional*” a questão de quando se inicia a prática de um crime por um co-autor, ou seja, caso um autor inicie o *iter criminis* e cesse essa conduta antes de seu término, como serão punidos os demais co-autores que não iniciaram seus contributos — haverá tentativa?

Há ainda que se notar a ausência de definição do autor mediato. Como decorrência da influência francesa,¹¹⁷ o *Corpus Iuris* não contemplou ou autonomizou a figura da autoria mediata e, neste particular, recaem as maiores críticas. Ao mesmo tempo foi concebida a instigação numa posição de hierarquia e, neste contexto, o instigador comete o crime através de ordens ou instruções, abuso de poder ou de autoridade. Por conseguinte, as diversas situações estruturadas numa perspectiva vertical concentram-se na figura da instigação. Esta orientação dificulta e limita a solução dos casos mais

¹¹⁵ TIEDEMANN (como nota 14, p. 98), após um amplo estudo do tratamento jurídico-penal do âmbito da autoria e participação no Direito Penal europeu, sugere regras para solucionar esse complexo tema num futuro Código Penal europeu e, dentre suas propostas, coerente com a crítica acima, assinala: “*a pena do cúmplice será atenuada*”.

¹¹⁶ WOLTER, Jürgen, “Problemas político-criminales y jurídico-constitucionales de un sistema internacional de Derecho penal”, *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 106.

¹¹⁷ JEAN PRADEL (como nota 27, pp. 271-274) relata que a lei penal francesa não prevê expressamente a figura do *auteur moral*, sendo que a *Cour de cassation* assinalou já, várias vezes, que “*ninguém é punido a não ser em razão do seu feito pessoal*” (*idem*, pp. 271-272). Mas não se trata de uma figura desconhecida. A autoria mediata é aplicada restritivamente, em casos concretos, como na situação de aproveitamento do erro do executor por parte do homem de trás, considerado, então, como autor mediato, ou na previsão expressa do genocídio (TIEDEMANN, K., como nota 14, p. 92).

importantes e complexos da fenomenologia participativa, nos quais estão envolvidas as organizações criminosas, os empresários ou mesmo os perniciosos delinquentes que manipulam *instrumentos humanos* para a prática de infrações penais, sem, todavia, aparecerem. Fica, pois, impossível aplicar a teoria roxiniana do domínio da vontade por aparato de poder organizado, que, como vimos, pretende — e bem — resolver tais situações. Nesse sentido, não temos dúvidas em dizer que o *Corpus Iuris* se afasta da mais moderna, acabada e desenvolvida orientação legislativa, encontrada no seio de leis penais como a portuguesa, alemã, espanhola e também acolhida, como vimos, por importante jurisprudência italiana.

O pensamento de Tiedemann não é diferente:¹¹⁸ “*com relação à figura auxiliar da autoria mediata (...), seria adequado que os grupos de casos típicos mencionassem expressamente na Lei, dentro da regulação da autoria e participação*”. Sua justificativa — agora num tom mais dogmático — quanto à “*necessidade de uma previsão expressa da autoria mediata deriva, no marco europeu, já da idéia de que esta figura jurídica quebra o pensamento da acessoriedade e, por isso, encontra-se imersa no constante risco de perder seus contornos na aplicação prática do Direitos*”.¹¹⁹

O mesmo Catedrático de Friburgo, na sua proposta de um futuro Código Penal europeu, definiu a figura da autoria mediata ao lado das outras categorias e elevou o tom da sua distinção com a instigação, a saber: “*será punido como autor quem cometa o fato mediante conduta própria por si só ou conjuntamente com outros*” — aqui a autoria imediata e a co-autoria. “*Também é autor quem se sirva para a execução do fato de outro como instrumento*” — autoria mediata.¹²⁰ E, ao referir-se à instigação, propôs: “*é instigador quem determina dolosamente a outro a prática de um fato doloso e antijurídico sem ser autor mediato ou responsável por conduta alheia. O instigador será punido como autor*”. A mesma proposta reservou ainda um parágrafo — par. *d*, sob a epígrafe “*Autoria mediata*” — para definir as manifestações essenciais desta figura e afastar quaisquer dúvidas na sua aplicação, mormente em face da complexidade em que sua fenomenologia está envolta.

¹¹⁸ Como nota 14, p. 93; também como nota 8, p. 83.

¹¹⁹ Parece-nos, então, ter razão GARCÍA ARAN (“*Hacia un Derecho penal europeo: la propuesta del ‘Corpus Iuris’*”, in *Derecho y Procesal Penal*, Pamplona: Aranzadi Edt., 1999, p. 174) quando afirma que a busca de um consenso em torno de regras e princípios, tratados de formas desiguais nos diferentes Estados, possibilita o aperfeiçoamento nos ordenamentos jurídico-penais menos desenvolvidos e, em contrapartida, um retrocesso para os mais desenvolvidos.

¹²⁰ Como nota 14, p. 95-96; o itálico é nosso.

3. O tratamento jurídico-penal dispensado aos empresários

As críticas feitas no item anterior não se repetem agora. Aqui a preocupação com a repressão às — astronômicas¹²¹ — fraudes financeiras foi efetiva. O *Corpus Iuris* distanciou-se do princípio *societas delinquere non potest*, ainda dominante na maioria dos Estados-membros e assumido no TCEE, para consagrar a ideologia favorável à “*convicção de que as exigências pragmáticas da política criminal devem passar à frente dos preconceitos filosóficos*”.¹²² Esse movimento teve seu marco inicial no Congresso Internacional de Direito Penal de Bucareste, em 1929, e seu auge com a Recomendação nº 2 (8) 18, de 20 de outubro de 1988, do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, que indicou a premência de se punir, de forma direta, os crimes cometidos por empresas e aqueles que estão efetivamente à sua frente.¹²³

Antes ainda de aprofundar a análise, convém registrar que os artigos 85 e 86 do TCE proíbem certas ações praticadas por empresas, tais como *restringir, impedir* ou *falsear a competência por meio de acordos* (entre empresas), *decisões* (de associações de empresas) ou *práticas ajustadas*. E dispõe que tais condutas serão tidas como nulas. Importa-nos, contudo, a punição do empresário em si considerado.

O artigo 14º, nº 2, do *Corpus Iuris* seguiu o modelo preconizado nos parágrafos 14 StGB e 9 OwiG, no artigo 121.2 do *Code pénal* francês¹²⁴ e também no nº 3, do artigo 3º do Decreto-Lei 28/84 português, pois consagrou a responsabilidade criminal concorrente da empresa e da pessoa física que atua em seu nome. Diz expressamente aludido preceito do *Corpus Iuris*: “*a responsabilidade penal das entidades não exclui a das pessoas físicas, a título de autores, instigadores ou cúmplices dos fatos imputados*”. Para além deste aspecto e atentos às críticas formuladas anteriormente, é de se aplaudir a não-consagração do modelo inglês da *vicarious liability* para a punição do empresário.

¹²¹ PRADEL, Jean, como nota 105, p. 42.

¹²² DIAS, Jorge de Figueiredo, “Para uma dogmática do direito penal secundário, in *Direito Penal Económico e Europeu*, v. 1, Coimbra Edit., 1998, p. 67. Como afirma FÁRIA COSTA (“A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos”, *RPCC* 4,1992, p. 545), “a possibilidade de se poderem imputar factos, juridicamente relevantes, à pessoa colectiva reduz a complexidade (...) e aumenta, por conseguinte, o grau de eficiência e fluidez sistemática de todo o ordenamento jurídico”.

¹²³ Sobre esta evolução: ROCHA, M.A. Lopes, como nota 76, pp. 434-460. Cumpre anotar a ampla definição de “empresa” fornecida pelo Conselho Europeu: “*considera-se como tal toda unidade que desenvolve uma atividade comercial*” (BACIGALUPO, Silvana, *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1998, p. 339).

¹²⁴ PRADEL, Jean, “Derecho penal económico francés. Algunos aspectos actuales”, *RPJ* 49 (1998,I), CGPJ, Madrid, p. 364.

O mesmo pode-se dizer quanto à não-consagração da teoria do domínio da organização, a qual tem sido rejeitada pela maioria da doutrina — inclusive por seu próprio criador¹²⁵ — como fórmula capaz de solucionar a responsabilidade do empresário ou dos órgãos de administração.

De fato, o artigo 13º segue a orientação legislativa alemã, portuguesa, austríaca e espanhola, para determinar a punição — pelas práticas dos delitos previstos nos artigos 1 a 8, em nome da empresa — do empresário ou qualquer outra pessoa com poder de decisão ou de controle no seio da empresa, contanto que, conscientemente, tenha dado as ordens, autorizado as condutas criminosas ou omitido a vigilância devida. Portanto, consagra-se um modelo de punição dos empresários extremamente pragmático, por meio dos *delitos de omissão imprópria*, como resultado do consenso visto na Europa e estampado no StGB, em seu parágrafo 357.¹²⁶ A confirmar esse modelo de punição, o artigo 14º, nº 1, deixa claro que o empresário tem sua responsabilidade vinculada à efetiva posição de *garante* e, assim, do domínio da própria organização, seja pelos fatos criminosos cometidos por seus subordinados a seu mando, seja pela omissão em seu dever de controle e vigilância. Caberá, agora, à doutrina fundamentar no que consiste o fundamento jurídico-penal da garantia do empresário, ou de quem atua em seu nome.

A questão dos limites da delegação de poderes e a conseqüente responsabilidade criminal foi, igualmente, bem resolvida pelo *Corpus Iuris*, que soube sintetizar, no nº 2, do artigo 13º, as preocupações da doutrina e da jurisprudência dos Estados-membros. A exclusão da responsabilidade criminal do empresário, como efeito da delegação de poderes, foi restringida, tal como o sistema penal francês, a uma situação específica e especial para atender uma concreta necessidade da organização empresarial. Prevaleceu, pois, uma equilibrada isenção parcial da responsabilidade do empresário, na medida em que o empresário tem o dever de selecionar criteriosamente o funcionário a ser designado, porquanto este tem que estar preparado para o encargo, sob pena de não ser válida a delegação. Dessa sorte, se o empresário ou o Conselho de Administração infringirem “o *dever objetivo de cuidado na*

¹²⁵ ROXIN, C., como nota 10, pp. 677 e 729. O mesmo entendimento têm FIGUEIREDO DIAS (como nota 51, p. 370) e KAI AMBOS (“Domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder. Uma valoração crítica e ulteriores contribuições”, trad. E.F. de Pontesin, *RBC* nº 37, 2002, p. 65).

¹²⁶ TIEDEMANN, K., como nota 8, p. 84. O par. 357 prevê as situações de o superior determinar a seu subordinado a realização de um fato punível, quando deverá ser condenado à pena imposta a esse fato; dentre essas situações, considera-se o dever de vigilância e controle dos funcionários por parte do superior.

hora de seleccionar ou instruir o pessoal, responderá a título de autoria ou participação ativa ou omissiva num delito negligente, sempre e quando o tipo preveja expressamente a ação imprudente, enquanto que os subordinados serão responsáveis de um delito ativo ou omissivo, imprudente ou doloso, dependendo de sua intervenção no acontecimento que causa o resultado lesivo.¹²⁷ Importa, pois, observar que — ainda consoante a parte final do mesmo preceito e coincidente com a maioria do ordenamentos penais¹²⁸ — para lá da delegação não excluir a responsabilidade geral de controle, vigilância e seleção do pessoal, não pode abranger âmbitos considerados como próprios do empresário, como a organização geral do trabalho no seio da empresa.

De todo aplicável, nessa regulamentação da responsabilidade criminal do empresário, a doutrina alemã, na voz de Wolfgang Frisch, para quem “*o autêntico fundamento normativo da posição de garante estriba na ponderação de interesses*”.¹²⁹ Ou seja, se, na “*designação de uma pessoa, com a qual se exerce um poder de configuração*”, houver ações associadas a perigos para bens jurídicos de terceiros, tais condutas somente podem ser autorizadas se a tempo se preocupa em excluir ditos perigos, através de medidas colaterais de cuidado. E se não existe a possibilidade de adotar ditas medidas, então a delegação estará vedada, como criação de um risco desaprovado.¹³⁰

Em última consideração, a aplicação conjunta do artigo 14º com o artigo 12º¹³¹ resulta numa incoerência na definição da responsabilidade criminal do empresário, especialmente em face da ausência da previsão da autoria mediata. Sim, porque o empresário que emita uma ordem ou instrução para seu subordinado para que cometa um crime deverá ser definido como *instigador*. Na medida em que o empresário tem o domínio efetivo da organização e, assim, do fato criminoso, a definição de uma figura acessória, centrada no âmbito da participação, como é o caso da instigação, destoa do seu real carácter de autoria.

V. Considerações finais.

Orientados pela perspectiva de *lege lata*, sem termos a audácia de pro-

¹²⁷ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, “Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación”, *RP* nº 9, 2002, p. 111.

¹²⁸ TIEDEMANN, K., como nota 14, p. 97.

¹²⁹ Como nota 81, p. 112.

¹³⁰ *Ibidem*. No mesmo sentido: ACHENBACH, H., como nota 45, p. 388.

¹³¹ DELMAS MARTY (como nota 111, p. 72-73) assinala essa aplicação conjunta dos preceitos acima citados.

por um projeto para um Código penal europeu, o percurso que fizemos possibilita-nos uma primeira assertiva, que conta com prolongado eco na doutrina jurídico-penal internacional: “*as supostas diversidades culturais [dos países-membros] não têm sido um obstáculo para conceber um Direito Penal europeu unificado*”,¹³² embora muitas sejam as dificuldades derivadas de suas especificidades.

O *Corpus Iuris*, ressalvadas as críticas delineadas ao longo deste trabalho, constitui, sem dúvida, uma prova de valia da unificação europeia do Direito Penal, em especial de sua Parte Geral. Essa não apresentou qualquer figura jurídico-penal nova e, em geral, manteve-se vinculada à tradição sedimentada nos Estados. O cuidadoso tratamento dispensado aos empresários — artigo 14º — deve ser destacado como exemplo desse bom recorte das diferentes soluções encontradas nos Estados-membros, com o fim de construir uma norma comunitária no âmbito da Parte Geral de um Código Penal. Quando o *Corpus Iuris* deixou de realizar essa síntese das diferentes definições e soluções legais, o resultado foi um distanciamento dos seus objetivos iniciais. Foi o que aconteceu com a não-previsão expressa da figura da autoria mediata, o mesmo com relação a um regime jurídico para as *atuações em nome de ou no lugar de outrem* e ainda o problema do crime tentado. Dentre vários aspectos, não houve, por outro lado, avanços da legislação europeia, seja no âmbito da harmonização ou da unificação, no que toca à problemática dos delitos especiais próprios; não se decidiu ainda a favor de uma homenagem a uma medida de política criminal capaz de flexibilizar o instituto do concurso de pessoa, necessária para evitar lacuna de punibilidade ao *extraneus*; ou a favor de uma previsão de “simples cláusulas de referência” extensiva da punibilidade, ou mesmo pela consagração do sistema de “acessoriedade recíproca”, a qual exige que ao menos um dos intervenientes tenha a condição especial como forma de evitar a impunidade do *extranei*.

Enfim, o rigor dogmático desenvolvido para resolver as inúmeras questões apresentadas pela fenomenologia do concurso de pessoas não encontrou suficiente correspondência no *Corpus Iuris*.

Pode-se, assim, reconhecer que a falta de um sistema penal da Comunidade Europeia reflete a insuficiente consistência no tratamento jurídico-penal do complexo tema da participação e mesmo a carência de normas

¹³² BACIGALUPO, E., como nota 3, p. 398.

a disciplinar o regime jurídico a ser seguido no cenário de harmonização já existente. Como alerta Tiedemann,¹³³ falta, no seio do Direito Penal comunitário, um fundamento legal — ou, com a palavras de Jescheck e Weigend, uma “*fundamentação especial*”¹³⁴ — para a punição da participação, tal como existe no ordenamento jurídico-penal português, no alemão e no espanhol: através de causas de extensão da pena previstas na Parte Geral. O Convênio PIF não tratou desse problema. Tal lacuna, *obiter dicta*, torna duvidosa a punição dessa no seio do Direito Comunitário, que tem o princípio da legalidade como pilar intransponível, já que é consagrado em todos os Códigos Penais dos países-membros.

Se o artigo 31º, e), do TUE, tal como acentuou Jean Pradel, “manifesta um desejo, se não propriamente de unificação, ao menos de harmonização entre os Direitos penais substantivos e não apenas do procedimento”, tal desejo, no âmbito da Parte Geral e, em especial, da comparticipação, está longe de ser alcançado.

De qualquer forma, os curtos passos dados em direção a um verdadeiro Direito Penal europeu deve manter o consenso de síntese até aqui alcançado com o Convênio PIF e o *Corpus Iuris*, observando-se, para além disto, outros pontos fundamentais analisados ao longo deste trabalho, que podem ser concentrados nas seguintes assertivas gerais:

- 1) a adoção do conceito restritivo de autor, em oposição ao unitário, como o modelo que mais homenagens faz ao postulado de Estado de Direito e mais respeito devota ao princípio da tipicidade;
- 2) a definição expressa das diferentes figuras da comparticipação, com relevo à distinção entre a autoria mediata e a instigação, com coerência à teoria do domínio do fato e com o princípio da acessoriedade limitada;
- 3) o reconhecimento da punição das pessoas coletivas, sem prejuízo das pessoas físicas, de acordo com o conceito do crime omissivo impróprio, restringindo a isenção da responsabilidade criminal do empresário derivada da delegação, tal como a solução do *Corpus Iuris* de 1997, sem dúvida, importante mecanismo para a proteção dos interesses financeiros da CE.

¹³³ Como nota 109, p. 254. Também como nota 8, p. 79.

¹³⁴ Como nota 9, p. 737.

VI. Bibliografia consultada

- ACHENBACH, Hans, “Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el derecho alemán”, in *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal, Libro Homenaje a Claus Roxin*, J.M. Silva Sánchez, B. Schunemann y J. de Figueiredo Dias (coords.), Barcelona: J.M.Bosch Editor, 1995; Acórdão de 14 de novembro de 1984, do STJ português, publicado no *BMJ* nº 341 (pp. 213-217), Lisboa, 1984.
- AMBOS, Kai, “Domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder. Uma valoração crítica e ulteriores contribuições”, trad. Evandro Fernandes de Pontesin, *RBCC* nº 37, ano 10, janeiro-março, São Paulo: RT, 2002.
- ANDRADE, Manuel da Costa / COSTA, José de Faria. “Sobre a concepção e os princípios do Direito Penal económico. Notas a propósito do Colóquio preparatório da AIDP (Freiburg, setembro de 1982)”, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, v. 1, Coimbra: Coimbra Editora, 1998.
- BACIGALUPO, Enrique. *Curso de Derecho Penal Económico*, Madrid: Marcial Pons, 1998.
- BACIGALUPO, Silvana, *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1998.
- BELEZA, Teresa Pizarro, “A estrutura da autoria nos crimes de violação de dever. Titularidade versus domínio do facto?”, *RPCC* ano 2, 3º fasc., julho-setembro, 1992.
- BETTIOL, Giuseppe, *Direito Penal, Parte Geral*, tomo III, trad. Fernando de Miranda, Coimbra: Coimbra Editora, 1973.
- BOCKELMANN, Paul, *Relaciones entre autoría y participación*, trad. de *Ubre das Verhältnisin von Täterschaft und Teilnahme en Strafrerhtliche Untersuchungen* (1957) por Carlos Fontán Balestra, Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 1960.
- BOTTKE, Wilfried. “Estructura de la autoría en la comisión y en la omisión como requisito para la construcción de un sistema de Derecho penal de la Comunidad Europea”, trad. Corcoy Bidasolo, in *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal, Libro en Homenaje a Claus Roxin*, J.M. Silva Sánchez, B. Schünemann y J. de Figueiredo Dias (coords.), Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1995.
- CAEIRO, Pedro, “Perspectivas de formação de um direito penal da União Europeia”, *RPCC* ano 6, fascículo 2º, Coimbra, 1996.
- CONGRESSO (XVI) INTERNACIONAL DE DIREITO PENAL, promovido pela AIDP, em Budapeste, sobre os “Sistemas de Justiça Criminal perante o desafio do crime organizado”, realizado em setembro de 1999, cujas Resoluções estão publicadas na *RIDP* nº 70 (3-4), AIDP, Èrès, 1999.

- *CORPUS JURIS, Sous la direction de Mireille Delmas Marty*, Paris: Ed. Economica, 1997.
- COSTA, José de Faria, “A responsabilidade jurídico - penal da empresa e dos seus órgãos”, in *RPCC* a. 2, fascículo 4º, Editorial Notícias, Coimbra, 1992.
- ——— / ANDRADE, Manuel da Costa. “Sobre a concepção e os princípios do Direito Penal económico. Notas a propósito do Colóquio preparatório da AIDP (Freiburg, Setembro de 1982)”, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, v. 1, Coimbra: Coimbra Editora, 1998.
- ———. “O Fenómeno da Globalização e o Direito Penal Económico”, *BFDUC, Studia Iuridica* nº 61, Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Rogério Soares, 2001.
- ———. “Construção e interpretação do tipo legal de crime à luz do princípio da legalidade: duas questões ou um só problema”, texto inédito lido nas *Primeiras Jornadas Luso-Italianas de Direito Penal*, Universidade de Coimbra - Faculdade de Direito e *Università di Milano - Facoltà di Giurisprudenza*, Coimbra, setembro de 2002.
- CUESTA ARZAMENDI, José Luis de la, “El Derecho penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites”, in *La Cooperación Internacional Frente la Criminalidad Organizada*, Faustino Gutiérrez-Alvez Conradi y Marta Valcárcce López (Dir.), Universidad de Sevilla, 2001.
- DEL CARPIO DELGADO, Juana, *El Delito de Blanqueo de Bienes en el Nuevo Código Penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.
- DELMAS MARTY, Mireille. *CORPUS JURIS*, Paris: Ed. Economica, 1997.
- DIAS, Jorge Figueiredo, *Direito Penal, Sumários e Notas das Lições, 1975-1976*, Coimbra: FDU, 1976.
- ———. “Para uma dogmática do direito penal secundário, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, v. 1, Coimbra: Coimbra Editora, 1998.
- ———. “Autoria e participação no domínio da criminalidade organizada: alguns problemas”, in *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- ———. “Legalidade e Tipo em Direito Penal”, texto provisório (gentilmente cedido pelo autor), lido nas *Primeiras Jornadas Luso-Italianas de Direito Penal*, promovidas pela Universidade de Coimbra - Faculdade de Direito e *Università di Milano - Facoltà di Giurisprudenza*, Coimbra, setembro de 2002.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL. *La Autoría en Derecho Penal*, Barcelona: PPU, 1991.
- DOLCINI, Emilio e MARINUCCI, Giorgio. *Codice Penale Commentato, Parte Generale*, Milano: IPSOA, 2000.
- EIRANOVA ENCINAS, Emilio (coord.), *Código Penal Alemán (StGB), Código Procesal Penal Alemán (StPO)*, Madrid: Marcial Pons, 2000.

- FRISCH, Wolfgang, “Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo”, trad. de José Manuel Paredes Castañón, in *Responsabilidad Penal de las Empresas y sus Órganos y Responsabilidad por el Producto*, coordinadores S. Mir Puig – D.M. Luzón Peña, Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1996.
- GARCÍA ARAN, Mercedes, “Hacia un Derecho penal Europeo: la propuesta del «Corpus Iuris»”, in *Derecho y Procesal Penal*, Pamplona: Aranzadi Editorial, nº 1, 1999.
- GARCÍA CAVERO, Percy, *La Responsabilidad Penal del Administrador de Hecho de la Empresa: Criterios de Imputación*, Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1999.
- GODINHO, Jorge Alexandre F., *Do Crime de «Branqueamento» de Capitais. Introdução e Tipicidade*, Coimbra: Livraria Almedina, 2001.
- GÖSSEL, Karl Heinz, MAURACH, Reinhart, e ZIPF, Heinz, in *Derecho Penal, Parte General*, trad. Jorge Bofia Genzsch, volume 2, Buenos Aires: Ed. Astrea, 1995.
- GRASSO, Giovanni, “La protección de los Derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario y su repercusión en los sistemas penales de los Estados miembros”, trad. Nicolás García Rivas, in *Estudios de Derecho penal Económico*, Luis Arroyo Zapatero y Claus Tiedemann (Eds.), Ediciones de la Universidad de Castilla-la Mancha, 1994.
- ————. “La formazione di un Diritto penale dell’Unione Europea”, in *Prospettive di un Diritto Penale Europeo*, Milano: Giuffrè Editore, 1998.
- GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, María, *La Responsabilidad Penal del Coautor. Fundamentos y Límites*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.
- HASSEMER, Winfried, “Perspectivas del Derecho penal futuro”, in *RP* nº 1, año 1, trad. E.Anarte Borralló, Barcelona: Editorial Praxis.
- ————. *Persona, Mundo Y Responsabilidad – Bases para una Teoría de la Imputación en Derecho Penal*, trad. Francisco Muñoz Conde e Maria del Mar Díaz Pita, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises, *La Autoría Mediata en Derecho Penal*, Granada: Editorial Comares, 1996.
- JAKOBS, Günther, *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*, 2ª ed., trad. española de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 1997.
- JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal, Parte General* (título original: *Lehrbuch des Strafrechts: All Teil*), trad. Miguel Olmedo Cardenete, Granada: Editorial Comares, 5ª ed., 2002.
- LESCH, Heiko H., “Intervención delictiva e imputación objetiva”, trad. Javier Sánchez-Vera y Gómez-Trelles, in *ADPCP* t. 48, f. 1, enero/abril, 1995.

- LOPEZ PEREGRIN, M.^a Carmen, *La complicidad en el delito*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- MATTA, Paulo Saragoça da. *O artigo 12º do Código penal e a responsabilidade dos 'quadros' das 'instituições'*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- MILITELLO, Vincenzo, “La responsabilidad jurídico-penal de la empresa y de sus órganos en Italia”, trad. Carla Prestigiacomo, in *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho penal, Libro en Homenaje a Claus Roxin*, J.M. Silva Sánchez, B. Schünemann y J. de Figueiredo Dias (coords.), Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1995.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, 5.^a edición, Barcelona: Reppertor S. L., 1998.
- MONTEIRO, Henrique Salinas, *A comparticipação em crimes especiais no CP*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. “Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial”, *RP* nº 9, Enero, 2002.
- PALAZZO, Francesco. “La legalidad penal en la Europa de Amsterdam”, tradução de Nicolás García Rivas in *RP* nº 3, Editorial Praxis, Barcelona, Enero de 1999.
- PALMA HERRERA, José Manuel, *Los delitos de blanqueo de capitales*, Madrid: Edersa – Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, s/d.
- PRADEL, Jean, *Droit pénal comparé*, Paris : Éditions Dalloz, 1995.
- ————. “Derecho penal económico francés. Algunos aspectos actuales”, *RPJ* 49 (1998,I), CGPJ, Madrid.
- ————. “Vías para la creación de un espacio judicial europeo único”, trad. A.Richart, in *RP* nº 3, Barcelona: Editorial Praxis, Enero de 1999.
- PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, “Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación”, in *RP* nº 9, Barcelona: La Ley, Enero de 2002.
- ROCHA, Manuel António Lopes, “A responsabilidade penal das pessoas colectivas”, in *Direito Penal económico europeu: textos doutrinários*, v. 1., Coimbra: Coimbra Editora, 1998.
- RODRIGUES, Anabela Miranda e MOTA, José Luís Lopes. *Para uma política criminal europeia. Quadro e instrumentos jurídicos da cooperação judiciária em matéria penal no espaço da União Europeia*, Coimbra: Coimbra Edit., 2002.
- RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Comentarios al Código penal*, Madrid: Editorial Civitas, 1997.

- ROXIN, Claus. “Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada”, trad. Enrique Anarte Borrallo, in *Revista Penal* nº 2, Ed. Praxis em colaboração com as Universidades de Huelva, Salamanca y Castilla-La Mancha; 1998; também publicado in *Delincuencia Organizada. Aspectos Penales, Procesales y Criminológicos*. Juan Carlos Ferré Olivé y Enrique Anarte Borrallo Eds., Universidad de Huelva publicaciones, 1999.
- ————. “Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión”, in *Sobre o Estado da Teoria do Delito (Seminário na Universidade Pompeu Fabra)*, trad. María Teresa Castiñeira Palou, Madrid: Cuadernos Civitas, 2000.
- ————. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal (Täterschaft und Tatherrschaft)*, trad. 7ª ed. alemã de Joaquín Cuello Contreras e J.Luis S.G.de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 2000.
- ————. “Autoría mediata através de domínio de organização” (“*Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft*”), texto – inédito – lido no *Colóquio Internacional de Direito Penal sobre Criminalidade Organizada*, trad. João Curado Neves, Lisboa: Universidade de Lusíada, novembro de 2002.
- RUIZ ANTON, Luis Felipe, “El fundamento material de la pena en la participación”, *CPC* nº 11, 1980.
- SANCINETTI, Marcelo A., “Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva”, in *Estudios Sobre la Teoría de la Imputación Objetiva*, coords. Manuel Cancio Meliá, Marcelo Ferrante e Marcelo A. Sancienetti, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998.
- SCHUMANN, Heribert, “Responsabilidad individual en la gestión de empresas. Observaciones sobre la «Sentencia Erdal» del Tribunal Supremo Federal alemán (BGH)”, in *Responsabilidad Penal de las Empresas y sus Órganos y Responsabilidad por el Producto*, coordinadores Mir Puig y Luzón Pena, Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1996.
- SERRA, Teresa, “A autoria através do domínio de um aparelho organizado de poder”, *RPCC* ano 5, fasc. 3º e 4º, julho-dezembro, Coimbra, 1995.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*, 2ª edición, revisada y ampliada, Madrid: Civitas, 2001.
- STRATENWERTH, Günter, *Derecho Penal, Parte General, I, El Hecho Punible* (título original *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I die strafat*), tradução de la 2ª edición alemana (1976) de Gladys Romero, Madrid: Edersa Editoriales, 1982.
- TIEDEMANN, Klaus, *Lecciones de Derecho Penal Económico (Comunitario, Español, Alemán)*, trad. Mercedes García Arán, Barcelona: PPU, 1993.
- ————. “El Derecho penal económico en la Comunidad Europea”, trad. Adán Nieto Martín, in *Estudios de Derecho Penal Económico*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1994.

- ————. “La regulación de la autoría y la participación en el Derecho penal europeo. Estado de la cuestión, tendencias de armonización y propuestas de modelo”, in *Revista Penal* nº 5, trad. do original “Die Regelung von Täterschaft und Teilnahme im europäischen Strafrecht. Stand, Harmonisierungstendenzen und Modellvorschläge”, de Manuel Cancio Meliá, Ed. Praxis en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca y Castilla-La Mancha.
- ————. “La armonización del Derecho penal en los Estados miembros de la Unión Europea”, in *Cuadernos de Conferencias y Artículos* nº 17, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, trad. Manuel Cancio Meliá, 1998.
- ————. “Exigencias fundamentales de la Parte General y propuesta legislativa para un Derecho penal europeo”, trad. A.N. Martín, in *Revista Penal* nº 3, Ed. Praxis, Enero, 1999.
- WEIGEND, Thomas, “Los Sistemas penales frente al reto del crimen organizado”, in *RIDP* Nº 68 (3-4), trad. J.L. de la Cuesta Arzamendi, AIDP, Èrès, 1997.
- WOLTER, Jürgen, “Problemas político-criminales y jurídico-constitucionales de un sistema internacional de Derecho penal”, trad. original «Kriminalpolitische und verfassungsrechtliche Probleme eines internationalen Strafrechtssystems» de Eduardo Onecha Pérez, in *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal*, Jesús-María Silva Sánchez (ed.), Barcelona: José María Bosch Editor, 1997.
- VALDÁGUA, Maria da Conceição S., *Início da Tentativa do Co-Autor*, Lisboa: Lex, 1993.
- VERVAELE, John A.E., “La Unión Europea y su espacio judicial europeo: los desafíos del modelo Hábeas Juris 2000 y de la Fiscalía Europea”, trad. do francês de Laura Zúñiga Rodríguez, *Revista Penal* nº 9, La Ley, Enero, 2002.
- VOGEL, Joachim, “Estado y tendencias de la armonización del Derecho penal material en la Unión Europea”, tradução do original, “*Stand und Tendenzen der Harmonisierung des materiellen Strafrechts in der Europäischen Union*”, por Miguel Ontiveros Alonso, in *RP* nº 10, La Ley, Julio 2002.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *Fraz von Liszt. La Idea del Fin en el Derecho Penal - Introducción*, Granada: Editorial Comares, 1995.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, “«Criminalidad de empresa, criminalidad organizada y modelos de imputación penal», in *Delincuencia Organizada. Aspectos Penales, Procesales y Criminológicos*, Eds. Juan Carlos Ferré Olivé y Enrique Anarte Borralló, Huelva: Universidad de Huelva Publicaciones, 1999.

Breve análise estatística de alguns pontos da primeira fase das reformas processuais civis no âmbito da Justiça Estadual paulista

Fernando da Fonseca Gajardoni

JUIZ DE DIREITO EM SÃO PAULO E MESTRE EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL
PELA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP)

SUMÁRIO: 1. Justificativa. 2. Metodologia. 3. Questionário. 4. Respostas. 4.1. Audiência preliminar. 4.2. Cumprimento espontâneo do mandado monitorio. 4.3. Presidência das audiências de conciliação do rito sumário. 4.4. Sucesso da citação postal. 5. Um último dado: o percentual de agravos de instrumento providos pelo 1º TACiv/SP. 6. Conclusões. 7. Bibliografia.

1. Justificativa

Desde 1994, o Código de Processo Civil vem passando por uma série de reformas, todas no sentido de dar maior efetividade aos provimentos jurisdicionais, quase sempre com a preocupação de se desburocratizar o processo, acelerando os procedimentos e a obtenção da tutela jurisdicional.

Contudo, até a presente data, não se sabe ao certo se tais reformas surtiram

algum efeito prático, pois inexistente qualquer tipo de dado estatístico, oficial ou extra-oficial, nesse sentido.

A importância da pesquisa para o reequacionamento do direito processual civil mede-se pelas precisas anotações de Arruda Alvim,¹ para quem estatísticas idôneas e outros instrumentos de cognição real da realidade colocam-se como indispensáveis, porquanto *“quaisquer reformas ficarão, sempre, muito a desejar, na medida em que a realidade indesejada e que se pretende modificar não esteja corretamente representada perante quem colime reformá-la. O não-conhecimento da realidade conduz a reformas baseadas em meras intuições sempre unilaterais, calcadas num empirismo primário, com o risco sério, senão que quase certo, de inevitável fracasso, com o que aquilo que estava imprestável, continuará a não prestar ou não vir a ser bom, como se esperava. É só o pleno e verdadeiro conhecimento da realidade que enseja condições para que se possa reformar para o bom — mesmo com a consciência de que não se irá, ao menos a curto prazo, atingir o ideal”*.

No mesmo sentido, Barbosa Moreira,² que, após assinalar a inexistência de pesquisas que tenham precedido as sucessivas reformas do Código de Processo Civil e a carência de estatísticas judiciais a indicar os efeitos práticos das inúmeras modificações, inquire-nos em tom desafiador: *“em vez de citação por oficial de justiça, pôs-se como regra geral a citação pelo correio. Alguém já investigou se de semelhante troca se originaram problemas? (...) A tentativa obrigatória de conciliação, tal como regulada no artigo 331, é uma faca de dois gumes: quando se obtém acordo das partes, encurta-se notavelmente o itinerário do feito; quando não, ele, ao contrário, se estica mais do que se omitisse a audiência a isso destinada, sem que os ganhos laterais superem os inconvenientes da procrastinação. Pois bem: qual o percentual de tentativas frutíferas? Superará ele notavelmente o das infrutíferas? (...) Naturalizou-se a ação monitória. Quantas do gênero têm sido propostas? Dessas, que quantidade têm vingado? Que tipos de obstáculos têm barrado o caminho das que não vingam?”*.

Na esteira dessas indagações, temos uma prova cabal da ausência de dados estatísticos a informar os debates acadêmicos sobre o propósito reformador. Por ocasião das recentes V Jornadas Brasileiras de Direito Processual Civil, ocorridas em Foz do Iguaçu, Paraná, nos dias 4 a 8 de agosto de 2003,

¹ José Carlos de Arruda Alvim Netto, *Anotações Sobre as Perplexidades e os Caminhos do Processo Civil Contemporâneo – Sua Evolução ao Lado do Direito Material*, pp. 105-106.

² *O Futuro da Justiça: Alguns Mitos*, p. 81.

durante um painel sobre a recorribilidade das interlocutórias, sob a presidência do Prof. Carlos Alberto Carmona, levantou-se, entre outros itens, acirrado debate sobre o percentual de reformas ocorridas, na justiça estadual paulista, das decisões interlocutórias de primeira instância, dado esse indispensável para se aferir a pertinência ou não da supressão do agravo de instrumento do sistema processual civil. Nele, os painelistas, Professores Nelson Nery Júnior e José Rogério Cruz e Tucci, chegaram a sugerir empiricamente (de forma equivocada, desde já se adianta) que o percentual de agravos providos no 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo atingia os 60%, algo bastante preocupante para quem pretende, *de lege ferenda*, suprimir ou restringir as hipóteses de cabimento do agravo.

Enfim, será que a primeira fase das reformas havidas no Código de Processo Civil teve algum efeito prático a justificar uma 2ª onda reformadora? Será que há dados estatísticos suficientes para justificar as outras alterações legislativas que ainda se pretendem?

