

REVISTA JURÍDICA

**da Seção Judiciária
de Pernambuco**

REVISTA JURÍDICA

**da Seção Judiciária
de Pernambuco**

**Número 5
2012**

PUBLICAÇÃO DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DE PERNAMBUCO

Juíza Federal Diretora do Foro
JOANA CAROLINA LINS PEREIRA

Juiz Federal Vice-Diretor do Foro
CÉSAR ARTHUR CAVALCANTI DE CARVALHO

Diretora da Secretaria Administrativa
ANNA IZABEL FURTADO DE MIRANDA LUNARDELLI

Juízes Federais Integrantes do Conselho Editorial
DANIELLE SOUZA DE ANDRADE E SILVA – Diretora do Conselho Editorial
FRANCISCO ANTONIO DE BARROS E SILVA NETO
CAROLINA SOUZA MALTA
FREDERICO AUGUSTO LEOPOLDINO KOEHLER

Bibliotecária
MARIA DE LOURDES CASTELO BRANCO

Secretário da Revista
FILIPE ISHIGAMI

Revisão de Texto:
JOSÉ HONÓRIO DA SILVA FILHO
MARCELO SCHMITZ

Capa
MARCELO SCHMITZ

Editoração Eletrônica
LIGIA REGIS CAMINHA

Endereço: Justiça Federal de Primeira Instância
Seção Judiciária de Pernambuco
Av. Recife, 6250 – Jiquiá
CEP: 50.865-900, Recife-PE
www.jfpe.gov.br

É permitida a reprodução parcial dos artigos, desde que citada a fonte.
Os trabalhos publicados nesta Revista foram gentilmente cedidos pelos autores.

Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco / Seção Judiciária de Pernambuco. n. 4 (2011) Recife, 2011

Anual

ISSN 1984 - 512X

1. Direito – Periódico. 2. Doutrina. 3. Justiça Federal – Pernambuco.

CDU 34(05)

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca desta Seção Judiciária

Composição do Tribunal Regional Federal da 5ª. Região

Presidente

Desembargador Federal **Paulo Roberto de Oliveira Lima**

Vice-Presidente

Desembargador Federal **Rogério de Meneses Fialho Moreira**

Corregedor

Desembargador Federal **Vladimir Souza Carvalho**

Diretor da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região

Desembargador Federal **Manoel de Oliveira Erhardt**

Desembargador Federal **José Lázaro Alfredo Guimarães**

Desembargador Federal **José Maria de Oliveira Lucena**

Desembargador Federal **Francisco Geraldo Apoliano Dias**

Desembargadora Federal **Margarida de Oliveira Cantarelli**

Desembargador Federal **Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti**

Desembargador Federal **Luiz Alberto Gurgel de Faria**

Desembargador Federal **Paulo Roberto de Oliveira Lima**

Desembargador Federal **Paulo de Tasso Benevides Gadelha**

Desembargador Federal **Francisco Wildo Lacerda Dantas**

Desembargador Federal **Marcelo Navarro Ribeiro Dantas**

Desembargador Federal **Manoel de Oliveira Erhardt**

Desembargador Federal **Vladimir Souza Carvalho**

Desembargador Federal **Rogério de Meneses Fialho Moreira**

Desembargador Federal **Francisco Barros Dias**

Desembargador Federal **Edilson Pereira Nobre Júnior**

Composição da Seção Judiciária de Pernambuco

Juízes Federais:

Roberto Wanderley Nogueira
Francisco Alves dos Santos Júnior
Edvaldo Batista da Silva Júnior
Ubiratan de Couto Mauricio
Élio Wanderley de Siqueira Filho
Hélio Sílvio Ourem Campos
Nilcéa Maria Barbosa Maggi
Frederico José Pinto de Azevedo
Joana Carolina Lins Pereira
Francisco Antônio de Barros e Silva Neto
César Arthur Cavalcanti de Carvalho
Tarcísio Barros Borges
Ara Cárita Muniz da Silva
Amanda Torres de Lucena Diniz Araújo
Bruno Leonardo Câmara Carrá
Francisco Glauber Pessoa Alves
Arthur Napoleão Teixeira Filho
Danielle Souza de Andrade e Silva Cavalcanti
Tiago Antunes de Aguiar
Georgius Luís Argenti Príncipe Credídio
José Baptista de Almeida Filho Neto
Carolina Souza Malta
Jorge André de Carvalho Mendonça
Flávio Roberto Ferreira de Lima
Frederico Augusto Leopoldino Koehler
Roberta Walmsley Soares Carneiro Porto de Barros
Daniela Zarzar Pereira de Melo Queiroz
Polyana Falcão Brito
Marília Ivo Neves
Allan Endry Veras Ferreira
Leopoldo Fontenele Teixeira
Kylce Anne Pereira Collier de Mendonça

Juízes Federais Substitutos:

Thalynni Maria Freitas De Lavor

José Moreira da Silva Neto

Paulo Roberto Parca de Pinho

Joaquim Lustosa Filho

Claudio Kitner

Rodrigo Vasconcelos Coelho de Araújo

Flávia Tavares Dantas

Ethel Francisco Ribeiro

Marcelo Honorato

Temístocles Araújo Oliveira

Mateus de Freitas Cavalcanti Costa

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

Membro do Conselho Editorial 13

ARTIGOS

DO PROCESSO CIVIL COOPERATIVO: REDIMENSIONAMENTO DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO MARCO TEÓRICO DO NEOPROCESSUALISMO

Adelle Maria Vital Constantino Monteiro Soares 15

O AMICUS CURIAE E SUA PARTICIPAÇÃO NO SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO

Bruno Colodetti e Rubens Campana Tristão 37

SEGURO GARANTIA JUDICIAL

ASPECTOS PROCESSUAIS E MATERIAIS DE UMA FIGURA AINDA DESCONHECIDA

Gustavo de Medeiros Melo 78

O PAPEL DO JUIZ NA TENTATIVA DE PACIFICAÇÃO SOCIAL

A IMPORTÂNCIA DAS TÉCNICAS DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO

José Herval Sampaio Júnior 105

A CRISE DE EFICÁCIA DO TIPO PENAL DE LAVAGEM DE DINHEIRO PROMOVIDA POR “ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS”

Katherine Bezerra Carvalho 143

OS DIREITOS DO CONSUMIDOR E OS ORGANISMOS GENETICAMENTE MODIFICADOS

Leonardo Estevam de Assis Zanini 191

RESPONSABILIDADE CIVIL DIFUSA E EXPLORAÇÃO DO PRÉ-SAL BRASILEIRO

Leonio José Alves da Silva 223

A AVIAÇÃO MILITAR ESTADUAL E A INTERPRETAÇÃO CONFORME O ART. 107 DO CBA: OBEDIÊNCIA AO PACTO FEDERATIVO

Marcelo Honorato 249

A FAZENDA PÚBLICA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL <i>Marco Aurélio Ventura Peixoto</i>	270
O ATIVISMO JUDICIAL PROBATÓRIO NO PROCESSO PENAL E SUA APLICABILIDADE AO SISTEMA DE PERSECUÇÃO ACUSATÓRIO : ASPECTOS RELATIVOS À LEI 11.690/2008 E AOS PROJETOS DE LEI 8.045/2010 E 7.987/2010 <i>Maria Veronica Amorim de Brito</i>	297
O TRIBUNAL DE JUSTIÇA EUROPEU E SEU PAPEL DETERMINANTE PARA A CONSOLIDAÇÃO DO DIREITO COMUNITÁRIO <i>Mariana Yante Barrêto Pereira e Alexandre Pereira da Silva</i>	328
ASPECTOS FUNDAMENTAIS DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE E SUA CONFIGURAÇÃO EM FACE DO ATUAL SISTEMA PROCESSUAL CIVIL <i>Tiago Antunes de Aguiar</i>	355

APRESENTAÇÃO

Passados cinco anos desde o lançamento do volume inicial da Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco, chegou a hora de apresentarmos ao público o seu quinto número.

A revista está constituída de trabalhos escritos por profissionais das mais diversas áreas de atuação do Direito e oriundos de vários Estados da Federação além de Pernambuco, como Espírito Santo, Rio Grande do Norte e São Paulo, o que bem demonstra o seu alcance e a divulgação.

Foram inúmeros os artigos enviados, o que tornou bastante difícil o trabalho de seleção pelo Conselho Editorial, na mesma medida em que gratificante, devido à qualidade dos textos.

O leitor encontrará neste número trabalhos de inegável relevância prática, versando sobre temas pouco explorados na doutrina brasileira – como a atuação do *amicus curiae* no âmbito da OMC; o seguro garantia judicial; os direitos do consumidor e os organismos geneticamente modificados; a responsabilidade civil e a exploração do pré-sal brasileiro; o papel do Tribunal de Justiça Europeu para a consolidação do direito comunitário – e sobre temas antigos revisitados com maestria – como os que tratam do papel do juiz na tentativa de pacificação social e da exceção de pré-executividade. Por fim, o leitor será brindado com artigos escritos *de lege ferenda*, analisando projetos de lei ainda em estudo no Congresso Nacional, como a Fazenda Pública no novo Código de Processo Civil e os aspectos probatórios do processo penal relativos à Lei nº 11.690/2008 e aos projetos de Lei nº 8.045/2010 e nº 7.987/2010.

Assim, é com alegria que se pode constatar a consolidação definitiva da Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco como um importante veículo de divulgação de estudos jurídicos, de caráter fundamental para o aprimoramento dos juízes federais, servidores, estagiários, enfim, de todos que compõem a Justiça Federal.

O Conselho Editorial agradece à Direção do Foro pelo apoio imprescindível para a continuidade da revista, aos servidores que colaboraram na sua elaboração, aos autores dos trabalhos e à comunidade jurídica como um todo, pela boa acolhida que tem dispensado ao periódico.

Que venham os próximos números, pois o trabalho não pode parar!
Desejamos a todos uma leitura proveitosa.

Frederico Augusto Leopoldino Koehler
Membro do Conselho Editorial

DO PROCESSO CIVIL COOPERATIVO: REDIMENSIONAMENTO DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO MARCO TEÓRICO DO NEOPROCESSUALISMO

Adelle Maria Vital Constantino Monteiro Soares

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Recife – UFPE.
Pós-Graduanda em Direito Civil e Direito Processual Civil pela UNICOC.
Servidora Pública Federal da JFPE.

RESUMO: O Direito Processual Civil Brasileiro passa por uma nova fase metodológica em sua evolução. Sob o referencial teórico do neoprocessualismo, evidencia-se a Constituição como ponto de partida para a compreensão e aplicação do Direito Processual. Vislumbra-se no contraditório, além da dimensão tradicionalmente destacada de ciência necessária e reação possível, uma relação direta com a participação, a democracia e a legitimidade das decisões judiciais. A demonstrar que a discussão começa a extravasar o limite teórico e encontrar ressonância prática, aponta-se a adoção pelo projeto do novo Código de Processo Civil de um modelo cooperativo de processo.

PALAVRAS-CHAVE: Neoprocessualismo; Princípio do Contraditório; Redimensionamento; Cooperação; Democracia.

SUMÁRIO: 1. Considerações introdutórias. 2. Do pensamento jurídico contemporâneo e da constitucionalização do direito processual: breves considerações. 3. Do Neoprocessualismo: atual fase metodológica do Direito Processual Civil. 3.1 Fases metodológicas do Direito Processual Civil. 3.2 Neoprocessualismo e Formalismo-valorativo. 4. Da interface entre Neoprocessualismo e Democracia:

o princípio do contraditório. 4.1 O princípio do contraditório: esboço histórico. 4.2 Redimensionamento do princípio do contraditório: o princípio da cooperação. 4.2.1 Dimensão clássica do contraditório: aspecto formal. 4.2.2 Dimensão atual do contraditório: garantia de influência e de não-surpresa. 5. Do Processo Civil Cooperativo. 5.1 Modelos processuais civis: isonômico, assimétrico e cooperativo. 5.1.1 O papel do juiz no modelo cooperativo. 5.2 O novo Código de Processo Civil e a adoção de um modelo cooperativo de processo. 5.3 O contraditório e a questão da celeridade. 6. Considerações finais. 7. Referências.

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

O Direito Processual Civil Brasileiro passa por uma nova fase metodológica em sua evolução. Sob o referencial teórico do neoprocessualismo, o estudo colima uma revisão do conceito de contraditório enquanto princípio constitucional, revelando-se uma nova dimensão contida nesse princípio. Tal dimensão, conforme será exposto, mostra-se essencial a uma adequação democrática do processo civil.

Dentre as premissas utilizadas como fundamentos para o estudo, evidencia-se a Constituição como ponto de partida para a compreensão e aplicação do Direito Processual, a qual fora elevada à categoria de padrão normativo principal dentro dos ordenamentos jurídicos na atualidade.

De maneira específica, aborda-se o princípio do contraditório, em sua visão clássica e, posteriormente, sob uma ótica neoprocessualista, atendendo-se ao referencial teórico adotado.

A superação do binômio ciência necessária e reação possível como únicos elementos conceituais do contraditório resta assentada, vislumbrando-se no contraditório, além dos valores tradicionais elencados, uma relação direta com a participação, a democracia e a legitimidade das decisões judiciais.

Acentua-se o contraditório segundo um padrão processual participativo, sendo mencionados os deveres processuais próprios de um processo cooperativo, identificando-se o juiz como um dos sujeitos submetidos ao contraditório.

Ainda, aponta-se a adoção pelo projeto do novo Código de Processo Civil de um modelo cooperativo de processo, a demonstrar que a discussão começa a extravasar o limite teórico e encontrar ressonância prática.

Em suma, com o presente texto, pretende-se fixar que a base constitucional para a construção de um processo cooperativo, informado

pelo neoprocessualismo, é o princípio do contraditório em seu aspecto dinâmico.

2. DO PENSAMENTO JURÍDICO CONTEMPORÂNEO E DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL: BREVES CONSIDERAÇÕES

Antes de qualquer reflexão em torno do princípio do contraditório e do modelo cooperativo de processo, é fundamental a fixação das premissas teóricas e valorativas que norteiam o presente estudo. Nesse sentido, cumpre fazer uma breve análise sobre o pensamento jurídico contemporâneo e o fenômeno da constitucionalização do processo.

O pensar o Direito deve se submeter a uma atualização a fim de que a sua efetivação não se afaste da realidade. Sempre que necessário, o repertório teórico do operador do Direito deve ser reconsiderado, buscando evitar que o pensamento jurídico fique engessado ou refém de institutos inadequados para solucionar fenômenos contemporâneos.

Do ponto de vista histórico, percebe-se que, a partir da segunda metade do século XX, houve uma transformação da metodologia jurídica. Como bem salienta Eduardo Cambi (2007), relevantes transformações se concretizaram no Direito Constitucional contemporâneo a partir da 2ª Guerra Mundial. Após a derrota dos regimes totalitários, em face dos abusos praticados pelo Estado, a defesa dos direitos e garantias fundamentais do cidadão tornou-se imperiosa, passando a dignidade da pessoa humana a ser o núcleo axiológico da tutela jurídica.

Os reflexos das transformações constitucionais na Europa produziram, ainda que um pouco mais tarde, efeito no Brasil. No Direito Pátrio, o advento da Constituição Federal de 1988 marcou historicamente a transição para um Estado Democrático de Direito (CAMBI, 2007).

Quanto ao aspecto filosófico, ensejador de mudanças na compreensão e aplicação do Direito, Luís Roberto Barroso (2007, p. 336) esclarece que:

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua

interpretação. O pós positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana.

Com efeito, as experiências históricas, sociais e políticas implicaram mudanças paradigmáticas no pensamento jurídico. Houve uma superação do legalismo estrito, e da identificação do Direito com a lei, priorizando-se o uso dos valores como elemento de interpretação, e conferindo aplicabilidade aos princípios (DAMASCENO, 2010).

Nesse contexto, a expressão “neo” (novo) permite chamar a atenção do operador do direito para tais mudanças paradigmáticas (CAMBI, 2007), seja porque pretende ser algo novo ou pelo fato de sobrevir.

A utilização dos prefixos “neo” ou “pós” em seu conjunto teórico marca, assim, a fase atual do pensar o Direito. Segundo Freddie Didier, (2010), a fase atual do pensamento jurídico é denominada de Neoconstitucionalismo”¹.

É bem verdade que a terminologia é alvo de discussões doutrinárias. Alguns autores preferem a expressão pós-positivismo ou, ainda, neopositivismo. Dizem ser a expressão neoconstitucionalismo vaga ou, ainda, polissêmica (DIDIER, 2010). Quanto a este ponto, Daniel Sarmiento (*apud* DIDIER, 2010, p. 26) leciona que “não é tarefa singela definir o neoconstitucionalismo”. E, esclarece o autor que:

[...] talvez porque, [...], não exista um único neoconstitucionalismo, que corresponda a uma concepção teórica clara e coesa, mas diversas visões sobre o fenômeno jurídico na contemporaneidade, que guardam entre si alguns denominadores comuns relevantes, o que justifica que sejam agrupadas sob um mesmo rótulo, mas compromete a possibilidade de uma conceituação mais precisa.

¹ Expressão cunhada por Susanna Pozzolo (DIDIER, 2010).

Ocorre que o aspecto da terminologia não é fundamental. O essencial é perceber os elementos caracterizadores desta nova fase da metodologia jurídica. Outrossim, é importante perceber que o fenômeno neoconstitucionalismo transcende a seara jurídica, sendo perceptíveis elementos de ordem social histórica e filosófica a marcar este “novo” padrão de pensamento (DAMASCENO, 2010).

Pode-se dizer que não há discordância em relação às características gerais desta fase. Nesta fase, a Constituição passa a ser percebida como o veículo normativo fundamental do sistema jurídico, havendo o reconhecimento da força normativa da Constituição. Daí o surgimento de um novo modelo de Estado, denominado Estado Constitucional.

Dentro deste modelo, consagram-se os direitos fundamentais, com a positivação de um conteúdo ético mínimo. A hermenêutica jurídica, por sua vez, transforma-se, sendo a função jurisdicional elevada ao patamar de função essencial ao desenvolvimento do Direito, com o desenvolvimento de uma teoria dos princípios, os quais passam a ser encarados com espécies de normas jurídicas.

Nesta quadra, não pode o Direito Processual Civil ficar isento em relação a tal transformação. Sem desconsiderar as contribuições da tradicional ciência processual, não pode o Processo Civil prescindir desta nova metodologia. De tal sorte, a constitucionalização do direito processual é uma das características do direito contemporâneo.

No pensamento jurídico contemporâneo, a Constituição é o ponto de partida para a compreensão e aplicação do Direito Processual, assumindo caráter fundamental na construção do neoprocessualismo² (CAMBI, 2007).

3. DO NEOPROCESSUALISMO: ATUAL FASE METODOLÓGICA DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

3.1. FASES METODOLÓGICAS DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Para bem compreender a atual fase metodológica da ciência processual, é curial uma breve notícia acerca da evolução histórica do Direito Processual.

² Expressão cunhada por Eduardo Cambi em *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*.

Em termos de fases metodológicas do Direito Processual Civil, alinham-se quatro fases: o praxismo, o processualismo, o instrumentalismo e o neoprocessualismo.

A existência dessas diferentes linhas de pensamento acerca do processo civil indica um “alto grau de comprometimento existente entre cultura e processo, autorizando a impositação deste como um fenômeno eminentemente cultural” (MITIDIERO, 2007, p. 18).

O praxismo, ou sincretismo, corresponde à pré-história do direito processual civil (MITIDIERO, 2007), em que não havia diferenciação entre direito material e processo. O processo não era visto como um ramo autônomo do direito, mas como mero acessório do direito material. Nesta fase, havia, pois, um estado de confusão entre direito e processo, que, em seguida, vai cedendo espaço para um tratamento científico do direito processual civil.

Com o processualismo, há o desenvolvimento científico do direito processual. “As grandes linhas do direito processual civil enquanto disciplina autônoma foram traçadas no processualismo, também por isso normalmente chamado de ‘conceitualista’ ou ‘autonomista’” (MITIDIERO, 2007, p. 21).

Ocorre que o ambiente processualista acabou por separar o direito processual civil da realidade social, distanciando o processo do direito material. A partir daí, ganhou corpo a ideia de que, sem perder as conquistas da cientificidade, o processo deve ser entendido como um instrumento a serviço do direito material.

Surge, então, a fase denominada instrumentalista, na qual, nada obstante o reconhecimento das diferenças entre direito material e processo, verifica-se uma relação de interdependência entre os mesmos. A perspectiva instrumentalista percebe o processo, assim, como um sistema com finalidades sociais, políticas e jurídicas, sendo superada a visão puramente técnica do direito processual.

Hodiernamente, fala-se em uma quarta fase da evolução do Direito Processual Civil: a fase do neoprocessualismo, consistente na compreensão e aplicação do direito processual conforme o repertório teórico do neoconstitucionalismo.

A perspectiva da instrumentalidade relativizou o binômio direito material e processo. Por conseguinte, permitiu uma maior interação entre

Constituição e processo. Com a intensificação dessa influência mútua, alguns doutrinadores evoluíram a forma de estudo do Processo Civil. O Direito Processual Civil passou, então, a ser analisado, compreendido e interpretado com esteio em um modelo constitucionalizado, em que a observância dos princípios e garantias insculpidos da Constituição leva à construção de um processo justo.

Como bem pontuou Daniel Mitidiero (2007, p.29):

Pensar o processo civil sem esses generosos aportes oriundos do direito constitucional (isto é, da Constituição, que é forma histórica do direito do nosso tempo, tal como fora o ‘Código’ a forma histórica da legislação, por excelência, do século XIX), significa mantê-lo refém de uma postura descompassada das exigências do direito contemporâneo e, portanto, fundamentalmente alheio à sociedade civil, em suma, às determinantes culturais de nossa época.

Este movimento cultural que busca concretizar valores constitucionais no tecido processual é o neoprocessualismo.

Quanto à expressão neoprocessualismo, ensina Didier (2010, p. 28) que “[...] o termo Neoprocessualismo tem uma interessante função didática, pois remete rapidamente ao Neoconstitucionalismo”. E prossegue o autor dizendo que:

[...] o termo Neoprocessualismo também pode ser útil por bem caracterizar um dos principais aspectos deste estágio metodológico dos estudos sobre o direito processual: a revisão das categorias processuais (cuja definição é a marca do processualismo do final do século XIX e meados do século XX), a partir de novas premissas teóricas, o que justificaria o prefixo “neo”.

Com efeito, sob a perspectiva do neoprocessualismo, as premissas e conceitos clássicos do Direito Processual Civil são revisitados. O processo

passa a ser comandado precipuamente pelas regras e princípios encartados na Constituição, com reflexos diretos nas regras de procedimento, as quais devem conviver com a supremacia das normas constitucionais.

Nesta concepção, são enfatizadas as garantias constitucionais do processo com o objetivo de conferir uma tutela jurisdicional mais adequada e justa, sem ignorar a autonomia científica do Direito processual Civil.

3.2. NEOPROCESSUALISMO E FORMALISMO-VALORATIVO

Na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, o neoprocessualismo costuma ser denominado de formalismo-valorativo. Leciona Elpídio Donizetti (2010) que, a nomenclatura, segundo seus adeptos, pretende conferir destaque à importância da boa-fé processual como aspecto ético do processo.

Todavia, as premissas deste pensamento são praticamente as mesmas do neoprocessualismo (DIDIER, 2010)

Em sua tese de Doutorado, o ilustre Daniel Mitidiero (2007, p. 09) esclarece que “a expressão ‘formalismo-valorativo’ quer significar, no texto, uma nova fase metodológica do processo civil, que impõe um novo método de pensamento para a processualística”.

E prossegue o autor, explicando que o termo “formalismo-valorativo” foi cunhado por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, em 2004, em seminários no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Apesar da distinção de terminologia, as concepções convergem para o sentido de que o processo deve ser observado e analisado conforme o que dele se espera – tutela dos direitos fundamentais – de acordo com os preceitos e valores insculpidos na Constituição, sem ignorar a autonomia científica do Direito Processual Civil.

Como bem pontuou Mitidiero (2007, p. 32), “o processo vai hoje informado pelo formalismo-valorativo porque, antes de tudo, encerra um formalismo cuja estruturação responde a valores, notadamente, aos valores encartados em nossa Constituição.”

4. DA INTERFACE ENTRE NEOPROCESSUALISMO E DEMOCRACIA: O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Dentre as premissas fixadas até então, restou estabelecido que, no estágio atual do Direito Processual Civil, não se pode mais pensar em processo sem que se salientem os valores inscritos na Constituição.

Nesse diapasão, a divisão de papéis e funções desenvolvidos dentro do processo merece ser revisitada e desenvolvida dentro de uma visão constitucional que garanta um debate processual conforme os ditames do devido processo legal, em tempo razoável, gerando um processo justo (THEODORO; NUNES, 2009).

Assim, nessa nova visão do sistema processual, um princípio constitucional se sobressai: o princípio do contraditório. Isto porque, por meio do contraditório é que se concretiza a democracia no processo.

Ao correlacionar contraditório, participação e democracia, Didier (2007, p. 42) bem sintetiza a nova percepção acerca da garantia do contraditório. O referido autor, com maestria, expõe a novel perspectiva do conteúdo do contraditório:

Democracia no processo recebe o nome de contraditório. Democracia é participação; e participação no processo se opera pela efetivação da garantia do contraditório. O princípio do contraditório deve ser visto como manifestação do exercício democrático de um poder.

4.1. O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO: ESCORÇO HISTÓRICO

Certo é que o princípio do contraditório, um dos mais relevantes princípios processuais constitucionais, nem sempre foi assegurado aos litigantes.

Em um estágio mais remoto, o juiz romano mostrava-se incapaz de julgar aquele que voluntariamente se recusasse a comparecer em juízo. Consoante Robert Wyness Millar, “no direito romano antigo, a ausência do réu impedia o juiz de analisar o conflito de interesse levado a seu conhecimento” (*apud* SOUZA, 2008). Tal cenário só passou a se

modificar quando o pretor romano instituiu medidas de coerção a instar o comparecimento do renitente.

Segundo lição de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (2003):

A idéia de que o tribunal pode promover atos processuais e julgar a causa na ausência do demandado, previamente cientificado de acordo com as formalidades estabelecidas em lei, efetivamente se inicia com o procedimento contumacial do direito romano postclássico.

No primeiro período do processo comum europeu, o contraditório apresentou-se como um princípio com estreito vínculo com a busca da verdade e a compensação de forças entre os litigantes, revelando uma face isonômica.

Novamente, no dizer de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (2003):

No processo comum europeu, cujo esteio era precisamente o contraditório, revelava o princípio sentido totalmente distinto daquele hoje dominante no cenário jurídico processual. O processo, fartamente influenciado pelas idéias expressas na retórica e na tópica aristotélica, era concebido e pensado como *ars dissedendi e ars oponendi et respondendi*, exigindo de maneira intrínseca uma paritária e recíproca regulamentação do diálogo judiciário.

Entrementes, nada obstante a visão de contraditório dos séculos XIII ao XVI constituir, de certa forma, uma fonte histórica da concepção paritária atual, é curial destacar que a ordem isonômica do processo comum deve ser contextualizada com a perspectiva estamental da sociedade, no sentido de que o caráter de que desfrutava o contraditório constituía privilégio de uma casta social e não direito de todos os cidadãos.

O certo é que, com a *Prozess-Ordnung* Prussiana de 1781, o princípio do contraditório teve seu âmbito reduzido para mera bilateralidade de audiência. Quanto a essa transição, Humberto Theodoro Júnior e Dierle Nunes (2009) esclarecem:

A transição do originário processo comum (extraído da tradição italiana – séc. XIII a XV) ao *Prozess-Ordnung* da Prússia (1781) representa a passagem de uma ordem isonômica (*ordine isonomico*) para uma ordem assimétrica (*ordine assymmetrico*) com a decorrente redução do (atualmente chamado) princípio do contraditório de fundamento ético e jus natural do processo para uma ótica mecânica de contraposição de teses (dizer contradizer).

No final do século XIX, percebe-se, pois, um esvaziamento da função axiológica do contraditório, sendo o princípio remetido a um papel secundário.

Na perspectiva decorrente do liberalismo, as partes tinham amplos poderes para o início e o fim do processo, bem como para o seu desenvolvimento, sendo imputada a estas a responsabilidade pela instrução probatória.

Após este liberalismo processual, onde o processo era dominado pelas partes, percebe-se uma tendência de transição para um processo dito social, no qual é exigido um maior ativismo judicial, passando o juiz a figurar como protagonista.

Humberto Theodoro e Dierle Nunes assim lecionam (2009, p. 181):

Os movimentos reformistas do sistema processual, iniciados no final do século XIX, demonstram uma nítida tendência de transição desse processo liberal, escrito e dominado pelas partes para um processo que segue as perspectivas da oralidade e do princípio autoritário, com o decorrente delineamento de um ativismo judicial no trâmite processual.

E prosseguem os autores, esclarecendo que, com a ordenança processual austríaca de 1895, o processo passou a ser percebido como uma instituição

estatal de bem-estar social (2009, p. 182).

Durante o século XX, com amparo na retomada dos estudos da lógica e da dialética, voltam-se as atenções e necessidades para a importância do diálogo judicial, produto da cooperação das partes e do juízo (SOUZA, 2008). Essa valorização do diálogo judicial pode ser creditada à reconstrução do Estado de Direito após a Segunda Guerra Mundial, com a adoção de princípios e sua constitucionalização.

No Brasil, a garantia do contraditório foi elevada ao plano constitucional pela Constituição de 1946 (art. 141, §25) – primeira Constituição pós-guerra –, sendo conservada na Constituição de 1967, com redação que lhe deu a Emenda nº 1 de 1969 (art. 153, §16) (CRUZ E TUCCI, 2011, p. 01).

Segundo Souza (2008, p. 90), tanto a Constituição de 1946 quanto a de 1967 previram o contraditório como garantia direcionada apenas ao processo penal, nada obstante a regulação infraconstitucional nos ramos do processo civil e trabalhista. A despeito da falta de previsão específica, a doutrina propugnava pela aplicação do princípio constitucional ao processo civil e trabalhista.

Acerca do tema, Stockinger esclarece que, “no plano constitucional, somente por esforço interpretativo é que se podia antes de 1988 enxergar a garantia da ampla defesa e do contraditório às normas de processo civil” (*apud* SOUZA, 2008, p. 91).

Com a reabertura democrática advinda com a Constituição Cidadã de 1988, o princípio do contraditório restou consagrado como um direito fundamental (art. 5º, LV).

4.2. REDIMENSIONAMENTO DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO: O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO

4.2.1. DIMENSÃO CLÁSSICA DO CONTRADITÓRIO: ASPECTO FORMAL

Como destacado anteriormente, na transição do processo comum europeu para a socialização processual, houve um enfraquecimento do diálogo judicial, do debate; em tal fase, fomentou-se um certo protagonismo judicial.

Nesta quadra, o contraditório fora relegado a uma mecânica

bilateralidade de audiência, em que se possibilitava às partes a informação e a possibilidade de reação.

A concepção tradicional acerca do contraditório informa, assim, que tal garantia constitucional se fazia por atendida quando era respeitada a sua expressão formal. Nesse sentido, pertinentes as palavras de Didier (2007, p. 42), segundo o qual:

A faceta básica, que reputo formal, é a participação; a garantia de ser ouvido, de participar do processo, de ser comunicado, poder falar no processo. Isso é o mínimo e é o que quase todo mundo entende como princípio do contraditório. De acordo com o pensamento clássico, o magistrado efetiva plenamente a garantia do contraditório simplesmente ao dar ensejo à ouvida da parte, ao deixar a parte falar.

Destarte, a garantia do contraditório, em sua visão clássica, formal, poderia ser sintetizada no binômio ciência necessária - reação possível. E só. Com efeito, dentro de tal visão, suficiente que os sujeitos processuais – mais especificamente os litigantes – tivessem ciência dos atos no processo e, querendo, exercessem a manifestação devida a respeito.

Nesta perspectiva estática, bastava o dizer e o contradizer formal para satisfazer a garantia do contraditório, ainda que tais ações não encontrassem ressonância na estrutura do procedimento ou no conteúdo dos provimentos jurisdicionais.

Ocorre que tal concepção formal não se mostra consonante com um modelo de Estado Democrático de Direito.

Acerca desta visão clássica, bem pontuaram Humberto Theodoro e Dierle Nunes (2009, p. 185):

Conjuntamente com esta transição, configurou-se o aviltamento e o enfraquecimento do debate e do contraditório [...]. Este foi relegado a uma mecânica contraposição de direitos e obrigações [...]. Ocorre que, esta visão de um contraditório estático, somente pode atender a uma estrutura

procedimental monologicamente dirigida pela perspectiva unilateral de formação do provimento pelo juiz.

A doutrina italiana, ao perceber a insuficiência do conteúdo do contraditório, e já o vislumbrando como garantia dinâmica, procurou aproximar o seu conteúdo ao da garantia de defesa. Essa aproximação conceitual levou à atribuição de um perfil dinâmico ao contraditório, mais condizente com a perspectiva neoconstitucional.

4.2.2. DIMENSÃO ATUAL DO CONTRADITÓRIO: GARANTIA DE INFLUÊNCIA E DE NÃO-SURPRESA

Se a visão clássica do princípio do contraditório contentava-se com a bilateralidade de audiência e a sua faceta formal e estática, a percepção atual do contraditório exige mais. Exige substancialidade. Exige um aspecto que a doutrina reputa essencial, que é o que a doutrina alemã denomina de poder de influência.

Pela precisão de seus apontamentos, cumpre trazer à baila os ensinamentos de Didier (2007, p. 43):

Se não for conferida a parte a possibilidade de influenciar a decisão do Magistrado – e isso é poder de influência, poder de interferir na decisão do Magistrado, interferir com argumentos, interferir com ideias, com fatos novos, com argumentos jurídicos novos, se ela não puder fazer isso, a garantia do contraditório estará ferida. É fundamental perceber isso: o contraditório não se implementa, pura e simplesmente, com a ouvida, com a participação; exige-se a participação com a possibilidade, conferida à parte, de influenciar no conteúdo da decisão.

Nesta percepção atual, o conteúdo mínimo do contraditório não se esgota na ciência bilateral dos atos do procedimento, exigindo a efetiva participação das partes.

Neste ponto, infere-se que o postulado do contraditório surge como fator de legitimidade do ato estatal, na medida em que permite que as partes influenciem na decisão através de sua efetiva participação.

Insta destacar, ainda, que a visão moderna deste princípio reputa essencial para sua efetividade a participação do órgão julgador. De tal sorte, tanto as partes quanto o magistrado devem pautar-se pela busca de uma tutela jurisdicional efetiva.

O contraditório é elevado à categoria de elemento normativo estrutural da comparticipação, assegurando, assim, o policentrismo processual (THEODORO; NUNES, 2009, p. 188).

A doutrina moderna traz à baila a possibilidade de uma verificação não mais restrita da garantia do contraditório, em consonância com lições do Direito Comparado – *e.g.*, Direito Português e o Direito Alemão.

Prelecionam Theodoro Júnior e Dierle Nunes (2009) que, a partir deste momento, está havendo um delineamento mais efetivo da moderna concepção do contraditório. Segundo os ilustres doutrinadores, tal fato se deve à percepção da doutrina processual germânica de que o contraditório não pode ser analisado tão somente como garantia de bilateralidade de audiência, devendo ser compreendido como possibilidade de influência (*Einwirkungsmöglichkeit*) sobre o desenvolvimento do processo e sobre o conteúdo dos provimentos jurisdicionais, com reduzidas possibilidades de surpresa.

Garante-se, assim, a todos os sujeitos atingidos pelas decisões judiciais a possibilidade de contribuir de maneira crítica e construtiva na formação do provimento jurisdicional.

Com a sua efetiva participação, a parte auxilia o juiz na formação da decisão judicial, evitando os inconvenientes de decisões inesperadas, fundamentadas em questões de ofício³ ou fatos sobre os quais as partes não tiveram oportunidade de discutir.

Insta destacar que tal concepção sobre o contraditório começa a obter ressonância incipiente no sistema jurídico pátrio, conforme se verifica

³ Neste ponto, pertinente a observação feita por Didier acerca de distinção pouco trabalhada na doutrina, que trata de poder agir de ofício e, de outro lado, poder de agir sem ouvir as partes, o que, para o doutrinador, é completamente diferente. “poder agir de ofício é poder agir sem provocação, sem ser provocado para isso; não é o mesmo que agir sem provocar as partes. Esse poder não lhe permite agir sem ouvir as partes” (DIDIER, Jr. Fredie. *op. cit.*, p. 46)

do teor de julgado do STF (MS 24.268/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes), no qual se consignou que a pretensão à tutela jurídica contém os direitos de informação, manifestação e de ver seus argumentos considerados (THEODORO JR.; NUNES, 2009).

No referido mandado de segurança, o ilustre Ministro Gilmar Mendes, divergindo da orientação adotada pela Relatora Ellen Gracie, defendeu com profundidade e maestria o devido processo legal dentro do processo administrativo, sustentando que o direito de defesa não se resumiria a um simples direito de manifestação no processo.

Destacou Gilmar Mendes, com apoio no direito constitucional comparado, que o direito de informação obriga o julgador a informar a parte sobre os atos praticados; disse que o direito de manifestação assegura a possibilidade da parte se manifestar sobre os elementos fáticos e jurídicos do processo; e, afirmou que o direito de ver os argumentos considerados envolve não só o dever de tomar conhecimento, como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas. Defendeu que tais direitos correspondem, pois, à garantia consagrada no art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988.

Tal precedente talvez represente um avanço na interpretação do Supremo Tribunal Federal em relação à importância dos princípios processuais em uma perspectiva dinâmica, apontando o contraditório como instrumento viabilizador da democracia por meio da participação.

Com efeito, a nova dimensão do princípio do contraditório redefine o modelo processual brasileiro, caracterizando um modelo democrático de processo, baseado na cooperação.

5. DO PROCESSO CIVIL COOPERATIVO

5.1. MODELOS PROCESSUAIS CIVIS: ISONÔMICO, ASSIMÉTRICO E COOPERATIVO

Para bem identificar o modelo processual brasileiro atual, não se pode prescindir da análise das espécies dos modelos processuais civis.

Curial é salientar que a caracterização dos modelos processuais civis

é do tipo ideal⁴, tendo em conta a atuação dos sujeitos processuais e a distribuição de suas respectivas funções.

Como bem observa Daniel Mitidiero (2007, p. 73), “cada um desses modelos articula de modo diferente o problema da divisão de trabalho entre as pessoas do juízo, respondendo às condicionantes culturais em que mergulhados”.

A doutrina costuma identificar três modelos processuais civis: o isonômico, o assimétrico e o cooperativo.

No modelo isonômico, o processo é idealizado a partir de uma relação de paridade entre indivíduo e o Estado. Neste modelo, o juiz aparece no mesmo nível que as partes e o contraditório é elemento estruturante que torna possível o diálogo judicial. Mas, a busca pela verdade restringe-se a uma empreitada das partes.

O modelo assimétrico caracteriza-se por uma separação entre indivíduo e poder político, no sentido de que o Estado passa a ser um sujeito acima das partes, havendo uma verticalização das posições (MITIDIERO, 2007). Neste macromodelo, o contraditório é concebido como mera bilateralidade de audiência e a busca pela verdade acaba por se concentrar nas mãos do Estado.

O modelo cooperativo, por sua vez, fundado na dignidade da pessoa humana, parte da premissa de que os sujeitos processuais devem ocupar posições coordenadas. Nesta senda, o princípio do contraditório acaba assumindo uma posição de relevo no formalismo processual, viabilizando o diálogo e a cooperação no processo. A garantia do contraditório passa a ser valorizada como uma garantia substancial, indispensável à construção da decisão judicial, e não mais como mera regra formal. A busca pela verdade processual passa a ser tarefa que incumbe tanto ao juiz quanto às partes.

No processo civil cooperativo, o magistrado tem, pois, o seu papel redimensionado, ostentando dupla posição: “mostra-se paritário na condução do processo, no diálogo processual, sendo, contudo, assimétrico quando da decisão da causa” (MITIDIERO, 2007, p. 75).

⁴ Na esteira dos ensinamentos de Max Weber, um tipo ideal consistiria em um tipo puro, no sentido lógico, com o propósito de facilitar a análise de questões empíricas; por sua pureza conceitual, é quase impossível encontrá-lo no mundo empírico, pois trata de uma utopia.

Neste modelo participativo, o contraditório cooperativo interfere na construção do formalismo processual, implicando deveres específicos para os sujeitos processuais (DAMASCENO, 2010), em uma verdadeira comunidade de trabalho (MITIDIERO, 2007), cuja pauta de conduta é a lealdade e a boa-fé processual, devendo ser ressaltado que, não só as partes, mas também o juiz se submete ao contraditório.

5.1.1. O PAPEL DO JUIZ NO MODELO COOPERATIVO

Com relação ao juiz, Daniel Mitiriero (2007), bem resume o seu papel, asseverando que o juiz deve ser isonômico na condução do processo e assimétrico quando dos provimentos jurisdicionais, buscando um verdadeiro ponto de equilíbrio.

A assimetria nas decisões decorre da imperatividade inerente à jurisdição.

A isonomia na condução do processo corresponde ao fato de dirigir o processo de maneira ativa, mas fazendo tal tarefa por meio de diálogo, possibilitando a participação das partes e a influência em relação às decisões, de modo a legitimá-las. Dessa forma, o juiz encontra-se, igualmente, submetido ao contraditório, sendo um dos participantes do processo. E, dirigindo o processo isonomicamente, encontra-se, assim, gravado por deveres processuais.

Os seus deveres processuais podem ser resumidos em três condutas básicas: esclarecimento, prevenção e consulta.

O dever de esclarecimento se refere à conduta de sanar dúvidas das partes acerca de suas alegações e postulações em juízo; o dever de prevenção ou de proteção cuida do apontamento das deficiências nas postulações das partes, sobretudo quando o êxito a favor de qualquer das partes possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo; o dever de consulta, por sua vez, refere-se à conduta de o juiz consultar as partes antes de decidir alguma questão, possibilitando a influência na decisão; assim, deve o juiz consultar as partes sobre questão não posta em contraditório antes de decidir (DIDIER, 2010).

Das manifestações desses deveres processuais, constrói-se no tecido processual um modelo cooperativo de processo.

5.2. O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A ADOÇÃO DE UM MODELO COOPERATIVO DE PROCESSO

A leitura inicial dos dispositivos do novo Código de Processo Civil Brasileiro (Projeto de Lei nº 166/2010), deixa clara a escolha da Comissão de Juristas de implementar em sede infraconstitucional a adoção de um processo participativo, evidenciando-se a assunção de uma perspectiva democrática de contraditório, como direito de influência e de não-surpresa.

Conforme preleciona Cruz e Tucci (2011, p. 05):

[...] em perfeita simetria com o princípio da publicidade e com o denominado princípio da cooperação entre os protagonistas do processo, a garantia do contraditório vem expressamente contemplada, ou, ainda, de algum modo relacionada com os seguintes dispositivos do Projeto: arts. 9º, 10, 17, 19, 64, 97, § 3º, 110, 262, 314, 348, 349, 359, caput e § 2º, 416, 469, par. ún., 475, par. ún., 487 e 891.

Com efeito, percebe-se que a questão sobre o redimensionamento do contraditório e a construção de um processo cooperativo/democrático, começa a extravasar o limite teórico e se consubstanciar em propostas práticas.

5.3. O CONTRADITÓRIO E A QUESTÃO DA CELERIDADE

Por fim, cumpre destacar que a garantia constitucional do contraditório, em sua leitura dinâmica, não constitui um óbice ao desenvolvimento do processo em tempo razoável. Isto porque um debate bem feito reduz o tempo processual e conduz à formação de decisões bem construídas, evitando dúvidas ou irresignações protelatórias.

Como bem apontam Humberto Theodoro e Dierle Nunes (2009), “[...] a indicação preventiva dos pontos relevantes da controvérsia constitui instrumento insubstituível para uma decisão correta”, de sorte que o risco

de objetivos protelatórios “é bastante reduzido quando se leva a sério a fase técnica de preparação do procedimento”.

Em verdade, um processo sem o efetivo exercício do contraditório, em seu aspecto de garantia de influência e não-surpresa, é que seria fonte geradora de inúmeras impugnações a comprometerem a razoável duração do processo.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No pensamento jurídico contemporâneo, a Constituição é o ponto de partida para a compreensão e aplicação do Direito Processual, assumindo caráter fundamental na construção do neoprocessualismo

Em um Estado Democrático de Direito, a divisão de papéis e funções desenvolvidos dentro do processo merece ser revisitada e desenvolvida, pois, dentro de uma visão constitucional que garanta um debate processual conforme os ditames do devido processo legal, em tempo razoável, gerando um processo justo.

O marco que delinea a nova postura jurídica apresentada tem reflexos diretos no contraditório e permite o surgimento de novas técnicas cujo fim último é a maximização dessa garantia.

Nesse sentido, fala-se em redimensionamento do contraditório, não com o fim de se estruturar uma total renovação do princípio até então conhecido e observado pelos processualistas, mas com a pretensão de acrescentar ao seu conteúdo valores que o tornem mais adequado à realização plena dos princípios elencados na própria Constituição Federal, podendo-se falar em contraditório como garantia de participação democrática.

Como faceta do contraditório, há o princípio da cooperação, sendo este também um dos elementos indicadores de novos valores componentes daquele princípio.

No âmbito específico das partes, a cooperação importa a existência de deveres específicos a serem observados, tais quais a obrigação de dialogar, trazer elementos para o processo, e de demonstrar ao juiz novos pontos de vista.

Percebe-se, outrossim, que a cooperação envolve a figura do juiz, havendo um redimensionamento de seu papel. De tal sorte, este deve estar aberto a um diálogo com as partes, evitando decisões-surpresa, e melhor

construindo os pronunciamentos jurisdicionais.

O princípio do contraditório acaba assumindo, assim, uma posição de relevo no formalismo processual, viabilizando o diálogo e a cooperação no processo.

Nesta senda, da compreensão do princípio do contraditório como elemento normativo basilar de um processo civil conforme os ditames de um Estado Democrático de Direito, e do seu redimensionamento, por meio de sua leitura dinâmica, decorre a construção de um processo civil cooperativo, importando uma verdadeira democratização do sistema processual civil.

7. REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto (org.) *et al.* **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.** 2ª Ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo.** Panóptica, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 1-44. Disponível em <<http://www.paoptica.org>>. Acesso em: 14 fev. 2011.

DAMASCENO, Kleber Ricardo. **O novo contraditório e o processo dialógico: aspectos procedimentais do neoprocessualismo.** 2010. 184f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Estadual do Norte do Paraná. 2010. Disponível em < http://www.cj.uenp.edu.br/ccsa/mestrado/index.php?option=com_docman&task=doc_details&gid=70&Itemid=70>. Acesso em: 14 fev.2011.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Garantia constitucional do contraditório no projeto do CPC (análise e proposta).** Disponível em:< www.iabnacional.org.br/article.php3?id_article=809>. Acesso em 24 jan. 2011.

DIDIER, Jr. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento.** 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2007.

MITIDIÉRO, Daniel Francisco. **Bases para a construção de um processo civil cooperativo: o Direito Processual Civil no marco teórico do Formalismo-valorativo**. 2007. 147f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Programa de Pós-Graduação em Direito. 2007. Disponível em < <http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/13221>>. Acesso em: 14 fev.2011.

NUNES, Elpídio Donizetti. **O processo como efetivação dos direitos fundamentais**. Disponível em:<<http://www.doutoradoemestrado.com.br/wordpress/wordpress/2010/11/o-processo-como-meio-de-efetivacao-dos-direitos-fundamentais/#more-110>>. Acesso em: 16 fev.2011.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **A garantia do contraditório**. 2003. Disponível em:< www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto261.doc>. Acesso em: 17 fev. 2011.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo**. 2006. Disponível em: < <http://tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/215-artigos-ago-2006/5306-o-formalismo-valorativo-no-confronto-com-o-formalismo-excessivo> >. Acesso em: 24 jan. 2011.

SOUZA, Carlos Eduardo Amaral de. **Nova visão do princípio constitucional do contraditório e seu papel no direito fundamental ao acesso à ordem jurídica justa (art. 5º, XXXV, LIV e LXXVIII, da CF/88): o princípio da cooperação no processo**. 2008.178f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2008. Disponível em: < <http://www.fdv.br/mestrado/dissertacoes/Carlos%20Eduardo%20Amaral%20de%20Souza.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2011.

THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. **Princípio do Contraditório**. Rev. Fac. Dir. Sul de Minas. Pouso Alegre, 28: 177/206. jan/jun 2009.

O AMICUS CURIAE E SUA PARTICIPAÇÃO NO SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO

Bruno Colodetti

Mestre em Direito pela
Universidade Federal do Estado do Espírito Santo.
Procurador do Estado do Espírito Santo. Advogado.

Rubens Campana Tristão

Mestre em Direito pela
Universidade Federal do Estado do Espírito Santo.
Advogado.

RESUMO: Este breve ensaio visa, partindo de uma abordagem sobre a figura do *amicus curiae*, demonstrar como ocorreu o surgimento desse tipo de intervenção de terceiro, principalmente no que concerne ao direito internacional, para ao depois destacar, dentro do sistema de resolução de conflitos da Organização Mundial do Comércio, os aspectos negativos e positivos da utilização do instituto. A relevância da abordagem justifica-se diante dos conflitos surgidos dentro da Organização Mundial do Comércio, que cada vez mais necessitam de conhecimentos técnicos específicos para serem entendidos e debatidos pelos membros do Órgão de Solução de Conflitos daquela Organização, o que traz à tona o debate acerca da possibilidade deste tipo de intervenção naquele procedimento extrajudicial de solução de conflitos patrimoniais.

PALAVRAS-CHAVE: *Amicus Curiae* – Organização Mundial do Comércio – Solução Extrajudicial de Conflitos Patrimoniais – Participação

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O *amicus curiae* e sua configuração no ordenamento jurídico brasileiro e no direito internacional. 3. A Organização Mundial do Comércio

e seu modelo para solução de conflitos patrimoniais. 4. A participação do *amicus curiae* no órgão de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio. 5. Conclusões. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Com o crescimento verificado em tempos recentes nas relações negociais entre os países, aliado ao conseqüente incremento do processo de globalização de capitais, mercadorias e da própria produção, tornou-se comum o surgimento de conflitos comerciais entre os Estados, os quais devem ser solucionados de bom modo e até evitados, a fim de não potencializar as questões políticas que muitas vezes estão subjacentes.

É diante dessa realidade que organismos internacionais, capazes de regulamentar as disparidades decorrentes dessas relações internacionais, bem como solucionar eventuais desentendimentos, tornaram-se de suma importância para a convivência harmônica e estável dos países no campo comercial.

Um dos principais atores desse cenário é a Organização Mundial do Comércio (OMC), organismo internacional cujo objetivo primordial é a construção, defesa e desenvolvimento do sistema mundial do comércio.

Apesar de não possuir caráter judicial, a OMC funciona, em *ultima ratio*, como um verdadeiro tribunal para a solução dos conflitos advindos do comércio internacional, por intermédio da atuação de seu Órgão de Solução de Controvérsias (OSC).

O sistema de solução de controvérsias adotado pela OMC não visa a estimular a litigiosidade de seus membros. Pelo contrário, seu objetivo maior é a observância, por parte de seus Estados membros, dos termos previstos nos acordos firmados em seu âmbito, solucionando os impasses surgidos preferencialmente de forma negociada.

Reflexo disso é que sistema de solução de controvérsia da OMC manteve o caráter estatal dos entes habilitados para atuar em seu procedimento. Assim, seja como parte reclamante ou reclamada, seja como terceiro interessado, as previsões do Dispute Settlement Understanding (DSU) centram-se nos Estados soberanos.

Vale dizer, apenas possuem legitimidade para participar do procedimento de solução de controvérsia os Estados membros da OMC, não podendo

ser partes nessa relação os demais entes, públicos ou privados, mesmo que direta ou indiretamente afetados pelas deliberações tomadas por aquele Órgão.

Todavia, à medida que a OMC adquire maior influência nas políticas comerciais e interfere nos sistemas de produção dos países e das empresas transnacionais, percebe-se um maior interesse por parte de grupos não-estatais atingidos pelos acordos celebrados em seu âmbito e, sobremaneira, pelas decisões de seu Órgão de Solução de Controvérsias. Surge, então, a necessidade de maior democratização e transparência da OMC, a partir de uma maior participação de atores sociais interessados, sejam eles membros ou não.

Soma-se a isso o fato de que os conflitos surgidos cada vez mais necessitam de conhecimentos técnicos específicos para serem inteiramente compreendidos e debatidos pelos componentes do Órgão de Solução de Controvérsias. Desse modo, a participação de entidades capazes de fornecer melhores esclarecimentos e subsídios passa a ser fundamental para um atuar legítimo do mencionado Órgão.

Nesse novel contexto é que surge a discussão acerca da forma de intervenção e do modo de participação do *amicus curiae* no procedimento do OSC da Organização Mundial do Comércio, como terceiro que, mesmo não sendo parte no procedimento de solução de controvérsias, intervém para prestar informações sobre a matéria objeto da controvérsia, a fim de enriquecer e democratizar os debates ali havidos.

Porém um estudo da participação do *amicus curiae* no âmbito da OMC deve ser, antes de tudo, um estudo de casos. Com efeito, a possibilidade e os limites da atuação do *amicus curiae* nessa seara é resultado de uma lenta e progressiva evolução do entendimento da OSC espousados em casos concretos, que, diga-se de passagem, parece ainda não ter terminado.

Não por outro motivo que o ponto central deste ensaio será a análise dos casos nos quais a atuação dessa figura jurídica entrou em pauta, sem prejuízo, todavia, do necessário estudo de outras premissas teóricas que são necessárias ao correto enfrentamento do tema.

2. *AMICUS CURIAE* E SUA CONFIGURAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E NO DIREITO INTERNACIONAL

Instituto que tem origens remotas no direito romano⁵, a figura do *amicus curiae* teve seu desenvolvimento em momento posterior no direito penal inglês medieval. Contudo, foi no sistema jurídico norte-americano que o instituto alcançou seu ápice, principalmente a partir da metade do século passado⁶.

Em termos jurídicos⁷, o instituto é definido como o terceiro que atua no processo para prestar ao magistrado informações ou esclarecer questões técnicas, inclusive jurídicas, que interessam estritamente à resolução da causa, no intuito de auxiliar, com suas ponderações, a construção de uma decisão justa.