Parece-nos que, para o bem do sistema, tais indagações não podem ficar sem respostas. É exatamente por isso — para fins de aferição da eficácia das reformas legislativas, futuras e pretéritas — é que nos propusemos, repita-se, na absoluta inexistência de dados oficiais, a elaborar a presente e breve pesquisa de campo, que ora é submetida publicamente às críticas e ponderações da comunidade jurídica.

2. Metodologia

Em setembro de 2001, foram enviadas 143 correspondências a todos os juízes de direito de competência cível da Capital paulista (Fórum Central) e das principais comarcas do Interior (especialmente as de 3ª entrância), isso a fim de que respondessem a um questionário de cinco perguntas referentes à 1ª fase das reformas havidas no Código de Processo Civil, mais precisamente em relação àquelas que nos pareceram mais preocupadas com o fator aceleração/efetividade da tutela jurisdicional estatal.

Ciente da inexistência, à época da pesquisa³, de registros correicionais

³ A partir de 25.09.2002, por força do comunicado nº 61.232/02, da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo, tornou-se obrigatória a comunicação àquele órgão do percentual de acordos efetuados em primeiro grau em audiências de conciliação e preliminares (art. 331 do CPC), o que está a evidenciar a possibilidade de, em futuro próximo, ao menos em relação a esse item, termos dados puramente objetivos.

obrigatórios dos dados requeridos — isso por não constarem da planilha de movimentação judiciária, documento encaminhado à Corregedoria Geral de Justiça, mensalmente, por todas as Varas do Estado de São Paulo — o próprio ofício que solicitava as informações já ressaltava que as questões deveriam ser respondidas com base em elementos colhidos na secretaria da Vara cível, ou, na impossibilidade, através da experiência prática do magistrado pela vivência judicante diária.

De qualquer forma, mesmo não se tratando de dados estatísticos sedimentados em elementos puramente objetivos, o fato é que não havia outro expediente, que não o presente, para a obtenção das informações o mais próximo possível da real, bem como para que pudéssemos, com algum êxito, tirar algumas conclusões a respeito do sucesso das reformas já efetuadas e da possibilidade de êxito das que se propõem.

Das 143 correspondências enviadas, 73 delas foram devolvidas (51% do total), isso nos meses de outubro/2001 a janeiro/2002, período a ser considerado como data da pesquisa. Do total devolvido, 2 correspondências o foram em branco, de modo que consideraremos, para fins da pesquisa, como efetivamente respondidos 71 questionários (aproximadamente 50% do total enviado).

Do total recebido, aproximadamente 80% dos magistrados pesquisados preferiram se identificar. Outros 20% responderam, mas não indicaram nome nem a Vara cível em que oficiavam, facultada essa assinalada no próprio ofício de requerimento de dados.

Ainda assim, de se salientar que os juízes do interior foram mais prestativos do que os da capital. Das 71 respostas, 18 foram de juízes em exercício em entrância especial — 25% do total enviado — sendo que as outras 53 correspondências recebidas (75%) foram encaminhadas pelos interioranos.

3. Questionário

Na ordem de apresentação, os magistrados paulistas ouvidos foram submetidos às seguintes perguntas:

- a) Qual a porcentagem de acordos obtidos na audiência prevista no artigo 331 do CPC?
- b) Qual a porcentagem de cumprimento espontâneo (não embargados) de mandados de pagamento ou entrega em ações monitorias?

- c) As audiências de conciliação, pelo rito sumário, são feitas pelo magistrado, estagiário, escrevente ou outros?
- d) A citação postal é bem sucedida em que porcentagem?

Apresentam-se, na seqüência, as respostas obtidas, com breves considerações pessoais a sugerirem algumas reflexões.

4. Respostas

4.1. Audiência preliminar (art. 331 do CPC)

a) Dados obtidos

Em relação à primeira indagação (acordos em audiência do artigo 331 do CPC), tem-se a seguinte situação:

	-10%	10%	25%	30%	50%	65%	75%	80%	TOTAL
Respostas	2	28	20	2	10	3	4	2	71
Percentual	3%	39%	28%	3%	14%	4%	6%	3%	100%

Levando-se em conta as respostas dadas (desconsideradas as “-10%”), tem-se que, na Justiça Estadual paulista, *aproximadamente 28,9% (1.995% ÷ 69) das audiências do artigo 331 do CPC frutificam em práticas autocompositivas.*

b) Reflexões

Com tríplice finalidade — conciliatória, saneadora e delimitatória da fase instrutória (fixação de pontos controvertidos e deliberação quanto à produção de provas) —, a Lei nº 8.952/94 introduziu em nosso sistema a audiência preliminar, nos moldes do que já era previsto no Código de Processo Civil-Tipo para a América Latina (arts. 300 e 301) e no Código de Processo Civil português (arts. 508 e 509).⁴

⁴ Aliás, o ancestral mais primitivo da audiência preliminar é mesmo do Direito português, mais precisamente do *Código Sebastião*, que teve vigor de 1568 a 1577 (Lei VII, p. 1 e 2, Tít. I, Parte 3ª). Com a presença das partes, buscava o juiz a conciliação. Caso contrário, servia a audiência como premonição dos atos futuros a serem desenvolvidos no processo.

Apesar do entusiasmo com que foi recebida a mudança por grande parte da doutrina nacional⁵ — fruto das constantes críticas que se faziam à inexistência de uma fase conciliatória preliminar, antes que as partes já estivessem exaltadas pelos anteriores enfrentamentos no processo⁶ — ao menos para os propósitos aceleratórios mostrou-se a inovação bastante prejudicial.

De fato, desde que introduzida a audiência preliminar, o número de autocomposições obtidas — principal escopo da modificação — foi bem diminuto, sem embargo da obrigatoriedade da realização de mais uma audiência, sob pena de nulidade, mesmo para aquelas causas cujos direitos sejam indisponíveis, impossíveis de serem transacionados, portanto (art. 1.035, CC de 1916).

Na Justiça Estadual paulista, por exemplo, constatou-se, conforme se observou acima, que apenas 28,9% das audiências preliminares frutificam em práticas autocompositivas, o que, deve-se convir, é muito pouco. Dos setenta e um magistrados de varas cíveis entrevistados, apenas nove alcançam índices conciliatórios superiores a 50%.⁷

Isso está a demonstrar que, para os propósitos autocompositivos, desnecessária seria a introdução de uma audiência exclusivamente conciliatória no procedimento ordinário, sendo bastante o princípio inserido no artigo 125, IV, do Código de Processo Civil. Aliás, o acréscimo desse inciso apenas tornou regra expressa uma possibilidade que, na praxe cotidiana, já ocorria; não eram poucos os juízes que se valiam da regra do artigo 342 do Código de Processo Civil para convocar as partes em juízo e tentar uma conciliação⁸. É o juiz, valendo-se de sua experiência e das circunstâncias do caso, o mais recomendado para indicar se a audiência de conciliação deverá ser realizada ou não. Na medida em que a sobrecarga nas pautas de audiência é um dos fatores de retardamento do procedimento, a realização desse ato em todos os feitos de procedimento ordinário, mesmo naqueles em que improvável ou

⁵ Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *A Reforma do Código de Processo Civil*, pp. 115-140; Sérgio Bermudes, *A Reforma do Código de Processo Civil*, pp. 44 e ss.; Nelson Nery Júnior, *Audiência Preliminar e Saneamento do Processo*, pp. 335-345; Rogério Lauria Tucci, *A Nova Fase Saneadora do Processo Civil Brasileiro*, pp. 347-369.

⁶ Cf. José Carlos Barbosa Moreira, *Breve Notícia Sobre la Conciliación en el Proceso Civil Brasileño*, p. 98.

⁷ Temos o receio, por isso, de responder negativamente à pergunta de Cláudio Lembo: "Estará a Magistratura brasileira propensa subjetivamente a exercer este encargo no campo dos direitos disponíveis? Só pesquisas a serem realizadas, no futuro, após conveniente avanço cronológico, poderão responder a essa indagação" (*Conciliação e Tradições Jurídicas*, p. 389).

⁸ Para Augusto Tavares Rosa Marcacini, a faculdade de convocação das partes para uma audiência conciliatória "é muito mais saudável para o sistema do que a aparente obrigatoriedade definida no artigo 331" (*Estudo Sobre a Efetividade do Processo*, p. 201).

impossível a obtenção da autocomposição, só serve para aumentar o volume de trabalho forense e o tempo entre a distribuição da ação e a prolação da sentença, mormente se levarmos em conta que o prazo máximo de trinta dias mencionado no *caput* do artigo 331, como quase todos os prazos impróprios, não é, em regra, obedecido.⁹

A nosso ver, o próprio sistema tornou-se contraditório ao prever a obrigatoriedade da realização da audiência preliminar. Se o principal objetivo da inserção foi a autocomposição da lide, como se admitir que algumas demandas, na maioria versando sobre direitos disponíveis, possam ser julgadas antecipadamente (art. 330, CPC), sem a prévia prática conciliatória, portanto?

Surpreendeu-nos positivamente, por isso, a recente Lei nº 10.444/2002, promulgada após a pesquisa de campo efetuada. Vindo de encontro às nossas ponderações e dados estatísticos ora apresentados, referida lei acrescentou ao artigo 331 do Código de Processo Civil um § 3º — suprimido em alguma fase do processo legislativo da Lei n. 8.952/94¹⁰ — a prever que “*se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do § 2º*”.¹¹

Eliminou-se, com isso, o caráter obrigatório da audiência preliminar, ficando, a partir da entrada em vigência da lei, a critério do juiz a designação da audiência, que se realizará somente nas hipóteses em que o direito em litígio for disponível e, sendo-o, quando for vislumbrada a possibilidade de sucesso na autocomposição.

Acreditamos que, com a mudança, a tendência é uma elevação no número de acordos obtidos na audiência preliminar, natural diante da exclusão, nos cálculos, de várias causas cuja autocomposição era improvável, mas que, mesmo assim, tiveram as audiências realizadas. Espera-se, entretanto, que a inserção do § 3º ao artigo 331 não banalize o instituto que, se bem aplicado, pode contribuir consideravelmente para a obtenção mais célere da tutela jurisdicional.

⁹ Vale o registro da advertência feita por Vicente Greco Filho, no sentido de que a obrigatoriedade da audiência do artigo 331 do Código de Processo Civil, em todas as hipóteses, contradiz o próprio objetivo da reforma, levando à burocratização da Justiça (*Litigância de Má-Fé*, p. 578).

¹⁰ Cf. Nelson Nery Júnior, *Audiência Preliminar e Saneamento do Processo*, p. 344.

¹¹ Na contra-mão da bem-sucedida alteração legislativa, contudo, o anteprojeto da mediação paraprocessual, já em poder do Ministério da Justiça, está a ressuscitar a obrigatoriedade indiscriminada da audiência preliminar do art. 331 do Código de Processo Civil.

4.2. Cumprimento espontâneo do mandado monitorio.

a) Dados obtidos.

Em relação à segunda indagação (cumprimento espontâneo de mandado de pagamento ou entrega em monitoria), temos o seguinte quadro:

	Zero	10%	25%	30%	50%	65%	75%	Total
Respostas	7	43	8	Zero	10	2	1	71
Percentual	10%	61%	11%	Zero	14%	3%	1%	100%

Levando-se em conta as respostas dadas, tem-se que, no Estado de São Paulo, *aproximadamente 18,8 % (1.335% ÷ 71) dos mandados monitorios são espontaneamente cumpridos.*

a) Reflexões

A tutela monitoria foi admitida na legislação brasileira pela Lei n. 9.079/95 (art. 1.102a, CPC). Trata-se de processo de conhecimento de rito especial, colocado à disposição de quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento em dinheiro ou entrega de coisa. A cognição na ação monitoria, tanto quanto o procedimento, são sumários, dirigidos à emissão de um provimento jurisdicional mandamental, apto a converter-se em título executivo judicial, em casos de inércia do devedor. E o contraditório, nessa espécie de procedimento, sempre, é eventual e diferido (apenas para as hipóteses em que o devedor interpuser embargos ao mandado monitorio, artigo 1.102c, CPC).¹²

Vocacionado à celeridade, em vista da sumarização da cognição e do próprio procedimento, o processo monitorio foi inserido no nosso ordenamento jurídico como instrumento apto a dispensar o processo de conhecimento, em

¹² Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *A Reforma do Código de Processo Civil*, p. 230; e Eduardo Talamini, *Tutela Monitoria*, p. 132. Em sentido parcialmente contrário, falando em inversão do contraditório, cf. Antonio Carlos Marcato, *Procedimentos Especiais*, pp. 219-220.

uma infinidade de hipóteses.¹³ Entretanto, após mais de sete anos em vigor, constata-se que o instituto, ao menos para a causa da celeridade, foi um completo fracasso.

Conforme adverte Chiovenda, para que a tutela monitoria seja eficaz, indispensável “*contar-se com a raridade normal das pretensões infundadas e de oposições dilatórias, assim como esperar que seja exíguo o número das impugnações em relação ao das ordens de pagamento expedidas. A não ser assim, suposta, de um lado, a liberdade de provocar ordens e, de outro, a liberdade de privá-las de valor com a simples impugnação, o processo monitorio pode transformar-se em fácil instrumento de vexames ou em causa de inúteis complicações processuais*”.¹⁴

Ocorre que, conforme dados supra-apresentados, constatou-se que não é exíguo o número de impugnações em relação ao das ordens de pagamento expedidas. No Estado de São Paulo, apenas 18,8% dos mandados monitorios expedidos são voluntariamente cumpridos. Os dados tornam-se ainda mais interessantes se levarmos em conta que, em 61% das Varas cobertas pela pesquisa, esse percentual atinge apenas 10%.

Esses números levam-nos à conclusão de que, apesar da sanção premial consistente na isenção de custas e honorários advocatícios nas hipóteses de cumprimento espontâneo do mandado (art. 1.102c, § 1º, CPC), o procedimento monitorio não correspondeu às expectativas iniciais. A aceleração do processo obtida pela cognição sumária com base na prova unilateral apresentada pelo autor e expedição, *inaudita altera pars*, do mandado de pagamento ou entrega, estão prejudicadas pela posterior oposição, em mais de 80% dos casos, de embargos ao mandado monitorio que, independentemente da natureza jurídica que lhes emprestem (ação ou contestação), suspendem a eficácia do mandado inicial e suportam cognição plena e exauriente (procedimento ordinário).

¹³ Antonio Carlos Marcato colecionou as seguintes hipóteses de cabimento da ação monitoria: sentença meramente declaratória; títulos de crédito fulminados pela prescrição; documento assinado pelo devedor, mas sem testemunhas; vales; reconhecimento de débito em contas e faturas; confissões de dívida carentes de testemunhas instrumentárias; acordos e transações não-homologados; documentos referentes a débitos vinculados a cartões de crédito e outros; cartas ou bilhetes de que se possa inferir confissão de dívida; documentos desprovidos de duas testemunhas (contrato de abertura de crédito); títulos de crédito a que falte algum requisito exigido por lei; transação escrita sem *referendum*; duplicata sem aceite, sem protesto e sem o comprovante de entrega da mercadoria; carta confirmando a aprovação do valor do orçamento e a execução dos serviços prestados; entre outras (*Processo Monitorio Brasileiro*, p. 65).

¹⁴ Giuseppe Chiovenda, *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 1, p. 259.

Em que pese a inexistência de elementos numéricos nesse sentido, acreditamos estar autorizados a sugerir que, antes da inserção da ação monitória no sistema, o número de pagamentos efetuados quando da citação para ações de cobrança era quase igual ou igual ao obtido na pesquisa. Nada mudou, portanto.

A análise do instituto sob a ótica aceleratória, e também dos números obtidos na pesquisa, seriam outros, contudo, se o legislador tivesse sido mais cuidadoso, quando da edição da Lei nº 9.079/95, consignando, no rol do artigo 520 do Código de Processo Civil, que a sentença que julga os embargos ao mandado monitório não estaria sujeita a recurso com efeito suspensivo, conforme indica prestigiosa doutrina.¹⁵ Com isso, teria a ação monitória uma grande vantagem temporal, em relação ao processo comum, ou seja, julgados improcedentes os embargos ao mandado monitório, possível a execução provisória do julgado (art. 588, CPC), diversamente do que aconteceria com a ação com pedido de pagamento em quantia ou entrega de coisa pelo rito ordinário, sujeita a recurso recebido em ambos os efeitos. Certamente, tal fator influenciaria positivamente o ânimo daqueles que atualmente apresentam embargos ao mandado monitório, justamente porque, protegidos pelo efeito suspensivo da apelação, conseguem se beneficiar do tempo do processo.

Na omissão legislativa, entretanto, a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça (REsp. nº 170.482 - 4ª Turma - j. 23.11.1998 - rel. min. Barros Monteiro - v.u.), do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Agr. Instr. nº 61.913-4/SP - 5ª Câmara de Direito Privado - j. 9.10.1997 - rel. des. Boris Kauffmann - v.u.) e do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo (Unif. Jur. nº 831.423-2 - Sessão Plenária do dia 26.8.1999 - rel. juiz Carlos Renato de Azevedo Ferreira - v.m.) firmou-se no sentido do recebimento da apelação, na hipótese, em ambos os efeitos (devolutivo e suspensivo), motivo pelo qual não observamos, na inovação monitória, grande contribuição do reformador para o sistema processual civil brasileiro.

¹⁵ Cf. Antonio Carlos Marcato, *Procedimentos Especiais*, p. 245 e *A Sentença dos Embargos ao Mandado Monitório e o Efeito Suspensivo da Apelação*, pp. 32-33; Vicente Greco Filho, *Comentários ao Procedimento Sumário, ao Agravo e à Ação Monitória*, p. 54; Rogério Aguiar Munhoz Soares, *Tutela Jurisdicional Diferenciada*, p. 196; e Cândido Rangel Dinamarco, *A Reforma do Código de Processo Civil*, p. 247 (implicitamente). Em sentido contrário, atribuindo ambos os efeitos ao recurso: Eduardo Talamini, *Tutela Monitória*, p. 165.

4.3. Presidência das audiências de conciliação do rito sumário

a) Dados obtidos

À terceira pergunta — responsável pela audiência de conciliação no rito sumário — foram obtidas as seguintes respostas:

	Magistrado	Estagiário	Escrevente	Outros	Total
Respostas	68	Zero	2	1	71
Percentual	96%	Zero	3%	1%	100%

b) Reflexões

Apesar da autorização legislativa no sentido de que o juiz poderá, na audiência de conciliação, ser auxiliado por conciliador (art. 277, § 1º, do CPC, com a redação dada pela lei nº 9.245/95), os dados supramencionados revelam que tal expediente é de escasso uso na prática forense. De fato, na pesquisa efetuada, apenas 4% dos entrevistados admitem fazer uso de um auxiliar, escrevente ou terceiro, para o exercício da prática conciliatória.

Manifesto que, auxiliado por um conciliador nessas audiências, poderia haver ganho de tempo do magistrado e diminuição de sua longa pauta, já que, desincumbido deste encargo, poderia se dedicar a outras tarefas.

4.4. Sucesso da citação postal

a) Dados obtidos

Finalmente, responderam os srs. magistrados à indagação sobre o sucesso da citação postal:

	10%	25%	30%	50%	65%	75%	80%	90%	Total
Respostas	6	10	Zero	19	16	6	5	9	71
Percentual	8%	14%	Zero	27%	23%	8%	7%	13%	100%

Levando-se em conta as respostas dadas, tem-se que, no Estado de São Paulo, *aproximadamente 55 % (3.950 % ÷ 71) das citações postais são bem sucedidas.*

b) Reflexões

Distantes da origem do processo, não encontramos hoje “*nenhum amor cego às formas, alimentado por crenças e misticismos*”. Mas devemos reconhecer nelas “*um meio eficaz de realizar os fins a que o processo se destina, e prestigiá-las enquanto prestem a esse ideal*”.¹⁶ Afinal das contas, a “*instrumentalidade do direito processual ao substancial e do processo à ordem social constitui uma diretriz a ser permanentemente lembrada pelo processualista e pelo profissional, para que não seja subvertida a ordem das coisas, nem feitas injustiças em nome de um injustificável culto à forma*”.¹⁷

Alcançar-se o maior grau possível de simplificação das formas processuais mostra-se, portanto, tarefa de todo desejável, até mesmo porque plenamente compatível com os princípios informativos do processo. O princípio econômico é atendido porque formas mais simples irão demandar menos esforço das partes e do Judiciário, diminuindo-se o tempo e o custo do processo. O princípio lógico, por sua vez, também é privilegiado, na medida em que se eliminam os exageros procedimentais. O princípio jurídico, porque, como os litigantes não são iguais, um processo dificultoso, formalista, pode gerar desequilíbrio entre as partes. E, finalmente, a informalização do processo atende ao princípio político, provendo direitos privados de máxima garantia social, com o mínimo sacrifício de liberdade individual, desde que não se atente contra os direitos e faculdades processuais.¹⁸

Muitas das reformas havidas no Código de Processo Civil, nos últimos anos, tiveram por escopo informalizar o processo, conseqüentemente, o acelerando-o. Buscou o legislador, através do emprego da técnica processual, construir um processo mais simples, rápido, econômico, de acesso fácil e direto, apto a solucionar com eficiência os conflitos de interesses.¹⁹

Bons exemplos dessa tendência simplificadora podem ser colhidos no procedimento sumaríssimo dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/95) que, orientado pela celeridade e informalidade procedimental (art. 2º), entre outras inovações, dispensou o relatório nas sentenças e acórdãos (art. 38), permitiu o registro de atos não essenciais em fitas magnéticas (art. 13, § 3º),

¹⁶ Cf. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, *Do Formalismo no Processo Civil*, pp. 11-12.

¹⁷ Cândido Rangel Dinamarco, *Os Institutos Fundamentais do Direito Processual*, v.1, p. 73.

¹⁸ Cf. Augusto Tavares Rosa Marcacini, *Estudo sobre a efetividade do processo civil*, pp. 81-82.

¹⁹ Cf. Ada Pellegrini Grinover, *A Conciliação Extrajudicial no Quadro Participativo*, p. 280 e *A Crise do Poder Judiciário*, p. 22.

admitiu a reclamação oral (art. 14) e considerou eficazes as intimações enviadas ao endereço primitivo da parte, na ausência de comunicação de mudança (art. 19, § 2º).

Mas não somente no âmbito estrito do procedimento sumaríssimo é que a informalização alcançou bons resultados. Também no procedimento comum (sumário e ordinário), a tendência informalizadora rendeu frutos, tornando menos lenta a obtenção da tutela jurisdicional.²⁰

Como exemplo especial do afirmado, a introdução do regime de citação inicial por carta, como regra geral (art. 222, Lei nº 8.710/93), conforme se vê acima, foi um sucesso para os propósitos aceleradores. De acordo com os dados levantados, aproximadamente 55% das citações postais na justiça estadual paulista são bem sucedidas, reduzindo-se, assim, o trabalho dos oficiais de justiça, em mais de 50%. Tal número se torna mais veemente, ainda, se tivermos em conta que 28% dos juízes entrevistados indicaram percentual de sucesso da citação por carta superior aos 75%.

Aplausos ao reformador neste sentido, pois, com uma simples mudança, simplificou consideravelmente o ato citatório, com manifesto reflexo na celeridade dos processos.

5. Um último dado. O percentual de agravos de instrumentos providos pelo 1º TACivil/SP

a) Dados obtidos

Ano	Agravos entrados	Agravos providos	Percentual de provimentos
1990	5.798	1.282	22,11%
1991	6.986	1.339	19,17%
1992	7.866	1.261	16,03%
1993	8.219	1.193	14,52%
1994	8.541	1.686	19,74%

²⁰ Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *Aceleração dos Procedimentos*, cit., v. 2, p. 903.

1995	9.488	1.260	13,28%
1996	15.947	3.828	24,00%
1997	10.924	2.881	26,37%
1998	16.379	4.297	26,23%
1999	21.367	5.566	26,05%
2000	25.423	7.220	28,40%
TOTAL	136.938	31.813	23,23%

b) Reflexões

Primeiramente, consigne-se que, diversamente dos demais apresentados, os presentes dados, de acesso injustificadamente limitado, são oficiais e colhidos através de elementos puramente objetivos, através do setor de estatística do próprio 1º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, de modo que sua maior validade científica há de ser reconhecida.

De acordo com tais dados, de 1990 a 2000, em média 23,23% dos agravos entrados foram providos. Estes dados nos convidam a várias reflexões.

A primeira delas, no sentido de que o índice de reformas das interlocutórias, diversamente do que se tem divulgado publicamente, não é demasiado o bastante para afastar eventual restrição no uso indiscriminado do agravo de instrumento. De fato, creio que, com reformas inferiores a $\frac{1}{4}$ dos procedimentos entrados nos últimos 10 anos, lícita é a restrição à recorribilidade das interlocutórias em prol de um desafogamento do 2º grau de jurisdição, que, pela diminuição do número de agravos, obviamente passará a se ocupar com mais afinco das apelações represadas. Dizer-se, como feito recentemente no já citado momento das V Jornadas Brasileiras de Direito Processual Civil, que o juiz da primeira instância não julga bem, é desconhecer, ao menos em relação às interlocutórias, a realidade numérica apresentada.

Outra reflexão sugerida pelos números está no gradativo aumento nos índices de reforma dos anos de 1990 para cá. Em 1993, pouco mais de 14% dos agravos entrados eram providos. Em 1995, 13,28%. Já em 1997, 26,37%. E em 2000, mais de 28%.

Três possíveis conclusões podem ser tiradas da análise prudente de tais números, para tanto, sendo necessárias outras investigações que ainda estão

por ser feitas. A primeira possível conclusão é no sentido de que, ano a ano, piora a qualidade dos juízes de primeiro grau, talvez fruto de eventual perda de rigor nos concursos públicos de acesso ao cargo, ou da juvenilização da justiça paulista. A segunda possível hipótese é no sentido de que, em virtude do anual aumento do número de feitos, os juízes têm tido menos tempo para se dedicar às causas, conseqüentemente, aumentando-se o número de erros. Finalmente, uma terceira hipótese, no sentido de que, pela mesma causa imaginada no item anterior, é o 2º grau que vem julgando, de maneira menos adequada, os agravos de instrumento, já que, na pressa em se livrar da pleora, razões invocadas em primeiro grau não estariam sendo levadas em consideração adequadamente.

Seja com for, fica consignada uma última reflexão no sentido de que, se possível a transposição de tais números para julgamento das apelações, inválida foi a justificativa da comissão redatora do anteprojeto nº 15 da Escola Nacional da Magistratura, para afastar a proposta de alteração legislativa do art. 520 do Código de Processo Civil, subtraindo a suspensividade obrigatória dos efeitos da sentença pela interposição do recurso de apelação.²¹ Se a assertiva para a alteração do texto primitivo foi a inexistência de estatísticas, penso que as ora apresentadas podem reavivar a pertinência da alteração dantes imaginada.

6. Conclusões

Não se pode imaginar o estudo do processo civil apartado da realidade cotidiana. A investigação estatística do processo é condição indispensável para a análise da pertinência das reformas havidas e das que ainda se pretendam fazer.

Os números e as reflexões apresentadas têm o único objetivo de convidar os estudiosos a refletirem sobre alguns pontos objetivos da nossa experiência processual recente. Nem o próprio elaborador da pesquisa está seguro quanto à correta interpretação a ser dada aos dados colhidos e apresentados.

Seja como for, salvo melhor juízo, ousou sugerir que, no Estado de São Paulo:

²¹ A redação pretendida, inicialmente, era a seguinte: "A apelação terá somente efeito devolutivo, ressalvadas as causas relativas ao estado e à capacidade das pessoas".

a) a obrigatoriedade da audiência do art. 331 do Código de Processo Civil prejudica o rápido andamento dos feitos, pois diminuto é o número de acordos obtidos para justificar o demorado ato processual;

b) a inserção da ação monitoria no sistema, da maneira como alinhada, foi um completo fracasso para os propósitos pretendidos;

c) há manifesto subaproveitamento, por parte dos juízes, da faculdade contida no art. 277, § 1º, do Código de Processo Civil.

d) perfeita e de extrema valia para a efetividade do processo foi a informalizadora inserção da citação por carta como regra geral no sistema processual civil;

e) o índice de agravos providos no 1º TACivil/SP permite-nos começar a discutir, com mais seriedade, formas de limitação da recorribilidade das interlocutórias.

7. Bibliografia

- ARRUDA ALVIM NETTO, José Carlos de. “Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo – sua evolução ao lado do Direito Material”, *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, v. 2, nº 1, 2001, pp. 93-114.
- BARBOSA MOREIRA. “O futuro da Justiça: alguns mitos”. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, v. 2, nº 1, 2001, pp. 71-84.
- ————. “Breve notícia sobre la conciliación en el proceso civil brasileño”, *In Temas de Direito Processual Civil, 5ª série*. São Paulo: Saraiva, 1997, pp. 96-102.
- BERMUDEZ, Sérgio. *A Reforma do Código de Processo Civil*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2ª ed., tradução de Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965, v. 1, 1943.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*, 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001.
- ————. “Os institutos fundamentais do direito processual”. *In Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, v. 1, pp. 71-123.
- ————. “Aceleração dos procedimentos”. *In Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, v.2, pp. 894-906
- GRECO FILHO, Vicente. “Litigância de má-fé”, *in* Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), *Reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 577-580.

- ————. *Comentários ao Procedimento Sumário, ao Agravo e à Ação Monitória*, São Paulo: Saraiva, 1996.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. “A conciliação extrajudicial no quadro participativo”. *In Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, pp. 278-279.
- ————. “A crise do Poder Judiciário”. *In O Processo em Evolução*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1998, pp. 20-28.
- LEMBO, Cláudio. “Conciliação e tradições jurídicas”, *in* Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.), *Reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 383-390.
- MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Estudo sobre a Efetividade do Processo Civil*. 1999. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.
- MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos Especiais*. 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999.
- ————. *Processo Monitório Brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 1998.
- ————. “A sentença dos embargos ao mandado monitorio e o efeito suspensivo da apelação”, *in* Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim (coord.), *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 19-33.
- MUNHOZ SOARES, Rogério Aguiar. *Tutela Jurisdicional Diferenciada*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- NERY JÚNIOR, Nelson. “Audiência preliminar e saneamento do processo”. *In* Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), *Reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 335-345.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do Formalismo no Processo Civil*, São Paulo: Saraiva, 1997.
- TALAMINI, Eduardo. *Tutela Monitoria*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- TUCCI, Rogério Lauria. “A nova fase saneadora do processo civil brasileiro”, *in* Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.), *Reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 347-369.

O devido processo legal em sentido material

José Rodrigues Arimatéa

JUIZ DE DIREITO EM SÃO PAULO E MESTRE EM DIREITO

SUMÁRIO: 1. Antecedentes históricos. 2. O *substantive due process* e sua extensão. 3. Conclusão. 4. Bibliografia

1. Antecedentes históricos

Para uma melhor compreensão do que seja o devido processo legal, necessário se faz voltar aos seus antecedentes históricos. Por cerca de mil anos, aproximadamente do século VI a.C até o século V da Era Cristã, a cultura romana expandiu-se dominou o mundo ocidental, notadamente no campo do Direito. Com a queda do Império Romano do Ocidente (ano 476) e a simultânea invasão dos bárbaros na Europa Ocidental, uma nova ordem jurídica, fragmentada, foi instalada no velho continente, com cada fragmento assimilando, aos poucos, o desenvolvimento verificado no Direito canônico que, na estrutura do Império Romano, notadamente a partir da conversão do imperador Constantino ao cristianismo, encontrou ambiente favorável a sua disseminação e prosseguiu sua expansão na Idade Média.

O Direito Canônico, fruto da filosofia cristã, tinha o seu modelo de justiça baseado no amor divino,¹ mas, mesmo assim, não se livrou do grande

¹ KELSEN, Hans. *O Que é justiça?* Tradução de Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 13.

pesadelo da Idade Média, a obtenção de provas através das ordálias e dos juízos divinos, que não tinha, aos olhos humanos, compatibilidade entre a pregação e a prática. O avanço do racionalismo e as novas escolas filosóficas, especialmente com São Tomás de Aquino, conciliando fé e razão, levaram ao banimento das ordálias e dos juízos divinos do Direito canônico, o que ocorreu no IV Concílio de Latrão, realizado em 1215, em parte, para responder às pressões humanistas que já se faziam sentir em toda a Europa, inclusive na Inglaterra.

O declínio da ordem jurídica, social e econômica da Idade Média trouxe consigo o renascimento da cultura greco-romana, incluindo o Direito Romano que ressurgiu na Europa Continental, mas não na Inglaterra, que optou por continuar a desenvolver seu próprio sistema jurídico.

Os Estados de então, que já se inclinavam para o absolutismo, viram-se diante de uma encruzilhada, ou seja, restauravam o antigo Direito Romano, com as modificações exigidas pelo momento, já que o Direito Canônico havia produzido profundas modificações no estilo de vida e nos costumes das pessoas, ou criavam um sistema de Direito novo. Aqueles que optaram por restaurar o antigo Direito Romano, ao menos em regras e princípios, formaram um grande bloco sob sua influência jurídica, chamado de sistema romano-germânico, já que acrescentava o Direito dos bárbaros germânicos, que deram uma grande contribuição ao Direito medieval. A restauração dos princípios e métodos do Direito Romano ocorreu no interior das Universidades Européias, especialmente em Bolonha, já que era um Direito escrito, formalmente legislado, o que permitia o seu estudo acadêmico.

De outro lado, enquanto o continente restaurava o Direito Romano, a Inglaterra, pretendendo conservar suas instituições jurídicas, baseadas em regras e princípios diferentes, preferiu continuar a evolução do seu Direito. Surgiu então o sistema de Direito *common law*, baseado, de início, nos costumes locais e, posteriormente, nos costumes judiciários (jurisprudência).

Foi neste contexto, no mesmo ano da realização do IV Concílio de Latrão, que o Rei João Sem Terra se viu obrigado, em 1215, a assinar a famosa *Carta do Rei João Sem Terra*, cujos propósitos eram garantir uma forma rudimentar de processo legal aos súditos.² Tornou-se, pois, o embrião

² A Magna Carta do Rei João Sem Terra foi redigida em latim e o texto do artigo 39 dizia o seguinte: “Nullus liber homo capiatur vel imprisonetur aut disseisietur de libero tenemento suo vel libertatibus, vel liberis consuetudinibus suis, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruat, nec super eo ibimus, nec super eum mitemus, nisi

do hoje conhecido *princípio do devido processo legal*, que ingressou no constitucionalismo moderno através da 5ª e da 14ª emendas à Constituição dos Estados Unidos da América do Norte. A expressão *due process of law* foi utilizada na lei inglesa de 1354, quando reinava Eduardo III, dispondo sobre o Estatuto das Liberdades de Londres, substituindo a expressão *per legem terrae*, inserta, na redação original, na Magna Carta.

Não é demais lembrar que alguns autores encontram a origem do princípio do devido processo legal em data bem anterior ao surgimento da Carta do Rei João Sem Terra. É o caso, por exemplo, de Adhemar Ferreira Maciel,³ que viu indícios do instituto na *Antígona* de Sófocles, peça exibida em Atenas, presumidamente, no ano 441 antes da nossa era.

Retornando ao tema, nota-se que o Direito anglo-americano é baseado na evolução da sociedade inglesa, que não sofreu rupturas em seu processo histórico, ao contrário do que ocorreu com o Direito oriundo do sistema romano-germânico, que se instalou em países que apresentaram rupturas nesse processo, representadas pelas revoluções, cujo exemplo maior é a Revolução Francesa. Também o pensamento filosófico era bem diferente na Inglaterra e no Continente, pois naquela desenvolveu-se o empirismo inglês, do qual John Locke e David Hume são os nomes mais conhecidos, enquanto que, no Continente, se desenvolvia o racionalismo continental com René Descartes e Leibnitz, e, depois, o iluminismo, com Rousseau, Diderot e Voltaire.

O pensamento filosófico em voga no Continente, o racionalismo, influenciou a restauração do Direito Romano nas universidades, atribuindo-lhe caráter científico, enquanto que o pensamento filosófico dominante na Inglaterra, o empirismo, influenciou o seu Direito, razão pela qual é qualificado como empírico.

Por serem baseados em povos e culturas diferentes, cada um dos sistemas jurídicos desenvolveu características próprias, adaptando-se às novas realidades e aos novos campos sociais de aplicação. As situações novas apresentavam novos desafios aos juristas da *common law*. Assim, com a independência das colônias inglesas na América do Norte, optou-se pelo sistema jurídico

per legale iudicium parium suorum, vel per legem terrae". No vernáculo, obtém-se o seguinte texto: "Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele, senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país" (tradução nossa).

³ Revista de Processo, São Paulo, nº 85, pp. 175-180, jan./mar. 1997.

adotado na metrópole, mas o principal obstáculo logo se avultou, pois o papel do Parlamento no Direito inglês não é somente legislativo, mas sim também judiciário e com competência para decidir em última instância⁴. Era tudo o que as colônias recém-independentes não queriam, pois todas as restrições e opressões que experimentaram, no período imediatamente anterior à independência, tiveram origem no Parlamento inglês.