Das premissas que compõem a supracitada definição, colhe-se que o modelo teórico do instituto em apreço prevê uma figura de relevante participação no iter processual, haja vista que não atua em razão dos interesses das partes que compõem a lide ou em seu próprio interesse, mas

⁵ Cássio Scarpinella Bueno, citando historiadores de escol, como Elisabetta Silvestri e Giovanni Criscuoli, explica que o juiz romano poderia requisitar informações e complementar seu conhecimento jurídico para decidir uma *actio* com o auxílio do *consilium*, órgão composto por renomados sábios de diversas áreas do conhecimento humano, como política, financeira, religiosa, administrativa, militar, legislativa e até mesmo judiciária. A utilização das informações dos *consiliaris*, informa, foi muito comum em todo o período do direito romano, da era arcaica e ao longo de todo o império. (BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006. p.88)

⁶ Caso célebre que exemplifica a intervenção do *amicus curiae* na justiça norte-americana foi o *Gideon vs Wainwright*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 18 de março de 1963. Em suma, Clarence Earl Gideon foi julgado e condenado pela justiça Estadual da Flórida por um crime de invasão de domicílio, sem que um advogado participasse da sua defesa. A justiça estadual, com base na legislação local, justificou seu entendimento sob o fundamento de que a lei somente previa a nomeação de advogado dativo para crimes passíveis de pena capital, o que não era o caso. O réu recorreu à Suprema Corte por meio de um *habeas corpus*. Nessa esteira, ingressaram como *amicus curiae* no processo várias entidades de defesa dos direitos humanos, como a *American Civil Liberties Union*, além de famosos juristas da época, os quais forneceram pareceres contendo informações vitais à decisão da Suprema Corte. Ao analisar o processo, o juiz Hugo Black, verificou a existência de precedentes jurisprudenciais trazidos aos autos pelos terceiros intervenientes, entendeu que em todo e qualquer julgamento criminal a presença de advogado era necessidade e não superfluidade, reformando a decisão recorrida. Para maiores detalhes, consultar o brilhante artigo de Adhemar Ferreira Maciel: *Amicus Curiae, um instituto democrático*. Repro n.º 106, abril-junho de 2002. p. 281/284.

⁷ SILVA, de Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 27ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 104.

sim no elevado intuito de concretizar o próprio exercício da cidadania e a preservação dos princípios gerais do direito.

No âmbito do direito brasileiro, a discussão sobre a natureza jurídica do “amigo da Corte” há muito se impõe. Há quem o defina como verdadeiro auxiliar da justiça⁸. Outra parcela defende que o instituto configura um tipo de intervenção de terceiro. Porém, nem mesmo os Tribunais Superiores não firmaram conclusão acerca de sua natureza jurídica⁹.

Pensamos, todavia, que qualificar o *amicus curiae* como auxiliar do juízo não é a forma mais correta para se entender a natureza desse instituto no ordenamento brasileiro, haja vista que, por expressa dicção legal, não se enquadraria na definição trazida pelo Código de Processo para tanto.¹⁰

Decerto também que, dadas as suas peculiaridades e características, o instituto não guarda identidade ou semelhança com quaisquer das hipóteses de intervenção de terceiro previstas no Código de Processo Civil, quais sejam, assistência, oposição, nomeação à autoria, denúncia à lide e chamamento ao processo. Isso porque esses institutos possuem conceitos bem diversos das notas essenciais verificadas no *amicus curiae*, os quais são bem resumidos por Athos Gusmão Carneiro na seguinte passagem¹¹:

⁸ Nesse sentido, o entendimento de Carlos Rodrigues Del Prá, justificando que a função do *amicus curiae* dentro do processo nada mais é do que auxiliar o juízo, da mesma forma como o perito judicial. (DEL PRÁ, Carlos Rodrigues. *Amicus Curiae - Instrumento de Participação Democrática e de Aperfeiçoamento da Prestação Jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2007. *passim*.)

⁹ “Até a presente data, poucas foram as manifestações dos Tribunais Superiores acerca da disciplina do *amicus curiae*. Em sua jurisprudência, todavia, já se reconheceu a importância política do instituto. De maneira geral, a abordagem do instituto cinge-se a aspectos procedimentais, como a qualificação do amigo da Corte como parte ou terceiro, bem como questões de competência e sobre a possibilidade de sustentação oral durante a sessão de julgamento. [...] Por outro lado, o STF demonstra-se vacilante na conceituação jurídica do *amicus curiae*, por vezes afirmando ser modalidade de intervenção de terceiros, por outras negando-lhe esta condição, ora admitindo não integrar o *amicus curiae* a relação processual, outras vezes afirmando sua inserção. (CABRAL, Antônio do Passo. *Pelas asas de Hermes: a intervenção do amicus curiae, um terceiro especial*. Repro n.º 117. setembro-outubro, 2004. p. 37)

¹⁰ Nesse mister, o artigo 139 do CPC define que são auxiliares do juízo, além de outros, cujas atribuições são determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador e o intérprete.

¹¹ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de Terceiros*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 53-56.

Assistência. O assistente ingressa no processo não como parte, mas apenas como coadjuvante da parte (é “parte secundária”, segundo alguns), isto é, buscando auxiliar a defesa dos interesses do seu “assistido”, que tanto pode ser o demandante como o demandado. [...] Oposição. O oponente ingressa no processo pendente, apresentando uma “pretensão própria” sobre a coisa ou o direito objeto da lide; busca fazer com que sua pretensão, dele oponente, prevaleça sobre as pretensões tanto do autor quanto do réu. [...] Denúnciação da lide. Mediante o instituto da “denúnciação da lide” uma das partes (mais freqüentemente o réu) como “denunciante”, promove no mesmo processo uma “ação regressiva” contra terceiro – o “denunciado”. Citado, o terceiro torna-se réu na ação de denúnciação. [...] Chamamento ao processo. Pelo instituto do “chamamento ao processo”, o réu B tem a faculdade de fazer citar um terceiro, para que ele ingresse no processo como seu litisconsorte. Amplia-se, assim, pela vontade de B, o pólo passivo da relação processual.

Ante tal ponderação, vê-se claramente que as intervenções denominadas oposição, denúnciação a lide e chamamento ao processo, por definição, sempre possuem o condão de alterar subjetivamente a relação processual, seja para substituir, alterar ou integrar novos sujeitos aos pólos da demanda já existente, o que não ocorre, a toda evidência, na intervenção processual do *amicus curiae*, que não pode ser considerado parte no processo.

Embora com mais dificuldade, a mesma conclusão se chega quanto à figura da Assistência, que, tanto na modalidade simples quanto na modalidade litisconsorcial, depende, para sua caracterização, da existência de relação jurídica havida entre o Assistente e uma das partes, que será afetada pela decisão meritória a ser dimanada no processo¹². Tal

¹² “Na assistência simples, definida pelo art. 50 do CPC, temos como elemento caracterizador o fato de que o assistente intervém no processo para ajudar o assistido a fim de que a sentença lhe

circunstância distancia essa figura processual do *amicus curiae*, na medida em que este não precisa manter relação jurídica com qualquer das partes, nem sequer terá de suportar os efeitos do julgamento, inclusive da coisa julgada.

Não se pode olvidar, sobremais, que as típicas intervenções de terceiro exigem dos interessados a demonstração de interesse jurídico¹³ na demanda, o que não ocorre com o *amicus curiae*, o qual, para ingressar no processo, basta demonstrar interesse político¹⁴ para o desfecho da lide.

Diante dessas considerações, pensamos ser o instituto do amigo da Corte uma modalidade atípica de intervenção de terceiros¹⁵, quando se tem em conta as figuras comumente previstas nos códigos processuais, pois, teoricamente, sua participação no processo possui natureza meramente informativa, consultiva. Nesse sentido é a lição de Antônio do Passo Cabral¹⁶:

Entendemos que, diante do conceito de terceiro e da etimologia da palavra intervenção, deve ser considerada a manifestação do *amicus curiae* como intervenção de terceiros. Mas as semelhanças

seja favorável. Isto porque, reflexamente, a esfera jurídica do assistente será afetada com a sentença proferida no processo em que ele visa ingressar como interveniente. Há, pois, relação jurídica entre o assistido e o assistente, que, reflexa e juridicamente, será atingida pela sentença”. [...]. “A assistência litisconsorcial, prevista no art. 54 do CPC, caracteriza-se pelo fato de que existe uma relação jurídica entre o assistente e o adversário do assistido e, mais ainda, que a coisa julgada proferida no processo em que ingressará o assistente irá afetar diretamente a sua esfera jurídica, e, de modo idêntico, à afetação do assistido”. (RODRIGUES, Abelha Marcelo. *Elementos de direito processual civil*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, v. 1., p. 302-305).

¹³ No abalizado entendimento de Cândido Rangel Dinamarco, o interesse jurídico é representado pelos reflexos jurídicos que os resultados do processo possam projetar sobre a esfera de direitos do terceiro. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p.386).

¹⁴ “O *amicus curiae* não precisa demonstrar interesse jurídico. Sua atuação decorre da compreensão do relevante interesse público na jurisdição e da busca de permitir a participação política por meio do processo. A importância de sua intervenção é política e seu interesse é ideológico, de exercer parcela de participação manifestando-se nos autos”. (CABRAL, Antônio do Passo. op. cit. p. 19).

¹⁵ Até por conta da amplitude do conceito processual de terceiros, que engloba inclusive os sujeitos que são totalmente indiferentes à sentença proferida em processo alheio. (Cf. RODRIGUES, Abelha Marcelo. op. cit. p. 301).

¹⁶ Idem. Ibidem. p. 17.

terminam por aí. Esta modalidade de intervenção guarda características próprias que a diferencia das formas clássicas de ingresso de sujeitos estranhos ao processo previstas no Código de Processo Civil e que ganham similares em inúmeros ordenamentos estrangeiros. O amigo da Corte é um terceiro *sui generis* (ou terceiro especial, de natureza excepcional) e sua intervenção pode ser classificada como atípica.

Cássio Scarpinella Bueno¹⁷, em brilhante obra sobre o tema, destaca que não há no ordenamento jurídico brasileiro nenhuma referência legislativa que empregue expressamente o termo *amicus curiae*, apesar de ser exatamente essa a figura que se amolda perfeitamente em algumas situações jurídicas descritas pela legislação¹⁸. O citado jurista traz exemplos do que no seu entendimento seriam normas que se traduzem em “referenciais do *amicus curiae* no direito brasileiro”.

Seguindo, pois, essa abalizada doutrina, a primeira norma com essa natureza está contida na Lei n.º 6.385/1976, que criou no país a Comissão de Valores Mobiliários, uma entidade autárquica vinculada ao Ministério da Economia. Seu artigo 31 prevê que tal comissão atuará como um verdadeiro *amicus curiae* nos processos judiciais que tiverem por objeto matéria incluída no rol de sua competência, interpretando e esclarecendo fatos inerentes ao mercado de capitais para o Poder Judiciário poder embasar com dados técnicos suas decisões.

A doutrina¹⁹, aliás, justifica a relevância de tal intervenção nesses casos:

Não é fácil entender o mecanismo do Mercado de Capitais. São freqüentes os ligeiros artifícios,

¹⁷ BUENO, Cássio Scarpinella. op. cit. *passim*.

¹⁸ Registra-se, por oportuno, que o único ato normativo que utiliza a expressão *amicus curiae* é o art. 23, §1º da Resolução n.º 390 do Conselho da Justiça Federal, ao tratar da possibilidade de apresentação de memoriais e oferta de sustentação oral por terceiros interessados nas sessões de julgamento da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais.

¹⁹ TAVARES, Osvaldo Hamilton. *A CVM como “amicus curiae”*. Revista dos Tribunais. Abril de 1993. Vol. 690. p. 286/287.

visando a resultado rendoso e muito se implica na investigação restrospectiva dos fatos. Nos negócios de Bolsa de Valores, ou mesmo no mercado de balcão (over-the-counter-market), aparece a blandícia vulpiana, o enredo sutil, a aracnídea urdidura, tudo sob o império vigilante do jogo da inteligência. O juiz, pela própria natureza de sua formação profissional, não está em condições de resolver todos os problemas que se apresentam à sua apreciação. Depende, portanto, dos esclarecimentos que lhe são fornecidos pelos técnicos da CVM. Assim, a Comissão de Valores Mobiliários deverá traduzir para o juiz aquelas impressões e conclusões que colheram no exame dos fatos do processo, tornando acessível ao conhecimento do magistrado aquilo que normalmente ele não poderia conseguir sozinho, ou somente o conseguiria, após um ingente esforço. Embora não fique o juiz adstrito ao parecer e aos esclarecimentos da CVM, podendo dela divergir, o certo é que a opinião do técnico do Mercado de Capitais é essencial ao esclarecimento dos fatos e forma um contingente imprescindível para a boa compreensão das questões postas em debate.

Tem-se, no mesmo prisma, a Lei n.º 8.884/1994, que ao transformar o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, previu em seu art. 89 que esse Órgão deverá ser intimado para intervir nos processos judiciais em que se discuta a aplicação da referida Lei. Nesse mesmo sentido há o Estatuto da Advocacia (Lei n.º 8.906/1994), que, nos termos do parágrafo único de seu art. 49, autoriza os Presidentes dos Conselhos e das Subseções a intervir nos inquéritos e processos em que sejam indiciados, acusados ou ofendidos os inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil.

Também a Lei n.º 9.279/1996, ao regular direitos e obrigações sobre a propriedade industrial, traz a possibilidade do Instituto Nacional da Propriedade Industrial intervir nos processos que versarem sobre marcas

e patentes. Já a Lei n.º 9.469/97, previu em seu art. 5º, parágrafo único a possibilidade de intervenção da União nas causas em que figurarem, como autores ou réus, entes da administração indireta.

Da mesma forma, a Lei n.º 9.868/1999, ao tratar sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, passou a admitir essa intervenção nessas ações de fiscalização abstrata de constitucionalidade, como bem determina o parágrafo 2º de seu art. 7º²⁰.

De qualquer sorte, é válido ressaltar que, considerando o procedimento previsto e os limites de atuação, tem entendido a jurisprudência que tais hipóteses, acima versadas, efetivamente configuram exemplos que exprimem a existência do *amicus curiae* no processo civil brasileiro. O Supremo Tribunal Federal, aliás, reconhece expressamente que a legislação viabiliza a utilização do instituto²¹.

Certo é que, apesar da possibilidade dessa modalidade de intervenção de terceiros ocorrer no direito nacional, o instituto ainda não se encontra tão desenvolvido no Brasil e nem é tão utilizado como acontece em outros países, especialmente, nos Estados Unidos da América²².

²⁰ Note-se que o *caput* do art. 7º da Lei n.º 9.868/1999, ao proibir a intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade, faz referência, por óbvio, às intervenções de terceiros previstas no Código de Processo Civil.

²¹ “[...] O *amicus curiae* poderá atuar na esfera infraconstitucional, objetivando a uniformização de interpretação de Lei Federal. O escopo da edição da norma legal viabilizadora da intervenção do “*amicus curiae*” é o de permitir ao julgador maiores elementos para a solução do conflito, que envolve, de regra, a defesa de matéria considerada de relevante interesse social. Intervenção especial de terceiros no processo, para além das clássicas conhecidas, a presença do *amicus curiae* no feito não diz tanto respeito às causas ou aos interesses eventuais de partes em jogo em determinada lide, mas, sim, ao próprio exercício da cidadania e à preservação dos princípios e, muito particularmente, à ordem constitucional. [...]” (STF, ADI-ED 2591/DF, Rel. Ministro EROS GRAU, DJ 13-04-2007 PP-00083). No mesmo sentido, em outra oportunidade, aquela Excelsa Corte manifestou o entendimento de que a intervenção do *amicus curiae*: “[...] qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais ou relevantes de grupos, classes ou estratos sociais” (STF, ADIn 2.130-MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática publicada no DJU de 02.02.01).

²² “O direito anglo-americano, como se sabe, não é, como o nosso (romano-germânico), um direito legal. É um direito judicial (*judge-made law*). Assim, as decisões dos tribunais, por causa dos precedentes (*stare decisis*), é que vão dizer o que a lei significa, trate-se de *common law*, *equity*,

Na maioria dos ordenamentos jurídicos estrangeiros verifica-se que o amigo da Corte possui ampla aplicabilidade, notadamente nos países que adotam como tradição jurídica o sistema da common law. Nesse ponto, além dos ordenamentos jurídicos norte- americano²³ e inglês, no direito de países como Canadá, Austrália e Hong Kong, o instituto tem também grande expressão, conforme expõe Cássio Scarpinella Bueno²⁴:

No Canadá, a possibilidade de intervenção do *amicus curiae* é expressamente prevista na Rule 92, das Rules of the Supreme Court of Canada. De acordo com a regra, “The Court or a judgemay appoint an *amicus curiae* in an appeal.” De sua parte, a Rule 13.02 das Rules of Civil Procedure de Ontário tem a seguinte redação: “Any person may, with leave of a judge or at the invitation of the presiding judge or máster, and without becoming a party to the proceeding, intervene as a friend of the court for the purpose of rendenring assistance to the court by way of argument”. A regra, de sua parte, é complementada pelas de n. 13.03 (1) e 13.03 (2), que disciplinam o órgão competente para a autorização do ingresso do *amicus curiae* perante o primeiro grau e perante o segundo grau de jurisdição, respectivamente. Segundo Antônio do Passo Cabral, a aplicação do instituto na Austrália dá-se pela praxe judiciária, mas ainda não há sistematização legal sobre o assunto. O autor, contudo, faz menção expressa à Order 11 Rule 22 e à Order 17 Rule 1, que tratariam do tema. Em Hong Kong, segundo nos dá notícia Johannes Chan, a

act, ordinance ou mesmo *by-law*. No Brasil, salvo as causas julgadas abstratamente (controle concentrado), as decisões judiciais valem para as partes, não tendo força *erga omnes*.”(MACIEL, Adhemar Ferreira. op. cit. p. 281).

²³ A *Rule 37* do Regimento Interno da Suprema Corte dos Estados Unidos dispõe expressamente seis itens e sub-itens sobre o denominado *brief for an Amicus Curiae* naquele Tribunal, delineando os requisitos e pressupostos para que possa ocorrer a intervenção deste terceiro nos casos analisados por aquela Corte.

²⁴ BUENO, Cássio Scarpinella. op. cit. p. 108-109.

prática judiciária segue, basicamente, a inglesa. Não obstante, é bastante reduzido o número de *amicus curiae*. De 1942 a 1997, apenas 31 casos de *amicus* são relatados, enquanto, no mesmo período, 874 casos se verificaram na Inglaterra.

Todavia, a figura do *amicus curiae* também está presente em ordenamentos de países estrangeiros que, assim como o Brasil, tem por tradição jurídica o sistema do civil law. Cássio Scarpinella Bueno²⁵ ressalta que no direito francês, à falta de expressa previsão legal, os juristas e doutrinadores daquele país tem entendido que a utilização do instituto decorre basicamente de derivação das regras de produção de prova, que, em última análise, conferem ao magistrado a possibilidade de colher todos os elementos possíveis para a formação de seu convencimento. Fundamentam esse entendimento também no fato de que a manifestação do *amicus curiae* representa a incidência dos princípios do devido processo legal, ampla defesa e contraditório.

Nessa mesma linha, o citado doutrinador²⁶ nos noticia que o mesmo fenômeno ocorre nos ordenamentos jurídicos italiano e argentino, que apesar de não possuírem expressa previsão legal para a intervenção do amigo da Corte, cada vez mais tem admitido a participação de tal figura no procedimento, principalmente no que concerne ao controle de constitucionalidade. Ante tais constatações, conclui o jurista²⁷:

O que nos parece digno de nota, contudo, é que, no âmbito do direito internacional, a participação do *amicus* deve ser enaltecida justamente – como ocorria nas suas origens mais remotas – para que o magistrado possa reunir o maior número de informações possível, de fato e de direito, para, “bem” julgar, já que é muitas vezes pela atividade daquele interveniente que ele reunirá condições para melhor entender o contexto adequado da

²⁵ Idem. Ibidem. p. 110.

²⁶ Idem . Ibidem. p. 112-118.

²⁷ Idem. Ibidem. p. 123-124.

aplicação da regra.

Feitas essas ponderações, claro se demonstra que a intervenção do *amicus curiae* nos processos e sua contribuição para as decisões judiciais é fenômeno corrente, servindo, inclusive, como fator de legitimação e fundamento para as decisões. No entender de Milton Luiz Pereira²⁸, isso se justifica pelo fato de que as relações processuais não podem mais ficar submissas ao tecnicismo exacerbado ou retilíneo, devendo movimentar-se na direção do dinamismo social reinante incorporado à extensão econômica, cultural, política e social instalada pela globalização.

3. A ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO E SEU MODELO PARA A SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

O Direito Internacional Público sempre se embasou nas regras trazidas por Tratados e costumes, ou seja, sempre se lastrou em normas de reconhecimento de direitos e deveres de um Estado para com outro. Todavia, essas regras de conduta raramente previam um modelo para solucionar eventual inobservância, por um dos entes políticos, dos acordos firmados. Os países, pois, ficavam na dependência da habilidade de seus diplomatas para solucionar as controvérsias eventualmente surgidas no campo das relações internacionais.

Na área da economia que, historicamente, sempre foi fator determinante de conflitos entre os Estados²⁹, a situação nunca se mostrou diferente e, dada a evolução do comércio mundial pós-segunda Guerra, no sentido da maior abertura dos mercados de bens, serviços e capitais, apenas os

²⁸ PEREIRA, Milton Luiz. *Amicus curiae*: intervenção de terceiros. Repro n.º 109. Janeiro-março, 2003. p. 41.

²⁹ “De uma certa forma, o comércio internacional esteve por trás das grandes guerras modernas. Todas as guerras por fronteiras e território trazem motivo econômico, ligado também ao comércio. Além disso, práticas muito comuns até então, que hoje seriam consideradas desleais (diplomacia secreta, favorecimentos bilaterais), diminuíam as expectativas dos países na economia internacional, e o clima de receio disso advindo mostrou-se propício a conflitos. A consciência de que a economia podia gerar conflitos, se não fosse baseada num padrão minimamente confiável, aliada à nova idéia de paz, traz o tema de uma Ordem Econômica Internacional” (GATTEI, Marília Machado. *A importância da jurisdicionalização dos procedimentos de solução de controvérsias da OMC*. in Direito do Comércio Internacional. Coord. Alberto do Amaral Júnior. São Paulo: Juarez de Oliveira: 2002. p. 111-112)

Tratados e costumes não se mostravam mais suficientes para harmonizar ditas relações econômicas internacionais. Como bem constata a Doutrina³⁰:

A transformação da economia mundial é um dado incontestável: países que até recentemente estavam fechados para investimentos estrangeiros e, mais ainda, para a concorrência de empresas estrangeiras vêm progressivamente admitindo a entrada do capital estrangeiro, assim como vem aumentando o número de empresas que passaram a atuar internacionalmente, expandindo suas atividades. Como conseqüência, mercados de bens e de serviços, que também eram reconhecidos tradicionalmente como nacionais, passaram a apresentar-se como regionais e, em muitos casos, como internacionais.

Foi a partir da Conferência de Bretton Woods, realizada em 1944, que esse panorama começou a mudar. Iniciou-se, desde então, um longo e árduo processo de acordos formalizados entre os Estados, que visavam reconstruir a ordem financeira, econômica e política internacional. Como bem explica Welber Barral³¹:

A partir daquele encontro histórico, firmaram-se as bases para a estruturação de uma ordem jurídica internacional, calcada na criação de instituições internacionais com poder regulatório, destinadas a evitar crises econômicas do período entre guerras. Daquela reunião surgiram os projetos para a criação do Fundo Monetário Internacional (FMI), do Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), e para a criação de uma

³⁰ SANTOS, Maria Cecília de Andrade. A política da concorrência e a Organização Mundial do Comércio. Revista de Direito Constitucional e Internacional. n. 35. São Paulo: Revista dos Tribunais. Abril-junho de 2001. p. 228-229.

³¹ BARRAL, Welber. *Organização Mundial do Comércio*. in Tribunais Internacionais: mecanismos contemporâneos de solução de controvérsias. Florianópolis: Fundação Boitex, 2004. p. 31

Organização Internacional do Comércio (OIC). Os dois primeiros projetos tiveram melhor sorte, mas a OIC nunca se concretizou, fundamentalmente em razão da oposição do senado norte-americano. Em seu lugar, entrou provisoriamente em vigor o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT), cujo objetivo primordial era servir como o foro de negociação para a redução de barreiras tarifárias.

Foi a partir desse Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT) que os países passaram a realizar diversas negociações (chamadas de rodadas), para elaboração de um verdadeiro órgão internacional que pudesse reger as normas de comércio mundial. Isso porque o GATT não se demonstrava apto e suficiente para tanto, porquanto ainda apresentava diversas falhas, tais como a pouca transparência de procedimento e a grande pressão e manipulação dos governos dos Estados mais poderosos sobre os membros de seus Órgãos administrativos.

De fato, foi na rodada do Uruguai, iniciada em 1986, que se chegou a um acordo final para a ampla liberalização do comércio de produtos e serviços, regido por um organismo internacional. Todavia, a criação da Organização Mundial do Comércio (OMC) apenas foi efetivada na cidade de Marrakesh, em 15 de abril de 1994, vigorando a partir de 1º de janeiro de 1995.

A OMC surge, então, como um organismo multilateral, internacional, para construção, defesa e desenvolvimento do sistema mundial do comércio³². É, pois, independente, tanto orgânica quanto funcionalmente, estabelecido por iniciativa de seus próprios membros, por meio de um acordo constitutivo. É de se notar que a OMC englobou e aperfeiçoou

³² “A OMC representou, com sua criação, algo novo, inerente ao mundo pós-Guerra Fria e à lógica da globalização: a aceitação praticamente *erga omnes* de uma visão gattiana ampliada – GATT *plus* – de organização da economia mundial. Esta universalização de uma visão, cujas pujança e hegemonia econômica eram indiscutíveis – (pujança que resultava da abertura do espaço inter-estadual, por vários tipos de mecanismos, a uma circulação bastante livre de recursos como mercadorias, serviços, tecnologia, investimentos, num processo conduzido pelos estados e por atores privados e estimulado pelos descobrimentos técnicos que reduziam o tempo e o custo dos transportes e das comunicações) – traduziu-se, no campo econômico, para recorrer a uma fórmula de Raymond Aron, à passagem de um *sistema internacional heterogêneo* (de valores contrapostos) para um *sistema internacional homogêneo, de uma visão compartilhada*.” (LAFFER, Celso. *A OMC e a regulamentação do comércio internacional: uma visão brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p.108).

as regras fixadas pelo antigo GATT, incluindo em sua estrutura também as modificações decorrentes de posteriores acordos firmados entre os membros, no intuito de estabilizar as relações comerciais em nível mundial. Eis o que diz a doutrina quanto a esse aspecto³³:

A OMC aprimorou esta estabilização incorporando as regras de conduta do GATT e reforçando-lhe o sistema de exigibilidade das mesmas. O novo sistema aumenta a confiabilidade do comércio internacional, não só pela obrigatoriedade de prerrogativas recíprocas e legitimidade que busca na negociação de regras, no incentivo de acordos; mas, principalmente, pela fiscalização dessas regras e instrumentos para fazer cumprir acordos e decisões.

Welber Barral³⁴ explica que a OMC surge com os objetivos primordiais de administrar o sistema de solução de controvérsias, implementar os acordos firmados, servir como foro de negociações e monitorar as políticas comerciais dos seus membros. Assim, em última análise, o que se pode concluir é que a organização visa a aplicar os princípios que objetivam conferir igualdade às relações comerciais havidas entre os países, consubstanciando os ideários do livre comércio. Como afirma José Cretella Neto: *Livre comércio, livre concorrência, não discriminação. Sobre esses três pilares se assenta a Organização Mundial do Comércio – OMC -, a mais importante entidade destinada a regular as trocas internacionais de bens materiais e imateriais.*³⁵

A estrutura da OMC é detalhada no Artigo IV do Tratado de Marrakesh. Válido ressaltar, aqui, que o órgão máximo da Organização é o Conselho Ministerial, composto por representantes de todos os países membros. Esse órgão se reúne, no mínimo, a cada dois anos. Possui competência para

³³ GATTEI, Marília Machado. op. cit. p. 112.

³⁴ BARRAL, Welber. op. cit. p.34.

³⁵ CRETELLA NETO, José. *Mecanismo processual de solução de controvérsia da Organização Mundial do Comércio – OMC: um sistema jurídico em construção na ordem internacional*. Revista Forense, vol. 365. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 43.

decidir acerca de todas as matérias dentro de qualquer acordo multilateral, sendo integrado por Ministros de Relações Exteriores ou Ministros de Comércio Externo dos países membros.

Logo abaixo na estrutura hierárquica da OMC está o denominado Conselho Geral. Constituindo-se como órgão diretivo da OMC, é também composto por representantes de todos os membros, normalmente pelos embaixadores das nações.

Há, ainda, o chamado Órgão de Solução de Controvérsias (OSC)³⁶, criado como um mecanismo para solucionar os conflitos de interesses surgidos nas relações comerciais havidas entre os países membros. O papel desse órgão é de fundamental importância para a força institucional da OMC, como salienta a seguinte passagem doutrinária³⁷:

Podemos dizer que o sistema anterior perfazia as características de institucionalização e cambaleante procedimentalização e universalização. O sistema OMC reforça a institucionalização (o acordo vira Organização Internacional), estabelece definitivamente a procedimentalização e universalização (muitos países se juntaram ao Acordo na Rodada Uruguai) e traz jurisdicionalização até então desconhecida. Especialistas são unânimes em afirmar que a maior conquista da Rodada do Uruguai foi o sistema de solução de controvérsias, com previsão de mais normas de adjudicação que o fazem cada vez menos depender do voluntarismo estatal para sua efetivação, claro sinal de aumento da jurisdicionalidade. Isso colabora para a previsibilidade do sistema, evitando sua erosão. Essa tendência pode ser sentida nas mudanças percebidas do cotejo entre os dois sistemas.”

Deve ser ressaltado que, desde o início das discussões levantadas na rodada do Uruguai, um dos temas mais relevantes postos à negociação entre

³⁶ *Dispute Settlement Body*, em inglês.

³⁷ GATTEI, Marília Machado. op. cit. p. 116.

os países era a criação de um modelo, baseado em regras e procedimentos fixos, para solucionar os impasses surgidos, haja vista que um grupo de países ainda defendia a idéia de que os conflitos deveriam ser solucionados apenas entre os dois Estados envolvidos, diplomaticamente ou não, sem a necessidade interventiva de uma outra entidade estranha aos litigantes. O resultado desses debates foi a elaboração do acordo denominado Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias (ESC), obrigatório³⁸ a todos os membros da OMC, donde advém as diretrizes do agir do Órgão de Solução de Controvérsias.

Dessa forma, previsto no Anexo 2 do Tratado de Marrakesh, o procedimento³⁹ a ser observado para a solução de controvérsias está dividido em quatro fases: consultas, painéis, apelação e implementação da decisão.

No que cerne às consultas, tem-se que essa fase está prevista no artigo 4º do ESC, e configura o início do procedimento de solução de controvérsias, por meio do qual o membro demandante, por escrito, comunica ao outro (ou outros) sobre uma possível não observância ou sobre a interpretação divergente que este esteja conferido a um acordo da OMC. A parte demandante deverá, também, informar de forma confidencial ao OSC sobre a consulta formulada e sobre a possibilidade de disputa. A parte demandada, por sua vez, deve responder ao pedido em dez dias e, ainda, formular consultas ao membro demandante no prazo de trinta, a fim de

³⁸ “A primeira observação a ser feita sobre o sistema de solução de controvérsias da OMC, é a de que, enquanto expressão de codificação e desenvolvimento progressivo do GATT, não é mero fruto de prática e interpretação. É uma obrigação, de outra hierarquia jurídica, posto que contemplada pelo próprio tratado constitutivo da OMC e enquanto tal obriga a todos os estados-membros e deve ser cumprida de boa-fé (cf. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados – art. 26). Em outras palavras, é parte do quadro constitutivo de uma nova organização – ela própria dotada de subjetividade internacional especializada, distinta dos seus membros – o que não acontecia com o GATT – que era de natureza contratual” (LAFFER, Celso. op. cit. p. 121)

³⁹ “O exame da estrutura do Anexo 2, verdadeiro Código de Processo da OMC, permite compreender melhor o mecanismo quase-jurisdicional empregado na Organização Mundial de Comércio para a solução de controvérsias entre seus Membros. O referido Anexo 2 cria as condições para o funcionamento de um sistema mais próximo de um mecanismo obrigatório e de tipo arbitral, que sobre a competência de atuação por via normativa derivada conferida aos órgãos da instituição. O mecanismo incorpora elementos de procedimento judiciário internacional, bilateralismo e multilateralismo, automatismo legal e controle organizacional em um conjunto que busca conciliar a flexibilidade requerida no ajuste econômico com a necessidade de respeitar a norma jurídica.” (CRETELLA NETO, José. *Direito processual na Organização Mundial do Comércio – OMC: causística de interesse para o Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 76)

se chegar a uma solução satisfatória aos interesses de ambas as partes. Todavia, caso a parte demandada se mantenha inerte ou caso os membros não conciliem, é possível ao demandante pleitear o estabelecimento de um painel ao OSC para solucionar o impasse.

Essa segunda fase (a dos painéis), com previsão nos artigos 6º a 16 do ESC, funciona de forma similar a um tribunal, sendo considerada a primeira instância do OSC. Forma-se um grupo especial, composto por três e, excepcionalmente, por cinco especialistas selecionados para o caso. As partes envolvidas na controvérsia é que devem indicar, de comum acordo, com base em nomes sugeridos pelo Secretariado, os seus componentes. Uma vez estabelecido o grupo, seus componentes, após avaliarem os argumentos expendidos na inicial e na contestação, possuem o prazo de seis meses para apresentar o relatório final⁴⁰. Esse relatório, após ser submetido ao exame de todos os membros da OMC, será apreciado pelos membros do OSC. Nessa sessão, os membros devem adotar o relatório como solução para a controvérsia trazida à análise. Isso não ocorrerá, todavia, se um dos membros comunicar que pretende apelar da conclusão versada no relatório. Nessa hipótese, a controvérsia é levada ao conhecimento do Órgão de Apelação.

Regrado expressamente pelos artigos 17 a 20 do ESC, o Órgão de Apelação é composto por sete membros, pessoas estas que não podem possuir qualquer vínculo com nenhum governo, além de possuírem reconhecida competência, grande experiência em direito, comércio internacional e nos acordos abordadas pela OMC. Em cada caso, serão escolhidos, alternadamente, três membros para compor o Órgão de Apelação. A análise do recurso de apelação se restringe apenas às questões de direito tratadas e debatidas pelo painel e nas possíveis interpretações desenvolvidas, não sendo autorizado determinar ou solicitar, por exemplo, a produção de novas provas. Após analisado o recurso, o Órgão de Apelação profere um relatório, contendo conclusões e recomendações, discordando ou não do pronunciamento do painel.

Na forma do art. 21 do ESC, a conclusão do relatório do Órgão de

⁴⁰ Segundo o artigo 11 do ESC, os grupos especiais devem analisar objetivamente os fatos, provas e argumentos levantados pelos membros litigantes, avaliar a aplicação dos acordos aplicáveis à hipótese, realizar consultas junto aos membros envolvidos na controvérsia, a fim de que esses participem da construção da solução a ser adotada a com o objetivo de formular conclusões para que o OSC possa fazer recomendações ou emitir decisão sobre o caso.

Apelação deve ser informada ao OSC, o qual confere prazo de trinta dias, ou um prazo razoável, dependendo das peculiaridades do caso, para que os membros adotem as condutas previstas naquela deliberação. A prioridade nesse estágio é a modificação na conduta daquele membro que perdeu a disputa, a fim de que este atenda as regras e recomendações do OSC. Todavia, caso o membro assim não atue, poderá sofrer sanções no âmbito da competência da OMC⁴¹.

Oportuno ressaltar, contudo, que o sistema adotado pelo Órgão não visa estimular a litigiosidade e por isso as soluções mutuamente consentidas pelas partes são preferíveis, desde que não contrariem nenhum acordo firmado entre os demais membros da OMC⁴². Nesse sentido existem outras formas de solução de controvérsias que não necessitem de recursos para o painel e para o Órgão de Apelação. São os chamados bons serviços, a conciliação e a mediação, que podem ser requeridos a qualquer tempo do processo por quaisquer das partes. Também se prevê a possibilidade de arbitragem como forma alternativa para a solução de controvérsias.

De qualquer sorte, como se pode observar, o Órgão de Solução de Controvérsias se constitui, em verdade, no mais importante da OMC, servindo suas decisões como orientações aos membros de como devem ser interpretar os termos dos Acordos firmados no âmbito da organização⁴³.

⁴¹ “Se o país não cumpre satisfatoriamente a decisão, se demora mais que o razoável com as compensações, ou se, de início, revela intenção de não seguir a recomendação do OSC, cabe o último recurso, a retaliação. (...) A retaliação consiste na suspensão de todas as concessões e obrigações advindas pelo Tratado comercial pelo país que se sente lesado em relação ao país entendido como violador do acordo. Tradicionalmente, a retaliação era deixada a cargo dos próprios países que resolvessem aplicá-la, de maneira análoga a como ainda hoje são aplicadas as medidas anti-dumping e contra subsídios, por exemplo, entendida como legítima defesa econômica dos países (daí a grande liberdade na aplicação. Com a OMC, porém, determina-se que ela, preferencialmente, deve se dar no mesmo campo em que ocorreu o ilícito, e deve sempre ser equilibrada em relação à perda sofrida com ele.” (GATTEI, Marília Machado. op. cit. p. 117)

⁴² “A finalidade desses processos, mais que punir, é educar. O acordo sempre é preferido ao painel, além de o anteceder, mesmo no desenrolar deste pode ser proposto a qualquer momento. O processo prefere mudar a política do país vencido a puni-lo com reataliações: estas são o último recurso, quando o país expressamente se recusa a cumprir o aconselhado pela OMC. Tudo isso porque interessa mais convencer a todos da necessidade e benefícios advindos com a liberalização mútua do comércio internacional.” (GATTEI, Marília Machado. op. cit. p. 118).

⁴³ A doutrina estrangeira chega a definir o Órgão de Solução de Controvérsias como um fórum internacional para a elaboração e consolidação de políticas comerciais. Nesse sentido: “*This is a forum where, increasingly, legal interpretation of GATT rules is consistently being produced. Thus, the dispute settlement process has become a policy-making process. Unless a country is able*

Entretantes, deve ficar registrado que apenas poderão participar do mencionado procedimento de solução de controvérsias os Estados Membros da OMC. Terceiros interessados, que não sejam países, não possuem legitimidade para tanto, apenas poderão oferecer suas peças por intermédio de seu próprio governo. Como bem explica Welber Barral:

[...] o sistema de solução de controvérsias manteve o caráter estatal quanto à capacidade para intervir no procedimento. Seja como parte reclamante ou reclamada, seja como terceiro interessado, as previsões do ESC centram-se nas figuras dos Estados soberanos e territórios aduaneiros. Entretanto, um tema crescente debatido se refere à intervenção de entidades não governamentais. [...] Apesar desses interesses das empresas, o ESC não contempla nenhuma oportunidade específica para sua atuação no procedimento, sem sequer as reconhecerem como partes legítimas para qualquer tipo de ato procedimental. Na prática, essas respectivas empresas poderão auxiliar seus respectivos governos a preparar a reclamação, ou contratam advogados especializados para a elaboração dos documentos necessários, que serão, posteriormente, apresentados pelos governos à OMC.

Certo é que a OMC possui a estrutura clássica de uma organização internacional⁴⁴, onde a posição dos Estados que a constituem é privilegiada no sistema de decisões e negociações. Porém, considerando que cada vez mais as controvérsias internacionais surgidas necessitam de conhecimentos

actively to engage in this process, it is unable to influence the shape of policy which may affect in the medium to long term.”(CHAYTOR, Beatrice. *Dispute settlement under the GATT/WTO: the experience of developing nations*. in *Dispute resolutions in the World Trade Organization*. Orgs. James Cameron and Karen Campbell. 1 ed. London: Cameron May, 1998. p. 267)

⁴⁴ “As organizações internacionais de caráter intragovernamental têm, como uma de suas características clássicas, a participação exclusiva de Estados soberanos como Membros. Na teoria clássica do direito internacional, os Estados é que detêm a personalidade jurídica, o pressuposto para ser sujeito de direitos e obrigações no plano internacional.”. (BARRAL, Welber. op. cit. p. 39)

específicos, bem como a inegável repercussão que as decisões proferidas naquela sede possuem na sociedade civil, inclusive de outros países não envolvidos diretamente nas questões debatidas, a atuação de atores não-estatais no bojo do procedimento de solução de controvérsias da OMC é crescente e cada vez mais organizada. É exatamente nesse contexto que se insere o instituto do *amicus curiae*.

4. A INTERVENÇÃO DO AMICUS CURIAE NO ÓRGÃO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO

Como dito no tópico predecessor, o sistema de solução de controvérsia da OMC manteve o caráter estatal dos entes habilitados para atuar em seu procedimento. Assim, seja como parte reclamante ou parte reclamada, seja ainda como terceiro interessado, as previsões do DSU centram-se nos agir dos Estados soberanos.

Esse panorama é descrito com precisão por Brigitte Stern, que também avança no assunto para dar conta do esboroamento das condições fático-jurídicas que propiciavam essa prática restritiva por parte da OMC. Veja-se⁴⁵:

Nos tempos do GATT, certos documentos de “amigos da Corte” foram endereçados, pelas ONGs, ao Secretariado, mas nunca foram levados em consideração pelos membros dos painéis, em aplicação ao princípio segundo o qual o sistema de resolução dos conflitos, colocado em prática no GATT, era estritamente intergovernamental. A mesma solução foi adotada, originalmente, no âmbito da OMC. Mas a evolução da sociedade internacional foi tal que esta solução de abstenção seria dificilmente perpetuada.

Com efeito, passando a OMC a adquirir maior influência nas políticas comerciais e a interferir, via de consequência, nos sistemas produtivos de

⁴⁵ STERN, Brigitte. O ingresso da sociedade civil na arbitragem entre estado e investidor. In Revista de Arbitragem e mediação. Ano 1. Coord. Arnoldo Wald. Editora: Revista dos Tribunais, janeiro-abril de 2004. p. 103.

países e de empresas transnacionais, percebe-se um maior interesse por parte de grupos não-estatais atingidos pelos acordos celebrados em seu âmbito e, sobremaneira, pelas decisões de seu Órgão de Solução de Controvérsias⁴⁶. Identifica-se, também, que as questões econômicas surgidas entre os Estados membros da OMC, principalmente aquelas geradoras de reflexos no meio-ambiente e na saúde humana, passaram a ser objeto da atuação crescente das denominadas organizações não-governamentais (ONGs), chamando, portanto, a atenção da sociedade civil⁴⁷.

Soma-se a esses fatores exógenos a circunstância de que os conflitos surgidos na atualidade cada vez mais necessitam de conhecimentos técnicos específicos, para serem inteiramente compreendidos e debatidos pelos componentes do Órgão de Solução de Controvérsias. Desse modo, a participação de entidades capazes de fornecer melhores esclarecimentos e subsídios passa a ser fundamental para um atuar legítimo do mencionado órgão, em face da complexidade e novidade de algumas questões a ele trazidas.

Surge, então, a necessidade de maior legitimidade e transparência da OMC na resolução dos litígios ocorridos em seu âmbito de atuação, a partir de uma maior participação dos atores sociais interessados, sejam eles membros ou não. Movimento esse que foi matizado, sobremaneira, por uma nova idéia de democracia, baseada num discurso/debate, racional e inclusivo, entre todos os possíveis interessados pelas decisões a serem tomadas, de modo a atribuir legitimidade ao seu processo de formação^{48, 49}.

⁴⁶ ROCHA, Mariana Machado. *Organização mundial do comércio e sociedade civil: o caso amicus curiae*. In Revista *ius gentium: teoria e comércio no direito internacional*, n.º 1, jul. 2008, passim.

⁴⁷ Durante a vigência exclusiva do GATT, a influência das ONG's na OMC podia ser observada apenas a partir da realização de consultas informais. Entretanto, não é possível mensurar como e até que ponto isso ocorreu, pois muitas dessas reuniões foram realizadas sem registro formal.

⁴⁸ “À vista de que exclusivamente sob pontos de vista morais as normas que são igualmente boas para todos ganham reconhecimento, o discurso racional se oferece como o processo apropriado para a solução de conflitos, porque representa um procedimento que assegura a inclusão de todos os envolvidos e a consideração equitativa de todos os interesses aludidos”. (HABERMAS, Jürgen. *Agir comunicativo e razão descentralizada*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002. p. 64-65).

⁴⁹ “Existem idéias extremamente diferentes de democracia. O princípio do discurso exige a democracia deliberativa. A democracia deliberativa é mais do que um procedimento para a produção de uma compensação de interesses ótima abaixo do limite de ditadura ou guerra civil. Nela, o plano dos interesses e do poder é coberto por um plano dos argumentos, no qual todos os participantes lutam por uma solução política correta. A democracia deliberativa pressupõe, desse modo, a possibilidade de racionalidade discursiva”. (ALEXY, Robert. *A institucionalização da*

Welber Barral apresenta também essa idéia⁵⁰:

A constatação de que os acordos da OMC vão muito além dos temas clássicos de direito internacional vem suscitando o debate e a mobilização de empresas, organizações não governamentais e, em casos mais raros, de cientistas. A primeira situação mencionada se refere ao impacto das decisões da OMC para os interesses de empresas privadas, sobretudo de empresas transnacionais. Em muitos casos, a decisão adotada pelo OSC tem impacto relevante para a competitividade dessas empresas no mercado internacional ou mesmo para sua atuação nos mercados internos, quando a OMC decide, por exemplo, que uma determinada medida de defesa comercial é ilegal e deve ser retirada.

Foi assim que algumas incitativas levadas a cabo logo após a criação da OMC demonstraram maior receptividade e abertura dessa organização para a interação com a sociedade civil. Nesse sentido foi elaborado o Guia para o Estabelecimento de Relações com ONGs, fruto de uma decisão adotado pelo Conselho Geral da OMC em 18 de julho de 1996. Segundo esse ato, a OMC reconhece, com fundamento no próprio Tratado de Marrakesh, que um contato maior com as ONG's serve para conscientizar a sociedade civil a respeito das atividades da organização, bem como confere uma maior riqueza e exatidão ao debate público, assumindo, por conta disso, o compromisso de colocar à disposição na rede mundial de computadores documentos oficiais da entidade de forma rápida e eficiente.

O documento reiterou, contudo, o caráter intergovernamental da organização e a impossibilidade das ONG's participarem diretamente nos trabalhos ou decisões da OMC⁵¹. Entendimento que só veio a ser

razão. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 35).

⁵⁰ BARRAL, Welber. *Op. cit.* p.44.

⁵¹ Eis o inteiro teor do documento: “I. Under Article V:2 of the Marrakesh Agreement establishing the WTO ‘the General Council may make appropriate arrangements for consultation and cooperation with non-governmental organizations concerned with matters related to those of the

abrandado mais tarde, no enfretamento dos casos específicos abaixo tratados.

A solução de diferenças no âmbito da OMC está a cargo de seu Órgão de Solução de Controvérsias (OSC), que é integrado por todos os membros de tal instituição, ali representados geralmente por embaixadores ou funcionários estatais de grau equivalente. Esse órgão, nos termos do Art. 2:1 do ESC, tem a competência exclusiva para: estabelecer os grupos especiais (painéis), a fim de examinar as diferenças comerciais existentes entre os seus Estados componentes; aceitar ou rechaçar as conclusões dimanadas pelos painéis ou pelo Órgão de Apelação; supervisionar a aplicação das decisões e recomendações; e autorizar a suspensão de concessões e de outras obrigações determinadas pelos acordos abrangidos⁵².

Por sua vez, tem-se que as regras orientadoras do sistema de solução de controvérsias, que regulam, via de consequência, a atuação do OSC, constam

WTO'. II. In deciding on these guidelines for arrangements on relations with non-governmental organizations, Members recognize the role NGOs can play to increase the awareness of the public in respect of WTO activities and agree in this regard to improve transparency and develop communication with NGOs.III. To contribute to achieve greater transparency Members will ensure more information about WTO activities in particular by making available documents which would be derestricted more promptly than in the past. To enhance this process the Secretariat will make available on on-line computer network the material which is accessible to the public, including derestricted documents. IV. The Secretariat should play a more active role in its direct contacts with NGOs who, as a valuable resource, can contribute to the accuracy and richness of the public debate. This interaction with NGOs should be developed through various means such as inter alia the organization on an ad hoc basis of symposia on specific WTO-related issues, informal arrangements to receive the information NGOs may wish to make available for consultation by interested delegations and the continuation of past practice of responding to requests for general information and briefings about the WTO. V. If chairpersons of WTO councils and committees participate in discussions or meetings with NGOs it shall be in their personal capacity unless that particular council or committee decides otherwise. VI. Members have pointed to the special character of the WTO, which is both a legally binding intergovernmental treaty of rights and obligations among its Members and a forum for negotiations. As a result of extensive discussions, there is currently a broadly held view that it would not be possible for NGOs to be directly involved in the work of the WTO or its meetings. Closer consultation and cooperation with NGOs can also be met constructively through appropriate processes at the national level where lies primary responsibility for taking into account the different elements of public interest which are brought to bear on trade policy-making”.

⁵² Que são, em termos gerais, os seguintes: Acordo Constitutivo da Organização Mundial de Comércio, Acordos Comerciais Multilaterais e Acordos Comerciais Plurilaterais.

do Entendimento sobre Solução de Controvérsias (ESC)⁵³, ⁵⁴. Entretanto, importa dizer, para os fins do presente ensaio, que esse conjunto normativo não veicula maiores detalhamentos acerca da produção de provas.

Nada obstante a essa situação, no ESC encontram-se positivadas duas regras de insofismável importância para a instrução dos procedimentos sob sua égide.

A primeira é a possibilidade genérica de o painel (grupo especial) buscar informações e dados reputados relevantes para o deslinde da controvérsia posta sob seu crivo. Vale dizer, o Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias confere poder ao OSC para fazer descobertas de forma autônoma, desde que auxiliem na elaboração das recomendações. Assim preceitua o art. 13 do ESC:

ART.13

1 - Todo grupo especial terá direito de recorrer à informação e ao assessoramento técnico de qualquer pessoa ou entidade que considere conveniente. Contudo, antes de procurar informação ou assessoramento técnico de pessoa ou entidade submetida à jurisdição de um Membro o grupo especial deverá informar as autoridades de tal Membro. O Membro deverá dar resposta rápida e completa a toda solicitação de informação que um grupo especial considere necessária e pertinente. A informação confidencial fornecida não será divulgada sem autorização formal da pessoa, entidade ou autoridade que a proporcionou.

2 - Os grupos especiais poderão buscar informação

⁵³ “As regras inscritas no ESC se revestem de um caráter de jurisdicidade, submetendo as partes ao “*due process*” dos “*panels*” e do Órgão de Apelação”.

⁵⁴ “En el antiguo GATT existía ya un procedimiento de solución de diferencias, pero no preveía plazos fijos, era más fácil obstruir la adopción de las resoluciones y en muchos casos pasaba mucho tiempo sin que se llegara a una solución concluyente. El Acuerdo de la Ronda Uruguay estableció un procedimiento más estructurado, con etapas más claramente definidas”. (Disponível em: <http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/displ_s.htm>, acessado em 12/09/2010)

em qualquer fonte relevante e poderão consultar peritos para obter sua opinião sobre determinados aspectos de uma questão. Com relação a um aspecto concreto de uma questão de caráter científico ou técnico trazido à controvérsia por uma parte, o grupo especial poderá requerer um relatório escrito a um grupo consultivo de peritos. As normas para estabelecimento de tal grupo e seus procedimentos constam do Apêndice 4.

A segunda é a maleabilidade que os grupos especiais detêm quanto ao estabelecimento do próprio estabelecimento do procedimento a ser adotado no enfrentamento de uma determinada contenda. É o que consta de seu art. 12:

ART.12

1 - Os grupos especiais seguirão os Procedimentos de Trabalho do Apêndice 3, salvo decisão em contrário do grupo especial após consulta com as partes em controvérsia.

2 - Os procedimentos do grupo especial deverão ser suficientemente flexíveis para assegurar a qualidade de seus relatórios, sem atrasar indevidamente os trabalhos do grupo especial.

Interpretadas de forma ampla, essas prerrogativas conferem aos painéis e, por extensão, ao Órgão de Apelação a possibilidade de analisar diversos aspectos de uma disputa e considerar qualquer informação que lhe possa parecer relevante para o caso, de modo que informações não fornecidas pelas partes e advindas de outra fonte passam a produzir conseqüências jurídicas para o caso sob exame.

É justamente nesse ponto que reside a principal abertura para a atuação dos *amicus curiae* no procedimento de solução de controvérsias da OMC.

Durante a vigência do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (General Agreement on Tariffs and Trade – GATT), tanto os memorandos não solicitados quanto às considerações feitas por membros da organização

estranhos à controvérsia só eram considerados pelo painel à medida que eram formalmente adotados pelas partes.

Contudo, iniciou-se, em razão dos fatores acima apontados, um processo visando a uma maior participação de não-membros no bojo do processo de solução de controvérsias capitaneado pela OMC.

A bem da verdade, a reivindicação pela possibilidade de terceiros (não-membros) fornecerem informações para a resolução de disputas comerciais entre Estados começou antes mesmo do pleno funcionamento da OMC.

De fato, em 1991, no caso Atum/Golfinho, que discutia a legitimidade do embargo promovido pelos Estados Unidos à importação de atum do México⁵⁵, iniciou-se, com mais visibilidade, o questionamento das organizações não-governamentais acerca da legitimidade dos órgãos, componentes de sistemas de resolução de controvérsias de organizações internacionais, para decidir isoladamente questões com grandes conseqüências em áreas não-comerciais (notadamente causas ambientais).

A demanda por um canal de acesso direto para os terceiros não-membros (especialmente, as ONGs) só foi atendida, porém, em 1998, no caso Camarões/Tartarugas.