Por tais razões, a Constituição dos Estados Unidos da América do Norte ressaltou o papel do Poder Judiciário, sem ofuscar o Poder Executivo, mas minimizou o papel do Poder Legislativo. Não se olvide que é a experiência histórica que vai traçando os novos caminhos da *common law*. Na sua transposição para o novo país, outras questões surgiram, pois a Inglaterra é um país unitário, enquanto os Estados Unidos já surgiram na forma de uma federação, o que tornou a sua organização judiciária bastante diferenciada, com duas ordens diferentes, ou seja, a Justiça Federal e a Justiça dos Estados.⁵ A indagação inicial se referia a qual *common law* deveria ser aplicada? A Suprema Corte, porém, decidiu que não havia uma *common law* federal geral, mas sim uma única ordem jurídica que era a dos Estados,⁶ admitindo-se, em matérias específicas e sujeitas à competência federal, a *common law* federal.

Superados esses entraves, a Suprema Corte negava-se a conhecer qualquer outro aspecto do devido processo legal que não fosse aquele meramente procedimental,⁷ mas logo surgiu a necessidade da tutela de dois valores muito caros aos norte-americanos, a liberdade e a propriedade, em face das investidas legislativas e administrativas.

Aos poucos, o entendimento evoluiu, aflorando a conhecida repulsa dos

⁴ A *Supreme Court of Judicature* é o órgão de cúpula da Poder Judiciário inglês, mas está submetida ao controle da Câmara dos Lordes (DAVID, René. *O Direito Inglês*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 20).

⁵ São cerca de 29 milhões de feitos, por ano, julgados na Justiça dos Estados, com base nos precedentes judiciais.

⁶ "Salvo nas matérias regidas pela Constituição federal ou pelas leis do Congresso — declarou o juiz Brandeis, exprimindo o ponto de vista da maioria do tribunal — o direito que deve ser aplicado em todas as espécies é o direito de um Estado particular. Que o direito deste tenha sido formulado pelo seu parlamento numa lei escrita ou pelo seu Supremo Tribunal numa decisão, não interessa às autoridades federais. Não existe common law federal geral (There is no federal general common law)" (DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Tradução de Herminio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 374).

⁷ "Os primeiros julgados da Suprema Corte americana, que deram aplicação ao preceito do devido processo legal, fizeram-no, portanto, sob um enfoque estritamente processualístico (procedural due process), descartando, até mesmo por expresso, as tentativas de se emprestar a essa garantia constitucional um sentido substantivo" (CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 49).

norte-americanos aos desequilíbrios e arbitrariedades dos atos legislativos, passando o princípio do devido processo legal a ser utilizado como um valioso instrumento de controle dos atos normativos, oriundos do Poder Legislativo ou do Poder Executivo.

É como diz Nelson Nery Júnior: “o conceito de ‘devido processo’ foi se modificando no tempo, sendo que doutrina e jurisprudência alargaram o âmbito de abrangência da cláusula de sorte a permitir interpretação elástica, o mais amplamente possível, em nome dos direitos fundamentais do cidadão”.⁸ A mudança na interpretação da Suprema Corte se deu, em grande parte, pela pressão da *American Bar Association*,⁹ a partir de 1890

Entre os países que adotam o sistema jurídico *romano-germânico*, o Brasil é o primeiro país¹⁰ ocidental a garantir constitucionalmente, e de forma explícita, o devido processo legal, pois nem mesmo as Constituições da Espanha (1978) ou de Portugal (1976) garantiram o princípio em seus respectivos textos. Anote-se que as Constituições da Noruega, da Suíça, da Áustria, do México, da Venezuela, da Colômbia e do Uruguai utilizaram fórmulas que só cuidam da inafastabilidade da jurisdição e, bem por isso, não têm o mesmo alcance da fórmula esculpida na Constituição da República Federativa do Brasil.

Com a evolução do pensamento jurídico e dos costumes nos países que adotam o sistema da *common law*, o instituto experimentou desdobramentos. As principais inovações foram introduzidas pela 5ª emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, com a seguinte redação: “*Nenhuma pessoa será levada a responder por crime capital, ou de outro modo infamante, a não ser por declaração sob juramento ou acusação formal de um júri de instrução, exceto em casos surgidos nas forças terrestres ou navais, ou na milícia, quando em serviço em tempo de guerra ou de perigo público; da mesma forma, nenhuma pessoa estará sujeita, pelo mesmo crime, a correr por duas vezes perigo de vida; nem será obrigada, em nenhum caso criminal, a depor contra si mesma, nem será privada da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal; nem a propriedade privada será desapropriada para uso público sem justa indenização*”

⁸ *Ibid*, p. 35.

⁹ Equivalente norte-americana da Ordem dos Advogados do Brasil. Ver PARENTI, Michael. *Democracy for the Few*. 4ª ed., New York: St. Martin's Press, 1983, p. 308.

¹⁰ A Constituição da Índia, no artigo 21, diz o seguinte: “Ninguém pode ser privado da vida e da liberdade a não ser de harmonia com o processo estabelecido pela lei”.

(tradução nossa). Note-se que, na origem, embora menos elaborado, o instituto do devido processo legal era mais abrangente no campo patrimonial, pois falava em bens, e não somente em propriedade, mas, no campo da proteção das liberdades públicas, houve inovações, de forma a permitir o controle do ato administrativo ou legislativo que viesse a privar a pessoa da vida, da liberdade ou da propriedade.

O controle judicial do mérito do ato legislativo ou do ato administrativo não é estranho à nossa doutrina, pois o grande Ruy Barbosa, ao comentar a Constituição de 1891, na parte da proteção ao direito de propriedade, e inspirando-se na doutrina norte-americana, já dizia: *“as leis da Republica imitam as da monarchia em baldar ou cercear esse elemento da garantia constitucional, subtrahindo a apreciação da utilidade ou necessidade publica, nos requisitos que determinam a existencia desta condição constitucional, ao conhecimento dos tribunaes, assim como se negarem aos prejudicados a defesa judiciaria, nos casos em que a indemnização não preceder a transferencia da propriedade, esses actos do legislador são nullos: subsistindo sempre contra elles o apello á função que este regimen attribuiu á justiça de corrigir, nas especies occorrentes, o vicio da inconstitucionalidade nos actos legislativos. Sob o systema do Estado juridico, em que se moldaram as nossas instituições, todo o direito precisamente definido numa lei, ordinaria ou constitucional, qualquer que seja a natureza do direito assim assegurado, tem o seu amparo inviolável contra os attentados do Poder Administrativo ou Legislativo, nas acções judiciaes. ‘Ubi jus ibi remedium’. Se a disposição infringida é uma disposição constitucional, a reparação devida está no exercicio da competência reconhecida á justiça, de comparar a lei com a Constituição, para obedecer á Constituição, negando obediencia á lei que a contraria”*.¹¹ Por longo período, a nossa doutrina, influenciada pelos juristas franceses, deixou de lado a aplicação material do devido processo legal, cuja construção ergueu-se na cultura anglo-americana, retornando ao tema após a promulgação da atual Constituição da República Federativa do Brasil, em 5 de outubro de 1988, desta feita para alargar o campo de incidência do consagrado princípio.

O fato de termos abandonado o estudo do aspecto material do devido processo legal não é sem razão, pois, se o constitucionalismo brasileiro é inspirado no constitucionalismo norte-americano, o mesmo já não acontece

¹¹ BARBOSA, Ruy. *Comentários á Constituição Federal brasileira*. São Paulo: Saraiva, v. 5, 1934, pp. 417-418.

com a estrutura jurídica infraconstitucional, que é toda baseada na Europa Continental.

No que diz respeito ao mérito do ato legislativo, o Poder Judiciário examina-o com frequência, na forma concentrada ou difusa, para certificar-se da sua conformidade com a Constituição da República, mas afasta-se do exame da sua razoabilidade, deixando, com isso, de examinar a sua legitimidade, o que vem, aos poucos, se modificando.

2. O *substantive due process* e sua extensão

O devido processo legal, no aspecto procedimental, tem sido definido como “o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição”.¹² Num campo de interpretação mais abrangente, Ada Pellegrini Grinover já observou que “a cada dia que passa, acentua-se a ligação Constituição e processo, pelo estudo dos institutos processuais, não mais colhidos na esfera fechada do direito processual, mas no sistema unitário do ordenamento jurídico...”.¹³ É no sentido da unidade do ordenamento jurídico que se justifica a análise do aspecto substancial do devido processo legal.

Outrossim, como leciona Nelson Nery Júnior, “a cláusula *due process of law* não indica somente a tutela processual, como à primeira vista pode parecer ao intérprete menos avisado. Tem sentido genérico, como já vimos, e sua caracterização se dá de forma bipartida, pois há o *substantive due process* e o *procedural due process*, para indicar a incidência do princípio em seu aspecto substancial, vale dizer, atuando no que respeita ao direito material, e, de outro lado, a tutela daqueles direitos por meio do processo judicial ou administrativo”. Em outras palavras, o princípio tem amplo espectro de incidência.

Nota-se que a Constituição da República Federativa do Brasil, no artigo 5º, inciso LIV, dispõe que: *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*. Não fala o dispositivo constitucional em processo judicial, mas sim no gênero processo, do qual o processo judicial é espécie.

¹² GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Teoria Geral do Processo*. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 1993, p. 75.

¹³ Id. *Novas Tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 15.

Por isso, o devido processo legal comporta espécies e essas se ajustam às funções representativas da soberania estatal.

De fato, há um devido processo legal a ser observado pelo Poder Executivo (Administração Pública), que deverá adotá-lo toda vez que pretender praticar um ato que implique privação da liberdade de alguém, de seus bens ou punição de qualquer administrado ou funcionário. O Poder Executivo não pratica, em regra, atos que privem alguém da liberdade, pois esse é ato jurisdicional, mas pode praticar atos que impliquem a privação de bens, como é o caso da desapropriação, ou punição de qualquer administrado. Há um devido processo legal a ser observado pelo Poder Judiciário, seja no exercício da função jurisdicional do Estado (processo judicial), seja no exercício da sua autonomia administrativa, financeira e orçamentária (processo administrativo). Da mesma forma, há um devido processo legal a ser observado pelo Poder Legislativo no exercício da sua atividade típica de legislar (processo legislativo), no exercício da sua atividade atípica de julgar (processo nos crimes de responsabilidade contra o Presidente da República) e no exercício da sua autonomia administrativa, financeira e orçamentária (processo administrativo).

A conclusão que logo se apresenta é imperativa, ou seja, o devido processo legal é indispensável em qualquer ato do Poder Público que venha a implicar privação de liberdade individual, de qualquer bem da pessoa ou punição administrativa, mas não é só no aspecto procedimental e sim, também, no aspecto substancial. No Poder Legislativo, a aplicação do devido processo legal é ainda mais ampla, pois a produção de qualquer norma deve obedecer ao devido processo legislativo, e não somente aquelas que tratem da privação da liberdade ou dos bens das pessoas.

A observância do devido processo legal, quando puder resultar em punição ao administrado, é necessária para permitir o exercício da ampla defesa.

Tratando-se de atos praticados pelo Poder Executivo, que impliquem privação de liberdade (que são só as prisões em flagrante delito, mas sujeitas ao controle jurisdicional, e as prisões disciplinares dos militares, estas não sujeitas a controle jurisdicional *a priori*) ou dos bens da pessoa, é indispensável, repita-se, a observância do devido processo legal. Não é só o procedimento, mas também a legalidade do objeto perseguido pelo Estado. De nada adianta a licitude do procedimento, se a pretensão estatal for ilícita. Neste caso, o devido processo legal adquire nítida conotação material,

confundindo-se com o princípio da legalidade, chamado, no sistema da *common law*, por *substantive due process*.

Releva notar que a coincidência entre o aspecto substantivo do devido processo legal (*substantive due process*) e o princípio da legalidade, cerne do Estado Democrático de Direito, deve-se à aproximação contemporânea entre os sistemas jurídicos *romano-germânicos* e os sistemas jurídicos da *common law*. É a mesma solução, embora essa última seja mais ampla, que se obtém partindo de pontos diferentes, utilizando-se de métodos investigativos distintos, aplicados em culturas diversas. A aproximação tende a ser maior com a globalização econômica, em que se pretende um só mercado e, para regê-lo, uma só ordem jurídica.

O princípio da legalidade, tradicionalmente empregado nos países que adotam o sistema jurídico *romano-germânico*, parte da necessidade de controle judicial sobre os atos do Poder Público, notadamente do Poder Executivo (Administração Pública) e a melhor forma de fazê-lo é através do Direito positivo, alçando a lei, em sentido formal, à posição de principal (não a única) fonte do Direito.

De outro lado, o *substantive due process*, dos sistemas jurídicos da *common law*, é mais amplo, pois se baseia no costume jurídico, cuja delimitação é mais difícil justamente por não ser positivado, mas também surgiu nesse sistema a necessidade de estabelecer um controle sobre os atos do Estado, e não só da Administração Pública, quando atingissem a liberdade e os bens das pessoas. A principal fonte do Direito, nos sistemas da família *common law*, é o costume judiciário e o mais importante instrumento de fixação desse costume é o processo e é nele que se exerce o controle dos atos do Estado. Como o costume é mais amplo que a lei, é natural que a incidência do devido processo legal atinja maior espectro, entrando no campo material.

É importante notar que o devido processo legal tem incidência, nos sistemas *romano-germânicos*, nos ramos do direito público, pois, ao tutelar a liberdade, tem aplicação no campo do direito penal e processual penal e, ao tutelar os bens da pessoa, tem aplicação no direito administrativo, no direito tributário e no direito processual civil. Já, nos sistemas da *common law*, a sua aplicação é em todo o Direito, pois não há, aos olhos dos juristas anglo-americanos, a nítida diferença entre o direito público e o direito privado, no plano teórico, embora admitam a existência de atos de império praticados pelo Estado. No processo, o Estado não tem a supremacia sobre o particular,

litigando em igualdade de condições. É lógico, pois, que o devido processo legal seja mais amplo que o princípio da legalidade, pois, através dele, o Estado sofre maiores limitações.

O devido processo legal é uma forma de proteção da pessoa contra eventuais ações arbitrárias do Estado, como também o é o princípio da legalidade. É, por isso, um direito individual e, nessa qualidade, é consagrado pela atual Constituição da República Federativa do Brasil. Aliás, nas palavras de Augustin Gordillo,¹⁴ a legalidade, e ao nosso ver também o devido processo legal, é uma verdadeira vala impedindo a incursão do Estado contra os direitos individuais. A legalidade, alçada entre nós à condição de princípio a ser observado pela Administração Pública (art. 37, *caput*, da CF), nada mais é que uma proteção do indivíduo contra o Estado,¹⁵ até porque ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, inciso II, da CF).

O *princípio da legalidade* e o *princípio do devido processo legal* não são conflitantes; ao contrário, são princípios que se implicam mutuamente. Aliás, *“para evitar o excesso de obediência a um princípio que destrói o outro, e termina aniquilando os dois, deve-se lançar mão daquele que, por isso mesmo, há de ser considerado o ‘princípio dos princípios’: o princípio da proporcionalidade”*.¹⁶ O princípio da proporcionalidade, nas palavras de Roberto Rosas, *“... também conhecido como princípio da proibição do excesso, pode ser entendido como princípio do Estado de Direito, ou direito fundamental, que vai desdobrar-se em vários aspectos ou até requisitos. A solução adotada para a efetivação do ato ou medida deve ser adequada a seu fim ou fins...”*.¹⁷ O que exige o devido processo legal, em seu aspecto substancial, nada mais é que a observância da lei procedimental e a razoabilidade e proporcionalidade da lei material. Aliás, entre nós, novos estudos despertam a atenção para a exigência da

¹⁴ GORDILLO, Augustin. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Macchi, 1991, p. XII-1/30. v. 2.

¹⁵ *“O devido processo legal se manifesta em todos os campos do direito, em seu aspecto substancial. No direito administrativo, por exemplo, o princípio da legalidade nada mais é do que manifestação da cláusula substantive due process. Os administrativistas identificam o fenômeno do due process, muito embora sob outra roupagem, ora denominando o de garantia da legalidade e dos administrados, ora vendo nele o postulado da legalidade. Já se identificou a garantia dos cidadãos contra os abusos do poder governamental, notadamente pelo exercício do poder de polícia, como sendo manifestação do devido processo legal”* (NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, pp. 35/36).

¹⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2ª ed. rev. amp., São Paulo: Celso Bastos, 2001, p. 56.

¹⁷ *“Devido processo legal: proporcionalidade e razoabilidade”*, *Revista dos tribunais*, São Paulo, v. 783, pp. 11-16, jan. 2001.

razoabilidade das leis: “...*toda lei que não seja razoável, que contrarie a noção de justo enquanto ‘lei da terra’, estará contrariando o devido processo legal substantivo e não poderá permanecer no ordenamento jurídico, devendo sofrer o controle pelo Poder Judiciário*”.¹⁸

No Direito norte-americano, há outros exemplos de incidência do *substantive due process*, o que nos dá a dimensão do alcance do preceito: a) a liberdade de contratar, consubstanciada na “*cláusula de contrato*”, afirmada no caso *Fletcher versus Peck* (1810), em voto do juiz Marshall, da Suprema Corte; b) a garantia do direito adquirido (*vested rights doctrine*); c) a proibição de retroatividade da lei penal; d) a garantia do comércio exterior e interestadual (*commerce clause*), fiscalizados e regradados exclusivamente pela União (art. 22, inciso VIII, CF; art. 1º, Seção 8ª, inciso III, da Constituição norte americana); e) os princípios tributários da anualidade, legalidade, da incidência única (*non bis in idem*); f) a proibição de preconceito racial; g) a garantia dos direitos fundamentais do cidadão.

A legalidade razoável ou o devido processo legal no seu aspecto substancial não é de observância obrigatória apenas para o Poder Executivo, enquanto Administração Pública, mas também para o Poder Legislativo, pois este deve observar a forma exigida pelo processo legislativo (procedimento) e ainda a aptidão de determinada matéria para ser objeto de lei (razoabilidade). Matérias há que não podem ser objeto de lei, seja por impossibilidade física ou por impossibilidade jurídica. Não pode o legislador, por impossibilidade física, transformar, por lei, todos os homens em mulheres, assim como não pode, por impossibilidade jurídica, abolir, por lei, a forma federativa de Estado, haja vista que esta matéria não pode ser objeto nem mesmo de emenda constitucional (art. 60, § 4º, inciso I, da CF). Não basta, pois, a lei em sentido formal, pois essa pode se transformar num instrumento totalitário e ditatorial. É necessária a lei em sentido material ou, melhor dizendo, aquela que tem legitimidade constitucional, é razoável e proporcional ao interesse público que pretende satisfazer.

Nessa linha de raciocínio, não pode o Presidente da República editar uma medida provisória, disciplinando o procedimento a ser observado no processo de desapropriação, pois a medida provisória, como é cediço, embora

¹⁸ OLIVEIRA, Cybele. “Devido processo legal”. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 32, pp. 176-192, jul./set. 2000.

relacionada no artigo 59, inciso V, da Constituição da República, como parte do processo legislativo, não é editada ao final de um processo legislativo e viola, por isso, o princípio do devido processo legal.

Para a privação da propriedade de alguém, e a desapropriação é a forma mais contundente de supressão da propriedade privada, é necessária a lei no sentido formal, ou seja, com a precedência do devido processo legal legislativo, e no sentido material, ou seja, nas hipóteses admitidas pelo artigo 5º, inciso XXIV, da Constituição da República Federativa do Brasil. Em outras palavras, é matéria que está submetida a reserva de lei no sentido estrito.

Ainda por este ângulo de análise, o *substantive due process* é uma limitação material à atuação legislativa do Estado, pois a lei terá de ser, necessariamente, razoável. Não se pode olvidar que a atividade legislativa é uma classificação jurídica de fatos, pessoas e bens, segundo critérios razoáveis, para o fim de lhes atribuir determinado efeito. Essa classificação deve ser feita com a observância de critérios previstos na Constituição, especialmente os princípios da igualdade, da razoabilidade e da proporcionalidade.

Bem por isso, a doutrina tem dito que, diante dessa “*forçosa contingência do legislador, a moderna teoria constitucional tende a exigir que as diferenciações normativas sejam razoáveis e racionais. Isso quer dizer que a norma classificatória não deve ser arbitrária, implausível ou caprichosa, devendo, ao revés, operar como meio idôneo, hábil e necessário ao atingimento de finalidades constitucionalmente válidas. Para tanto, há de existir uma indispensável relação de congruência entre a classificação em si e o fim a que se destina. Se tal relação de identidade entre meio e fim — means-end relationship, segundo a nomenclatura norteamericana — da norma classificatória não se fizer presente, de modo que a distinção jurídica resulte leviana e injustificada, padecerá ela do vício da arbitrariedade, consistente na falta de ‘razoabilidade’ e de ‘racionalidade’...*”¹⁹ A lei não pode, pois, contrariar a razão.²⁰ Por isso, sem justificativa razoável, não pode a lei retirar do particular o direito de propriedade ou retirar-lhe a liberdade, sob pena de contrariar o devido processo legal no seu aspecto substancial.

¹⁹ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, pp. 156-157.

²⁰ “Se não estiver o Estado curvado à *rule of law*, tal seja, à lei a que o poder estatal deve se submeter, sequer poderíamos cogitar na existência de um Estado Democrático de Direito” (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. “Estado de direito e devido processo legal”. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 209, pp. 7-18, jul./set. 1997.

Entre nós, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 1.148-8/AM, relatada pelo ministro Celso de Mello, apreciando a constitucionalidade do artigo 9º, § 2º, da Lei Estadual nº 1.879/89, do Estado do Amazonas, decidiu que: *“A essência do substantive due process of law reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou, como no caso, destituída do necessário coeficiente de razoabilidade. Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, de que não dispõe de competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal”*. Se o legislador, na sua atividade típica, encontra limites no devido processo legal, por maior razão também encontra o Poder Executivo, na sua atividade atípica de legislar por meio da medida provisória.

Por uma questão de lógica jurídica, se a lei não pode privar a pessoa desses direitos (a liberdade e a propriedade), sem uma justificativa aprovada pela razão, a medida provisória não poderia, sequer, disciplinar a matéria, pois não observa um devido processo legislativo.

Enfim, o devido processo legal não se refere somente ao procedimento processual, mas também à matéria objeto do processo, seja ele judicial, administrativo ou legislativo.

3. Conclusão

O devido processo legal, no seu aspecto procedimental, já vinha sendo adotado entre nós desde longa data, mas, com a Constituição Republicana de 1988, abriu-se novo campo para o estudo do instituto. Não houve ainda um despertar da doutrina sobre o aspecto material do devido processo legal, apresentando-se como um desafio aos estudiosos do processo e do direito constitucional.

Os juristas afetos ao Direito comparado terão uma longa jornada intelectual até traçar os contornos exatos da aplicação do instituto em países com culturas jurídicas diversas. Entre nós, a adaptação não é das mais fáceis no campo material, haja vista que o nosso sistema jurídico infraconstitucional é todo baseado no sistema *romano-germânico*, enquanto o devido processo

legal é oriundo dos sistemas da *common law*, mas não se pode negar a influência da cultura jurídica norte-americana sobre o ordenamento jurídico nacional. Aliás, o exemplo dessa influência é o Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1898, que, no artigo 1º, criou o Supremo Tribunal Federal e a Justiça Federal e, no artigo 386, determinou que “*os casos de common law e equity*” fossem fontes do direito processual no âmbito da Justiça Federal.

À primeira vista, o princípio parece ser apenas procedimental e suporte para o exercício de outras garantias processuais, como o contraditório e a ampla defesa, mas a velocidade e a facilidade de comunicação, proporcionada pelo mundo pós-moderno, trouxe a lume a outra face do prestigioso princípio, que se encontrava domesticada no Direito norte-americano, qual seja, a sua vertente material, que garante a legalidade do processo legislativo e a razoabilidade da lei material. É, bem por isso, uma garantia do particular contra leis não razoáveis e ilegítimas, que apenas observam o aspecto procedimental do processo legislativo.

É, pelo mesmo fundamento, também uma garantia contra atos administrativos não razoáveis, pois, se a lei é razoável e proporcional, estando o ato administrativo na sua conformidade, necessariamente será ele um ato razoável e proporcional.

4. Bibliografia

- ANDREOLI, Virgílio. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Eugènio Jovene, 1961.
- ANGELOTTI, Dante. *Teoria General del Processo*. Roma: Forense, 1951.
- CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: DePalma, 1945.
- CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- BLOMEYER, Arwed. *Zivilprozessrecht*. Berlim: Springermanns, 1963.
- BRUNS, Rudolf. *Zivilprozessrecht*. Muenchen: Franz Vahlen, 1979.
- BUENO, José Antonio Pimenta. *Apontamentos sobre as Formalidades do Processo Civil*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1911.
- DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- ————. *O Direito Inglês*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. São Paulo: RT, 1987.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. “Estado de direito e devido processo legal”. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 209, pp. 7-18, jul./set. 1997.
- GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 3ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- GONÇALVES, João Batista. *O Devido Processo Legal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: USP, 240 p. Tese de doutoramento (Direito do Estado), Faculdade de Direito da USP, 1999.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Teoria Geral do Processo*. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 1993.
- ————. *Novas Tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2ª ed. rev. amp., São Paulo: Celso Bastos, 2001.
- ————. *Teoria Processual da Constituição*. São Paulo: Celso Bastos, 2000.
- KRISTOL, Irving et al. *A Ordem Constitucional Americana*. Tradução de José Lívio Dantas. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.
- LEITÃO, Helder Martins. *Dos Princípios Básicos em Processo Civil*. 2ª ed., Porto: Almeida & Leitão, 1998.
- MACIEL, Adhemar Ferreira. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 85, pp. 175-180, jan./mar. 1997.
- MIRANDA, Jorge. *Constituições de Diversos Países*. 3ª ed., Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1987.
- MONTEIRO AROCA, Juan. *Estudios de Derecho Procesal*. Barcelona: Bosch, 1981.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 5ª ed., São Paulo: RT, 1999.
- OLIVEIRA, Cybele. “Devido processo legal”. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 32, pp. 176-192, jul./set. 2000.
- PARENTI, Michael. *Democracy for the Few*. 4ª ed., New York: St. Martin's Press, 1983.
- ROSA, Elizer. “Meditações sobre alguns conceitos fundamentais do processo civil”. *Separata da Revista Jurídica*, nº 92, jan./mar. 1966.
- ROSAS, Roberto. Devido processo legal: proporcionalidade e razoabilidade, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 783, pp. 11-16, jan. 2001.
- SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: Introdução ao Direito dos EUA*. São Paulo: RT, 1999.

Particularidades dos crimes ambientais

Cláudio do Prado Amaral

JUIZ DE DIREITO NO ESTADO DE SÃO PAULO

SUMÁRIO: 1. Justificativa. 2. A evolução da questão ambiental. 3. Política e Direito. 4. A autonomia do Direito Ambiental e Ecologia Jurídica. 5. Os princípios do Direito Ambiental. 6. Princípios de Direito Ambiental e Direito Penal. 7. Bibliografia

1. Justificativa

O presente trabalho visa estabelecer uma linha de raciocínio que permita a admissão de alguns recursos penais largamente utilizados pela Lei nº 9.605/98, usualmente criticados pela doutrina penal clássica, mas que, todavia, têm se mostrado suficientes no campo do Direito Penal Ambiental.

Trata-se de institutos penais que ampliam temporalmente a proteção ao bem jurídico, como é o caso dos crimes de perigo abstrato — onde a tutela do bem jurídico é antecipada — ou que oferecem uma nova visão do princípio da culpabilidade, tal qual ocorre com a reprovação penal da pessoa jurídica.

Sustenta-se aqui que tais institutos passam por críticas diversas, porque ainda novos para os fins aos quais se propõem, esquecendo-se que sua dimensão pragmática é suficiente para a tutela de bens jurídicos difusos, especialmente no que é respectivo à proteção ambiental.

O desenvolvimento tecnológico acelerado, o crescimento dos níveis de especialização do trabalho, o aumento vertiginoso do consumo e da consequente produção de poluição, dentre outros, representam fatores que impulsionam, de maneira assustadora, o aumento das formas de agressão ao meio ambiente. Para que as normas possam dar tutela penal adequada, é preciso desviar-se do caminho tradicional, já notavelmente questionado.¹

Por motivos que dizem com a controvérsia da matéria, deixo de referir aqui a utilidade, capacidade e aptidão que a teoria da imputação objetiva pode trazer para a questão. O presente texto limita-se a fornecer subsídios para a aceitação de que as figuras penais comumente criticadas pela doutrina possam ser aceitas no campo do Direito Penal Ambiental, por suas características que se projetam na *práxis*.

Em verdade, nessa tarefa, este estudo recai principalmente sobre as bases em que se funda o discurso do direito a um meio ambiente sadio. Este trabalho centra-se, assim, menos nas figuras penais propriamente ditas. Reputo ser este o caminho mais seguro para alcançar o resultado pretendido.

2. A evolução da questão ambiental

Apesar de antigo o fenômeno da agressão ao meio ambiente, o mesmo vinha sendo tolerado como algo ainda não preocupante e necessário ao desenvolvimento. Somente após a Segunda Guerra, criou-se a consciência social sobre a questão.

Sensibilizaram muito a opinião pública os desastres ecológicos provocados pelas freqüentes marés negras, fenômeno iniciado em 1967, com o naufrágio do petroleiro Torrey-Canyon, e, posteriormente, pelo Amoco Cadiz, em 1978, ocorrendo mais tarde o do Exxon Valdez, em 1985.

Os desastres ecológicos de repercussão internacional levaram a Convenção de Bruxelas a estabelecer o princípio da responsabilidade objetiva dos proprietários desses navios pelos danos causados ao meio ambiente.

¹ Borges, Roxana Cardoso Brasileiro, "Direito ambiental e Teoria Jurídica no Final do Século XX", in *O Novo em Direito Ambiental*, Belo Horizonte: Del Rey, 1998, coordenação Varela, Marcelo Dias & Borges, Roxana Cardoso, p. 30.

Numerosas declarações consagraram em nível internacional o reconhecimento do direito do homem a um meio ambiente sadio. A mais famosa e também reconhecida como impulsionadora do movimento normatizador sobre a questão ecológica foi a Convenção de Estocolmo.

A Conferência das Nações Unidas para o meio ambiente, realizada em Estocolmo, em junho de 1972, deu origem à Declaração sobre o Meio Ambiente com 26 princípios e fez nascer o que se convencionou chamar de “espírito de Estocolmo”.

A Declaração de Estocolmo está para o meio ambiente assim como a Declaração dos Direitos do Homem está para a dignidade humana.

A partir dessa declaração, passa a haver aceitação dos princípios pelas nações em geral, iniciando-se constante evolução sobre a questão ambiental, mediante a assinatura de acordos, protocolos, bem como convenções para a proteção internacional do meio ambiente.²

O seguinte encontro mundial de relevo ocorreu em terras brasileiras. De 3 a 14 de junho de 1992, no Rio de Janeiro, deu-se a ECO-92, em que foi discutido e tratado o problema do equilíbrio entre o meio ambiente e o desenvolvimento, além de outros aspectos respectivos às questões ambientais.

Resultaram dessa conferência duas convenções que obrigaram as partes a promover mudanças destinadas a assegurar menor trauma sobre o clima e a biodiversidade planetária: a Carta da Terra e das Florestas e a Agenda 21.

Todavia, dentre as duas cima referidas, foi a Agenda 21 a principal declaração que resultou da ECO-92, cuja conferência está entre os mais expressivos atos da ONU de todos os tempos.

A Agenda 21 é considerada a mais consistente proposta para assegurar o desenvolvimento sustentável. É um planejamento do futuro, com ações de curto, médio e longo prazos. Expõe um roteiro de ações concretas, com metas recursos e responsabilidades definidas, o que somente poderá ser alcançado através de um processo participativo e consensual. O objetivo fundamental da Agenda 21 é assegurar o desenvolvimento sustentável, que se traduz num modelo de desenvolvimento que satisfaça as necessidades presentes, sem prejuízo da qualidade de vida.³ Por vezes denominado “ecodesenvolvimento” ou

² Lanfredi, Geraldo Ferreira. *Política Ambiental - Busca de Efetividade de seus Instrumentos*, São Paulo: RT, 2002, p. 71.

³ Lanfredi, Geraldo Ferreira. *Op.cit.*, p. 72.

“desenvolvimento durável”, o escopo é obter o desenvolvimento sem destruição do meio ambiente, ao mesmo tempo em que se o faz com justiça social. Isso nada mais é do que o desenvolvimento capaz de garantir a qualidade de vida.

Diante do desenvolvimento crescente da preocupação com a questão ambiental — desde o tempo passado de aceitação da degradação do meio ambiente até o presente momento, em que busca francamente o estabelecimento e a aplicação de políticas ambientais (com a conseqüente instrumentalização dessas políticas através da normatização) — é correto afirmar que se desnuda todo um mundo novo de atuação para o Direito, onde esse não pode ser mera peça coadjuvante simbólica para que sejam alcançados tais objetivos, devendo ser instrumento efetivo à serviço da proteção ambiental para o desenvolvimento sustentável.

3. Política e Direito

Portanto, é preciso fazer referência pontual, ainda que breve, às relações que se estabelecem entre política e Direito, isto é, se o Direito serve de instrumento à política, ou se, ao invés, é esta que se condicionará conforme as leis promulgadas.

A questão resolve-se na lição de Goffredo Silva Telles⁴: “*A consecução de um objeto — de um fim de determinado — é a razão de ser da ordem. É evidente que a determinação desse fim há de ser anterior à disposição efetiva dos seres múltiplos*”. Ora, determinar um fim pressupõe o conhecimento desse fim. Logo, antes da implantação de uma ordem, antes de qualquer disposição de seres, existe, forçosamente, a *idéia* ou o *conhecimento do fim* — do objeto —, cuja realização é o propósito da disposição dos seres e da ordem (...). O conhecimento do fim *precede* a ordem, porque a disposição dos seres é feita em razão dele. Em razão desse conhecimento é que a disposição dos meios é efetuada como convém.

Daí, resulta claro que o Direito serve como instrumento à política.⁵

Essa assertiva é hábil a conferir contornos específicos à política que é

⁴ Junior, Goffredo Silva Telles. *Iniciação na Ciência do Direito*, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 05.

⁵ Mais precisamente, com referência à questão ecológica, confira-se José Luis Serrano Moreno, in Moreno, José Luis Serrano. *Ecología y Derecho - 1. Principios de Derecho Ambiental y Ecología Jurídica*, Granada: Comares, 1992, p. 60 (nº 8. *Decisión Política: La Subordinación del Sistema Jurídico*).

realizada no Estado Democrático de Direito, pois as normas que servem à política objetivada pelo Estado encontram seu limite na dignidade da pessoa humana, aspiração máxima da sociedade. A dignidade da pessoa humana é dimensão antropocêntrica do Estado Democrático de Direito escolhido e veio expressamente consagrada como princípio fundamental republicano e federativo entre nós.⁶

Na medida em que se necessita do desenvolvimento para a satisfação das necessidades humanas, e, ao mesmo tempo, é exigida a preservação ambiental, delinea-se uma certa política em que o Estado busca assegurar a existência da sociedade, na qual o desenvolvimento sustentável está entre as metas fundamentais, ou seja: é política do Estado Democrático de Direito o respeito ao ser humano e às suas necessidades, bem como, concomitantemente, o resguardo do meio ambiente. As normas devem ser editadas e aplicadas em conformidade com esse enunciado.

O conjunto de normas destinado a auxiliar na efetivação desse fim deve ser construído de forma que lhe permita sucesso, para que não passe de uma qualquer moldura jurídica sem sustentação utilitarista.

4. A autonomia do Direito Ambiental e Ecologia Jurídica

Uma vez compreendido que o Direito serve de instrumento à aplicação e efetivação de uma determinada política ambiental, cumpre reconhecer a autonomia do Direito Ambiental como uma categoria dentro das ciências jurídicas, dotada de princípios próprios, uma vez que, de outra forma, dificilmente se obteria a proteção eficaz pretendida sobre o meio ambiente. Ainda há quem pretenda ver o Direito Ambiental como um ramo do Direito Administrativo.⁷ Todavia, o desenvolvimento da questão ambiental demanda outra postura.

Conforme Serrano Moreno,⁸ uma vez realizada a pressão dos agentes sociais (que tenham percebido a questão ecológica) sobre uma instância

⁶ Raúl Cervini, "Incidencia de las 'Mass Media' en la Expansión del Control Penal en Latinoamérica", *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 05/37.

⁷ Ramón, Fernando López. "El Derecho Ambiental como Derecho de la Función Pública de Protección de los Recursos Naturales", in *La Protección Jurídica del Medio Ambiente*, Pamplona: Aranzadi Ed., 1997, p. 117.

⁸ Moreno, José Luis Serrano. *Ecología y Derecho - 1. Principios de Derecho Ambiental y Ecología Jurídica*, Granada: Comares, 1992, p. 51.

político-administrativa, esta adotará uma de duas posições: aceitar o *input* e transformar o problema ecológico-social em problema político; ou rechaçá-lo.

O atuar político conforme a pressão dependerá fundamentalmente do grau de legitimidade do *input*. Assim, nem toda pressão social por um agir político no campo ambiental é legítimo. A legitimidade é a “*qualidade em virtude da qual uma ordem política merece reconhecimento*” (Habermas).