O caso Camarões/Tartarugas foi iniciado em 1997, quando Índia, Malásia, Paquistão e Tailândia denunciaram os Estados Unidos perante o OSC devido à política de importação por ele adotada para certos tipos de camarões e produtos relacionados, de modo que foi instaurado um grupo especial para examinar tais reclamações.

Na hipótese, os Estados Unidos exigiam uma certificação especial conferida ao país exportador, pela qual se atestava a utilização de redes de pesca específicas para a proteção de tartarugas marinhas, conduta que era exigida internamente em tal país, por força de um regulamento específico de 1987. Embora essa exigência infringisse a regra de não-discriminação do GATT, os Estados Unidos justificaram a medida no artigo XX desse mesmo acordo, que autorizava a existência de discriminação e criação de restrições, desde que estas tenham o escopo de proteger a vida humana,

⁵⁵ Ato adotado com fundamento em razões ambientais. Alegou-se, naquela ocasião, que os atuns exportados pelo México eram capturados por redes que causavam a morte de golfinhos.

animal ou vegetal⁵⁶.

O caso gerou interesse de ONGs ambientalistas, que apresentaram memorandos *amicus curiae*. Precisamente, tem-se que durante o procedimento, o respectivo grupo especial recebeu, em julho e setembro de 1997, memorandos provenientes dessas organizações, que também foram enviados às respectivas partes componentes da controvérsia.

Na ocasião, a Índia, Malásia, Paquistão e Tailândia solicitaram que tais alegações não fossem examinadas pelo Grupo Especial. Diversamente, os Estados Unidos instaram o referido órgão da OMC a aproveitar de quaisquer informações pertinentes contidas nas citadas alegações ou em qualquer outro documento similar.

Acontece que esses documentos foram rejeitados pelo painel instaurado, com base na alegação de que (i) o recebimento de informações por parte de organizações não-governamentais é incompatível com as disposições do ESC e que (ii) os painéis seriam obrigados a aceitar somente as informações solicitadas por eles próprios ou fornecidas pelas partes ou por terceiros interessados (que configuram membros da OMC ou territórios aduaneiros). Eis o que foi expressamente decidido no pormenor⁵⁷:

Nosotros no habíamos solicitado la información contenida en los documentos mencionados. Observamos que, de conformidad con el artículo 13 del ESD, la iniciativa de recabar información y seleccionar la fuente de información corresponde al Grupo Especial. En cualquier otra situación, solamente las partes y los terceros están autorizados a presentar información directamente al Grupo Especial. El hecho de aceptar información no solicitada de fuentes no gubernamentales sería, a nuestro juicio, incompatible con las disposiciones del ESD tal como se aplican actualmente. Por consiguiente, informamos a las partes que no era

⁵⁶ Segundo tal regra, nada no acordo deve impedir a adoção de medidas para proteger a moral pública e a saúde humana, animal ou vegetal, o comércio de ouro e prata; a proteção de patentes, marcas e direitos do autor; tesouros artísticos e históricos; recursos naturais exauríveis e garantias de bens essenciais.

⁵⁷ Segundo Relatório do Grupo Especial (parágrafo 7.8).

nuestra intención tomar en consideración estos documentos. Además, observamos que dado que conforme a la práctica habitual las partes podían presentar cualesquiera documentos que consideraran pertinentes en apoyo de sus argumentos, si una de las partes en la presente diferencia deseaba presentar los documentos mencionados, o partes de los mismos, como parte de sus propias comunicaciones al Grupo Especial, estaría facultada para hacerlo. Si éste era el caso, las demás partes tendrían dos semanas para responder a ese material adicional. Observamos que los Estados Unidos aprovecharon esta oportunidad designando la sección III del documento presentado por el Centro de Conservación Marina y el Centro de Derecho Ambiental Internacional como un anexo de su segunda comunicación al Grupo Especial.

Malgrado isso, a mencionada decisão, como se pode notar, reconheceu a possibilidade de as partes incluírem nas suas alegações o conteúdo dos memorandos apresentados por terceiros não-membros, o que, a toda evidência, não representou avanço no entendimento acerca da questão.

Ocorreu que, diante da possibilidade das informações prestadas pelas ONGs não serem analisadas na referida disputa, os Estados Unidos anexaram tais textos em sua defesa e contestaram no Órgão de Apelação a decisão de não-recebimento do painel. Essa pretensão foi fundamentada na constatação de que não há nada no ESC que proíba os grupos especiais de examinar determinada informação simplesmente porque não fora formalmente solicitada. Sustentou-se, igualmente, que o artigo 13:2 do ESC (acima transcrito) conferiria liberdade aos painéis para buscar informações sobre a disputa em qualquer fonte relevante, bem como para consultar expertos sobre questões específicas, de modo que qualquer outra conclusão limitaria indevidamente a discricção conferida aos grupos especiais para eleger as suas fontes de informação.

O Órgão de Apelação, então, analisou a sobredita questão, posta pelos Estados Unidos, sob dois aspectos distintos; a saber: (i) quanto à

admissibilidade da atuação do *amicus curiae* pelos painéis; e (ii) quanto à admissibilidade da específica manifestação apresentada no caso.

Quanto ao primeiro aspecto, o Órgão de Apelação refutou a interpretação do painel que pugnava a impossibilidade de admissão dos memorandos apresentados por “amigos da corte” sob a justificativa da inexistência de disposições no ESC relativas à matéria.

Com efeito, sob o pálio do conteúdo prescritivo do artigo 13:2 do DSU, notadamente da interpretação extensiva conferida à palavra “obter”⁵⁸ ali veiculada, reconheceu-se a autoridade dos painéis para buscar informação de qualquer forma e fonte que julgar pertinente, como também para decidir, por outro lado, se aceita ou rejeita a informação prestada por terceiros, a partir da análise da aceitabilidade e relevância dela para o deslinde da controvérsia.

Ficou, assim, expressamente registrado que a competência do grupo especial compreende a faculdade de determinar a necessidade de informação e assessoramento em um caso concreto, de estabelecer a aceitabilidade e pertinência da informação ou do assessoramento recebido, como também de decidir que peso atribuir a eles, inclusive a fim de concluir que não deva conferir nenhuma importância ao material recebido.

A par disso, tal decisão arrimou-se igualmente no parágrafo 2 do art. 12 do ESC, que determina que o procedimento dos grupos especiais deve ser flexível o suficiente para garantir a qualidade dos relatórios, de modo que não se mostraria necessário que tal órgão da OMC somente aceite as informações que venha a solicitar formalmente (lembre-se que, no caso, os memorandos foram apresentados sem qualquer solicitação por parte do painel).

Enfim, entendeu o Órgão de Apelação, no caso em disquisição, que o conjunto dos arts. 12 e 13 do ESC⁵⁹ conferem aos grupos especiais faculdades amplas para controlar o processo mediante o qual recebem

⁵⁸ “*Seek*” (em inglês) ou “*recabar*” (em espanhol).

⁵⁹ “A participação de atores não-estatais no Órgão de Solução de Controvérsias da OMC pode ocorrer apenas quando o grupo especial requerer informações ou assessoramento técnico a esses atores, com base no art. 13 do ESC. O art. 13 do ESC garante, no entanto, que quando a entidade à qual o grupo especial pretende solicitar auxílio técnico e estiver sediada em um dos países membros, as autoridades desse país devem ser informadas com antecedência.” (SANCHEZ, Michelle Ratton. *Atores não-estatais e sua relação com a Organização Mundial do Comércio*. in *Direito do Comércio Internacional*. Coord. Alberto do Amaral Júnior. São Paulo: Juarez de Oliveira: 2002. p. 163)

informações, tanto sobre os fatos pertinentes à controvérsia quanto sobre as normas e princípios jurídicos aplicáveis a tais fatos.

Já sobre a admissibilidade dos memorandos *amicus curiae* apresentados no caso em tela, tem-se que o enfreteamento desse ponto foi coartado. Tal ocorreu devido à incorporação dos textos produzidos pelas ONGs pelos Estados Unidos em suas alegações.

Por conta disso, a principal questão imposta foi saber quais seriam os limites da incorporação promovida na hipótese. Foi assim que o Órgão de Apelação, em sede preliminar, questionou os Estados Unidos sobre em que medida adotava as alegações das organizações privadas⁶⁰. Como resposta, esse país afirmou a independência das concepções veiculadas nos memorandos *amicus curiae* apresentados em relação às suas próprias alegações, de modo que não as acolhia incondicionalmente. Admitiram, contudo, a concordância com os argumentos legais apresentados, à medida que convergissem com as alegações feitas na defesa principal do membro. Enfim, os EUA esclareceram que não adotavam as alegações como questões independentes em relação àquelas que já tinham levantado.

Nesse contexto, o Órgão de Apelação considerou que, a partir do momento em que um memorando for anexado às alegações do apelante ou do apelado, as informações nele contidas passam a integrar o corpo das alegações independentemente de sua fonte, ao menos a priori. Foi observado também, na ocasião, que a liberdade das partes de uma disputa para escolher o conteúdo de suas alegações não exclui a responsabilidade do membro pelo conteúdo das informações prestadas, inclusive com relação aos anexos apresentados.

Apesar de ter aberto o importante precedente do OSC para a admissão de memorandos *amicus curiae*, no caso Camarões/Tartarugas essa prerrogativa não foi cabalmente aplicada, em função da adoção dos memorandos na defesa dos Estados Unidos, como visto. Sobremais, não ficaram claros na decisão os critérios utilizados para o recebimento e análise das informações

⁶⁰ Eis o que constava literalmente do mencionado questionamento: “¿En qué medida concuerdan con o adoptan ustedes alguno o varios de los argumentos jurídicos expuestos en los tres alegatos preparados por las organizaciones no gubernamentales que se adjuntan como documentos de prueba a la comunicación del apelante por ustedes presentada? En particular, ¿adoptan ustedes los argumentos jurídicos en ellos formulados con respecto a los párrafos b) y g) y del preámbulo del artículo XX del GATT de 1994?”.

prestada a esse título, como, por exemplo, qual tipo de organização pode participar, entre outros pormenores.

Mais adiante, com o caso Carbono/Aço, a controvérsia acerca da participação de *amicus curiae* no OSC foi retomada, a partir da interposição de memorandos a esse título perante o Órgão de Apelação por parte da American Iron and Steel Institute e Specialty Steel Industry of North América.

Nessa controvérsia, a Comunidade Européia acusava os Estados Unidos pela imposição de medidas excessivamente onerosas (medidas compensatórias) à importação de barras de chumbo procedentes do Reino Unido, utilizadas para a produção de aço, tendo sido instalado o respectivo grupo especial para enfrentar a questão em 1999.

Em fevereiro de 2000, o Órgão de Apelação recebeu os sobreditos documentos, intitulados de “comunicações *amicus curiae*”. Ato contínuo, as Comunidades Européias apresentaram manifestação contrária ao recebimento de tais informes em grau de apelação. Especificamente, foi alegado nesse arrazoado que a base que permite o fornecimento de alegações *amicus curiae* seria o art. 13 do ESC, preceito que não se aplicaria ao Órgão de Apelação, mas tão-somente aos grupos especiais (como restou determinado no caso Camarões). Não havendo, ademais, qualquer disposição no ESC ou nos procedimentos de trabalho que permitiriam tal prática em sede de apelação. Foi aduzido também que, de todo modo, essa disposição do ESC se limitaria a franquear a prestação de informação fática e ao assessoramento técnico, não abarcando argumentos jurídicos, que seria a hipótese em discussão.

O Brasil, que na controvérsia em causa atuava como terceiro interessado, apresentou manifestação no mesmo sentido daquela apresentada pela Comunidade Européia, defendendo, em suma, que os membros da OMC são os únicos que estão capacitados para expor argumentos jurídicos sobre os relatórios dos grupos especiais.

Os Estados Unidos, ao revés, manifestaram-se novamente favoráveis à admissão de *amicus curiae* no procedimento e solução de controvérsias da OMC, argumentando quanto a isso: (i) a ampla e extensa faculdade do Órgão de Apelação para a admissão de *amicus curiae*, afirmada na decisão Camarões/Tartarugas, evidentemente se aplica também ao Órgão de Apelação ; (ii) a aplicação do artigo 17.9 do ESC, que autoriza o Órgão de

Apelação a criar os seus procedimentos de trabalho; (iii) a aplicação da regra 16(1) dos Procedimentos de trabalho do OSC, segundo a qual é permitida a criação de um procedimento novo quando a questão relevante não é abarcada pelas normas já previstas; e (iv) a improcedência da alegação no sentido de que aceitar a comunicação *amicus curiae* não solicitada importa comprometer a confidencialidade das deliberações do Órgão de Apelação e conferir maiores direitos a não-membros da OMC do que aqueles previsto para os próprios membros.

Ao apreciar a questão, o Órgão de Apelação confirmou a inexistência de dispositivos no ESC ou nos Procedimentos de trabalho proibindo o recebimento de informações fornecidas por sujeitos externos à organização, inclusive por sua parte. Diante de tal panorama, registrou-se que o artigo 17.9 do DSU confere ampla autoridade para a criação de regras sobre procedimento, desde que estas não entrem em conflito com as normas do DSU e com os acordos da organização. Concluiu, então, o Órgão de Apelação que está legalmente franqueado a decidir se aceita ou não a informação que considerar pertinente e útil a um recurso, inclusive aquela eventualmente prestada por *amicus curiae*.

Mas, apesar disso, novamente os documentos apresentados a título de *amicus curiae* não foram recebidos, agora sob o fundamento de não serem necessários ou úteis para a apreciação da disputa então em causa.

A decisão relativa ao *amicus curiae* tomada pelo Órgão de Apelação no caso Carbono/Aço confirmou a posição assumida pelo órgão em favor do instituto, assim como o aumento de seu “poder”, efetuada por meio da interpretação das normas da organização. A fundamentação jurídica utilizada no caso, contudo, foi objeto de censuras, pois o artigo 17.9 menciona a elaboração de novos procedimentos em consulta com o presidente do OSC e o Diretor-Geral da organização, acompanhada de posterior notificação dos membros, pré-requisitos que não foram respeitados no caso em questão.

Pouco depois, em 2000, o debate ressurgiu com o caso Amianto, no qual foi estabelecido um grupo especial para examinar reclamação formulada pelo Canadá, a respeito de decreto editado pela França que estabelecia proibições relativas ao amianto e produtos que contêm tal substância.

O importante desse caso é que o Órgão de Apelação criou um procedimento especial e pontual para o recebimento de *amicus curiae*.

Decerto, reconhecendo a possibilidade de recebimento de comunicações de entes distintos das partes e dos terceiros envolvidos na diferença, e tendo em vista que o grupo especial criado para o caso havia recebido cinco memorandos escritos de ONGs (dos quais apenas dois foram efetivamente aceitos), o Órgão de Apelação, a fim de facilitar a tramitação equitativa e ordenada do recurso, adotou, com fundamento jurídico no artigo 16(1) do seu Procedimento de Trabalho⁶¹, um procedimento específico para o recebimento de tais memorandos *amicus curiae*.

Assim, após ouvir as partes e os terceiros (inclusive o Brasil), foi adotado, em 07 de novembro de 2000, um procedimento adicional para possibilitar o fornecimento de informações por terceiros, iter válido apenas para a apelação em causa.

Destarte, segundo esse procedimento, qualquer pessoa natural ou jurídica poderia apresentar um pedido para participar na disputa, desde que respeitasse os requisitos de forma, conteúdo e prazo estipulados. Uma vez aceitos, os *amicus curiae* deveriam os memorandos respeitar um limite de vinte páginas e cingir-se a alegações de direito, sustentadas nas normas ou interpretações do painel do qual recebeu a autorização para participar.

Após a edição do procedimento em tela⁶², o Órgão de Apelação recebeu, dentro do prazo estabelecido, 11 (onze) solicitações de autorização para apresentar memorandos escritos na apelação em comento. Ocorre, porém, que todos eles foram negados, o que impediu o oferecimento de escritos *amicus curiae* na ocasião.

Embora restritas ao caso Amianto, as regras de procedimento fixadas pelo Órgão de Controvérsias auxiliaram a aceitação do instituto *amicus curiae* por parte dos membros da OMC, porquanto houve o estabelecimento de critérios mais precisos, fornecendo maior grau de previsibilidade para novos casos. Entretanto, essa iniciativa teve aplicação restrita, pois, como dito, o Órgão de Apelação não aceitou nenhum memorando. Em conseqüência, as imprecisões e críticas ao instituto não restaram cabalmente espancadas.

Avançando no estudo da jurisprudência da OMC a respeito do tema

⁶¹ Preceptivo que autoriza a criação de novos procedimentos para um caso específico, desde que não seja incompatível com o texto do DSU,

⁶² O OAp recebeu 13 comunicações escritas que não foram apresentadas de acordo com o procedimento adicional, notadamente porque apresentadas antes da formalização deste.

deste ensaio, passemos à análise do caso Sardinha, cuja controvérsia se centrava no nome que determinada espécie de peixes podiam ser comercializadas nas Comunidades Européias (especificamente, tratava-se da comercialização de sardinhas).

Nesse caso, o Marrocos, que não se habilitou como terceiro interessado no respectivo painel, fez uso do instituto do *amicus curiae* para fornecer informações de fato sobre as diferenças entre as espécies de sardinha e informações econômicas sobre a indústria de pesca do país. A principal objeção levantada, na hipótese, quanto à atuação pretendida pelo Marrocos seria a suposta violação das disposições do ESC, uma vez que este estabelece a forma como um membro da OMC pode participar como terceiro interessado no procedimento de solução de controvérsias.

Apreciando esse novel aspecto, Órgão de Apelação entendeu pela admissibilidade de *amicus curiae* por partes de membros da organização, considerando a inexistência de dispositivos no DSU que a proíba esta forma de participação. Reconhecendo, igualmente, que entendimento contrário seria tratar um não-membro de forma mais favorável que um membro da OMC.

Contudo, o referido órgão ressaltou a ausência de privilégios de um membro ao apresentar o memorando *amicus curiae* em razão de sua posição jurídica na organização, donde se pode concluir que a aceitação de memorandos a esse título é uma faculdade discricionária que deve ser exercida caso a caso.

Nada obstante, mais uma vez o memorando apresentado não foi aceito.

Por fim, cabe trazer a lume o caso dos variedades japoneses (Japan Varieties), que, apesar de não haver tratado especificamente da questão do *amicus curiae*, trouxe limitações à atividade probatória do Órgão de Apelação, que inevitavelmente afetam o referido instituto.

No caso em baila se discutia, por força de uma reclamação apresentada pelos EUA, a legitimidade de práticas comerciais adotadas pelo Japão, que restringiu a importação de produtos agrícolas, mediante a exigência de prova da eficácia de procedimentos de quarentena.

Ocorre que o Órgão de Apelação do OSC, quando do julgamento de tal caso, fincou limitação acerca da influência de informações prestadas por terceiros no bojo do processo de formação do convencimento dos grupos especiais.

Com efeito, nesse caso restou decidido que o Grupo Especial tem o direito de recorrer à informação e ao assessoramento técnico de qualquer pessoa ou entidade que considere conveniente, nos termos do art. 13 do ESC. Mas tal prerrogativa deve ser utilizada no sentido de melhor compreender e avaliar as provas e os argumentos trazidos pelas partes, mas não para utilizar tais informações como razão de decidir em favor do demandante, sem que este tenha as levantado. Ou seja, a prerrogativa de buscar informações por parte do Grupo Especial, e, por extensão, por parte do próprio Órgão de Apelação, seria para facilitar a compreensão e valoração das provas e argumentos apresentados pelas partes e não para abonar as argumentações de um contendor.

Como se vê, a decisão mencionada impediu a adoção dos argumentos constantes dos memoriais solicitados ou dos pareceres de ‘experts’ requisitados pelo Grupo Especial, se tais argumentos não tiverem sido, também, levantados por qualquer das Partes, o que, inegavelmente, limita o raio de atuação do *amicus curiae*.

Esses são os casos mais representativos acerca do instituto *amicus curiae* no seio da OMC. Nesta altura, então, cabe apresentar as diretrizes jurisprudenciais firmadas pela referida organização internacional, no que toca à admissão do *amicus curiae*, o que se faz com auxílio do entendimento de Luís Cláudio Coni⁶³:

Podemos afirmar, então, que se estabeleceram as seguintes diretrizes jurisprudenciais: Quanto aos Grupos Especiais ou “panels”: 1) Os Painéis podem aceitar memoriais não solicitados (DSU, art. 13); 2) Os Painéis não têm a obrigação legal de responder ao *amicus curiae*, nem de fazer referência, em suas decisões, às informações trazidas pelo *amicus curiae*; 3) Os Painéis podem (não se trata de um dever) consultar as Partes sobre se desejam aceitar os memoriais não solicitados trazidos pelo *amicus curiae*; 4) Podem recusar os argumentos

⁶³ CONI, Luis Cláudio. O organismo de solução de controvérsias da organização mundial do comércio. Introdução a alguns aspectos essenciais de seu funcionamento. Revista do Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB, Brasília, v. 2, n. 2, p.129-130, jul./dez. 2005.

constantes dos memoriais, mas não podem rejeitar o seu recebimento sob a alegação de que não foram solicitados. Quanto ao Órgão de Apelação: 1) O OA tem autoridade para receber memoriais de “*amici curiae*” (art. 16 das Regras Procedimentos do Órgão de Apelação); 2) A participação do “*amicus curiae*” pode ser solicitada pelo OA (art. 16(1) - convite público à participação de amici curiae; 3) O convite se dá ad hoc (para o caso concreto apenas).

5. CONCLUSÕES.

São inegáveis os pontos positivos decorrentes da admissão do instituto do *amicus curiae* no procedimento de solução de controvérsias da OMC. Com efeito, os memorandos apresentados por terceiros não-membros contribuem para o enriquecimento das informações fático-jurídicas à disposição do OSC, sem contar a já propalada outorga de maior legitimidade às decisões dimanadas pela OMC, em decorrência da participação de atores sociais privados potencialmente portadores de interesses não econômicos e da própria profusão de dados acerca das controvérsias ali havidas.

Todavia, a questão não é tão singela. Primeiro é a deficiência da participação de entes não-estatais no procedimento. O que se tem observado, na realidade, é que a intervenção do *amicus curiae*, por vezes, como bem constata Adhemar Ferreira Maciel, tem ocorrido não para servir aos propósitos a que foi criado o instituto. Observa-se, quanto a isso, que o terceiro, ao invés de fornecer esclarecimentos à Corte, intervém no procedimento com o intuito de servir uma das partes, alcançando seus próprios interesses com a decisão a ser tomada⁶⁴.

Este fato, sem sombra de dúvidas, pode ser observado no Órgão de Solução de Controvérsia da Organização Mundial do Comércio, na medida em que os entes que buscam legitimar sua intervenção no procedimento são empresas patrocinadas por governos de países desenvolvidos, as quais buscam fazer valer seus interesses econômicos sobre quaisquer outros,

⁶⁴ MACIEL, Adhemar Ferreira. *Amicus Curiae*, um instituto democrático, repro n.º 106, abril-junho de 2002. p. 281.

inclusive sobre o meio ambiente. Nesse sentido⁶⁵:

O debate sobre a apresentação de pareceres por organizações não-governamentais suscita a oposição dos países em desenvolvimento, temerosos de que entidades empresariais ou entidades com interesses escusos possam intervir no procedimento e mitigar o caráter diplomático inerente ao sistema. Neste sentido, em 2000, o Conselho Geral exortou o OAp a exercer extremo cuidado na aceitação de pareceres de *amicus curiae*. O tema, inclusive, faz parte das propostas de reforma do sistema de solução de controvérsias, sem que haja qualquer unanimidade entre os Membros da OMC.

Isso sem contar outras censuras levantadas a tal sorte de intervenção, centradas principalmente na ameaça ao caráter intergovernamental da OMC, pela atenção a demandas não-estatais, com difusão dos poderes no bojo dessa organização, a partir da participação de novos centros de interesses, ameaçando sua força institucional.

Em arremate, em razão do exposto, evidencia-se que, apesar de toda a controvérsia sobre o tema, o Órgão de Apelação ainda não considerou qualquer dos memorandos apresentados pertinentes ou úteis e, portanto, na prática a admissibilidade de *amicus curiae* não produziu nenhuma consequência para a resolução de disputas no órgão.

Há mais: ainda permanecem dúvidas quanto ao tema, tendo em vista as inúmeras censuradas levantadas pelos membros da OMC e, principalmente, a ausência de um ato normativo que venha a regular a questão de forma geral e definitiva.

⁶⁵ BARRAL, Welber. Organização Mundial do Comércio. in *Tribunais Internacionais: mecanismos contemporâneos de solução de controvérsias*. Florianópolis: Fundação Boitex, 2004. p. 45-46.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ALEXY, Robert. *A institucionalização da razão*. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

BARRAL, Welber. *Organização Mundial do Comércio*. in *Tribunais Internacionais: mecanismos contemporâneos de solução de controvérsias*. Florianópolis: Fundação Boitex, 2004.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CABRAL, Antônio do Passo. *Pelas asas de Hermes: a intervenção do amicus curiae, um terceiro especial*. *Repro* n.º 117. setembro-outubro, 2004.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de Terceiros*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

CHAYTOR, Beatrice. *Dispute settlement under the GATT/WTO: the experience of developing nations*. in *Dispute resolutions in the World Trade Organization*. Orgs. James Cameron and Karen Campbell. 1 ed. London: Cameron May, 1998.

CONI, Luis Cláudio. *O organismo de solução de controvérsias da organização mundial do comércio. Introdução a alguns aspectos essenciais de seu funcionamento*. *Revista do Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB, Brasília*, v. 2, n. 2, jul./dez. 2005.

CRETELLA NETO, José. *Direito processual na Organização Mundial do Comércio – OMC: causuística de interesse para o Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *Mecanismo processual de solução de controvérsia da Organização Mundial do Comércio – OMC: um sistema jurídico em construção na ordem internacional*. *Revista Forense*, vol. 365. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DEL PRÁ, Carlos Rodrigues. *Amicus Curiae - Instrumento de Participação Democrática e de Aperfeiçoamento da Prestação Jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GATTEI, Marília Machado. *A importância da jurisdicionalização dos procedimentos de solução de controvérsias da OMC*. in *Direito do*

Comércio Internacional. Coord. Alberto do Amaral Júnior. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Agir comunicativo e razão descentralizada*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

LAFFER, Celso. *A OMC e a regulamentação do comércio internacional: uma visão brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

MACIEL, Adhemar Ferreira. *Amicus Curiae, um instituto democrático*. Repro n.º 106, abril-junho de 2002.

MAGISTER, repositório de legislação e jurisprudência autorizado On-Line do STF n.º 41/2009, do STJ n.º 67/2008 e do TST n.º 35/2009. Disponível em: <<http://www.editoramagister.com/>>. Porto Alegre: Editora Magister, acessado desde 2008.

PEREIRA, Milton Luiz. *Amicus curiae: intervenção de terceiros*. Repro n.º 109. Janeiro-março, 2003.

ROCHA, Mariana Machado. *Organização mundial do comércio e sociedade civil: o caso amicus curiae*. In Revista Ius Gentium: teoria e comércio no direito internacional, n.º 1, jul. 2008.

RODRIGUES, Abelha Marcelo. *Elementos de direito processual civil*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

SANCHEZ, Michelle Ratton. *Atores não-estatais e sua relação com a Organização Mundial do Comércio*. In Direito do Comércio Internacional. Coord. Alberto do Amaral Júnior. São Paulo: Juarez de Oliveira: 2002.

SANTOS, Maria Cecília de Andrade. *A política da concorrência e a Organização Mundial do Comércio*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. n. 35. São Paulo: Revista dos Tribunais. Abril-junho de 2001.

SILVA, de Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 27ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

STERN, Brigitte. *O ingresso da sociedade civil na arbitragem entre estado e investidor*. In Revista de Arbitragem e mediação. Ano 1. Coord. Arnaldo Wald. Editora: Revista dos Tribunais, janeiro-abril de 2004.

TAVARES, Osvaldo Hamilton. *A CVM como "amicus curiae"*. Revista dos Tribunais. Abril de 1993. Vol. 690.

WORLD TRADE ORGANIZATION, disponível em: <<http://www.wto.org/>>.

SEGURO GARANTIA JUDICIAL

ASPECTOS PROCESSUAIS E MATERIAIS DE UMA

FIGURA AINDA DESCONHECIDA^{1*}

Gustavo de Medeiros Melo

Mestre e doutorando em Direito Processual Civil (PUC-SP). Membro do Instituto Brasileiro de Direito do Seguro (IBDS) e do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Professor da Escola Superior de Advocacia de São Paulo (ESA-SP) e da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte (ESMARN). Advogado no escritório Porto Advogados (São Paulo).

RESUMO: O texto analisa a função do seguro garantia judicial previsto no sistema jurídico pela Lei 11.382/2006 como mais uma forma de garantia apta a ser utilizada pelo devedor no processo judicial.

ABSTRACT: The paper analyses the function of judicial guarantee insurance provided at juridical system by 11.382/2006 law as one more way of protection to be used by debtor in the judicial process.

PALAVRAS-CHAVE: Processo civil - execução - penhora - garantia - seguro garantia judicial - substituição.

KEYWORDS: Civil process - execution - attachment - bank bail - judicial guarantee insurance - replacement

¹ * Trabalho escrito para compor coletânea de homenagem ao Professor José Joaquim Calmon de Passos.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O seguro garantia e sua regulamentação - 3. Estrutura e função do seguro garantia judicial - 4. O seguro garantia judicial no CPC de 1973: 4.1 Requerimento da parte; 4.2 Apólice na modalidade garantia judicial; 4.3 Importância segurada em 30% acima do débito; 4.4 Idoneidade da garantia: 4.4.1 Seguradora aparentemente regular; 4.4.2 Seguro com vigência correspondente à duração do processo judicial; 4.4.3 Seguro com eficácia independente de eventual mora do tomador quanto ao pagamento do prêmio; 4.4.4 Apólice apta a gerar eficácia imediata no processo judicial; 4.4.5 Maior liquidez do que o bem penhorado - 5. Incidente de substituição da penhora - 6. Condição de admissibilidade dos embargos à execução fiscal - 7. Certidão positiva de débito fiscal com efeito de negativa e suspensão do crédito tributário - 8. Certidão de regularidade trabalhista para concorrer em licitação - 9. Efeito suspensivo no processo comum de execução de título judicial e extrajudicial - 10. A caução na disciplina dos provimentos de urgência - 11. O seguro garantia judicial no projeto de novo CPC - 12. Proposta de redação para o Projeto de Lei 8.046/2010 – 13. Conclusões – 14. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O processo de execução no Brasil sofreu sua mais profunda transformação com a Lei 11.232/2005, que estabeleceu a fase de cumprimento voluntário da sentença, sob pena de multa de 10% do débito, entre outras cirurgias que procuraram simplificar o procedimento para atingir a plena satisfação do credor exequente.²

Por outro lado, mesmo diante desse propósito mais ousado de satisfazer o litigante que tem razão, o sistema continua preocupado em facilitar o cumprimento da obrigação sem onerar desnecessariamente o patrimônio do executado (CPC, art. 620).³ A lei autoriza, por exemplo, a substituição da penhora por depósito em dinheiro ou fiança bancária nas execuções fiscais regidas pela Lei 6.830/80 (LEF, art. 15).

² Temos sustentado que o cálculo da duração razoável do processo, objeto da EC n.º 45/2005, deve levar em conta o tempo que vai da propositura da ação até o momento final de satisfação do credor com o efetivo cumprimento da prestação inadimplida: MELO, Gustavo de Medeiros. A tutela adequada na Reforma Constitucional de 2004. *Revista de Processo*, n.º 124, São Paulo: RT, junho, 2005, p. 76; O acesso adequado à Justiça na perspectiva do justo processo. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson & WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição – Estudos em homenagem ao Prof. José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 684.

³ São as duas balizas fundamentais da execução civil, antagônicas, mas harmônicas entre si: DINAMARCO, Cândido Rangel. Menor onerosidade possível e efetividade da tutela jurisdicional. *Nova era do processo civil*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 294.

O presente ensaio pretende examinar outro tipo de garantia que vem sendo apresentado pelas empresas nas disputas judiciais. É o chamado seguro garantia judicial, novidade trazida ao sistema brasileiro pela reforma processual de 2006, ainda não estudada nos seus devidos termos. Ao final, veremos como esse assunto está previsto no Projeto de Lei 8.046/2010, que pretende instituir o novo Código de Processo Civil.

2. O SEGURO GARANTIA E SUA REGULAMENTAÇÃO

Em linhas gerais, o seguro garantia é o contrato pelo qual a companhia seguradora presta a garantia de proteção aos interesses do credor (segurado) relacionados com o adimplemento de uma obrigação (legal ou contratual) do devedor, nos limites da apólice.⁴

O devedor é o tomador da garantia junto à seguradora, em cuja apólice ele coloca o seu credor como segurado e beneficiário direto da indenização que representa o cumprimento da obrigação.⁵⁻⁶ O Decreto-Lei 73/66, que dispôs sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados e regulamentou as operações de seguro e resseguro, estabeleceu a obrigatoriedade de contratação do seguro em benefício do adquirente de imóvel sujeito ao risco de descumprimento contratual por parte do incorporador e construtor (art. 20, “e”).⁷

⁴ Segundo a moderna doutrina securitária, com respaldo no art. 757 do Código Civil, a garantia é o objeto imediato do contrato de seguro e o interesse é o objeto da garantia (TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio Queiroz B. & PIMENTEL, Ayrton. *O contrato de seguro: de acordo com o novo Código Civil brasileiro*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2003, p. 32).

⁵ Também conhecido em outros sistemas como seguro fidejussório, seguro fiança ou seguro caução: BENLLOCH, M.ª Pilar Barres. *Régimen Jurídico del Seguro de Caución*. Madrid: Aranzadi, 1996, p. 160; RÍOS, Javier Camacho de los. *El Seguro de Caución. Estudio crítico*. Mapfre: Madrid, 1994, p. 23; BASTIN, Jean. *El seguro de crédito – Protección contra el incumplimiento de pago*. Mapfre: Madrid, 1993, p. 261; CUBIDES, Hernando Galindo. *El seguro de fianza – Garantía única*. Primera edición. Bogotá: Legis, 2005, p. 40.

⁶ No Brasil, a literatura é escassa: COMPARATO, Fábio Konder. *O seguro de crédito – estudo jurídico*. São Paulo: RT, 1968, p. 90; Notas retificadoras sobre seguro de crédito e fiança. *Direito Empresarial – Estudos e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 445; GOMES, Orlando. *Seguro de crédito e negócio fidejussório. Cláusula solve et repete. Novíssimas questões de direito civil*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1988, p. 267; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Seguro-garantia. Ação de execução*. Posição processual do IRB. *RePro*, 114/224.

⁷ O STF entendeu que uma lei municipal do Município do Rio de Janeiro poderia exigir, como requisito para concessão de licença aos construtores e incorporadores, seguro garantia de conclusão da obra em benefício dos adquirentes do imóvel na planta. A premissa do julgamento foi no sentido

Anos depois, o Decreto-Lei 2.300/86, na linha do que havia feito o Decreto-Lei 200/67, baixou normas sobre licitações e contratos públicos com a possibilidade de se exigir garantia para contratação de obras, serviços e compras, podendo o contratado optar pelas modalidades ali previstas, entre as quais o seguro garantia (art. 46, § 1º, III, redação do Decreto-Lei 2.348/87).⁸

Nos anos 90, instituindo regras gerais sobre licitações e contratos com a administração pública, a Lei 8.666/93 tratou do seguro garantia de cumprimento da proposta apresentada na fase de licitação, exigível de todos os concorrentes, e garantia de fiel cumprimento do contrato (art. 6º, VI, 31, III, 56, § 1º, II). Na sistemática das parcerias público-privadas, a Lei 11.079/2004 prevê essa espécie de garantia tanto para assegurar o cumprimento dos encargos assumidos pelo parceiro privado quanto o cumprimento das obrigações pecuniárias do ente público (art. 5, VIII, e art. 8, III).

Como se vê, o seguro garantia mais conhecido era aquele contratado para proteger os interesses da administração pública, em todas as suas esferas, contra o risco de descumprimento dos contratos celebrados para execução de obras e serviços pela iniciativa privada.

Não se falava até então de seguro contra o risco de constrangimento da empresa por débito reconhecido pelo Poder Judiciário. Esse tipo de garantia apareceu com a Circular 232 da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), de 03 de junho de 2003, que regulamentou as várias modalidades de seguro garantia e dispôs sobre as condições gerais e especiais que devem constar da apólice. Ali, naquele pacote, apareceu a figura do seguro garantia judicial.⁹

de não haver usurpação de competência pelo Município quando a exigência se baseia na lei federal que instituiu esse tipo de seguro obrigatório, no caso o DL 73/66 (art. 20, “e”). Esse dispositivo foi revogado pela Medida Provisória 2.221/2001. Pela extensão dos debates ali travados, vale a pena conferir: STF, Pleno, RE 390.458-2/RJ, Min. CARLOS VELLOSO, j. 17.06.2004.

⁸ Na visão de alguns analistas, esses decretos foram de pouco impacto no mercado e na subscrição das apólices: CELIS, Francisco Artigas. Dos seguros de crédito e garantia no direito comparado latino-americano. *II Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho*. São Paulo: EMTS, 2002, p. 281.

⁹ Entre as modalidades de seguro garantia objeto da Circular n.º 232/2003 estão: garantia de execução do contrato (*Performance Bond*), garantia da concorrência (*Bid Bond*), garantia de adiantamento de pagamento (*Advanced Payment Bond*), garantia de retenção de pagamento (*Retention Payment Bond*), garantia de perfeito funcionamento (*Maintenance Bond*), seguro aduaneiro, seguro imobiliário, seguro administrativo e seguro garantia judicial.

3. ESTRUTURA E FUNÇÃO DO SEGURO GARANTIA JUDICIAL

O seguro garantia judicial é uma proteção do devedor (pessoa física ou jurídica) que tem débito reconhecido em processo tramitando no Poder Judiciário. A estrutura dessa espécie securitária foge um pouco da dinâmica comum ao gênero seguro garantia.¹⁰ Neste, o tomador contrata uma apólice como garantia dos interesses do credor da prestação que corre o risco de ser descumprida. Exemplo comum é o da pessoa jurídica pública que promove uma licitação e, para contratar com a empresa vencedora, exige dela a garantia do fiel cumprimento do contrato. A doutrina classifica esse negócio de *seguro por conta de terceiro*.¹¹

No seguro garantia judicial, por sua vez, embora a garantia seja estipulada em benefício do credor, o tomador é o grande interessado na proteção de sua própria imagem e patrimônio frente ao risco de possíveis agressões do Estado decorrentes do processo judicial que discute o inadimplemento da obrigação.

O devedor contrata uma apólice de seguro para resguardar o seu interesse legítimo de não ser constrangido por atos executivos de penhora ou intimações para efetuar depósito em juízo, garantindo, por tabela, o interesse alheio do credor.

Como se vê, existem dois riscos a serem tutelados pelo seguro garantia judicial: primeiro, o risco do constrangimento para o devedor sujeito aos atos executivos do processo judicial; e segundo, o risco do descumprimento obrigacional que atinge o interesse do credor da prestação. Aqui, o devedor é não só o tomador do seguro que coloca o seu credor como segurado da garantia, como também é titular de um interesse próprio relacionado com o risco de ser exposto às agressões da execução judicial.

A experiência com esse negócio tem registrado que o primeiro risco (*risco próprio do devedor*) é o que, no fundo, tem motivado as empresas a buscar uma apólice de seguro garantia judicial.¹² Até mesmo sem o

¹⁰ Estrutura do contrato significa o seu arranjo interno, os elementos que o compõem e como se relacionam: COMPARATO, Fábio Konder. Notas retificadoras sobre seguro de crédito e fiança. *Direito Empresarial – Estudos e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 440.

¹¹ BENLLOCH, M.^a Pilar Barres. *Régimen Jurídico del Seguro de Caución*. Madrid: Aranzadi, 1996, p. 163.

¹² É o que se infere da própria Circular SUSEP n.º 232/2003 quando define o seguro garantia judicial da seguinte forma: “Garante o pagamento de valor correspondente aos depósitos em juízo que o to-

conhecimento do credor, o devedor pode contratar um seguro garantia judicial por livre e espontânea vontade, com o objetivo de se ver livre dos atos executivos de penhora e intimações.

É comum a chamada penhora eletrônica de ativos financeiros, o que gera bloqueios na conta corrente, imobiliza o fluxo de caixa, compromete os bens de sua atividade produtiva, afeta a linha de crédito bancário, entre outros aborrecimentos típicos da execução judicial forçada. Isso quando não tem a presença de um Oficial de Justiça nas dependências do estabelecimento, expondo a empresa perante fornecedores e consumidores em geral.

É nesse cenário que o seguro garantia judicial vem sendo procurado pelas empresas que querem se prevenir contra as medidas constritivas que serão disparadas contra si para liquidação de débitos expressivos em juízo. Num segundo plano, esse seguro lhes trará também o conforto de ver encerrado o litígio pelo cumprimento da obrigação por parte da seguradora. Um processo judicial a menos.¹³

4. O SEGURO GARANTIA JUDICIAL NO CPC DE 1973

Entretanto, a Circular SUSEP 232/2003 não foi suficiente para convencer os tribunais da idoneidade do seguro garantia.¹⁴ Só com a Lei 11.382/2006, que alterou o CPC na parte que trata da execução de título extrajudicial, foi que o seguro veio a ser inserido no Código de Processo Civil como mais uma ferramenta, ao lado da fiança, para substituir a penhora. O art. 656, § 2º, do CPC diz o seguinte: “*A penhora pode ser substituída por fiança bancária ou seguro garantia judicial, em valor não inferior ao do débito constante da inicial, mais 30% (trinta por cento)*”. A partir daí, o novo panorama legal começou a surtir reflexos.

Mas a oferta de uma apólice de seguro não representa o dever de aceitação automática pelo órgão julgador. É preciso preencher determinadas

mador necessite realizar no trâmite de procedimentos judiciais” (item 03 da Seção I – Modalidades).

¹³ Lembrando que a seguradora, ao solver uma dívida nos seguros de danos, sub-roga-se automaticamente nos direitos e ações que o seu segurado teria contra o terceiro devedor (CC, art. 786; STF, Súmula 188). No caso do seguro garantia, a Circular SUSEP 232/2003 dispõe: “*Paga a indenização ou iniciado o cumprimento das obrigações inadimplidas pelo tomador, a seguradora sub-rogar-se-á nos direitos do segurado contra o tomador, ou contra terceiros cujos atos ou fatos tenham dado causa ao sinistro*” (Anexo I – item 08 das Condições Gerais).

¹⁴ Salvo raras exceções: TRF-2ª Região, 3ª T., AI n.º 200602010058010, Juíza TÂNIA HEINE, DJU 02.03.2007.

condições para fazer jus a esse instrumento alternativo de garantia do juízo. Do texto do art. 656 do CPC é possível construir a norma que estabelece critérios para a aceitação do seguro no processo judicial, alguns explícitos naquela plataforma linguística, outros implícitos, porém decorrentes da necessária idoneidade que deve apresentar a garantia. Vejamo-los um por um.

4.1. REQUERIMENTO DA PARTE

O primeiro requisito está na cabeça do art. 656 do CPC ao falar de requerimento da parte para substituição do bem penhorado pelo seguro. Na prática, esse requerimento geralmente é de iniciativa do próprio executado que pretende livrar o bem constrangido em troca de algum outro que ele tenha a oferecer como garantia de cumprimento da obrigação inadimplida.

Do outro lado, o exequente não está impedido de solicitar eventual modificação do bem penhorado por outro que lhe pareça mais solvável. Quem já pode indicar na petição inicial bens do devedor passíveis de penhora pode também, pela mesma razão, requerer eventual substituição.

É claro que nem ele pode exigir nem o juiz pode impor ao executado a contratação de um seguro. Entretanto, o exequente pode tomar a iniciativa solicitando ou aquiescendo com eventual substituição se souber da existência de uma apólice ou de uma carta de fiança relacionada com o débito. Na visão dele (exequente), uma garantia como essa pode ser muito mais interessante e eficiente do que o bem arrolado pelo Oficial de Justiça ou por ele próprio em sua petição inicial.

Em suma, qualquer das partes – exequente ou executado – pode requerer a substituição da penhora pelo seguro garantia.¹⁵⁻¹⁶

¹⁵ THEODORO JR., Humberto. *A reforma da execução do título extrajudicial – Lei n.º 11.382, de 06 de dezembro de 2006*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 83 e 100; ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 13ª ed., São Paulo: RT, 2010, p. 720; BUENO, Cassio Scarpinella. *A Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 3, p. 125; MEDINA, José Miguel Garcia. Notas sobre a penhora, após as reformas. In: BUENO, Cassio Scarpinella & WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução*. São Paulo: RT, 2008, v. 4, p. 267; QUARTIERI, Rita. *et alii*. *Comentários à Execução Civil – Título Judicial e Extrajudicial (artigo por artigo)*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 226; NEVES, Daniel Amorim Assumpção *et alii*. *Reforma do CPC 2 – Leis 11.382/2006 e 11.341/2006*. São Paulo: RT, 2007, p. 307.

¹⁶ O que não engloba a figura de terceiros depositários do bem: STJ, 2ª T., RESP 693.097/RS, Min. CASTRO MEIRA, j. 04.04.2006; 2ª T., RESP 276.817/SP, Min. FRANCIULLI NETTO, j.

4.2. APÓLICE NA MODALIDADE GARANTIA JUDICIAL

A partir daqui, pode-se passar para o § 2º do art. 656 do CPC. Não se trata de uma apólice qualquer, dentre as inúmeras espécies de seguro e suas múltiplas e variadas funções. A lei exige o chamado seguro garantia de cumprimento de obrigação, mais especificamente a modalidade seguro garantia judicial regida pela Circular 232/2003 da SUSEP.

4.3. IMPORTÂNCIA SEGURADA EM 30% ACIMA DO DÉBITO

Ainda no § 2º do art. 656 do CPC, a garantia disponibilizada deve corresponder a um valor em 30% superior ao débito constante da petição inicial. Em outros termos, a apólice deve conter uma importância segurada (IS) com sobra de 30% do débito.

Aqui, porém, surge uma dúvida. O “débito constante da inicial” é o valor do débito já corrigido e acrescido de juros ou seria o valor histórico do débito tal como apontado na petição inicial? A melhor resposta é a que reclama o valor corrigido do débito, já com juros, ficando a reserva de 30% para cobrir acessórios próprios do processo, como honorários advocatícios e custas judiciais.¹⁷ Do contrário, esse percentual não chegará nem perto de cobrir o passivo criado pelas grandes disputas que se arrastam por anos ou décadas, até serem finalmente liquidadas e pagas as últimas contas ali pendentes.

4.4. IDONEIDADE DA GARANTIA

Não basta ter sido apresentada por um dos litigantes uma apólice de seguro garantia judicial na cifra de 30% acima do débito. É necessário mais. Embora não esteja expresso naquele dispositivo legal, a oferta deve ser idônea o suficiente para ser aceita pelo Poder Judiciário como garantia de que a obrigação será cumprida.

Mas o que significa essa idoneidade? A garantia de seguro será idônea se: (a) emitida por seguradora em funcionamento aparentemente regular; (b)

23.04.2002.

¹⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. *A Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 3, p. 132; NEVES, Daniel Amorim Assumpção *et alii*. *Reforma do CPC 2 – Leis 11.382/2006 e 11.341/2006*. São Paulo: RT, 2007, p. 311.

tiver um prazo de vigência que acompanhe todo o desenrolar da tramitação do processo judicial; (c) houver previsão na apólice de que a garantia não perderá efeito mesmo estando o tomador inadimplente com o pagamento do prêmio; (d) a apólice estiver apta a gerar efeitos imediatos assim que for acionada a seguradora pelo órgão judicial para proceder ao depósito em juízo; e (e) o seguro representar maior liquidez do que o bem penhorado.

4.4.1. SEGURADORA APARENTEMENTE REGULAR

A primeira decorrência lógica (implícita) do art. 656 do CPC é a exigência no sentido de que a companhia seguradora (emitente da apólice) esteja em situação administrativa e financeira regular, aparentemente solvável, autorizada e operando regularmente.¹⁸

É claro que isso funcionará por presunção, até que se prove o contrário.¹⁹ Se o exequente conseguir provar que a empresa de seguros não tem autorização da SUSEP para funcionar no país ou está em processo de liquidação (ou à beira de), o juiz deve recusar o pedido do executado por entender que a garantia, naquele caso, não é idônea para dar segurança ao credor.

4.4.2 SEGURO COM VIGÊNCIA CORRESPONDENTE À DURAÇÃO DO PROCESSO JUDICIAL

Dentro dessa condição de idoneidade, é razoável – e a experiência judiciária tem chamado a atenção para esse ponto – que seja uma apólice de seguro não só vigente ao tempo do seu oferecimento, mas também com prazo de vigência suficiente para garantir o cumprimento da obrigação do tomador durante toda a pendência do processo judicial.

A resistência que se costuma encontrar na prática se deve à circunstância de que a apólice com vigência curta, geralmente de um ano, não apresenta segurança mínima frente à possibilidade de sua expiração antes do

¹⁸ Na Colômbia, o Código de Processo Civil exige que as cauções em forma de garantia bancária e de seguro devem ser prestadas por companhias ou entidades de crédito legalmente autorizadas para tais classes de operações (art. 678). Cf. CUBIDES, Hernando Galindo. *El seguro de fianza – Garantía única*. Primera edición. Bogotá: Legis, 2005, p. 108.

¹⁹ ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 13ª ed., São Paulo: RT, 2010, p. 725.

encerramento definitivo da disputa.²⁰ Volta e meia, os tribunais recusam o seguro ao verificar sua vinculação ao trânsito em julgado, dada a forte chance de deixar o exequente desamparado com o desdobramento do feito após esse momento.²¹

A preocupação verificada tem sua razão de ser. A cobertura prevista para operar até o trânsito em julgado do processo não significa segurança total de que a obrigação será honrada pela seguradora. Basta pensar nos atos executivos que se desdobram ao longo da execução definitiva, não obstante o selo da coisa julgada material.

Em outro caso, o órgão julgador considerou o seguro inidôneo pela possibilidade concreta prevista na apólice de não haver renovação, o que implicaria a isenção de responsabilidade da seguradora após a expiração do prazo.²²

Enfim, o que parece razoável para considerar idônea a garantia seria a sua apólice prever uma cláusula pela qual a seguradora se obriga a manter o seguro vigente enquanto pender a disputa judicial.

Por essas e outras especificidades, o Projeto de Lei 8.034/2010 (anexado ao PL 3.555/2004), que pretende instituir uma lei específica para reger os contratos de seguro, com apoio do Instituto Brasileiro de Direito do Seguro (IBDS), em tramitação na Câmara dos Deputados, propõe a seguinte disposição: “*O contrato presume-se celebrado para vigor pelo prazo de um ano, salvo quando outro prazo decorrer da sua natureza, do interesse, do risco ou de acordo das partes*” (art. 56).

O seguro garantia é um bom exemplo de negócio que, para atender determinadas circunstâncias, pode sair do padrão comum às outras espécies securitárias.

²⁰ TJSP, 4ª Câmara de Dir. Público, AI n.º 0586303-14.2010.8.26.0000, Des. RUY STOCO, j. 16.05.2011; 5ª Câmara de Dir. Público, AI n.º 0075259-21.2011.8.26.0000, Des. MARIA LAURA TAVARES, j. 23.05.2011.

²¹ TJSP, 12ª Câmara de Dir. Público, AI n.º 0062793-92.2011.8.26.0000, Des. OSVALDO DE OLIVEIRA, j. 08.06.2011.

²² TJSP, 20ª Câmara de Dir. Privado, AI n.º 0013433-91.2011.8.26.0000, Des. LUIS CARLOS DE BARROS, j. 18.04.2011.

4.4.3 SEGURO COM EFICÁCIA INDEPENDENTE DE EVENTUAL MORA DO TOMADOR QUANTO AO PAGAMENTO DO PRÊMIO

Outra particularidade do seguro garantia é o fato de ser possível convencionar que eventual mora do tomador no pagamento do prêmio pode não afetar a garantia. Nesse ponto, o regime jurídico do seguro garantia pode tangenciar a regra segundo a qual “*Não terá direito a indenização o segurado que estiver em mora no pagamento do prêmio, se ocorrer o sinistro antes de sua purgação*” (CC, art. 763).²³⁻²⁴

A diferença de tratamento tem seus motivos, porque o pagamento do prêmio devido à seguradora, nessa modalidade de contrato, não é obrigação do segurado, mas sim do tomador do seguro.²⁵ Do contrário, o segurado, já prejudicado com o descumprimento da obrigação principal, ver-se-ia privado também do seguro por mais uma falha do seu devedor, dessa vez o não-pagamento do prêmio devido por este à seguradora. Um duplo golpe.

Considerando essa circunstância específica, a SUSEP autoriza a emissão da apólice com a ressalva de que não será cancelada por falta de pagamento do prêmio devido pelo tomador.²⁶ Se assim for convencionado, a apólice continuará surtindo efeitos em benefício do segurado.²⁷

²³ A jurisprudência do STJ exige da seguradora a prévia interpelação do segurado para constituí-lo em estado de mora (STJ, 2ª Seção, RESP 316.552/SP, Min. ALDIR PASSARINHO, j. 09.10.2002).

²⁴ Outro exemplo que foge da regra geral, dessa vez por força de lei, é o seguro DPVAT. Aqui, interpretando a Lei 6.194/74 (art. 5º e 7º), que dispõe sobre o seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores de via terrestre, o STJ produziu o seguinte entendimento: “*A falta de pagamento do prêmio do seguro obrigatório de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres (DPVAT) não é motivo para a recusa do pagamento da indenização*” (Súmula 257).

²⁵ Circular SUSEP n.º 232/2003, Item 4.1 – condições gerais: “*O tomador é o responsável pelo pagamento do prêmio à seguradora*”. A literatura registra esse dado como uma das diferenças entre o seguro garantia e o seguro de crédito: BASTIN, Jean. A proteção dos credores na economia de mercado. *II Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho*. São Paulo: EMTS, 2002, p. 258.

²⁶ Circular SUSEP n.º 232/2003, item 4.2 das condições gerais: “*Fica entendido e acordado que o seguro continuará em vigor mesmo quando o tomador não houver pago o prêmio nas datas convencionadas*”.