Para que o Direito Ambiental seja reconhecido ou não como disciplina autônoma haverá, pois, dependência com relação à legitimidade da pressão social que seja capaz, por sua qualidade, de desmontar uma visão “*mecanicista, atomista, analítica e unidimensional do Direito, própria de um positivismo jurídico mal entendido, que entende o ordenamento jurídico como um todo indivisível composto por unidades jurídicas chamadas normas*”.⁹ Ora, diante da sociedade contemporânea, o ordenamento jurídico não é mais visto como um “todo”, mas como um sistema complexo, e, portanto, não é composto de partes, mas de elementos que se relacionam entre si. A modernidade jurídica não é a soma de partes que totalizam uma unidade, mas uma composição de normas elementares inter-relacionadas. A metáfora do relógio não se presta mais a essa modernidade. O ordenamento jurídico moderno não é um relógio que pode ser desmontado em peças e remontado. O paradigma ecológico sabe bem que para sistemas complexos — mesmo que a complexidade seja relativamente pequena — aquelas velhas teorias não servem mais.

A novidade do Direito Ambiental advém da necessidade histórica de se enfrentar a crise ecológica também no campo jurídico. Pode-se dizer — como dizem aqueles que negam a autonomia do Direito Ambiental — que há uma penetração do tema ambiental em outros “ramos” do Direito. Todavia, é mais preciso afirmar que o que existe é uma certa leitura ambiental clara a partir de diversos setores jurídicos. Afirma-se, assim, que a questão ambiental interessa aos constitucionalistas, aos administrativistas, aos civilistas, aos penalistas, entre tantos. Não há uma disputa entre esses “direitos” sobre a quem pertence o Direito Ambiental, porque, a partir do que interessa a eles, se pode extrair um contorno normativo específico. Isto é, “*o Direito Ambiental lê certas normas jurídicas que estão compreendidas no campo de estudo de outras disciplinas sob um prisma ambientalista e para formar outros tipos de*

⁹ Moreno, José Luis Serrano. “Concepto, Formación y Autonomía del Derecho Ambiental”, in *O Novo em Direito Ambiental*, Belo Horizonte: Del Rey, 1998, coordenação Varella, Marcelo Dias & Borges, Roxana Cardoso, p. 46.

juízos".¹⁰ Por isso, a questão da autonomia do Direito Ambiental também implica uma metodologia própria de conhecimento.¹¹

Daí é possível falar não só da necessidade de um Direito Ambiental dotado de autonomia, mas também da necessidade de uma *ecologia jurídica*, à qual é possível conferir a legitimação esperada.

Com isso, o desenvolvimento do tema não se detém numa questão meramente didática. Não se atém à pretensão de reconhecer um objeto bem delimitado da realidade (o meio ambiente), nem à singularidade da reação jurídica (proteção do meio ambiente).

O que se objetiva com esse reconhecimento é a afirmação de que ao Direito Ambiental é conferida uma especialidade jurídica impregnada de autonomia conceitual plena, de que decorrem conseqüências para a aplicação desse direito através de um sistema de fontes próprias, do qual se permitem deduzir princípios gerais exclusivos. Ainda que, com relação ao sistema de fontes, o Direito Ambiental careça de especialização, tal situação é balanceada pelo fato de que os princípios gerais de Direito Ambiental encerram indubitável originalidade e transcendência, fato que é reconhecido mesmo por quem lhe nega autonomia plena.¹²

Ora, princípios são normas. É bem verdade, normas gerais e genéricas, que em relação às regras carecem de maior concreção. Todavia, não se pode olvidar: princípios são normas (repiso para firmar). Por serem os princípios normas, conseqüentemente são dotados de eficácia.¹³ E como tais ganharão concreção conforme o caso concreto.

Assim, desde que examinados os princípios que informam o Direito Ambiental, será possível aceitar a conclusão final.

¹⁰ Moreno, José Luis Serrano. "Concepto, Formación y Autonomía del Derecho Ambiental", in *O Novo em Direito Ambiental*, Belo Horizonte: Del Rey, 1998, coordenação Varella, Marcelo Dias & Borges, Roxana Cardoso, p. 47.

¹¹ Moreno, José Luis Serrano. *Ecología y Derecho, 1. Principios de Derecho Ambiental y Ecología Jurídica*, 2ª ed., Granada: Comares, 1992, p. 37.

¹² Ramón, Fernando López. "El Derecho Ambiental como Derecho de la Función Pública de Protección de los Recursos Naturales", in *La Protección Jurídica del Medio Ambiente*, Pamplona: Aranzadi Ed., 1997, p. 120.

¹³ Norberto Bobbio, *Teoria Generale del Diritto, Teoria dell'Ordinamento Giuridico (Parte Seconda)*, 2ª ed., G. Giappichelli, Turim, 1993, p. 271: "I principi generali non sono, a mio vedere, che norme fondamentali o generalissime del sistema, le norme più generali. Il nome di principi trae in inganno, tanto che è vecchia questione tra i giuristi se i principi generali siano norme. Per me non c'è dubbio: i principi generali sono norme come tutte le altre. E questa è anche la tesi sostenuta dallo studioso che si è occupato più ampiamente del problema, il Crisafulli"; Vezio Crisafulli, *La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio*, Milão: Dott. A. Giuffrè, 1952, p. 15: "Un principio, sia espresso in una apposita formulazione legislativa, sia in veste implicito o latente nell'ordinamento, costituisce dunque una norma, applicabile quale regola di determinati comportamenti pubblici o privati".

5. Os princípios do Direito Ambiental

José Afonso da Silva¹⁴ faz uma distinção entre princípios internacionais de Direito Ambiental e novos princípios de proteção ambiental. Ao discorrer sobre os primeiros, refere-se àqueles 26 que constam na Declaração do Meio Ambiente (Estocolmo – 1972). Quanto aos novos princípios, refere-se àqueles obtidos com a ECO-92. Em verdade, não está se referindo a princípios enquanto normas genéricas dotadas de maior abstração, mas, sim, a normas de garantia do Homem de um ambiente sadio. Não se refere a princípios como normas que, relativamente às demais — pela posição que ocupam no ordenamento jurídico —, são “*o fundamento de um conjunto de outras normas*” e que se revestem de uma “*especial importância*”; nem normas caracterizantes do ordenamento ou de uma sua parte.¹⁵

Celso Antonio Pacheco Fiorillo¹⁶ reconhece princípios os quais afirma serem pedras basilares dos sistemas políticos-jurídicos dos Estados civilizados, adotados porque fruto da necessidade de uma ecologia equilibrada e indicativos do caminho adequado para a proteção ambiental em conformidade com a realidade social e os valores culturais de cada Estado. Reconhece princípios de uma Política Global de Meio Ambiente e princípios de uma Política Nacional de Meio Ambiente: 1) Princípio do Desenvolvimento Sustentável. Esse é extraído do artigo 225, *caput* da Constituição Federal, cujo conteúdo afirma ser a manutenção das bases vitais da produção e reprodução do Homem e de suas atividades, garantindo igualmente uma relação satisfatória entre os homens e desses com o seu ambiente, para que futuras gerações também tenham a oportunidade de desfrutar os mesmos recursos que temos hoje à nossa disposição; 2) Princípio do Poluidor-Pagador. A partir desse, dois objetivos são traçados: a) evitar a ocorrência de danos ambientais (caráter preventivo); e b) ocorrido o dano, visa a sua reparação (caráter repressivo). Cabe ao poluidor o dever de arcar com as despesas de prevenção dos danos ao meio ambiente que sua atividade possa ocasionar. Não se confunde com a idéia de “pagar para poder poluir”, isto é, não é um direito de poluir mediante paga. Tal princípio é encontrado no artigo 225, § 3º da Constituição Federal. Com o princípio do poluidor-

¹⁴ Silva, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002.

¹⁵ Ricardo Guastini, “Le Fonti del Diritto e l’interpretazione”, in *Trattato di Diritto Privato a Cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatte*, Dott. A. Giuffrè, Milão, 1993, pp. 448/452.

¹⁶ Fiorillo, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

pagador ficam demarcadas, no regime jurídico nacional, a responsabilidade civil objetiva, a prioridade da reparação específica do dano ambiental e a solidariedade para suportar os danos causados ao meio ambiente; 3) Princípio da Prevenção. O autor classifica esse princípio como um dos mais importantes que norteiam o Direito Ambiental, pois os danos ambientais, na maioria das vezes, são irreversíveis e irreparáveis. Justifica-se tal princípio pela impotência do sistema jurídico para reconduzir à situação anterior o meio ambiente danificado. Tal princípio é “*sustentáculo do Direito Ambiental e seu objetivo fundamental*”.¹⁷ Refere que o princípio da prevenção do dano ambiental foi içado à categoria de mega princípio já na Conferência de Estocolmo. Em nossa Constituição Federal, ele é identificado no *caput* do artigo 225 onde a Carta afirma que é dever do Poder Público e da coletividade *proteger e preservar* o meio ambiente para as presentes e futuras gerações; 4) Princípio da Participação. Afirmar *participação* é dizer que se toma parte em algo, agindo em conjunto. Em tema ambiental, o que se pretende, através desse princípio, é que haja uma ação conjunta no tocante à defesa do meio ambiente. A Constituição Federal de 1988, no *caput* do artigo 225, afirma que a proteção do meio ambiente cabe tanto ao Poder Público, como à coletividade. E nessa se incluem as organizações ambientalistas, sindicatos, indústrias, agentes do comércio, da agricultura e diversos outros organismos sociais comprometidos com a defesa e preservação do meio ambiente. Tal meta é alcançada através da educação ambiental, da informação ambiental e da política nacional do meio ambiente; 5) Princípio da Ubiquidade. Esse princípio vem evidenciar que o objeto de proteção do meio ambiente, situado no centro dos direitos fundamentais, deve ser considerado sempre que uma política, atuação, legislação sobre qualquer tema, atividade, obra etc. houver que ser realizada. Sendo a tutela ambiental incidente sobre a qualidade de vida e a própria vida, tudo que se queira fazer, criar ou desenvolver deve *antes* passar por uma consulta ambiental, a fim de que se saiba se existe, ou não, risco de degradação ao meio ambiente. Dito de outra forma, a questão ambiental penetra de uma forma plural em todos os campos de atividade estatal.

Paulo Afonso Leme Machado¹⁸ desenvolveu trabalho principialista mais amplo. Reconhece, na Constituição Federal, como princípios explícita e implicitamente relativos ao Direito Ambiental: 1) Princípio do Acesso

¹⁷ Fiorillo, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 35.

¹⁸ Machado, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*, 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

Equitativo aos Recursos Naturais. Por esse princípio, o meio ambiente é pensado como um bem de uso comum do povo. O ar, a água e o solo devem satisfazer necessidades comuns de todos os habitantes da terra. Nessa tarefa, o Direito Ambiental deve estabelecer normas que indiquem como verificar as necessidades de uso dos recursos ambientais, estabelecendo concomitantemente a utilização razoável ou necessária desse uso, ainda que os bens não sejam atualmente escassos. A equidade dará oportunidades iguais diante de casos iguais ou semelhantes. É na equidade que se encontra uma dimensão temporal, capaz de assegurar às gerações futuras o uso dos recursos ambientais; 2) Princípios do Usuário-Pagador e do Poluidor-Pagador. Para o autor, o princípio do poluidor-pagador está contido no do usuário-pagador. Este, portanto, é mais amplo, por significar que todo aquele que utiliza do recurso deve suportar o conjunto dos custos destinados a tornar possível a utilização do recurso e os custos advindos de sua própria utilização. Este princípio tem por objetivo fazer com que esses custos não sejam suportados nem pelos poderes públicos, nem por terceiros, mas pelo utilizador; 3) Princípio da Precaução. Referido princípio contém o princípio da prevenção. A precaução possui um sentido mais amplo que a prevenção. A atitude de prevenir a degradação do meio ambiente é concepção que passou a ser aceita no mundo jurídico, especialmente nas três últimas décadas, graças, especialmente, ao Direito alemão que, desde o ano 70, o coloca ao lado do princípio da cooperação e do princípio do poluidor-pagador. A principal característica do princípio da precaução é a incerteza do dano ambiental; a atitude ambientalista deflui não só do que nós sabemos, mas também do que nós deveríamos ter sabido, e ainda, sobre o de que nós deveríamos duvidar. O fundamento da precaução, assim, decorre do risco ou da ameaça, que serão analisados conforme o setor que puder ser atingido pela atividade ou obra projetada. Dele decorre a obrigatoriedade do controle dos riscos para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente. Ou seja, o gerenciamento de riscos, na modernidade, é intrínseco à questão ambiental. Isso exige a implementação imediata das medidas de prevenção, não havendo espaço para qualquer forma de adiamento. Ainda, devido ao princípio da precaução é obtida a inversão do ônus da prova em face da incerteza científica sobre a relação de causalidade, que necessariamente terá que ser presumida para que se alcance o objetivo de evitar a ocorrência do dano; 4) Princípio da Prevenção. O autor não faz uma distinção suficiente entre prevenção e precaução. Todavia, de suas idéias permite-se concluir que se refere à prevenção como o dever jurídico de evitar os danos ao meio ambiente, enquanto o princípio da

precaução contém um espectro de atuação mais amplo, que incide sobre toda a atividade estatal; 5) Princípio da Reparação. Tal princípio determina que os danos ambientais sejam reparados, independentemente da discussão de culpa civil; 6) Princípio da Informação. A informação serve para o processo de educação de cada pessoa e da comunidade. Mais que isso, através dela, é dada chance à pessoa informada de tomar posição e pronunciar-se sobre a matéria informada. Assim, a informação em tema ecológico é instrumento capaz de conferir ao indivíduo atitudes que possibilitem a preservação do meio ambiente, e o asseguramento do acesso a essas informações, bem como a divulgação ampla das informações são adequados à satisfação dos fins perseguidos; 7) Princípio da Participação. Através desse, a conservação do meio ambiente é remetida a um quadro mais amplo de atuação subjetiva, onde a participação popular é devida em tema ambiental, diante dos interesses difusos e coletivos que o tema contém. Isto só será possível através de meios que garantam a possibilidade de cada cidadão de participar no processo de tomada de decisões, sendo que, dessa forma, o indivíduo sai da situação passiva de mero beneficiário, passando a partilhar da responsabilidade na gestão dos interesses de toda a coletividade. Essa participação coletiva deve vir assegurada nas decisões administrativas, nos recursos administrativos, nos julgamentos administrativos, nas ações judiciais ambientais, e fundamentalmente, é preciso instituir um plebiscito ambiental para a efetiva manifestação popular com poder decisório no plano regional e nacional.

Uma interessante visão dos princípios de Direito Ambiental que parte dos princípios constitucionais estruturantes¹⁹ pode ser encontrada em Paulo de Bessa Antunes.²⁰ Referido autor examina os princípios respectivos ao Direito Ambiental a partir do Princípio do Direito Humano Fundamental e do Princípio Democrático. Inicia a abordagem afirmando que o direito ao meio ambiente é um direito humano fundamental, cuja origem é encontrada nos movimentos reivindicatórios dos cidadãos, sendo por isso essencialmente democrático. Após estes dois princípios o autor elenca: 1) Princípio da Prudência ou Precaução. O Direito Ambiental é um conhecimento multidisciplinar, em que o recurso à investigação científica é quase sempre necessário. Mas, nem sempre, a ciência é capaz de revelar todo o panorama ambiental procurado.

¹⁹ Entendidos os princípios estruturantes como os dotados de maior importância, generalidade, grau de incidência e de abstração na ordem jurídica, ao mesmo tempo em que constituem o núcleo essencial da Constituição (conforme sistema pricipialista proposto por J.J. Gomes Canotilho, in *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1998, p. 1.110).

²⁰ Antunes, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

Isso conduz a um dever de abstenção de atividades sempre que houver dúvida ou incerteza, deixando-se, assim, de praticar um ato ou de permitir o uso ou a produção de certa substância; 2) Princípio do Equilíbrio. Através desse, impõe-se que os aplicadores da política ambiental e do Direito Ambiental realizem um balanço entre as diferentes repercussões de um determinado projeto a ser implantado, com o fim de que sejam analisadas as conseqüências ambientais diante de uma atividade qualquer; 3) Princípio do Limite. Este princípio vem identificado no artigo 225, § 1º, inciso V da Constituição Federal, e determina à administração o dever de fixar parâmetros para as emissões de partículas, de ruídos e de presença de corpos estranhos no meio ambiente, levando em conta a proteção da vida e do próprio meio ambiente; 4) Princípio da Responsabilidade. Visa fundamentalmente impedir que a sociedade venha a arcar com os custos de reparação a um dano ambiental. Nele está compreendido o princípio do poluidor-pagador.

Para Toshio Mukai,²¹ diversos são os princípios que se referem ao Direito Ambiental e muitos deles não são exclusivos do Direito Ambiental, uma vez que a questão ecológica é objeto de cuidado das diversas ramas do Direito. Os princípios respectivos ao Direito Ambiental são apresentados em três níveis. I - Na visão do autor, os princípios atinentes ao Direito Ambiental dividem-se em: 1) Princípio Gerais, em que se agrupam os seguintes princípios: Princípio da Primazia do Interesse Público, da Legalidade, da Igualdade dos Cidadãos, da Liberdade do Cidadão e o da Proporcionalidade dos Meios aos Fins; 2) Princípios de Direito Administrativo, em que se incluem: o Princípio da Indisponibilidade, da Especialidade Administrativa, do Poder-Dever do Administrador Público, da Finalidade Administrativa, da Impessoalidade, da Moralidade Pública e da Publicidade. II - Ao lado desses, o autor também reconhece Princípios Constitucionais da Ordem Econômica referidos à proteção do meio ambiente, em que deve ser realizada a ponderação dos interesses em conflito. Nessa seara, o autor desenvolve razoável e fundamentada posição, na qual conclui que o princípio da livre concorrência e da defesa do meio ambiente estão no mesmo plano constitucional. Daí, em qualquer situação conflitante entre esses dois princípios, há que ser feita a devida ponderação de interesses a fim de que seja obtida solução que não resulte no sacrifício pleno nem de um, nem do outro. Vale dizer: a busca do lucro não deve ser conseguida ao custo

²¹ Mukai, Toshio. *Direito Ambiental Sistematizado*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.

da lesão ao meio ambiente. III - Após o jurista afirma que o Direito pátrio ressent-se de uma sistematização quanto aos princípios fundamentais de Direito Ambiental. Por isso recorre a doutrina comparada, de que extrai os seguintes princípios fundamentais do Direito Ambiental: 1) Princípio da Prevenção. É concebido como viga mestra de qualquer política moderna de meio ambiente. Significa que deve ser dada prioridade às medidas que evitem o nascimento de atentados ao meio ambiente; 2) Princípio do Poluidor-Pagador ou da Responsabilização. O poluidor tem o dever de corrigir ou recuperar o ambiente, suportando os encargos daí resultantes, ao mesmo tempo em que é impedido de prosseguir no comportamento poluente; 3) Princípio da Cooperação. Expressa a idéia de que a solução dos problemas ambientais está na colaboração entre Estado e sociedade, através dos diversos grupos sociais, assegurando-lhes não somente participação decisória, mas também a possibilidade de formular e executar políticas do meio ambiente.

6. Princípios de Direito Ambiental e Direito Penal

Uma análise perfunctória dos princípios listados pelos diversos autores que trataram da matéria permite filtragem e redução.

As idéias que os juristas apresentam sobre princípios ambientais podem ser conduzidas a uma vala comum. De uma forma ou de outra, ora apenas mudando as palavras, ora conferindo amplitudes diversas aos princípios (englobando ou não outros), é notável que a doutrina vem se referindo sempre aos mesmos enunciados, os quais classifica como princípios ambientais. Mudam a palavras, permanecem os sentidos e significados.

Trata-se de princípios dotados de especificidades, as quais são necessárias para dar soluções e respostas à questão ambiental. E assim deve ser porque os problemas decorrentes do paradigma desenvolvimento/preservação são complexos. Mais do que complexos, são diversos de tudo o que se viu até hoje, demarcando uma reformulação global e radical do sistema jurídico moderno e de seus respectivos conceitos centrais²².

²² Peña, Francisco Garrido. "De como la Ecologia Redefine Conceptos Centrales de la Ontologia Jurídica Tradicional: Libertad y Propiedad", in *O Novo em Direito Ambiental*, Belo Horizonte, Del Rey, 1998, coordenação Varela, Marcelo Dias & Borges, Roxana Cardoso, p. 213. Também, Borges, Roxana Cardoso Brasileiro, "Direito ambiental e Teoria Jurídica no Final do Século XX", in *O Novo em Direito Ambiental*, Belo Horizonte, Del Rey, 1998, coordenação Varela, Marcelo Dias & Borges, Roxana Cardoso, p. 14.

Em meio à crise ambiental, o Direito deve abandonar a pretensão de dar soluções satisfatórias utilizando os velhos modelos até aqui aproveitados. Os princípios de Direito Ambiental deixam isso evidente. A modernidade discursa naturalmente sobre prevenção e responsabilização do poluidor em todos os níveis, com primazia para a reparação do dano, pois vê, nesses caminhos, as vias adequadas e necessárias para promover o desenvolvimento sustentável. A prevenção e a responsabilização são resultados da filtragem e redução dos princípios de ecologia. São eles denominadores comuns que regem uma política ambiental, orientada para a *ecologia jurídica*.

A modernidade não pode cingir-se a um Direito Ambiental. Precisa de uma ecologia jurídica. Enquanto o Direito Ambiental se coloca em meio às normas jurídicas, como disciplina autônoma, a ecologia jurídica se assume em relação ao Direito como um paradigma novo. Esse paradigma conferido pela ecologia jurídica funciona como uma lente que permitirá nova leitura do sistema jurídico neste novo século, em que o enfrentamento da crise ambiental é inexorável.

Nisso residem as respostas para a crise ambiental: numa opção de fundo ético. Mudar ou não. É preciso avaliar e optar: o que se pretende é que a ecologia seja o objeto do Direito Ambiental? Ou que o Direito Ambiental receba uma leitura conforme à ecologia jurídica?²³ As respostas a essas questões podem ser encontradas nos princípios acima arrolados. Referidos princípios foram inscritos nas constituições dos diversos Estados seriamente comprometidos com o tema ecológico. Tratando-se de princípios inscritos na Constituição, os mesmos irradiam seus efeitos para todo o ordenamento jurídico, do que não fica ileso o Direito Penal.

Assim, se tais princípios anunciam a necessidade de um comportamento preventivo em relação ao meio ambiente, não vejo como pode ainda haver

²³ *"Il primo e fondamentale ambito di riflessione sull'ambiente è quello ético. I motivi che fanno apparire il discorso ético come momento cardine della questione ecologica sono di ordine sia teorico che pratico. Ogni risposta alla crisi ecologica data esclusivamente in termini tecnici, trascurando la questione della rilevanza morale del non-umano, appare elusiva e riduttiva. La sede morale appare come il fulcro della critica ecologica. Di fronte alla natura filosofica dei problemi ecologici, che per la propria soluzione esigono una visione generale dell'uomo e della società, l'alternativa, consiste nel ritenere o che tale visione si trovi tra quelle esistenti — rispetto alle quali l'ecologia si porrebbe come oggetto — oppure che l'ecologia stessa sia la fonte chiamata a fornire una nuova visione del mondo. È infatti ben diverso concepire i temi ecologici come problema da risolvere con i consueti strumenti di pensiero, riconducendoli così a una concezione filosofica nota, oppure intenderli come criteri per pensare diversamente la posizione umana nel mondo"* (Tallacchini, Mariachiara. *Diritto per la Natura – Ecologia e Filosofia del Diritto*, Torino: Giappichelli, 1996, p. 54).

espanto da doutrina tradicional, quando a legislação penal incriminadora — como é o caso da brasileira — utiliza grande quantidade de crimes de perigo.

Ora, se o que se espera da consciência ambiental moderna é a adoção de um comportamento de cautela onipresente, certamente a figura penal do crime de perigo está de acordo com tal postura. O dano ambiental dificilmente — quase nunca — é reparado em sua inteireza. E assim é porque a vida que se perdeu não se pode restituir. Perdem os demais seres humanos. Perdem os seres humanos que estão por vir. Logo, outra saída não há no campo penal, senão a adoção de uma política-criminal que: 1) adote uma linguagem preventiva; 2) mantenha com seus destinatários um diálogo de adoção de cautela.

Sendo aspiração democrática a preservação da vida no planeta, os princípios ambientais, devido às suas características de generalidade e de elasticidade, podem, até mesmo, legitimar crimes de perigo abstrato. Com isso, não se quer fazer apologia de uma institucionalização do Direito Penal do inimigo,²⁴ mas, tão somente, afirmar que, ao menos em tema ambiental, o crime de perigo abstrato é uma via possível de ser cientificamente sustentada.²⁵

O mesmo vale para os crimes que vêm expressos por normas penais em branco, inseridos na Lei nº 9.605/98. A alta velocidade de transformação e evolução das tecnologias é um fator de potencialização de riscos ambientais, e, por isso, demanda positividade legal que seja permeável a essas mudanças. A lei ordinária é de modificação lenta, sendo, por isso, incapaz de ofertar a mobilidade que a questão ambiental requer. O engessamento normativo decorrente das normas penais incriminadoras que se estabelecem por leis ordinárias representa sério risco à ecologia. Nada de errado há no uso das figuras penais em branco, porque se trata de recurso compatível com o matiz do problema.

Outra discussão que não pode mais ser travada com espanto é aquela respectiva à responsabilidade penal da pessoa jurídica. Detêm-se os doutrinadores em debates acirrados, uns defendendo tal possibilidade,²⁶ outros

²⁴ Conforme expressão cunhada por Jakobs, em 1985, com o artigo “Criminalización em el Estadio Prévio a la Lesión de um Bien Jurídico”, usada para designar um direito penal que fundamentalmente maneja a proteção penal com vistas ao bem jurídico e fazendo com que as sanções penais recaiam sobre indivíduos que assumiram um comportamento divorciado e contraposto às expectativas sociais de respeito e fidedignidade ao direito.

²⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “A expansão do Direito Penal – Aspectos da Política Criminal nas Sociedades Pós-Industriais”, série *As Ciências Criminais no Século XXI*, volume II, tradução de Luiz Otávio de Oliveria Rocha, São Paulo: RT, 2002, pp. 147 e 150-151.

²⁶ PRADO, LUIS RÉGIS. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, vol. I, parte geral, 2ª ed., São Paulo: RT, 2001, p. 170.

negando-a,²⁷ quando o espírito que informa a ecologia jurídica aspira claramente a uma reação jurídica plural que recaia sobre aquele que polui. O fim de punição do poluidor deflui do princípio da responsabilidade, que não deve ser compreendido meramente nos limites dos Direitos civil e administrativo, mas também nos do Direito Penal.

Ainda se pode dizer que a punibilidade da pessoa jurídica também é argumento razoável (não o afirmo suficiente) porque a determinação da relação de causalidade nos crimes ambientais — não raro — não conduz a um indivíduo que possa ser apontado como o responsável pelo fato. As decisões poluidoras são tomadas por grupos de pessoas reunidas em órgãos colegiados, em que a vontade final somente pode ser percebida por meio da visão conjunta do grupo. A execução dessa vontade é feita por quem não participou dela e seus efeitos ocorrerão freqüentemente em locais muito distantes em relação ao lugar em que foi tomada a decisão.

A conclusão aqui anunciada é menos pretensiosa do que parece. Não poderia ser diferente devido às limitações científicas próprias deste trabalho. O que afirmo é que não deve mais haver espanto nem comportamentos de exorcismar cada vez que se procura sustentar a legitimidade dos tópicos acima delineados. Tanto é assim que a legislação de diversos países já possibilita a constatação de forte tendência nesse sentido. Desde que não se compactue com um Direito Penal unicamente simbólico, mas também com um pragmático, é preciso admitir que o Direito Penal Ambiental exige uma outra forma de pensar as categorias punitivas classicamente estabelecidas.

Não há mais lugar para sobressaltos em tema de Direito Penal Ambiental. Não se pode mais dizer que algo é absolutamente proibido. Os princípios ambientais orientam para a assunção de novas posturas. E se a orientação está voltada para a mudança, é preciso ter mente aberta e capacidade para romper com velhos paradigmas.

²⁷ FERREIRA, Ivete Senise. "Tutela Penal do Patrimônio Cultural", *Biblioteca de Direito Ambiental*, volume III, São Paulo: RT, 1995, p. 101-105. Também: SHECAIRA, Sérgio Salomão. "Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica", in *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica e Medidas Provisórias e Direito Penal, Coleção Temas Atuais de Direito Penal*, coordenação Luiz Flávio Gomes, São Paulo: RT, 1999, p. 139; do mesmo autor, confira-se *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*, São Paulo: RT, 1998, p. 126.

7. Bibliografia

- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro, “Direito Ambiental e Teoria Jurídica no Final do Século XX”, in *O Novo em Direito Ambiental*, Belo Horizonte: Del Rey, 1998, coordenação Varella, Marcelo Dias & Borges, Roxana Cardoso.
- CANOTILHO, J.J. Gomes, in *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1998.
- FERREIRA, Ivete Senise. “Tutela Penal do Patrimônio Cultural”, *Biblioteca de Direito Ambiental*, volume III, São Paulo: RT, 1995.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001.
- MORENO, José Luis Serrano. *Ecología y derecho – 1. Principios de Derecho Ambiental y Ecología Jurídica*, Granada: Comares, 1992.
- “Concepto, Formación y Autonomía del Derecho Ambiental”, in *O Novo em Direito Ambiental*, Belo Horizonte: Del Rey, 1998, coordenação Varella, Marcelo Dias & Borges, Roxana Cardoso.
- JUNIOR, Goffredo Silva Telles. *Iniciação na Ciência do Direito*, São Paulo: Saraiva, 2001.
- LANFREDI, Geraldo Ferreira. *Política Ambiental – Busca de Efetividade de seus Instrumentos*, São Paulo: RT, 2002.
- MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*, 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001.
- MUKAI, Toshio. *Direito Ambiental Sistematizado*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- NORBERTO Bobbio, *Teoria Generale del Diritto, Teoria dell’Ordinamento Giuridico (Parte Seconda)*, 2ª ed., Turim: G. Giappichelli, 1993.
- PEÑA, Francisco Garrido. “De como la Ecología Redefine Conceptos Centrales de la Ontología Jurídica Tradicional: Libertad y Propiedad”, in *O Novo em Direito Ambiental*, Belo Horizonte: Del Rey, 1998, coordenação Varella, Marcelo Dias & Borges, Roxana Cardoso.
- PRADO, Luis Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, vol. I, parte geral, 2ª ed., São Paulo: RT, 2001.
- RAMÓN, Fenando López. “El Derecho Ambiental como Derecho de la Función Pública de Protección de los Recursos Naturales”, in *La Protección Jurídica del Medio Ambiente*, Pamplona: Aranzadi Ed., 1997.
- CERVINI, Raúl. “Incidencia de las ‘Mass Media’ en la Expansión del Control Penal en Latinoamérica”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 5.
- GUASTINI, Ricardo. “Le Fonti del Diritto e l’interpretazione”, in *Trattato*

- di Diritto Privato a Cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatte*, Milão: Dott. A. Giuffrè, 1993.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. “Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica”, *in Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica e Medidas Provisórias e Direito Penal, Coleção Temas Atuais de Direito Penal*, coordenação Luiz Flávio Gomes, São Paulo: RT, 1999, p. 139;
 - *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*, São Paulo: RT, 1998.
 - SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “A expansão do Direito Penal – Aspectos da Política Criminal nas Sociedades Pós-industriais”, série *As Ciências Criminais no Século XXI*, volume II, tradução de Luiz Otávio de Oliveria Rocha, São Paulo: RT, 2002.
 - SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.
 - TALLACCHINI, Mariachiara. *Diritto per la Natura – Ecologia e Filosofia del Diritto*, Torino: Giappichelli, 1996.

Alimentos no novo Código Civil e o Direito Intertemporal

Francisco José Cahali

ADVOGADO, CONSULTOR JURÍDICO EM SÃO PAULO, MESTRE E DOUTOR PELA PUC/SP

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Os alimentos e o Direito intertemporal. 2.1. Renúncia. 2.2. A questão da culpa. 2.3. A questão da redução da maioria de 21 para 18 anos. 2.4. Prescrição. 3. Bibliografia

1. Introdução

O tema pertinente ao *Conflito das Leis no Tempo* tem ensejado aprofundado estudo na literatura jurídica nacional e estrangeira, nesta merecendo especial referência às obras de Gabba¹ e Roubier.² O assunto volta periodicamente à cena, sempre que se processa alguma alteração substancial na legislação de um País, como agora, quando um código civil é substituído por outro, trazendo modificações expressivas nos diversos institutos antes já disciplinados.

Segundo a tradição do nosso Direito, a nova lei visa disciplinar as relações futuras, devendo preservar o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido (LICC, art. 6º; CF, art. 5º. XXXVI). Essa preservação significa estabelecer, como regra, a **irretroatividade na norma**, salvo se expressamente prevista a incidência pretérita no próprio dispositivo legal.

¹ *Teoria della Retroattività delle Leggi*, 3ª ed., Torino: UTET, 1891

² *Le Droit Transitoire*. Paris: Sirey, 1960 e *Les Conflicts des Lois Dans le Temps*, Paris, 1929.

Em contraposição, temos a aplicação imediata da lei aos fatos pendentes. Ou seja, a nova lei incide imediatamente aos *facta pendentia*, preservando os *facta praeterita*.

Significa dizer que a lei nova atua como uma flecha ao atingir as relações em curso, isto é, aquelas relações cujos efeitos ainda não se tenham produzido, ou não se tenham exaurido. Tem efeito imediato; mas são respeitados os efeitos já produzidos ou a situação já consumada.

Assim, o nosso sistema impede a retroatividade como regra, mas não obsta a aplicação imediata da norma à situação jurídica pendente (em curso), respeitado o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito; desta forma, **os novos efeitos produzidos à relação pretérita, são direcionados pela legislação agora em vigor.**

É expressivo o número de variáveis que o tema propõe na área do Direito de Família e Sucessões, especialmente consideradas as significativas modificações introduzidas pelo novo Código Civil. Nesta rápida passagem, vamos concentrar a análise na apresentação de algumas questões envolvendo este movimento das leis no tempo exclusivamente **no que se refere à obrigação alimentar.**³

Ciente de estar caminhando em terreno movediço, a intenção maior com estas linhas é iluminar as questões que o tema propõe, diante das variáveis nele contidas.

E, sem dúvida, está inaugurada a fase de um trabalho construtivo a ser desenvolvido pela doutrina e jurisprudência visando à acomodação do direito entre o velho e o novo, tendo em vista a movimentação das leis no tempo.

2. Os alimentos e o Direito Intertemporal

De um modo geral, a obrigação alimentar representa uma relação continuativa, e, como tal, se submete à regência da lei nova, ou seja, o novo Código Civil tem aplicação imediata às relações jurídicas em curso envolvendo a prestação de alimentos. Vejamos pontualmente as conseqüências dessa afirmação.

³ Cf., a respeito, mais abrangente estudo sobre o tema por nós desenvolvido sob o título "Direito Intertemporal no Livro de Família (regime de bens e alimentos) e Sucessões", in *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*, IBDFAM/Del Rey, no prelo.

2.1. Renúncia

Ao tratar em um único subtítulo da obrigação alimentar decorrente do casamento, da união estável e do parentesco, o novo Código acabou por agitar a questão da renúncia aos alimentos na separação ou dissolução da convivência.

Campo fértil para discussões, acabamos por concluir que a irrenunciabilidade atinge o parentesco e a separação judicial. Porém, após o divórcio ou a dissolução da união estável, uma vez renunciada a pensão, restará definitivamente impedido o exercício da pretensão.⁴

Renúncia é um ato jurídico exercido espontaneamente, e, como tal, **se consuma no momento em que for praticado.**

Assim, realizado no regime anterior, sob o império daquele ordenamento ocorrerá a produção de seus efeitos.⁵ Daí estará o renunciante impedido de exercer um direito que não mais se contém na sua esfera jurídica.

Em outras palavras, os efeitos irradiados pela renúncia, consistente em excluir do universo jurídico do renunciante aquele direito, aperfeiçoam-se no momento da prática do ato.

2.2. A questão da culpa

Inova o legislador de 2002 ao prever obrigação alimentar mesmo em favor do cônjuge responsável pela separação, modificando substancialmente a regra contida no art. 19 da Lei do Divórcio.

Pergunta-se então: se, no passado, os alimentos deixaram de ser fixados em razão da culpa de um dos cônjuges, haverá a possibilidade de esse pretender, agora, a fixação da pensão com base no parágrafo único do art. 1.704?

Sim, a resposta afirmativa parece mais adequada. A situação jurídica é a seguinte: separado judicialmente e culpado; necessitando de alimentos,

⁴ Mais sobre o assunto tratamos no artigo "Alimentos", in *Direito de Família e o Novo Código*, coord. Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira, 3ª ed., rev. atual. e ampl., Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 225/237.

⁵ Lembre-se ainda ter sido polêmica a questão da renúncia aos alimentos na separação judicial e no divórcio até a vigência do novo Código. Alguns julgados aplicavam plenamente a Súmula 379 do STF, mas a jurisprudência predominante, inclusive do STJ, era por admitir a renúncia na separação amigável, embora até o divórcio se cogitasse em ação de revisão de cláusula; apenas a partir do divórcio é que a renúncia teria sua plena eficácia. Cf. a respeito, Yussef Said Cahali na obra *Dos Alimentos*, 4ª ed. rev., ampl. e atual. de acordo com o Novo Código Civil, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, pp. 329 e ss.

enquadra-se na moldura do permissivo legal, autorizando o exercício da pretensão.

É de se perguntar: e a coisa julgada? Não deixa imune o inocente?

O conteúdo da decisão acobertado pela imutabilidade é o reconhecimento da culpa, isentando, como consequência, o inocente de prestar alimentos. Porém, a dispensa, naquele momento, da obrigação alimentar não tem força para extinguir a obrigação propriamente dita.

A culpa declarada judicialmente continua imutável; **não, porém, os efeitos dela irradiados**, especialmente aqueles que se prolongam no tempo.

Mesmo, inatingível o reconhecimento da responsabilidade, a lei nova pode interferir nos seus efeitos futuros. Daí porque se manter o respeito à coisa julgada (*culpa*), independentemente de se modificar, agora pela nova lei, a sua repercussão.

Existia um impedimento à pretensão. Desaparecendo o impedimento, a pretensão pode ser exercida. Diferente de ter o cônjuge espontaneamente renunciado à pensão, pois aqui lhe foi imposta uma restrição ao direito.

Convém lembrar a previsão expressa do Código de que o separado judicialmente, mesmo tendo sido declarado culpado, pode reclamar a pensão, nas restritas condições da lei (parágrafo único do art. 1.704).

Ora, se o estado da pessoa é de separado judicialmente, e foi ele considerado culpado, em razão de decisão transitada em julgado no passado, está preenchida a hipótese de incidência do preceito.

Não vale se divorciado o pretendente, pois, com o divórcio, desaparece o vínculo conjugal, e a lei não prevê o exercício da pretensão pela pessoa neste estado civil, mas apenas pelo separado judicialmente.

Questão mais simples sobre a incidência desta inovação gravita em torno da destinação a ser dada aos processos em curso de separação judicial ou dissolução da união estável, por ocasião da entrada em vigor do novo Código, quando em discussão a responsabilidade pelo rompimento com a finalidade de eximir-se uma das partes da obrigação alimentar.

Admitindo-se, como é nossa opinião, a aplicação da nova lei até às decisões já transitadas em julgado a respeito da culpa, evidentemente é de se aceitar a incidência da inovadora norma nos processos pendentes.

Independentemente da utilização daqueles mesmos argumentos, também merece registro observar que, no contexto anterior, a dispensa do pagamento da pensão só ocorreria quando da sentença definitiva decretando a culpa; até então, os alimentos seriam devidos. Assim, como o sistema deixou de prever a punição pela responsabilidade na separação, se e quando essa vier a ser reconhecida, só servirá para reduzir a pensão aos alimentos destinados à subsistência (CC, art. 1.694, §2º).

Neste sentido, **em todos os processos pendentes de julgamento em primeiro e segundo grau, deve, agora, ser analisada a repercussão da culpa com base no novo regramento.**

E assim, ao réu apontado como responsável pela separação para efeito de exclusão da obrigação alimentar, caberá invocar o art. 303, I do CPC, para trazer ao objeto da lide o novo Código, cabendo ao juiz, diante da inércia da parte, até mesmo conhecer de ofício da matéria (CPC, art. 462), deixando, por exemplo, de consignar, na sentença, a perda do direito aos alimentos, pois não mais prevista a punição.

Já no tribunal, a matéria poderá ser levada por provocação de qualquer das partes e até conhecida de ofício com fundamento no mesmo artigo 462 acima referido.⁶

O problema maior talvez seja restrito à ausência de prova a respeito da mensuração dos alimentos destinados à subsistência, em razão de ter ocorrido a instrução do processo direcionada à apuração da culpa e, se muito, à fixação dos alimentos de acordo com o padrão de vida das partes.

Nesse contexto, a conseqüência inevitável da aplicação do direito superveniente será, para a finalidade exclusiva de apuração do *quantum* dos alimentos indispensáveis à sobrevivência (*necessarium vitae*), **converter-se o julgamento em diligência**, providência que pode ser adotada em primeiro grau (após o encerramento da audiência) ou em segundo grau; mas sempre condicionada a dilação probatória à existência do pedido de alimentos por aquele cônjuge em face de quem veio a ser reconhecida a responsabilidade pela separação, pois, de ofício, não se estabelece a pensão alimentícia decorrente do casamento.

⁶ Cf., a respeito, Yussef Said Cahali, in *Honorários Advocatícios*, 3ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, pp. 533/534.

2.3. A questão da redução da maioridade de 21 para 18 anos

Por fato superveniente, o credor atinge a maioridade, e, como tal, automaticamente passa a se submeter aos efeitos dessa sua nova condição (é o resultado daquela idéia da *flecha* atingindo a situação jurídica pendente, para influenciar os seus efeitos futuros).

Assim, como regra, a maioridade, para aqueles que tinham 19 anos e recebiam pensão, levará à extinção da obrigação. Porém, assim ocorrerá apenas na hipótese de ter sido fixado o termo final dos alimentos na maioridade.

A situação é similar à emancipação ou casamento. Também a circunstância superveniente faz desaparecer a obrigação.

Entretanto, convém ressaltar que, geralmente, a maioridade por si só não interfere na obrigação alimentar decorrente da paternidade.

Certo é que, aos filhos menores, a responsabilidade pelo sustento é inerente ao poder familiar, ensejando a presunção absoluta de incapacidade e necessidade dos credores. Mas a obrigação alimentar decorrente do parentesco persiste em razão do binômio *necessidade-possibilidade*, prorrogando-se o ônus paterno diante da incapacidade do filho, mesmo após atingir a maioridade.

E, assim, por construção pretoriana, já se estendia a obrigação alimentar até os 24 anos se estudante o filho.⁷ E a redução da maioridade para 18 anos em nada interfere nessa orientação.

Neste contexto, apenas naquelas situações em que, expressamente, houve a fixação da pensão até a maioridade, haverá repercussão a redução da capacidade civil introduzida pelo novel legislador, sem óbice a o filho, entretanto, exercer a pretensão alimentar através de ação própria, em razão do parentesco, agora demonstrando a necessidade, decorrente da sua incapacidade de prover o seu próprio sustento por circunstâncias fáticas a serem analisadas cautelosamente pelo julgador.

2.4. Prescrição

Reduz, o novo Código, o prazo prescricional para haver prestações alimentares de 5 (cinco) para 2 (dois) anos, a partir da data em que se vencerem

⁷ Aliás, em São Paulo, encontramos precedente, autorizando o pensionamento até o limite de 25 anos do credor (1ª CC, TJSP, j. 21.02.1995, RT 725/227). Cf., ainda, Yussef Said Cahali (ob. cit., pp. 665/666).

(CC, art. 206, § 2º). Diante do fato concreto, em cada prestação, isoladamente, deverá ser verificada a ocorrência da prescrição.

Este tema — *contagem do prazo prescricional*, é espinhoso em todo o nosso direito quando ocorre a modificação do prazo.

O primeiro problema consiste em verificar qual é o prazo a ser aplicado. O art. 2.028 estabelece: serão os da lei anterior, quando reduzidos, e se na entrada em vigor já transcorreu a metade do tempo.

Assim, reduzido o prazo prescricional e já ultrapassado o seu decurso em 50% ou mais até janeiro 2003, soluciona-se facilmente a questão: aplica-se o CC/1916 — prazo de 5 anos; passado menos da metade do período prescricional, ou seja, menos do que 2 anos e meio, é o prazo novo que será aplicado.

O segundo problema, e esse muito mais complexo, gravita em torno da **contagem do prazo**, sempre no pressuposto de que não se passou 50% do período (caso contrário, será simplesmente aplicada a lei velha).

Existem diversas posições a respeito.⁸

Uma delas, talvez mais justa, sugere a **contagem proporcional** do período; ou seja, se passados 40% do prazo sob a égide da lei anterior, faltará para o seu término 60% do prazo previsto na nova lei a partir da vigência do Código.

Outra aponta ser correta a aplicação do **novo prazo**, contado normalmente a **partir do vencimento**; assim, pode acontecer de, no exato instante de entrada em vigor do Código, em janeiro 2003, alguém ter a sua pretensão imediatamente prescrita pela nova lei, por exemplo, prestação vencida em dezembro de 2000 (+ 2.a.).⁹ Essa solução simples invoca, inclusive, o largo período de vacância da lei, apto a permitir que a sociedade se adaptasse às novas regras.

A terceira posição propõe a contagem do **novo prazo sempre a partir da**

⁸ Cf. Antonio Jeová Santos, in *Direito Intertemporal e o Novo Código Civil – Aplicações da Lei 10.406/2002*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, pp. 103/110.

⁹ Curiosamente neste caso, a prescrição poderia ter ocorrido meses antes da vigência do novo código, ao se aplica-lo. Por exemplo: prestação vencida em agosto de 2000, prescreveria em agosto de 2005; porém, na entrada em vigor da nova lei, ter-se-á por prescrita a dívida em agosto de 2002. Outra situação curiosa: como o novo prazo é inferior à metade, pode acontecer, então, que a prestação de dez/1999 ainda poderia ser cobrada, porém a prestação de dez/2000 já estaria prescrita com a entrada em vigor do novo código. Ao se adotar o terceiro critério, a seguir apresentado, a prestação de dez/2000, só estaria prescrita em dez/2004.

vigência da lei, desde que não ultrapassado o termo final da lei anterior. Assim, se consumará a prescrição de 2 anos a partir de janeiro de 2003, ou no prazo de 5 anos previsto na lei anterior — **o que vencer antes**, para não se ter por ampliado o prazo. Em outras palavras; aplica-se a nova lei a partir de sua vigência, ou a anterior se antes for seu termo.

Entendemos ser mais equânime a primeira posição.

A segunda mostra-se extremamente técnica, especialmente ao se considerar o longo período de vacância da nova lei, aliado ao fato de ter previsão expressa nas disposições transitórias (art. 2.028), já preservando a eficácia residual do Código anterior se transcorrido mais da metade do prazo prescricional, indicando, assim, ter sido este o critério adotado pelo legislador para solucionar o movimento da lei no tempo; e, tecnicamente, o prazo prescricional deve sempre iniciar no exato instante do nascimento do direito à ação respectiva (*actio nata*); representado, no caso, pela data de vencimento da obrigação.

Porém, a se seguir orientação adotada em alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal,¹⁰ amparada por abalizada doutrina,¹¹ prevalecerá a terceira posição.

Fica, assim, decantada a questão para debate.

3. Bibliografia

- *Teoria della Retroattività delle Leggi*, 3ª ed., Torino: UTET, 1891.
- *Le Droit Transitoire*, Paris: Sirey, 1960 e *Les Conflicts des Lois dans le Temps*, Paris, 1929.
- “Direito Intertemporal no Livro de Família (regime de bens e alimentos) e Sucessões”, in *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*, IBDFAM/Del Rey, no prelo.

¹⁰ RE nº 51.706/MG, rel. ministro Luiz Gallotti, j. 04.04.1963; e RTJ 88-03/568.

¹¹ Cf. Wilson de Souza Campos Batalha, in *Direito Intertemporal*, Rio de Janeiro: Forense, 1980 e Pablo Stolze Gagliano, em livro com Rodolfo Pamplona Filho, e em artigo “Desmistificando a Contagem de Prazos no Código Civil”, no portal www.novodireitocivil.com.br, acessado em novembro de 2003.

O Código de Defesa do Consumidor e a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Ênio Santarelli Zuliani

JUIZ DO PRIMEIRO TRIBUNAL DE ALÇADA CIVIL DE SÃO PAULO E PROFESSOR DE DIREITO CIVIL

SUMÁRIO: 1. O grande desafio da jurisdição de segundo grau diante da lei de proteção do Direito do Consumidor. 2. Reflexos da coisa julgada *erga omnes* na análise da legitimidade ativa *ad causam*. 3. Planos e seguros de saúde. 4. Inversão do ônus da prova nas lides consumeristas. 5. Conclusão. 6. Bibliografia

1. O grande desafio da jurisdição de segundo grau diante da lei de proteção do Direito do Consumidor

Não se constrói um sistema jurídico eficiente apenas com normas; as leis, em países que adotam o Direito codificado (*civil law*, como o nosso), funcionam como estruturas básicas desse empreendimento social voltado a garantir segurança ao convívio grupal. Porém, isso não basta; qualquer legislação que se promulga logo sente a necessidade de atualização, vítima que é da inexorável defasagem que o ciclo da vida impõe, sem exceções. Enquanto não se atualizam as leis, as aspirações do povo são preenchidas por valores e princípios que flutuam como privilégios que auxiliam os

juízes na difícil missão de bem decidir as causas contemporâneas. Essas sentenças modelares formam aquilo que é conhecido por jurisprudência. No sistema *common law* (praticado em países de origem anglo-saxônica, como a Inglaterra e os Estados Unidos), o Direito é criado pela decisão judicial, que tem força de lei para todos, em razão do princípio *stares decisis et non quieta movere*.

Julgar é uma arte que se realiza associando-se técnica ao bom senso, o que reclama constante atualização jurídica e abordagem corajosa dos anseios da sociedade, por aquele que é encarregado de interpretar e aplicar a lei. Os juízes encarregam-se da formação da jurisprudência e contam, para isso, com o auxílio dos demais operadores do Direito. Como obra humana que é, a jurisprudência nem sempre chega convencendo ou persuadindo, o que explica o descarte de algumas decisões festejadas pelo ineditismo; porém, é imperdoável não pesquisar jurisprudência quando se prepara uma peça jurídica. O insuperável Augusto Teixeira de Freitas escreveu o prólogo atual de uma obra pioneira de inegável valia para o tabelionato brasileiro (*Formulário dos Contractos, Testamentos e de Outros Actos do Tabellionado*, de José Homem Corrêa Telles, no ano de 1881), quando anotou (p. XIX) o seguinte dado histórico:

“Epicteto, cujas máximas ocuparão o trono dos Cesares, no governo de Marco Aurélio, perguntava ao pretor da Grécia: ‘Sabes tu julgar? Aprendeste a ciência, que exige teu emprego?’ ‘Tenho a nomeação de César, que me basta’ (respondeu o pretor); mas o filósofo continuou: ‘E pode ela dar-te a jurisprudência que te falta, e se faz indispensável no exercício do cargo?’”

Canotilho, sem dúvida um dos mais brilhantes constitucionalistas de Portugal, escreveu um texto para homenagear o juiz Sálvio de Figueiredo Teixeira, atual ministro do STJ, oportunidade em que analisou algumas decisões polêmicas, indicando pontos vulneráveis. Cito uma delas para que se possa aquilatar o grau de dificuldade do desafio do convencimento; trata-se do caso da menina Serena, que foi vítima de uma adoção internacional fraudulenta (criança que foi roubada ou intermediada pelo tráfico de menores e que terminou acolhida, de boa-fé, por um casal de italianos). Depois de um demorado julgamento, tempo em que ferveram opiniões questionáveis,

inclusive uma teoria que defendia a possibilidade de se invocar usucapião de crianças, os juízes decidiram pela restituição da menina aos seus pais biológicos, o que, para o mestre português, descumpriu o princípio constitucional da primazia do bem-estar do menor.¹

O veredicto alimenta divergências, o que é muito natural no Direito. Exatamente por a jurisprudência germinar debates e dúvidas, ocupei-me da temática como forma de avaliar o tratamento que o Judiciário paulista confere ao consumidor, animado com o eventual aproveitamento do material para pesquisa. Não sendo possível manter diálogo freqüente e direto com os colegas da Magistratura, faço-o por resenhas ou históricos de julgados comentados, como a presente, na esperança de que desperte uma vontade de pensar o direito em grupo e a conseqüente troca de idéias, um bom começo daquilo que Kazuo Watanabe chamou de “*pesquisa interdisciplinar permanente*” e que proporciona “*aferição adequada entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômica a que se destina*”.² Essa reunião não deixa de ser um módulo de aperfeiçoamento para todos nós, juízes, fundamental para que o Judiciário consiga, na feliz expressão dos membros da família Tucci,³ alcançar a mais destacada de suas metas — “*a reta administração da Justiça*”.

A organização judiciária do Estado de São Paulo reserva competência recursal de quatro tribunais, todos destinatários de recursos tirados de ações de interesse de consumidores, um fator impeditivo da esperada uniformidade de enfoques. Revogou-se, em março último (Resolução nº 169/2004), a Resolução nº 157/03, que foi editada para transferir, ao Tribunal de Alçada Criminal, recursos que seriam da competência do Primeiro Tribunal de Alçada Civil, de modo que, com a mudança, restaurou-se o sistema, tal como vigorava, permanecendo a competência, para recursos de ações versando sobre direitos do consumidor, dividida para o Tribunal de Justiça, o Primeiro Tribunal de Alçada e o Segundo Tribunal de Alçada.

Pretendo situar as decisões no contexto do Tribunal de Justiça, familiarizado que estou com o seu cotidiano. Lembro aos que não estão acostumados com os degraus da carreira da Justiça Estadual, que, por posse singela verificada no dia 23 de outubro de 2003, passei a ser juiz efetivo do Primeiro

¹ “A ‘principalização’ da jurisprudência através da Constituição”, *Revista de Processo*, 98/97.

² “Acesso à Justiça e Sociedade Moderna”, in *Participação e Processo*, p. 132.

³ Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci. *Constituição de 1988 e Processo*, p. 215.

Tribunal de Alçada Civil, após cumprir jornada de nove anos como desembargador substituto da Terceira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, um período judiciário que honra o modesto currículo deste juiz que escreve este ensaio.

Apesar dessa repartição de poderes judiciários, percebe-se que o Direito do Consumidor é interpretado de forma semelhante pelos tribunais do Estado, não se tendo notícia de disparidades dignas de referência. E não poderia ser outra a posição do Judiciário paulista, sempre presente nos momentos marcantes; não seria diferente em virtude da Lei nº 8.078/90 e das expectativas populares.

A doutrina reclamava a edição de uma legislação de consumo. Fábio Konder Comparato lamentava o vácuo e informava que, em 1973, a 29ª sessão da Comissão das Nações Unidas sobre Direitos do Homem, realizada em Genebra, desenhou a carta de direitos fundamentais do consumidor, o que poderia servir de estímulo para que o Brasil editasse uma lei legitimando “qualquer do povo” a propor “ações judiciais visando à cessação de práticas comerciais abusivas” e introduzindo “normas de segurança nos produtos de consumo particular, ou mesmo a retirada de produtos do mercado”.⁴

A Lei nº 8.078/90 foi promulgada no prazo previsto no artigo 48 das Disposições Transitórias da Constituição Federal de 1988, a qual, em seu artigo 5º, XXXII, estabeleceu que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. A jurisprudência não decepciona o projeto e, hoje, treze anos depois, podemos afirmar que Caio Tácito acertou ao vaticinar que “o desamparado de ontem é agora Sua Excelência o Consumidor, dotado de recursos eficazes para a afirmação de seus direitos e a reparação de eventuais prejuízos que venha a sofrer no cumprimento de suas necessidades elementares”.⁵

É o que pretendo demonstrar em três etapas. Oportuno esclarecer, para os estudantes da graduação, que os julgados dos tribunais são selecionados pelos próprios integrantes da Turma Julgadora e remetidos às revistas especializadas e autorizadas; são essas que decidem, por critérios editoriais próprios e soberanos, quais os acórdãos que irão figurar nas edições, para, a partir daí, servirem de referência a outros julgados. Não é incomum existir

⁴ “A proteção do consumidor: importante capítulo do Direito Econômico, in *Revista de Direito Mercantil*, ano 1974, nºs 15/16, p. 105.

⁵ “Direito do consumidor”, in *O Direito na Década de 1990*, p. 19.

acórdão com origem particular, marcado por situações especiais e que interferem nesse ciclo produtivo, tal como sucede com os pequenos golpes do destino que mudam a história de vida das pessoas. Conto um desses casos.

Particpei, como terceiro juiz, de julgamento do ano de 1999 (Apelação Cível nº 074.355-4/9), na Terceira Câmara de Direito Privado, e convenci os ilustres colegas que participavam da Turma Julgadora de que, ao inverso do que propunham os votos preliminares, o recurso da dona de casa ferida no manuseio de uma lata de molho de tomate da conhecida marca Arisco deveria ser acolhido. Na oportunidade, argumentei que a empresa fabricante comercializou o produto veiculando que a abertura era “fácil”, o que não se revelou verdadeiro, pelo menos quanto ao lote de latas que aquela consumidora adquiriu. A prova confirmou as dificuldades verificadas para despressurizar o recipiente e, quando isso ocorreu, com uma força não recomendada pelo fabricante, a lâmina cortante que se solta ao ser puxado o anel de abertura seccionou o nervo responsável pela articulação da mão, prejudicando os movimentos da mulher que abriu a lata. Os desembargadores não só concordaram com o ponto de vista que sustentei, como atribuíram a mim a função de redigir o voto condutor do acórdão. O julgado serve de referência porque a *Revista dos Tribunais* publicou, na íntegra, o aresto do TJ-SP (RT 767/221), como o emitido pelo STJ, prestigiando o que se decidiu (RT 779/208).

2. Reflexos da coisa julgada *erga omnes* na análise da legitimidade ativa *ad causam*

O consumidor somente estará protegido das armadilhas do comércio se contar com um aparato apropriado para, por si ou por provocação alheia de seu interesse ou proveito, fazer valer seus direitos. A coerção não é tarefa fácil de se realizar em segmentos dominados por uma cultura de impunidade, de modo que, para reeducar o empresariado inescrupuloso, enraizado no sistema de tolerância com práticas abusivas, será preciso atuação diligente de associações e órgãos institucionais para que, por provocações sadias e oportunas, permita que o Judiciário intervenha com sentenças apropriadas de restauração da lesão consumada e, principalmente, para que a jurisprudência exemplar desperte o público do estado de impunidade, lembrando que o infringir as leis de confiança de mercado permite infligir as sanções legais.

O sistema tradicional é rígido quanto aos limites subjetivos da sentença

(faz coisa julgada às partes, adverte o artigo 472, do CPC), com recusa do efeito *secundum eventum litis*.⁶ A doutrina avançava de forma tímida sobre essa matéria, como se vê em Liebman, que, sem se referir às ações coletivas, admitiu que era preciso reformular o conceito de legitimação para “*distribuição dos meios de defesa outorgados pelo direito*”.⁷

Para não desestimular o consumidor, foi necessário alterar o direcionamento dos efeitos da sentença, que, com a transformação, ganhou status de coisa julgada de múltiplos efeitos e funções. Uma decisão serve para satisfazer um universo de consumidores, desde que todos estejam conectados pela mesma relação jurídica básica. Peço licença para transcrever parte do que escreveu um jurista notável, que dignificou, como desembargador, o Tribunal de Justiça de São Paulo, Waldemar Mariz de Oliveira Jr.:⁸

“De fato, muitas vezes, quem sofre um dano pessoal não se encontra em condições de pleitear, judicialmente, a sua reparação, quanto mais pretender adequada tutela contra a violação de direitos da coletividade. Imagine-se alguém que tenha sofrido determinado prejuízo com a aquisição de um produto nocivo à saúde, colocado no comércio por certa indústria alimentar, que causou danos a centenas ou milhares de pessoas. Esse consumidor sofreu um prejuízo que, no contexto geral, é muito pequeno para animá-lo a agir contra um adversário que lhe é infinitamente superior, econômica e financeiramente. Se tentasse isoladamente, isto é, se pleiteasse o ressarcimento do dano pessoal que sofreu, a condenação da indústria em questão não teria qualquer consequência eficaz no aspecto coletivo, pois ela a suportaria tranqüilamente. Em outras palavras, uma condenação assim isolada não afetaria em nada o potentado que causou o prejuízo a toda a coletividade. Seria a picada de uma agulha em um elefante... Por outro lado, é de se considerar que esse mesmo ofendido dificilmente sairia à liça para agir por toda uma classe, ou grupo ou comunidade, porquanto, se o fizesse, estaria expondo-se a riscos de toda sorte, inclusive correndo o perigo de sujeitar-se a pagamento de custas processuais e honorários advocatícios elevados, no caso de derrota. Na

⁶ Chiovenda. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, p. 575.

⁷ Liebman. *Eficácia e Autoridade da Sentença*, p. 178.

⁸ “Tutela jurisdicional dos interesses coletivos”, in *A Tutela dos Interesses Difusos - série Estudos Jurídicos*, sob coordenação de Ada Pellegrini Grinover, vol. 1, p. 18.

realidade, tantas seriam as dificuldades e os riscos, que o cidadão poderia expor-se facilmente ao ridículo. Colocando-se de lado essa primeira e ineficaz solução, o Direito comparado apresenta outra, qual seja, a de entregar-se a incumbência ao próprio Ministério Público”.

O artigo 103, da Lei nº 8.078/90, introduziu a coisa julgada *erga omnes* — das ações fundadas em interesses difusos e individuais homogêneos — e *ultra partes*, para as relações fundadas em direitos coletivos. O artigo 81 permite a defesa individual e coletiva, enquanto o artigo 82 atribuiu legitimidade ao Ministério Público (inciso I) e outros órgãos, inclusive associações constituídas há pelo menos um ano (inciso III). Resulta que a lei fez sua parte, criando meios alternativos legítimos para que a defesa do consumidor se tornasse realidade, o que permitiu a Rodolfo de Camargo Mancuso⁹ afirmar: “*Esperemos nós também, e guardadas as diferenças entre nosso sistema jurídico e o norte-americano, que o magistrado brasileiro bem apreenda a sistemática do Código, de modo a interpretá-lo em conformidade ao seu elevado objetivo de outorgar tutela eficaz e satisfatória aos consumidores!*”.

O juiz, na tutela do Direito do Consumidor, poderá exercer o controle abstrato, de forma concreta e agir de ofício. O primeiro é permitido para que a atuação se faça de maneira preventiva, autorizando o Judiciário a emitir sentenças que excluam, da esfera comercial, práticas ou modelos de potencialidade lesiva;¹⁰ o outro se faz quando é obrigatório pronunciamento judicial diante de relações contratuais concretizadas e ou executadas. O controle de ofício é possível diante do artigo 51, da Lei nº 8.078/90, que reproduz um elenco “exemplificativo” e não “taxativo” de cláusulas nulas,¹¹ valendo citar, como amostras dessa forma de controle, os julgados que reduzem o *quantum* das quantias que ficariam retidas pelo não-cumprimento do contrato (artigo 53, da Lei nº 8.078/90) e os arestos que não reconhecem primazia de cláusula de eleição de foro estipulada em contrato de adesão: “*É nula a cláusula de eleição de foro inserida em contrato de adesão quando dificultar a*

⁹ Comentários ao Código de Proteção do Consumidor, p. 349.

¹⁰ Exemplo desse tipo de sentença está no acórdão do STJ, relatado pelo digno ministro Ruy Rosado de Aguiar, o qual obrigou determinada instituição bancária a reformular contratos padronizados a que os clientes aderiam, para que do corpo deles fossem excluídas cláusulas consideradas abusivas, bem como para que nova redação, mais transparente, se fizesse, para que os interessados entendessem melhor o sentido de outras cláusulas (REsp. nº 175.645/RS, julgado em 7.12.2000, referido no artigo “O contrato de consumo”, de Daniela Moura Ferreira, in *Revista do Direito do Consumidor* 47/176).

¹¹ Alberto Amaral Jr.. Comentários ao Código de Proteção do Consumidor, p. 193.

defesa do aderente em juízo, podendo o juiz declinar de ofício a sua competência” (REsp. nº 201.195 SP, in RSTJ 153/351).

O arsenal prepara os juízes para a construção de enunciados jurisprudenciais favoráveis. Não devemos esquecer, para bem aplicar a Lei nº 8.078/90, que a primeira sentença declarando responsabilidade ultracontratual foi emitida na Inglaterra, em 1851, para o caso de *estouro de lâmpada*,¹² e que de nada adiantaram represálias e boicotes de empresários para neutralizar a atividade das associações de consumidores, como a *Consumers Union*, fundada em 1928, que resistiu *galhardamente à contra-ofensiva* de restrição do uso da mídia (proibição de veicular matéria paga), pois recorreu, para informar o público, ao serviço postal e à revista que passou a editar; hoje, relata Comparato¹³, o poder dessas entidades não é mais subestimado, o que proporciona acordos judiciais e extrajudiciais interessantes.

Nada mais justo do que reverenciar a professora Ada Pellegrini Grinover,¹⁴ que tanto contribuiu com sua doutrina para que a ordem jurídica atingisse esse grau de modernidade, transcrevendo o exemplo que forneceu para explicar a disciplina da coisa julgada *secundum eventus litis*:

“numa demanda coletiva, que vise à retirada do mercado de produto considerado nocivo à saúde pública, a sentença rejeita o pedido, julgando a ação improcedente, por não considerar o produto danoso. A coisa julgada, atuando erga omnes, impede a renovação da ação (salvo na hipótese de insuficiência de provas), por parte de todos os entes e pessoas legitimados às ações coletivas. Mas não obsta a que o consumidor Caio, reputando-se lesado em sua saúde pelo produto, ajuíze sua ação pessoal indenizatória. Neste exemplo, a rigor, não se inova quanto aos princípios gerais sobre a coisa julgada, porque o objeto do processo, na primeira causa, ficou delimitado pelo pedido inibitório, sendo diverso o objeto da segunda demanda (pedido indenizatório). Aqui não ocorreu qualquer ampliação do objeto do processo. Suponha-se, porém, que a ação coletiva inibitória seja julgada procedente. Neste caso, a coisa julgada vai beneficiar os integrantes do grupo, categoria ou classe: é o que resulta do parágrafo 1º do artigo 103,

¹² Citação de Bugarelli, in *O Direito na Década de 1990*, p. 41.

¹³ “A proteção do consumidor: importante capítulo do Direito Econômico”, in *RDM* 15/16, p. 103.

¹⁴ “Da coisa julgada no Código de Defesa do Consumidor”, in *Revista do Advogado*, 33, p. 10.

interpretado contrario sensu. *A coisa julgada não prejudica os interesses e direitos individuais; logo, os beneficia.*”

O Tribunal de Justiça de São Paulo, cômico de que essa forma de tutela abrangente não representava uma novidade, porque própria da ação popular (Lei nº 4.716/65) e da ação civil pública (Lei nº 7.347/85), atua sintonizado com a filosofia de empregar o efeito múltiplo da sentença *secundum eventus litis*, conforme síntese dos seguintes julgados.

Antes, porém, um parágrafo para testemunho pessoal: logo no início de minha atuação em Segundo Grau, rompi a unanimidade em julgamento no qual se rejeitou a legitimidade ao Ministério Público para, em ação coletiva, defender o interesse de um grupo de sessenta pessoas, todas idosas, inegavelmente prejudicadas pela exclusão do credenciamento de um hospital recém-reformado e que, pela atualização de equipamentos, transformou-se em referência de qualidade de atendimento. A ação objetivava garantir a eles acesso ao hospital, como constava do contrato. Votei vencido, convicto de que era legítima a atuação do Ministério Público (AgIn. nº 002.396-4/5, julgado em 06.08.1996), tanto que escrevi o seguinte (*in Boletim AASP* nº 1992, p. 70-j): “*Negar legitimidade do Ministério Público para que se prestigie cláusula que garante atendimento médico contratado para um vasto número de indivíduos é retroceder o campo da sistematização da tutela dos direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos, verdadeiro atentado ao espírito e finalidade da ação civil coletiva*”.

É com o espírito confortado que verifico, alguns anos depois, uma reviravolta na maneira de interpretar essa questão, pois o próprio ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira informou, em obra de consulta obrigatória para que se certifique a importância do STJ, no bom desempenho do serviço judiciário,¹⁵ que, praticamente, não se admite a legitimação extraordinária do Ministério Público apenas em casos de interesse tributário. Contudo, para taxas exigidas por imobiliárias e administradores de imóveis (como de administração, de intermediação de locação, de apuração de cadastro e de elaboração de contratos) dos candidatos a inquilinos, o Tribunal Superior reconheceu, tal como o fez o TJ/SP, a legitimidade do Procon para defender a todos, indistintamente (REsp. nº 200.827/SP, DJU de 09.12.2002, ministro Carlos Alberto Menezes Direito, *in RSTJ* 167/363).

¹⁵ *A Criação e Realização do Direito da Decisão Judicial*, p. 218.

Segue a resenha dos julgados escolhidos.

I - Chá de Ginseng ou *Ginseng Dieter's Tea* — O Ministério Público ajuizou ação para apreender o produto que estava sendo anunciado, por conhecida rede de televisão (Record), como indicado para emagrecimento, exatamente porque não contava com o aval da Vigilância Sanitária. O Tribunal de Justiça, por acórdão relatado pelo eminente desembargador Gildo dos Santos (AgIn. nº 177.463-4, *in JTJ-LEX* 246/176), confirmou a liminar expedida para proibir a circulação até que a fabricante obtivesse alvará de licença para comercialização e desde que o fizesse em invólucros com mensagens esclarecedoras em vernáculo, pois o original era vendido em envelopes com texto em língua estrangeira, inclusive modo de uso.

II - Show do Milhão, produção do conhecido Sílvio Santos. Tratava-se de ação promovida pela Anadec (Associação Nacional de Defesa da Cidadania e do Consumidor), e o TJ-SP, pela sua Terceira Câmara (AgIn. nº 175.780-4/6, por mim relatado), concedeu liminar que obrigou o SBT a excluir da programação o *teste do telefone*, um mecanismo desconhecido dos participantes e do edital de concurso, pelo qual a direção artística, com livre arbítrio, selecionava os participantes. Evidente que a estratégia poderia fraudar expectativas legítimas dos candidatos, uma burla ao consumidor. Esse julgado é importante por constituir um marco no reconhecimento de que, ao contrário do que sustentou o SBT, existe relação de consumo entre o canal de televisão e seu público, na forma dos §§ 2º e 3º, da Lei nº 8.078/90. O colendo STJ não deu provimento ao recurso especial (REsp. nº 436.135/SP, ministro Ruy Rosado de Aguiar, *in Informativo ADV*, da COAD, nº 42/2003, p. 623, pesquisa 132/03).

III - Relato, agora, um ação ajuizada em Ribeirão Preto. O Ministério Público de lá ajuizou ação para que uma determinada empresa que constrói apartamentos (tipo conjunto habitacional) providenciasse a reparação de defeitos estruturais que afetam a segurança da habitação, conforme perícia de engenharia que mandou realizar, além de uma indenização pecuniária que compensasse os compradores do prejuízo decorrente da não-entrega de todos os itens prometidos, inclusive no que se refere ao número de metros quadrados de área construída. O juiz de Primeiro Grau considerou que a ação competiria aos compradores e negou legitimidade ao Ministério Público; o TJ-SP, no entanto, cassou a extinção e determinou que se julgasse o mérito da questão (Ap. nº 133.197-4/8, des. Evaldo Verissimo, *JTJ-LEX* 260/33).

IV - O TJ-SP admitiu a legitimidade do Ministério Público para propor ação de cunho preventivo, isto é, aplicar multa à Unimed se a cooperativa persistisse na aplicação de cláusulas abusivas que prejudicavam consumidores. Esse julgado representa um marco para o controle abstrato e foi relatado pelo desembargador Cezar Peluso, atual ministro do STF, uma merecida nomeação que fez justiça ao Judiciário paulista (Embargos Infringentes nº 97.748-4, *JTJ-LEX* 248/352).

Abro um parêntese para revelar que tomei conhecimento dos termos da petição inicial subscrita pelo promotor de Justiça de Rio Claro, dr. Marcos Roberto Funari,¹⁶ na ação em que o Ministério Público pede que se condene a Unimed a abster-se de impor limites de prazo de internação e restringir pedidos de exames dos contratos que realiza, o que, sem dúvida, constitui exemplo claro de que a diretriz jurisprudencial está sendo seguida na Comarca. Não me cabe dar opinião, como juiz, acerca da ação mencionada, até para preservar a soberania do ilustre colega que se encarregará do julgamento; não posso, no entanto, desconhecer que a inicial subscrita pelo promotor Funari está centrada na jurisprudência do egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, uma demonstração de seu efeito normativo.

V - A recém-fundada ADESF (Associação de Defesa da Saúde do Fumante) ingressou com ação de direitos individuais homogêneos (regulamento de publicidade sobre os efeitos da nicotina e de responsabilidade por danos materiais e morais, para que as vítimas do tabaco, no futuro, liquidem os prejuízos). O TJ-SP deu procedibilidade (AgIn. nº 221.154-4/9, desembargador Waldemar Nogueira Filho, *JTJ-LEX* 257/194).

Podemos fechar esse capítulo da exposição, convicto de a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo estar imune aos críticos que, com razão, se preocupam com a má aplicação da lei nova, prevendo que uma postura conservadora impedisse o acesso popular ao Judiciário, um perigo para a efetividade das normas de proteção do consumidor. A digna professora Ada Pellegrini Grinover¹⁷ reclamou mudança de mentalidade e nova postura para que a lei não caísse no vazio; a Corte Estadual respondeu de forma positiva e a amostragem que encerro é uma prova inequívoca.

¹⁶ *Revista de Direito do Consumidor* (publicação RT), vol. 47, pp. 264/268.

¹⁷ "Acesso à Justiça e o Código de Defesa do Consumidor", in *O Processo em Evolução*, p. 121.

3. Planos e seguros de saúde

Orlando Gomes¹⁸ analisou o fator *crise do contrato* e admitiu que a função primária do contrato (disciplina da autonomia da vontade declarada) perdeu importância pelo sentido social da contratação, o que explica a intervenção do Estado. Lembrou que, na sociedade, há uma generalizada indignação social, o que explica a formação de vínculos jurídicos para satisfazer os serviços de assistência vital. A questão de assistência de saúde, embora não referida pelo jurista baiano, passou a ser alvo de contrato de adesão, explorada de forma massificada.