²⁷ A Portaria PGFN n.º 1.153/2009 exige cláusula expressa na apólice nos seguintes termos: “*renúncia aos termos do art. 763 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, (CC), e do art. 12 do Decreto-Lei n.º 73, de 1966, com consignação, nos termos estatuídos no item 4.2 das condições gerais da Circular SUSEP n.º 232, de 2003, de que fica entendido e acordado que o seguro continuará em vigor mesmo quando o tomador não houver pago o prêmio nas datas convencionadas*” (art. 2º, III).

Essa solução foi adotada em outros sistemas de Direito Comparado. A Lei do Contrato de Seguros da Espanha estabelece que “*Salvo disposición em contrário, se o prêmio não tiver sido pago antes de produzir o sinistro, o segurador ficará liberado de sua obrigação*” (LCS 50/1980, art. 15). No registro da doutrina, a ressalva inicial do legislador teve o propósito de deixar a regra adaptável a situações especiais como a do ali chamado *seguro de caución*.²⁸

4.4.4 APÓLICE APTA A GERAR EFICÁCIA IMEDIATA NO PROCESSO JUDICIAL

É importante lembrar a existência de outro requisito formal que deve revestir uma apólice como essa, sob pena de pôr em risco a eficiência da máquina jurisdicional.

A Circular 232/2003 da SUSEP dispõe que “*A cobertura desta apólice, limitada ao valor da garantia, somente terá efeito depois de transitada em julgado a decisão ou acordo judicial favorável ao segurado, cujo valor da condenação ou da quantia acordada não haja sido paga pelo tomador*” (item VI – condições especiais).

Aqui, é preciso reconhecer que a autarquia federal ultrapassou o sinal vermelho. A circular da SUSEP pode regulamentar a estrutura básica das operações de seguro, as condições gerais das apólices, coberturas, modalidades e tarifas,²⁹ mas não pode um ato administrativo obstruir a eficácia da decisão judicial.

Ao ingressar no processo, o seguro se submete ao regime que a lei processual estabelece para que a garantia possa atender as determinações judiciais e satisfazer o credor exequente, nos limites comprometidos na

²⁸ RÍOS, Javier Camacho de los. *El Seguro de Caución. Estudio crítico*. Mapfre: Madrid, 1994, p. 107. Na Colômbia, critica-se a posição da Superintendência Bancária (equivalente à nossa SUSEP) que considera de ordem pública, indisponível, mesmo no seguro garantia, a suspensão automática da garantia em função da mora no pagamento do prêmio. Cf. CUBIDES, Hernando Galindo. *El seguro de fianza – Garantía única*. Primera edición. Bogotá: Legis, 2005, p. 51.

²⁹ Decreto-lei 73/66: Compete à SUSEP, na qualidade de executora da política traçada pelo CNSP, como órgão fiscalizador da constituição, organização, funcionamento e operações das Sociedades Seguradoras: b) baixar instruções e expedir circulares relativas à regulamentação das operações de seguro, de acordo com as diretrizes do CNSP; c) fixar condições de apólices, planos de operações e tarifas a serem utilizadas obrigatoriamente pelo mercado segurador nacional (art. 36, alíneas “b” e “c”).

apólice. A garantia aceita no processo deve estar apta a produzir seus efeitos assim que for acionada, a menos que haja, por óbvio, algum efeito suspensivo decretado em sede de impugnação (ou embargos) à execução, ou mesmo em nível de recurso.

Nesse ponto, andou melhor a Portaria 1.153/2009 da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ao exigir uma cláusula na apólice dizendo que a companhia seguradora se obriga a “*efetuar, em juízo, o depósito em dinheiro do valor segurado, caso o devedor não o faça, nas hipóteses em que não seja atribuído efeito suspensivo aos embargos do executado ou quando a apelação não seja recebida com efeito suspensivo, independentemente de trânsito em julgado da decisão dos embargos ou de outra ação em que se discuta o débito*” (art. 2º, IV).

A LEF, por exemplo, dispõe que, não sendo embargada a execução ou sendo rejeitados os embargos, no caso de garantia prestada por terceiro, será este intimado para, no prazo de 15 (quinze) dias, pagar o valor da dívida pela qual se obrigou, se a garantia for fidejussória (art. 19, I e II). Em outras palavras, substituída a penhora pelo seguro, a seguradora será intimada a liquidar o débito no lugar da empresa devedora.

Como se observa, a lei federal não condiciona os efeitos da garantia, motivo pelo qual a apólice não pode ficar bloqueada esperando o trânsito em julgado da decisão que determinou o cumprimento da obrigação de pagar quantia certa contra o devedor. A garantia pode e deve ser executada no momento em que o sistema jurídico autorizar o órgão judicial a intimar a seguradora para proceder ao depósito imediato do valor garantido.

Com esse bloqueio, a Circular SUSEP 232/2003 restringe o acesso do exequente à Justiça ao retardar a satisfação da tutela jurisdicional concedida a quem a ela comprovou fazer jus. Além disso, a circular invade a competência privativa do Congresso Nacional para legislar em matéria processual civil (CF, art. 22, I). A um só tempo, ilegal e inconstitucional.

A questão está a merecer maiores reflexões da doutrina, ao que parece não muito preocupada até agora com esse detalhe.³⁰

4.4.5 MAIOR LIQUIDEZ DO QUE O BEM PENHORADO

Por fim, além do que já foi apontado acima, o executado só poderá lançar mão do seguro *se essa garantia representar maior liquidez do que o*

³⁰ MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução*. São Paulo: RT, 2008, v. 3, p. 171.

bem penhorado. O pleito será analisado de acordo com as hipóteses do art. 656 do CPC, sobretudo a que autoriza a oferta para substituir bens de baixa liquidez (inc. V).

Em função desse cenário, os tribunais vêm assinalando que a troca de garantias só é permitida quando o seguro e a fiança representarem maior liquidez no lugar dos bens penhorados. O problema do momento é saber se seria possível desbloquear o dinheiro já penhorado. A questão ainda não foi exatamente enfrentada pelo STJ, mas existe uma discussão parecida em matéria de fiança bancária que produziu duas linhas de interpretação naquela Corte Superior.

De um lado, a 2ª Turma passou a entender que, pelo art. 9º, § 3º, da LEF, a lei equiparou a fiança bancária ao depósito em dinheiro, significando dizer que a substituição não depende da concordância do credor ou da Fazenda Pública. Seria direito subjetivo do executado o desbloqueio do numerário em troca da fiança bancária, desde que seus requisitos formais estejam em ordem.³¹⁻³²

Entretanto, a 1ª Turma apresenta uma visão diferente que leva o resultado do incidente para outro caminho. Segundo essa corrente, o depósito em dinheiro e a fiança bancária, embora tenham o mesmo efeito da penhora, não possuem o mesmo *status* de preferência, porque somente o depósito em dinheiro faz cessar a responsabilidade pela atualização monetária e juros, autorizando a suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Por esse raciocínio, o dinheiro ocupa o primeiro lugar na ordem de preferência e liquidez e, uma vez penhorado, não haverá mais substituição de garantia, mesmo a título de fiança. Ou seja, para ser aceita, a carta de fiança precisa ser levada ao processo *antes de se consumir alguma penhora sobre dinheiro*. Se vier depois, a permuta dependerá da anuência do credor.³³

Instaurado o dissídio, a 1ª Seção do STJ foi chamada a dissolver a controvérsia e uniformizar o entendimento da lei federal. A interpretação que prevaleceu (por maioria) deu razão à 1ª Turma, com certo tempero

³¹ STJ, 2ª T., AgRg no RESP 1.058.533/RJ, rel. p/ ac. Min.ª ELIANA CALMON, j. 18.12.2008.

³² NEVES, Daniel Amorim Assumpção *et alii*. *Reforma do CPC 2 – Leis 11.382/2006 e 11.341/2006*. São Paulo: RT, 2007, p. 311.

³³ STJ, 1ª T., RESP 1.089.888/SC, Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, j. 07/05/2009; 1ª T., RESP 801.550/RJ, Min. JOSÉ DELGADO, j. 09/05/2006; 1ª T., RESP 1.049.760/RJ, Min. LUIZ FUX, j. 01/06/2010.

ao final. A conclusão foi no sentido de que o dinheiro tem preferência e o executado dependerá da anuência do credor se quiser remover o bloqueio de dinheiro em troca de uma carta de fiança.

Realmente, se está correta a afirmação de que o dinheiro vem na frente de todos os outros bens (CPC, art. 655, I), não é menos verdade que a moderna técnica da penhora eletrônica adquiriu força com a Lei 11.382/2006. Hoje, para acioná-la, não há mais necessidade de esgotamento prévio das diligências para localização de bens livres e desembaraçados em nome do devedor.³⁴

Eis uma tendência que parece não ter volta, conforme se vê do Projeto de Lei 8.046/2010, que pretende instituir um novo Código de Processo Civil. O projeto classifica a penhora em dinheiro como prioridade máxima (PL, art. 792, § 1º).

Voltando ao precedente uniformizador da 1ª Seção do STJ, o tempero que foi dado pela Corte Superior reside na ressalva final que admite a substituição, mesmo sem concordância do credor, se o executado conseguir comprovar que a penhora pecuniária está lhe acarretando insuportável prejuízo a ponto de inviabilizar a sua atividade econômica. Só assim, numa situação excepcional, se justifica o peso da balança para o princípio da menor onerosidade, removendo-se o bloqueio em troca da garantia ofertada (CPC, art. 620).³⁵

Essa linha de interpretação foi construída em torno da fiança bancária, mas não há dúvida que o raciocínio haverá de ser replicado quando chegar a vez do seguro garantia.

A posição da Corte Superior parece correta porque deixa ao juiz um espaço de ponderação à vista das peculiaridades do caso concreto. Existem penhoras de ativos financeiros que, em situações devidamente justificadas, devem ceder lugar à oferta de uma fiança ou seguro que preencha todos os requisitos de liquidez, segurança e solvabilidade, atingindo a mesma finalidade com menos agressão ao patrimônio do devedor.³⁶

O acórdão que pode ser considerado um belo paradigma nesse assunto foi proferido pela 1ª Câmara de Direito Privado do TJSP. Ali, o Des. RUI

³⁴ STJ, Corte Especial, RESP 1.112.943/MA, Min.ª FÁTIMA NANCY ANDRIGHI, j. 15.09.2010.

³⁵ STJ, 1ª Seção, ERESP 1.077.039/RJ, rel. p/ ac. Min. HERMAN BENJAMIN, j. 09.02.2011.

³⁶ Logo depois, a 3ª Turma do STJ lançou idênticas considerações dignas de leitura: RESP 1.116.647/ES, Min.ª FÁTIMA NANCY ANDRIGHI, j. 15.03.2001.

CASCALDI ponderou que o fato de haver numerário disponível em conta-corrente para penhora não induz, por automático, à rejeição do seguro garantia, sobretudo frente a um bloqueio *on line* na ordem de algumas dezenas de milhões, o que requer cautela do órgão judicial para não prejudicar a atividade empresarial do executado por inteiro.³⁷

Em resumo, apresentando o executado uma apólice de seguro garantia devidamente em ordem, dentro das condições mínimas exigidas, o órgão julgador não pode rejeitá-la como substituta da penhora, *a menos que já tenha havido penhora de dinheiro*.

Mesmo assim, ainda que o credor não aceite a liberação do dinheiro, a última palavra ficará com o juiz, que deve avaliar se é realmente necessária e possível a medida constritiva dos ativos financeiros diante dos impactos que a penhora eletrônica pode causar no patrimônio do devedor.³⁸

5. INCIDENTE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENHORA

O pleito de substituição não tem prazo para ser formulado. Se o art. 656 do CPC não impõe limitação de tempo, a Lei de Execuções Fiscais chega a ser até mais explícita quando fala em “*qualquer fase do processo*” (LEF, art. 15).³⁹⁻⁴⁰

O pedido gera um incidente que impõe a audiência da parte contrária. É não só necessário o contraditório como explícita é a sua exigência pelo art. 657 do CPC, que assina prazo de 03 dias para o outro lado se manifestar a respeito.

O exequente – maior interessado na boa qualidade da garantia que está sendo ali oferecida – pode contribuir com alguma observação importante

³⁷ TJSP, 1ª Câmara de Dir. Privado, AI n.º 0021704-89.2011.8.26.0000, Des. RUI CASCALDI, j. 14.06.2011.

³⁸ STJ, 1ª Seção, ERESP 1.077.039/RJ, Min. HERMAN BENJAMIN, j. 09.02.2011.

³⁹ Observe-se que esse incidente de substituição não é aquele outro previsto no art. 668 do CPC, ali, sim, condicionado ao requerimento exclusivo do executado e ao prazo de 10 dias contados da intimação da penhora, sob pena de preclusão: THEODORO JR., Humberto. *A reforma da execução do título extrajudicial – Lei n.º 11.382, de 06 de dezembro de 2006*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 101; ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 13ª ed., São Paulo: RT, 2010, p. 722-723. Na doutrina, ainda há quem sustente, com bons argumentos, não haver preclusão para o executado, apesar da assinatura do prazo de 10 dias no incidente do art. 668 do CPC: RAMOS, Glauco Gumerato *et alii*. *Reforma do CPC 2 – Leis 11.382/2006 e 11.341/2006*. São Paulo: RT, 2007, p. 328. Em nossa opinião, o prazo é preclusivo, a menos que o exequente eventualmente concorde com o requerimento do executado.

⁴⁰ A qualquer tempo, mas antes da arrematação ou da adjudicação: STJ, 1ª T., RESP 613.321/RS, Min. JOSÉ DELGADO, j. 23.03.2004.

se a oferta não preencher os requisitos mínimos exigidos,⁴¹ às vezes imperceptíveis na vista do magistrado. A audiência do credor pode evitar que um desbloqueio prematuro do bem, em nome de um seguro inidôneo, incapaz ou insuficiente, prejudique o funcionamento da atividade jurisdicional e o interesse público que está por trás de todo esse aparelho do Estado que busca entregar efetivamente o bem da vida a quem a ele comprovou ter direito.

Mas isso tudo não significa que o exequente possa simplesmente dizer “não” ao requerimento de substituição, sem qualquer motivo plausível, deixando o executado refém do seu mau humor, vingança ou pirraça. A audiência do exequente é indispensável, mas a substituição da penhora será deferida se estiverem presentes os requisitos formais que atestam a idoneidade do seguro garantia ali ofertado.⁴²⁻⁴³

Sem dilação probatória, o incidente será dissolvido por decisão interlocutória sujeita a recurso de agravo de instrumento (CPC, art. 522).⁴⁴⁻⁴⁵

6. CONDIÇÃO DE ADMISSIBILIDADE DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL

No processo de execução fiscal, o oferecimento de uma garantia é condição de admissibilidade dos embargos do executado (LEF, art. 16). Nesse caso, a

⁴¹ ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 13ª ed., São Paulo: RT, 2010, p. 726.

⁴² Tal qual o entendimento firmado em caso de depósito em dinheiro ou fiança bancária na execução fiscal: STJ, 1ª Seção, RESP 1.090.898/SP, Min. CASTRO MEIRA, j. 12.08.2009.

⁴³ A doutrina vem falando em direito processual do executado: SILVA, Bruno Freire e. O novo sistema de substituição da penhora no Código de Processo Civil reformado. In: BRUSCHI, Gilberto Gomes & SHIMURA, Sérgio (Coord.). *Execução civil e cumprimento da sentença*. São Paulo: Método, 2007, v. 2, p. 43.

⁴⁴ THEODORO JR., Humberto. *A reforma da execução do título extrajudicial – Lei n.º 11.382, de 06 de dezembro de 2006*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 87; BUENO, Cassio Scarpinella. *A Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 3, p. 133-134; MEDINA, José Miguel Garcia. Notas sobre a penhora, após as reformas. In: BUENO, Cassio Scarpinella & WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução*. São Paulo: RT, 2008, v. 4, p. 267; ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 13ª ed., São Paulo: RT, 2010, p. 726.

⁴⁵ Sobre as decisões interlocutórias proferidas na fase de execução: MELO, Gustavo de Medeiros. O recurso de agravo na nova sistemática da Lei 11.187/2005. In: NERY JR., Nelson & WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2007, v. 11, p. 118.

lei estabelece que o depósito em dinheiro ou a fiança bancária pode garantir o juízo com os mesmos efeitos da penhora (art. 9º, § 3º, e art. 16, § 1º).

Porém, como a Lei 6.830/80 não fala de seguro, alguns órgãos judiciários estaduais⁴⁶ e federais⁴⁷ ainda recusam a proteção securitária só por falta de previsão na lei do processo de execução fiscal.⁴⁸

Ora, é óbvio que esse silêncio se deve à desatualização daquele estatuto de 1980. Uma visão unitária do ordenamento como um grande sistema de linguagem haverá de abrir a cognição da LEF aos reflexos da Lei 11.382/2006,⁴⁹ podendo o seguro ser utilizado não só para substituir a penhora já efetivada, mas também para garantir o juízo antes mesmo da penhora.⁵⁰

O argumento de não haver previsão na lei de execução fiscal, embora tenha ecoado na instância extraordinária do STJ,⁵¹ não resiste a uma dose mínima de boa vontade em compreender o instituto à luz do sistema processual civil, sobretudo frente à redação do § 2º do art. 656 do CPC,⁵² aplicado subsidiariamente onde não há vedação expressa no diploma especial.⁵³

Basta dizer que a própria Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional aceita e regulamenta a indicação do seguro como garantia de pagamento em processo judicial de execução fiscal e no parcelamento administrativo de débito inscrito na Dívida Ativa da União (Portaria PGFN 1.153/2009).

⁴⁶ TJSP, 15ª Câmara de Dir. Público, AI n.º 0528050-33.2010.8.26.0000, Des. RODRIGO ENOUT, j. 14.04.2011.

⁴⁷ TRF-5ª Região, 1ª T., AI n.º 0037681-86.2004.4.05.0000, Des. FREDERICO PINTO DE AZEVEDO, j. 19.01.2006.

⁴⁸ É preocupante ler a afirmação de que o parágrafo 2º do art. 656 do CPC não se aplicaria à execução fiscal diante da especialidade do art. 15 da LEF: CUNHA, Leonardo José Carneiro da. As mudanças no processo de execução e seus reflexos na execução fiscal. In: BRUSCHI, Gilberto Gomes & SHIMURA, Sérgio (Coord.). *Execução civil e cumprimento da sentença*. São Paulo: Método, 2007, v. 2, p. 331.

⁴⁹ Nesse sentido, o STJ já deu os primeiros passos: 3ª T., RESP 1.116.647/ES, Min.ª FÁTIMA NANCY ANDRIGHI, j. 15.03.2011.

⁵⁰ Merece referência elogiosa acórdão do TJSP, 3ª Câmara de Dir. Público, AI n.º 0056519-15.2011.8.26.0000, Des. MARREY UINT, j. 21.06.2011. Nesse sentido: TRF-5ª Região, 3ª T., AI n.º 0079619-22.2008.4.05.0000/PB, Des. GERALDO APOLIANO, j. 10.02.2011.

⁵¹ STJ, 1ª T., RESP 1.098.193/RJ, Min. FRANCISCO FALCÃO, j. 23.04.2009; 1ª T., AgRg no RESP 1.201.075/RJ, Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, j. 04.08.2011.

⁵² Existem sinais de aceitação na 3ª Turma do STJ: RESP 1.116.647/ES, Min.ª FÁTIMA NANCY ANDRIGHI, j. 15.03.2011.

⁵³ A aplicação subsidiária do CPC é determinada expressamente pelo art. 1º da Lei 6.830/80.

7. CERTIDÃO POSITIVA DE DÉBITO FISCAL COM EFEITO DE NEGATIVA E SUSPENSÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Há uma orientação firme no STJ no sentido de que a fiança bancária não está entre as hipóteses de suspensão do crédito tributário, entre as quais figura o *depósito integral em dinheiro* (CTN, art. 151, II; STJ, Súmula 112).⁵⁴ Entretanto, essa mesma corrente jurisprudencial admite a fiança bancária como técnica de garantia antecipada do juízo para viabilizar a certidão positiva de débito fiscal com efeito de negativa (CTN, art. 206).⁵⁵

O mesmo raciocínio pode e deve ser aplicado para o seguro garantia judicial. Se não serve, por si só, para suspender a exigibilidade do crédito da Fazenda Pública, uma apólice do tipo pode assegurar a expedição de uma certidão positiva de débito fiscal com efeito de negativa.

Por outro lado, nada impede que, no âmbito de uma postulação de urgência, seja no procedimento comum ordinário, como tutela antecipada genérica (CPC, art. 273, I), seja em sede de liminar em mandado de segurança, o pedido do contribuinte se faça acompanhar de uma garantia securitária para reforçar o pleito de suspensão da cobrança fiscal.

Aqui, a suspensão pode ser obtida não pela presença pura e simples da garantia de seguro, mas, sim, pelo reforço que ela representa ao lado da demonstração de relevância dos fundamentos jurídicos e da urgência decorrente do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação (CTN, art. 151, IV e V).

Com essa função, fica claro que o seguro garantia não é simples moeda de troca para substituir bloqueio de bens.

8. CERTIDÃO DE REGULARIDADE TRABALHISTA PARA CONCORRER EM LICITAÇÃO

Recentemente, a Lei 12.440, de 07 de julho de 2011, alterou a CLT e a lei de licitações para exigir a comprovação de regularidade da empresa (estabelecimentos, agências e filiais) com a Justiça do Trabalho através de certidão negativa de débito trabalhista (CNDT). A lei autoriza expedir a certidão positiva de débitos trabalhistas com os mesmos efeitos da

⁵⁴ Na doutrina, há quem critique o teor restritivo dessa posição: CAIS, Cleide Previtalli. *O Processo Tributário*. 6ª ed., São Paulo: RT, 2009, p. 513.

⁵⁵ STJ, 1ª Seção, RESP 1.156.668/DF, Min. LUIZ FUX, j. 24.11.2010.

CNDT se os débitos estiverem garantidos por penhora suficiente ou com exigibilidade suspensa.

Aqui, um seguro garantia judicial, se contratado na forma devida, pode conferir à empresa o direito a uma certidão positiva de débitos trabalhistas com os mesmos efeitos da negativa.

9. EFEITO SUSPENSIVO NO PROCESSO COMUM DE EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL

Na sistemática do processo comum de execução, a oferta do seguro garantia não suspende automaticamente a exigibilidade do título executivo judicial. Para obter a suspensão dos atos constritivos, o executado deverá, via impugnação, demonstrar a relevância de seus fundamentos e a urgência da medida (CPC, art. 475-M).

Nesse cenário, uma apólice de seguro, garantindo o pagamento com importância segurada (IS) em 30% acima do débito, representará um pesado reforço para o pedido de efeito suspensivo formulado na defesa do executado.

É esse o espírito do regime instituído pela Lei 11.382/2006 para os embargos à execução de título extrajudicial, onde se exige, além da probabilidade e urgência, a garantia da execução por penhora, depósito ou *caução suficiente* (CPC, art. 739-A, § 1º).⁵⁶

A caução pode ter várias formas e, quando a lei não determina a sua espécie, admite-se seja ela prestada mediante depósito em dinheiro, papéis de crédito, títulos da União e dos Estados, pedras e metais preciosos, hipoteca, penhor e fiança (CPC, art. 827). Diante desse rol de possibilidades, não há dúvida que o seguro garantia pode ser extraído dali por equiparação.⁵⁷

10. A CAUÇÃO NA DISCIPLINA DOS PROVIMENTOS DE URGÊNCIA

A garantia do seguro pode ser aplicada em qualquer fase da disputa judicial, inclusive no âmbito dos provimentos de urgência que normalmente disparam medidas constritivas (CPC, art. 273 e 461). Veja-se, por exemplo,

⁵⁶ TJSP, 34ª Câmara de Dir. Privado, AI n.º 990.10.498256-1, Des. NESTOR DUARTE, j. 06.06.2011; 26ª Câmara de Dir. Privado, AI n.º 0000261-82.2011.8.26.0000, Des. CARLOS ALBERTO GARBI, j. 01.06.2011.

⁵⁷ Mesmo assim, ainda aparecem resistências injustificadas, a exemplo de um julgado que indeferiu o efeito suspensivo porque a garantia era subscrita por “instituição estranha à relação processual”: TJSP, 32ª Câmara Dir. Priv., AI n.º 0112478-68.2011.8.26.0000, j. 30.06.2011.

a possibilidade que tem o órgão judicial de exigir, em determinados casos que se justifiquem, garantia em forma de caução para conceder medida cautelar (CPC, art. 804).

Existe ainda uma técnica de substituição da medida de urgência concedida pela prestação de caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido, sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente (CPC, art. 805).

No sentido genérico de caução (CPC, art. 827), aqui entra em cena o seguro garantia judicial a serviço dessa técnica que chamamos de *fungibilidade de provimentos na jurisdição de urgência*.⁵⁸

11. O SEGURO GARANTIA JUDICIAL NO PROJETO DE NOVO CPC

No projeto de lei que discute o novo Código de Processo Civil brasileiro, atualmente em discussão na Câmara dos Deputados, tudo indica que será mantida a mesma previsão legal que se tem hoje. Certamente pela pouca experiência registrada com a Lei 11.382/2006, a Comissão de Juristas encarregada do anteprojeto de reforma optou por não alterar a regra que trata da fiança bancária e do seguro garantia, conforme se vê do art. 803, § 3º, do PL 8.046/2010: “*A penhora pode ser substituída por fiança bancária ou seguro garantia judicial, em valor não inferior ao do débito constante da inicial, mais trinta por cento*”.

O projeto representa um avanço na colocação topográfica que o assunto passará a ter no sistema processual civil. A proposta é de inserir o incidente de substituição de penhora numa subseção chamada “*Das modificações da penhora*”, que, por sua vez, pertence ao capítulo “*Da execução por quantia certa*” (Subseção IV, Seção III, Capítulo IV), tudo regulado pelo Livro III sob a rubrica “*Do processo de execução*”.

O Título I do Livro III, referente à execução em geral, anuncia regular o procedimento das execuções de título extrajudicial, mas com aplicação também, no que couber, aos atos executivos realizados no procedimento de cumprimento de sentença, bem como aos atos ou fatos processuais a que a lei atribuir força executiva (PL, art. 730).

⁵⁸ MELO, Gustavo de Medeiros. O princípio da fungibilidade no sistema de tutelas de urgência: um departamento do processo civil ainda carente de sistematização. *Revista Forense*, n.º 398, Rio de Janeiro: Forense, jul./ago., 2008, p. 94; *Revista de Processo*, n.º 167, São Paulo: RT, janeiro, 2009, p. 80.

Com isso, as disposições gerais que disciplinam os casos de modificação e substituição de penhora poderão ser aplicáveis, com mais clareza, a todo o sistema processual civil, sem restrições de departamento.

12. PROPOSTA DE REDAÇÃO PARA O PROJETO DE LEI 8.046/2010

O único reparo que se pode fazer, a título de sugestão, reside no seguinte aspecto. O incidente de substituição de penhora por fiança ou seguro está previsto como § 3º do art. 803 do PL, porém dentro de outro incidente de substituição, aquele que contém prazo de 10 dias, hoje equivalente ao art. 668 do CPC.

Quer dizer, o PL 8.046/2010 misturou dois incidentes que apresentam relativa diferença. Um deles, previsto na cabeça do art. 803 do PL (hoje correspondente ao art. 668 do CPC), está reservado para substituições que não sejam por fiança bancária ou seguro garantia judicial. Esse incidente é previsto para ser suscitado pelo executado, tem prazo de 10 dias contados da intimação da penhora, está sujeito à demonstração de que a substituição será menos onerosa e não trará prejuízo ao exequente. Além disso, o executado deve comprovar a propriedade, localização, características, estado e valor do imóvel, móvel, semovente e do crédito que deseja ser aceito no lugar do bem penhorado.

O outro incidente trata diretamente da fiança bancária e do seguro garantia, onde não há prazo para solicitar a substituição de bens e cuja legitimidade é dada tanto ao exequente quanto ao executado. É o que temos hoje no § 2º do art. 656 do CPC.

O PL 8.046/2010, misturando as duas modalidades, findou amarrando o incidente do seguro e da fiança ao prazo de 10 dias, o que não faz sentido. Por esse motivo, a nossa sugestão consiste em remover o § 3º do art. 803 do PL para colocá-lo no dispositivo seguinte, como § único do art. 804, ali, sim, o lugar adequado para estabelecer, sem prazo fixo, o seguinte:

Art. 804. As partes poderão requerer a substituição da penhora se:

(...)

Parágrafo único. A penhora pode ser substituída por fiança bancária ou seguro garantia judicial em valor não inferior ao do débito constante da inicial, com acréscimo de trinta por cento.

Com esse deslocamento, o incidente de substituição que envolve as duas garantias financeiras terá a disciplina mais adequada à sua finalidade, conforme o modelo hoje vigente.

13. CONCLUSÕES

1. O seguro garantia judicial é uma garantia que visa proteger os interesses do devedor em relação à sua imagem e patrimônio contra os constrangimentos do processo judicial, garantindo também os interesses do credor quanto ao adimplemento da obrigação.

2. O seguro garantia judicial inserido no sistema jurídico brasileiro pela Lei 11.382/2006, regulamentado pela Circular SUSEP 232/2003 e pela Portaria 1.153/2009 da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, deve ser aplicado subsidiariamente em todo o sistema processual civil, como mais uma forma de garantia a serviço do princípio da menor onerosidade possível.

3. Para substituir a penhora por seguro, a lei exige requerimento da parte, apólice na modalidade garantia judicial, importância segurada em 30% superior ao valor do débito e idoneidade da garantia.

4. A idoneidade da garantia significa que o seguro deve (a) ser emitido por seguradora em funcionamento aparentemente regular, (b) ter prazo de vigência correspondente à tramitação do processo judicial, (c) previsão expressa na apólice de que a garantia não perderá efeito por falta de pagamento do prêmio pelo tomador, (d) apólice apta a gerar efeitos imediatos assim que for acionada, e (e) maior liquidez do que o bem penhorado.

5. A Circular SUSEP 232/2003 viola a Constituição e a lei federal no ponto em que condiciona os efeitos da garantia ao trânsito em julgado da decisão judicial favorável ao segurado.

6. O executado tem direito à substituição do bem penhorado pelo seguro garantia judicial, desde que preenchidos os requisitos formais da garantia, a menos que a penhora já tenha sido efetivada sobre dinheiro.

7. Se a penhora tiver recaído sobre dinheiro, a troca dependerá da anuência do exequente ou mesmo da avaliação do juiz sobre a real necessidade e os impactos da medida constritiva no patrimônio do executado.
8. O seguro garantia judicial pode ser oferecido como condição de admissibilidade dos embargos à execução fiscal exigida pela Lei 6.830/80.
9. O seguro garantia judicial não suspende por automático a exigibilidade do crédito tributário, mas pode reforçar o pedido de urgência formulado com esse objetivo em sede de tutela antecipada ou de liminar em mandado de segurança.
10. O seguro garantia judicial pode assegurar a expedição de uma certidão positiva de débito fiscal ou trabalhista com efeito de negativa.
11. O seguro garantia judicial não suspende automaticamente os efeitos do título executivo judicial e extrajudicial na sistemática do processo comum de execução, mas pode reforçar o pleito de suspensão dos atos executivos na defesa do executado, ao lado da demonstração de relevância dos fundamentos e de urgência da medida.
12. O seguro garantia judicial pode ser oferecido como eventual caução exigida pelo juiz para deferir medida de urgência ou para substituir alguma medida concedida, sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente.
13. O PL 8.046/2010 mantém a regra atual de que a penhora pode ser substituída por fiança bancária ou seguro garantia judicial em valor não inferior ao débito constante da inicial, com sobra de 30%.
14. A título de sugestão, o § 3º do art. 803 do PL 8.046/2010 deve ser deslocado para o dispositivo seguinte, como § único do art. 804, a fim de que o incidente de modificação da penhora por seguro garantia ou fiança bancária não fique sujeito ao prazo de 10 dias.

14. BIBLIOGRAFIA

ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 13ª ed., São Paulo: RT, 2010.

BASTIN, Jean. *El seguro de crédito – Protección contra el incumplimiento de pago*. Mapfre: Madrid, 1993.

_____. A proteção dos credores na economia de mercado. *II Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho*. São Paulo: EMTS, 2002.

BENLLOCH, M.^a Pilar Barres. *Régimen Jurídico del Seguro de Caución*. Madrid: Aranzadi, 1996.

BUENO, Cassio Scarpinella. *A Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 3.

CAIS, Cleide Previtalli. *O Processo Tributário*. 6ª ed., São Paulo: RT, 2009.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Seguro-garantia. Ação de execução. Posição processual do IRB. *RePro*, 114.

CELIS, Francisco Artigas. Dos seguros de crédito e garantia no direito comparado latino-americano. *II Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho*. São Paulo: EMTS, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. *O seguro de crédito – estudo jurídico*. São Paulo: RT, 1968.

_____. Notas retificadoras sobre seguro de crédito e fiança. *Direito Empresarial – Estudos e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1990.

CUBIDES, Hernando Galindo. *El seguro de fianza – Garantía única*. Primera edición. Bogotá: Legis, 2005.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. As mudanças no processo de execução e seus reflexos na execução fiscal. In: BRUSCHI, Gilberto Gomes & SHIMURA, Sérgio (Coord.). *Execução civil e cumprimento da sentença*. São Paulo: Método, 2007, v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Menor onerosidade possível e efetividade da tutela jurisdicional. *Nova era do processo civil*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

GOMES, Orlando. Seguro de crédito e negócio fidejussório. Cláusula *solve et repete*. *Novíssimas questões de direito civil*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1988.

MEDINA, José Miguel Garcia. Notas sobre a penhora, após as reformas. In: BUENO, Cassio Scarpinella & WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução*. São Paulo: RT, 2008, v. 4.

_____. *Execução*. São Paulo: RT, 2008, v. 3.

MELO, Gustavo de Medeiros. O recurso de agravo na nova sistemática da Lei 11.187/2005. In: NERY JR., Nelson & WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2007, v. 11.

_____. A tutela adequada na Reforma Constitucional de 2004. *Revista de Processo*, n.º 124, São Paulo: RT, junho, 2005.

_____. O acesso adequado à Justiça na perspectiva do justo processo. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson & WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição – Estudos em homenagem ao Prof. José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

_____. O princípio da fungibilidade no sistema de tutelas de urgência: um departamento do processo civil ainda carente de sistematização. *Revista Forense*, n.º 398, Rio de Janeiro: Forense, jul./ago., 2008; *Revista de Processo*, n.º 167, São Paulo: RT, janeiro, 2009.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção *et alii*. *Reforma do CPC 2 – Leis 11.382/2006 e 11.341/2006*. São Paulo: RT, 2007.

QUARTIERI, Rita. *et alii*. *Comentários à Execução Civil – Título Judicial e Extrajudicial (artigo por artigo)*. São Paulo: Saraiva, 2008.

RAMOS, Glauco Gumerato *et alii*. *Reforma do CPC 2 – Leis 11.382/2006 e 11.341/2006*. São Paulo: RT, 2007.

RÍOS, Javier Camacho de los. *El Seguro de Caución. Estudio crítico*. Mapfre: Madrid, 1994.

SILVA, Bruno Freire e. O novo sistema de substituição da penhora no Código de Processo Civil reformado. In: BRUSCHI, Gilberto Gomes & SHIMURA, Sérgio (Coord.). *Execução civil e cumprimento da sentença*. São Paulo: Método, 2007, v. 2.

TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio Queiroz B. & PIMENTEL, Ayrton. *O contrato de seguro: de acordo com o novo Código Civil brasileiro*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2003.

THEODORO JR., Humberto. *A reforma da execução do título extrajudicial – Lei n.º 11.382, de 06 de dezembro de 2006*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

O PAPEL DO JUIZ NA TENTATIVA DE PACIFICAÇÃO SOCIAL

A IMPORTÂNCIA DAS TÉCNICAS DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO

José Herval Sampaio Júnior

Professor da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte - UERN, Universidade Potiguar - UNP, Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte - ESMARN. Especialista em Processo Civil e Penal ESMARN/UNP. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade Del Pais Basco/UNP. Coordenador do Curso de Especialização em Direitos Humanos da UERN. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP. Juiz de Direito no Estado do Rio Grande do Norte.

RESUMO: O trabalho enfoca o papel do Juiz na busca incessante pela pacificação social, escopo maior da Jurisdição, tutelando os direitos, através da utilização de meios alternativos de solução de conflitos, mais precisamente a conciliação e mediação. Abordam-se as diferenças entre tais institutos, enfatizando a pouca aplicabilidade de ambos, em que pese a expressa previsão legal da conciliação - o que não ocorre com a mediação - principalmente pela autoridade judiciária. Prioriza-se a necessidade de que os Juízes se conscientizem que esses meios são mais eficazes, devendo o Poder Judiciário se estruturar melhor com esse objetivo, criando ambientes que propiciem a solução consensual dos litígios, despindo-se dos dogmas atuais que torneiam o tema.

PALAVRAS CHAVES – PACIFICAÇÃO SOCIAL – TÉCNICAS DE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO – JURISDIÇÃO CONSENSUAL – MUDANÇA DE PARADIGMA – AMBIENTE DE CONCILIAÇÃO – PARTICIPAÇÃO – DECISÃO INTERMEDIADA – PREVISÕES LEGAIS – ACORDO JUSTO – TUTELA DE DIREITOS – CONSCIENTIZAÇÃO DOS JUÍZES

RESUME: The work focus the part of the Judge on the incessant picks by social pacification, scope major of the Jurisdiction, protecting the rights, through the utilization of alternatives to solution the conflicts specifically the appeasement & mediation. The differences that encircle the themes are approached, emphasizing the little applicability of both, although the conciliation theme is treated in the law-what it does not occur with the mediation – especially for the judiciary authority. It is

necessary that the Judges have the conscience that these acts are more efficient, having the Judiciary Power to structuralize with this objective, creating environments to give the consensual solution of the litigations, undressing of the current dogmas that tilt the subject.

SUMÁRIO: 1. Delimitação do tema e considerações iniciais sobre a atividade judicial com vista à obtenção da pacificação social. 2. Meios alternativos de solução de conflitos e suas vantagens. 3. Distinção entre conciliação e mediação. 4. Utilização pelo magistrado das técnicas de conciliação e mediação. 5. Limites formais e materiais para uso da conciliação e mediação no Poder Judiciário. 6. Mediação Familiar e a atuação judicial. 7. Conclusões. Bibliografia

1. DELIMITAÇÃO DO TEMA E CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A ATIVIDADE JUDICIAL COM VISTA À OBTENÇÃO DA PACIFICAÇÃO SOCIAL

A jurisdição hodiernamente vem sofrendo profunda alteração na sua compreensão e, por conseguinte, condicionando os seus resultados, principalmente o atinente a tentativa de obter a almejada pacificação social e para tanto suas premissas estão sendo repensadas, já que esta, pelo menos através da sentença, só poderia ser satisfeita, evidentemente, para somente a parte vencedora, por uma efetiva tutela dos direitos violados ou ameaçados, na forma do preconizado no artigo 5º inciso XXXV de nossa Carta Magna.¹

Entretanto, em que pese todo esse esforço para se alcançar uma atividade jurisdicional que se preocupe, em cada caso concreto, com uma substancial proteção dos direitos, talvez, a solução consensual dos conflitos seja um modo mais eficiente, pelo menos, no aspecto de se atingir a uma verdadeira pacificação social, pois em não havendo vencedor e perdedor, as chances de uma continuidade de relação pós-lide são bem maiores e mesmos em casos que não se exige a continuidade do relacionamento, o acordo gera uma sensação de maior satisfatividade e muitas vezes a certeza do cumprimento da obrigação.

É nesse sentido que se prega a necessidade de que o Juiz passe a se preocupar com a pacificação social em todas as suas decisões, ou melhor, esclarecendo, nas suas atitudes dentro do processo, pois como a direção é

¹ Para um aprofundamento da compreensão da nova concepção de jurisdição indicamos o nosso livro Processo Constitucional nova concepção de jurisdição, Grupo Gen Editora Método Forense, 2008.

sua, nada mais lógico de que se conduza sempre com a visão de que não é com a sentença, mesmo de mérito, que aquele conflito, no plano fático, estará materialmente solucionado, já que a idéia de que a sentença põe fim ao litígio é ilusória e até mesmo ao processo, não necessariamente o finaliza consoante recente mudança advinda pela Lei 11.232/05.²

Desta forma, a preocupação constante com uma efetiva satisfação social dos contendores deve ser uma busca incessante da autoridade judiciária e a sentença, ao qual infelizmente se encontra falida³ na consecução desse objetivo, somente deve ser utilizada quando não for possível qualquer forma de negociação em sentido amplo, já que não existe vedação legal nesse tocante, pelo contrário, as legislações atuais prestigiam muito a auto-composição das lides, principalmente a conciliação.⁴

A realidade é dura, mas tem que ser encarada por todos aqueles que laboram com o Direito, pois, na maioria das vezes, a sentença não só não

² Refere-se às alterações do artigo 162, 267, 269 e 463 do CPC que não mais ditam que a sentença necessariamente põe fim ao processo, já que este possui a preocupação de obter a satisfação do direito e não mais somente uma sentença que o reconheça. Essas mudanças estão na trilha dessa nova concepção de jurisdição, que se preocupa sempre com a tutela dos direitos no caso concreto. Essa visão já é um significativo avanço e se embebera nos termos da constitucionalização do direito processual, contudo, ainda prima por uma solução decisória que prestigia um vencedor, logo, essa resolução, na maioria das vezes, também não obtém a satisfação social, principalmente quando se envolve conflitos que precisam ter a continuidade do relacionamento, até mesmo negociais.

³ Também comunga desse entendimento o Desembargador Francisco de Assis Filgueira Mendes, ao se pronunciar na apresentação do livro *Mediação Familiar*, tendo assim se manifestado, ressaltando inclusive a pertinência dos meios alternativos de solução dos conflitos: *“Na visão aguçada de Kazuo Watanabe, existe, com efeito, uma “litigiosidade contida”, abrangendo toda a plethora de insatisfação do povo, seja pela dificuldade do acesso à Justiça, seja pela demora da Organização Judiciária, no deslinde das demandas que lhe são apresentadas. Ante esse quadro dantesco, de verdadeira falência da máquina estatal, especialmente no que tange à prestação jurisdicional, em boa hora começaram a ser utilizadas soluções do Direito norte-americano, conhecidas como Alternative Dispute Resolution(ADR), quais sejam o Juízo Arbitral, a Conciliação e a Mediação.* Lília Maia de Moraes Sales e Mônica Carvalho Vasconcelos, *Mediação Familiar: Um estudo histórico-social das relações de conflitos nas famílias contemporâneas*, 1ª Edição, Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora Ltda, 2006, Apresentação.

⁴ Já se encontra no Congresso Nacional um projeto de lei sobre a mediação, atualmente no Senado Federal, sob a relatoria de Pedro Simon, na qual se prevê duas formas de mediação, a prévia e a incidental, ou seja, dentro do processo, o que fortifica a tese de que suas técnicas podem normalmente ser utilizadas em todos os processos e procedimentos que preveem a conciliação, justamente porque não há qualquer incompatibilidade, contudo, infelizmente tal projeto não prevê que as partes necessariamente sentem numa mesa de negociação, como requisito para admissibilidade da ação e conseqüentemente a espera da sentença, como se esta fosse a “salvadora do mundo”, o que é cediço que os juízes não podem ser tidos como Deuses.

resolve o problema específico do litígio, mas ainda cria outros conflitos, que inviabilizam completamente qualquer possibilidade de solução amigável, criando um ambiente de litigiosidade, que dificilmente vai ser desconstruído, logo, a perspectiva deve ser sempre de paz e harmonia, mesmo entre os que litigam, pois o conflito é ínsito ao ser humano e tem o seu lado bom, na qual o Juiz, como intermediário das partes, deve estimulá-las a reconhecerem e encontrarem a melhor solução ou até mesmo sugerir essas resoluções.

Os Juízes precisam se desprender dessa concepção de que sua tarefa precípua é decidir e que a tentativa de conciliação prevista nos procedimentos é somente uma formalidade. Ora, o processo não pode ser compreendido nunca como um fim em si mesmo, daí porque todas suas previsões têm um objetivo claro e definido, qual seja assegurar que os contendores solucionem a sua pendenga de forma que a pacificação social reste atingida.⁵ Essa premissa não vem sendo sentida pelos operários do direito⁶, o que pode ser amenizada com a inserção de todos os meios alternativos de solução dos conflitos.

Acrescente-se, ainda, que essa preocupação constante com a pacificação social efetiva, por meio de uma solução consensual, resolve outro problema grande da prestação jurisdicional, qual seja a morosidade infensa a todos os procedimentos e que inquieta sobremaneira à sociedade quanto à atuação judicial, pois o que interessa para alguém que seja reconhecido como titular de um dado direito, é o pronto restabelecimento de forma específica e a Justiça infelizmente não vem conseguindo e muitas vezes em razão da demora da entrega da prestação jurisdicional, esta não é efetiva no sentido de satisfazer pelo menos ao vencedor.⁷

⁵ “É inquestionável que o principal objetivo da jurisdição, o que lhe faz a essência, é seu caráter de pacificação. Neste sentido, é muito mais salutar que se encontrem fórmulas de consenso, para que a pretensão resistida chegue a bom termo, atingindo-se o ideal de justiça das partes.” Fernando Horta Tavares, *Mediação & Conciliação*, 1ª Edição, Editora Mandamentos, 2002, pág. 17.

⁶ Entende-se que esta expressão representa melhor essa nova atividade de efetiva proteção dos direitos e na qual todos os que laboram com o direito não podem continuar sendo mecânicos frios da lei, daí porque o termo operário, sem sombra de dúvida, simboliza uma atuação mais ativa e ao mesmo tempo menos ligada às formalidades que infelizmente ainda dominam o meio jurídico.

⁷ Em nosso livro *Medidas Liminares no Processo Civil: Um novo enfoque*, O ministro José Augusto Delgado em seu prefácio atesta para a necessidade inadiável de uma pronta entrega da prestação jurisdicional, bem assim chama a atenção para o fim harmonioso que o processo deve perseguir, consoante pode se ver a seguir: “*Os estudiosos do Direito Processual Civil*

Por todos esses motivos, não resta dúvida alguma de que o prestígio a jurisdição consensual não traz nenhum malefício aos desígnios dessa função tão cara a sociedade, devendo, por conseguinte, ser prestigiada em todos os sentidos, como felizmente vislumbrou recentemente o Conselho Nacional de Justiça, ao lançar o Dia Nacional da Conciliação e ao instituir um projeto de estruturação de todo o Poder Judiciário para obtenção de uma solução amigável entre os litigantes judiciais, até mesmo antes de o processo formalmente ser instaurado.⁸

Pensar em uma atividade jurisdicional que não vise obrigatoriamente a pacificação social é tratar essa função pública com descaso, pois todo o agir das autoridades em geral devem aspirar ao bem comum e este só é atingido com uma solução efetivamente satisfatória para ambas as partes, mesmo que uma das partes perca processualmente falando, mas que fique consciente de seus erros.

Destarte, quando se utiliza das formas de auto-composição, as partes chegam a um consenso, ciente destes erros e infelizmente a sentença quase nunca os transmite, substancialmente falando, principalmente por sua linguagem técnica excessiva.

Nessa conjuntura, acredita-se que a Justiça de um modo geral, ou seja, todos aqueles que laboram com o direito e até mesmo os próprios litigantes devem se imiscuir de um espírito de pacificação social, pois não se pode sempre tratar o conflito como algo negativo, sendo imperioso a análise de

estão convencidos de que técnicas novas devem ser introduzidas na legislação brasileira formal para que sejam atendidas, com eficácia, segurança e efetividade, esse anseio da cidadania. Há de se gerenciar o processo de modo que instrumentos de ação alcancem esse objetivo, sem se afastar do respeito ao princípio democrático informador do devido processo legal. Urge que o Direito Processual Civil consagre, do modo mais evidente e convencedor, o querer constitucional representativo do sentimento da Nação, que é o do Estado Brasileiro tornar vivo e constante o objetivo primordial posto em sua Carta Magna, no seu preâmbulo, que é a entrega da paz com a rápida solução dos conflitos vivenciados pelo cidadão em suas relações comuns e extraordinárias no ambiente social, familiar, financeiro, comercial, industrial e institucional". José Luiz Carlos de Lima e José Herval Sampaio Júnior, Medidas Liminares no Processo Civil Um novo enfoque, 1ª Edição, Editora Atlas, 2005, pág. 14.

⁸ O movimento nacional pela Conciliação e os seus atos normativos podem ser consultados no site www.cnj.gov.br, ao qual se acredita, que se por acaso essa política for posta em prática, o que pelo menos já se iniciou formalmente desde o último dia 08 de dezembro de 2006, a Justiça entrará em uma fase que a esperança de uma pacificação social passa a ser um sonho bem possível e real, já que os resultados desta experiência são bem exitosos nesse sentido.

que, através de um bom diálogo, quase sempre se atinge uma boa solução e principalmente a satisfação dos que contendem é cristalina.

1. MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E SUAS VANTAGENS

Já ficou evidente pelas colocações firmadas, que infelizmente a sentença não vem conseguindo atingir a almejada pacificação social, indispensável quando do surgimento de um conflito, daí porque se apresentam com esse desiderato alguns meios alternativos, que primam pelo aspecto da democracia participativa, responsabilizando-se os próprios envolvidos pela solução, já que se estes a encontram, essa premissa, por si só, já se alinha com o escopo de satisfação social.

Nesse contexto, interessa ao presente escrito a análise dos meios de solução dos conflitos - ditos democráticos em razão das próprias partes em disputa resolverem as diferenças - o que se convencionou chamar de auto-composição e na qual se depreende que, dentre eles, a conciliação e a mediação tem oportuna possibilidade de direta aplicação na atividade dos Juízes, desde que seja desconstruída a idéia de adversariedade e surja em conseqüência a eficaz cooperação entre os interessados.

Esse desafio não é difícil de ser cumprido, pois as condições normativas são amplamente favoráveis, inclusive de nossa Carta Magna⁹, daí porque o que falta é a conscientização dessa eficácia quanto ao resultado harmonioso da solução e se começar a aplicar as técnicas existentes na praxe forense, sem se descurar evidentemente de sua posição diretiva, contudo, esta não inviabiliza a adoção dessa nova postura.

A negociação é por excelência a forma mais conhecida de solução dos conflitos onde as próprias partes, sem qualquer tipo de interferência de uma terceira pessoa - daí a sua distinção com a conciliação e mediação - resolvem o seu litígio através de um acordo após conversação das diferenças. Historicamente, é o modo mais antigo de resolução de desavenças e tem a

⁹ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir em Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a Justiça como valores de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil” Grifo nosso. Preâmbulo da Constituição Federal de 1988.

nítida vantagem de propiciar a continuidade do relacionamento entre os envolvidos, pois sequer foi necessário um interventor.¹⁰

Por outro lado, percebe-se, claramente, a impossibilidade da utilização pelo Magistrado, em razão de que por esta via, mesmo que existente já um processo, a iniciativa e efetiva solução é dos próprios envolvidos, logo, o que pode ser feito pelo Juiz é uma instigação a que as partes se sentem numa mesa de negociação para chegarem a um consenso.

Já a conciliação é a maneira clássica de solução amigável dos litígios quando já existe um processo ou até mesmo antes dele, principalmente pelas propostas já enunciadas do Conselho Nacional de Justiça, onde um terceiro, que pode ser o Juiz – essa é a idéia principal – formule uma resolução que seja aceita pelas partes, através de propostas das mesmas, ou também por sugestão do terceiro, sendo bastante prestigiada na legislação, inclusive penal.

Essa forma de solução vem sendo largamente aplicada e com muito sucesso no que tange à pacificação social e rápida resolução, devendo, por isso, ser mais bem estudada para que se crie a almejada cultura de consensualização dos litígios como prioridade.

A mediação, por sua vez, não se preocupa tão-somente com a resolução do conflito posto em evidência e a sua característica principal consiste de que a participação do terceiro, que também pode ser o Juiz, é estimuladora para que os interessados encontrem a melhor solução, prestigiando a continuidade do relacionamento. Sua eficácia de satisfação social é bem mais evidente do que na conciliação, como será visto no capítulo seguinte.

A par dessas considerações, vislumbra-se que esses meios democráticos de solução dos conflitos devem permear a atividade jurisdicional de modo que se transforme em uma prática constante e não somente se cumpra mais uma formalidade, pois como já sentido nessas primeiras linhas, a sua efetividade quanto à pacificação social é bem mais intensa do que

¹⁰ “Sem intervenção de terceiros, as partes procuram resolver as questões, resolvendo disputas mediante discussões que podem ser conduzidas pelas partes autonomamente, ou por representantes. Por isso, alguns autores, não a consideram uma forma de solução de conflitos propriamente dita. A negociação é usada para qualquer tipo de disputa e faz parte do dia-a-dia transacional. É uma atividade constante entre advogados. É um método apropriado a ser utilizado quando as partes continuam a ter relações comerciais, cotidianamente, ou quando é possível solução criativa, sendo certo que tal vínculo caracteriza-se pela confiança mútua e credibilidade entre as partes.” Fernando Horta Tavares, *Mediação & Conciliação*, 1ª Edição, Editora Mandamentos, 2002, pág.42.

a sentença, o que por si só, já justificaria essa mudança de paradigma, contudo, outras vantagens podem ser percebidas, dentre elas, a já citada, mas sempre importante celeridade na resolução do litígio, valor dos mais buscados pela sociedade em geral.

Por fim, ainda se pode trazer como vantagens da utilização desses meios alternativos de solução dos conflitos, a responsabilização dos envolvidos pela decisão, o que prestigia a democracia, a igualdade de tratamento, a solidariedade, a prevenção de novos litígios, a harmonização e talvez a mais significativa, a própria transformação social, pois quando as partes resolvem amigavelmente uma contenda, acabam retirando muitas lições que representam um avanço nos seus ideais, construindo uma nova realidade.¹¹

Desta forma, patente que esses meios são muito eficientes em várias nuances, o que já legitima a adoção integral dos mesmos, pelo menos, como complemento dessa nova concepção de jurisdição constitucional, que como visto, não pode ter preocupações formais e sim resultados materiais de ampla satisfação no plano fático.¹²

¹¹ Interessante de se ressaltar nesse contexto é a posição dos processualistas constitucionais Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco em sua obra Teoria Geral do Processo, que de maneira clara enfocam a vantagem dos meios alternativos, já os intitulando como de pacificação social, merecendo, por conseguinte, ser transcrito: “*Abrem-se os olhos agora, todavia, para todas essas modalidades de soluções não-jurispcionais dos conflitos, tratadas como meios alternativos de pacificação social. Vai ganhando corpo a consciência de que, se o que importa é pacificar, torna-se irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficiente. Por outro lado, cresce também a percepção de que o Estado tem falhado muito na sua missão pacificadora, que ele tenta realizar mediante o exercício da jurisdição e através das formas do processo civil, penal ou trabalhista*”. Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, Teoria Geral do Processo, 20ª Edição, Editora Malheiros, 2004, págs. 25/26.

¹² “*Assim, o espírito de conciliação deve nortear os envolvidos nas disputas judiciais, uma vez que, por melhores que sejam as leis e a prestação da atividade jurisdicional, ninguém decide os conflitos mais adequadamente aos respectivos interesses do que os próprios litigantes. A mediação frutífera proporciona aos profissionais da área do Direito a rara satisfação de poder rapidamente resolver o problema. O aperto da mão ao término da audiência, em que a conciliação foi atingida, representa o retorno das partes à normalidade social. O que mais poderiam pretender advogados e Juizes?* João Baptista de Mello e Souza Neto, Mediação em juízo Abordagem prática para obtenção de um acordo justo, 1ª Edição, Editora Atlas, 2000, pág. 101.

3. DISTINÇÃO ENTRE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO

No tópico anterior propositadamente foram expostas de modo perfunctório a compreensão dos institutos da conciliação e mediação, tendo se ressaltado as suas convergências e apontado algumas das diferenças, sendo imperioso que se debruce com mais vagar nesse tocante.

Primeiro, foi visto que na conciliação o terceiro acaba propondo o acordo, ou seja, de alguma forma participa, mesmo que indiretamente da solução, que é aceita pelas partes, enquanto que na mediação essa solução é encontrada, através do diálogo constante pelos próprios envolvidos, só havendo intermediação do terceiro, enfatizando, por óbvio, que o Magistrado se encaixa nesses dois perfis.

Na conciliação¹³, que tem como objetivo precípuo tão-somente a solução específica do conflito, o terceiro sempre está propondo as alternativas de resoluções, a partir das peculiaridades de cada caso, o que denota sua maior intervenção na solução propriamente dita e por conseqüência uma participação mais intensa quanto à responsabilidade da solução do conflito, sem evidentemente, se impor qualquer decisão, já que a consensualidade é inerente a ambos os institutos.

Já no que concerne à mediação, vislumbra-se que a importância das partes com relação ao terceiro é bem mais evidente, visto que a responsabilização pela solução encontrada pelos mesmos é deles, o que informa uma maior participação, ressaltando-se, destarte, que esse modo ainda é mais democrático.

Também é de se apontar que como os interessados são estimulados a dialogar e tentar entender o lado do outro, a solução, quase sempre, prima não só pela resolução em específico do litígio, mas com a continuidade do relacionamento.¹⁴

¹³ *“Despido o magistrado do preconceito contrário quanto a se dedicar francamente à tarefa de obter a conciliação e, também ele, desprovido da vaidade de ver sua “bela” sentença elogiada pelos Tribunais, estará livre para perceber, na fase de conciliação, o que significa incorporar a lei, o arquétipo do pai e que, aos olhos das partes interessadas sua palavra impressiona, é contundente. A fala inicial do magistrado nas audiências de conciliação penetra a consciência dos envolvidos e com eles mantém contato direto. É um desperdício perder esse momento por ignorar sua importância e eficácia.”* João Baptista de Mello e Souza Neto, *Mediação em juízo Abordagem prática para obtenção de um acordo justo*, 1ª Edição, Editora Atlas, 2000, pág. 48.

¹⁴ *“Outra vantagem importante da mediação é a contínua e intensa discussão sobre o conflito. Aqui, não se objetiva apenas a consecução do acordo, mas o melhoramento e a continuação do*

A par dessas primeiras ponderações de distinção, já se verifica que os dois modos devem ser utilizados de acordo com o objeto da lide, pois se não há um relacionamento anterior entre os envolvidos, como por exemplo, um acidente de trânsito entre desconhecidos, a conciliação parece ser o meio mais eficaz e até mesmo, dependendo do modo de condução e técnicas usadas, pode se estimular uma amizade.

Noutro quadrante, se a lide trata de um conflito interpessoal entre pessoas ligadas por um sentimento e que acaba envolvendo uma relação patrimonial, a mediação se afigura como o instrumento mais eficaz, já que a visão do mediador não deverá ser somente solucionar aquele problema, porém, permitir que os litigantes possam, entendendo suas diferenças, manter uma relação, no mínimo, amistosa, atingindo, com mais sucesso, a pacificação social.

Desta forma, analisando com essa visão mais acurada, pode-se depreender facilmente que esses modos de compor um conflito tanto podem ser utilizados se já houver um processo, pelo Juiz ou seu auxiliar, ou até mesmo antes de se instaurar um processo, o que se afigura ainda mais benéfico, ressaltando, que, se por acaso, dentro de um processo judicial se tentar a solução, por um desses meios, deve se despir daquela ideia de adversariedade, prestigiando sempre a cooperação e o diálogo.

Nesse diapasão, ainda se pode ressaltar como distinção entre os dois modos, que a conciliação é prevista expressamente na legislação processual civil, trabalhista e até mesmo penal em alguns casos, pois como o Poder Público de algum modo interfere no mérito, contudo, sem decidir, parece que esse meio fora priorizado, o que não se entende cientificamente falando, já que na mediação, apesar de não haver essa interferência, o trabalho e até mesmo importância da figura do mediador é bem mais relevante do que a do conciliador, conforme será percebido quando do estudo das técnicas.

A mediação também previne com muito mais eficácia a possibilidade de novos conflitos, já que a conversação é priorizada e a decisão é das próprias partes, logo, a dificuldade para não haver seu cumprimento é bem menor

relacionamento dos mediados. Nesta discussão, as pessoas são consideradas como seres únicos, devendo ser respeitadas como tais... Em suma, a mediação é bastante vantajosa. Seus objetivos não atingem apenas os problemas, refletindo seus efeitos nos mediados e na sociedade, fortalecendo e preservando o relacionamento existente entre as pessoas". Lília Maia de Moraes Sales e Mônica Carvalho Vasconcelos, *Mediação Familiar: Um estudo histórico-social das relações de conflitos nas famílias contemporâneas*, 1ª Edição, Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora Ltda, 2006, págs. 94/95.

do que na conciliação, até mesmo, pela natureza das causas que a ela são submetidas.

Ressalve-se, por ser esse o objetivo desse artigo, que tanto a conciliação como a mediação quanto ao cumprimento do acordado, são mais eficazes, nesse quadrante, do que as decisões jurisdicionais, o que deve ser levado em consideração em razão do movimento de algum tempo pela efetividade do processo.

Para fechar o raciocínio até o momento ofertado no que tange à eficácia desses modos para a obtenção da pacificação social, em especial através da mediação, que, como visto, de forma mais intensa alcança tal escopo, é importante a transcrição do pensamento das estudiosas do assunto, Lília Maia de Moraes Sales e Mônica Carvalho Vasconcelos *in albis*:

*“Em uma sociedade tão dividida e intolerante, necessário se faz a utilização de mecanismos que proporcionem a compreensão do mundo como multicultural e multifacetado, tais como a mediação de conflitos. Essa compreensão traz grandes benefícios também para a área social, visto que promove a inclusão e pacificação sociais... Nesse enfoque a mediação visa à pacificação social. Note-se que essa pacificação não significa a ausência de conflitos. Como já explicado, os conflitos são necessários e, se resolvidos adequadamente, promovem crescimento. Fala-se em paz em um sentido amplo, que pressupõe como elemento primordial a comunicação; o diálogo cooperativo”.*¹⁵

Na esteira do preconizado acima, em que pese as diferenças entre os dois institutos, duas conclusões parecem cristalinas; a primeira no sentido de que as suas características, em momento algum, inviabiliza a sua profícua utilização pelos juízes; a segunda é de que os conflitos, mesmo aqueles já judicializados devem ser analisados sob a ótica positiva, pois como ambos

¹⁵ Lília Maia de Moraes Sales e Mônica Carvalho Vasconcelos, *Mediação Familiar: Um estudo histórico-social das relações de conflitos nas famílias contemporâneas*, 1ª Edição, Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora Ltda, 2006, págs. 90/91.

institutos prestigiam o diálogo - com mais veemência a mediação – sempre consegue se obter ganhos para os envolvidos¹⁶, que crescem a cada conflito e principalmente quando encontram, por si sós, a solução.

Por fim, ainda é oportuno reforçar que a mediação proporciona uma maior participação¹⁷ dos envolvidos na solução dos conflitos, dando-os auto confiança e autodeterminação para a execução de suas demais tarefas pessoais, já que quando se envolvem valores e sentimentos, como patente restou esclarecido quanto à mediação, os conflitos reais surgem em detrimentos dos aparentes, desconstruindo aquela infame ideia de que no final existe um vencedor e por consequência um perdedor e isto não é realidade, já que na mediação, com mais clareza, verifica-se que a ideia é o ganha-ganha para os dois lados.

4. UTILIZAÇÃO PELO MAGISTRADO DAS TÉCNICAS DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO

De tudo quanto já fora dito, vislumbra-se que a conciliação e mediação não são instrumentos que venham a competir com o Poder Judiciário, pois não há qualquer elemento, que de um modo geral, possa excluir suas aplicações, ressaltando, contudo, os limites que serão analisados no tópico seguinte, já que uma certeza parece evidente, de que nada é absoluto.

Desta maneira, em havendo total permissividade e conveniência para suas utilizações, faz-se necessário e até mesmo imprescindível, em termos

¹⁶ “A mediação procura valorizar esses laços fundamentais de relacionamento, incentivar o respeito à vontade dos interessados, ressaltando os pontos positivos de cada um dos envolvidos na solução da lide para, ao final, extrair como consequência natural do procedimento os verdadeiros interesses em conflito”. Fernando Horta Tavares, *Mediação & Conciliação*, 1ª Edição, Editora Mandamentos, 2002, pág. 64.

¹⁷ “Em outras palavras, a mediação inclui na sociedade na medida em que aumenta a autodeterminação e a responsabilidade dos mesmos. Assim, por meio desse procedimento, os indivíduos passam a ter voz mais ativa dentro da sociedade, uma vez que possuem autonomia e são responsáveis por solucionar suas controvérsias. Como ressaltamos em outro momento: A mediação apresenta-se, pois, com o objetivo de oferecer aos cidadãos participação ativa na resolução de conflitos, resultando no crescimento do sentimento de responsabilidade civil, cidadania e de controle sobre os problemas vivenciados. Dessa maneira, apresenta forte impacto direto na melhoria das condições de vida da população – na perspectiva do acesso à justiça, na concretização de direitos, enfim, no exercício da cidadania”. Lília Maia de Moraes Sales e Mônica Carvalho Vasconcelos, *Mediação Familiar: Um estudo histórico-social das relações de conflitos nas famílias contemporâneas*, 1ª Edição, Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora Ltda, 2006, págs. 90/91.

de resultados positivos para se atingir a pacificação social, de que os Juízes conheçam as técnicas de conciliação e mediação que os orientarão para um bom desempenho dessa atividade.

Em que pese os estudiosos não se referirem a esse primeiro elemento como técnica, entende-se pertinente que para ambos os institutos, deve a autoridade judiciária ou seus auxiliares se preocuparem em criar um ambiente para a solução amigável, de modo que aquela postura e indicações de adversariedade sejam esquecidas e os envolvidos se sintam bem a vontade para dialogar, quebrando os protocolos formais que acabam os intimidando, para tanto, devem se despir daquele sentimento de superioridade e tentar conversar de igual para igual.

Nesse sentido, ainda se deve pensar que o espaço físico seja agradável e que a posição de um em frente ao outro pode inibir o acordo, logo, o ideal é que todos fiquem sentados em círculo como se estivessem conversando normalmente, sem aquele ar de litígio, muito comum nas salas de audiência dos fóruns. Não está se dizendo que deve necessariamente se criar uma sala em específico para esses diálogos, mas, na medida do possível, mudar o ambiente tradicional já vai ser um grande passo.¹⁸

Desta forma, faz-se necessário que o Poder Judiciário adapte-se a essa nova realidade, que como dito, não tem qualquer elemento de exclusão quanto aos procedimentos já existentes na Justiça, motivo pelo qual os Juizes, antes mesmo das técnicas, precisam saber de modo cristalino seus desafios na conciliação e mediação, ficando claro que para a primeira, as coisas são mais simples, pelo seu próprio objetivo e natureza dos conflitos que a envolvem, e essa distinção, no final das contas, vai fazer a diferença, não somente quanto às técnicas,

¹⁸ Em compromisso de palestra na cidade de Barbacena, verificou-se que um Juiz daquela comarca, “vibrador” por excelência, com a certeza de que essas vias consensuais são a melhor forma para compor os litígios, principalmente os de família, onde o mesmo jurisdiciona, sem qualquer ajuda financeira do Tribunal, deu um passo significativo quanto à ambientação do espaço físico a ponto de criar 04(quatro) salas, nominadas de conciliação, para junto com seus auxiliares servir exclusivamente para esse fim, incluindo aí evidentemente, as mediações. Para tanto, comprou sofás, mesas de centro, aparelho de som, etc., Dispôs a sala da forma em que as partes ficavam entre si se olhando mutuamente sentadas no sofá, tendo ao centro uma mesinha onde havia café, bolachas, bombons, etc., tudo isso com um som ambiente que tranqüilizava os ânimos. Depois de um longa conversa com o citado Juiz, este contou que o índice de acordo chegava a 90 % (noventa por cento) e o que as partes sentiam necessidade era de conversar, se abrir, serem ouvidas, serviço que tecnicamente parece ser de outro profissional, mas que nessas técnicas constitui uma das maiores habilidades.

mas principalmente pelo modo de condução e objetivo final de cada instituto.

A conciliação tem uma vantagem sobre a mediação em termos legais para fins de sua imediata aplicação, ou melhor, dizendo, completa observação, pois se constitui como direito das partes de poderem conversar com o fim de se chegar a um acordo, já que em todos os procedimentos judiciais deve o Juiz tentá-la a qualquer momento, afora as previsões específicas nesse sentido - principalmente a do procedimento considerado padrão, o ordinário - que na audiência preliminar determina que se inicie com a conciliação, não sendo lógico que essa atividade se subsuma a perguntar as partes se tem acordo. Pensar dessa maneira é tratar o processo como despresivo a dignidade da pessoa humana.

Entretanto, alguns desafios são bem claros, pelo menos quanto à conciliação: primeiro, como se preparar tecnicamente quando você não tem muito tempo; segundo, como descobrir os verdadeiros interesses envolvidos no conflito e saber o que realmente o outro lado quer; terceiro, como se posicionar diante de um não - que é tão comum pelo menos no início das conversações -; quarto, como criar uma opção que facilite a outra parte dizer sim, sem entrar no mérito e de nenhum modo forçar a parte; quinto, como gerar soluções para se obter ganho mútuo, dentre outros, que surgem em cada caso.

Desta forma, parece que somente a utilização correta das técnicas conduzirá a uma eficaz solução e esses obstáculos serão facilmente enfrentados e transpostos. Os estudiosos do tema trazem inúmeras técnicas, muitas vezes, distintas umas das outras, somente pela nomenclatura, às vezes com acréscimos não vistos em uma técnica, por conseguinte, criando outras, motivo pelo qual, a experiência do subscritor comungada com essas ideias é o que se vislumbrará nesse trabalho.

Quanto à conciliação, podem-se enunciar as seguintes: primeiro, as pessoas devem ser conscientizadas da importância e o resultado prático do ato de conciliar, principalmente a satisfação social e o consequente cumprimento do acordado, para tanto, o Juiz deve conversar genericamente nesse sentido; segundo, saber resumir as idéias, de modo a destacar as convergências, terceiro, ser bastante flexível ao lidar com o nível cultural das partes; quarto, dar o direito de todos falarem, mas respeitando sempre que cada um fala, sem interrupção do outro; quinto, ter a mente aberta

e receptiva para ouvir, sem que seus juízos de valores, de algum modo, inibam as partes de se abrir, já que essa escuta, chamada de ativa, também pode ser eficaz na conciliação, visto que na mediação é imprescindível.

Sexto, a linguagem deve ser a mais simples possível, evitando os “juridiquês”; sétimo, deve ter uma postura calma e serena, em que a sua autoridade não se imponha pelo cargo e sim pelo modo de conduzir e se portar perante as partes; oitavo, deve estudar previamente o caso antes do encontro, de modo que conhecendo os anseios e resistência, tenha melhores condições de propor uma solução; nono, na medida do possível e sem exageros ou emissão de posição pessoal, destacar como a jurisprudência e a lei tratam da situação em tese, pois essa explicação esclarece muitos dos pontos controvertidos, que inclusive devem ser fixados antes mesmo da tentativa de conciliação, evidentemente sem preocupação técnica, já que servirá tão-somente para subsidiar o ato consensual; décimo, quando for o caso, com o mesmo escopo da anterior, enunciar conciliações anteriores sobre a mesma situação jurídica, sem contudo emitir qualquer posição meritória, ou seja, tudo em tese.¹⁹

Ressalve-se, contudo, que essas são algumas das técnicas e dependendo da situação, outras específicas devem ser implementadas em cada caso concreto, contudo, o mais importante é a conscientização dos Juízes do uso dessas técnicas e o espírito de conciliação a qual deve reinar até o último momento em que se possa atingir o acordo.

Por fim, quanto à conciliação e até mesmo já servindo para a mediação, é imperioso que se destaque o que o Juiz, no exercício dessas funções consensuais, não pode ser: confuso, indeciso, agressivo e emotivo, visto que tais situações emocionais deixam as partes instáveis e descredibilizam à atuação judicial, podendo gerar desconfiança e com isso, uma das partes

¹⁹ Interessante que se transcrevam neste momento as reflexões de Fernando Horta, baseado nas lições de Luiz Fernando Keppen sobre a importância desse movimento pela solução amigável com uma técnica da atividade jurisdicional, ressaltando o valor da tentativa: “*Voltando à indagação sobre a validade do esforço nas tentativas de conciliação, temos que a resposta não poderia ser outra, que não em sentido afirmativo. Indubitável que tal método pacifica as relações conflituosas, humanizando o direito, devendo, por isto mesmo, ser assimilado como técnica, a de propiciar melhores resultados, tudo em benefício dos atores no palco judicial e da sociedade que servimos. E, se afinal, este resultado não for alcançado? “Se não houver frutos, valeu a beleza das flores. Se não houver flores, valeu a sombra das folhas. Se não houver folhas, valeu a intenção da semente”.* Fernando Horta Tavares, *Mediação & Conciliação*, 1ª Edição, Editora Mandamentos, 2002, págs. 127/128.

ou todas, não quererem sequer começar ou continuar o ato de tentativa da solução amigável.

Também, não podem os Juizes realizar algumas condutas, como, por exemplo; de modo algum, coagir as partes a acordar sobre o que não desejam; redigir o acordo de forma que não expresse a real vontade das partes; não entregar o termo de acordo para as partes assinarem, sem que seja lido em voz alta; propor acordo que tem ciência que uma das partes não pode cumprir; permitir acordo que tenha clausula leonina; não permitir composição em processo na qual estejam as partes dele se servindo para fins escusos ou ilegais; conduzir o debate de forma atribulada, indo e voltando a pontos já discutidos; sugerir, de plano, sem provocação das partes, acordo que possa ser bom para as partes, já que nesse caso, dependendo dos litigantes, pode ser que um deles fique desconfiado de que o Juiz esteja prestigiando uma das partes.²⁰

Enfim, percebe-se que a atuação judicial, do mesmo modo de que em sua atividade precípua de julgar e materializar suas decisões, bem assim tomar providências acauteladoras, deve transmitir aos interessados uma posição de equilíbrio e neutralidade, tudo para que a confiança no Juiz seja uma premissa básica e intangível em todo o processo de tentativa de se obter o acordo.

A par dessas colocações, parece que não é tão difícil que os Juizes passem a ter essa consciência e com ela pratiquem o hábito de tentar a conciliação em todos os momentos, inclusive até mesmo antes da citação ou deliberação de uma medida liminar, como já visto ocorrer em alguns processos com bastante êxito, desde que não se esqueçam que as técnicas lhe auxiliarão não só para se realizar e materializar o acordo, bem como para a garantia de que o mesmo se concretizou a partir da livre vontade dos envolvidos.

Ainda é oportuno que se esclareça na linha de tudo quanto já foi ponderado, que os Juizes não podem ter aquela idéia infame de que um processo conciliado não conta como pronunciamento judicial para fins de estatística, visto que tal pensamento é muito pequeno para sopesar com os escopos da atividade jurisdicional, que até mesmo não se limita ao jurídico, incluindo-se o político e econômico, afora o mais importante, que

²⁰ Essas ponderações foram colhidas, com alguns complementos do já citado livro de Fernando Horta, mais precisamente na página 126.

é a pacificação social.²¹

No que tange à mediação, instrumento infelizmente pouco conhecido da prática judicial, não havendo ainda legislação específica nesse sentido, o que dificulta ainda mais a sua operabilidade, deve-se, com mais intensidade, se desprender dos preconceitos e passar o Juiz a entender que o processo lida com vida humana e, por conseguinte, com emoções, drama, sentimentos, ou seja, tudo que envolve as subjetividades, logo, nesses casos, principalmente de família, somente o diálogo constante e cooperativo vai encontrar uma solução duradoura para o conflito, que na maioria das vezes é aparente, dificultando até mesmo a solução amigável.

Como já visto, a mediação é tida como uma atividade de intermediação, logo, o Juiz não pode ser Juiz e nem sequer árbitro, ou melhor, nem mesmo conciliador, já que a solução deve ser encontrada naturalmente pelas partes envolvidas nos conflitos, sem qualquer tipo de imposição, o que se apresenta como uma peculiaridade que marca todo esse procedimento e na qual, desde já, se vislumbra que algumas das técnicas de conciliação não podem ser usadas pelo Mediador.

Antes de se tecer os comentários sobre as técnicas propriamente ditas, torna-se imprescindível que se fale sobre os princípios que a regem, bem assim as fases desse procedimento, que pode ser judicial ou não, contudo, não se pode ter qualquer tipo de formalidade. Quanto aos princípios, é sábia a lição de Fernando Horta:

*“A mediação pode ocorrer dentro de um processo judicial, ou fora dele, aquela endoprocessual, esta, extra processual, e se caracteriza pela observância dos seguintes princípios, assim resumidos:
- **Voluntariedade:** aceitação por livre iniciativa ou aceitação das partes. Significa a disposição de coo-*

²¹ Além do mais é de se esclarecer que a idéia amplamente divulgada de que a conciliação é uma atividade simples e que não tem qualquer dificuldade não corresponde à realidade, pois tenho quase dez anos como Juiz e como tenho consciência constante de minha ignorância, sempre estou estudando e tenho capacidade para estudar qualquer assunto técnico, logo, sem qualquer menosprezo à matéria jurídica, tenho condições de confeccionar qualquer tipo de decisão judicial, porém não posso falar o mesmo sobre uma atividade de conciliação e mediação. Desta forma, não tenho dúvidas de que essa atividade requer um preparo técnico constante, contudo não é o lado racional que domina, daí porque os juízes devem se desprender desses dogmas e procurar sempre a composição amigável do litígio, podendo inclusive ficar horas conversando nesse sentido.

peração para o objetivo da mediação. - **Não adversarialidade:** não competição das partes, as quais não objetivam ganhar ou perder, mas solucionar o problema. - **Intervenção neutra de terceiros:** terceira parte, catalisadora das soluções. - **Neutralidade:** não interferência no mérito das questões. - **Imparcialidade:** isto é, ausência de favoritismo ou preconceitos com relação a palavras, ações ou aparência, significando, por parte do mediador, um compromisso de ajuda a todas as partes, por parte do mediador, um compromisso de ajuda a todas as partes e na manutenção desta imparcialidade no levantamento de questões, ao considerar temas como justiça, equidade e viabilidade de opções propostas para acordo. - **Autoridade das partes:** poder de decisão sobre as questões em disputa, já que são elas as responsáveis pelos resultados e pelo próprio andamento do processo. - **Flexibilidade do processo:** a mediação não é um processo rígido, uma vez que não está restrita à aplicação de normas genéricas e pré-estabelecidas e sua estruturação depende, basicamente, das partes e dos procedimentos por elas próprias escolhidas. - **Informalidade,** que se caracteriza pela ausência de estrutura e inexistência de conformidade a qualquer norma substantiva ou de procedimento. - **Privacidade:** a vontade das partes se manifesta de maneira autônoma, baseadas em interesses privados, no âmbito privado. - **Consensualidade,** no sentido de não haver uma decisão imposta às partes. Leva-se em consideração o resultado de deliberação das partes e desta vontade é que extrairá a sujeição ao acordo daí surgido. - **Confidencialidade,** que é um dos princípios norteadores da mediação. As informações são restritas ao âmbito das partes e do interventor. Salvo restritas eventualidades (por exemplo, os próprios sujeitos darem publicidade ao processo ou às

*decisões, visto que tem liberdade para tal), nada pode ser utilizado em juízo ou ter publicidade. Negroito nosso.*²²

Vê-se, que esses princípios não podem ser olvidados em nenhum momento pelos Juízes, já que a mediação possui um objetivo que nunca foi a preocupação central da justiça, qual seja, a continuidade do relacionamento entre os contendores, daí porque, o Juiz como mediador, além de se despir da visão tradicional de compor o litígio pela decisão, deve também atuar um pouco como analista²³, tudo para compreender as diferenças junto com as partes, pois a atividade de estimulação da solução necessita do que se chama de uma escuta ativa, ou seja, uma participação que não é central, mas decisiva para o sucesso do diálogo e do acordo a ser implementado.

Afora a importância desses princípios, também é imperioso que o Juiz, enquanto mediador atente para as fases materiais desse procedimento, em que pese a sua informalidade e não especificação legal, ressaltando, desde já, que a sua rigorosa observação não se faz necessária, visto que alguns casos podem determinar a supressão de algumas dessas etapas, ou até mesmo o estilo do Mediador.²⁴

Primeiro, deve o Juiz se apresentar como mediador e expor detalhadamente as regras, esclarecendo bem que o mesmo não vai decidir

²² Fernando Horta Tavares, *Mediação & Conciliação*, 1ª Edição, Editora Mandamentos, 2002, págs.67/68.

²³ “Analistas e juízes têm muito em comum, embora as diferenças os façam como água e vinho. Os dois lidam com processos iniciados há muito e a cujos fatos só têm acesso limitado. Atuamos com os elementos que nos chegam por meio das partes envolvidas, de acordo com seus interesses. Se nas pejejas jurídicas as partes “brigam” e no consultório o cliente é a única parte interessada, não devemos subestimar a capacidade que o conflito interno tem de sonegar informações, obstruir o processo, insistir na idéia de ganhar quando o fundamental é o acordo entre as partes, já que lutamos contra nós mesmos”. Essas ponderações são de Henrique L.M Torres, dispostas como apresentação do livro já citado de João Baptista. João Baptista de Mello e Souza Neto, *Mediação em juízo* Abordagem prática para obtenção de um acordo justo, 1ª Edição, Editora Atlas, 2000, pág. 14.

²⁴ “Ressalte-se que, dependendo do conflito e da concepção de cada mediador, algumas etapas podem ser suprimidas, ao passo que outras possam ser introduzidas.” Lília Maia de Moraes Sales e Mônica Carvalho Vasconcelos, *Mediação Familiar: Um estudo histórico-social das relações de conflitos nas famílias contemporâneas*, 1ª Edição, Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora Ltda, 2006, pág 96.

nada e que sua atuação naquela situação difere totalmente de suas ações ou omissões como Juiz propriamente dito.

Depois, os envolvidos do processo expõem os seus problemas e não necessariamente deve se cingir às colocações da inicial ou contestação, se houver, já que não há qualquer vinculação com o processo e suas formalidades.

Em seguida, o Magistrado faz um resumo minucioso e sem qualquer conotação pessoal, ressaltando as convergências e ordena pela primeira vez o problema, já tentando acertar quanto ao conflito real, se houver.

Complementado a fase anterior, o Juiz deverá descobrir os interesses ainda ocultos, pois como se trata, na maioria das vezes, de sentimentos e valores magoados ou pelo menos esquecidos, os conflitos aparentes podem esconder verdadeiramente o problema, logo, a percepção do magistrado deve ser acurada.

Empós, a fase mais importante e que na realidade não necessariamente deve ser seguida essa ordem cronológica, qual seja, a estimulação propriamente dita, com a atividade de se permitir que as partes iniciem a geração das idéias para a resolução dos problemas, começando os acordos parciais.

Por fim, deve ser materializado o acordo final, em que as partes acabam chegando ao consenso justamente porque passam a entender suas diferenças e se sentem importantes, porque acabam se descobrindo.²⁵

Após essas considerações, é relevante que se destaquem algumas das técnicas de mediação, devendo ser feita a mesma ressalva das já enunciadas quanto à conciliação, pois vários autores tratam do tema e não há uniformidade, motivo pelo qual se priorizou aquelas que os Juízes, com certeza, podem realizar com mais facilidade.

As técnicas que podem ser utilizadas pelos Magistrados, levando em consideração as premissas já postas, são as seguintes: apontar, descrever

²⁵ Essas reflexões foram trazidas após leitura da obra de Juan Carlos Vezzulla, Teoria e Prática da Mediação, V Edição Comentada e Corrigida, editado pelo Instituto de Mediação e Arbitragem no Brasil, mas como já ressaltado, essas etapas podem ser suprimidas ou até acrescidas, dependendo da situação, bem como não há qualquer rigidez para a sua sequência, todavia, percebe-se que pelo menos as primeiras são indispensáveis, mas o Juiz não pode, em nenhum momento, querer atuar como Juiz, Advogado, Árbitro, Promotor, etc, sua função é meramente de auxílio e deve contar com um conhecimento interdisciplinar, daí porque, a atividade de Mediador não é necessariamente realizada por um profissional do direito.

e investigar os pontos de atrito, de forma que não se discuta o que já seja aceito pelos litigantes; coordenar a discussão entre as partes mediadas, cooperando e ajudando a discutir com respeito; ressaltar as convergências e divergências, sugerindo opções para o superamento destas, contudo, não se pode propor a solução, porque nesse caso seria uma conciliação; Motivar a criatividade, na procura de soluções.

Auxiliar as partes a descobrirem seus reais interesses, permitindo que o acordo seja justo, equitativo e duradouro, logo não há como pensar em desigualdade entre as partes; permitir a livre expressão emocional, motivo pelo qual não deve o Juiz interferir na fala da parte, sem que seja um esclarecimento, pois a sua principal função é ouvir, de forma ativa evidentemente; utilizar uma escuta ativa para verificar a sinceridade das emoções; em alguns casos, utilizar sessões privadas com apenas uma das partes, desde que também o outro tenha o mesmo contato – é o que se chama de “caucus”²⁶;

É importante não perder o controle da situação; também deve manter a ordem mediante uma regra basilar: “uma pessoa fala de cada vez; utilizar parafraseamento: ouvir e repetir conceitos usando palavras diferentes; trabalhar uma questão de cada vez; conclamar as partes para expressarem seus sentimentos com lealdade de forma que o conciliador possa sugerir uma opção de solução que atenda as partes; sugerir uma parada nas negociações quando o clima estiver tenso.”²⁷

Ressalve-se, que todas essas técnicas - apesar de extremamente importantes – não devem ser valorizadas, da mesma forma que às vezes

²⁶ “Em todo o procedimento o mediador realiza uma escuta ativa dos problemas, ou seja, permanece atento para captar todas as linguagens, associando as verbais com as simbólicas e não verbais. O corpo realmente fala; as expressões demonstram sentimentos”. Lília Maia de Moraes Sales e Mônica Carvalho Vasconcelos, *Mediação Familiar: Um estudo histórico-social das relações de conflitos nas famílias contemporâneas*, 1ª Edição, Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora Ltda, 2006, pág. 98. Ainda nesse assunto, entende-se que durante todo o procedimento de mediação não deve o Juiz, sob hipótese alguma, deixar que suas expressões sejam transmitidas para a parte, ou seja, o seu equilíbrio emocional deve perdurar durante toda sua atuação, sem que qualquer postura diferente seja realizada, sob pena das partes perderem a confiança no Mediador.

²⁷ Essas técnicas são trazidas por Fernando Horta em obra já citada várias vezes nesse trabalho, complementadas com as experiências do subscritor como mediador, principalmente em conflitos de família, logo, muitas outras técnicas podem ser implementadas, desde que haja sempre a prioridade para o constante diálogo, o cooperativismo, a efetiva participação das partes, a não imposição da decisão, ou seja, todos os princípios já também expostos por esse autor.

se prestigiam as formalidades, pois o fim maior deve ser sempre lembrado, qual seja, que as partes consigam encontrar uma solução de consenso que evidencie a continuidade do relacionamento e a autodeterminação das mesmas, visto que esse instrumento se perfectibiliza como um elemento concretizador da democracia.²⁸

A par de todas essas colocações sobre os princípios, técnicas e até mesmo fases ou etapas com relação à mediação e conciliação – as quais acabam se imbricando – justamente por seus elementos comuns, vislumbra-se, de forma clarividente, que os Juízes, de um modo geral, mesmo naqueles casos em que envolvam direitos indisponíveis²⁹, devem utilizar essas formas alternativas de solução dos conflitos, sem as suas tradicionais regras³⁰, pois se assim ocorrer, pode-se afirmar, que tal atitude vai ser igual à não tentativa de uma solução amigável.

5. LIMITES FORMAIS E MATERIAIS PARA O USO DA MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO PELOS JUÍZES

Como tudo na vida é relativo, nada mais natural de que haja limitações nessa atividade dos magistrados, em que pese todas as vantagens desses institutos e suas informalidades, todavia, muitas situações inviabilizam por completo, tanto a conciliação quanto a mediação, não só pela natureza desses métodos, bem como a própria essência de algumas matérias dos

²⁸ Nesse sentido se indica, para aprofundamento do estudo, a obra o Discurso e o Poder, de Boaventura de Souza Santos, que ressalta a importância de se criar mais instrumentos de democracia participativa, complementando a representativa, a fim de que essa junção possa de fato fazer que o povo verdadeiramente decida as questões de seu interesse.

²⁹ A lei 10.444/02 alterou a redação do artigo 331 do CPC para expressamente permitir que todos os direitos que admitam transação tenham necessariamente a audiência ali prevista, pois esse momento é bastante propício e na realidade se constitui como direito da parte a esse contato direto com a autoridade judiciária.

³⁰ *“Há pouco tempo, em uma aula de mediação, um juiz perguntou-me como se pode executar um acordo obtido mediante um processo de mediação. Ficou abalado com a minha resposta: “os afetos nunca podem ser executados.” Minha resposta o surpreendeu porque estava raciocinando com os mitos, as crenças, o senso comum dogmático que organiza as cabeças dos juristas em geral. A mediação precisa ser entendida, vivida, acionada com outra cabeça, a partir de outra sensibilidade, refinada e ligada com todas as circunstâncias, não só do conflito, mas do cotidiano de qualquer existência. Quem vai mediar, precisa estar ligado com a vida”.* Luis Alberto Warat, O ofício do Mediador, Florianópolis: Habitus Editora, 2001. Esses, com certeza, são um dos maiores desafios dessa nova postura dos Juízes nessa função de tentativa de se chegar a uma solução amigável.

conflitos e a própria estrutura do Poder Judiciário, logo, essa análise torna-se imprescindível, visto que em alguns casos a almejada pacificação social somente vai ser alcançada por uma atuação mais firme e decisiva da Justiça, que, como percebido, não se coaduna com os institutos em exame.

Nesse sentido, nem sempre é possível que os Juízes se utilizem desses meios alternativos de solução dos conflitos, quer por limitação formal quer material. Quanto ao primeiro aspecto, é cediço que o ordenamento jurídico, em relação a algumas matérias, não admite conciliação e muito menos mediação, como por exemplo, a maioria esmagadora dos delitos penais.³¹

Quando ocorre tal tipo de ilícito, por mais que vítima e acusado tenham chegado a um consenso quanto ao fato analisado na Justiça, somente essa tem competência para solucionar esse caso, pois a sociedade se sente lesada e esse bem jurídico é protegido pela legislação, logo o acordo não vai, de um modo geral, influir na atuação jurisdicional *stricto sensu*.³²

Por outro lado, é de se destacar que até mesmo em casos que outrora não se admitia transação, como por exemplo, os direitos indisponíveis³³ e aqueles que envolviam o Poder Público, para ser bem específico, hodiernamente, já se permitem que por acordo, se finde processos que tenham tais objetos, demonstrando, por conseguinte, que a Justiça consensual vem ganhando

³¹ “Em matéria criminal, a conciliação vinha sendo considerada inadmissível, dada a absoluta indisponibilidade da liberdade corporal e a regra *nulla poena sine iudicio*, de tradicional prevalência na ordem constitucional brasileira. Nova perspectiva abriu-se com a Constituição de 1988, que previu a instituição de Juizados Especiais providos por Juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução...de infrações penais de menor potencial ofensivo...permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turma de juízes de primeiro grau.” Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, Teoria Geral do Processo, 20ª Edição, Editora Malheiros, 2004, págs. 27/28.

³² Ressalve-se que as Leis dos juizados especiais, quer estadual quer federal, preveem a possibilidade de que alguns ilícitos penais possam ser resolvidos mediante composição civil entre as partes e até mesmo transação direta com o Ministério Público, o que demonstra que a justiça consensual vem ampliando seu espectro de atuação em todos as searas, inclusive penal.

³³ “Trata-se dos chamados “direitos da personalidade” (vida, incolumidade física, liberdade, honra, propriedade intelectual, intimidade, estado). Quando a causa versar sobre interesses dessa ordem, diz-se que as partes não têm disponibilidade de seus próprios interesses (matéria penal, direito de família etc.). Mas, além dessas hipóteses de indisponibilidade objetiva, encontramos aqueles casos em que é uma especial condição da pessoa que impede a disposição de seus direitos e interesses (indisponibilidade subjetiva); é o que se dá com os incapazes e com as pessoas jurídicas de direito público”. Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, Teoria Geral do Processo, 20ª Edição, Editora Malheiros, 2004, pág. 29.

espaço e quem sabe cada vez mais se amplie para atingir outros objetos, até mesmo penal, evidentemente, em caso de reconhecimento pelo acusado da culpa e a aplicação direta da pena privativa de liberdade.

Pode se pensar que hoje é inimaginável, mas é possível, pois a consciência do malfeitor será o elemento que justificará a pena, até mesmo sem o devido processo legal, mas nunca como regra geral e sim exceção sob condicionantes rígidas.³⁴

Quanto às limitações materiais, pode-se enunciar, primeiramente, que a boa-fé é a mais importante, pois como se admitir que os envolvidos possam conciliar e principalmente se submeterem à mediação se estiverem ocultando a verdade ou até mesmo mentindo, como infelizmente é muito comum na *praxe forense*, logo, é imprescindível que essa cultura de litígio e suas amarras sejam deixadas de lado quando as partes quiserem resolver os seus problemas pela via consensual.³⁵

Outra grande limitação para o desenrolar dessas atividades junto à Justiça diz respeito à necessidade imanente de que as partes estejam em condições de igualdade e para tanto a atividade do Juiz, utilizando-se do seu chamado poder assistencial³⁶, é vital, pois em caso das partes não estarem nessa posição, o diálogo, com certeza, vai ser infrutífero, podendo haver coações ou por qualquer forma imposição, o que vai de confronto aos princípios que informam a conciliação e mediação.

Destarte, somente o equilíbrio entre as partes conduzirá a um resultado efetivo quanto à pacificação social, visto que patente, ser a igualdade, uma

³⁴ Esclareça-se que a Constituição Federal prevê como direito e garantia fundamental do cidadão o devido processo legal, contudo, o que se prega é que esse direito possa ser renunciado em caso de pleno reconhecimento da ilicitude, logo, em havendo aceitação, lhe seja imposto a pena, suprimindo algumas etapas do processo, tudo pela via consensual.

³⁵ “A mediação, para ser bem sucedida, pressupõe boa-fé de ambas as partes. Os mediadores devem estar dispostos para assimilar os princípios da mediação, sobretudo para agir de modo solidário e verdadeiro. Infelizmente, em nossa sociedade, ainda predomina a arcaica mentalidade de cultura do litígio, em que às partes interessa obter vantagens – ganhar”. Lília Maia de Moraes Sales e Mônica Carvalho Vasconcelos, *Mediação Familiar: Um estudo histórico-social das relações de conflitos nas famílias contemporâneas*, 1ª Edição, Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora Ltda, 2006, pág.95.

³⁶ Este poder é amplamente utilizado pelos operários do direito a par do princípio da igualdade das armas, mesmo tendo ciência de que no exercício dessa atividade consensual não qualquer espaço para a cultura de litígio propriamente dito, o juiz não pode deixar de estar atento às diferenças econômicas e sociais das partes e quando a mesma for discrepante deve adotar medidas que busquem igualar pelo menos nessa conversa, o que é difícil na prática, contudo, não impossível.

condição indeclinável para o sucesso e até mesmo início das conversações, logo, esse limite deve necessariamente ser transposto, pelo menos em relação à mediação, na qual a atividade do Juiz é mais limitada do que na conciliação, pois nesta, em havendo essa desigualdade, a proposta do Juiz já pode levar em consideração tal aspecto.

Outro limite que muitas vezes pode impedir uma efetiva conciliação ou mediação é a própria atuação do Juiz nessas funções, pois a sua capacidade técnica, a par das ponderações já feitas, bem assim o cuidado para que não haja qualquer interferência no mérito das questões, principalmente na mediação, é imprescindível para o êxito das conversações e conseqüente feitura do acordo.

Desta forma, quando o Juiz perceber que, de alguma forma, já acabou se intrometendo no âmago do problema, emitindo a sua posição pessoal, o melhor a fazer é declinar de tal atividade e dependendo do caso e a intensidade da interferência, remeter os autos ao seu substituto, que poderá tentar continuar com a negociação ou então infelizmente ter que decidir pelas vias tradicionais, o que implicará, com certeza, em um grau de eficácia social bem menor.

Essa projeção infelizmente se retrata como uma realidade que precisa ser combatida, pelas vias ora comentadas, bem assim a própria competência técnica dos Juizes em assimilar melhor as relações humanas que envolvem todo processo atinentes aos sentimentos e valores envolvidos, já que infelizmente, por melhor que sejam os peticionantes, a forma escrita não consegue transmitir, com a segurança necessária, tais valores, que bem compreendidos, podem ser desprezados ou levados em consideração, dependendo da situação, pois é cediço que muitas vezes esses fatores condicionam todo o conflito e a sentença não os enxerga.

Desta forma, esse limite material deve, por conseguinte, ser transposto com muita serenidade e calma pelos Juizes, enquanto conciliadores e mediadores, bem assim até na sua missão de julgar, acaso seja possível, para tanto, o princípio da oralidade³⁷ é um instrumento eficiente.

³⁷ Essa acepção do princípio da oralidade inclui, evidentemente, os seus subprincípios, quais sejam a concentração, a imediatividade, a identidade física do Juiz e a irrecorribilidade das decisões interlocutórias, que quando aplicados, na prática, privilegiam a percepção dos sentimentos e emoções, que infelizmente não são repassados pelo princípio da escritura. Desta forma, não só o movimento pela efetividade e o mais recente da conciliação são importantes, pois a adoção na íntegra do princípio da oralidade, com certeza, aproximará a Justiça da verdade real e, por

Nesse viés, para que os Juízes possam superar esses limites da atividade consensual, principalmente os materiais, devem os mesmos ampliar, sobretudo, a sua atuação para além da ciência jurídica, tentando compreender as inquietudes e incoerências das relações humanas, utilizando-se dos saberes das outras ciências, através da interdisciplinaridade.³⁸

Por outro lado, por mais que os Juízes, enquanto mediadores e conciliadores se capacitem tecnicamente e mudem o paradigma de sua atuação, tudo para transpor esses limites e com sucesso resolverem os conflitos aos mesmos submetidos, é cediço que a sua própria natureza de ser humano, já é por si só, uma limitação insuperável e que os seus atos são passíveis de falha, logo, essa compreensão facilita o seu regular exercício nessa atividade, pois a consciência de suas limitações e a virtude da modéstia quanto ao conhecimento, são armas eficientes para a superação de todos os obstáculos dessa atividade de busca do consenso.

6. MEDIAÇÃO FAMILIAR E A ATUAÇÃO JUDICIAL

O conflito é inerente à própria convivência humana e como visto deve ser matizado pelos envolvidos a fim de que seus aspectos positivos possam ser otimizados e a partir dessa visão, se evitem novos conflitos, ao mesmo tempo em que a sua solução em específico, leve em consideração, na medida do possível, todos os sentimentos e emoções, sendo clarividente que nas relações familiares a intensidade e complicação dos mesmos é bem maior do que em outros relacionamentos, conforme será analisado nesse tópico, constatando-se, ao final, que para tais conflitos a mediação é a forma por excelência de solução que atende ao escopo da pacificação social.

Desta forma, nas relações familiares, pode-se afirmar que é quase impossível que não haja conflitos, todavia, o problema não reside nesse aspecto, e sim na supervalorização dos mesmos, bem assim nos sentimentos

consequente, nos casos de tentativa de solução amigável, esse contato é imprescindível.

³⁸ *“Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substancial dos mecanismos de processamento de litígios. Eles precisam, conseqüentemente, ampliar sua pesquisa para mais além dos tribunais e utilizar os métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, e ademais, aprender através de outras culturas”*. Mauro Cappelletti e Bryan Garth, Acesso à Justiça, 1ª Edição, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, pág. 13.

egoístas que infelizmente um dos envolvidos sempre ressalta, dificultando a sua composição e muitas vezes inviabilizando a continuidade do relacionamento, logo, somente pela via do diálogo e da cooperação mútua entre os envolvidos, os efeitos maléficos serão minimizados, ressaltando-se sempre o lado positivo das coisas.

A família de um modo geral passou por várias transformações no século passado e que tende a continuar nesse século, o que causa uma instabilidade natural, conduzindo, por conseguinte, há mais conflitos do que o natural, o que deve ser sempre levado em consideração, pois além das diferenças normais entre as pessoas que se relacionam; casal; pais e filhos; irmãos; etc., essa insegurança quanto aos papéis de cada membro familiar gera discussões que outrora inexistia, justamente porque antes, a certeza das funções e até mesmo a posição hierárquica, com o pai sendo o chefe da família, propiciava um controle mais rígido do conflito.³⁹

Por outro lado, ainda existe uma complicação em razão da crescente violência doméstica que muitos dos conflitos familiares desembocam, principalmente contra as mulheres, crianças e idosos, em que pese as recentes legislações protetivas dessas pessoas, contudo, infelizmente parece que o ser humano não consegue mais resolver seus problemas com conversa e calma, havendo uma perturbação natural que também origina e incrementa esses conflitos, dificultando, desta feita, a solução dos mesmos não só pela via jurisdicional e infelizmente até mesmo pela consensual, contudo, esta tem maiores chances de obter a almejada satisfação social.

Neste tocante, é imperioso que se registre as ponderações de Lilia Maia e Mônica Carvalho, em livro já bastante citado e na qual se debruçou especificadamente sobre o tema:

³⁹ “Como já salientado, hoje não mais existe apenas o modelo patriarcal de família. Na verdade, coexistem diversas formas, que são marcadas pelos traços de igualdade, individualidade e afetividade. As famílias enfrentam um processo de instabilidade, uma vez que as mudanças ainda não foram assimiladas por toda a sociedade. Homens, mulheres, idosos, crianças e adolescentes ainda não conseguem administrar as diferenças que estão surgindo em meio a essas “famílias eudemonistas”. Como não mais existem papéis pré-estabelecidos, verifica-se a necessidade de constantes negociações no seio familiar”. Lilia Maia de Moraes Sales e Mônica Carvalho Vasconcelos, *Mediação Familiar: Um estudo histórico-social das relações de conflitos nas famílias contemporâneas*, 1ª Edição, Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora Ltda, 2006, pág. 116.

*“O relato dos índices de violência doméstica cresceram consideravelmente nos últimos anos, devido aos mais variados fatores: desemprego, falta de diálogo, adultério, alcoolismo etc. A violência doméstica constitui o abuso físico, emocional, sexual ou mental de uma pessoa por outra, com quem teve ou tem um relacionamento íntimo; familiar. Pode acontecer com qualquer indivíduo, independente da sua idade, classe social, raça, capacidade ou estilo de vida... Nas relações familiares, a violência muitas vezes é caracterizada pela agressividade como um meio de defesa. Quando se sentem ameaçados, os integrantes da família não argumentam ordenadamente para defender seus propósitos, assumindo uma conduta agressiva, violenta. Além dos agravos para a saúde física e mental, a convivência cotidiana vai minando o desenvolvimento dos indivíduos, os quais vivem com medo, camuflando a situação de violência de que são vítimas”.*⁴⁰

Nesse viés, percebe-se, também, que a ausência de comunicação ordinária nas relações familiares faz com que os conflitos, ao surgirem, sejam intensificados e quase sempre sucumbindo à violência, ficando a situação muito difícil e às vezes insustentável para a continuidade de qualquer tipo de relacionamento, quiçá a efetivação de um acordo, sendo cristalino que o Estado-Juiz não é um “salvador da pátria”, que ao decidir encontrará uma solução que restabeleça a paz social.

Desta forma, com essa percepção de que é muito difícil, nos conflitos familiares - quer instados à violência ou não - o pronto retorno à paz social pela via impositiva da jurisdição⁴¹, o estímulo à conversação, com a

⁴⁰ Idem, págs. 118/119.

⁴¹ Interessante abordagem sobre a impossibilidade de a jurisdição conseguir resolver efetivamente os conflitos familiares foi feita por Fernando Horta, em livro já citado, na qual o mesmo conclui nesse sentido, após estudo em sala de aula, com vários estudiosos do direito, que atestaram a eficácia da mediação nesses conflitos. São suas as seguintes digressões: “Guarda dos filhos – a resposta jurisdicional à controvérsia tende a seguir parâmetros pré-estabelecidos de conduta do pai ou da mãe, aplicando cegamente a este ou àquele princípios pautados pela moral e pelo comportamento social. Tal determinação pode ser nefasta para a criança ou desatender à sua expectativa, ou

manutenção do diálogo constante, parece ser a solução para se minimizar os efeitos maléficos do término de um relacionamento ou até mesmo nas crises familiares cotidianas, que a par dessa prevenção, quando surgir o inevitável, qual seja o conflito, esse será bem compreendido e maturado a ponto de se fortalecer o próprio relacionamento.

Essa visão pode numa análise perfunctória conduzir ao raciocínio de enfraquecimento da jurisdição, contudo, não é dessa maneira que deve se enfrentar a situação, pois é cediço, conforme sobejamente demonstrado, que a pacificação social, via prestação jurisdicional, por suas próprias características, tem grande dificuldade de materialização e em especial nos conflitos familiares, em que os sentimentos e emoções se afluam com mais veemência.⁴²

Nesse contexto é que se defende a viabilidade técnica da mediação nos conflitos familiares, justamente porque o diálogo é um elemento muito forte e que deve existir durante o próprio relacionamento e com mais intensidade no conflito, daí a constatação atual que infelizmente na Justiça esse fator não vem sendo privilegiado, nem sequer formalmente e muito menos na essência.

A jurisdição consensual ora defendida vem sendo implicitamente realizada por advogados nas questões familiares quando o mesmo, após

deixar a descoberto suas reais necessidades. Na mediação são exatamente estas necessidades que pautarão o acordo sobre a guarda, levando os pais a se entenderem, visando ao maior conforto físico e espiritual de seus filhos. Nesse sentido, a mediação conduz a um questionamento principal: quais as necessidades das crianças? E à indagação seguinte: qual a melhor maneira de atender a essas necessidades? O procedimento da mediação, cuidará, então, para resolver a questão da guarda dos filhos: que futuros planos de paternidade podem vocês entabular, de forma a continuar o trabalho de educação e amor com seus filhos? Fernando Horta Tavares, Mediação & Conciliação, 1ª Edição, Editora Mandamentos, 2002, pág. 72. A continuidade de suas reflexões no mesmo diapasão se referem à eficácia social com relação também à pensão para os filhos, pensão do ex-cônjuge e divisão de bens, abarcando enfim quase todos os conflitos familiares, pelo menos os mais comuns atritos.

⁴² *“A decisão imposta, fruto da análise do arcabouço legal vis-à-vis à verdade formal que se apresenta nos autos, acaba, no mais das vezes, gerando um resultado semelhante àquele que, nas negociações, é conhecido por “barganhas baseadas nas posições”, levando a uma partilha de perdas e ganhos entre os litigantes (mesmo a vitória total terá consumido tempo, dinheiro e energias, sendo provável que ainda haverá resistência na fase de execução). A decisão obtida com a mediação judicial tem mais probabilidade de conseguir resultado eficiente com a chamada barganha de interesses, obtendo “soluções integrativas que satisfaçam o maior número possível das necessidades de ambas as partes” João Baptista de Mello e Souza Neto, Mediação em Juízo Abordagem prática para obtenção de um acordo justo, 1ª Edição, Editora Atlas, 2000, pág. 53.*

contato inicial, com o seu cliente, chama o outro lado ao seu escritório e ali, após conversação, acabam chegando a um bom termo, que posteriormente segue para homologação do juízo.

Nessa situação, realiza-se uma mediação se porventura o causídico não formula diretamente qualquer proposta, o que, na maioria das vezes, acontece pelo menos nos conflitos familiares.⁴³

Esta situação é tão interessante, que o legislador recentemente, através da Lei 11.447/06, expressamente retirou da competência dos Juízes, a análise de pleitos consensuais quanto à separação, divórcios, inventários e partilhas, acertadamente passando essa atuação para a esfera dos Cartórios, que agora podem formalizar esses desejos de por fim à sociedade conjugal, ao matrimônio e a transferência de bens, se porventura já houver consenso dos próprios interessados, ou seja, quando os mesmos apagam, por si sós, as arestas, evitando, por conseguinte, a necessidade da intervenção judicial, ganhando tempo⁴⁴ e desafogando o Judiciário.