O problema não é setorial. O Judiciário da Argentina não permitiu que uma empresa do ramo (Programa de Salud S.A.) declarasse a rescisão unilateral de contrato de prestação de serviços, apesar de o contrato prever tal faculdade, preocupado com a situação futura do beneficiário. O professor Ricardo Luiz Lorenzetti¹⁹ aplaudiu o julgado, lembrando que, com a ruptura do convênio em pleno período de tratamento médico, poderá expor-se o doente a um risco de dano irreversível, sabido que o contrato substituto será pródigo na carência, sem contar a chance de se excluir a doença (que passa a ser pré-existente) da cobertura prevista no caso de o consumidor tentar ingressar em outro sistema contratual. Predominou lá, como deve predominar aqui, o direito fundamental de proteção à saúde, variante do princípio da dignidade humana (artigo 1º, III, da Constituição Federal).

O Código Civil de 2002 afirma, em seu artigo 421, que o contrato deve cumprir uma função social. Arruda Alvim²⁰ esclarece que função social seria o resultado prático desejado pelas partes. Miguel Reale²¹ lembra que o princípio da função social vai servir para impedir que o contrato se transforme num instrumento para atividades abusivas, “*causando dano à parte contrária ou a terceiros*”.

O artigo 196, da Constituição Federal, não passa de uma promessa não cumprida, porque a saúde não é, ainda, direito de todos. A realidade revela que os ricos, pela auto-suficiência econômica, bancam os seus gastos com tratamentos e cirurgias médicas. A classe pobre recorre ao serviço público e

¹⁸ “A função social do contrato”, in *Novos Temas de Direito*, p. 107.

¹⁹ *Fundamentos do Direito Privado*, RT, p. 369.

²⁰ “A função social dos contratos no novo Código Civil”, RT 85/30.

²¹ “Função social do contrato”, in *O Estado de S.Paulo*, 22.11.2003, A-2.

reclama por que não há pessoal suficiente e estrutura capacitada para um atendimento de primeira qualidade. A grande maioria fica entrincheirada nos dois pólos e vê-se obrigada a contratar planos ou seguros de cobertura para tratamento médico, um mercado que fez surgir a medicina conveniada, oferecendo contratos de escolha livre dos profissionais (com restituição) e outros, mediante encaminhamento a médicos credenciados e hospitais da rede de atendimento. A Lei nº 9.656/98 foi promulgada para disciplinar esse ramo contratual e continua longe de constituir uma legislação segura e produtiva.²² Os tribunais estão sendo constantemente provocados para resolver conflitos entre usuários e entidades privadas que oferecem cobertura para doenças, exames e internações.

O grande desafio do Judiciário está na descoberta do fator boa-fé (artigo 4º, III, da Lei nº 8. 078/90 e 422, do novo Código Civil), uma questão tormentosa, que, invariavelmente, provoca dissidência entre os juízes, notadamente quando versar sobre o dever de informar doença pré-existente. Não há, ainda, consenso acerca desse ponto, embora prevaleça a tese, fundada no artigo 47, da Lei nº 8.078/90, de que eventual má-fé do aderente, na hora de preencher o questionário sobre suas condições de saúde (quando omite padecer de males conhecidos), não tem relevância jurídica, por ser obrigação da seguradora ou dos operadores de plano de saúde realizar prévios exames médicos para aferir a aptidão física da pessoa com quem contrata.

O TJ-SP rejeitou, por maioria, pedido para que a Golden Cross pagasse as despesas de transplante de fígado, providência não coberta, a ser realizado no Hospital Albert Einstein, e a questão foi encaminhada ao STJ, que, em votação apertada (ficaram vencidos os ministros Nancy Andrichi e Antônio de Pádua Ribeiro), confirmou a decisão (REsp. nº 319.707/SP, julgado em 7 de novembro de 2002, figurando como relator o ministro Castro Filho). Pesou na decisão o fato de constar do contrato cláusula expressa, grafada de forma a não causar dúvida ou ambigüidade, de que transplantes estavam excluídos da cobertura contratual.

Os julgados a seguir historiados contam um pouco da experiência do Tribunal nesse setor.

²² Cláudia Lima Marques afirma que a Lei nº 0.656/98 “considera o atual estágio de (baixa) lealdade nas relações entre as seguradoras e consumidores e autoriza, contrário sensu, as atuais práticas e planos incompletos das seguradoras” (*Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 448).

I – Dou começo citando um acórdão que relatei (Ap. nº 134.439-4/0, *in RT* 816/207). Plano de saúde celebrado com mulher de 73 anos, com cláusula de exclusão de “*casos clínicos crônicos ou terminais, incluindo-se geriatria*”. A mulher morreu aos 85 anos, vítima de câncer no estômago, e o filho e mais um parente, que foram obrigados a realizar pagamentos para que o hospital prestasse atendimento, pediram, depois, a restituição do que pagaram, porque entendiam nada ser devido (tratamento coberto pelo plano de saúde patrocinado pelo próprio hospital). O juiz de Direito considerou que os parentes não possuíam capacidade e legitimidade para a ação, porque não foi aberto inventário para arrolar eventuais créditos da finada e, com esse argumento, deu pela carência (artigo 267, VI, do CPC). O importante do julgado está no fato de o TJ-SP ter admitido a restituição dos valores que parentes pagaram para que a paciente fosse tratada, uma interpretação que se aproxima do estado de perigo previsto no artigo 156, do novo Código Civil. Também vale para registrar a aplicação do artigo 515, § 3º, do CPC, inovação que permite ao tribunal ultimar o julgamento quando examina recursos tirados de sentença de extinção do processo sem julgamento de mérito.²³

II – Informo dois casos relacionados com a questão da boa-fé no momento da contratação e que foi enfatizada minutos antes. O primeiro envolve uma pessoa que ocultou ser portadora de epilepsia. O TJ-SP considerou que o silêncio do aderente constitui procedimento censurável (má-fé), por quebra do fator lealdade, e, nesse caso, consagrou a legalidade da recusa em emitir guia de atendimento com reembolso (Embargos Infringentes nº 108.874-4, desembargador Munhoz Soares – *JTJ-LEX* 250/357). O outro, com decisão favorável ao consumidor, referia-se a uma situação de criança com patologia congênita (comunicação interventricular e suas conseqüências), oportunidade em que se reconheceu a impossibilidade de atribuir má-fé à criança ou a seus pais, diante da complexidade do diagnóstico; caberia, nesse caso, realizar previamente o exame de admissão (AgIn. nº 261.364-4/0, desembargador Ênio Santarelli Zuliani, *in Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, vol. 23, p. 103, verbete nº 2.309).

Verifica-se que nem sempre o consumidor está com a razão.

²³ O renomado professor e desembargador aposentado do TJ/SP, Cândido Rangel Dinamarco, aplaudiu, em recente artigo doutrinário, a regra do artigo 515, § 3º, do CPC, afirmando que representa “*um atalho legitimado pela aptidão a acelerar os resultados do processo e desejável, sempre que isso for feito sem prejuízo a qualquer das partes*” (“Julgamento de mérito em apelação”, *in Direito Processual - Inovações e Perspectivas. Estudos em Homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*, p. 147).

III – Algumas situações de carência, que é o prazo que se institui como de restrição a atendimentos. Os planos de saúde consideram que essa técnica inibe a má-fé da pessoa que procura contratar quando necessita de atendimento imediato, um fator que desequilibra o binômio custo-benefício. Não se poderá deixar de reconhecer que é essa uma estratégia legítima, porque esses contratos são celebrados para proteger a saúde do consumidor, sem que, por seu turno, constituam um ônus excessivo às seguradoras. Um mínimo de contraprestação deve ser admitido como razoável, para que o serviço possa ser prestado de forma equilibrada no plano econômico. Contudo, o prazo de carência, quando demasiadamente longo, constitui, para a doutrina, cláusula abusiva.²⁴ O TJ-SP não aprova carência com prazo dilatado, como de um ano e seis meses, notadamente quando o segurado necessitou ser atendido em virtude de infarto agudo do miocárdio (Ap. nº 122.076-4/0, des. Waldemar Nogueira Filho – *JTJ-LEX* 255/227).

Cumprir destacar, sobre esse assunto, a questão da inadimplência. Por vezes o contratante fica impossibilitado de pagar os prêmios do seguro ou as prestações do plano de saúde e, com isso, provoca a rescisão do contrato. Ocorre que as operadoras permitem a renovação do contrato, desde que se reiniciem os pagamentos, com a ressalva de que novo prazo de carência começa a fluir, geralmente de tempo igual ao período de meses ou dias em que a pessoa deixou de pagar as prestações (período da mora). O TJ-SP não permitiu aplicação de cláusula com semelhante sentido (Ap. nº 91.705-4, des. Guimarães e Souza, *in JTJ-LEX* 252/218 e Ap. nº 118.387-4/5, des. Jacobina Rabello, *in JTJ-LEX* 254/102).

V - Fator de exclusão para os portadores do vírus HIV – Inadmissibilidade, por constituir tratamento discriminatório aos doentes da AIDS, com prejuízo do princípio da dignidade humana previsto no artigo 1º, III, da Constituição Federal. Cláusula limitativa que afronta o direito do consumidor (Embargos Infringentes nº 114.995-4/2, desembargador Silveira Neto, *JTJ-LEX* 254/352). O colendo STJ referenda decisões paulistas (REsp. nº 244.841 SP, ministro Carlos Alberto Menezes Direito, *DJU* de 4.9.2000, *in RSTJ* 142/291). O ilustre Nelson Nery Júnior festejou julgado do TJ-SP emitido nesse sentido.²⁵

²⁴ Clayton Maranhão. *Tutela Jurisdicional do Direito à Saúde*, p. 237.

²⁵ *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, p. 411.

Interessante registrar, até para que sirva de justa homenagem à memória do desembargador Sérgio Pitombo, recentemente falecido e que tanto colaborou para a Revista da Escola Paulista da Magistratura, que o TJ-SP, por acórdão de sua lavra, condenou a Fazenda do Estado a fornecer “*medicamento apropriado para o tratamento da moléstia – AIDS*” (Ap. nº 052.031.5/5, julgado em 17/4/2000, in *Boletim AASP* nº 2180, p. 318-e).

V – Outra preocupação resulta de conflitos (desligamentos) surgidos com pessoa destinatária de *plano de saúde empresarial*, por fazer parte de sistema de assistência prestado pela empresa para a qual trabalha. Algumas vezes essa proteção da saúde do trabalhador, e que é extensiva a todos os seus familiares, constitui a vantagem que o anima a manter ativo o contrato de trabalho. Porém, contra sua vontade, poderá ocorrer a rescisão do contrato de trabalho. E o plano de saúde, continua valendo ou não? A jurisprudência do TJ-SP não admitiu que fosse excluído do patrimônio do empregado despedido o seu plano familiar de saúde, aplicando, com inteiro critério, o artigo 30, da Lei nº 9.656/98 (Ap. nº 136.011.4-2, desembargador Joaquim Garcia, in *JTJ-LEX* 260/65).

Evidente que essa decisão, para ser inteiramente receptiva ao sistema jurídico, dependerá da contraprestação do desempregado, que, a partir da rescisão do contrato, passa a ter o dever de pagar as prestações mensais do plano de saúde. Faltando com essa obrigação, aí, sim, será justificada a sua exclusão, por não ser possível impor ao ex-empregador esse ônus. Não existe prazo para que essa situação perdure; desde que não concorra ato fraudulento do sujeito beneficiado com o contrato empresarial, o vínculo contratual persiste para que cumpra sua função social, qual seja, a de proporcionar proteção à saúde. Vale registrar que o TJ-SP declarou que, sem procedimento administrativo que confirme a fraude do consumidor, é impossível prestigiar decisão da operadora de extinção ou rescisão unilateral do plano de saúde (AgIn. nº 262.191.4/7, desembargador Ruiter Oliva, in *JTJ-LEX* 262/265).

4. Inversão do ônus da prova nas lides consumeristas

O processo civil estabelece que ao autor da ação compete provar o fato constitutivo do seu direito (artigo 333, I), competindo ao réu demonstrar fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito do autor (artigo 333, II). A regra do artigo 6º, VIII, da Lei nº 8.078/90, permite oportunidade para que o juiz, nas causas dos consumidores, inverta o ônus da prova, transferindo ao

empresário, produtor, comerciante ou fornecedor de serviços, o dever de provar que agiu coerente com as regras permitidas pelo costume comercial, sem o que não exclui sua responsabilidade.

O médico, como profissional liberal, não responde de forma objetiva (independente de culpa), na forma dos demais prestadores de serviços, inclusive hospitais (artigo 14, da Lei nº 8.078/90). Nas ações de reparação de danos promovidas por erro médico aplica-se, ainda, a teoria subjetiva, aquela em que a parte reclamante necessariamente deverá provar a culpa do agente (artigos 186 e 951, do Código Civil, e 14, § 4º, da Lei nº 8.078/90). Contudo, para que o juiz possa decidir com justiça, em situações anormais e naquelas em que o erro médico fica evidenciado pelo próprio resultado adverso e inexplicável do tratamento, considero jurídico inverter o ônus da prova, para que, diante de um fato que dispensa explicação sobre sua consequência danosa, o profissional justifique o procedimento médico capaz de imunizá-lo quanto ao dever de indenizar. A ele caberá o ônus da prova.

Registro, com ênfase, a doutrina autorizada de Antonio Junqueira de Azevedo,²⁶ professor titular da USP, ao tratar do tema: *“A obrigação de segurança existe sempre; os danos à pessoa devem ser indenizados. É importante dizer: em matéria de danos à pessoa, a regra é hoje a responsabilidade objetiva. A responsabilidade subjetiva, nesse campo, é atualmente a exceção. A responsabilidade objetiva, na obrigação de segurança, surge agora diretamente da Constituição (não é da lei ou da jurisprudência); somente haverá responsabilidade subjetiva quando houver lei expressa (por exemplo, na responsabilidade médica, na qual, assim mesmo, há inversão do ônus da prova, porque a prova deve ser feita por quem tem melhores condições para a fazer)”*.

Escrevi um artigo sobre esse tema (RT 811/43, *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, nº 26, p. 135 e *Revista Nacional de Direito de Jurisprudência*, vol. 39, p. 18²⁷) e remeto a ele os interessados. O primeiro acórdão que admitiu a inversão foi por mim relatado (*Boletim AASP* 2106/980 e *Revista Forense* 348/317), abrindo caminho para que fosse lavrado um posterior, subscrito pelo eminente desembargador Ruitter Oliva (*JTJ-LEX* 257/271). É com entusiasmo que se observam, na doutrina, lições estimulando

²⁶ “Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana”, RT 797, p. 22.

²⁷ Ênio Santarelli Zuliani. “Inversão do ônus da prova na ação de responsabilidade civil fundada em erro médico”, in RT 811, p. 60; *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, nº 26, p. 135; e *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência*, vol. 39, p. 18.

essa tomada de posição, como a de Sílvio de Salvo Venosa,²⁸ com a seguinte observação: *“A lei do consumidor veio, portanto, facilitar sobremaneira os reclamos de maus serviços médicos, matéria que ainda não ganhou a dimensão esperada nos julgados justamente porque o acesso à Justiça era sumamente dificultado pela manutenção dos princípios tradicionais da responsabilidade civil subjetiva”*. Não é outra a lição de Nelson Nery Júnior:²⁹ *“A inversão do ônus da prova pode ocorrer em qualquer ação ajuizada com fundamento no Código, inclusive nas de indenização por fato de serviço dos profissionais liberais, cuja responsabilidade é subjetiva, é aferível mediante culpa”*.

Recentemente fui questionado acerca do meu ponto de vista sobre o momento propício para que o juiz inverta o ônus da prova. Respondo bastante confortado a essa indagação, pois, ao tratar da responsabilidade civil do médico, não escondi que o juiz deve, antes de concluir o julgamento, informar as partes de que promoverá a inversão, para que o litigante destinatário dessa técnica de instrução probatória não sofra cerceamento do direito de produzir a prova que a justa e adequada preparação do processo (variante do artigo 5º, LV, da CF) lhe reserva.

Essa diretriz conta com abono de persuasivas mensagens de Carlos Alberto Barbosa Moreira³⁰ e Mirella D’Angelo Caldeira,³¹ advertindo que não é conveniente violar o princípio da ampla defesa para finalizar o julgamento, porque a inversão, como técnica que o juiz usa para valorar a prova decisiva, em sendo aplicada, poderá surpreender aquele que aguardava a improcedência *“sem se preocupar com a demonstração de outras circunstâncias classificáveis entre os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito em discussão”*.

Evidente que sempre será lícito ao juiz aplicar a inversão ao julgar uma lide com instrução completamente exaurida, porque, nesse caso, independentemente de ter ou não anunciado previamente o seu propósito de favorecer o consumidor na distribuição da carga probatória, o julgamento pró-consumidor é permitido (artigo 47, da Lei nº 8.078/90). Relevante é não subtrair da parte que é condenada o exercício de direitos processuais legítimos, como o de realizar prova a que a inversão obriga. Nas ações de reparação

²⁸ *Direito Civil - Responsabilidade Civil*, p. 106.

²⁹ “O processo civil no Código de Defesa do Consumidor”, *Revista de Processo* nº 61, p. 34.

³⁰ “Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor”, in *Estudos de Direito Processual em Memória de Luiz Machado Guimarães*, p. 138.

³¹ “Inversão do ônus da prova”, in *Revista do Direito do Consumidor*, 38, p. 180.

de danos, decisivamente, é importuno declarar a ilicitude de uma conduta, sem outorgar uma chance real para que o condenado destrua a presunção de culpa imposta pela técnica da inversão.

Outra questão que está agitando as sessões de julgamento diz respeito a uma controvérsia que se instaurou, de forma recorrente, nas ações de revisão de cláusulas de contrato bancário, com modificação do *quantum debeatur*, referente a quem incumbe financiar os custos da perícia que o juiz ordinariamente manda realizar. Apesar da minha breve temporada no 1º Tribunal de Alçada Civil, encarregado de decidir tais questões, confirmei a divergência que se espalha na maioria das Câmaras³² quanto ao assunto, porque alguns juízes consideram que a inversão do ônus da prova, que poderia facilitar a tutela do direito do consumidor, não alcança a transferência do encargo financeiro previsto no artigo 19, do Código de Processo Civil.

É preciso esclarecer que a jurisprudência do STJ é praticamente uniforme quanto à incidência da Lei nº 8.078/90, nos contratos bancários, conforme informou o ilustre ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr., que se aposentou em data recente.³³ Consta da *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, vol. 21, p. 105, ementa de acórdão do ministro Aldir Passarinho Júnior, aplicando o CDC em ação de revisão de cláusulas de contrato bancário (REsp. nº 440.718/RS, DJU, de 16.12.2002). Os mutuários, assustados com os saldos negativos das contas que se abrem com oferta de cheques e empréstimos com outros títulos, recorrem ao Judiciário com o objetivo de verificar a legalidade dos lançamentos que fazem crescer o débito, acusando as instituições de práticas abusivas, como exigibilidade de juros sobre juros (anatocismo), inserção de valores indevidos, taxas elevadas, correção monetária duplicada, acúmulo de comissão de permanência com correção monetária, multas extraordinárias etc.

O juiz depende de perícia para se convencer de que o saldo devedor foi

³² A divergência jurisprudencial não é privilégio do 1º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo. O ilustre professor Eduardo Cambi analisou jurisprudência de vários tribunais a respeito dessa matéria, quando concluiu que deverá prevalecer a posição que inverte o ônus da prova e o ônus do pagamento antecipado “*sob pena de tornar inócuo o sistema protetivo criado pela Lei nº 8.078/90, perpetuando a aplicação de regras anteriores à sua vigência que não podem ser aplicadas subsidiariamente, porque já se mostraram inadequadas e ineficientes para a tutela dos direitos do consumidor*” (“Divergência jurisprudencial. Inversão do ônus da prova e o ônus de antecipar o pagamento dos honorários periciais”, in *RNDJ* 38/18). Acrescento que a tendência dos julgados da Corte paulista é no sentido de transferir para o banco o encargo da perícia, quando ocorre a inversão do ônus da prova (Agln. nº 1.176.389-4, j. 15.04.03, juiz Ricardo Negrão, in *RNDJ* 46/200 e Agln. nº 1.191.225-1, j. em 03.06.03, juiz Itamar Gaino, in *RNDJ* 48/180).

³³ “Os contratos bancários e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça”, *RT* 811/108.

produzido de forma correta e plenamente exigível, isso porque geralmente os elementos dos autos, precisamente os extratos que os bancos juntam, não confirmam a regularidade dos lançamentos. Quando o magistrado determina que se produza a prova contábil para investigar a evolução do débito do cliente, declara a inversão do ônus da prova (artigo 6º, VIII, da Lei nº 8.078/90), determinando que a instituição bancária deposite o salário do perito da pesquisa. Daí o questionamento dos bancos, que não se conformam em pagar essa conta processual.

Lembro que o sempre consultado Theotonio Negrão inscreveu jurisprudência do STJ no sentido de que a inversão significa *“também transferir ao réu o ônus de antecipar as despesas de perícia tida por imprescindível ao julgamento da causa”*.³⁴ Esse precedente ainda não repercutiu de forma decisiva na Corte Paulista, e a dissidência continua. Posicionei-me, com todo o respeito aos que advogam a versão oposta que, nesses casos, não justifica interpretar o incidente processual, de forma a agravar ou onerar a situação do consumidor dentro do processo, principalmente porque a sua hipossuficiência econômica, no caso, é incontroversa. A crise do contrato bancário é de origem social, atingindo, na maioria das vezes, clientes que não estão em condições de saldar seus compromissos; esse estado de insolvência presumida do litigante obriga a concluir pela impertinência da sua responsabilização pela cobertura da perícia. O banco, maior interessado em provar a lisura e transparência da movimentação bancária, não somente deve abastecer o juízo com todos os documentos necessários (cuja juntada poderia até dispensar a perícia, pela auto-suficiência deles como prova robusta — coisa que quase nunca ocorre), como pagar o *expert* que irá subsidiar o juiz com informações técnicas sobre o quantum da dívida bancária.

Quando refleti sobre o tema, lembrei-me da frase de Chiovenda:³⁵ *“la justicia en el proceso no comienza con la decisión: con el inicio mismo de la causa se abre un amplio campo a la justicia distributiva”* — e me convenci de que não transferir, para o banco, logo quando se manda realizar a perícia, a incumbência do custeio da prova que se manda produzir para bem aplicar a inversão do ônus probatório, seria inócua para a política de atuação democrática do processo, aquela que impõe ao juiz o dever de igualar os desiguais,

³⁴ “CPCLPV”, 35ª edição, p. 418, nota ao art. 333, 2.c, citando o REsp. nº 383.276/RJ, j. em 18.06.2002.

³⁵ “Las reformas procesales y las corrientes del pensamiento moderno”, in *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, vol. II, p. 162.

buscando, com isso, a idealização do ponto de equilíbrio da carga probatória, fundamento da justiça real que se busca realizar. Obrigar o titular de conta bancária estourada, com saldo astronômico pendente, a pagar perícia para provar o excesso de acréscimos seria o mesmo que negar acesso à ordem jurídica justa (artigo 5º, XXXV, da CF), exatamente porque a impossibilidade de cumprir o encargo financeiro fatalmente inviabilizará a prova e o exame correto da pretensão deduzida.

Cabe ao juiz formar o processo com isenção e neutralidade, para que se promova justiça com qualidade, segurança e rapidez; esses deveres não se incompatibilizam com a adoção de providências inovadoras e que se justificam para impedir que o processo não cumpra o seu objetivo final. Cumpre utilizar os artigos 130 e 125, I, do CPC, o que, em outras palavras, significa interferir para evitar o que Tereza Alvim³⁶ chamou de “massacre” de uma parte das partes, diante da inferioridade causada pela “desigualdade”: *“A interferência do juiz na fase probatória, vista sob este ângulo, não o torna parcial. Ao contrário, pois tem a função de impedir que uma das partes venha a vencer o processo, não porque tenha o direito que assevera ter, mas porque é economicamente mais favorecida que a outra. A circunstância de uma das partes ser hipossuficiente pode levar a que não consiga demonstrar e provar o direito que efetivamente tem. E o processo foi concebido para declarar, lato sensu, o direito que uma das partes tenha, e não para retirar direitos de quem os têm ou dá-los a quem não os têm.”*

Não é demais registrar que respeitável jurista³⁷ considerou, embora analisando situação de responsabilidade contratual do banco, que *“o contrato do cliente com o banco, sendo um contrato de adesão, em que é incontestável a desigualdade da posição das partes, impõe-se, no caso, uma proteção especial do cliente em relação ao seu banqueiro”*.

Finalizo com a certeza de que não transferir o encargo financeiro nas lides bancárias, quando se inverte o ônus da prova, seria o mesmo que não tutelar adequadamente o consumidor que recorre ao Judiciário em busca de reconhecimento de alguns direitos que, *data venia*, parecem verossímeis. A esse respeito, cabe anotar a posição de Sérgio Bermudes³⁸ sobre a dimensão dessa *“dispensa do consumidor do encargo de prova”*:

³⁶ “Reflexões sobre o ônus da prova”, in *Processo Civil: Estudo em Comemoração aos 20 Anos de Vigência*, p. 248.

³⁷ Arnold Wald. *Estudos e Pareceres de Direito Comercial*, p. 28.

³⁸ *Direito Processual Civil - Estudos e Pareceres*, 3ª série, p. 158.

“Pode-se dizer que o legislador da lei de que agora se tratou adotou, em matéria de prova, a mesma filosofia inspiradora da responsabilidade objetiva de determinadas pessoas, consubstanciada no princípio ubi emolumentum, ibi onus, fazendo recair a obrigação de provar, preferencialmente, na esfera de quem, exercendo atividade de prestação de serviço ou fornecimento de bens, terá menor dificuldade em amearhar elementos necessários ao convencimento dos órgãos jurisdicionais.”

Existem, pois, sólidos fundamentos e ótimos pareceres para decidir a questão em favor do consumidor.

5. Conclusão

Lembro que a jurisprudência não deve servir de motivação ao juiz, sem uma acurada reflexão de sua pertinência para a situação a ser decidida; imperioso conferir a qualidade jurídica dos precedentes colecionados, filtrando, como guias seguros, aqueles análogos emitidos com respeito aos princípios jurídicos constitucionais e que foram bem assimilados pela comunidade, porque a interpretação judicial, para ganhar autoridade moral, *“debe ser aceptada por la opinión pública”*, assinalou o presidente do Tribunal de Apelação de Granada, na Espanha.³⁹ O povo não sabe discernir se a jurisprudência é ou não fonte de direito (Coviello⁴⁰ afirma que não o é, enquanto Miguel Reale⁴¹ defende, entusiasticamente, o caráter de modelo), mas é bem capaz de compreender a justiça de uma sentença.

Uma plêiade de precedentes somente conquista foros de jurisprudência dominante quando consagra princípios unitários, formando um bloco harmonioso de oxigenação da ordem jurídica; com essas virtudes e mantida a coerência do sistema, serve tanto para compor decisões monocráticas de rejeição de recursos que a desafiam, como para receptionar recursos que lutam pela sua soberania (artigos 557, *caput* e 557, § 1º, do Código de Processo Civil). Alcino Pinto Falcão⁴² lembrou que os nossos tribunais colegiados

³⁹ Joaquim Salvador Ruiz Perez. “Interpretación y creación judicial del Derecho. Jurisprudencia sociologica”, in *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, vol. 17, p. 57.

⁴⁰ *Doctrina General del Derecho Civil*, p. 37.

⁴¹ “Jurisprudência e Doutrina”, in *Questões de Direito*, p. 21.

⁴² *Parte Geral do Código Civil*, p. 15.

“nunca se julgaram vinculados aos próprios precedentes, não sendo de se admirar se, numa pesquisa, se vier a deparar o recebimento de teses chocantes, com pequena diferença de dias, senão de menos tempo”.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça não sofre desse ou de outro mal que a comprometa. Não há desordem de idéias e não se acusam os julgados de incidir em erros de direitos e anomalias inexplicáveis. O ilustre professor Ronaldo Cunha Campos, da Faculdade de Direito de Uberaba-MG, entendia que a simples transcrição de julgados talvez não atendesse aos desejos dos operadores do direito, razão por que pretendia, como consultor, contar a história deles e, como se objetou algo semelhante, animo-me a transcrever, pela oportunidade, o que escreveu esse saudoso mestre:⁴³ *“Os precedentes apontados atestam assim a necessidade percebida pelos estudiosos de evitar o divórcio da doutrina e da jurisprudência. De fato, se o jurista se desgarrar da vida forense será levado a construções teóricas distanciadas da sociedade que existe, e isto o conduzirá a propor soluções inviáveis. Esta aproximação, até mesmo com o cotidiano do exercício da magistratura e da advocacia, é indispensável ao jurista como indispensável ao biólogo a intimidade com suas cobaias, ou seus microscópio”.*

Tenho absoluta consciência de que a jurisprudência do TJ-SP não é infalível; os juízes que integram a Corte são dotados de razão e emoção e, por certo, se equivocam, mesmo perseguindo a aplicação do justo, diante de um gigantesco acervo. Para se ter idéia dessa vulnerabilidade, que a humanidade sempre tolerou, porque própria da missão de julgar, cito o caso do turista paulista que adquiriu uma filmadora da marca “Panasonic”, em Miami, no EUA, e, ao desembarcar no Brasil e colocá-la em uso, constatou a sua imprestabilidade. O TJ-SP não admitiu a responsabilidade da licenciada “Panasonic” do Brasil, por entender que o consumidor deveria exigir restituição de produto defeituoso em solo americano. O STJ, no entanto, reconsiderou o julgado e determinou que a sociedade brasileira entregasse produto similar, sem defeito, ao consumidor; sem dúvida, um julgamento afinado com o sistema globalizado (REsp. nº 63.981 SP, DJU de 20.11.2000, relatado pelo ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, *in Informativo semanal ADV*, da COAD, nº 25/2001, verbete nº 97.758). O aresto é pródigo nas características indispensáveis que transformam precedentes em *leading case*, o que já

⁴³ O *Direito Processual na Atualidade*, p. 23.

se prenuncia com os interessantes comentários de Elaine Cardoso de Matos Novais⁴⁴ em favor do julgado.

Não custa lembrar que a retrospectiva apresentada confirma a valorosa contribuição do Judiciário de São Paulo na luta para a predominância do Direito, o que, por si só, constitui estímulo para a nova geração dos magistrados. Os enganos eventualmente praticados em uma plethora descomunal de recursos são excepcionais e quase imperceptíveis. Como juiz de carreira, encerro esse texto com o mesmo sentimento que me dominou quando assinei o compromisso de ingresso na Magistratura paulista: meu inabalável orgulho da Justiça que é aplicada em nosso Estado.

6. Bibliografia

- AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Os Contratos Bancários e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*, vol. 811. RT, maio de 2003.
- ALVIM, Arruda. *A Função Social dos Contratos no Novo Código Civil*, vol. 815, RT, setembro de 2003.
- ALVIM, Teresa Arruda. “Reflexões sobre o ônus da prova”, in *Processo Civil: Estudo em Comemoração aos 20 Anos de Vigência*, coordenação de José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Saraiva, 1995.
- AMARAL JR. Alberto. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. Saraiva (obra coletiva coordenada por Juarez de Oliveira), 1991.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Caracterização Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana*, vol. 797, RT, março de 2002.
- BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto. “Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor”, in *Estudos de Direito Processual em Memória de Luiz Machado Guimarães*, Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- BERMUDES, Sergio. “Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor”, in *Direito Processual Civil – Estudos e Pareceres*, 3ª Série, São Paulo: Saraiva, 2002.
- BULGARELLI, Waldírio. “Direito do Consumidor”, in *O Direito na Década de 1990: Novos Aspectos. Estudos em Homenagem ao Prof. Arnoldo Wald*. São Paulo: RT (obra coletiva), 1992.

⁴⁴ “Mercadoria adquirida no exterior: globalização e a efetiva defesa do consumidor”, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 47, p. 198.

- CALDEIRA, Mirella D'Angelo. "Inversão do ônus da prova", in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 38, RT, abril-junho de 2001.
- CAMBI, Eduardo. "Divergência jurisprudencial. Inversão do ônus da prova e o ônus de antecipar o pagamento dos honorários periciais", vol. 38, Ribeirão Preto: *Revista Nacional de Direito de Jurisprudência*, fevereiro de 2003.
- CAMPOS, Ronaldo Cunha. *O Direito Processual na Atualidade*, Uberaba-MG: Vitória Ltda., 1978.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. "A principalização da jurisprudência através da Constituição", *Revista de Processo*, vol. 98, São Paulo: RT, abril-junho de 2000.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituição de Direito Processual Civil*, tradução de Guimarães Menegale, São Paulo: Livraria Acadêmica-Saraiva, 1942.
- ————. "Las reformas procesales y las corrientes del pensamiento moderno", in *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, tradução de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires: EJE, 1949.
- COMPARATO, Fábio Konder. "A proteção do consumidor: importante capítulo do Direito Econômico, vols. 15/16, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano de 1974.
- COVIELLO, Nicolas. *Doctrina General del Derecho Civil*, tradução de Felipe de J. Tena, México: Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, 1938.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. "Julgamento do mérito em apelação", in *Direito Processual - Inovações e Perspectivas. Estudos em Homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*, São Paulo: Saraiva, 2003.
- FALCÃO, Alcino Pinto. *Parte Geral do Código Civil*, Rio de Janeiro: Editor José Konfino, 1959.
- GOMES, Orlando. "A função social do contrato", in *Novos Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. "Acesso à Justiça e o Código de Defesa do Consumidor", in *O Processo em Evolução*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.
- ————. "Da coisa julgada no Código de Defesa do Consumidor", vol. 33, *Revista do Advogado*, São Paulo: AASP, dezembro de 1990.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da Sentença*, tradução de Alfredo Buzaid e Benvido Aires, Rio de Janeiro: Revista Forense, 1945.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*, tradução de Vera Maria Jacob de Fradera, São Paulo: RT, 1998.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Comentários ao Código de Proteção ao*

- Consumidor*, Saraiva (obra coletiva coordenada pro Juarez de Oliveira), 1991.
- MARANHÃO, Clayton. *Tutela Jurisdicional do Direito à Saúde*, Revista dos Tribunais, 2003.
 - MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo: RT, 1999.
 - MATOS NOVAIS, Elaine Cardoso de. “Mercadoria adquirida no exterior; globalização e a efetiva defesa do consumidor”, vol. 47, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, julho-setembro de 2003.
 - NERY, Nelson Jr. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, Rio de Janeiro: Forense, 1998.
 - ————. “O processo civil no Código de Defesa do Consumidor”, in *Revista de Processo*, Revista dos Tribunais, vol. 61, janeiro-março de 1991.
 - OLIVEIRA JR, Waldemar Mariz de. “Tutela jurisdicional dos interesses coletivos”, in *A tutela dos Interesses Difusos*, São Paulo: Max Limonad, sob coordenação da professora Ada Pellegrini Grinover, 1984.
 - REALE, Miguel. “Função social do contrato”, in *O Estado de S.Paulo*, edição de 22 de novembro de 2003.
 - ————. “Jurisprudência e doutrina”, *Questões de Direito*, São Paulo: Sugestões Literárias, 1981.
 - RUIZ PERES, Joaquim Salvador. “Interpretacion y creacion judicial del derecho, Jurisprudencia sociologica”, vol. 17, in *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, dezembro de 1980.
 - TÁCITO, Caio. “Direito do consumidor”, in *O Direito na Década de 1990: Novos Aspectos. Estudos em Homenagem ao Prof. Arnoldo Wald*. Obra coletiva da Revista dos Tribunais, 1992.
 - TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. Prólogo da obra *Formulario dos Contractos, Testamentos e de Outros Actos do Tabellionato*, de José Homem Corrêa Telles, Rio de Janeiro: B.L. Garnier, 1881.
 - TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A Criação e Realização do Direito na Decisão Judicial*, Rio de Janeiro: Forense, 2003.
 - TUCCI, José Rogério Cruz e Tucci. *Constituição de 1988 e Processo*. Obra em parceria com Rogério Lauria Tucci, Saraiva, 1989.
 - TUCCI, Rogério Lauria. *Constituição de 1988 e Processo*. Obra em parceria com José Rogério Cruz e Tucci, Saraiva, 1989.
 - WALD, Arnoldo. *Estudos e Pareceres de Direito Comercial – 2ª série*, RT, 1979.
 - WATANABE, Kazuo. “Acesso à Justiça e sociedade moderna”, in *Participação e Processo*, São Paulo: obra coletiva da RT, 1988.

- ZULIANI, Ênio Santarelli. “Inversão do ônus da prova na ação de responsabilidade civil fundada em erro médico”, vol. 811, RT, maio de 2003; *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, nº 26, p. 135 e *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência*, vol. 39, p. 18.