A par dessas reflexões, vê-se, de forma cristalina que hodiernamente existe um movimento de implementação de uma Justiça que busque, na medida do possível, o consenso, o diálogo, a responsabilidade dos interessados, a harmonia e principalmente a continuidade do relacionamento, pois quando essa solução advém das partes, tais elementos se apresentam de forma evidente, o que infelizmente não ocorre no procedimento tradicional de jurisdição, que sequer, como já dito, prioriza na prática a oralidade.

⁴³ Fernando Horta em estudo já referido chama a atenção para tal fato, acrescentando que tal função também é exercida pelo Ministério Público: “*Na realidade, revelou-se no citado trabalho, embora sem se observar adequadamente seus princípios, a mediação já é manejada cotidianamente pelos advogados em seus escritórios, e pelos Promotores de Justiça, quando atuam nos litígios de família. Dessas mediações, geralmente derivam as petições de acordo de separação consensual, nada impedindo que da mesma forma se operem as modificações de cláusula da separação, ou de guarda dos filhos, majoração ou minoração de pensão etc., tudo isso gerando tão-somente a celebração de novo acordo (ou aditivo a outro) e transformando-se em nova obrigação*”. Fernando Horta Tavares, *Mediação & Conciliação*, 1ª Edição, Editora Mandamentos, 2002, pág. 71.

⁴⁴ “*Pois tudo toma tempo e o tempo é inimigo da efetividade da função pacificadora. A permanência de situações indefinidas constitui, como já foi dito, fator de angústia e infelicidade pessoal. O ideal seria a pronta solução, tão logo apresentados ao juiz. Mas como isso não é possível, eis a demora na solução dos conflitos como causa enfraquecimento do sistema*” Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pelegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, 20ª Edição, Editora Malheiros, 2004, pág. 26.

Existem diversos Tribunais⁴⁵ que regulamentaram expressamente a mediação em conflitos familiares, justamente porque vislumbraram a ineficácia do Estado-Juiz, ou melhor, a impossibilidade real de que esses agentes consigam, por exemplo, descobrir quem deu causa a dissolução da sociedade ou o cúmulo de poderem afirmar que a continuidade do relacionamento se impõe como a solução para o problema.⁴⁶

Todas essas situações apontadas como óbices para que a jurisdição tradicional tenha êxito nos conflitos familiares, justificaram sobremaneira que os próprios Juízes possam promover a mediação nesses casos, pois como já asseverado, não há qualquer incompatibilidade, pelo contrário, as circunstâncias e características desses conflitos propiciam a sua resolução por obra e responsabilidade das próprias partes, que se sentirão mais capazes nos futuros problemas, dando-lhes a autoestima porventura perdida no decorrer da relação.

Mais uma vez, é oportuno que se transcrevam as lições das professoras Lília Maia e Mônica Carvalho, atinentes à total adequação da mediação, inclusive realizada pelos Juízes, nos conflitos familiares:

“É nas questões de família que a mediação encontra sua mais adequada aplicação. Há muito, as tensas relações familiares careciam de recursos adequados, para situações de conflito, distintos da negociação direta, da terapia e da resolução judicial. A mediação vem-se destacando como uma eficiente técnica que valoriza a co-participação e a co-autoria. Como já

⁴⁵ Cita-se como exemplo o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que expressamente regulamentou a questão da mediação por resolução.

⁴⁶ Por muitas vezes os Juízes se deparam com a seguinte situação: o marido ou a esposa pedem ao magistrado que o outro seja obrigado a voltar o relacionamento ou coisa parecida, o que como se sabe é impossível, não só pelo fato de que não se pode obrigar a duas pessoas ficarem juntas, bem como pela inexistência de fatores objetivos que apontem para a certeza de que essa é a melhor decisão. Nesse tocante, parece que também é impossível se imaginar que um terceiro, que não conhece as partes e muitos menos as suas intimidades, os seus conflitos internos, as suas dificuldades de relacionamento, as diferenças, etc. possa dizer quem é o culpado da separação e a partir daí determinar várias providências. Esse simples raciocínio já é suficiente para apontar que nesses conflitos, somente os próprios envolvidos podem encontrar a melhor solução para os seus problemas, visto por mais competentes que sejam os advogados, não conseguirão exprimir em suas petições todos os valores envolvidos naquele conflito, muito menos os Juízes terão elementos objetivos para aferir com exatidão em suas sentenças todas as problemáticas.

analisado, a mediação consiste em um método eficaz de composição de conflitos, em que um terceiro capacitado e imparcial, denominado mediador, auxilia as partes na consecução de um acordo mutuamente satisfatório, melhorando o diálogo e a comunicação entre as mesmas. A pacificação social e a prevenção são objetivos da mediação. Na verdade, por sua grande aplicação nas questões familiares, esse procedimento constitui um importante instrumento de combate à violência doméstica... A mediação introduz a cultura do diálogo, ressaltando a importância da comunicação. Na mediação não existem adversários, as partes devem buscar a solução do problema de forma pacífica, construindo conjuntamente uma solução satisfatória”.⁴⁷

Não há como se fugir dessa realidade, pois a mediação judicial nos conflitos familiares, já foi inclusive privilegiada - pelo projeto de lei que tramita no Congresso Nacional, tratando da mediação prévia e incidental – com a previsão de que o Juiz deverá contar com um co-mediador, que poderá ser um psicólogo, psiquiatra, terapeuta ou assistente social, dependendo do caso em específico, para auxiliar nesse processo de estímulo às partes na criação da melhor solução.⁴⁸

Em se tratando especificamente dos casos mais comuns de conflitos familiares, quais sejam os divórcios e separações judiciais, a mediação se amolda como uma luva, visto que nessas situações as partes estão emocionalmente abaladas e as angústias e decepções do relacionamento se apresentam bem evidentes, sendo necessária a intervenção de uma pessoa, preparada tecnicamente, que propicie o restabelecimento da comunicação, na maioria das vezes, já se encontra interrompida, através de um diálogo, em

⁴⁷ Lília Maia de Moraes Sales e Mônica Carvalho Vasconcelos, *Mediação Familiar: Um estudo histórico-social das relações de conflitos nas famílias contemporâneas*, 1ª Edição, Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora Ltda, 2006, págs.122/123.

⁴⁸ Nesse sentido também há previsão do projeto Movimento pela Conciliação, do Conselho Nacional de Justiça, que orienta os Tribunais a se estruturarem para inserirem tanto previamente como já no curso do processo todos os meios consensuais de solução dos conflitos, inclusive a mediação”.

pé de igualdade, com o uso da boa-fé e pensamento firme na manutenção do relacionamento, principalmente se houver filhos, que não podem ser prejudicados nessa ruptura, logo, o acordo prioriza tais valores.⁴⁹

Além do mais, é de se frisar que a jurisdição tradicional procura quase sempre um culpado pelo rompimento da sociedade conjugal, quando a realidade demonstra que é quase impossível se imputar a somente um dos cônjuges a culpa, já que na essência todo relacionamento é difícil, por si só, em razão das diferenças de comportamento e a falta de compreensão.

Destarte, como na mediação, o diálogo é a sua força motriz, os envolvidos passam a perceber que o mais importante não está no que ocorreu e sim no presente e futuro do relacionamento, que apesar de não ser o escopo necessariamente a continuidade da relação amorosa, no mínimo, deve se buscar a amizade, visto que quando existem filhos, a ruptura total é inaceitável.

Dentro dessas peculiaridades dos conflitos familiares, principalmente os que envolvem diretamente o casal e a possível separação de fato, quando já não presente tal fato, a mediação consegue adentrar no âmago dos problemas, priorizando o presente e futuro, mostrando às partes que o acordo obtido pelos mesmos, responsabiliza-os de uma forma mais intensa para o constante cumprimento do acordado.

Por outro lado, propicia que o respeito prevaleça acima de tudo, já que um dia, os mediados estiveram juntos e formaram uma família, por conseguinte, podem manter, pelo menos, uma relação amistosa que deixe de lado o que aconteceu e passe a tratar o problema não como uma coisa ruim,

⁴⁹ “Em muitos casos, é intenso o sofrimento de um casal que decide pelo rompimento, havendo filhos ou não. Durante este processo, geralmente a sensação de fracasso vem acompanhada de depressão, ódio, angústia, sentimento de traição, humilhação, além das dificuldades financeiras, decorrentes da repartição de rendas e despesas. Haim Grunspun aponta as fases de desconstrução da família: I-Desilusão de uma das partes, II-A manifestação de insatisfações, III-A decisão de se divorciar, IV-Agindo na decisão, V-Aceitação crescente. Desse modo, o sofrimento inicia-se com a desilusão. Insatisfeitos com a relação conjugal, os esposos trocam ameaças de separação e de divórcio, demonstrando sua insatisfação. Geralmente, percebe-se a existência de ressentimentos que foram acumulados ao longo da convivência, que se exprimem por sentimentos como: amor, culpa, ansiedade etc. Uma vez decididos a tornar concreta a separação, os cônjuges vivenciam uma nova realidade permeada por tensão e angústia. Em um primeiro instante, é normal que um dos cônjuges ou ambos enfrentem um momento de negação, recusando-se a aceitar a separação, afirmando que se trata apenas de uma situação passageira”. Lília Maia de Moraes Sales e Mônica Carvalho Vasconcelos, *Mediação Familiar: Um estudo histórico-social das relações de conflitos nas famílias contemporâneas*, 1ª Edição, Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora Ltda, 2006, pág.125.

mas na realidade uma inevitabilidade do destino, que não necessariamente traz somente efeitos maléficos.

Essa percepção pode facilmente ser obtida através das sessões de mediação, pois nesta, o comprometimento é transferido para os próprios envolvidos, com tão-somente a intermediação de uma pessoa que não se encontra emocionada, logo, a solução é descurada das picuinhas infelizmente existentes quando do rompimento, já que o desabafo em conjunto alivia em muito toda essa carga emocional e quando esses sentimentos são deslocados, e a primazia passa a ser outra, o acordo é uma questão quase que automática, eis que os mesmos percebem claramente que um terceiro não vai ter condições de decidir por eles.⁵⁰

Nesse diapasão, a mediação familiar é com certeza a melhor forma de se compor os conflitos surgidos de qualquer tipo de relação familiar, justamente porque, ao considerar todas as situações emocionais, as diferenças existentes entre os envolvidos, conseguem estimular naturalmente o acordo.

Destarte, o que o mediador familiar deve fazer, principalmente se for o Juiz, é compreender essas peculiaridades e a partir delas, de modo imparcial e sem expressar qualquer emoção, conduzir todo esse processo serenamente, até que os próprios envolvidos encontrem a melhor solução para o seu conflito em específico.

7. CONCLUSÕES

A principal função da atividade jurisdicional é, sem sombra de dúvidas, a pacificação social e infelizmente esta não vem sendo alcançada pelas vias tradicionais, logo, se faz necessária a utilização de meios alternativos e os

⁵⁰ “A mediação oferece ao casal separado uma oportunidade de reorganização das suas relações parentais de modo pacífico. A partir da escuta da realidade e dos anseios do outro, verifica-se a possibilidade de restauração da confiança rompida. Nessa reorganização, o procedimento busca ressaltar a importância da co-parentalidade, demonstrando a necessidade dos filhos de manter a ligação com seus pais. Nesse enfoque, a mediação melhora o relacionamento entre o casal rompido e, conseqüentemente, facilita a convivência dos filhos... Note-se que a mediação familiar facilita a manutenção dessas relações continuadas, propondo uma verdadeira mudança de paradigma. Esse processo incentiva as partes a observarem positivamente os conflitos, entendendo-os como fatos naturais. A partir destas transformações, os parentes passam a conviver melhor, evitando novas contendas”. Lília Maia de Moraes Sales e Mônica Carvalho Vasconcelos, *Mediação Familiar: Um estudo histórico-social das relações de conflitos nas famílias contemporâneas*, 1ª Edição, Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora Ltda, 2006, págs. 129/130.

mais democráticos possíveis, para solução dos conflitos, visto que os mesmos possuem características que se afinam com a satisfação social, principalmente pela efetiva participação dos próprios interessados.

Afora o fator de eficácia social do acordado pelas partes, as formas de auto-composição também prestigiam a questão da celeridade e até mesmo efetividade, bem como, quando os acordos são realizados, evita-se perda de tempo e economiza-se financeiramente, daí porque, esses fatores devem ser levados em consideração pelo Juiz a fim de que passem a utilizar tais meios, sem que haja qualquer demérito à atividade jurisdicional propriamente dita.

A conciliação e a mediação não podem ser compreendidas como institutos que irão excluir a atividade jurisdicional, pois na realidade, elas são complementares, contudo, são mais eficazes em relação à satisfação social dos contendores, escopo maior do Direito e na qual há algum tempo a jurisdição vem esquecendo pela supervalorização do processo.

Na conciliação, o Juiz tem uma participação mais intensa em relação ao resultado, pois pode propor soluções que serão aceitas pelas partes. Já na mediação, a sua participação é mais intensa no procedimento, visto que a sua condução neutra e imparcial, estimula o surgimento da solução e é preponderante, todavia, nesse caso, não pode propor a resolução, esta é alcançada naturalmente pelas partes, através do diálogo e cooperação mútua, desconstruindo a idéia de litígio.

A mediação, por sua vez, tem a vantagem de não só se preocupar em resolver o litígio em específico, mas sim permitir, dentro da realidade de cada caso concreto, a continuidade do relacionamento, logo, sua aplicação é mais eficaz nos conflitos que envolvem sentimentos e valores, aos quais infelizmente tendem a esconder os conflitos reais e que a Justiça tradicional, atualmente, só vem resolvendo os aparentes.

Tanto a conciliação quanto a mediação se preocupam com a capacidade de deliberação dos conflituosos, desfazendo aquela concepção de que somente a decisão imposta por um terceiro pode solucionar o problema, bem como evidencia, de forma intensa, a responsabilidade dos mesmos, o que propicia automaticamente uma maior satisfação social, já que a solução foi aceita e às vezes até encontrada pelos mesmos.

As técnicas de conciliação e mediação devem ser utilizadas pelo Magistrado com frequência, a par dos princípios que as informam,

prestigiando sempre a necessidade de que as partes estejam de boa-fé e na medida do possível, em igualdade, de modo que a avença seja um resultado das conversações.

Os Juízes devem, portanto, se capacitar tecnicamente e da mesma forma que na entrega da prestação jurisdicional, não podem expressar qualquer tipo de emoção, que possa causar desconfiança das partes em relação ao seu único desejo de obter a satisfação social via consenso, estimulando sempre a comunicação dos envolvidos.

Na realidade, faz-se necessário uma mudança de paradigma na atuação judicial, de modo que a conscientização das partes quanto à eficácia social do acordo, seja precedida da do Juiz nesse mesmo sentido, para tanto, as amarras da tutela jurisdicional não podem se imiscuir nessa jurisdição consensual.

Como toda atividade, essa também possui limites, tanto os formais quanto materiais, logo, nem todos os objetos dos conflitos podem ser solucionados via acordo, como por exemplo, a maioria dos delitos penais e alguns casos de direito indisponíveis, bem assim as partes e o Juiz devem possuir as condições indispensáveis para que a solução amigável seja encontrada.

Os conflitos familiares têm peculiaridades que se amoldam como uma luva para serem solucionados via mediação, eis que o diálogo e a cooperação mútua são valorizados, de modo a permitir que os diretamente interessados sejam senhores da decisão, prestigiando, por excelência a continuidade do relacionamento.

Os casos de separação e divórcio quase sempre escondem os conflitos reais, já que as partes se apresentam com convicções já postas, dificultando sobremaneira a atuação judicial, todavia, como esse obstáculo já é conhecido, pela experiência, a conversa franca e aberta entre os envolvidos, com a participação do mediador facilitará o acordo, que necessariamente deve primar pela manutenção, pelos menos, de uma relação de respeito, principalmente quando o casal tem filhos.

O Juiz não pode em nenhum momento, dessa atividade consensual, agir como Juiz propriamente dito, já que quando assim proceder, coloca em risco a feitura do acordo, desacreditando a própria Justiça quanto à sua função pacificadora, em especial quando se trata de conflitos familiares, que como cediço se referem às desilusões e insatisfações de pessoas diferentes que

acreditaram numa relação amorosa, o que sempre deve ser considerado.

Como os juízes não possuem os elementos necessários para decidirem com certeza de satisfação social, nos conflitos familiares principalmente, a mediação se apresenta como o meio mais eficaz nesse sentido, devendo as partes ser convencidas, desse poder próprio, já no início do procedimento, o que propiciará, no desenvolver das atividades, uma auto-estima que conduz a eficácia social do acordo.

Não há dúvida de que os meios democráticos de solução dos conflitos são bem mais eficientes do que a sentença, logo, essa divulgação deve ocorrer entre os operários do Direito como um todo, de modo que a conciliação e a mediação deixem de ser exceção para se tornarem regra geral, já que indiscutivelmente toda a razão de ser do Direito é a pacificação social com Justiça e esta inarredavelmente não vem, infelizmente, sendo realizada pelas vias tradicionais.

BIBLIOGRAFIA

AMENDOEIRA, Sérgio Jr. Poderes do Juiz e Tutela Jurisdicional. A utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da Tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva. Coleção Atlas de Processo Civil Coordenação Carlos Alberto Carmona. 1ª Edição, São Paulo: Editora Atlas, 2006.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 16ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

BONAVIDES, Paulo. A Constituição Aberta. 2ª Edição, São Paulo: Malheiros, 1994.

BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. Proporcionalidade e Processo. A Garantia Constitucional da Proporcionalidade, a Legitimação do Processo Civil e o Controle das Decisões Judiciais. Coleção Atlas de Processo Civil Coordenação Carlos Alberto Carmona. 1ª Edição, São Paulo: Editora Atlas, 2006.

CAPPELETTI, Mauro e GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. 1ª Edição, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CANOTILHO, J.J Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3ª Edição, Coimbra: Almedina, 1999.

IHERING, Rudolf Von. A luta pelo Direito. 2ª Edição, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. 1ª Edição, São Paulo: Editora RT, 2006.

ROCHA, José de Albuquerque. Teoria Geral do Processo. 7ª Edição, São Paulo: Editora Atlas, 2006.

SALES, Lília Maia de Moraes. Justiça e mediação de conflitos. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SALES, Lília Maia de Moraes. VASCONCELOS, Mônica Carvalho Mediação Familiar: Um estudo histórico-social das relações de conflitos nas famílias contemporâneas, 1ª Edição, Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora Ltda, 2006.

SANTOS, Boaventura de Souza. O discurso e o poder. Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica, 1ª Edição, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

SILVA, Virgílio Afonso da. A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares, 1ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

SOUZA NETO, João Baptista de Mello e. Mediação em juízo Abordagem prática para obtenção de um acordo justo, 1ª Edição, São Paulo: Editora Atlas, 2000.

TAVARES, Fernando Horta. Mediação & Conciliação, 1ª Edição, Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2002.

VEZZULLA, Juan Carlos. Teoria e Prática da Mediação, V Edição Comentada e Corrigida, Florianópolis: Editado pelo Instituto de Mediação e Arbitragem no Brasil, 2001.

WARAT, Luis Alberto. O ofício do Mediador Florianópolis: Habitus Editora, 2001.

À CRISE DE EFICÁCIA DO TIPO PENAL DE LAVAGEM DE DINHEIRO PROMOVIDA POR “ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS”

Katherine Bezerra Carvalho

Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Assessora Especial do Procurador-Chefe da Procuradoria da República no Rio Grande do Norte.

RESUMO: O presente estudo volta-se à análise do tipo penal previsto no art. 1º, VII, da Lei n.º 9.613/98, que institui no rol de crimes antecedentes ao crime de lavagem de dinheiro aqueles praticados por organizações criminosas, sobretudo no que tange à celeuma existente em torno de sua eficácia no ordenamento jurídico pátrio. Mediante apreciação acurada do tema, perpassando inclusive por seus aspectos históricos e análise da diversidade doutrinária e jurisprudencial a respeito do tema, este estudo busca demonstrar a plena aplicabilidade do dispositivo em tela.

PALAVRAS-CHAVE: Lavagem de dinheiro. Crime antecedente praticado por organização criminosa. Art. 1º, VII, da Lei n.º 9.613/98. Plena eficácia e aplicabilidade.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Análise evolutiva da relação entre o crime de lavagem de dinheiro e as organizações criminosas; - 3 O crime de lavagem de dinheiro e o antecedente previsto no inciso VII do art. 1º da lei n.º 9.613/98; 3.1 Características e bem jurídico protegido do crime de lavagem de dinheiro; 3.2 Os elementos do tipo previsto no art. 1º, VII, da Lei n.º 9.613/98; 3.3 Organização Criminosa: elemento do tipo ou crime antecedente?; - 4. A problemática conceituação das organizações criminosas e expressões correlatas; - 5 Análise jurisprudencial da matéria; - 6. Conclusões; - 7. Bibliografia.

1 INTRODUÇÃO

O presente ensaio tem por escopo tema da mais atual relevância, reacendido por recentes debates ocorridos no egrégio Supremo Tribunal

Federal, dos quais se detectam sinais de adoção de posicionamento diametralmente oposto aos rumos até o momento percorridos no trato da matéria adiante delineada.

Trata-se da discussão acerca do tipo penal previsto no art. 1º, inciso VII, da Lei n.º 9.613/98, que se refere à prática de lavagem de dinheiro por organizações criminosas.

A cizânia, a despeito de aparentemente cingir-se à aferição quanto à existência ou não de um conceito para a expressão “organização criminosa”, atinge pontos mais profundos, na medida em que busca estabelecer se o referenciado inciso VII do art. 1º da Lei n.º 9.613/91 faz alusão a um tipo penal autônomo de associação à organização criminosa, como crime antecedente específico ao de lavagem de dinheiro, ou, a *contrario sensu*, se representa um dos elementos do tipo que envolve determinado crime antecedente, consistente no seu cometimento por grupo criminoso organizado.

Tendo por norte a análise desse árido campo do Direito Penal Econômico e da Criminalidade Organizada, far-se-á, no decorrer deste estudo, uma breve apreciação histórica acerca da relação mantida entre os fenômenos da lavagem de dinheiro e das organizações criminosas, que será bastante útil na compreensão sociológica do tema.

Em seguida, para que se apreenda o sentido da norma invocada no presente ensaio, buscar-se-á o esclarecimento dos principais meandros jurídicos que envolvem o tipo penal em tela, sobretudo no que tange a suas características e bem jurídico protegido.

No entanto, atingir-se-á o ponto fulcral da questão submetida a exame com a análise dos elementos do tipo em cotejo, os quais, como é cediço, dividem-se em elementos objetivos e subjetivos, subdividindo-se os primeiros, ainda, em descritivos e normativos.

Somente então será possível perquirir respostas às duas grandes questões anteriormente expostas, isto é, a) a expressão “organização criminosa” é utilizada no crime previsto no art. 1º, VII, da Lei n.º 9.613/98 como crime autônomo antecedente ou seria mero elemento normativo do tipo? e b) há um conceito suficientemente apto a garantir a plena aplicabilidade do instituto em tela, ou este careceria de eficácia?

Os efeitos práticos da discussão em apreço são deveras relevantes, na medida em que, há que se reconhecer, caso se conclua que não há fonte em

nosso ordenamento para se extrair o conceito de “organização criminosa”, e, portanto, que dispositivos com o emprego dessa expressão não gozam de qualquer eficácia, simplesmente se verificaria a insubsistência de aplicação de relevantes dispositivos de combate ao crime em seus atuais moldes de formação, aí incluído o delito de lavagem de dinheiro praticado por agrupamentos criminosos organizados, gerando-se, assim, verdadeiro colapso em inúmeros processos penais atualmente em curso e em outros tantos com condenações já transitadas em julgado.

Nesse diapasão, visando o destrinchamento dos dogmas das principais correntes que formam as intrincadas teias do tema em proposição, recorre-se ao presente estudo como empreendimento de contribuição para sua evolução, dada a necessidade, de um lado, de se evitar um colapso no combate ao crime organizado, por eventual ineficácia de meios de persecução penal e, de outro, de se manterem hígidas as bases do nosso sistema penal garantista, que rechaça a adoção de tipos penais em branco, com conceitos abertos e indeterminados, deixados ao mero alvedrio do julgador, em afronta ao princípio da segurança jurídica, da legalidade e da taxatividade.

Derradeiramente, após todo o estudo doutrinário do assunto, buscar-se-á, ainda que superficialmente, demonstrar quais são os posicionamentos adotados pela Jurisprudência, especialmente no colendo Supremo Tribunal Federal, no egrégio Superior Tribunal de Justiça e nos cinco colendos Tribunais Regionais Federais.

2 ANÁLISE EVOLUTIVA DA RELAÇÃO ENTRE O CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO E AS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS.

Para se imiscuir eficientemente no estudo de temas tão complexos como o que ora se apresenta, não se pode olvidar de uma análise, ainda que sucinta, do seu histórico evolutivo, a fim de se permitir sua correta e situada observação, enquanto fenômeno social, cuja mutação se verifica através dos tempos.

Nesse sentido, pesquisa aprofundada do assunto permite concluir, em primeiro lugar, que o crime de lavagem de dinheiro é um fenômeno sócio-econômico bastante antigo, conforme registra o doutrinador André Luiz Callegari¹, *verbis*:

¹ CALLEGARI, André Luis. *Lavagem de Dinheiro: aspectos penais da Lei n.º 9.613/98*. 2. ed.

É certo que a lavagem de dinheiro procedente de atividades ilícitas não é um fenômeno novo. Historicamente, os criminosos sempre tentaram ocultar os frutos de suas atividades delitivas, supondo logicamente que o descobrimento de tais fundos por parte das autoridades conduziria, obviamente aos delitos que os geraram.

Contudo, somente nas décadas mais recentes é que se verificou uma mutação acentuada no quadro que envolve o fenômeno criminológico em tela, tendo adquirido dimensões estratosféricas sobretudo a partir da expansão de um outro fenômeno — o da globalização.

A partir da aproximação dos povos, viabilizada com o avanço tecnológico que permitiu a quebra de barreiras como distância e tempo, especialmente no que tange ao campo das comunicações, as relações pessoais e, conseqüentemente, os fenômenos sociais sofreram modificações outrora sequer imaginadas.

Não escaparam dessas interferências as ações criminosas que, antes mais detida ao plano individual e ao âmbito interno de regiões ou países, passou a contar com a configuração de grupos especializados de altíssima periculosidade, disseminados por todo o mundo, organizados hierarquicamente e voltados à consecução de crimes de portentoso alcance nocivo, promovedores de inimagináveis cifras de lucros com a movimentação intensa de capitais pelas mais diversas partes do globo.

O aumento dos lucros e da movimentação financeira obtida a partir dessa intensificação das atividades criminosas fez surgir, em consequência, a necessidade de incremento dos mecanismos e dos meios de disfarce dos produtos do crime.

Por efeito, verificou-se um avanço desmedido no crime de lavagem de dinheiro, em descompasso com os mecanismos de repressão e combate então existentes, que culminaram na rápida evolução de agrupamentos criminosos especializados, em detrimento de toda a sociedade.

Saliente-se, no entanto, que a criminalidade organizada não é peculiaridade da sociedade contemporânea, muito embora outrora não se

rev e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 35.

verificasse a estruturação hierarquizada e extremamente especializada das atuais organizações criminosas.

A respeito do histórico do fenômeno em tela, Luiz Regis Prado² sustenta que a criminalidade econômica

[...] deita suas raízes históricas no chamado *banditismo social* conhecido ao longo dos séculos XVIII e XIX, incidente tanto no meio rural como no ambiente urbano, cujos protagonistas eram, respectivamente, integrantes das classes do campesinato e do lumpemproletariado.

O mesmo autor, ainda debruçando-se sobre uma análise histórica do assunto, afirma que

[...] a primeira manifestação de criminalidade organizada, com o traço característico das organizações criminosas de maior importância, foi representada pelas *tríades* chinesas, que iniciaram sua atuação em 1644 e somente a partir de 1842 começaram a agir de forma mais significativa. A Yakuza japonesa, atuante no Japão Feudal do século XVIII, teve suas atividades relacionadas à exploração tanto de atividades ilícitas (prostituição, cassinos, tráfico de drogas, mulheres e armas, “chantagens corporativas”) como lícitas (casas noturnas, eventos esportivos, etc.).

A *Máfia* italiana, por seu turno, surgiu em 1812, em razão de uma medida tomada pelos príncipes para proteger a região, tendo em vista que o rei de Nápoles havia limitado seus poderes e reduzido significativamente privilégios feudais. Os chamados “homens de honra”, contratados

² PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 372.

para defender a região, constituíram associações secretas (as máfias), mediante as quais, em 1865, com o desaparecimento da realeza, ofereceram resistência contra forças invasoras na região. Após a segunda metade do século XX, passaram a se dedicar a atividades ilícitas.

[...]

No Brasil, afirma-se que a atuação do “cangaço”, grupo liderado por Virgulino Ferreira da Silva, o “Lampião”, caracterizou-se como um movimento emblemático de uma primeira expressão do crime organizado em solo brasileiro.

Posteriormente, a prática delitativa organizada desenvolveu-se com contravenções penais relacionada a jogos ilegais e o conseqüente incremento de seu poder econômico, que obteve o seu auge na década de 80, período subseqüente à edição da Lei 3.668/1941.³

De todo modo, a bem da verdade, somente nas últimas décadas é que, como afirmado anteriormente, o fenômeno da criminalidade organizada adquiriu novos contornos, através do surgimento de grandes empreendimentos criminosos, transnacionais e altamente nocivos para toda a sociedade.

Tomando-se ciência desses nefastos efeitos, em todo o mundo se observou a tentativa de criação de meios legais para a contenção do crime de lavagem de dinheiro, sobretudo quando praticado pelas referenciadas organizações criminosas.

Endossando as constatações até o momento realizadas, têm-se mais uma vez as lições do professor Luiz Regis Prado⁴, que, após fazer um apanhado dos principais diplomas internacionais no trato do crime em tela, assevera que

Impulsionada a partir das citadas diretivas internacionais, a tendência à repressão da lavagem

³ *Idem.*

⁴ *Idem*, pp. 347-348.

de dinheiro, no contexto da criminalidade organizada, ocupa na atualidade o centro das preocupações de Estados e de organismos internacionais.

A principal causa do espetacular desenvolvimento dessa espécie criminosa vem a ser o processo de globalização ou internacionalização da economia (dinheiro, mercadorias e capitais), ao lado do progresso vertiginoso da informática e da comunicação.

[...] a internacionalização do setor financeiro não só trouxe as vantagens de celeridade e de segurança nas transações internacionais, mas também infelizmente aperfeiçoou as modalidades e a expansão da lavagem de dinheiro. Aparece como fenômeno emergente e típico da sociedade pós-industrial, onde se evidencia uma espécie peculiar de criminalidade organizada, de cunho transnacional e multiforme – delinquência transnacional, econômica e organizada -, na qual se insere o delito de lavagem de capitais.⁵

Pois bem. Conforme se pode depreender, o crime de lavagem de dinheiro surge no cenário atual em intrínseca relação com a atividade de organizações criminosas, na medida em que a macro-criminalidade demanda esforços no sentido de garantir a lucratividade dos seus negócios ilícitos, sob pena de não haver fomento para continuidade da própria atividade em si, verificando-se, nesse ponto, extrema aproximação com o modelo empresarial capitalista.

Observados os contornos sociológicos que envolvem o tema em apreço, tem-se, de outro lado, o plano dos diplomas repressivos relativos tanto ao crime de lavagem de dinheiro quanto ao combate e repressão das organizações criminosas.

No que tange ao crime de lavagem de dinheiro, tem-se que os principais instrumentos jurídico-internacionais são a Convenção das Nações Unidas

⁵ *Idem*, p. 348.

Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena), de 19 de dezembro de 1988, no seu art. 3; a Convenção do Conselho da Europa (Convenção de Strasbourg), de 8 de novembro de 1990, no seu art. 6, e a Diretiva n. 91/308 do Conselho da Comunidade Europeia, de 10 de junho de 1991, em seu art. 2.

No Brasil, o primeiro diploma normativo que veio tratar especificamente acerca do delito de lavagem de bens, direitos e valores foi a Lei n.º 9.613/98⁶, que também foi responsável pela criação do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), sendo atualmente um dos mais importantes órgãos de controle, destinado a disciplinar, aplicar sanções administrativas, receber, examinar e identificar ocorrências sob suspeita de envolvimento com as atividades ilícitas tratadas nessa lei.

No que tange ao tratamento legal das organizações criminosas, no plano jurídico-internacional, temos em destaque, mais uma vez, a Convenção de Viena de 1988; a Convenção de Strasbourg de 1990, a Diretiva n. 91/3008 de 1991, a Convenção de Palermo (Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional), a Convenção Interamericana contra a Fabricação e o Tráfico Ilícitos de Armas de Fogo, Munições, Explosivos e outros Materiais Correlatos (CIFTA), a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, dentre outras.

A lei brasileira, por sua vez, menciona as organizações criminosas em três principais diplomas, são eles, a saber, a Lei n.º 9.034/95 (dispondo sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas), a Lei n.º 10.792/2003 (alterou a Lei de Execução Penal e instituiu a sujeição ao regime disciplinar diferenciado ao preso suspeito de envolvimento com organizações criminosas) e a Lei n.º 9.613/98 (lei de lavagem de dinheiro que prevê como crime antecedente aquele praticado por organizações criminosas). Mais recentemente, a Lei Complementar n.º 135/2010 inseriu no rol da alínea “e” do inciso I do art. 1º da Lei Complementar n.º 64/90, a condenação pela prática de crime praticado por organização criminosa, como condição apta a configurar hipótese de inelegibilidade.

⁶ Encontra-se em fase de tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei n.º 209/2003, que altera a Lei n.º 9.613/98. Disponível em: http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=105159. Acesso em: 02.11.2010.

Contudo, é preciso destacar, desde já, que não há qualquer diploma em nosso ordenamento que tenha cuidado de tipificar a formação ou participação em organização criminosa como crime autônomo, a despeito do Brasil, enquanto signatário da Convenção de Palermo, tenha se comprometido a tanto, desde 12/03/2004, com a edição do Decreto n.º 5.015, quando surgiu “a obrigação jurídica internacional de o legislador pátrio, nas proposições legislativas, observar os traços delineadores do que seja crime organizado” (GOMES, 2009, p. 19).

Nesse diapasão, pode-se concluir que, no que se refere ao trato legal da matéria em apreço, somente a partir do final da década de 1980 é que se verificou uma iniciativa internacional voltada à reflexão e à propositura de soluções, sendo que apenas a partir do início dos anos 90 é que o Brasil deu sinais de avanço no sentido de reprimir e combater o crime organizado e a lavagem de dinheiro, sem olvidar de um tratamento interdisciplinar desses fenômenos, sobretudo com a edição da Lei n.º 9.613/98.

Com efeito, realizado um apanhado histórico, bem como uma análise fenomenológico-social, ainda que breve, do tema, é possível avançar às próximas fases do estudo, iniciando-se por a apreciação do tipo penal inserto no art. 1º, VII, da Lei n.º 9.613/98.

3 O CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO E O ANTECEDENTE PREVISTO NO INCISO VII DO ART. 1º DA LEI N.º 9.613/98.

3.1 CARACTERÍSTICAS E BEM JURÍDICO PROTEGIDO DO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO.

De todas as características citadas pela doutrina, destacam-se como as mais relevantes, por muito bem extraírem a essência do delito em tela, especialmente quando sua prática se encontra associada a organizações criminosas, aquelas mencionadas por André Luís Callegari⁷. São elas: a) internacionalização das atividades de lavagem; b) profissionalização do trabalho; c) vocação de permanência; d) complexidade ou variedade dos métodos empregados; e) volume do fenômeno; e f) conexão entre redes criminais.

⁷ CALLEGARI, André Luis. *Lavagem de Dinheiro: aspectos penais da Lei n.º 9.613/98*. 2. ed. rev e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. pp. 37-43.

No que tange à internacionalização das atividades, trata-se, em síntese, de uma tendência do crime de lavagem de dinheiro de não se limitar às barreiras territoriais dos países, que são constantemente ultrapassadas pelos criminosos, gerando, conseqüentemente, uma continuada mudança de jurisdição e soberania sobre os bens e direitos de origem ilícita submetido à itinerância, procedimento que é empregado como forma de dificultar o rastreamento desses bens, facilitando sobremaneira a efetividade de sua ocultação.

Já a característica da profissionalização do trabalho, é intuitivo concluir, cuida do aspecto da acentuada especialização dos mecanismos comumente empregados na lavagem de dinheiro, que conta, costumeiramente, com uma organização bem estruturada e hierarquizada de verdadeiros profissionais do crime, unidos pelo propósito de “minimizar os riscos da persecução penal e maximizar as oportunidades” (CALLEGARI, 2008, p. 39).

A seu turno, a vocação de permanência é característica atribuída pela doutrina ao crime de lavagem de dinheiro, tendo em vista que sua análise e observação apontam para uma faceta diferenciada em relação aos crimes das demais espécies que, normalmente, esgotam-se em si mesmos, tão logo atingidos seus propósitos, ao contrário da infração criminal em tela, que “é despojada desta autonomia para passar a ser um elemento a mais de um programa preestabelecido que se prolonga indefinidamente no tempo” (CALLEGARI, 2008, pp. 39-40).

Em ligação umbilical com as características anteriormente destacadas, aliás, vale registrar que todas elas encontram-se intrinsecamente relacionadas, tem-se a complexidade ou variedade dos métodos empregados, justificada, segundo a doutrina, pela necessidade de constante renovação dos mecanismos de lavagem de dinheiro, tendo em vista o desenvolvimento de medidas repressivas que os tornam obsoletos cada vez mais rapidamente com o avanço das técnicas de investigação e persecução penal.

No que tange à penúltima característica, respeitante ao volume do fenômeno, seu significado é bem extraído por André Luis Callegari⁸, de quem novamente emprestamos melhores explicações, *verbis*:

⁸ *Idem*, p. 41.

Para um setor doutrinal, o volume de capitais de origem delitiva que é objeto da lavagem é uma das características deste delito. Assim, o que interessa é que a magnitude do fenômeno é tão grande que se converteu, por si só, numa característica essencial do mesmo, levando este setor a afirmar que já não tem conotações quantitativas, senão qualitativas.

É evidente que a disseminação do fenômeno do crime organizado modificou significativamente as bases de algumas espécies penais, dentre elas, com destaque, o crime de lavagem de dinheiro, o qual absorveu essa característica da macro-criminalidade, sendo atualmente identificado como delito responsável pela movimentação de quantidades inimagináveis de dinheiro entre um número muitas vezes indeterminado de agentes integrantes de portentosas organizações criminosas.

Chega-se, assim, à última característica assinalada, qual seja, a conexão entre redes criminais. Tal aspecto do crime de lavagem de dinheiro denota a tendência das modernas estruturas criminais não agirem isoladamente, mas em mútua colaboração, tanto em função da especialização dos ramos de atuação, quanto em razão da maior garantia de eficiência que se consegue impingir ao sistema de lavagem com a “terceirização” de determinadas fases.

A especialização diz respeito à profissionalização de determinados grupos no cometimento de uma área específica do crime, como o tráfico de entorpecentes, de armas, de pessoas, contra a administração, contra o sistema financeiro, dentre inúmeros outros.

A “terceirização” anteriormente mencionada, por sua vez, representa a necessidade que possuem alguns grupos criminosos, especializados em determinada área do crime, de estabelecerem conexões com outras organizações na fase de lavagem do dinheiro, com as quais convencionam a realização de todo o processo ou de apenas uma de suas fases ou métodos, formando-se, assim, poderosa rede criminosa, com estrutura de verdadeira *holding*, de elevado potencial lesivo para a sociedade.

Delineadas as principais características que contornam o instituto do crime de lavagem de dinheiro, para arrematar o tópico corrente, chega-se à análise do bem jurídico protegido pelo crime de lavagem de dinheiro, tema

que revolve uma das mais acaloradas discussões entre os doutrinadores que se lançam no estudo do assunto em tela.

O bem jurídico protegido representa o limite que se impõe ao legislador na sua tarefa de eleger condutas típicas, na medida em que se encontra limitado a determinados valores ou princípios de maior relevância em um Estado Democrático de Direito para estabelecer que a sua lesão ou ameaça de lesão comportará uma conduta penalmente relevante.

Nesse diapasão, surgem na doutrina duas correntes a respeito da teoria do bem jurídico, uma de acordo com a qual o conteúdo do bem jurídico se extrairia de tendências sociais ou sociológicas — denominada, por isso, de corrente sociológica — e outra, a *contrario sensu*, segundo a qual “a fundamentação do bem jurídico é constitucional” (CALLEGARI, 2008, pág. 81) — portanto, denominada de corrente constitucionalista.

A despeito da propriedade de alguns defensores da corrente sociológica, demonstra-se mais consentânea com os contornos do moderno direito penal, a corrente constitucionalista, tendo em vista que, de fato, o *jus puniendi* encontra-se subjugado a um conjunto de princípios eleitos pela Constituição como mais relevantes e absolutamente protegidos contra qualquer espécie de lesão ou ameaça.

No ponto, CALLEGARI, citando ROXIN, afirma que “a derivação do bem jurídico decorre da Constituição” (2008, pág. 81) e explica tal assertiva, parafraseando esse insigne jurista, ao aduzir que

O ponto de partida correto consiste em reconhecer que a única restrição previamente dada para o legislador se encontra nos princípios da Constituição. Portanto, um conceito de bem jurídico vinculante político-criminalmente só pode derivar dos encargos plasmados na Lei Fundamental do Estado de Direito, baseado na liberdade do indivíduo, através dos quais se marcam seus limites à potestade punitiva do Estado.

Com base nessas premissas, podemos buscar qual ou quais seriam os bens jurídicos alvo de proteção pelas normas incriminadoras do crime de lavagem de dinheiro.

Sem dúvida, são inúmeras as correntes que permeiam o tema em apreço, havendo, contudo, certa predominância daquelas que citam a ordem socioeconômica e a administração da justiça como os bens protegidos pela norma em tela.

Exemplificativamente, ao lado da cota que defende a administração da justiça como bem protegido, figura Rodolfo Tigre Maia⁹, que admite a ordem econômica como bem apenas reflexamente e nem sempre violado.

Já pendendo para a segunda corrente citada, destaca-se Luiz Regis Prado. Esse, ao fundamentar seu entendimento, sustenta que

Acolhe-se esta última posição, vale dizer, o bem jurídico protegido – de caráter transindividual – vem a ser a ordem econômico-financeira, o sistema econômico e suas instituições ou a ordem socioeconômica em seu conjunto (bem jurídico *categorial*), em especial a licitude do ciclo ou tráfego econômico-financeiro (estabilidade, regularidade e credibilidade do mercado econômico), que propicia a circulação e a concorrência de forma livre e legal de bens, valores ou capitais (bem jurídico em *sentido técnico*).¹⁰

Identifica-se, ainda, uma corrente intermediária, que tem como partidário André Luis Callegari, segundo a qual o bem jurídico protegido não seria diretamente nem a administração da Justiça — haja vista que “ninguém está obrigado a produzir prova contra si mesmo e a administração da justiça e os órgãos encarregados da persecução criminal devem ter o aparelhamento suficiente para isso”¹¹ —, nem a ordem socioeconômica — uma vez que “se trata de bem jurídico não tangível, além disso, muitas vezes a ordem econômica acaba se fortalecendo

⁹ MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de Dinheiro**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 57.

¹⁰ PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 354.

¹¹ CALLEGARI, André Luis. **Lavagem de Dinheiro: aspectos penais da Lei n.º 9.613/98**. 2. ed. rev e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 86.

com os delitos de lavagem de dinheiro porque os valores incorporados fomentam a economia”¹².

Para CALLEGARI, com apoio em Aránguez Sánchez, em verdade, todos os efeitos anteriormente citados são meramente colaterais, ao passo que “o interesse fundamental que deve tutelar o delito de lavagem de capitais é a leal concorrência na ordem sócio-econômica”¹³.

Com efeito, bem analisando o tema, observa-se que, a despeito das condutas consubstanciadoras do crime de lavagem de dinheiro possuírem, de fato, potencialidade para afetarem diversos bens jurídicos, destacando-se os dois até o momento citados (administração da Justiça e ordem sócio-econômica), há que se reconhecer o acerto do peculiar posicionamento do professor André Luis Callegari, assumido durante a análise do tema em apreço.

É que não pode ser negada a pertinência das críticas que são feitas às correntes tradicionalmente adotadas pela doutrina brasileira no trato do assunto. Realmente, não se pode dizer que o bem diretamente protegido pelo crime de lavagem seja a administração da Justiça, pois com essa corrente não se atinge o ponto fulcral do crime em referência, cuja autonomia restaria severamente abalada caso admitida tal assertiva. Aliás, se os argumentos levantados para defender tal corrente fossem realmente acertados, o crime de receptação, que, em última análise, também se presta a impedir o descobrimento do autor do delito antecedente, deveria estar inserto no rol dos crimes contra a administração da Justiça, mas, como é cediço, não está.

De outro lado, também é bastante pertinente a crítica que se faz quanto à corrente que defende como bem jurídico protegido a ordem sócio-econômica, na medida em que, em primeiro lugar, trata-se de um bem cujos contornos são de elevada dificuldade de definição no caso concreto, de forma que a análise de sua lesão ou ameaça se tornaria tarefa intensamente subjetiva, o que não se admite em um Estado Democrático. Além disso, também é preciso observar que nem sempre se verifica violado tal bem jurídico, não pela dificuldade de análise anteriormente citada, mas porque muitas vezes o que ocorre é realmente o crescimento da economia local em função da movimentação de capital promovida com a lavagem, tanto é que não são

¹² *Idem*, p. 84.

¹³ *Idem*, p. 86.

poucos os países, comumente chamados de paraísos fiscais, que não se veem estimulados a combater tais crimes justamente porque boa parcela de sua economia gira em torno dos capitais oriundos da lavagem.

Destarte, quando se tem em mente que, em primeiro lugar, o crime de lavagem de dinheiro proporciona uma vantagem indevida para os criminosos no plano econômico em relação aos demais investidores que se utilizam de capital lícito, a lesão primordialmente provocada pelo crime em cotejo se dá em face da leal concorrência na ordem sócio-econômica, bem jurídico protegido constitucionalmente, com supedâneo no inciso IV do art. 170 e no §5º do art. 173.

3.2. OS ELEMENTOS DO TIPO PREVISTO NO ART. 1º, VII, DA LEI N.º 9.613/98.

Analisadas as características e o bem jurídico protegido do crime de lavagem de dinheiro, é possível observar que a atual abordagem de tal tipo penal sempre deságua no seu relacionamento com o crime organizado, não por outro motivo, a Lei n.º 9.613/98 traz no rol dos crimes antecedentes à lavagem de dinheiro, em seu inciso VII, aqueles praticados por organizações criminosas, sendo precisamente esse o tipo penal alvo de nossos estudos.

Toda essa análise do tipo penal em tela se faz relevante, pois é inegável a necessidade de sua global compreensão antes de se fazer imiscuir no ponto fulcral deste ensaio, isto é, não se entende possível a apreciação quanto à eficácia do tipo previsto no art. 1º, inciso VII, da Lei n.º 9.613/98 sem que, em primeiro lugar, tenha-se realizado uma apreensão de suas balizas norteadoras e justificadoras, âmbito onde se insere também o tema dos elementos do tipo, o qual introduzirá, inclusive, uma das principais questões do presente estudo, a ser posteriormente abordada, referente à assunção da organização criminosa como um crime autônomo antecedente ou mero elemento do tipo.

Com efeito, direcionam-se as próximas linhas do presente estudo à análise dos elementos do crime previsto no art. 1º, inciso VII, da Lei n.º 9.613/98.

Segundo clássica divisão, os elementos do tipo dividem-se em elementos objetivos e subjetivos, sendo, os primeiros, responsáveis pela descrição de

todos “os dados necessários à caracterização da infração penal”¹⁴, enquanto os segundos traduzem-se pelo “elemento anímico, que diz respeito à vontade do agente”¹⁵.

Nesse diapasão, da livre leitura do dispositivo legal que traz em seu texto o tipo penal a que fazemos referência, no que tange aos elementos objetivos, podemos extrair, em primeiro lugar, como núcleos do tipo, os verbos ocultar ou dissimular, que se diferenciam, segundo as lições de André Luis Callegari¹⁶, na medida em que

[...] a ocultação seria o simples encobrimento, e a dissimulação seria a ocultação adjetivada, ou seja, sempre mediante o emprego do engano, do disfarce, da utilização de uma técnica que permite esconder com astúcia os bens provenientes dos delitos prévios dispostos na Lei de Lavagem.

O ilustre doutrinador adverte, contudo, que

Na realidade, o delito não muda pelos verbos empregados, pois tanto a ocultação como a dissimulação são apenas da mesma forma e não há agravamento da pena pela dissimulação, ainda que esta pareça mais grave pela sua forma de realização.

Em síntese, a ação de ocultar representa o ato de encobrir, esconder ou não revelar a situação dos bens ou direitos obtidos com os crimes antecedentes, de forma a inviabilizar o conhecimento de suas circunstâncias de ilegalidade e localização, especialmente pelas autoridades encarregadas de sua fiscalização¹⁷.

¹⁴ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Vol. I. 5.ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Impetus, 2005, p. 191.

¹⁵ *Idem*, p. 192.

¹⁶ CALLEGARI, André Luis. **Lavagem de Dinheiro: aspectos penais da Lei n.º 9.613/98**. 2. ed. rev e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 109.

¹⁷ PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 355.

Já a ação de dissimular, conforme se extrai das lições do mestre CALLEGARI, reproduzidas em linhas anteriores, importa em aplicar meio astucioso ou fraudulento para mascarar, encobrir, falsear, disfarçar a situação dos bens e direitos objetos de lavagem. Há, de fato, apenas uma tênue distinção entre os verbos ocultar e dissimular, mas, como não se confundem, incumbe ao órgão ministerial, no momento da propositura da denúncia, indicar especificamente qual ação se imputa ao agente.

Retomando a análise dos elementos objetivos, temos que as ações que consubstanciam os núcleos do tipo, isto é, a ocultação ou dissimulação, dirigem-se à natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos e valores.

Para definir esses elementos, convém utilizar as sintéticas, porém precisas definições ofertadas por Luiz Regis Prado¹⁸, que aduz o seguinte

A ocultação ou dissimulação devem se referir à *natureza* (essência, condições peculiares, especificidade), *origem* (procedência ou forma de obtenção), *localização* (local onde se encontra ou se situa), *disposição* (emprego, uso, utilização, seja gratuito ou oneroso), *movimentação* (deslocamento, mobilização, mudança, circulação) ou *propriedade* (titularidade, domínio, direito de usar, gozar e dispor da coisa, bem como de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha) de bens, direitos ou valores.

Bens, direitos ou valores, em seu turno, são os objetos materiais do tipo. Nesse ponto, conforme extraímos mais uma vez das lições de Luiz Regis Prado¹⁹

Os produtos do crime (*producta sceleris*) são considerados objeto material ou da ação do delito de lavagem de capitais sempre e quando sejam suscetíveis de tráfico comercial. Também podem

¹⁸ *Idem.*

¹⁹ *Idem*, pp. 355-356.

ser objeto material do delito em exame os ganhos, benefícios ou vantagens obtidos pela prática delitativa (*scelere quasita*), bem como o preço do crime (promessa, recompensa), tido como bem que dele exsurge.

O último elemento do tipo previsto no art. 1º, inciso VII, da Lei n.º 9.613/91 trata da exigência de que os bens, direitos ou valores ocultados ou dissimulados sejam provenientes de crime, *in casu*, especificamente praticado por organização criminosa.

É bem evidente, portanto, que somente o crime, entendido como a ação ou omissão típica e antijurídica²⁰, pode servir de antecedente para a configuração do delito de lavagem de dinheiro. Mas não qualquer crime, haja vista que o ordenamento pátrio optou pela técnica da taxatividade para estabelecer quais estariam aptos para figurar como antecedentes da lavagem de capitais, dentre eles incluindo-se, como visto anteriormente, aqueles praticados por organizações criminosas.

No entanto, também não é qualquer crime praticado por organização criminosa que poderá servir de antecedente, senão aquele que traga proveito econômico para seus agentes, haja vista que somente nessa hipótese haverá bens, direitos ou valores de origem ilícita, aptos a serem posteriormente ocultados ou dissimulados.

A respeito desse ponto, observa-se a existência de certa cizânia, em razão de parte minoritária da doutrina entender que somente estariam inseridos no tipo em tela os crimes mencionados nos demais incisos do art. 1º da Lei n.º 9.613/98, quando praticados por organização criminosa. Contudo, tal corrente esvazia por completo qualquer utilidade do inciso VII, não sendo crível que, como a lei não contém palavras inúteis, seja esse o seu sentido. Há, ainda, corrente que amplia o sentido desse tipo, ao afirmar que qualquer crime praticado por organização criminosa poderá figurar como antecedente de lavagem, o que também não é certo, tendo em vista a condicionante do proveito econômico proporcionado pelo antecedente, anteriormente mencionada.

²⁰ Segundo a teoria dualista, à qual nos filiamos. Contudo, há corrente que sustenta a divisão tripartite dos elementos do crime, sendo eles, a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade (v.g. GRECO, 2005, *passim*).

Por fim, no que tange ao elemento subjetivo do crime de lavagem de dinheiro praticado por organização criminosa, não se observa peculiaridade quanto às demais espécies de lavagem, sendo, portanto, o dolo, isto é,

[...] a consciência do agente de que o bem, direito ou valor são provenientes, direta ou indiretamente, de crime [...], e pela vontade de ocultar ou dissimular sua natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade.²¹

Adverte-se, derradeiramente, que não se exige a plena consciência acerca da origem ilícita desses bens, valores ou direitos, admitindo-se a forma do dolo eventual, em que todas as circunstâncias do crime fazem crer que o agente sabia ou pelo menos devia saber da referenciada proveniência ilícita.

3.3 ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA: ELEMENTO DO TIPO OU CRIME ANTECEDENTE?

Vimos no tópico antecedente quais seriam os elementos do tipo previsto no art. 1º, inciso VII, da Lei n.º 9.613/98, no qual se afirmou que um dos elementos objetivos seria a exigência de que os bens, direitos ou valores ocultados ou dissimulados tenham origem em **crime praticado por organização criminosa**.

Nesse sentido, impõe-se o seguinte questionamento: a expressão “organização criminosa” se refere a mais um elemento do tipo ou representaria, em verdade, o crime antecedente autônomo propriamente dito?

Tal questão se faz pertinente e consubstancia-se em uma das molas propulsoras do presente estudo, tendo em vista a discussão ainda em curso verificada no âmbito do colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 96.007/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, no qual se busca o trancamento de ação penal proposta pelo cometimento do crime previsto no art. 1º, inciso VII, da Lei n.º 9.613/98, sob o fundamento de alegada inexistência em nosso ordenamento de tipificação do crime de organização criminosa.

²¹ PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 359.

No patamar que alcança este estudo, importa, portanto, perquirir se a questão acima proposta de fato promove algum risco à eficácia do tipo penal sob exame.

Isso porque, caso se entenda que o inciso VII do art. 1º da Lei n.º 9.613/98 traduz um crime antecedente autônomo de formação de organização criminosa, haveria de se discutir, de fato, a existência de previsão legal em nosso ordenamento desse suposto tipo penal.

A *contrario sensu*, considerando-se “organização criminosa” como elemento do tipo, não subsiste qualquer discussão a respeito da eficácia do crime em tela, a despeito de toda e qualquer crítica que se possa impingir aos tipos penais abertos que fazem mão de técnica legislativa pela qual, para sua complementação, faz-se necessária a atividade interpretativa.

Nesse diapasão, quando se extrai expressamente do inciso VII do art. 1º da Lei n.º 9.613/98, como um dos antecedentes à lavagem de dinheiro, “o crime **praticado por** organização criminosa” e não “o crime **de** organização criminosa”, não há qualquer dúvida, com a devida vênia, de que tais expressões não são equivalentes e, portanto, não se confundem.

É que, no primeiro caso (“crime praticado por”), “organização criminosa” surge como uma circunstância essencial do crime antecedente, que, não importando sua natureza, deverá ter sido praticado por uma organização criminosa. No segundo caso (“crime de”), contudo, a expressão “organização criminosa” surge como complemento do núcleo do crime de “formação de organização criminosa”, e, portanto, como o próprio crime autônomo antecedente.

Sendo assim, tendo o legislador utilizado a expressão “crime **praticado por** organização criminosa”, na análise do caso concreto, em primeiro lugar, será preciso verificar a prática de um crime que, conforme afirmado no tópico anterior, deverá ter proporcionado um proveito econômico para o agente. Então, em segundo plano, será imprescindível observar se tal crime, independente de sua natureza, foi praticado mediante ação de organização criminosa.

Nesse sentido, o agente a quem se imputa a lavagem de dinheiro, caso também integrante da organização criminosa, responderá tanto pela ocultação ou dissimulação, quanto pelo(s) crime(s) praticado(s) pelo grupo, que poderá ser, a título de exemplo, extorsão mediante sequestro,

contra a ordem tributária²² ou qualquer outro que proporcione proveito econômico ao grupo, como já afirmado, mas não por crime de “formação de organização criminosa”, que, há de se reconhecer, não conta com previsão em nosso ordenamento.

Com efeito, a análise acurada dos principais aspectos que rondam o crime sob exame, sobretudo após todas as digressões expostas no corpo do presente estudo até este ponto, é inevitável concluir que a expressão “organização criminosa” se refere a um dos elementos do tipo de lavagem de dinheiro, mais precisamente, conforme a doutrina convencionou batizar, um elemento normativo do tipo penal em tela.

Isso porque, como é cediço, os elementos do tipo dividem-se em objetivos e subjetivos, sendo que os primeiros se subdividem, ainda, em elementos descritivos e normativos.

Segundo Rogério Greco, “elementos descritivos são aqueles que têm a finalidade de traduzir o tipo penal, isto é, evidenciar aquilo que pode, com simplicidade, ser percebido pelo intérprete” (2005, pág. 191).

Os elementos normativos, em seu turno, ainda de acordo com esse insigne jurista, “são aqueles criados e traduzidos por uma norma ou que, para sua efetiva compreensão, necessitam de uma valoração por parte do intérprete” (2005, pág. 191).

Nesse ponto, Rogério Greco²³ ainda exemplifica, vejamos:

Conceitos como *mulher honesta* (arts. 215, 216 e 219 do CP), *dignidade e decoro* (art. 140 do CP), *sem justa causa* (art. 153, 154, 244, 246 e 248 do CP) podem variar de acordo com a interpretação de cada pessoa ou em virtude do sentido que lhe dá a norma. São considerados, portanto, elementos normativos, porque sobre eles, necessariamente, deve ser realizado um juízo de valor.

²² Há cizânia quanto à possibilidade de arrolar crimes contra a ordem tributária como antecedentes do crime de lavagem de dinheiro, pois se discute quanto à efetiva promoção de proveito econômico por tais espécies de delito (MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 80).

²³ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Vol. I. 5.ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Impetus, 2005, pp. 191-192.

Portanto, temos na expressão “organização criminosa”, inserta no inciso VII do art. 1º da Lei n.º 9.613/98, não mais que um complemento do tipo, para cuja compreensão o intérprete deverá lançar mão de valores éticos e jurídicos, mas se vinculará a outras normas quando estas oferecerem com maior precisão seus contornos delineadores.

Não são poucas as críticas que se fazem a esse dispositivo nesse aspecto, sob o fundamento de que “faltou clareza ao legislador na hora de definir o que se incrimina, ferindo-se, frontalmente, o princípio da taxatividade dos tipos penais”²⁴. Parte da doutrina chega a afirmar, inclusive, que o dispositivo em tela (art. 1º, VII, da Lei n.º 9.613/98) não pode ser considerado para fins penais, tendo em vista a suposta inexistência de um conceito legal preciso do que seja uma organização criminosa.

Nesse mesmo sentido, o professor Marco Antônio de Barros²⁵ adverte que

Tal qual sucede com o terrorismo [...], é de ser considerada inócua a figura correspondente ao inc. VII do art. 1º da Lei de ‘Lavagem’, visto desatender ao comando constitucional que assegura o direito à liberdade e à propriedade por não haver crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (art. 5º, inc. XXXIX, CF).

Também indo de encontro à aplicabilidade dos dispositivos em nosso ordenamento que se utilizem da expressão “organização criminosa”, destaca-se o ilustre professor Luiz Flávio Gomes²⁶, para quem, em suma, tais dispositivos careceriam de eficácia, em função, de acordo com seu entendimento, de inexistência de precisa definição do que seja referenciado termo.

De fato, os tipos penais abertos, espécie em que se insere o preceito incriminador constante do dispositivo em tela, trazem certa insegurança

²⁴ CALLEGARI, André Luis. **Lavagem de Dinheiro: aspectos penais da Lei n.º 9.613/98**. 2. ed. rev e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 144.

²⁵ BARROS, Marco Antônio de. **Lavagem de Capitais e Obrigações Civas correlatas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 177.

²⁶ GOMES, Luiz Flávio. **Crime Organizado: que se entende por isso depois da Lei 10.217, de 11.04.2001? (apontamentos sobre a perda de eficácia de grande parte da Lei 9.035/95)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, *passim*.

jurídica não condizente com a tendência garantista do direito penal moderno, que tem como postulado a “garantia máxima de descrever de forma mais precisa possível a conduta que se está incriminando (taxatividade)”²⁷, em razão do que sua previsão acabaria, “por via reflexa, ferindo, também, a própria legalidade penal”²⁸.

A esse respeito, André Luis Callegari²⁹ aduz que

A tendência moderna do Direito Penal é cada vez menos utilizar este tipo de redação, onde a conduta realizada (tipo aberto) deverá ser verificada posteriormente, através de uma decisão judicial, onde se fala em que haveria propriamente o “fechamento” do tipo penal, como ocorre nos tipos penais culposos. Nos tipos abertos não se infere por completo, mas parcialmente, os elementos do injusto da correspondente classe de delito, e o resto deve ser completado mediante elementos positivos da antijuridicidade que estão fora do tipo, ou, seja, são aqueles em que “falta um guia objetivo para completar o tipo”, de tal modo que, praticamente, não se pode fazer uma distinção entre comportamento proibido e permitido.

No entanto, a despeito de tais argumentos de reconhecida propriedade e de, inclusive, endossarmos as preocupações quanto à técnica do tipo penal aberto, é preciso reconhecer que essas críticas não são capazes de ilidir a eficácia do crime previsto no art. 1º, inciso VII, da Lei n.º 9.613/98, sobretudo quando é possível extrair do nosso ordenamento suficientes elementos delineadores para definir o que seja uma organização criminosa, como será demonstrado em capítulo pertinente, sem que se possa afirmar, de qualquer modo, que a precisa aplicação do crime em tela é relegada ao mero alvedrio do julgador.

²⁷ CALLEGARI, André Luis. **Lavagem de Dinheiro: aspectos penais da Lei n.º 9.613/98**. 2. ed. rev e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 144.

²⁸ *Idem*.

²⁹ *Idem*, pp. 144-145.

Endossando esse entendimento, identificam-se doutrinadores da envergadura de Rodolfo Tigre Maia³⁰, Marcelo Batlouni Mendroni³¹, Ivan Luiz da Silva³², Adhemar Ferreira Maciel³³, Rodrigo Carneiro Gomes³⁴, dentre outros.

A bem da verdade, rechaça-se qualquer argumentação quanto à violação do princípio da legalidade ou da taxatividade pelo tipo penal previsto no art. 1º, VII, da Lei de Lavagem, tendo em vista que, analisadas aprofundadamente as circunstâncias que revolvem tal dispositivo, verifica-se que a técnica legislativa utilizada na sua elaboração atende aos anseios da própria natureza do crime a que se refere.

É que, inegavelmente, considerando as especiais características do crime organizado, o qual “apresenta-se de forma muito mais complexa, utilizando-se de métodos e tecnologias cada vez mais evoluídos, inclusive transcendendo fronteiras nacionais”, não se poderia, para sua eficaz repressão, lançar-se mão dos mesmos mecanismos e instrumentos aplicados para o crime comum, demandando esforços totalmente diferenciados.

Nesse ponto, nem se cogite, em absoluto, a possibilidade de se estar defendendo a criação de um direito penal do inimigo, pois, tomado-se emprestadas as lições do mestre Luiz Regis Prado³⁵,

[...] quando se propugna um tratamento diferenciado do integrante de uma organização delitativa, tanto no processo penal quanto na execução da pena, por meio da utilização de determinados mecanismos de prevenção ou da

³⁰ MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de Dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime): anotações às disposições criminais da Lei n.º 9.613/98**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 78.

³¹ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo, Atlas, 2006, p. 51.

³² SILVA, Ivan Luiz da. **Crime organizado: aspectos jurídicos e criminológicos**. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1998, pp. 83-86.

³³ MACIEL, Adhemar Ferreira. Observações sobre a lei de repressão ao crime organizado. **RBCCrim** 12/97, São Paulo: out.-dez. 1995.

³⁴ GOMES, Rodrigo Carneiro. **O crime organizado na visão da Convenção de Palermo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 165.

³⁵ PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 383.

restrição de benefícios concedidos em geral a indivíduos que não oferecem perigo à segurança da sociedade ou da aplicação da lei penal, de maneira alguma se defende que àquele sujeito seja negada a condição de “pessoa” e que para ele deva se estabelecer um Direito Penal de exceção. A esse indivíduo não devem ser suprimidos direitos e garantias individuais fundamentais, de forma a afrontar princípios constitucionais penais e processuais penais. É perfeitamente legítimo, portanto, que o sistema penal como um todo - e antes do Direito Penal em si, os meios de prevenção e os instrumentos processuais penais - seja mais rigoroso no combate à criminalidade organizada, sem que isso signifique a criação de um direito penal de exceção.

Ora, tal qual na medicina, em que a cada tipo de mazela, corresponde um tratamento adequado, também no direito penal, onde há diferentes espécies de crimes, tem-se que se buscar a melhor técnica para combatê-los eficientemente.

Com efeito, se o tipo penal aberto é técnica desaconselhável nos crimes comuns, em razão de dificultar sua definição e, por isso, transgredir o princípio da legalidade, em outros casos, sendo empregado comedida e responsabilmente, é deveras indicado, mormente quando se trata de crimes que, por sua própria natureza, não gozam de uma definição imutável e rígida, justamente por se referirem a fenômenos sociais em constante mutação, resultado da ação continuada de seus agentes, que, utilizando-se de instrumentos e métodos avançados, a todo o momento modificam suas faces e formas de consecução.

Com posicionamento bastante aproximado, a respeito desse tema, Marcelo Batlouni Mendroni³⁶ aduz que

[...] não se pode engessar este conceito, restringindo-o a esta ou àquela infração penal, pois

³⁶ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo, Atlas, 2006, p. 49.

elas, as organizações criminosas, detêm incrível poder variante. Elas podem alternar as suas atividades criminosas, buscando aquela atividade que se torne mais lucrativa, para tentar escapar da persecução criminal ou para acompanhar a evolução mundial tecnológica e com tal rapidez, que quando o legislador pretender alterar a lei para amoldá-la à realidade - aos anseios da sociedade -, já estará alguns anos em atraso.

Contudo, deve-se dissentir do pensamento do renomado autor apenas porque, a despeito de não ser recomendada a utilização das técnicas conservadoras de definição dos tipos penais em crimes como o ora tratado, também não se pode afirmar que se dispensa absolutamente a fixação de um conceito legal para eles, tendo em vista que é plenamente possível equilibrar essa necessidade de relativização e o devido respeito aos princípios penal-garantistas, inclusive o da legalidade.

É o que defende Luiz Regis Prado³⁷, quando assenta que

De fato, não é apropriado elaborar um conceito de organização criminosa que culmine em um estreitamento de seu âmbito de atividades, que é extremamente amplo e variável. Em outros termos, é impossível elaborar um conceito de organização criminosa para cada grupo de atividades ilícitas que sejam seu objeto. Isso, entretanto, não significa que seja impertinente delimitá-la conceitualmente, sobretudo para se evitar que haja um arbítrio excessivo do aplicador do Direito no momento de decidir o que constitui ou não uma organização criminosa.

Com efeito, é possível afirmar que, sendo um elemento normativo do crime previsto no art. 1º, VII, da Lei n.º 9.613/98, a expressão “organização criminosa”, para garantir ao tipo penal em tela plena

³⁷ PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 377.

eficácia, somente depende de mínimas balizas vinculadoras da atuação do aplicador, e, conforme restará demonstrado em capítulo apropriado do presente estudo, há suficientes elementos em nosso ordenamento para uma satisfatória compreensão de tal fenômeno, afastando-se, assim, qualquer possível sustentação de afronta aos princípios da legalidade ou da taxatividade.

Em razão do exposto, conclui-se que a discussão travada no bojo do HC n.º 96.007/SP, referida no início do tópico corrente, capitaneada pelo voto do eminente Min. Rel. Marco Aurélio, *data maxima venia*, não deve caminhar para o deferimento do remédio constitucional pleiteado, tendo em vista que, em nenhum momento, houve, com a edição da Lei n.º 9.613/98, a pretensão de inovar o ordenamento com a previsão de um **crime de organização criminosa**, o qual, a despeito do compromisso firmado pelo Brasil com a ratificação da Convenção de Palermo, permanece sem qualquer tipificação legal, devendo-se, portanto, compreender a expressão em tela simplesmente como mero elemento normativo do tipo.

4. A PROBLEMÁTICA CONCEITUAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS E EXPRESSÕES CORRELATAS.

Após a análise sociológica do tema alvo deste estudo, bem como dos principais meandros que envolvem o delito de lavagem de dinheiro, tendo por antecedente o crime praticado por organização criminosa, além de ter-se concluído que a expressão “organização criminosa” é um dos elementos normativos do tipo, que, nessa qualidade, depende da atividade interpretativa, com aplicação de valores jurídicos e éticos, para sua correta compreensão, no presente capítulo dedicar-se-á justamente à problemática questão conceitual que revolve as organizações criminosas e expressões correlatas, tais como crime organizado e criminalidade organizada.

Nesse sentido, com esse propósito, buscar-se-á, tanto no ordenamento quanto na doutrina, elementos balizadores de conceituação, a fim de perquirir se, de fato, há uma suficiente definição de organização criminosa em nosso sistema penal que permita a correta aplicação do dispositivo constante do art. 1º, inciso VII, da Lei n.º 9.613/98.

Na doutrina, parece unânime a dificuldade que se impõe para atribuir um conceito preciso do que seja uma organização criminosa, o crime

organizado e a criminalidade organizada, expressões que são inúmeras vezes utilizadas como sinônimos, haja vista a interligação evidente que mantêm.

Contudo, tais expressões são dignas de serem entendidas como institutos autônomos, impendendo-se a sua devida distinção, conforme assenta Luiz Regis Prado³⁸, nos seguintes termos:

Indubitavelmente, são conceitos interligados, que não se separam, porém distinguem-se uns dos outros. [...] Conceitua-se a criminalidade organizada como um ‘fenômeno social, econômico, político, cultural, fruto da sociedade contemporânea’ análogo ou relacionado a outros fenômenos, tais como o terrorismo, a criminalidade política e econômico-financeira.

[...]

Enquanto conceito jurídico-penal, a criminalidade organizada deve ligar-se ao delito de organização criminosa, pois, embora com ele não se confunda ou a ele não se limite, representa uma exigência ‘determinante das conseqüências jurídicas [...] de particular intensidade e gravidade. Trata-se de um conceito ‘instrumental’ ou ‘conceito-meio’ ligado à prática ou propósito de praticar delitos já existentes no ordenamento jurídico.

[...]

As organizações ou associações criminosas, como já se afirmou, não apresentam uma definição ou conceituação pacífica, tampouco de fácil apreensão. Em linhas gerais, costuma-se conceituá-las a partir dos elementos que as caracterizam. Assim, são apontadas como as principais características da criminalidade organizada: a) acumulação de poder econômico; b) alto poder de corrupção; c) alto

³⁸ PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp. 371-375.

poder de intimidação; d) estrutura piramidal. [...] o crime organizado, entendido como a conduta praticada por indivíduos que se associam de forma organizada (o que remeteria ao conceito de organização criminosa) para o cometimento de atividades ilícitas não é uma estrutura criminosa. Nota-se, portanto, que criminalidade organizada, organização criminosa e crime organizado são expressões interligadas e muitas vezes utilizadas de forma incorreta, quando uma é empregada, por exemplo, para designar uma realidade correspondente a outra expressão.

Essa longa citação se justifica, pois, *concessa vêniam*, nenhum outro autor parece ter conseguido, como Luiz Regis Prado, conferir abordagem tão objetiva e elucidativa sobre a questão, sendo despiciendas, até mesmo, quaisquer outras observações na tentativa de distinguir os fenômenos da criminalidade organizada, das organizações criminosas e do crime organizado, tendo em vista que importariam em meras e desnecessárias repetições, em prejuízo aos limites do presente estudo.

No entanto, feito o registro, voltamos nossos esforços, especificamente, à busca por elementos de definição das organizações criminosas, aptos a viabilizarem a aplicação do crime previsto no art. 1º, inciso VII, da Lei n.º 9.613/98.

Com efeito, verifica-se que a expressão organização criminosa foi utilizada pela primeira vez, em nosso ordenamento, na Lei n.º 9.034/95, que ficou conhecida como “Lei de Combate ao Crime Organizado”, dispondo sobre meios operacionais para prevenção e repressão do crime organizado.

Todos os meandros que envolveram a edição de referenciado diploma, permeados de discussões e emendas, são muito bem relatados por Antônio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo³⁹, o qual faz um excelente apanhado histórico, desde a proposição do Projeto de Lei n.º 3.516⁴⁰ de 19.09.1989,

³⁹ PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. **Organização Criminosa: nova perspectiva do tipo legal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp. 89-96.

⁴⁰ Disponível em: http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=213441. Acesso em: 02.11.2010.

pelo Deputado Federal Michel Temer, até sua conversão em lei, com aprovação do projeto no dia 06.04.1995 e entrada em vigor em 03.05.1995.

Contudo, em que pesem os esforços do diploma em tela de estabelecer mecanismos de investigação e combate aos crimes praticados por organizações criminosas, não se definiu o que seria esse fenômeno, muito embora tenha constado do projeto de lei que lhe deu origem um dispositivo destinado a esse fim, senão vejamos sua redação:

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa aquela que, por suas características, demonstre a existência de estrutura criminal, operando de forma sintetizada, com atuação regional, nacional e/ou internacional.⁴¹

Há de se reconhecer que em tal dispositivo não havia uma definição propriamente dita, tendo em vista a utilização de termos tão vagos quanto inócuos e descarregados das principais características que poderiam auxiliar na tarefa de identificar uma organização criminosa. Não por outro motivo, quando submetido à votação no Senado, o projeto de lei em tela teve extirpado o mencionado art. 2º.

No entanto, aprovada a Lei n.º 9.034/95, foi mantida a expressão organização criminosa em seu texto, sem que qualquer conceito tenha-lhe sido emprestado.

A expressão, então, foi utilizada novamente somente na Lei n.º 9.613/98, com a inclusão, conforme visto, do crime praticado por organização criminosa como antecedente ao de lavagem de dinheiro e também com a previsão de uma causa de aumento de pena pela prática do crime em tela por intermédio de organização criminosa.

Em seguida, a Lei n.º 10.217/2001, que alterou a Lei n.º 9.034/95, manteve a indefinição, bem como a já revogada Lei n.º 10.409/2002, que tratou do uso e tráfico de entorpecentes, mencionando diversas vezes as organizações criminosas e a Lei n.º 10.792/2003, que instituiu o regime disciplinar diferenciado para os integrantes de organizações criminosas, alterando a Lei de Execução Penal.

⁴¹ Diário do Congresso Nacional, Brasília, Seção I, pp. 9651-9652, 19.09.1989.

Somente em 12.03.2004, com a promulgação da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), através do Decreto n.º 5.015, é que se inseriu em nosso ordenamento definições suficientemente precisas acerca da criminalidade organizada e, mais especificamente, do que seja uma organização criminosa⁴².

A Convenção de Palermo, em seu art. 2º, assim define, *verbis*:

a) “Grupo criminoso organizado” - grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material;

Parte da doutrina insiste, contudo, em afirmar que os problemas conceituais que envolvem o fenômeno da organização criminosa não foram solucionados pela ratificação da Convenção de Palermo. É o que sustenta Antônio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo⁴³, para, ao fim, concluir que

[...] a profusão de leis de caráter processual e o descaso do legislador penal na criação do tipo legal ocasionaram absoluta perda do referencial, pois a ordenação jurídica brasileira contém diversas disposições que regulam as investigações de uma figura delitiva, sem definição legal, muito embora dela se fale a todo momento.

Data máxima vênia, o equívoco do renomado autor e da corrente em que se insere está, em primeiro lugar, na afirmação de que os diplomas legais anteriormente mencionados fazem alusão a uma figura delitiva, pois, como afirmado em linhas pretéritas, não se verifica em nosso

⁴² O Conselho Nacional de Justiça, através da Recomendação n.º 3, de 30.05.2006, sugere a adoção das diretrizes da Convenção de Palermo para conceituar “organização criminosa”.

⁴³ PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. **Organização Criminosa: nova perspectiva do tipo legal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 108.

ordenamento qualquer dispositivo que tenha se prestado a tipificar o crime de organização criminosa, de forma que, sendo sempre citado como um elemento normativo, não há qualquer óbice à aplicabilidade dessas normas, em que pese haver de se reconhecer a existência de dificuldades práticas para tanto, tendo em vista as barreiras da transindividualidade, sobretudo dos bens protegidos, que envolvem o fenômeno em exame.

Tais barreiras, contudo, não implicam total embuste a esse intento, uma vez que há sim suficientes elementos de definição, alcançados no decorrer das discussões doutrinárias acerca da matéria e da evolução da legislação pátria, com a internalização da Convenção de Palermo, pondo fim a essas celeumas.

Nesse mesmo sentido, destaca-se Rodrigo Carneiro Gomes⁴⁴, quando assevera que

[...] encerrando debates no sentido de que a Lei n.º 9.034/95 seria um corpo legislativo sem alma (pela ausência de definição legal de “crime organizado”), a Convenção de Palermo (Decreto n. 5.015 /2004) preceitua a definição de grupo criminoso organizado e criminaliza, de forma mandatária para todos os 147 países que a subscreveram e a ratificaram, a participação individual ou coletiva nessa manifestação delitiva.

[...]

O Direito Internacional pôs fim a entendimentos doutrinários internos colidentes não apenas porque complementa a Lei n. 9.034/95 ao estabelecer definição de crime organizado, mas porque encerra debates antes incessantes que procuravam “demonizar” e desacreditar a real existência de organizações criminosas.

Bem verdade, a busca em instrumentos jurídico-internacionais por conceitos referentes a fenômenos criminológicos com notas flagrantemente

⁴⁴ GOMES, Rodrigo Carneiro. **O crime organizado na visão da Convenção de Palermo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 165.

transnacionais, como o ora tratado, consubstancia-se em verdadeira demanda de tais espécies.

É que, bem refletindo o tema, observa-se que para viabilizar a repressão e combate do crime organizado, sobretudo a punição dos responsáveis, torna-se premente a uniformização, tanto quanto possível, no trato legal da matéria, de forma a permitir a adequada e harmoniosa criminalização, em todo o mundo, de atividades que ultrapassam as barreiras territoriais e dependem, para sua coibição, da cooperação internacional entre os países envolvidos, evitando-se, com isso, que, por falta ou deficiência de previsão legal por parte de uma das partes, redes criminosas da mais alta periculosidade consigam se perpetuar, através de brechas legais existentes em diplomas esparsos e inócuos.

Nesse sentido, vejamos o exemplo de um agente que, em território brasileiro, integrando organização criminosa internacional, promova a dissimulação da origem dos produtos dos crimes por ele praticados e, em seguida, evada-se para outro país, no qual continua suas atividades, mas que não criminaliza a conduta de dissimular e tão somente de ocultar bens. Nessa hipótese, pelo princípio da dupla incriminação do fato, não se faria possível eventual pedido de extradição, em razão de uma simples incompatibilidade de diplomas, que, a despeito de possuírem um mesmo espírito, distanciam-se no plano da tipificação do delito.

A respeito do princípio da dupla incriminação do fato, Paulo Henrique Gonçalves Portela⁴⁵ conceitua:

A extradição deve apoiar-se também no princípio da identidade, também conhecido como princípio da ‘dupla tipicidade’ ou da ‘dúplice tipicidade’, segundo o qual o ato delituoso em que se baseia o pedido extraordinário deve ser considerado ilícito no Estado solicitante ou no solicitado.

É evidente que, no exemplo acima citado, a existência de normas internacionais integralizadas aos ordenamentos internos dos dois países, oferecendo conceitos harmonizados dos principais elementos do tipo em tela, permitiria a eliminação das pequenas barreiras terminológicas para

⁴⁵ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 2 ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podvm, 2010, p. 267.

uma eficiente repressão do crime, satisfazendo-se, assim, a demanda de determinados fenômenos criminológicos marcados pela característica da transnacionalidade.

Com efeito, tomando por base sobretudo as diretrizes ofertadas pela Convenção de Palermo, pode-se afirmar que as principais notas definidoras da organização criminosa são: a) a pluralidade de agentes criminosos (mínimo três); b) a ilicitude da conduta (atividade necessariamente ilícita); c) a existência de uma cadeia de comando com divisão de tarefas e atuação combinada (divisão piramidal, hierarquizada, com unidade de desígnios); d) estabilidade e permanência (organização e coesão em sua estrutura); e) natureza regional, nacional ou transnacional (o âmbito de atuação pode ser variado, não sendo necessária transnacionalidade); e f) finalidade de obtenção de vantagem financeira, econômica ou material (os lucros auferidos pelas organizações promovem seu autofinanciamento e a expansão de suas atividades, no entanto, o intuito lucrativo pode ser secundário, sendo alguma vantagem material, como o sexo, o primário)⁴⁶.

Há, ainda, outras características que poderiam ser acrescentadas, como “alto poder de corrupção” (PRADO, 2009, pág. 375), “alto poder de intimidação” (PRADO, 2009, pág. 375), “uso de lógica empresarial” (SOBRINHO, 2009, pág. 32) e “busca da máxima lucratividade no exercício de atividades lícitas e ilícitas, inclusive mediante a realização de operações de lavagem de capitais” (SOBRINHO, 2009, pág. 32).

Conforme visto, é comumente utilizada a técnica de caracterizar para definir o que seja uma organização criminosa, mas, do que se extrai da Convenção de Palermo, haveria em essência três requisitos para a identificação de um grupo criminoso organizado, sendo eles, a saber, o requisito estrutural (grupo criminoso organizado, consubstanciado na reunião de três ou mais pessoas), o requisito temporal (forma estável de reunião) e o requisito finalístico (finalidade de cometer crimes graves, assim considerados aqueles punidos com pena igual ou superior a quatro anos, com intuito de auferir lucro)⁴⁷.

⁴⁶ GOMES, Rodrigo Carneiro. **O crime organizado na visão da Convenção de Palermo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, *passim*.

⁴⁷ SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime Organizado: procedimento probatório**. São Paulo: Atlas, 2009, pp. 22-23.

Registramos, por fim, que, na tarefa de conceituar as organizações criminosas, o estudioso do direito deverá isentar-se dos mitos criados em torno da questão que fizeram surgir, conforme ressaltado por Antônio Pitombo, alguns modelos que distorceram completamente a apreciação correta do fenômeno, sendo eles, o mafioso, o de conspiração étnica, o empresarial e o da transnacionalidade⁴⁸ bem como deverá buscar distinguir tal fenômeno do já conhecido instituto das quadrilhas ou bandos, não incorrendo no deslize de confundi-los, dada sua flagrante autonomia, com assunção de características próprias e bastante particulares⁴⁹.

5. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA MATÉRIA.

Para arrematar o presente estudo, faz-se necessária a análise jurisprudencial, ainda que sucinta, da matéria submetida a exame, devendo-se verificar o posicionamento adotado nos principais órgãos jurisdicionais do país a respeito da aplicabilidade e compreensão do crime previsto no art. 1º, inciso VII, da Lei n.º 9.613/98.

Nesse sentido, tem-se, em primeiro lugar, que se observar o entendimento do colendo Supremo Tribunal Federal, o qual vinha se firmando em consonância com a corrente que aduz a plena aplicabilidade da norma em tela, conforme restou assentado no Inq 2245, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 28/08/2007, DJe-139 DIVULG 08-11-2007 PUBLIC 09-11-2007 DJ 09-11-2007 PP-00038 EMENT VOL-02298-01 PP-00001 RTJ VOL-00203-02 PP-00473, processo que ficou conhecido como “caso do mensalão”, em que determinou-se o recebimento da denúncia quanto a diversos investigados e variados crimes, dentre os quais o de lavagem de dinheiro, tendo por antecedente crime praticado por organização criminosa.

Contudo, conforme mencionado em linhas anteriores, no HC n.º 96.007/SP, ainda em andamento, impetrado em favor do casal Hernandes, bispos da “Igreja Renascer”, denunciados, dentre outros crimes, pelo cometimento de lavagem de dinheiro proveniente de crimes praticados por

⁴⁸ PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. **Organização Criminosa: nova perspectiva do tipo legal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp. 116-138.

⁴⁹ Rodolfo Tigre Maia, fugindo a sua costumeira pertinência, defende que tais institutos não têm diferenciais relevantes. (MAIA, 2007, p. 78).

organização criminosa, o eminente Min. Rel. Marco Aurélio proferiu voto favoravelmente ao deferimento do *writ*, sob o fundamento de que não há no ordenamento jurídico pátrio tipificação legal do crime de associação ou formação de organização criminosa, considerando, por isso, inaplicável a norma constante do inciso VII do art. 1º da Lei n.º 9.613/98, até que sobrevenha regramento legal da matéria, ao que foi seguido pelo eminente Min. Dias Toffoli e, até o fim do presente trabalho, o processo encontrava-se com pedido de vistas da eminente Min. Carmem Lúcia⁵⁰.

No egrégio Superior Tribunal de Justiça, em seu turno, a matéria ainda não é alvo das mesmas controvérsias, verificando-se posicionamento favorável à plena aplicabilidade do dispositivo em tela, conforme decisão proferida no HC n.º 77771/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 30/05/2008, DJe 22/09/2008.

No âmbito dos Tribunais Regionais Federais, igualmente, também não se verificam sinais de rechaçamento à aplicabilidade da norma sob exame, a qual tem sido aplicada por todos eles indistintamente. É o que se extrai dos seguintes excertos de ementas de decisões proferidas nos cinco TRFs:

PENAL E PROCESSO PENAL. CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO. LEI Nº 9.613/98, ART. 1º, INCISO VII. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. DEMONSTRAÇÃO DE INDÍCIOS SUFICIENTES DA EXISTÊNCIA DO CRIME ANTECEDENTE. CRIME UNISSUBJETIVO. DECISÃO REFORMADA. 1. A Lei nº 9.613/98 tipificou o delito de lavagem de dinheiro como crime autônomo, embora tenha exigido para sua configuração a demonstração da existência de indícios da ocorrência do crime antecedente. Precedentes STJ. 2. **A denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal indica que existem indícios probatórios de um esquema criminoso de pessoas físicas e jurídicas envolvidas em ope-**

⁵⁰ Informações disponíveis em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2636604>. Acesso em: 02.11.2010.

rações ilegais, praticados com características de uma organização criminosa, que teriam dado origem aos recursos movimentados na conta do recorrido. [...]. 4. Recurso criminal provido. (grifos acrescidos).

(TRF1. RECURSO CRIMINAL – RCCR N.º 200039000081648. QUARTA TURMA. Relator(a) JUÍZA FEDERAL ROSIMAYRE GONÇALVES DE CARVALHO. Julgado em 30/06/2008. Publicação em DJF1 25/07/2008, pág. 130).

DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL QUE INVESTIGA, DENTRE OUTRAS, A PRÁTICA DE CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO, QUADRILHA E DESCAMINHO. I – O conceito de organização criminosa não se submete ao princípio da taxatividade da lei penal, uma vez que não se trata de conduta tipificada como crime, senão como instrumento para a consecução de delitos de autoria coletiva. II – Conclusão que deflui da literalidade do art. 1º, VII da Lei 9.613-98, que tipifica como crime apenas a lavagem de dinheiro a partir de atividade de uma organização criminosa sem que haja, inclusive, crime antecedente específico. III – [...]. IV – Ordem denegada. (grifos acrescidos).

(TRF2. HABEAS CORPUS - HC N.º 6236. SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA. Relator(a) Desembargador Federal ANDRÉ FONTES. Julgado em 14/04/2009. Publicação em DJU - Data::24/04/2009 – pág. 112).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. LAVAGEM DE DINHEIRO. CRIME ANTECEDENTE. CRIME ORGANIZADO. EMBARGOS

REJEITADOS. 1. [...] 5. Assim foi que, no ponto, asseverou-se que: “Especificamente sobre a alegação dos impetrantes de que não haveria “organização criminosa”, logo, crime antecedente, a proporcionar as sanções da Lei federal n.º 9.613/1998, já decidiu outrora o Superior Tribunal de Justiça pela impropriedade da ação de habeas corpus para a veiculação da questão, haja vista a manifesta dilação probatória que o tema envolve: HC 54.850/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/05/2009, DJe 18/05/2009. **Note-se que a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, à qual o Brasil aderiu e internalizou, com o Decreto n.º 5.015, de 12 de março de 2004, no seu artigo 2º, alínea “a”, adotou como conceito de grupo criminoso organizado o grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material. Os elementos indiciários de materialidade e autoria, logo, permitem concluir pela justa causa da ação penal, inclusive no tocante à lavagem de ativos obtidos ilicitamente”.** 6. Restou claro no voto, portanto, que a argumentação deduzida pelo impetrante partiu de premissa falsa, levando a uma conclusão que não corresponde à realidade, até porque a Lei 9613/98 não exige a tipificação da conduta de organização, mas, sim, que o crime seja praticado por organização criminosa, cuja figura está prevista no artigo 1º da Lei 9034/95, com a redação dada pela Lei 10217/01, no Decreto 5015/04, no Decreto Legislativo 231/03 que

ratificou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. 7. Embargos rejeitados. (grifos acrescentados).

(TRF3. HABEAS CORPUS - HC N.º 40.677. QUINTA TURMA. Relator(a) JUIZA RAMZA TARTUCE. Julgado em 09/08/2010. Publicação em DJF3 CJ1 - Data:19/08/2010 – pág. 1013).

PROCESSUAL PENAL E PENAL. COMPETÊNCIA. LITISPENDÊNCIA. AUDIÊNCIA DE INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS POR VIDEOCONFERÊNCIA. NULIDADE INEXISTENTE. PROVAS PRODUZIDAS EXCLUSIVAMENTE NA FASE PRÉ-PROCESSUAL. EXCEÇÃO ADMITIDA PELO CPP. LAVAGEM DE DINHEIRO. CRIME ANTECEDENTE PRATICADO POR ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. COMPROVAÇÃO. INVESTIMENTO EM NOVA ATIVIDADE ILÍCITA. IRRELEVÂNCIA PARA A CONFIGURAÇÃO DA LAVAGEM. FURTO QUALIFICADO TENTADO. CRIME IMPOSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. AUTORIA. DOMÍNIO FUNCIONAL DO FATOS. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. PRESSUPOSTOS OBJETIVOS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. INEXISTÊNCIA DE DELITO AUTÔNOMO. [...] 5. Apesar de não ter sido tipificado o delito autônomo de organização criminosa, conforme recomenda o artigo 5º da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, introduzida em nossa ordem jurídica pelo Decreto 5.015/2004, o artigo 2º da Convenção de Palermo define, indubitavelmente, grupo criminoso organizado como sendo aquele “estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de

cometer uma ou mais infrações graves enunciadas na presente convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, benefício econômico ou outro benefício material, sendo que o conceito de infração grave dado pela Convenção corresponde àquele ato que constitua infração punível com uma pena de privação de liberdade, cujo máximo não seja inferior a quatro anos ou com pena superior”. 6. Tendo em vista que o Egrégio Superior Tribunal de Justiça (HC 77771/SP, Rel^a. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 22-09-2008) considera que a “capitulação da conduta no inciso VII do art. 1.º da Lei n.º 9.613/98, que não requer nenhum crime antecedente específico para efeito da configuração do crime de lavagem de dinheiro, bastando que seja praticado por organização criminosa, sendo esta disciplinada no art. 1.º da Lei n.º 9.034/95, com a redação dada pela Lei n.º 10.217/2001, c.c. o Decreto Legislativo n.º 231, de 29 de maio de 2003, que ratificou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, promulgada pelo Decreto n.º 5.015, de 12 de março de 2004”, é forçoso concluir que o cometimento de quaisquer infração(es) grave(s), crimes com pena máxima superior a quatro anos de reclusão, por três ou mais pessoas, estruturadas há algum tempo, configura o crime antecedente à lavagem de dinheiro previsto no inciso VII do artigo 1º da Lei nº 9.613/98. 7. Não há falar em inconstitucionalidade do inciso VII do artigo 1º da Lei de Lavagem, porquanto, a despeito deste dispositivo incluir qualquer crime no rol de delitos antecedentes, o elemento normativo organização criminosa foi devidamente incorporado ao ordenamento jurídico nacional na forma pres-

crita pela Constituição da República (art. 49, I e art. 84, IV e VIII). Desse modo, a repressão aos efeitos nefastos da lavagem de dinheiro ganha o fôlego necessário para, a um só tempo, desidratar o patrimônio de poderosos grupos criminosos, bem como proporcionar à sociedade brasileira o direito fundamental à segurança pública, previsto no art. 144 da CF. [...]. (grifos acrescidos).

(TRF4. APELAÇÃO CRIMINAL - ACR N.º 200671000326842. OITAVA TURMA. Relator(a) PAULO AFONSO BRUM VAZ. Julgado em 15/07/2009. Publicação em D.E. 22/07/2009).

APELAÇÃO CRIMINAL. CONSTITUCIONAL, PROCESSUAL PENAL E PENAL. [...] QUESTÕES PRELIMINARES: [...] ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. ELEMENTOS PARA CARACTERIZAÇÃO. PROVA. EXISTÊNCIA. [...] 36. A aplicação ao caso em exame da figura da organização criminosa prevista na Lei n.º 9.034/95 decorre da sua conjugação com a conceituação dessa entidade constante da Convenção de Palermo sobre o Crime Organizado Transnacional (Decreto n.º 5.015/04) e do enquadramento dos delitos dos arts. 228, 229, 231 e 231-A do CP na categoria de infração grave ali prevista, bem como a incidência no caso do art. 288 do CP como figura incriminadora específica, não havendo que se falar ineficácia da normatização estabelecida pela Lei n.º 9.034/95 e estando, ademais, com base nos fundamentos da sentença apelada, presentes os demais requisitos para caracterização do grupo criminoso objeto deste feito como organização criminosa. 37. O crime antecedente do delito de lavagem de dinheiro restou devidamente esclarecido como sendo aquele indicado no

inciso VII do art. 1.º da Lei n.º 9.613/98 (crime praticado por organização criminosa), no caso a prática pela organização criminosa comandada pelos dois primeiros réus referidos e com a participação dos demais de crimes de tráfico internacional e interno de pessoas e casa de prostituição, estando, pelo já examinado, devidamente caracterizada a sua ocorrência. 38. Essa norma penal incriminadora não se mostra vazia de conteúdo, nem ofende os princípios da legalidade e separação dos poderes, pelas razões já acima expostas quanto à qualificação da quadrilha ou bando objeto deste feito como organização criminosa, sendo, ademais, de ressaltar-se que o próprio STF vem aplicando referida norma penal incriminadora (STF, Tribunal Pleno, Inq n.º 2.245/MG, Relator Ministro Joaquim Barbosa, DJe 08.11.2007) [...]. (grifos acrescidos). (TRF5. APELAÇÃO CRIMINAL - ACR N.º 5179. PRIMEIRA TURMA. Relator(a) Desembargador Federal Emiliano Zapata Leitão. Julgado em 26/03/2009. Publicação em DJ - Data::04/05/2009 - Página::201 – N.º:82).

Conforme visto, portanto, ao menos no campo jurisprudencial, predomina o entendimento de que o tipo descrito no art. 1º, inciso VII, da Lei n.º 9.613/98 possui plena aplicabilidade no ordenamento jurídico pátrio, não havendo que se falar em carência de eficácia, sobretudo porque o sentido que se dá à expressão “organização criminosa”, do que se extrai dos julgados acima reproduzidos, é satisfatoriamente depreendido das diretrizes constantes da Convenção de Palermo, internalizada no Brasil através do Decreto n.º 5.015/2004.

Deve-se, contudo, manter olhos atentos nas vindouras decisões do egrégio Supremo Tribunal Federal, especialmente no que tange ao

desenrolar do HC n.º 96.007/SP, no qual subjaz cizânia a respeito do objeto do presente estudo, como principal matéria a ser decidida e que poderá definir os novos rumos que seguirá, no plano nacional, o combate à criminalidade organizada e à lavagem de dinheiro.

6. CONCLUSÕES

Todas as linhas que se seguiram no curso do presente estudo voltaram-se à discussão fervorosa que atualmente ainda se verifica em torno da norma constante do art. 1º, inciso VII, da Lei n.º 9.613/98, a exemplo de todas as outras que se utilizam da expressão “organização criminosa” ou outros termos correlatos, empregados pelo legislador com o espírito de combater a criminalidade organizada, tema que, desde o final da década de 1980, começou a receber especial atenção no mundo jurídico, devido ao crescimento desenfreado do crime praticado por grupos extremamente organizados e de elevadíssimo potencial ofensivo para a sociedade.

Nesse sentido, pesquisa aprofundada do assunto permitiu concluir, em primeiro lugar, que o crime de lavagem de dinheiro é um fenômeno sócio-econômico bastante antigo, a despeito de somente nas últimas décadas ter se verificado uma mutação acentuada no quadro que envolve o fenômeno criminológico em tela, tendo adquirido dimensões estratosféricas sobretudo a partir da expansão de um outro fenômeno — o da globalização.

Tomando-se ciência dos nefastos efeitos desse fenômeno, em todo o mundo se observou a tentativa de criação de meios legais para a contenção do crime de lavagem de dinheiro, sobretudo quando praticado pelas organizações criminosas, contexto em que se insere a Lei n.º 9.613/98, quando inseriu em seu rol taxativo de crimes antecedentes à lavagem de dinheiro, o crime praticado por organização criminosa (art. 1º, inciso VII).

O crime em tela possui especiais características, destacando-se a) a internacionalização das atividades de lavagem; b) profissionalização do trabalho; c) vocação de permanência; d) complexidade ou variedade dos

métodos empregados; e) volume do fenômeno; e f) conexão entre redes criminais.

Quanto ao bem jurídico protegido, tema que reúne as mais calorosas discussões, as principais correntes doutrinárias definem como sendo a administração da justiça e a ordem socioeconômica, havendo corrente, ainda, segundo a qual a leal concorrência na ordem socioeconômica é que seria o principal interesse tutelado pelo crime em tela.

No que tange aos elementos do tipo, no aspecto objetivo, encontram-se os núcleos ocultar ou dissimular, sendo o último uma espécie do primeiro, qualificada pela utilização de fraude. Tais ações dirigem-se à natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos e valores, os quais, na qualidade de objeto material do tipo, devem ser provenientes de um dos crimes arrolados nos incisos do art.1º do diploma legal em referência.

Nesse sentido, do inciso VII, no qual se insere a expressão “organização criminoso”, extrai-se mais um elemento objetivo do crime de lavagem de dinheiro, mais especificamente, um elemento normativo do tipo, um complemento do tipo, para cuja compreensão o intérprete deverá lançar mão de valores éticos e jurídicos, mas se vinculará a outras normas quando estas oferecerem com maior precisão seus contornos delineadores.

No ponto, identifica-se na doutrina e jurisprudência correntes opostas, uma sustentando a existência de fontes em nosso ordenamento - especialmente a Convenção de Palermo - das quais seria possível a extração de diretrizes denominativas para compreender o que seja uma “organização criminoso” e outra, contrária a esse pensamento, advogando a carência de eficácia de todo e qualquer dispositivo ou diploma que utilize mencionada expressão, tais como a Lei n.º 9.034/95, a Lei n.º 10.792/2003 e, sobretudo, a própria Lei n.º 9.613/98.

Tendo como norte, portanto, o destrinchamento dos dogmas dessas principais correntes contendoras que compõem as intrincadas teias do tema em proposição, recorreu-se ao presente estudo como empreendimento de contribuição para sua evolução, dada a necessidade, de um lado, de se evitar um colapso no combate ao crime organizado, por eventual ineficácia de meios de persecução penal e, de outro, de se manterem hígdas as bases do nosso sistema penal garantista, que rechaça a adoção de tipos penais em branco, com conceitos abertos e

indeterminados, deixados ao mero alvedrio do julgador, em afronta ao princípio da segurança jurídica.

Do estudo do tema, em contínuo exercício de ponderação de princípios e direitos fundamentais, verifica-se que é plenamente possível concluir pela existência no ordenamento pátrio de bases suficientemente delimitantes do conceito de “organização criminosa”, aptas a viabilizarem a plena aplicação do dispositivo legal alvo do presente estudo, sem que se tenha por violados os princípios da legalidade ou da segurança jurídica.

Conforme restou demonstrado no curso deste estudo, a Convenção das Nações Unidas sobre Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 231 de 29/05/2003 e promulgada pelo Decreto 5.015 de 12/03/2004, é instrumento idôneo para o auxílio na tarefa integrativa do preceito constante do inciso VII do art. 1º da Lei n.º 9.613/98, haja vista, sobretudo, a paridade normativa de tal diploma internacional, regularmente inserido no ordenamento jurídico pátrio, com as leis ordinárias, consoante pacífico entendimento do egrégio Supremo Tribunal Federal (cf. Extradicação 662-2, Relator Min. Celso de Mello, julgado em 28/11/1996).

Tal assertiva permite concluir que não se deixa ao pleno alvedrio do magistrado a tarefa de fixar os parâmetros conceituais da expressão “organização criminosa”, pois extraem-se da análise dos dispositivos da Convenção de Palermo balizas bastante precisas para a compreensão do que sejam as organizações criminosas, a despeito de sua flagrante amplitude conceitual, característica que se atribui não a uma tentativa de burlar direitos subjetivos do investigado/réu, mas à própria natureza do instituto que se está em apreço, isto é, à constante mutação dos empreendimentos criminosos de grande nocividade, sempre assimilando novas técnicas e configurações para permanecerem em atividade e, assim, burlarem os mecanismos criados para sua prevenção e combate.

Com efeito, pode-se afirmar, especialmente com base na Convenção de Palermo, a existência de características essenciais para identificação de uma organização criminosa, sem as quais não se admite o seu reconhecimento. São elas, a saber: a) formação de um grupo criminoso organizado, consubstanciado na reunião de três ou mais pessoas (parte da doutrina denomina este aspecto de requisito estrutural⁵¹); b) forma estável

⁵¹ SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime Organizado: procedimento probatório**. São Paulo: Atlas,

de reunião (aspecto denominado pela doutrina como requisito temporal⁵²); e c) finalidade de cometer crimes graves, assim considerados aqueles punidos com pena igual ou superior a quatro anos, com intuito de auferir lucro (aspecto denominado pela doutrina como requisito finalístico⁵³).

Nesse diapasão, partindo dessas premissas, pode-se concluir, derradeiramente, que, em momento algum, pretende-se atribuir a um tratado internacional a aptidão de criar novos crimes, tanto que o próprio diploma em comento é expresso em seu texto ao determinar que os Estados membros tomem iniciativas para inserir em seus ordenamentos jurídicos preceitos legais específicos de criminalização dos grupos criminosos organizados. Isso não significa dizer, contudo, que os tratados não servem como fontes integrativas de preceitos já existentes, a fim de emprestar ferramentas para sua complementação e efetiva aplicação.

Com essas linhas, imbuídos no espírito investigador, após incansável pesquisa doutrinária e jurisprudencial, almeja-se o sucesso na empreitada de contribuir, ainda que apenas minimamente, para a elucidação dessa tormentosa questão, cujo esgotamento, por total impossibilidade prática, não se teve por nenhum instante entre os propósitos do presente trabalho, destinado ao estudo de tão rico tema, ao qual se atribui destaque no atual cenário jurídico, uma vez que se verifica em querela o reconhecimento ou não da existência de mecanismos de repressão a um crime de tamanha nocividade social, como o de lavagem de dinheiro praticado por organizações criminosas.

7. REFERÊNCIAS

ARAS, Vladimir. **Lavagem de dinheiro, organizações criminosas e o conceito da Convenção de Palermo**. Disponível em: <http://gtdl.pgr.mpf.gov.br/artigos/artigos-docs/convencao-palermo.pdf>. Acesso em: 13.10.2010.

BARROS, Marcos Antônio de. **Lavagem de Capitais e Obrigações Cíveis correlatas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

2009, pp. 22-23.

⁵² *Idem*.

⁵³ *Idem*.

CALLEGARI, André Luis. **Lavagem de Dinheiro: aspectos penais da Lei n.º 9.613/98**. 2. ed. rev e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação n.º 3, de 30.05.3006**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=189:recomenda-no-3-&catid=60:recomendas-do-conselho&Itemid=515>. Acesso em 02.11.2010.

GOMES, Luiz Flávio. **Crime Organizado: que se entende por isso depois da Lei 10.217, de 11.04.2001?**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Rodrigo Carneiro. **O crime organizado na visão da Convenção de Palermo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

GRECO, Rogério. **Direito Penal: parte geral**. Vol. I. 5. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: *Impetus*, 2005.

MACIEL, Adhemar Ferreira. Observações sobre a lei de repressão ao crime organizado. **RBCCrim** 12/97, São Paulo: out.-dez. 1995.

MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de Dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime): anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Atlas, 2006.

PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. **Organização Criminosa: nova perspectiva do tipo legal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: *Jus Podivm*, 2010.

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime Organizado: procedimento probatório**. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Ivan Luiz da. **Crime organizado: aspectos jurídicos e criminológicos**. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1998.

OS DIREITOS DO CONSUMIDOR E OS ORGANISMOS GENETICAMENTE MODIFICADOS

Leonardo Estevam de Assis Zanini

Doutorando em direito civil pela USP, com estágio de doutorado na Alemanha, na Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. Mestre em direito civil pela PUC-SP. Bacharel em direito pela USP. Juiz Federal em São Paulo.

Diretor da Escola de Formação e Aperfeiçoamento da Justiça Federal em São Paulo. Diretor da Associação dos Juizes Federais de São Paulo e Mato Grosso do Sul. Bolsista da CAPES.

RESUMO: Com o avanço da ciência se desenvolveu a engenharia genética, a qual, não obstante os inúmeros benefícios que proporciona, também representa grandes riscos para os seres humanos. Dentre os avanços trazidos pela engenharia genética estão os organismos geneticamente modificados, muitas vezes tratados simplesmente como transgênicos. Questões de ordem econômica, social, ética, científica e ambiental criaram um grande debate em torno desses organismos, levando à formação de dois blocos de países, sendo um favorável e outro contrário aos OGMs. Juridicamente também foram concebidos princípios para a sustentação do posicionamento dos referidos países. No que diz respeito aos direitos do consumidor, a maior polêmica na seara dos transgênicos é a obrigatoriedade de rastreamento e rotulação, o que garantiria ao consumidor o direito de escolher consumir ou não produtos transgênicos. Destarte, diante das possibilidades e riscos trazidos pelos OGMs, vamos, no presente trabalho, tratar especificamente das relações existentes entre os direitos de informação e escolha do consumidor e o fornecimento de produtos geneticamente modificados.

PALAVRAS-CHAVE: DIREITO DO CONSUMIDOR; DIREITO À INFORMAÇÃO; ORGANISMOS GENETICAMENTE MODIFICADOS; TRANSGÊNICOS; PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO; PRINCÍPIO DA EQUIVALÊNCIA SUBSTANCIAL; ROTULAÇÃO.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Escorço Histórico. 2. Organismos geneticamente modificados e transgênicos. 3. Argumentos favoráveis e contrários ao consumo de OGMs. 4. O Princípio da Precaução no Brasil e na União Européia. 5. Os princípios da precaução e da equivalência substancial: conflito ou complemento?. 6. A necessidade de rotulação dos produtos transgênicos. 7. Propostas de alteração das regras de rotulação no Brasil. 8. A rotulação e o direito à informação na União Européia. 9. A rotulação e o direito à informação na Alemanha. 10. O papel do judiciário no cumprimento da legislação. 11. Considerações finais. Bibliografia.

INTRODUÇÃO

As sociedades industrializadas contemporâneas são marcadas por uma grande mudança no que toca aos riscos produzidos pelas atividades humanas. Tal paradigma pode ser particularmente visualizado no âmbito dos produtos ligados à saúde e alimentação, visto que referidos produtos, cada vez mais, passam a fazer uso da biotecnologia.