Seguro de responsabilidade civil – Legitimidade da vítima do dano para promoção da ação de reparação contra a seguradora – Disciplina da matéria no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor

Urbano Ruiz

JUIZ DO 1º TRIBUNAL DE ALÇADA CIVIL DE SÃO PAULO

SUMÁRIO: 1. Colocação do problema. 2. A orientação jurisprudencial. 3. Novo enfoque, a estipulação em favor de terceiro. 4. A legitimação ativa da vítima frente a seguradora - O novo Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor. 5. A execução contra a seguradora. 6. Conclusão. 7. Bibliografia

1. Colocação do tema

Muitos enfrentam, com freqüência, dificuldades na reparação de danos, dos quais são vítimas, por entenderem que apenas têm ação em face do causador da lesão e não frente à seguradora com quem o infrator tem seguro. Os conflitos seriam resolvidos com maior facilidade e

rapidez se as vítimas pudessem acionar diretamente as seguradoras, sem se voltarem, de início, contra o causador do dano. O contrato de seguro implica garantir interesse legítimo do segurado, de modo a oferecer cobertura aos riscos enumerados na apólice (Código Civil, art. 757). A cobertura, em princípio, por força do vínculo contratual, é deferida ao segurado; daí que ordinariamente as ações são dirigidas contra eles, os segurados, que teriam de denunciar a lide à seguradora, de modo a assegurar o direito de reembolso do que vierem a despendar na indenização do dano (CPC, arts. 70, III e 280). Se eventualmente vierem a falir ou não tiverem recursos ou patrimônio que garantam a execução, tornar-se-á um tormento saber se a vítima pode promover a execução contra a seguradora, ignorando a presença do segurado no processo. Este trabalho pretende, em princípio, trazer algumas luzes sobre o tema, considerando o novo Código Civil.

2. A orientação jurisprudencial

Não é pacífica a jurisprudência sobre o tema. Ora admite a ação direta da vítima contra a seguradora, ora apenas atribui legitimidade passiva ao causador do dano que, em regresso, teria de voltar-se contra a seguradora.

De fato, a obrigação de indenizar, de reparar o dano, sempre foi atribuída ao autor do ilícito. Dispunha, com efeito, o art. 159 do Código Civil de 1960, que, *“aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”*. Na mesma linha orienta-se o art. 927 do novo Código Civil. A obrigação de indenizar, em princípio, é pessoal, individual, nos termos do disposto no art. 1518 do Código Civil anterior (art. 942 do atual), consoante Carlos Roberto Gonçalves, *Responsabilidade Civil*, p. 609. Bem por isso, tem-se decidido que: *“Acidente de trânsito – Ajuizamento contra a seguradora do veículo causador do dano – Ilegitimidade passiva desta reconhecida – Extinção do processo decretada – Sentença mantida”* (1º TACSP, Ap. nº 421.104/90-SP, 4ª Câmara, j. 28.3.90, rel. José Bedran). *“A pretensão do recorrente, no sentido de continuar a seguradora no pólo passivo da relação processual, improspera: ela apenas mantém vínculo jurídico com o segurado (o réu), não diretamente, com o autor, como decidiu a sentença; e, não, como co-ré, solidária”* (1º TACSP, Ap. nº 331.790, 1ª Câmara, j. 9.10.84, rel. Orlando Gandolfo). *“Ilegitimidade ad causam – Ação proposta diretamente contra seguradora de veículo, por pais de vítima de acidente – Impossibilidade – Os autores deveriam se dirigir contra o proprietário do veículo*

acidentado – Recurso improvido” (JTA 191/285). “Ilegitimidade ad causam – Seguro – Responsabilidade Civil – Acidente de trânsito – Evento causado por ladrão que conduzia veículo que colidiu com o carro da vítima – Ajuizamento da ação contra a seguradora – Inviabilidade – Necessidade do acionamento do proprietário do veículo – Carência de ação reconhecida – Recurso improvido” – Processo 0923029-8, 3ª Câmara – Rel. Tércio Negrato – Na mesma linha, a Apelação 0924752-9, do mesmo tribunal, rel. Ariovaldo Santini Teodoro, 7ª Câmara. “Ilegitimidade passiva ad causam – Responsabilidade civil – Acidente de trânsito – Inexistência de relação jurídica entre a agravante e a seguradora para promover ação com base em contrato de que não faz parte – Arts. 1.432 c/c o art. 1.458 e 1.521 do CC – Carência da ação mantida – Agravo de instrumento improvido” – 12ª Câmara, rel. Paulo Eduardo Razuk, que se reporta a vários outros julgados nessa mesma linha. – JTA 188/61. No mesmo sentido, o acórdão da 6ª Câmara do 1º TACSP, rel. Kioitsi Chicuta, que não admitiu execução contra a seguradora, após não localização de bens penhoráveis do devedor (JTA 170/147).

Há precedentes do STJ, contudo, que, em sentido contrário, atribuíram legitimidade ativa ao beneficiário do seguro, frente à seguradora, porque convencionada estipulação em favor de terceiro. Assim, no REsp nº 257.880/RJ, assentou o relator, o min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, que *“a legitimidade para exercer o direito de ação decorre da lei e depende, em regra, da titularidade de um direito, do interesse juridicamente protegido, conforme a relação jurídica de direito material existente entre as partes celebrantes. As relações jurídicas oriundas de um contrato de seguro não se encerram entre as partes contratantes, podendo atingir terceiro beneficiário, como ocorre com os seguros de vida ou de acidentes pessoais, exemplos clássicos apontados pela doutrina. Nas estipulações em favor de terceiro, este pode ser pessoa futura e indeterminada, bastando que seja determinável, como no caso do seguro, em que se identifica o beneficiário no momento do sinistro. O terceiro beneficiário, ainda que não tenha feito parte do contrato, tem legitimidade para ajuizar ação direta contra a seguradora, para cobrar a indenização contratual prevista em seu favor. Tendo falecido no acidente um terceiro beneficiário, legitimados ativos ad causam, no caso, os seus pais, em face da ordem da vocação hereditária”*. Na mesma linha a Apelação Cível nº 0523751-0/SP, do 1º TACSP, que reconheceu legitimidade ativa ao segurado e ao beneficiário para pleitearem, em litisconsórcio, o pagamento de indenização no furto de mercadorias seguradas. Da mesma forma, no Processo 0582276-6-01, rel. Itamar Gaino, que afastou a carência de

ação para admitir a sub-rogação, no pagamento efetuado pela seguradora diretamente ao terceiro, proprietário da carga sinistrada, para permitir à seguradora exigir o reembolso perante o causador do dano.

Na mesma linha, precedente do Tribunal de Justiça do DF, Acórdão nº 139.733, rel. João Timóteo de Oliveira: “*Seguradora de veículo é parte legítima para figurar no pólo passivo que envolve acidentes de veículos, eis que o contrato de seguro é essencialmente de natureza indenizatória e contempla, também, em seu objeto, estipulação em favor de terceiro*”. Assim também decidiu o Tribunal de Alçada do Paraná, no Agravo de Instrumento nº 174415000, rel. Mendes Silva, 6ª Câmara Cível. Tanto o estipulante como o beneficiário teriam legitimidade concorrente para exigir o cumprimento da obrigação.

No mesmo sentido, a 11ª Câmara do 1º TACSP no Agr. Instr. nº 1.182.835-8, rel. Heraldo de Oliveira Silva, admitiu ação de reparação de danos provocados por acidente automobilístico diretamente contra a seguradora, sendo irrelevante que o contrato envolva, apenas, o segurado, causador do acidente, que se nega a usar a cobertura do seguro. Reportou-se, outrossim, ao REsp. nº 228.840-RS, rel. min. Ari Pargendler, por entender, como já dito, que as relações jurídicas oriundas do contrato de seguro não se limitam às partes contratantes, podendo atingir terceiros beneficiários, como ocorre com o seguro de vida ou de acidentes pessoais. Nas estipulações em favor de terceiro, pode esse último ser indeterminado, apenas revelando-se no momento do sinistro. Nessa mesma linha, o REsp. nº 401.718-PR, rel. min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Adotando a mesma fundamentação, a Apel. nº 850.492-9, de Ribeirão Preto-SP, do 1º TAC, também relatada pelo juiz Heraldo de Oliveira Silva, reconheceu legitimidade e interesse ao lavrador na ação indenizatória frente à seguradora, por ter tido o trator furto, alienado fiduciariamente ao banco que o segurara contra furto.

3. Da estipulação em favor de terceiro no contrato de seguro – Novo enfoque

A força vinculante dos contratos, como se sabe, restringe-se às partes, mas o princípio não é absoluto. Terceiros podem ser atingidos. Nessa expressão, **terceiros**, compreendem-se todas as pessoas que não participaram do contrato. Alheios à sua formação, contudo, a eles estendem alguns de seus efeitos.

A estipulação em favor de terceiro opõe-se à regra do Direito Romano segundo a qual *alteri stipulari nemo potest*. A possibilidade de estipular para outrem, entretanto, tem sido admitida em vários contratos: de seguro de vida, constituição de renda e transporte de objetos para terceiros destinatários¹ ou, ainda, nas doações com encargo (art. 553), nas separações consensuais, quando o casal se dispõe a doar aos filhos o patrimônio comum ou, em certos contratos que a Administração Pública atua e inclui cláusulas em favor de pessoas naturais ou jurídica². No seguro de vida, a figura contratual fica bem clara: uma pessoa (estipulante), mediante pagamento de prêmios anuais, consegue da seguradora (promitente) a promessa de pagar a terceiro por ela indicado (beneficiário), por ocasião de seu falecimento, uma certa quantia em dinheiro.³

O novo Código Civil disciplinou o instituto nos arts. 436 a 438. A tendência dominante é no sentido de qualificá-la como contrato, daí a denominação perfeita da doutrina italiana de contrato a favor de terceiro.⁴ Bem por isso, Orlando Gomes define a estipulação em favor de terceiro como contrato por via do qual uma das partes se obriga a atribuir vantagem patrimonial gratuita a pessoa estranha à formação do vínculo contratual. A obrigação assumida pelo promitente pode ser exigida tanto pelo estipulante como pelo beneficiário.

Nela figuram três personagens: o estipulante, o promitente e o beneficiário, esse último alheio à convenção. Trata-se de um contrato *sui generis*, porque a prestação não é realizada em favor do próprio estipulante, como seria natural, mas em benefício de outrem, que não participa da avença. Só se completa no instante em que este aceita o benefício. O terceiro não precisa ser desde logo determinado. Basta que seja determinável, podendo mesmo ser futuro, como a prole eventual. Nem mesmo precisa ter aptidão para contratar, pois não participa do ajuste. Poderá, assim, ser um menor, um herdeiro ou até mesmo uma pessoa indeterminada no instante da celebração do contrato, desde que determinável. A gratuidade do benefício é essencial, não podendo ser imposta contraprestação ao terceiro.

Nos termos do disposto no art. 436 do Código Civil, o que estipula em

¹ Orlando Gomes. *Contratos*, Forense, 15ª ed., p. 164.

² Carlos Roberto Gonçalves. *Sinopses Jurídicas - Direito das Obrigações*, 6º vol, 6ª ed., Saraiva, p. 39.

³ Maria Helena Diniz. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 3º vol. *Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais*, Saraiva, 17ª ed., p. 108.

⁴ Orlando Gomes. *Obra citada*, p. 165.

favor de terceiro pode exigir o cumprimento da obrigação. Acrescenta o parágrafo único que, ao terceiro, em favor de quem se estipulou a obrigação, também é permitido exigí-la. Irrecusável, assim, a legitimação do terceiro, vítima do acidente ou, em lesado pelo inadimplemento da obrigação, para exigir da seguradora a reparação do dano, nos limites da apólice. A legitimação para a causa consiste na coincidência entre a pessoa do autor e a pessoa a quem, em tese, a lei atribui a titularidade da pretensão deduzida em juízo, e a coincidência entre a pessoa do réu e a pessoa contra quem, em tese, pode ser oposta tal pretensão.⁵ Nessa linha, aqueles acórdãos do STJ (REsp's nºs 228.840/RS, 401.718/PR e 257.880/RJ, referidos no Agravo de Instrumento nº 1.182.835-8 da 11ª Câmara do 1º TACSP). Bem por isso, a Apelação Sumária nº 1.055.329-6, da 9ª câmara do 1º TACSP, relatada pelo juiz José Luiz Gavião de Almeida, assentou que, na estipulação, então, como o caso dos autos, a inclusão de terceiro como beneficiário faz com que a relação obrigacional ganhe nova figura, com o ingresso daquele em favor de quem se contratou. “.....a ação para exigir o cumprimento da obrigação se transfere ao beneficiário, sem aliás perdê-la o estipulante. É um caso de despersonalização do vínculo obrigacional, ou, antes, de relação contratual dupla, tendo por ponto de junção o promitente, que contrata com o estipulante realizar uma prestação, que irá cumprir nas mãos do beneficiário” (Clóvis Bevilacqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, observação ao art. 1098). Cumpre aqui destacar que a estipulação em favor de terceiro protege o segurado na medida em que a seguradora assume e cumpre a obrigação de reparar o dano, de indenizar.

4. A legitimação ativa da vítima frente à seguradora – O tratamento da matéria no novo Código Civil O Código de Defesa do Consumidor

Como visto, havia forte corrente jurisprudencial não admitindo a ação de reparação de danos contra quem não foi seu autor, contra quem não lhe deu causa, pois a obrigação de indenizar sempre foi atribuída ao causador do dano.

O atual Código Civil, no entanto, ao disciplinar o contrato de seguro de responsabilidade civil, no art. 787, dispôs que, “no seguro de responsabilidade civil, o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a

⁵ Athos Gusmão Carneiro. *Intervenção de Terceiros*, 2ª ed., Saraiva, p. 25.

terceiro". Acrescentou o § 1º que, "tão logo saiba o segurado das conseqüências de ato seu, suscetível de lhe acarretar a responsabilidade incluída na garantia, comunicará o fato ao segurador". Esclarece o § 4º que "subsistirá a responsabilidade do segurado perante o terceiro, se o segurador for insolvente".

A dicção desta norma legal permite, por evidente, ação direta da vítima contra a seguradora. Como assentado por Ernesto Tzirrulnik, Flávio de Queiroz B. Cavalcanti e Ayrton Pimentel,⁶ a relevância pública da matéria e a impossibilidade de patrimônios individuais atenderem às indenizações implicaram mecanismos como a ação direta da vítima contra a seguradora de responsabilidade civil. Reportaram-se, outrossim, à legislação vigente para explicarem que, na América Latina, especialmente quanto aos seguros facultativos de responsabilidade civil, a ação direta já está incorporada à lei mexicana, boliviana, colombiana, peruana, hondurenha, guatemalteca e é reconhecida de forma pacífica pelos tribunais, independentemente da lei, no Panamá e na Venezuela.

Fundados na experiência, no trato das questões de seguro, explicaram que, nas apólices brasileiras de seguros facultativos de responsabilidade civil e em alguns seguros obrigatórios, como o do transportador, as apólices prevêm que as seguradoras estão obrigadas a reembolsar os segurados das quantias que efetivamente pagarem nas condenações judiciais ou mesmo nos pagamentos extrajudiciais autorizados pelas seguradoras. Mas, em quase todos os casos, os pagamentos são feitos pelas seguradoras diretamente aos terceiros vitimados. Nessa linha, o § 4º do art. 757 do novo Código Civil fez surgir, perante o terceiro, a vítima, um novo responsável pela reparação do dano, que não afasta o original, mas que a ele se sobrepõe para o efeito de indenizar as perdas e danos sofridas. Embora se deva observar que a sobreposição de responsabilidade somente vá até o limite da garantia contratada pelo segurado, não têm dúvidas os autores daquela obra de que a responsabilidade da seguradora se antepõe à do segurado, que remanesce apenas quando não puder operar aquela, em virtude da insolvência da seguradora (obra citada, p. 138). Bem explicam, por isso, que o disposto no § 4º do art. 757 se aproxima da tendência universal sobre a matéria, a saber, o surgimento de um direito próprio da vítima à prestação indenizatória fundada no seguro de responsabilidade civil do responsável. Razoável inferir, assim, que a nova

⁶ Ayrton Pimentel. *O Contrato de Seguro de Acordo com o Novo Código Civil Brasileiro*, 2ª ed., RT, pp. 134 e seguintes.

disciplina dada à matéria teve por objetivo liberar o autor dos danos e atribuir à seguradora a obrigação de indenizar, nos limites da apólice. Não se pode desconsiderar o interesse do segurado, ao firmar o contrato, de manter seu patrimônio indene, transferindo, assim, à seguradora a obrigação de reparar o dano.

O professor Fábio Konder Comparato, autor do substitutivo onde não estavam presentes os §§ 3º e 4º, bem explicou que lhe pareceu conveniente instituir regimes jurídicos diversos, conforme se trate de seguro facultativo ou obrigatório. Nesse último, a causa do contrato deixa de ser o interesse individual da proteção do patrimônio do segurado e passa a ser o interesse social da garantia de indenização aos terceiros vítimas. Em consequência, irrecusável a atribuição de ação direta de perdas e danos, às vítimas, contra a seguradora do responsável (*RDM* 5/141-152 (§ 24)). Veja-se, ainda, do mesmo autor, o professor Fábio Konder Comparato, o trabalho publicado na *RDM* 1/113. A possibilidade dessa ação direta da vítima, do terceiro prejudicado, contra o segurador é tratada pelo art. 206, § 3º, IX, no capítulo em que o novo código disciplina os prazos prescricionais. Lá fala do prazo prescricional no caso de ação da vítima diretamente contra a segurador.

Na mesma linha, Voltaire Marensi⁷ bem explica que o art. 787 do novo Código Civil trata do seguro de responsabilidade civil, transferindo para o segurador o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro.

Em resumo, no seguro facultativo de danos contra terceiros, as vítimas têm ação direta contra as seguradoras para a indenização dos prejuízos, sem que tenham de se voltar contra os causadores do dano. Assim decidiu o STJ no REsp. nº 97.590-RS e também a 12ª Câmara do TJRS, Proc. 70004074225. Poder-se-ia argumentar com as dificuldades na prova e na discussão dos fatos, pelas seguradoras. Não se pode esquecer, contudo, que os segurados estão obrigados a comunicar os fatos, o sinistro à seguradora que, assim, deverá investigá-los, como comumente faz, de modo a coletar provas que a ajudarão na defesa, na ação judicial.

Nessa mesma linha, o Código de Defesa do Consumidor — Lei nº 8.078/90 —, no capítulo III, ao disciplinar as ações de responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços, no art. 101, II, permitiu ao réu que contratou seguro de responsabilidade chamar ao processo o segurador. Nessa

⁷ Voltaire Marensi. *O Contrato de Seguro à Luz do Novo Código Civil*, Síntese Editora, p. 50.

hipótese, a sentença que julgar procedente o pedido condenará o réu nos termos do art. 80 do Código de Processo Civil. Se o réu for declarado falido, o síndico será intimado a informar a existência de seguro de responsabilidade, facultando-se, em caso afirmativo, o ajuizamento da ação diretamente contra o segurador, vedada a denunciação da lide ao Instituto de Resseguros do Brasil e dispensado o litisconsórcio obrigatório com esse. O professor Vicente Greco Filho⁸ enfatiza que o Código utiliza, para a integração da lide, a figura do chamamento ao processo e não a da denunciação da lide, conforme era normalmente admitido no sistema do Código de Processo Civil pela doutrina e jurisprudência. O chamamento ao processo tem por base uma relação de solidariedade, ao passo que a denunciação da lide, uma relação subordinada de garantia, mais adequada, pois, às relações entre segurado e seguradora. Todavia, indicado o chamamento ao processo, ele deve ser o instituto utilizado, isso porque o Código deseja que a sentença condene o réu (no caso, os réus, porque o segurador passou a sê-lo com o chamamento), nos termos do art. 80 do Código de Processo Civil, ou seja, condenação solidária, valendo como título executivo em favor de quem satisfizer a dívida, para exigi-la por inteiro do devedor principal, ou de cada um dos co-devedores a sua cota na proporção que lhes tocar.

É isso que o Código quer, a condenação solidária, sendo evidente, porém, que a condenação da seguradora será até o limite do valor segurado e que a discussão da exclusão do pagamento do segurado, por exemplo, não pode ser introduzida na ação original, porque não concerne ao autor. Por outro lado, se a seguradora paga e quer ressarcir-se do segurado que agiu com culpa grave (se o contrato assim o permitir), não se poderá valer da executividade referida no art. 80 do Código de Processo Civil.

Não se pode perder de vista que *“existem ainda outros compromissos do juiz moderno, entrelaçados com os demais objetivos de sua própria função. Ele deve ter consciência das destinações políticas e culturais do sistema que opera, para que o exercício da jurisdição possa dar efetividade a certos valores relevantes para a sociedade como um todo – valores que se expressam nos chamados escopos do processo. O escopo social de educação para o exercício de direitos próprios e respeito aos direitos alheios aconselham o juiz a dispensar a tutela jurisdicional com a possível celeridade; o escopo político de preservação da moralidade administrativa*

⁸ Vicente Greco Filho. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*, Saraiva, 1991, p. 354.

há de estar presente na condução das ações populares; de um modo geral, o escopo também político de dar efetividade aos valores acatados pelo direito objetivo recomenda plena participação do juiz nos processos sob sua direção, tomando razoáveis iniciativas probatórias, dialogando racionalmente com os litigantes, dispondo medidas urgentes que evitem a consumação de males irremediáveis e capazes de frustrar o exercício útil da jurisdição etc.”⁹

É importante lembrar que a obrigação de indenizar, de reparar o dano, tem por fundamento o universal princípio de que não se pode lesar ninguém (*neminem laedere*). É possível, pois, exigir da seguradora a indenização devida pelo causador do dano, o segurado. O contrato de seguro destina-se, sobretudo, à cobertura dos riscos criados pelo segurado. É preciso, pois, dar outro enfoque à questão. Na reparação de danos provocados por pessoa que tenha contratado o seguro de responsabilidade civil, a ação pode e deve ser dirigida contra a seguradora. Isso ficou claro no novo Código Civil, que acolheu a orientação jurisprudencial referida, do STJ.

5. A execução contra a seguradora

Se a seguradora integra a lide, se é parte no processo, não há qualquer dúvida a respeito da possibilidade de exigir dela, nos limites da apólice, o pagamento da indenização. Assente-se, nesse ponto, que, nos termos do disposto no art. 5º, LIV e LV da Constituição Federal, ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal, no qual se assegure o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Bem por isso, terceiros que venham a ter seus bens penhorados poderão defendê-los por meio dos embargos de terceiro, senhor e possuidor (CPC, art. 1046).

Entretanto, como visto, o Código de Defesa do Consumidor, nas ações de responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços, permite ação direta contra a seguradora e a responsabilidade solidária, no caso de chamamento da seguradora ao processo, quando dirigida a ação apenas ao causador do dano, possibilitando, assim, que o credor execute a sentença contra qualquer deles (Lei nº 8.078/90, art. 101, II e Código Civil, art. 275).

Se a seguradora atuou no processo na qualidade de assistente, viável, igualmente, a execução contra ela, porque litisconsorte da parte

⁹ Cândido Rangel Dinamarco. *Instituições de Direito Processual Civil*, I, Malheiros Editores, p. 61.

principal, sujeitando-se aos mesmos ônus processuais que o assistido (CPC, arts. 52 e 54).

O grande avanço, entretanto, estaria na possibilidade de penhora do crédito que o segurado teria em face dela, por força do contrato firmado. Não há como negar que, firmado o contrato de seguro, terá o segurado direito à indenização nos limites da apólice e das regras que disciplinam o ajuste, ou seja, desde que não agrave o risco e efetivamente tenha provocado o dano, além de ter feito o pagamento do valor do prêmio avençado. É que o art. 655, X do CPC permite a penhora de direitos, de créditos e nada impede, em princípio, a penhora do crédito, do valor da indenização a que o segurado teria direito. O dano deve ser reparado e não de se esgotar as possibilidades de satisfação do julgado, sem fazer da lei uma promessa vazia. O patrimônio do devedor, presente e futuro, salvo as disposições em lei, garante o cumprimento de suas obrigações (CPC, art. 591). Se perdeu, por exemplo, o veículo no acidente, o patrimônio segurado, sem que tenha condições de indenizar os prejuízos provocados, razoável a penhora do crédito que tem junto à seguradora. Assente-se, nesse ponto, a lição de Pedro Alvim ao destacar o fato de geralmente, nas apólices de seguro de responsabilidade civil, figurar a proibição de o segurado denunciar a existência do seguro. *“Segundo nossa apólice padrão, proposta qualquer ação civil, o segurado dará imediato aviso à seguradora, nomeando, de acordo com ela, os advogados de defesa. Embora não figure na ação, a seguradora dará as instruções para seu processamento, intervindo diretamente na mesma, se lhe convier, na qualidade de assistente. Essa questão assumiu novo aspecto entre nós com a publicação do atual Código de Processo Civil que dispõe ser obrigatória a denunciação da lide àquele que estiver obrigado, pela lei, ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda (art. 70, III)”*.¹⁰ O novo Código Civil, no art. 757, impõe à seguradora a obrigação de garantir interesse legítimo do segurado. Se há a obrigação de garantir irrecusável, assim, a denunciação da lide, nos exatos termos do art. 70 do CPC. Se não levada a efeito a denunciação, de modo a obrigar a seguradora a integrar a lide, razoável que, na execução, a penhora recaia sobre os direitos — o crédito que o devedor tem junto à seguradora. Fica, aqui, a proposta, que certamente será amadurecida e mais bem examinada pelos especialistas na matéria.

¹⁰ Pedro Alvim. *O Contrato de Seguro*, 3ª ed., Forense, p. 460.

6. Conclusão

O fato de o causador do dano omitir a existência do seguro ou, no caso de se revelar inadimplente, sem condições de cumprir a obrigação de indenizar, razoável o endereçamento da ação contra a seguradora ou a penhora do crédito decorrente do contrato de seguro, da obrigação de indenizar assumida pela seguradora. Afinal, o contrato foi firmado com o propósito de liberar o segurado da obrigação de indenizar, transferindo-a à seguradora, reduzindo riscos, sem que o tecnicismo impeça o cumprimento da obrigação. O ordenamento não tolera a lesão.

7. Bibliografia

- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de Terceiros*, 2ª ed., Saraiva.
- PIMENTEL, Ayrton. *O Contrato de Seguro de Acordo com o Novo Código Civil Brasileiro*, 2ª ed., RT.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituição de Direito Processual Civil*, I, Malheiros Editores.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Sinopses Jurídicas - Direitos das Obrigações*, 6º vol., 6ª ed., Saraiva.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 3º vol.
- DINIZ, Maria Helena. *Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais*, 17ª ed., Saraiva.
- GOMES, Orlando. *Contratos Forenses*, 15ª ed.
- ALVIN, Pedro. *O Contrato de Seguro*, 3ª ed.
- GRECO FILHO, Vicente. *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*, Saraiva, 1991.
- MARENSI, Voltaire. *O Contrato de Seguro à Luz do Novo Código Civil*, Síntese Editora.

Alterações à disciplina dos artigos 515 e 520 do Código de Processo Civil - Lei nº 10.352, de 28/12/01

Lígia Cristina de Araújo Bisogni

PROFESSORA DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL DA PUC DE CAMPINAS

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Da extensão e profundidade do efeito devolutivo do art. 515, § 3º do CPC. 3. O efeito suspensivo da apelação e a exceção quanto à tutela antecipada concedida na sentença (art. 520, VII). 4. Bibliografia

1. Introdução

O movimento de reforma das leis processuais tem, entre outros objetivos, o de eliminar pontos críticos do processo que contribuem, sensivelmente, para o retardamento da prestação jurisdicional.

Por conseguinte, a preocupação do moderno processualista diz respeito à chamada “efetividade do processo”, que encerra, mais que tudo, a própria existência do processo.

Não se pretende, nos limites da presente abordagem, enfrentar o tema da instrumentalidade do processo, que, por sua vez, significa núcleo e síntese dos movimentos pelo aprimoramento processual.¹

¹ Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *A Instrumentalidade do Processo*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 22.

É com base nesse cenário que a comunidade jurídica assiste, desde aproximadamente o início da década de 90 (Lei nº 8.038 de 29/05/90), e, mais precisamente, ao final de 1994 (Lei nº 8.950 de 13/12/94), alterações significativas ao sistema recursal civil, as quais criam restrições ao uso dos correspondentes remédios, que, sem ferir o princípio do reexame, visam garantir uma maior utilidade das decisões jurisdicionais.

Com base nessas considerações, surgem as recentes inovações contempladas na Lei nº 10.352/01, diploma que representa avanço, capaz de atribuir maior efetividade aos processos.

O cerne do presente trabalho refere-se aos efeitos devolutivo e suspensivo, que, segundo o novo modelo dos mandamentos legais, respectivamente, artigos 515 e 520, recebem um tratamento diverso daquele até então prestigiado no nosso sistema.

A título, apenas, de localização dos conceitos, vale lembrar que, na palavras do sempre atual professor José Carlos Barbosa Moreira: *“Todos os recursos admissíveis produzem um efeito constante e comum, que é o de obstar, uma vez interpostos, ao trânsito em julgado da decisão impugnada (cf. o art. 467). Ao lado desse, que ocorre sempre, dois são os efeitos em geral mencionados como produzíveis pela interposição de recurso: o suspensivo e o devolutivo. (...) Diz-se que o recurso tem efeito suspensivo quando sua interposição impede a produção imediata dos efeitos da decisão. (...) Diz-se que o recurso tem efeito devolutivo quando a sua interposição transfere ao órgão ad quem o conhecimento da matéria apreciada no grau inferior de jurisdição”*.²

O tema objetiva, portanto, uma análise sobre as implicações práticas que resultarão das aludidas inovações, sem, com isso, afastar-se da efetividade do processo, garantia fundamental de boa justiça.

2. Da extensão e profundidade do efeito devolutivo do art. 515, § 3º do CPC

Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da	Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da
--	--

² Cf. José Carlos Barbosa Moreira. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, Forense, 1974, pp. 205, 206 e 207.

<p>matéria impugnada. § 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro. § 2º Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais.</p>	<p>matéria impugnada. § 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro. § 2º Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais. § 3º Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.</p>
---	---

De imediato, torna-se imperioso ressaltar que, dentre todos os remédios recursais, a apelação é o que tem, sem dúvida, o efeito devolutivo, quer no que tange à matéria impugnada, objeto do recurso, quer com relação aos fundamentos da decisão guerreada.

A tradição do nosso Direito, em observância ao efeito devolutivo, jamais permitiu ao órgão *ad quem* o pronunciamento fora dos limites da matéria impugnada, restringindo-se as apelações contra sentenças terminativas (art. 267 do CPC) apenas ao reexame da ocorrência, ou não, das hipóteses que autorizam o trancamento da via judicial.

A propósito, antes da inovação legislativa que ora se examina, se a sentença apelada era terminativa, vedado ao tribunal qualquer cognição sobre a lide, sob pena de violação das normas dos artigos 463, 515, *caput*, ambos do CPC, e demais dispositivos processuais que consagram princípios fundamentais do processo civil, destacando-se o princípio do dispositivo.

Todavia, a inserção do § 3º entre as hipóteses do art. 515, que tratam da extensão e profundidade do efeito devolutivo, sem dúvida, modifica substancialmente a configuração do referido efeito.

A intenção do legislador processual, de imediato, merece aplausos, se interpretada como meio de redução no tempo de vida do processo, prestigiando, *ipso facto*, o princípio da economia processual, mesmo que tal hipótese legal, quando concretizada, implicará exceção ao efeito devolutivo (*tantum devolutum quantum appellatum*).

Aqui, têm-se alguns inconvenientes, os quais merecem atenção do intérprete. De, plano vale ressaltar que o efeito devolutivo limita o conhecimento da matéria impugnada; proíbe a reforma para pior (*reformatio in pejus*); impede modificar o pedido ou causa de pedir (observância aos limites da lide).

Todavia, ousou assinalar que a adoção da exceção legal ao efeito devolutivo poderá, em hipótese concreta que lhe permita o integral cabimento, isto é, nos exatos termos da proposta do legislador (“...a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento”), gerar distorções e inconvenientes contrários à celeridade processual e à própria economia processual, finalidade da reforma.

Assim, se imaginada a hipótese do recurso contra sentença de extinção sem julgamento do mérito manejado pelo autor do processo, que, inconformado, se socorreu ao tribunal, e o julgamento no órgão *ad quem* propiciar-lhe um resultado desfavorável, qual seja a improcedência da ação, tal resultado, por estar sujeito *a res iudicata*, impedirá que a ação seja novamente intentada (art. 268, *caput*, do CPC), característica marcante das sentenças terminativas.

De outro lado, a hipótese, também, pode ser analisada sob o ângulo do recurso instaurado pelo réu, ou terceiro legitimado, que, em face de sentença terminativa (art. 267, CPC), desafia recurso de apelação, preenchendo, para tanto, os pressupostos de admissibilidade, em especial, interesse de agir, neste destacando-se a utilidade e proveito, e, por força das disposições do § 3º do mandamento legal em destaque, caso o resultado do julgamento de mérito seja contrário aos interesses do réu apelante, vê-se que a nova solução, dados seus contornos, foi pior.

Sem dúvida, se verificadas essas situações, por força do recurso interposto, a *reformatio in pejus* se operou, possibilitando o prolongamento da relação processual.

O princípio da proibição da *reformatio in pejus* no nosso sistema processual já ocupou juristas da autoridade do saudoso Pontes Miranda,³ do

³ Cf. Pontes de Miranda. *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo VII, 1975, p. 174, 180, 214.

mestre carioca José Carlos Barbosa Moreira,⁴ bem como todos aqueles que se dedicaram ao estudo do processo civil brasileiro, a exemplo de Nelson Nery Jr.,⁵ Luiz Rodrigues Wambier,⁶ além do mestre de todos esses jovens estudiosos que tiveram a oportunidade de se lançarem no mundo da pesquisa; invoco, neste singelo trabalho, a figura marcante e brilhante do Professor Arruda Alvim,⁷ que, com relação ao princípio em destaque, assinala “... *que nunca, em função do seu próprio recurso, a parte que recorreu poderá vir a ser prejudicada, isto é, não deverá ver piorada, pelo julgamento do seu recurso, a sua situação jurídica, tal como conste da sentença (ou da decisão precedente)*”.

Mais que isso não se faz necessário para comprometer a aplicação, sem reservas, do mandamento insculpido no § 3º do artigo 515, eis que o julgamento do mérito (da lide), nas referidas condições, só poderá ocorrer se (e nunca se assim não for) o resultado for favorável para o recorrente. Em outras palavras, se recorrente o autor, espera-se a procedência da ação, de modo a acolher o pedido; sob outro ângulo, a vedação da *reformatio in pejus* também poderá ocorrer, na hipótese em que o réu, ao apelar da sentença de extinção sem julgamento do mérito (hipótese rara, porém, não impossível), possibilitar, repita-se, pela incidência da nova regra processual, julgamento de mérito que acolha o pedido do autor.

Por essa razão, acentue-se que o princípio da proibição da *reformatio in pejus* integra e convive em harmonia com o princípio do dispositivo e o legislador deveria, para evitar distorções e em prol da tão clamada efetividade do processo, evitar a introdução de regras com as quais a almejada celeridade do processo resultará conflito capaz de fomentar uma protelação que anteriormente não havia.

Talvez, a título de sugestão, a regra do § 3º poderia condicionar sua incidência, apenas, na hipótese de o resultado do julgamento atender ao fim perseguido pelo recorrente — para o autor, a procedência do pedido e, com referência ao réu, por certo, a rejeição da lide.

⁴ Cf. José Carlos Barbosa Moreira. Ob. cit., pp. 336 a 345.

⁵ Nelson Nery Jr. *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*, 1990, p. 199.

⁶ Luiz Rodrigues Wambier. *Curso Avançado de Processo Civil*, 3ª ed., 2000, p. 638.

⁷ Arruda Alvim. “Anotações sobre a teoria geral dos recursos”, na coletânea *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis de Acordo com a Lei 9.756/98*, São Paulo, 1999, p. 61.

3. O efeito suspensivo da apelação e a exceção quanto à tutela antecipada concedida na sentença (art. 520,VII)

<p>Art. 520 A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo. Será, no entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que</p> <p>I- Homologar a divisão ou a demarcação.</p> <p>II- Condenar à prestação de alimentos.</p> <p>III- Julgar liquidação de sentença.</p> <p>IV- Decidir o processo cautelar.</p> <p>V- Rejeitar liminarmente embargos à execução ou julgá-los improcedentes.</p> <p>VI- Julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem.</p>	<p>Art. 520 A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo. Será, no entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que</p> <p>I- Homologar a divisão ou a demarcação.</p> <p>II- Condenar à prestação de alimentos.</p> <p>III- Julgar liquidação de sentença.</p> <p>IV- Decidir o processo cautelar.</p> <p>V- Rejeitar liminarmente embargos à execução ou julgá-los improcedentes.</p> <p>VI- Julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem.</p> <p>VII- Confirmar a antecipação dos efeitos da tutela.</p>
--	---

A doutrina especializada não se cansa de aplaudir a presença no nosso ordenamento jurídico do instituto da tutela antecipada, regra que, engendrada no artigo 273 do Diploma Processual Civil, serve, sem dúvida, como uma verdadeira arma contra os males corrosivos do tempo no processo, conforme assinalou o Professor Cândido Rangel Dinamarco,⁸ em seu livro *A Reforma do Processo Civil*, escrito no período da *vacatio legis* do diploma processual (Lei nº 8.952 de 13 de dezembro de 1994).

De outro lado, sem perder de vista a real intenção dos presentes comentários, o instituto, antecipação da tutela, embora inovador e bem intencionado, não foi suficiente para evitar a ocorrência de danos irreparáveis, ou de difícil reparação, advindos dos efeitos dos próprios recursos que taxativamente

⁸ Cândido Rangel Dinamarco. *A Reforma do Processo Civil*, 1995, p. 138.

compõem o sistema processual, os quais, quando desafiados contra decisões judiciais que concedem a tutela antecipada, irradiam a suspensividade, comprometendo a função satisfativa da antecipação.

Se isso não bastasse, a *praxis* forense nos revela uma situação que, quero crer, conflita com a real intenção do legislador, autor da Lei nº 8.952/94, que inseriu o referido instituto, com o objetivo, sem dúvida, de municiar o juiz de instrumento eficaz à tutela imediata, de modo que essa fosse preferencialmente concedida no curso do processo e antes da sentença, daí um dos pressupostos para concessão reclamar um juízo de verossimilhança. Ora, na medida em que esgotada a atividade probatória, surgirá a certeza e, embora louvável a outorga antecipada da tutela, de antecipação já não mais se trata, conforme adverte o processualista gaúcho, professor Araken de Assis,⁹ cujas palavras servem como luva para a premissa destes comentários: *“Colhida a prova ao juiz compete proferir sentença, e, neste caso, nada mais antecipará — a ‘antecipação’ do art. 273 é um provimento anterior à sentença, no procedimento e no tempo, tanto que o processo prosseguirá até final julgamento, a teor do art. 273, § 5º — e, por força da inibição à eficácia do ato, decorrente da previsão de recurso suspensivo (art. 520), se revelaria inócua eventual disposição ‘antecipatória’ na própria sentença. E antecipar o juiz pouco antes da sentença, nas condições anteriores, em ato apenas formalmente autônomo, é reprovável burla da lei”* (mantido o destaque original do texto transcrito).

Por conseguinte, superada a fase de adaptação do novo expediente processual, a concessão da “antecipação” da tutela no bojo da sentença é medida comumente adotada e não há pesquisa que possa, com segurança, afirmar se em número maior àquelas concedidas no curso do processo, em caráter liminar.

Sobre o tema da antecipação da tutela e a adoção de tão esperado instituto, importantes os comentários despendidos por José Carlos Barbosa Moreira,¹⁰ que acentuou a falta de dados e pesquisa sobre a aplicabilidade do referido mandamento, lembrando que: *“Desconhece-se a existência de estatísticas que revelem com segurança a sorte das modificações operadas em nosso processo civil. No caso, por exemplo, ninguém sabe ao certo sequer a percentagem de processos em que se requereu a medida, e, desses, em quantos foi ela concedida, em*

⁹ Araken de Assis. “Anotações sobre a teoria geral dos recursos”, na coletânea *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis de Acordo com a Lei 9.756/98*, São Paulo, 1999, p. 29.

¹⁰ José Carlos Barbosa Moreira, “Antecipação da Tutela, algumas questões controvertidas”, *RePro* 104-109.

quantos foi denegada. Conhecer tais números seria o mínimo indispensável para fundar sobre a inovação um juízo de valor que aspire à seriedade”.

Sem dúvida, coroado de razão o comentário do ilustre professor, todavia, vale adiantar que, considerando as recentes alterações legislativas no âmbito recursal, não desprezo a existência de um número significativo de recursos de agravo de instrumento instaurado contra essa medida (antecipação da tutela), concedida, por certo, na maioria das vezes, no bojo da sentença, fator preponderante para reforma, objetivando atender o clamor da comunidade jurídica e afastar a polêmica que o efeito suspensivo, próprio do recurso de apelação, produz naquelas hipóteses em que a antecipação é concedida somente no instante da sentença.

Ora, se a tutela antecipada for, como se almeja, concedida no curso do processo, o recurso previsto para reexame e reforma da aludida decisão não comporta discussão, pois o remédio apropriado é o agravo (instrumento/retido), segundo o art. 522 do CPC, assegurando ao recorrente a possibilidade, inclusive, de obter o efeito suspensivo (artigo 527, inciso III c/c 558, ambos do CPC).

De outro lado, se a antecipação de tutela for concedida no corpo da sentença, segundo o tratamento que lhe reservou a nova redação do artigo 520, inciso VII, a princípio, o efeito suspensivo da apelação não a atinge, de modo que o legislador buscou eliminar a polêmica gerada com relação à concessão de medida antecipatória de efeitos de tutela (art. 273 CPC) e o recurso de apelação, que, produzindo, em regra, o efeito suspensivo, impede a fruição da tutela ao beneficiário da mesma.

A sentença é una e, como tal, se o recurso contra ela gera o efeito suspensivo, evidente que o provimento antecipado fica sobrestado, razão pela qual essa situação, na prática, e até recentemente, nenhuma vantagem trazia para a parte beneficiada com a outorga antecipada da tutela, medida que exigiu uma nova previsão legal, conforme a inclusão da hipótese do inciso VII ao elenco do artigo 520 do *codex* supramencionado.

Todavia, urge asseverar que o legislador adota o termo “confirmar”, que, na terminologia jurídica, “...possui sempre a significação de reafirmar ou aprovar ato ou fato, anteriormente anotados”,¹¹ logo, o efeito suspensivo só poderá

¹¹ De Plácido e Silva. *Vocabulário Jurídico*, Rio Janeiro, 1984, p. 504.

ser obstado caso a apelação seja instaurada contra sentença que contenha, no seu corpo, a tutela antecipatória, cuja correspondente decisão (interlocutória) já tenha sido proferida anteriormente, isto é no limiar do processo.

Em outras palavras, se proferida no curso do processo, com a possibilidade de ter sido atacada por eventual recurso (agravo), e, na hipótese de manutenção daquela ordem, no momento da sentença final, não restará ao julgador, se for o caso de manutenção, senão confirmá-la, de sorte que o recurso cabível — apelação —, mesmo que, em regra, possua o efeito suspensivo, não afetará a referida decisão antecipatória.

De outro lado, quer parecer que, para as hipóteses em que a concessão antecipada da tutela for, pela primeira vez, obtida somente na sentença, não mais de confirmação se trata e, para quem sofre os efeitos da medida (normalmente o réu, vencido; salvo nas hipóteses de tutela antecipada concedida a favor do reconvinte), não há por que não admitir o uso de recurso cabível para afastá-los, ou, ao menos, reexaminá-los com brevidade, que, independentemente da apelação (e agora mais ainda), deverá valer-se do remédio do Agravo de Instrumento.

Nem se diga que essa interpretação fere o princípio da singularidade, vez que a decisão acima (sentença que contemple, pela primeira vez, a decisão de antecipação da tutela) é cindível e, como tal, cada uma delas desafia um tipo de recurso.

O sistema vigente, ainda, reforça o entendimento acima com adequação harmônica ao uso do agravo de instrumento, nos exatos termos do artigo 523, § 4º.

A nova prescrição legal, por certo, servirá de alerta para o julgador de primeiro grau que, prestigiando o comando do artigo 273, na sua essência e finalidade precípua, concederá a tutela antecipadamente no limiar do processo.

Assim procedendo, permitirá, desde logo, a interposição do agravo com conseqüente julgamento pelo órgão *ad quem*, ou, caso não instaurado o remédio próprio no momento adequado, a preclusão será inevitável, e, como tal, a sentença que *confirmar a antecipação dos efeitos da tutela* desafiará unicamente o recurso de apelação, sem comprometer a efetividade do processo e, ainda, possibilitando a execução provisória dos efeitos antecipadamente concedidos, nos exatos termos do artigo 521, segunda parte, cuja providência é perfeitamente admissível.

O entendimento acima não rompe com a *ratio essentia* contida na exposição de motivos e Projeto de Lei nº 3.474, que originou a Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001, pois, com referência à inclusão do inciso VII, objeto do presente comentário, como uma das exceções à não-concessão de efeito suspensivo, justifica-se pelo fato de que, nesses casos, os efeitos da tutela antecipada já terão sido efetivados.

Essa justificativa confirma que o legislador idealiza a aplicação do artigo 273 no curso do processo, tendo possibilitado, conforme supra, o reexame, se for o caso, da referida decisão.

As questões argüidas no presente trabalho, longe de passar em revista todos os conceitos e princípios informativos sobre tão delicado tema, que, certamente, mereceu da Comissão formada por juristas,¹² membros da Escola Nacional da Magistratura e Instituto Brasileiro de Processo Civil, atenção especial, sempre voltada para a finalidade única da reforma, atingir os ideais de justiça, conciliando rapidez, segurança e efetividade.

A análise perpetrada é fruto da experiência forense, sem, com isso, comprometer a estrutura jurídica dos mandamentos legais inseridos no ordenamento, procurando, na medida do possível, harmonia e compatibilidade com o sistema.

Se o tempo de vida do processo¹³ continua a atormentar a Justiça, não menos perigoso o surgimento de enunciados que, em prol de uma rapidez, retiram do litigante a oportunidade do reexame de decisões que não encerram o que há de melhor em tema de exemplo de justiça.

É bem verdade que o uso abusivo de remédios recursais acarreta gravíssimos inconvenientes, conforme asseverado pelo professor da Faculdade de Direito da USP, dr. José Rogério Cruz e Tucci (nota nº 14), todavia, restringir-lhes a aplicação, ou, tal qual adotou a reforma, atribuindo-lhes efeitos diferenciados que variam de acordo com a hipótese atacada, pode amenizar a

¹² Comissão constituída em 1991 para estudar o problema da morosidade processual e propor soluções objetivando a simplificação do Código de processo Civil, coordenada pelos drs. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Athos Gusmão Carneiro (§ 2º do Projeto de Lei nº 3.474, em Nº 274, Brasília, 12 de julho de 2000, de autoria do ministro da Justiça, dr. José Gregori).

¹³ O professor José Rogério Cruz e Tucci, que, além de jurista, agrega aos seus estudos a experiência da militância na advocacia, esclarece: "O fator tempo, que permeia a noção de processo, constitui, desde há muito, o principal motivo da crise da justiça, uma vez que a excessiva dilação temporal das controvérsias vulnera ex radice o direito à tutela jurisdicional, acabando por ocasionar uma série de gravíssimos inconvenientes para as partes e para comunhão social" ("Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal", *RePro* 66/73)

crise, o que, por si só, já é um grande avanço conforme adiantado ao início do presente trabalho.

4. Bibliografia

- ARRUDA ALVIM, José Manoel. “Anotações sobre a teoria geral dos recursos”, na coletânea *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis de Acordo com a Lei 9.756/98*, 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- ASSIS, Araken. “Anotações sobre a teoria geral dos recursos”, na coletânea *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis de Acordo com a Lei 9.756/98*, 1ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1974.
- “Antecipação da Tutela, Algumas Questões Controvertidas”, *RePro*, 104/109, 2001.
- *O Juízo de Admissibilidade no Sistema dos Recursos Cíveis*, 1ª ed., Rio de Janeiro: 1968.
- *Novo Processo Civil Brasileiro*. 18ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*, 1ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.
- *A Reforma do Processo Civil*. 1ª ed., São Paulo: Malheiros, 1995
- MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação da Tutela*, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997.
- *Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado da Lide e Execução Imediata da Sentença*, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MARINONI, Luiz Guilherme & ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*, 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- NERY JR., Nelson. *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*, 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil (de 1973)*, Tomo VII, 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1975.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 8ª ed. Rio Janeiro, Forense 1984.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. “Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal”, *RePro* 66/73.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues *Curso Avançado de Processo Civil*, vol. I, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

A administração da Justiça Federal nos Estados Unidos da América*

Peter J. Messitte

JUIZ DISTRITAL DO ESTADO DE MARYLAND (USA) E PRESIDENTE DO GRUPO DE TRABALHO PARA A AMÉRICA LATINA E CARIBE, DO COMITÊ DE RELAÇÕES JURÍDICAS INTERNACIONAIS, DA *JUDICIAL CONFERENCE OF THE UNITED STATES OF AMERICA*

SUMÁRIO: 1. Alguns comentários gerais. 2. A Suprema Corte. 3. Introdução à administração da Justiça Federal. 4. Conferência judicial. 5. O Escritório Administrativo dos Tribunais Federais. 6. O Centro Judicial Federal. 7. Crítica

Como sempre, é um prazer estar entre amigos em Brasília. Ao longo dos anos, temos nos encontrado tantas vezes que voltar para cá é como voltar para casa.

Eu gostaria de fazer uma menção especial ao meu prezado amigo ministro Ari Pargendler, coordenador-geral da Justiça Federal e diretor do Centro de Estudos Judiciários. Há 37 anos, quando eu era um jovem advogado morando em São Paulo, a Embaixada dos Estados Unidos solicitou que eu coordenasse um programa de direito comparado para estudantes de direito brasileiro. O programa, que durou dois dias, foi um sucesso.

E, sem dúvida, o maior destaque entre os participantes era um jovem advogado gaúcho chamado Ari Pargendler. Suas observações eram

* Palestra realizada em março de 2004, em Brasília, no IV Congresso sobre Administração da Justiça Federal, promovido pelo STJ.

profundas e sua personalidade, cativante. Nunca me esqueci dele.

Quando nos encontramos anos depois e soube que ele se tornara ministro do Superior Tribunal de Justiça, não me surpreendi. Era uma realização digna de um jovem de destaque. Então, ministro Ari, eu o saúdo. É um prazer estar em sua companhia novamente.

Agora a verdadeira história: em agosto do ano passado (2003), eu participei de um programa juntamente com o ministro Pargendler em São Paulo, tratando de liberdade de expressão, um programa que contou com a participação de editores de jornais e de presidentes de Tribunais de Justiça de vários Estados do Brasil. Nas minhas considerações preliminares àquele grupo, contei a mesma história sobre como conheci o ministro Pargendler como um brilhante estudante do Direito, como contei aos senhores.

Pouco depois, o ministro Ari me disse, *“Peter, se você prometer contar a mesma história aos meus colegas da Justiça Federal, eu o convidarei para vir a Brasília para se dirigir ao Quarto Congresso sobre Administração da Justiça Federal”*.

E cá estou.

Claro que estou brincando.

Eu conto essa mesma história sobre o ministro Pargendler porque ele é realmente uma pessoa e jurista brilhante e merece todos esses elogios.

Permitam-me voltar ao tema desta noite, que é a Administração da Justiça Federal nos Estados Unidos. Trata-se de um tema que alguns dos senhores já conhecem, por terem visitado o Escritório Administrativo dos Tribunais Federais, em Washington, assim como o Centro Judicial Federal, e tenho certeza de que alguns dos senhores se lembram do dr. Russell Wheeler que é o vice-diretor do Centro, e que conheceram em ocasiões anteriores.

Mas penso que a maioria dos senhores não está tão familiarizada com a estrutura administrativa da nossa Justiça Federal, e, dessa forma, vamos tratar desse tema desde o início.

1. Alguns comentários gerais

Inicialmente eu gostaria de lembrar que nós temos um sistema de tribunais federais, semelhante ao dos senhores, com juízos de primeira instância

(cortes distritais), tribunais de apelação regionais e, no topo da pirâmide, a Suprema Corte dos Estados Unidos. Não temos nada equivalente ao Superior Tribunal de Justiça, uma vez que todos os assuntos constitucionais e questões referentes às leis ordinárias federais são julgados pela Suprema Corte.

Nós temos 94 cortes distritais, divididas entre os 50 Estados e o Distrito de Columbia; cada Estado tem pelo menos uma corte distrital e alguns têm, obviamente, mais de uma. Há 12 tribunais regionais de apelação, e um tribunal de apelação especializado que julga questões envolvendo propriedade intelectual, ações contra o governo etc.

Em 2002, existiam 665 juízes distritais, 179 juízes nos diversos tribunais de apelação e nove ministros na Suprema Corte. (Tínhamos também 324 juízes de falência e 540 magistrados em período integral ou semi-integral, além de alguns tribunais especializados, como o Tribunal de Comércio Internacional, o Tribunal de Reclamações Federais, o Tribunal de Impostos, cada um com seus próprios juízes, mas, para não me estender, não falarei hoje sobre esses tribunais e juízes.)

Pelo fato de a constituição americana garantir independência judicial e estabelecer a separação de poderes entre as três esferas do Governo Federal, o Judiciário Federal não está sujeito ao controle ou poder administrativo do Presidente, do Departamento de Justiça, nem das outras agências do Poder Executivo. Em teoria, o Judiciário Federal também não está sujeito ao controle do Congresso.

O Judiciário (sempre me referindo à Justiça Federal) tem legislação própria para sua auto-regulação — incluindo seus próprios órgãos de política judiciária e órgãos administrativos, em níveis nacional, regional e local. O Judiciário tem seu próprio orçamento, que não está sujeito à revisão pelo Departamento de Administração e Orçamento do Poder Executivo. Os tribunais, na sua maioria, não estão sujeitos às normas do Poder Executivo, incluindo-se seus funcionários, que não fazem parte do serviço público do governo.

Entretanto, operacionalmente falando, o Judiciário não está completamente independente dos demais poderes. Algumas leis e alguns regulamentos do Executivo referem-se ao Judiciário, incluindo-se certos regulamentos administrativos referentes a procedimentos financeiros, a compras e à administração de bens. Tradicionalmente, as instalações dos tribunais

são construídas e mantidas pelo Poder Executivo, que também cuida da segurança nos tribunais.

Há, ainda, o Congresso. A Constituição estabelece apenas a existência da Suprema Corte, e de *“tribunais inferiores que o Congresso pode de tempos em tempos criar e instalar”*. Assim, é o Congresso que determina como e quando criar tribunais inferiores, suas jurisdições e estruturas, que fixa o salário dos juízes federais, e estabelece o orçamento anual do Judiciário através de apropriações. E, como os senhores sabem, se o Congresso desejar pressionar ou retaliar o Judiciário, ele pode fazê-lo através de seu poder econômico, ou através de normas que restrinjam a jurisdição dos tribunais.

2. A Suprema Corte

A Suprema Corte que exerce a função recursal sobre os tribunais federais inferiores, e sobre assuntos federais de tribunais estaduais, não supervisiona, pelo menos no que diz respeito aos ministros, as operações administrativas dos tribunais federais inferiores. O presidente da Suprema Corte, por outro lado, tem uma certa autoridade sobre os tribunais federais inferiores, que eu descreverei em breve. A Suprema Corte tem sua própria estrutura administrativa e política e não está sujeita à autoridade da Conferência Judicial. A Suprema Corte tem sua própria contabilidade separada do orçamento geral do Judiciário Federal.

A Suprema Corte também tem autoridade legal para estabelecer regulamentos de prática e procedimento, e regras sobre provas para os tribunais federais inferiores. No entanto, é a Conferência Judicial dos Estados Unidos que recomenda essas regras e alterações à Suprema Corte, que as adota ou rejeita como bem entende.

O presidente da Suprema Corte, separadamente da própria Corte, tem uma certa autoridade supervisora sobre as operações administrativas dos tribunais inferiores. Ele é o presidente *ex-officio* da Conferência Judicial, que determina a política para os tribunais inferiores, que descreverei em breve, e ele é também o chefe do Sistema Judiciário Federal. Ele nomeia o presidente e os membros de todos os comitês da Conferência Judicial. Ele também nomeia o diretor e o vice-diretor do Escritório Administrativo dos Tribunais

Federais, preside o Conselho do Centro Judicial Federal e nomeia três dos seus sete membros.

O presidente da Suprema Corte também tem a última palavra na designação de juízes a outras Cortes, inclusive juízes de primeira e segunda instância para atuarem temporariamente em outros Tribunais de Apelação.

3. Introdução à administração da Justiça Federal

Existem três características fundamentais da administração da Justiça Federal que apresento à consideração dos senhores:

- O judiciário federal é um ramo separado e independente do governo, que tem autoridade legal para administrar suas próprias atividades, contratar e pagar funcionários e manter seu próprio orçamento.
- A administração do judiciário federal é bastante descentralizada. A Conferência Judicial dos Estados Unidos estabelece políticas nacionais e aprova o orçamento do judiciário, mas cada juízo tem uma substancial autonomia local.
- Os juízes são responsáveis pelo judiciário em todos os níveis e estabelecem políticas para a administração das cortes. Os administradores das cortes são contratados pelos juízes e a eles se reportam.

Irei descrever de maneira mais detalhada os principais órgãos que compõem a Administração da Justiça Federal mais adiante, mas vou esboçar genericamente os diferentes órgãos existentes e depois detalhar os mais importantes.

Como pode ser visto no organograma que foi distribuído, o principal órgão do Judiciário Federal é a Conferência Judicial dos Estados Unidos, que estabelece as políticas administrativa e legislativa da Justiça Federal. O presidente da Suprema Corte é o presidente da Conferência, composta pelos presidentes de cada tribunal regional, um juiz de primeira instância eleito por cada tribunal regional, e o juiz presidente do Tribunal de Comércio Internacional. A maior parte das atividades da Conferência Judicial é feita através de comitês.

O Escritório Administrativo dos Tribunais Federais atua como Secretariado da Conferência Judicial, preparando e administrando os orçamentos

dos tribunais federais, mantendo seu quadro de funcionários, coletando estatísticas referentes aos trabalhos dos tribunais, fornecendo equipamentos, manuais e publicações aos vários distritos, e dando apoio aos comitês da Conferência Judicial.

O Centro Judicial Federal é responsável pelo treinamento dos juízes e dos funcionários das cortes e também por coordenar investigações e estudos relacionados à administração da justiça.

A Comissão para Imposição de Penas é uma agência do poder judiciário, criada pelo Congresso, para “*estabelecer políticas e procedimentos relacionados à imposição de penas pelo sistema penal federal*”, incluindo a indicação de linhas norteadoras para a imposição das penas. Dentre os seus sete membros, pelo menos três são juízes federais selecionados pelo presidente da Suprema Corte após consultar uma lista de nomes preparada pela Conferência Judicial.

Existem doze Tribunais Regionais Federais. Em cada região geográfica há um Conselho Judicial, que supervisiona a administração das cortes da região, conforme as decisões da Conferência Judicial. Cada Conselho Judicial é presidido pelo presidente do Tribunal Regional e composto por um número igual de juízes de segunda instância e juízes de primeira instância. Cada Conselho Judicial nomeia um executivo que trabalhará juntamente com o presidente coordenando uma gama de assuntos administrativos da região.

Cada Conselho está autorizado por lei a emitir ordens individuais aos juízes e aos funcionários. Como parte de sua responsabilidade, a fim de garantir que as cortes estejam operando de maneira eficaz, o Conselho Judicial revê as políticas e ações das cortes locais em assuntos referentes a disputas trabalhistas, seleção de jurados, defesa para réus indigentes, acúmulo de processos e regras processuais locais para o contencioso. Os Conselhos também têm autoridade para aprovar os pedidos de exceção às regras nacionais quanto a quadro de funcionários, a recursos e a despesas. O Conselho pode ser chamado para resolver problemas que não puderam ser resolvidos pelo presidente do tribunal regional ou pela corte local.

A responsabilidade do dia-a-dia da administração judicial fica a cargo das 94 cortes distritais. Cada corte tem a responsabilidade, por lei e por prática administrativa, de contratar seu diretor geral e seus funcionários, e de administrar suas próprias atividades. Ainda, através do programa de

descentralização orçamentária do judiciário, a cada juízo foi delegada uma substancial responsabilidade orçamentária e administrativa.

Cada corte distrital tem um juiz diretor do foro, que além, de atuar nos processos, tem responsabilidades administrativas relacionadas às operações da corte. O juiz diretor do foro é geralmente o juiz mais antigo do juízo. Os juízes dos juízos distritais não podem ter mais de 65 anos para se tornarem juiz diretor do foro. Eles podem ocupar o cargo de juiz diretor do foro por, no máximo, sete anos, desde que não passem de 70 anos de idade.

O juiz diretor do foro de cada corte tem o papel de liderança no monitoramento das atividades da corte, promovendo sua eficiência e assegurando bons serviços ao público. O juízo distrital opera como órgão colegiado, e importantes decisões de política são tomadas por todos os juízes do juízo trabalhando em conjunto sob a liderança do juiz diretor do foro.

Com essa introdução e devido ao nosso tempo, vou limitar as observações mais detalhadas aos três órgãos que podem ser de maior interesse para o trabalho do Conselho de Justiça Federal do Brasil, que são: a Conferência Judicial, o Escritório Administrativo dos Tribunais e o Centro Judicial Federal.

4. Conferência judicial

Como mencionado, a Conferência Judicial dos Estados Unidos é o órgão regulamentador central e a voz nacional do Judiciário. No entanto, não tem autoridade total para emitir ordens sobre a administração do judiciário e juízos individuais. Na maior parte dos casos, ela recomenda instruções que são submetidas à Suprema Corte. É formada por 26 membros.

O presidente da Suprema Corte é o presidente da Conferência Judicial e se reúne duas vezes ao ano com o Presidente de cada um dos 13 Tribunais Regionais de Apelação e um juiz distrital de cada uma das 12 regiões, eleitos por todos os juízes vitalícios da região.

A Conferência Judicial supervisiona e direciona o diretor do Escritório Administrativo dos Tribunais Americanos na execução de uma grande série de funções administrativas e gerenciais; aprova o orçamento do Judiciário preparado e apresentado pelo diretor do Escritório Administrativo; realiza estudos abrangentes sobre as atividades e sobre as cortes federais, e prepara

planos para o envio de juízes às regiões ou distritos onde forem necessários. A Conferência também apresenta sugestões e recomendações às várias cortes, a fim de promover a uniformidade de procedimentos administrativos e condução eficiente das atividades das cortes.

A Conferência é a principal ligação entre o Judiciário e o Congresso. Às vezes, prepara propostas legislativas de interesse do Judiciário e as apresenta ao Congresso. A Conferência também apresenta comentários sobre certas propostas legislativas que afetariam os tribunais e auxilia a implementação da legislação do Congresso promulgando regulamentos, linhas mestras e políticas juntamente com o diretor do Escritório Administrativo.

A Conferência mantém um estudo contínuo das operações e efeitos das regras gerais de prática e processo e recomenda à Suprema Corte mudanças ou emendas a essas regras.

Também atua nos casos que lhe são enviados pelos Conselhos Regionais, referentes a processos por mau comportamento ou impedimento contra juízes, e estabelece regras para a condução de processos relacionados ao mau comportamento e impedimento de juízes.

A Conferência Judicial ainda trata de uma variedade de outros assuntos que afetam os juízes e as relações entre si, incluindo, entre outros, recomendações quanto ao número de juízes magistrados (suplentes) e juízes de falência e escrivães. Também tem a responsabilidade de estudar assuntos tais como planos de automação para o Judiciário e remuneração para advogados de defesa conforme a Lei de Justiça Criminal.

A Conferência atua através de 19 comitês, que são criados de acordo com os diversos assuntos. Todos os membros do comitê são nomeados pelo presidente da Suprema Corte e aproximadamente 300 dos 1.000 juízes federais dos Tribunais de Apelação e dos Juízos Distritais atuam nos comitês. Os membros atuam por um período de 3 anos, podendo ser reconduzidos anualmente até um máximo de 6 anos no comitê. Tais comitês reúnem-se pelo menos duas vezes ao ano e fazem recomendações à Conferência Judicial, relativamente às áreas de sua responsabilidade.

Os comitês da Conferência Judicial incluem, entre outros, um Comitê Executivo; comitê de regras de processo civil e processo criminal; comitê de automação e tecnologia; comitê de administração de falências; comitê de

código de conduta; comitê de administração de cortes e gerenciamento de processos; comitê de direito penal; comitê de relações internacionais e judiciais; e comitê de segurança e instalações. Em outubro passado, completei um mandato de 6 anos no Comitê de Relações Internacionais e Judiciais, onde chefiava o Sub-Comitê para a América Latina e o Caribe.

Diferentemente dos conselhos judiciários de diversos países da América Latina, a Conferência Judicial não atua na seleção de juízes federais — os juízes vitalícios são nomeados pelo presidente sujeitando-se à aprovação do Senado.

5. O Escritório Administrativo dos Tribunais Federais

O Escritório Administrativo, criado em 1939, fornece serviços essenciais administrativos, financeiro-legal, programação e serviços de tecnologia da informação aos tribunais federais. O Escritório Administrativo (conhecido pelas iniciais A.O. – *Administrative Office*) fornece suporte e assessoria de pessoal à Conferência Judicial e seus comitês, implementa e executa políticas da Conferência Judicial, assim como certas leis e regulamentos, e facilita as comunicações entre o Judiciário e o Congresso, e entre o Poder Executivo e o público em nome do Judiciário.

O A.O. também realiza estudos e planejamentos a longo prazo para o Judiciário e, entre outras coisas, emite procedimentos administrativos e formulários para serem usados nas cortes, bem como manuais e outras publicações. O A.O. é responsável por preparar e submeter relatórios especiais e anuais ao Congresso e cuida da equipe de funcionários e dos serviços de folha de pagamento para os juízes, assim como para outros funcionários dos juízes. Além de compilar estatísticas e atuar na sua análise, está envolvido na execução e formulação do orçamento e é responsável pela contabilidade dos desembolsos e funções de auditoria.

Também tem a responsabilidade de cuidar das instalações e da segurança das cortes através de ligação com o Poder Executivo, incluindo a Administração dos Serviços Gerais e o Serviço Federal de Marshals. Entre suas atividades mais recentes, podemos citar estudos relacionados à automação e tecnologia e o treinamento de juízes e funcionários em relação aos assuntos operacionais e de automação.

Como mencionado, o Escritório Administrativo é chefiado por um diretor, que é nomeado pelo presidente da Suprema Corte, que pode delegar suas funções a juízes e outros funcionários em condições e termos apropriados.

O A.O. tem um orçamento anual de aproximadamente US\$66 milhões empregando mais de 900 funcionários. Sua organização inclui uma seção de gerenciamento e operações incluindo auditoria; um Escritório da Secretaria Executiva da Conferência Judicial; um Escritório de Assuntos Legislativos; um Escritório de Assuntos Públicos; um Escritório Administrativo de Serviços de Defensoria Pública; um Escritório de Instalações e Segurança; um Escritório de Finanças e Orçamento; um Escritório de Recursos Humanos e Estatísticas; um Escritório de Informações e Tecnologia; um Escritório de Serviços Internos; um Escritório de Programas de Juízes.

6. Centro Judicial Federal

O Centro Judicial Federal, criado pelo Congresso em 1967, dedica-se à pesquisa e à educação. Tem uma existência independente dentro do sistema judiciário federal. Com um orçamento anual da ordem de US\$ 21 milhões, tem aproximadamente 135 funcionários permanentes. Tem um Conselho de Administração formado por nove membros, presidido pelo presidente da Suprema Corte, com a participação do Diretor do A.O. e mais sete juízes nomeados pelo presidente da Suprema Corte. O Diretor do Centro e o seu vice são nomeados pelo Conselho.

A principal responsabilidade do Centro é a de promover o desenvolvimento e a adoção de melhorias na administração da Justiça nas cortes federais. Suas obrigações específicas são:

- 1) realizar pesquisas sobre a organização, operação e história das cortes federais, incluindo a prestação de assistência à Conferência Judicial e seus comitês; e
- 2) realizar e promover programas educacionais e de orientação para o treinamento de juízes federais, assim como para funcionários e terceiros.

Assim, o Centro realiza programas de orientação para novos juízes,

programas de educação continuada para juízes que já estão em serviço e programas especiais para juízes sobre assuntos como propriedade intelectual, litígios complexos e Direito Ambiental. O Centro também mantém uma rede de televisão judiciária federal que transmite programas educacionais informativos a mais de 280 foros e a outros locais judiciais equipados com antenas. Essa é a forma que mais tem sido usada para os programas educativos do Centro. O Centro também prepara inúmeros manuais, relatórios de pesquisas e programas de mídia, assim como mantém um *website*, onde estão disponíveis vários materiais dos cursos, além de memorandos.

Alguns dos senhores, sem dúvida, sabem por experiência própria que o Centro Judicial Federal tem muitos contatos com juízes e juristas dos outros países. A cada ano, o Centro proporciona informação a vários visitantes de diversos países do mundo que visitam Washington, fornecendo uma introdução ao sistema jurídico e legal americano, assim como informações sobre atividades educativas e de pesquisa do Centro. O Centro também realiza seminários educativos para juízes e funcionários do judiciário estrangeiros e mantém um programa para pesquisadores judiciais estrangeiros, pelo qual um pequeno número de juízes e estudiosos do direito de outros países permanecem no Centro por um a 6 meses, para estudar o sistema jurídico e legal americano e conhecer os vários programas do Centro.

7. Crítica

Apresentei uma noção geral sobre a estrutura da administração da Justiça Federal nos Estados Unidos.

A questão principal é: Funciona?

Como juiz federal que mantém um contato contínuo com vários componentes do sistema, meu ponto de vista é que tudo parece funcionar razoavelmente bem. A Conferência Judicial me mantém, assim como os outros juízes, informado sobre suas atividades. O Escritório Administrativo cuida dos meus assuntos pessoais, inclusive o pagamento de meu salário em forma regular. E constantemente solicita ao Congresso um aumento de salários para os juízes federais, o que é sempre bom.

O Centro Judicial Federal é eficiente ao mandar materiais que me sejam particularmente interessantes.

E, ao longo dos anos, tenho conversado com algumas das principais pessoas do sistema e posso dizer que eles concordam que o sistema funciona bastante.

Como disse, o nosso sistema não é totalmente integrado e talvez não pareça muito bonito em um organograma. Mas a história explica os motivos pelos quais ele é dessa forma. O Centro Judicial Federal foi tornado independente do Escritório Administrativo, segundo a teoria de que qualquer agência que pesquisa e critica o Judiciário não deve fazer parte da própria instituição que pesquisa e critica. Há também uma razão sutil para fazer o Centro independente. Porque ele se dedica à educação e pesquisa e, se fosse custeado por uma grande organização, num eventual corte de despesas, seria o primeiro a ter seu orçamento diminuído. Pensou-se, assim, que, se o Centro tivesse um orçamento independente da A.O., esses cortes seriam mais difíceis de acontecer (fato de certa forma comprovado historicamente).

Dito isso, houve momentos de tensão entre os componentes. Certa vez, a Conferência Judicial discordou do Centro em certos assuntos. O Centro estava recomendando a gravação eletrônica de todos os procedimentos nas cortes enquanto a Conferência defendia o uso de estenógrafos. Em outra ocasião, o Centro recomendou o uso de câmeras na sala de audiências enquanto a Conferência Judicial era contra. De outra vez, o Centro pesquisava alguns assuntos que a Conferência Judicial considerava inapropriados, mas não realizava pesquisas nas áreas que a Conferência tinha como importantes. Eventualmente as coisas se acertaram. O presidente da Suprema Corte nomeou um comitê para estudar o assunto e, como resultado da recomendação do comitê, ficou estabelecido que o Centro não poderia tomar atitudes contrárias às da Conferência Judicial e que seus projetos de pesquisa deveriam estar em sintonia com os projetos da Conferência Judicial e com as necessidades de seus comitês. E isso tem ocorrido nos últimos anos.

Claro que alguns desentendimentos e “pequenas batalhas” persistiram e há os que defendem que as operações devam ser fundidas. A resposta, acredito, é que em todos os órgãos governamentais algumas questões são inevitáveis: Quem vai fazer? Quem vai ser o chefe de quem? Quem vai obter os

fundos? Desde que as coisas andem bem — e há um consenso de que andam bem —, não há necessidade de se reorganizarem. E desde que não haja pressão externa para tal reorganização, ela não acontecerá. Mesmo assim, acredito que somos suficientemente pragmáticos para, se surgir uma dificuldade, voltar ao assunto e reconsiderar.

Caso isso ocorra, espero poder vir ao Conselho da Justiça Federal, em Brasília, para obter aconselhamento.

Escola Paulista da Magistratura

Normas para publicação de artigos na “Revista”

1. Os trabalhos devem estar acompanhados de disquete e respectiva impressão, com indicação de unitermos, ou palavras-chave.
 - 1.1 É recomendável o uso do processador Microsoft Word. Se, no entanto, for empregado outro processador, os arquivos deverão estar gravados no formato RTF (*Rich Text Format*), de leitura comum a todos os processadores de texto.
 - 1.2 Recomenda-se o uso, como fonte, do Time New Roman, corpo 12, com espaço de 1.5.
 - 1.3 Os trabalhos hão de ser precedidos de folha onde constem o título do trabalho, o nome do autor (ou autores), endereço, telefone, fax e e-mail, bem como situação acadêmica, títulos, instituições a que pertença e principal atividade exercida.
 - 1.4 A bibliografia final deve obedecer às normas técnicas em vigor.
2. Não serão publicados trabalhos:
 - 2.1 com menos de quinze, ou com mais de quarenta páginas impressas;
 - 2.2 em língua estrangeira, exclusivamente; salvo a língua espanhola;
 - 2.3 já publicados em periódicos de grande circulação no meio jurídico;
 - 2.4 relativos a sentenças, acórdãos ou votos, desacompanhados de comentários;
 - 2.5 que sejam meras reproduções de pareceres ou discursos;
 - 2.6 em que o autor se sirva de pseudônimo.
3. Não se publicará também mais de um trabalho do mesmo autor, no mesmo número.
4. Ao destinar o trabalho a publicação, o autor cede e transfere todo direito patrimonial ou de utilização econômica à Escola Paulista da Magistratura.
5. Não é devida nenhuma remuneração pela cessão e publicação de trabalhos.
 - 5.1 O autor receberá, de modo gratuito, dois exemplares da “Revista” em cujo número seu trabalho tiver sido publicado.
6. O trabalho, recebido para seleção, não será devolvido.

Coordenação Geral
Des. Antonio Carlos Malheiros

Coordenação Editorial
Carlos César Costa Lacerda

Capa
Escola Paulista da Magistratura

Diagramação
Ameruso Artes Gráficas

Revisão
Onélia Salum Andrade

Formato Fechado
150 x 210 mm

Tipologia
AGaramond, Frutiger

Papel
Capa: Cartão Revestido 250g/m²
Miolo: Offset Branco 90g/m²

Acabamento
Cadernos de 16pp.
costurados e colados - brochura

Tiragem
3.500 exemplares

impressão e acabamento

imprensaoficial

Maio de 2004