Todavia, não estamos, aqui, afirmando que a biotecnologia é uma novidade da modernidade, uma vez que, desde a Antiguidade, o homem já buscava misturar características de organismos diferentes para a obtenção de produtos úteis¹.

De fato, a biotecnologia está presente em processos conhecidos há muito tempo, como é o caso da fermentação para fabricação de bebidas, entre elas a cerveja e o vinho, bem como na produção de pão e queijo². Outro exemplo de utilização da biotecnologia é a penicilina, que foi descoberta por Alexander Fleming em 1928 e passou a ser produzida em larga escala durante a Segunda Guerra Mundial³.

¹ A biotecnologia, como ensina Teresa Ancona Lopez, “consiste na utilização de materiais e processos biológicos para a obtenção de produtos úteis aos seres humanos” (LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 213).

² VIANA, Flávia Batista. Transgênicos: alguns aspectos. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 38, abr.-jun. 2009, p. 121-122.

³ LOPEZ, Teresa Ancona, *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*,

Na verdade, melhor esclarecendo, a grande inovação da biotecnologia a que estamos fazendo referência é a engenharia genética, cujo progressivo aperfeiçoamento criou possibilidades nunca antes imaginadas⁴, as quais, por outro lado, vieram acompanhadas de riscos também nunca previstos.

Dessa forma, diante das possibilidades e riscos trazidos pela engenharia genética, vamos, no presente trabalho, tratar das relações existentes entre o direito de informação e escolha do consumidor e o fornecimento de produtos geneticamente modificados, cuidando, mais especificamente, dos aspectos relacionados à rotulagem dos referidos produtos.

1. ESCORÇO HISTÓRICO

Como se sabe, a história da genética remonta aos experimentos com ervilhas desenvolvidos por Gregor Mendel, no século XIX. O passo seguinte foi dado em 1931, por Ernest Messerger, que expôs a ideia de que cada célula de um organismo vivo guardava a virtualidade da espécie e da raça. Porém, somente em 1953, com a descoberta da estrutura de dupla hélice do DNA por James Watson e Francis Crick, é que foi possibilitado aos cientistas o conhecimento acerca do processo pelo qual as informações genéticas armazenadas nas células eram duplicadas e transmitidas de geração para geração⁵. Foi essa descoberta que criou as condições necessárias para o surgimento e desenvolvimento da engenharia genética.

Nessa linha, com a multiplicação, nos anos 70, dos estudos e das aplicações laboratoriais na seara da recombinação do patrimônio genético de organismos e microorganismos, a engenharia genética começou a se desenvolver⁶. E, já no ano de 1970, pesquisadores norte-americanos conseguiram transferir partes de informações genéticas (genes) de um organismo (um sapo) para outro (uma bactéria), demonstrando que o código genético era universal⁷.

Na década de oitenta, a engenharia genética avançou ainda mais, com o aumento do número de países que iniciaram experimentação em

p. 213.

⁴ LOPEZ, Teresa Ancona, *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*, p. 214.

⁵ VIANA, Flávia Batista, *Transgênicos: alguns aspectos*, p. 122.

⁶ RASPADORI, Fabio. *OGM. Lineamenti della disciplina europea*. Perugia: Morlacchi, 2007, p. 21.

⁷ VIANA, Flávia Batista, *Transgênicos: alguns aspectos*, p. 122.

organismos geneticamente modificados, objetivando, particularmente, o desenvolvimento do setor farmacêutico e agrícola⁸.

Nessa década, em 1983, foi desenvolvida a primeira planta geneticamente modificada, uma espécie de tabaco resistente a antibióticos. Também, no mesmo ano, foi permitida a liberação, no meio ambiente, de um organismo geneticamente modificado. Tratava-se de uma bactéria que impedia a formação de cristais de gelo na superfície das plantas, com evidente potencial de aplicação em regiões agrícolas vulneráveis a geadas⁹. Ademais, ainda em 1983, ocorreu a primeira aplicação comercial da engenharia genética, o que se deu por meio da transferência para uma bactéria do gene humano responsável pela produção de insulina¹⁰.

Todavia, não demorou muito para que os primeiros problemas com OGMs surgissem, valendo lembrar que, em 1989, nos Estados Unidos, cinco mil pessoas ficaram doentes, trinta e sete morreram e mil e quinhentas ficaram inválidas após o consumo de um suplemento alimentar feito a partir de uma bactéria geneticamente modificada¹¹.

A despeito disso, o avanço dos organismos geneticamente modificados foi ainda maior na década de noventa. Assim, em 1990 o governo dos Estados Unidos aprovou o primeiro produto alimentício geneticamente modificado (uma enzima para fazer queijo) e, em 1994, chegou aos supermercados do mesmo país o primeiro alimento transgênico (tomate Flav-Savr, que demora a amadurecer). Ademais, viu-se, nessa década, um aumento da área global das culturas geneticamente modificadas, bem como sua comercialização, o que também ocorreu no Brasil, com a aprovação, em 1998, do plantio experimental de transgênicos¹².

A expansão dos transgênicos, nos anos que se passaram, suplantou aquela assistida na década de noventa, surgindo, conseqüentemente, considerações de ordem econômica, social, ética, científica e ambiental, as quais levaram, no cenário internacional, à identificação de dois eixos de países. De um lado, encontramos os países “mais receptivos à liberação do uso de organismos geneticamente modificados”, enquanto que, do outro

⁸ RASPADORI, Fabio, *OGM. Lineamenti della disciplina europea*, p. 21.

⁹ VIANA, Flávia Batista, *Transgênicos: alguns aspectos*, p. 122.

¹⁰ LOPEZ, Teresa Ancona, *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*, p. 214.

¹¹ VIANA, Flávia Batista, *Transgênicos: alguns aspectos*, p. 122.

¹² VIANA, Flávia Batista, *Transgênicos: alguns aspectos*, p. 122-123.

lado, estão aqueles países que “veem com desconfiança a utilização de plantas e animais transgênicos para a alimentação humana e sua liberação no meio ambiente”¹³.

Pois bem. É a partir dessas considerações que os posicionamentos dos dois eixos de países vão entrar em choque, o que será explanado no decorrer deste trabalho. Porém, seja como for, é importante, até para a compreensão do debate acerca dos alimentos transgênicos, que não se descure da própria conceituação dos organismos geneticamente modificados, bem como de seus eventuais benefícios e riscos, o que passaremos a fazer em seguida.

2. ORGANISMOS GENETICAMENTE MODIFICADOS E TRANSGÊNICOS

No Brasil, a tarefa de definir o que é um organismo geneticamente modificado não foi deixada para a doutrina, já que o legislador nacional, desde a Lei 8.974/95, incumbiu-se de tal mister.

Na Lei 8.974/95, antiga Lei de Biossegurança, a definição de organismo geneticamente modificado estava expressa em seu art. 3º, inciso IV, que considerava como tal o “organismo cujo material genético (ADN/ARN) tenha sido modificado por qualquer técnica de engenharia genética”.

Ademais, o parágrafo único do artigo supramencionado não considerava como OGM aqueles resultantes de técnicas que implicassem a introdução direta, em um organismo, de material hereditário, desde que não envolvesse a utilização de moléculas de ADN/ARN recombinante ou OGM, tais como: fecundação *in vitro*, conjugação, transdução, transformação, indução poliplóide e qualquer outro processo natural.

A Lei 11.105/2005, que revogou a Lei 8.974/95, também optou pela definição dos organismos geneticamente modificados, o que é feito em seu art. 3º, inciso V, que considera OGM como “o organismo cujo material genético – ADN/ARN – tenha sido modificado por qualquer técnica de engenharia genética”. E a referida lei, tal qual sua predecessora, excepcionou da categoria de OGM aqueles resultantes de técnicas que impliquem a introdução direta, em um organismo, de material hereditário, desde que não envolva a utilização de moléculas de ADN/ARN recombinante ou OGM, inclusive a fecundação *in vitro*, conjugação, transdução, transformação, indução poliplóide e qualquer outro processo natural.

¹³ LOPEZ, Teresa Ancona, *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*, p. 215.

Outrossim, a Lei 11.105/2005 também excluiu da categoria de derivado de OGM, conforme disposição do art. 3º, §2º, “a substância pura, quimicamente definida, obtida por meio de processos biológicos e que não contenha OGM, proteína heteróloga ou ADN recombinante”.

Pois bem. Diante dos enunciados da Lei de Biossegurança, torna-se evidente que sua aplicação está restrita às modificações genéticas causadas pela intervenção humana em laboratório. Dessa forma, processos naturais de mutação, ou métodos tradicionais de cultivo, como os conhecidos “enxertos” no cultivo de vegetais, não podem ser tidos como OGM, exceto quando a transformação se der com o auxílio de um OGM¹⁴.

Seja como for, nossa legislação não foi além dos organismos geneticamente modificados, ou melhor, nada mencionou acerca dos transgênicos, que, muitas vezes, são tratados simplesmente como sinônimos de OGMs.

Os transgênicos, entretanto, não são sinônimos de OGMs, pois, em realidade, os transgênicos são espécies de OGMs, uma vez que “além de serem organismos cujo material genético tenha sido modificado por qualquer técnica de engenharia, envolvem a transferência de material genético de uma espécie para outra”¹⁵. Assim sendo, quando utilizamos a expressão transgênicos, não podemos nos esquecer de que ela pressupõe a transferência de material genético de uma espécie para outra.

Da mesma forma, no âmbito da União Europeia, também encontramos uma definição da legislação. Realmente, a Diretiva 2001/18/CE entende como organismo geneticamente modificado, conforme dispõe seu art. 2º, “qualquer organismo, com exceção do ser humano, cujo material genético tenha sido modificado de uma forma que não ocorre naturalmente por meio de cruzamentos e/ou de recombinação natural”. E a definição de OGM trazida pela Diretiva 2001/18/CE também foi adotada pelo Regulamento 1829/2003, o qual trata dos gêneros alimentícios e alimentos para animais geneticamente modificados¹⁶.

¹⁴ SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 147.

¹⁵ LOPEZ, Teresa Ancona, *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*, p. 213.

¹⁶ Art. 2º, 5 do Regulamento 1829/2003: “Entende-se por ‘organismo geneticamente modificado’ ou ‘OGM’, o organismo geneticamente modificado tal como definido no n.º 2 do art 2º da Diretiva

Destarte, da comparação entre as duas legislações, pode-se constatar a proximidade entre os conceitos adotados, bem como a ausência de uma definição ou tratamento específico para os transgênicos, valendo, por conseguinte, as disposições relativas aos OGMs. Porém, as semelhanças entre o tratamento brasileiro e o da União Europeia, como veremos mais adiante, vão muito além das definições.

3. ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E CONTRÁRIOS AO CONSUMO DE OGMs

O tema do consumo de OGMs é bastante polêmico, existindo argumentos muito convincentes tanto a seu favor como contrários. De qualquer forma, o certo é que a engenharia genética ainda está em seus primeiros passos, o que torna ainda mais difícil uma tomada de posição. Todavia, isso não impede a abertura de espaço para um amplo debate em relação às vantagens e riscos que envolvem os alimentos transgênicos.

De acordo com a indústria da biotecnologia, os OGMs representam uma segura e natural extensão dos métodos tradicionais de cruzamento para a obtenção de novas variedades de culturas e animais. Assim, como a humanidade selecionou e manipulou plantas e animais durante milênios, esta nova tecnologia seria simplesmente um estágio ulterior de tal processo¹⁷.

E, ao lado dessa forma natural de encarar a engenharia genética, seus defensores apresentam vários argumentos favoráveis à sua utilização. Iniciamos com aquele relacionado ao fim da fome no mundo, ou seja, os alimentos transgênicos seriam a solução para a fome do mundo, uma vez que sua produção é maior e mais barata que a dos alimentos convencionais, além de utilizarem menos defensivos agrícolas e serem dotados de maior resistência e durabilidade¹⁸. Todavia, parece-nos que o problema da fome está mais ligado à distribuição de renda e de alimentos, mesmo porque, como é sabido, uma grande quantidade de alimentos é desperdiçada diariamente por nações ricas e industrializadas.

2001/18/CE, excluindo os organismos obtidos através das técnicas de modificação genética enumeradas no anexo I B da Diretiva 2001/18/CE”.

¹⁷ MARIANI, Marina. *Alimenti geneticamente modificati*. Milano: Hoepli, 2001, p. 32.

¹⁸ VIANA, Flávia Batista, *Transgênicos: alguns aspectos*, p. 126.

No que toca aos riscos, asseveram os defensores dos transgênicos que, mesmo depois de vários anos de sua utilização, nada teria sido confirmado a respeito. Ponderam, ainda, que tais produtos já trazem grandes benefícios para a agricultura e para o meio ambiente, tomando como exemplo as plantas resistentes a pragas, que reduzem o uso de defensivos agrícolas e contribuem para a diminuição da poluição¹⁹.

Outra vantagem dos transgênicos seria a possibilidade de produzir alimentos mais nutritivos, mais saborosos e até alimentos que serviriam como remédio²⁰ ou vacina²¹. Ainda, a essa lista de vantagens, acrescentam Philippe Kourilsky e Geneviève Viney a possibilidade da transgenia eliminar certas alergias alimentares, como a que ocorre em relação ao arroz²².

Por outro lado, entre os argumentos contrários, encontramos os riscos econômico-sociais, os riscos ambientais e os riscos à saúde humana.

Há riscos econômico-sociais para os pequenos agricultores, que não terão acesso às vantagens proporcionadas pelas avançadas tecnologias desenvolvidas pelas empresas multinacionais e colocadas à disposição das grandes empresas rurais. Consequentemente, os pequenos agricultores seriam levados à ruína, o que geraria desemprego no campo.

Nesse ponto, é igualmente relevante o problema econômico gerado pelas patentes, já que, como é sabido, as linhagens transgênicas são protegidas

¹⁹ VIANA, Flávia Batista, *Transgênicos: alguns aspectos*, p. 126-127.

²⁰ Esse é o objetivo da Universidade de Fortaleza, que pretende, com o uso de linhagens transgênicas de caprinos, a produção de leite “fortificado” com proteínas humanas, o qual seria capaz combater a diarreia infantil (RIGHETTI, Sabine. Ceará fará leite com proteína humana. *Folha de São Paulo*, 28.08.2010. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/ciencia/790369-ceara-fara-leite-com-proteina-humana.shtml>. Acessado em 01.10.2010).

²¹ Nesse sentido, José Geraldo Brito Filomeno cita a seguinte notícia, veiculada no jornal *Estadão*, em novembro de 2001: “Arroz com betacaroteno ou com ferro, e milho com mais proteína. Quem sabe até verduras, legumes e frutas personalizadas para quem tem alergia a um de seus componentes. Não se trata de ficção, mas das possibilidades de aplicação da tecnologia dos transgênicos para a criação de novos alimentos. Melhorar a produção agrícola foi o primeiro objetivo do desenvolvimento dos produtos transgênicos. A segunda fase, que já começou em laboratórios do exterior, vai criar alimentos transgênicos com benefícios nutricionais. A transgenia ainda promete uma terceira fase: a veiculação de vacinas por meio de frutas e vegetais modificados geneticamente” (FILOMENO, José Geraldo Brito. Alimentos transgênicos: implicações consumeristas e ambientais. In: CORRÊA, Elidia Aparecida de Andrade; GIACOIA, Gilberto; CONRADO, Marcelo (coord.). *Biodireito e dignidade da pessoa humana*. Curitiba, Juruá, 2007, p. 172).

²² KOURILSKY, Philippe; VINEY, Geneviève. *Le principe de précaution: rapport au Premier ministre*. Paris: Odile Jacob, 2000, p. 112.

pelos direitos intelectuais, sendo devido o pagamento de vultosas quantias pela sua utilização.

Outrossim, muitas vezes, as grandes empresas produtoras de transgênicos acabam proibindo os agricultores de produzirem suas próprias sementes para o próximo plantio, obrigando-os a comprar novamente as sementes e pagar os direitos intelectuais relacionados ao seu uso²³.

Tudo isso demonstra que a capacidade de modificar geneticamente as plantas pode ser utilizada como um instrumento de dominação econômica do mercado agrícola²⁴, o que parece estar ocorrendo, por exemplo, no Brasil, onde a empresa Monsanto tem sido alvo de acusações e ações judiciais de produtores rurais, que alegam que a multinacional tem cobrado ilegalmente *royalties* e restringido a produção de sementes convencionais.

Outro problema econômico está ligado à impossibilidade de identificação de OGMs em produtos importados, o que impediria o consumidor de optar pelo consumo de produtos convencionais ou transgênicos.

Em relação ao meio ambiente, argumenta-se que as espécies transgênicas poderiam levar à redução da variabilidade genética. Realmente, devido à resistência dos transgênicos aos defensivos agrícolas, espécies nativas não resistentes aos poderosos agrotóxicos acabariam sendo destruídas²⁵.

Ademais, o aumento na utilização de agrotóxicos poderia conduzir ao surgimento de pragas mais resistentes, ou mesmo a uma reviravolta ecológica, o que já ocorreu na China, onde a utilização de uma variedade de algodão transgênico permitiu o controle de lagartas que ameaçavam as plantações, mas um percevejo outrora inofensivo virou praga²⁶.

Isso indica a existência de consideráveis riscos de alteração do ecossistema, já que não se sabe o que ocorrerá com a introdução de uma nova espécie no ecossistema, que certamente estabelecerá novas cadeias biológicas de

²³ VIANA, Flávia Batista, *Transgênicos: alguns aspectos*, p. 128-129.

²⁴ PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães, *Clonagem e transgênicos ante os princípios da dignidade da pessoa humana e da precaução no direito ambiental*, p. 65.

²⁵ VIANA, Flávia Batista, *Transgênicos: alguns aspectos*, p. 130.

²⁶ GARCIA, Rafael. *Transgênico mata uma praga e traz outra*. *Folha de São Paulo*, 14.05.2010. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/ciencia/ult306u735069.shtml>. Acessado em 03.10.2010.

sobrevivência e de multiplicação das espécies naturais²⁷. Aliás, o problema é detectado não somente com espécies transgênicas, mas, também, nos casos de introdução de uma espécie proveniente de ecossistema diverso, como ocorreu com a introdução do coelho na Austrália, que se tornou uma verdadeira praga.

A polinização cruzada é outro ponto discutido, já que é possível a contaminação de espécies não transgênicas devido à proximidade de plantas transgênicas²⁸. E a contaminação também poderia ocorrer em espécies animais.

No que diz respeito à saúde humana, não é possível determinar quais são os riscos exatos a que estarão sujeitos os consumidores de alimentos geneticamente modificados. No entanto, já foram detectados problemas relacionados ao aumento de alergias²⁹, à resistência bacteriana a antibióticos,

²⁷ FILOMENO, José Geraldo Brito. Alimentos transgênicos: implicações consumeristas e ambientais. In: CORRÊA, Elidia Aparecida de Andrade; GIACÓIA, Gilberto; CONRADO, Marcelo (coord.). *Biodireito e dignidade da pessoa humana*. Curitiba, Juruá, 2007, p. 173.

²⁸ Justamente diante de tal problema é que a legislação alemã, em conformidade com as regras de coexistência, estabeleceu a distância mínima de 150 metros entre as margens das lavouras (GOEHL, Susanne Annelie. *Gentechnik, Recht und Handel: Genmanipulierte landwirtschaftliche Produkte als Gegenstand des öffentlichen Wirtschaftsrechts*. Hamburg: Diplomica, 2009, p. 43).

²⁹ No que diz respeito a alergias, José Geraldo Brito Filomeno cita o seguinte estudo: “Geralmente um alergênico pode ser introduzido num alimento como resultado fortuito da engenharia genética aplicada por alguma outra razão. E um desses casos já foi observado. A empresa ‘Pioneer Seeds’ tem tentando modificar sementes de soja a fim de aumentar sua qualidade como alimento animal. Um dos problemas com a soja como fonte de proteína para animais é que sua casca contém fortes componentes aminoácidos sulfúricos. E para demonstrar isso os próprios cientistas da Pioneer transferiram um gene da castanha-do-pará para a soja. Embora a proteína da castanha-do-pará que foi transferida não seja conhecida (ou previamente identificada) como um alergênico, a Pioneer contratou o Dr. Steven Taylor, um especialista em alergias derivadas de alimentos da Universidade de Nebraska, para testar a soja geneticamente modificada. Usando soros de alguns de seus pacientes acometidos de alergia pela ingestão de castanha-do-pará, o Dr. Taylor demonstrou que os soros reagiram fortemente em face da soja modificada, demonstrando que esses pacientes poderiam ter uma reação alérgica à soja se a tivessem consumido. A indústria frequentemente afirma que as suscetibilidades a alergenicidades não constituem problema mais grave porque existem apenas alguns alergênicos. Mas a pesquisa tem demonstrado que para qualquer alimento, sempre há um percentual da população que lhe é alérgica. Desta forma, em adição a alergênicos comuns (em termos de número de pessoas que são suscetíveis à sua reação), tais como aqueles presentes nos amendoins, sojas, leite, trigo, ostras, e ovo, há alergênicos incomuns, como aqueles presentes no aipo, cenouras, couves, bananas, melancia, morangos, laranjas, temperos etc. Além disso, novos alimentos podem causar alergias. O kiwi só recentemente foi acrescentado à dieta das pessoas nos Estados Unidos, e já se contam alguns casos de alergias pelo seu consumo” (FILOMENO, José Geraldo Brito, Alimentos transgênicos: implicações consumeristas e ambientais, p. 175).

à potencialização dos efeitos de substâncias tóxicas³⁰, ao aumento de resíduos de agrotóxicos nos alimentos, rios e solos³¹.

E todos esses problemas estão ligados ao fato de que os genes e respectivas proteínas de um organismo evoluíram de modo a trabalhar, nesse organismo, em conjunto. Dessa forma, o gene e a respectiva proteína de um animal, quando introduzidos em outro organismo, como um vegetal, podem não trabalhar como no organismo original, ocasionando efeitos colaterais, tais como toxinas, alergias e alterações em valores nutricionais³².

Todavia, isso não significa que a engenharia genética deve ser considerada perigosa tão-somente por se tratar de um método artificial. Na verdade, como mencionado, os potenciais riscos da engenharia genética, que devem ser muito bem ponderados, estão ligados ao fato de que não sabemos como um gene e uma proteína, que atuam há milhões de anos em conjunto em um organismo, se comportarão quando introduzidas em outro organismo³³.

Por conseguinte, diante dos potenciais riscos apresentados pelos OGMs, muitas nações aplicam ao tema o princípio da precaução, pois, como muito bem pondera Teresa Ancona Lopez, “não há solução para esse debate e somente daqui a muitos anos é que saberemos quem estava com a razão”³⁴.

4. O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO NO BRASIL E NA UNIÃO EUROPEIA

O princípio da precaução foi introduzido há muito pouco tempo no direito, encontrando espaço inicialmente no direito ambiental. Em debates internacionais podemos constatar sua presença desde a “Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano”, realizada no ano de

³⁰ E no que toca às substâncias tóxicas, adverte José Geraldo Brito Filomeno que da manipulação genética podem surgir toxinas até mortais, ou então toxinas já existentes naturalmente nos produtos agrícolas podem ser potencializadas (FILOMENO, José Geraldo Brito, Alimentos transgênicos: implicações consumeristas e ambientais, p. 174).

³¹ VIANA, Flávia Batista, *Transgênicos: alguns aspectos*, p. 131.

³² MARIANI, Marina, *Alimenti geneticamente modificati*, p. 39.

³³ MARIANI, Marina, *Alimenti geneticamente modificati*, p. 38.

³⁴ LOPEZ, Teresa Ancona, *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*, p. 212.

1972, em Estocolmo³⁵. A partir daí muitos outros diplomas internacionais albergaram o princípio da precaução entre seus postulados³⁶.

No que diz respeito mais especificamente aos organismos geneticamente modificados, é relevante lembrarmos que o princípio foi consagrado, em 1992, pela Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (ECO-92), que dispõe em seu princípio 15:

Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

Daí em diante, o referido princípio começou a ser aplicado também em outros ramos do direito, buscando-se a proteção da incolumidade física e da saúde dos indivíduos, no que está compreendida a segurança alimentar³⁷. Aliás, como advertem Philippe Kourilsky e Geneviève Viney, o campo de aplicação da precaução é extremamente vasto, ultrapassando os três setores normalmente identificados (saúde, alimentação e meio ambiente) para cobrir outros domínios, como aquele das liberdades públicas³⁸.

De acordo com Teresa Ancona Lopes, o princípio da precaução:

é aquele que trata das diretrizes e valores do sistema de antecipação de riscos hipotéticos, coletivos ou individuais, que estão a ameaçar a sociedade ou

³⁵ LOPEZ, Teresa Ancona, *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*, p. 97.

³⁶ PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. Clonagem e transgênicos ante os princípios da dignidade da pessoa humana e da precaução no direito ambiental. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, n. 14, jan./mar. 2005, p. 60.

³⁷ LOPEZ, Teresa Ancona, *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*, p. 99.

³⁸ KOURILSKY, Philippe; VINEY, Geneviève, *Le principe de précaution: rapport au Premier ministre*, p. 39.

seus membros com danos graves e irreversíveis e sobre os quais não há certeza científica; esse princípio exige a tomada de medidas drásticas e eficazes com o fito de antecipar o risco suposto e possível, mesmo diante da incerteza³⁹.

Assim, no princípio da precaução, estamos diante de riscos-potenciais, havendo incerteza quanto à superveniência de um prejuízo, justamente o caso dos alimentos geneticamente modificados, que representam forte probabilidade de prejuízos aos seus consumidores, bem como ao meio ambiente. E, nesse ponto, o princípio da precaução se diferencia do princípio da prevenção, já que, neste, os riscos não são potenciais, mas, sim, constatados⁴⁰.

No Brasil, diante dos organismos geneticamente modificados, temos clara aplicação do princípio da precaução, seja sob a óptica do direito ambiental (que faremos sucinta menção a seguir), ou a do direito do consumidor (que veremos mais adiante).

No que toca ao direito ambiental, o princípio da precaução encontra fundamento no art. 225 e parágrafos da Constituição Federal, merecendo destaques os incisos V e VII do §1º.

A Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005), por sua vez, na parte final do *caput* de seu art. 1º, também determinou expressamente a “observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente”⁴¹.

Outrossim, pelo fato de o Brasil ser país aderente do Protocolo de Cartagena, igualmente se comprometeu, no âmbito internacional, a cuidar das questões relativas aos OGMs com observância do princípio da precaução⁴².

³⁹ LOPEZ, Teresa Ancona, *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*, p. 101.

⁴⁰ LOPEZ, Teresa Ancona, *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*, p. 101.

⁴¹ “Art. 1º Esta Lei estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, tendo como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente”.

⁴² LOPEZ, Teresa Ancona, *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*, p. 218.

Na União Europeia, também se reconheceu a importância do princípio da precaução, tanto é que tal princípio figura nos tratados de Maastricht, Amsterdã e Nice⁴³.

Realmente, o princípio é previsto pelo tratado da Comunidade Europeia como fundamento da política ambiental, tendo sido inserido por modificações trazidas pelo tratado de Maastricht. E, de acordo com a Corte de Justiça, as disposições do tratado que exprimem os objetivos fundamentais e princípios essenciais, como o princípio da precaução, têm valor constitucional⁴⁴.

Além do valor constitucional, o princípio da precaução é visto como um princípio geral do direito comunitário, cuja aplicação não é limitada ao direito ambiental, espalhando seus efeitos a todas as matérias comunitárias de interesse, e, em particular, à tutela da saúde e do consumo⁴⁵.

Outrossim, ao lado das disposições dos tratados, o princípio também foi consagrado pelo art. 7º do Regulamento 178, de 28 de janeiro 2002, editado pela União Europeia como o regime de segurança alimentar a ser observado pelos países membros. Senão, vejamos:

Princípio da precaução

1. Nos casos específicos em que, na sequência de uma avaliação das informações disponíveis, se identifique uma possibilidade de efeitos nocivos para a saúde, mas persistam incertezas a nível científico, podem ser adotadas as medidas provisórias de gestão dos riscos necessárias para assegurar o elevado nível de proteção da saúde por que se optou na Comunidade, enquanto se aguardam outras informações científicas que permitam uma avaliação mais exaustiva dos riscos.
2. As medidas adotadas com base no n.o 1 devem ser proporcionais e não devem impor mais

⁴³ FROTA, Mário. Segurança alimentar – imperativo de cidadania. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 44, out.-dez. 2002, p. 73.

⁴⁴ PRATI, Luca. *Il danno ambientale e la bonifica dei siti inquinati*. Vol. 3. Milano: Wolters Kluwer Italia, 2008, p. 61.

⁴⁵ PRATI, Luca, *Il danno ambientale e la bonifica dei siti inquinati*, vol. 3, p. 61.

restrições ao comércio do que as necessárias para se alcançar o elevado nível de proteção por que se optou na Comunidade, tendo em conta a viabilidade técnica e econômica e outros fatores considerados legítimos na matéria em questão. Tais medidas devem ser reexaminadas dentro de um prazo razoável, consoante a natureza do risco para a vida ou a saúde e o tipo de informação científica necessária para clarificar a incerteza científica e proceder a uma avaliação mais exaustiva do risco.

Ademais, também vamos encontrar o princípio da precaução nas disposições da Diretiva 2001/18/CE, o que, mais uma vez, mostra sua importância na legislação da União Europeia.

Porém, não se trata apenas de previsão normativa. A União Europeia, por diversas vezes, já colocou em prática o princípio em exame, bastando recordar a atuação da comunidade diante da encefalopatia espongiforme bovina, vulgarmente conhecida como doença da vaca louca, dos produtos cosméticos e das carnes com hormônio⁴⁶.

No caso da encefalopatia espongiforme bovina, por exemplo, a Decisão 96/239/CE determinou, como medida de urgência, que fosse proibido o envio de animais vivos e de carne bovina e seus derivados do Reino Unido para outro membro da União Europeia. O Reino Unido recorreu à Corte Europeia, a qual decidiu que, quando a existência e a extensão dos riscos para a saúde humana são incertas, as medidas protetivas não devem esperar pela existência e clara comprovação desses riscos⁴⁷.

Portanto, a União Europeia, com base no princípio da precaução, a fim de garantir a proteção de bens fundamentais como a saúde ou o meio ambiente, tem adotado medidas de cautela, incluindo, no caso, as situações de incerteza científica, em que o risco é apenas hipotético, não demonstrado cientificamente⁴⁸.

⁴⁶ RASPADORI, Fabio, *OGM. Lineamenti della disciplina europea*, p. 87-88.

⁴⁷ GORNY, Dietrich. *Grundlagen des europäischen Lebensmittelrechts: Kommentar zur Verordnung (EG) 178/2002*. Hamburg: Behr's, 2003, p. 83.

⁴⁸ PRATI, Luca, *Il danno ambientale e la bonifica dei siti inquinati*, vol. 3, p. 62.

Entretanto, o mesmo caminho trilhado pelo direito pátrio e europeu não vem sendo seguido pelos Estados Unidos, onde foi adotado o princípio da equivalência substancial.

5. OS PRINCÍPIOS DA PRECAUÇÃO E DA EQUIVALÊNCIA SUBSTANCIAL: CONFLITO OU COMPLEMENTO?

Realmente, nos Estados Unidos, a *Food and Drug Administration* (FDA), em 1990, fixou, como sendo essencial na segurança de produtos transgênicos, o cotejo com produtos similares dotados de padrão de segurança aceitável⁴⁹.

Esse também é o posicionamento da Organização Mundial de Saúde (OMS) e da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), sendo certo que o conceito de equivalência substancial surgiu no ano de 1993, em uma publicação da OCDE⁵⁰.

Pelo princípio da equivalência substancial, objetiva-se concluir que um alimento geneticamente modificado é tão seguro quanto seu análogo sem modificação genética, o qual já possui um histórico de uso seguro. A avaliação é comparativa, identificando-se, por conseguinte, as semelhanças e diferenças entre os alimentos convencionais e os geneticamente modificados⁵¹.

Desta forma, após o estudo de equivalência substancial, o produtor pode obter permissão do FDA para liberar o alimento geneticamente modificado para consumo nos Estados Unidos, sem necessidade de rotulação. Considera-se a equivalência substancial suficiente, dada a incapacidade de se comprovar os efeitos negativos do consumo de determinado produto para a saúde humana, favorecendo-se o produtor do “benefício da dúvida”⁵².

⁴⁹ VIEIRA, David Laerte. Princípio da precaução versus princípio da equivalência substancial e a polêmica em torno da liberação dos transgênicos no Brasil. *Interesse Público*, Porto Alegre, v. 9, n. 41, jan.-fev. 2007, p. 112.

⁵⁰ VIEIRA, David Laerte. Princípio da precaução versus princípio da equivalência substancial e a polêmica em torno da liberação dos transgênicos no Brasil, p. 112.

⁵¹ VIEIRA, David Laerte. Princípio da precaução versus princípio da equivalência substancial e a polêmica em torno da liberação dos transgênicos no Brasil, p. 113.

⁵² VIEIRA, David Laerte. Princípio da precaução versus princípio da equivalência substancial e a polêmica em torno da liberação dos transgênicos no Brasil, p. 113.

Ocorre que, em um primeiro momento, o termo sugeria que dois alimentos eram equivalentes em todas as características que revestiam interesse para o consumidor, ou seja, segurança, valor nutritivo e composição. Entretanto, hodiernamente, os pesquisadores comparam somente algumas características dos alimentos modificados com aquelas dos alimentos naturais⁵³.

De tal arte, se as características levadas em consideração não resultarem muito diversas entre os dois tipos de alimentos, então simplesmente se conclui que o alimento geneticamente modificado é substancialmente equivalente ao correspondente não modificado⁵⁴.

Sobre o tema, Nutti e Watanabe tecem críticas muito pertinentes:

O fato de um alimento geneticamente modificado ser substancialmente equivalente ao análogo convencional não significa que o mesmo seja seguro, nem elimina a necessidade de se conduzir uma avaliação rigorosa para garantir a segurança do mesmo antes que sua comercialização seja permitida. Por outro lado, a não constatação do ES [equivalência substancial] não significa que o alimento geneticamente modificado não seja seguro, mas que há a necessidade de se prover dados de maneira extensiva, que demonstrem sua segurança⁵⁵.

Daí, pode-se afirmar que a equivalência substancial não é a solução para o problema da detecção dos riscos dos OGMs, mas, sim, apenas mais um critério que pode auxiliar na identificação dos riscos relacionados ao consumo de referidos produtos⁵⁶, mesmo porque, como visto, para a

⁵³ MARIANI, Marina, *Alimenti geneticamente modificati*, p. 40.

⁵⁴ MARIANI, Marina, *Alimenti geneticamente modificati*, p. 40.

⁵⁵ WATANABE, Edson; NUTTI, Marília Regini. Alimentos geneticamente modificados: avaliação de segurança e melhorias de qualidade em desenvolvimento. *Revista Brasileira de Milho e Sorgo*, América do Norte, v. 1, n. 1, abr. 2010, p. 05. Disponível em: <http://rbms.cnpm.br/index.php/ojs/article/view/3>. Acessado em: 05.10.2010.

⁵⁶ VIANA, Flávia Batista, *Transgênicos: alguns aspectos*, p. 127.

aferição da equivalência substancial podem ser levadas em conta apenas algumas características dos produtos.

Na verdade, o que há não é uma disputa entre princípios jurídicos, mas, sim, uma disputa entre interesses econômicos e políticos, a qual acaba refletindo na adoção dos princípios jurídicos relativos à produção e consumo de alimentos transgênicos.

Consequentemente, os países favoráveis aos transgênicos, guiados pelo interesse de transnacionais detentoras de tecnologia, como é o caso dos Estados Unidos, seguem o princípio da equivalência substancial, enquanto que os países contrários à liberação, como aqueles pertencentes à União Europeia, adotam o princípio da precaução.

Seja como for, deixando-se de lado o conflito supramencionado, deve ficar claro que a aplicação do princípio da precaução aos OGMs “não significa que a indústria deva apresentar provas absolutas e incontestáveis de que os transgênicos são perfeitamente seguros”. Na verdade, o que deve ser demonstrado é que, “diante das pesquisas e testes possíveis de serem efetivados, dentro de prazo razoável e necessário para se ultimarem esses estudos científicos, os transgênicos se apresentam como”⁵⁷ não agressores do meio ambiente e seguros para o consumo humano.

Assim sendo, fica evidente que, na matéria em estudo, é fundamental o gerenciamento de riscos, mesmo porque o ‘risco zero’ é uma utopia, “pois sempre haverá um risco residual, que ainda é risco, que deve ser suportado pela coletividade ou pelos indivíduos”⁵⁸.

Em última instância, “deve haver uma ponderação entre a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de um lado, e o princípio da precaução, de outro”⁵⁹, devendo prevalecer, a nosso ver, o que melhor preservar a dignidade da pessoa humana. Por conseguinte, concluímos que os princípios da precaução e equivalência substancial deveriam ser vistos como complementares, já que tal posicionamento leva exatamente à melhor preservação da dignidade da pessoa humana.

⁵⁷ VIEIRA, David Laerte, Princípio da precaução versus princípio da equivalência substancial e a polêmica em torno da liberação dos transgênicos no Brasil, p. 115.

⁵⁸ LOPEZ, Teresa Ancona, *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*, p. 31.

⁵⁹ LOPEZ, Teresa Ancona, *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*, p. 219.

6. A NECESSIDADE DE ROTULAÇÃO DOS PRODUTOS TRANSGÊNICOS

No Brasil, a Constituição Federal reconheceu a defesa do consumidor entre os direitos fundamentais (art. 5º, XXXII, CF), incluindo-a, igualmente, entre os princípios gerais a serem observados pela atividade econômica (art. 170, V, CF). Em cumprimento aos ditames constitucionais, foi editado o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), o qual definiu princípios e estabeleceu os direitos básicos dos consumidores.

No Código de Defesa do Consumidor, foram fixados os objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo. Entre eles, no tocante aos organismos geneticamente modificados, podemos relacionar o respeito à dignidade, à saúde e à segurança do consumidor, bem como a observância de transparência nas relações de consumo (art. 4º, *caput*, CDC).

Já entre os direitos básicos do consumidor, devemos, aqui, arrolar a proteção da vida, da saúde e da segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos, a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, assegurada a liberdade de escolha, bem como o direito à informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços (art. 6º, I, II e III, CDC).

Com isso, diante da legislação de proteção do consumidor, fica evidente que os alimentos que contenham ou sejam produzidos a partir de OGMs devem ser devidamente rotulados e rastreados, garantindo-se ao consumidor seu direito à informação⁶⁰, à liberdade de escolha e à hipotética proteção de sua vida, saúde e segurança.

Ademais, a exigência de rotulação e rastreamento também está em consonância com o disposto nos artigos 8º, 9º, 10, 31 e 66 do Código de Defesa do Consumidor.

E reforçando as disposições do Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005) dispôs, em seu art. 40, que os “alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que

⁶⁰ Aliás, no que toca à liberdade de escolha, da mesma forma que é garantido ao indivíduo o direito de adotar uma dieta vegetariana ou uma dieta ligada à sua religião, também deve ser outorgado o mesmo direito em relação aos OGMs, ou seja, o indivíduo tem direito a adotar uma dieta livre de OGMs, o que somente pode ser feito se for informado acerca da presença de OGMs nos alimentos que consome (KOURILSKY, Philippe; VINEY, Geneviève, *Le principe de précaution: rapport au Premier ministre*, p. 112).

tenham ou sejam produzidos a partir de OGM ou derivados deverão conter a informação nesse sentido em seus rótulos, conforme regulamento”.

Assim, para dar cumprimento ao disposto na Lei de Biossegurança, foi editado o Decreto 4.680, de 24 de abril de 2003, o qual determinou, em seu artigo 2º, que, na “comercialização de alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que tenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados, com a presença acima do limite de um por cento do produto, o consumidor deverá ser informado da natureza transgênica desse produto”.

Além disso, tanto nos produtos embalados como nos vendidos a granel ou *in natura*, prevê o §1º do artigo 2º do Decreto 4.680/03 que “o rótulo da embalagem ou do recipiente em que estão contidos deverá constar, em destaque, no painel principal e em conjunto com o símbolo a ser definido mediante ato do Ministério da Justiça, uma das seguintes expressões, dependendo do caso: ‘(nome do produto) transgênico’, ‘contém (nome do ingrediente ou ingredientes) transgênico(s)’ ou ‘produto produzido a partir de (nome do produto) transgênico’”. Também deverá ser informado ao consumidor, conforme o § 2º do mesmo artigo, a espécie doadora do gene, o que deverá ser feito no local reservado para identificação dos ingredientes.

Outrossim, pela regra, para facilitar a visualização do consumidor, o rótulo deve conter, ainda, o símbolo que indica a presença de transgênico. Em conformidade com o estabelecido pela Portaria 2.658, de 22 de dezembro de 2003, do Ministério da Justiça, o símbolo consiste em um triângulo com a letra “T” em seu interior, sendo suas bordas e a letra na cor preta e o seu fundo interno na cor amarela.

Em caso de animais alimentados com ração contendo ingredientes transgênicos, o artigo 3º do Decreto 4.680 dispõe que os alimentos e ingredientes produzidos a partir desses animais deverão “trazer no painel principal, em tamanho e destaque previstos no art. 2º, a seguinte expressão: ‘(nome do animal) alimentado com ração contendo ingrediente transgênico’ ou ‘(nome do ingrediente) produzido a partir de animal alimentado com ração contendo ingrediente transgênico’”.

Ainda, nossa legislação faculta a rotulagem indicativa da ausência de transgênicos para os alimentos e ingredientes que não tenham

nem sejam produzidos a partir de OGMs⁶¹, desde que tenham similares transgênicos no mercado brasileiro.

Pois bem, dessas disposições fica claro que o Brasil adotou um sistema de rotulação bastante abrangente para os organismos geneticamente modificados, similar ao sistema europeu. E, para além da abrangência, poderíamos até falar em uma certa agressividade da rotulação, visto que o símbolo adotado pelo Ministério da Justiça, expressamente proibido na Europa, é capaz de induzir o consumidor leigo “a acreditar que se trata de algo venenoso ou extremamente prejudicial à sua saúde”⁶².

Exatamente por isso é que existem iniciativas de congressistas no sentido de se modificar a legislação que cuida da rotulagem, o que passaremos a ver no próximo tópico.

7. PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO DAS REGRAS DE ROTULAÇÃO NO BRASIL

De fato, tanto na Câmara dos Deputados como no Senado tramitam projetos que objetivam alterar as regras da rotulação.

O Projeto de Decreto Legislativo 90/2007, de autoria da senadora Katia Abreu, propõe a alteração do atual Decreto de Rotulagem para tornar inexigível a inserção do símbolo “T” e a rotulagem dos alimentos e ingredientes produzidos a partir de animais alimentados com rações contendo ingredientes transgênicos⁶³.

Já o Projeto de Lei 4.148/2008, de autoria do deputado federal Luiz Carlos Heinze, pretende alterar o art. 40 da Lei de Biossegurança, propondo as mesmas alterações da senadora Kátia Abreu, bem como exigindo a rotulação de alimentos somente nos casos de presença superior a 1% de OGMs na composição final, a qual será detectada em análise específica.

Com isso, somente será necessária a rotulação quando for detectável a presença de OGM no produto final. Dessa forma, se eventualmente forem aprovados, em especial o segundo projeto, teremos, como resultado, a mudança de paradigma da legislação, que passará do critério da rastreabilidade, também adotado na União Europeia, para o critério da detectabilidade.

⁶¹ Art. 4º do Decreto 4.680/03: (...) “(nome do produto ou ingrediente) livre de transgênicos” (...).

⁶² LOPEZ, Teresa Ancona, *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*, p. 221.

⁶³ VIANA, Flávia Batista, *Transgênicos: alguns aspectos*, p. 140.

Por conseguinte, com a alteração do critério, ficará mais fácil a fuga da rotulagem, bastando aos fabricantes a destinação dos grãos transgênicos a alimentos altamente processados (como óleos) e à ração animal, impedindo a detecção de OGMs nos testes laboratoriais.

Por isso, muitos defensores dos consumidores entendem que essas propostas afrontam o interesse público, contrariando as disposições do Código de Defesa do Consumidor, do Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança⁶⁴, bem como decisões judiciais reconhecendo e exigindo a informação nos rótulos, mesmo que abaixo de 1% de ingredientes transgênicos⁶⁵.

Daí se percebe que, atualmente, o maior debate no que toca aos transgênicos está relacionado à delimitação do percentual de OGMs existentes nos alimentos disponíveis aos consumidores⁶⁶. E, não obstante o alinhamento de nossa legislação às disposições de muitas nações desenvolvidas, parece-nos que não se pode negar ao consumidor o direito de obter as informações sobre o produto a consumir, especialmente se estamos lidando com produtos que contenham elementos geneticamente modificados.

Portanto, sob pena de se estar desrespeitando direitos do consumidor, acreditamos que o correto é a rotulagem do produto transgênico, independentemente do porcentual de transgenia nele encontrado, pois, somente assim, a escolha do consumidor irá refletir precisamente sua vontade, o que nos leva a concluir que não deveria existir o patamar de 1%, previsto no Decreto 4.680/03.

8. A ROTULAÇÃO E O DIREITO À INFORMAÇÃO NA UNIÃO EUROPEIA

Apesar da inegável necessidade, já que o comércio internacional de transgênicos está em ampla expansão, ainda não há consenso internacional no que diz respeito às regras para rotulagem desses produtos. Seja como for, é certo que as normas de rotulagem são adotadas por uma ampla gama de países⁶⁷.

⁶⁴ O Protocolo de Cartagena está em vigor desde 22.02.2004, tendo sido incorporado ao nosso ordenamento jurídico pelo Decreto 5.705/2006.

⁶⁵ VIANA, Flávia Batista, *Transgênicos: alguns aspectos*, p. 140.

⁶⁶ GASPARINI, Bruno. *Transgenia na agricultura*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 257.

⁶⁷ VIANA, Flávia Batista, *Transgênicos: alguns aspectos*, p. 141.

A União Europeia, diferentemente do Estados Unidos, determina que os gêneros alimentícios transgênicos sejam rotulados, independentemente de sua equivalência substancial, aplicando, desta forma, como já mencionado, o princípio da precaução⁶⁸.

Na visão da União Europeia, a justificação para a rotulagem está não somente na gestão de riscos derivados da incerteza, mas, também, na observância dos direitos do consumidor à informação e escolha⁶⁹.

Esse posicionamento acabou sendo construído durante a crise gerada pela encefalopatia espongiforme bovina, quando os estados-membros e os cidadãos europeus colocaram em discussão a capacidade da União Europeia de proteger a saúde da população⁷⁰.

Assim, diante da necessidade de restabelecer a confiança dos cidadãos nas instituições, partiu-se para um ambicioso projeto de regulamentação do sistema agroalimentar, de maneira que a segurança alimentar teve seu conteúdo alterado e os direitos dos consumidores se ampliam⁷¹.

Foram garantidos, por conseguinte, ao lado do direito à saúde, os direitos à informação e à escolha, os quais não encontravam tutela em nível global (OMC) ou em algum acordo multilateral⁷².

Nesse contexto, encontrou espaço a Diretiva 2001/18/CE, que substituiu a Diretiva 90/220/CE e regulamentou a colocação de OGMs no mercado, impondo não só autorização inicial, baseada na valoração dos riscos relacionados ao meio ambiente e à saúde do consumidor, mas, também, o monitoramento dos efeitos pós-introdução no mercado, a necessidade de rotulação e a aplicação de procedimentos para o rastreamento⁷³.

Outrossim, a normatização europeia exige o amplo rastreamento e a rotulação do produto, ainda que, em sua composição final, não haja nenhum vestígio de OGM, o que certamente encarece os custos de sua produção.

⁶⁸ VIEIRA, David Laerte, Princípio da precaução versus princípio da equivalência substancial e a polêmica em torno da liberação dos transgênicos no Brasil, p. 113.

⁶⁹ FONTE, Maria, *Organismi geneticamente modificati: monopolio e diritti*. Milano: FrancoAngeli, 2004, p. 26.

⁷⁰ FONTE, Maria, *Organismi geneticamente modificati: monopolio e diritti*, p. 29.

⁷¹ FONTE, Maria, *Organismi geneticamente modificati: monopolio e diritti*, p. 29.

⁷² FONTE, Maria, *Organismi geneticamente modificati: monopolio e diritti*, p. 29.

⁷³ FONTE, Maria, *Organismi geneticamente modificati: monopolio e diritti*, p. 30.

E essas exigências ficam bem evidentes no Regulamento 1830/2003/CE⁷⁴, que expressamente exige rastreamento e rotulagem de produtos que contenham ou sejam constituídos por OGM, demonstrando a preocupação da União Europeia com toda a cadeia produtiva⁷⁵.

Na verdade, deve-se compreender a lógica do sistema europeu, uma vez que o rastreamento é uma condição para a correta rotulação, de maneira que uma confiável e correta etiquetagem somente será possível se existir um sistema que acompanhe toda a cadeia produtiva⁷⁶.

Entretanto, a rotulagem não se aplica aos vestígios de OGM presentes em produtos numa proporção não superior a 0,9%, desde que a presença seja acidental ou tecnicamente inevitável⁷⁷.

E o rigorismo da regulamentação da União Europeia levou os Estados Unidos, o Canadá e a Argentina a discutirem tais regras na OMC, onde foi alegado que as medidas da União Europeia constituíam barreira regulatória ao acesso ao mercado.

Todavia, o recurso à OMC direcionava-se basicamente às regras de rotulagem, visto que países como os Estados Unidos, que utilizam em larga escala as técnicas de engenharia genética, possuem sistemas de rotulação

⁷⁴ Art. 2º do Regulamento 1830/2003/CE: “1. O presente regulamento é aplicável, em todas as fases da colocação no mercado, a: a) Produtos que contenham ou sejam constituídos por OGM, colocados no mercado em conformidade com a legislação comunitária; b) Gêneros alimentícios produzidos a partir de OGM, colocados no mercado em conformidade com a legislação comunitária; c) Alimentos para animais produzidos a partir de OGM, colocados no mercado em conformidade com a legislação comunitária”.

⁷⁵ GOEHL, Susanne Annelie, *Gentechnik, Recht und Handel: Genmanipulierte landwirtschaftliche Produkte als Gegenstand des öffentlichen Wirtschaftsrechts*, p. 45-46.

⁷⁶ GOEHL, Susanne Annelie, *Gentechnik, Recht und Handel: Genmanipulierte landwirtschaftliche Produkte als Gegenstand des öffentlichen Wirtschaftsrechts*, p. 46.

⁷⁷ Art 21 da Diretiva 2001/18/CE: “1. Os Estados-Membros devem tomar todas as medidas necessárias para assegurar que, em todas as fases da colocação no mercado, a rotulagem e embalagem dos produtos colocados no mercado que contenham ou sejam constituídos por OGM sejam conformes com os requisitos relevantes que constem da autorização por escrito a que é feita referência no n.º 3 do artigo 15.º, nos n.ºs 5 e 8 do artigo 17.º, no n.º 2 do artigo 18.º e no n.º 3 do artigo 19.º. 2. Relativamente aos produtos aos quais seja impossível de excluir a existência de vestígios de OGM autorizados, fortuita ou tecnicamente inevitável, pode ser fixado um limiar mínimo abaixo do qual esses produtos não têm de ser rotulados em conformidade com o disposto no n.º 1. Os limiares devem ser fixados consoante o produto em questão nos termos do n.º 2 do artigo 30.º. 3. No que respeita aos produtos destinados ao processamento direto, o disposto no n.º 1 não é aplicável aos vestígios de OGM autorizados numa proporção não superior a 0,9 % ou a limiares mais baixos estabelecidos ao abrigo do n.º 2 do artigo 30.º, desde que a presença desses vestígios seja acidental ou tecnicamente inevitável”.

facultativa, a qual somente se torna necessária, no caso dos Estados Unidos, “quando não houver para o produto transgênico um convencional análogo que se ajuste ao princípio da equivalência substancial”⁷⁸.

De qualquer forma, como assevera Teresa Ancona Lopes, “a formulação de consulta à OMC deixa claro que existe uma interface de conflito entre o desenvolvimento do comércio internacional e a efetivação de instrumentos internacionais de defesa do meio ambiente, mais especificamente o Protocolo de Cartagena sobre Biodiversidade”⁷⁹. E acrescentaríamos, também, o conflito atinente ao direito à saúde, informação e escolha do consumidor.

9. A ROTULAÇÃO E O DIREITO À INFORMAÇÃO NA ALEMANHA

Na Alemanha, a adequação da legislação de regulação da engenharia genética à Diretiva 2001/18/CE não se deu de uma só vez, mas, sim, de forma parcelada, com sucessivas alterações da legislação⁸⁰.

As sucessivas alterações legislativas colocaram em evidência as medidas de proteção do ser humano e do meio ambiente, a liberdade de escolha dos agricultores e dos consumidores, bem como a garantia de coexistência de diferentes formas de administração no âmbito do desenvolvimento e utilização da engenharia genética⁸¹.

No âmbito da liberdade de escolha dos consumidores, a legislação alemã, além de consagrar a rotulagem dos transgênicos, também ofereceu a possibilidade de se indicar que um gênero alimentício foi produzido sem engenharia genética, o que é feito pela rotulagem “ohne Gentechnik”. Essa nova possibilidade está valendo desde maio de 2008, com a entrada em vigor de novas disposições legais⁸².

⁷⁸ VIANA, Flávia Batista, *Transgênicos: alguns aspectos*, p. 142.

⁷⁹ LOPEZ, Teresa Ancona, *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*, p. 216.

⁸⁰ GOEHL, Susanne Annelie, *Gentechnik, Recht und Handel: Genmanipulierte landwirtschaftliche Produkte als Gegenstand des öffentlichen Wirtschaftsrechts*, p. 41-42.

⁸¹ GOEHL, Susanne Annelie, *Gentechnik, Recht und Handel: Genmanipulierte landwirtschaftliche Produkte als Gegenstand des öffentlichen Wirtschaftsrechts*, p. 42.

⁸² *Gentechnisch veränderte Lebensmittel: Kennzeichnung. Transparenz für Gentechnik bei Lebensmitteln*. Disponível em: <http://www.transgen.de/pdf/kompakt/kennzeichnung.pdf>. Acessado em 29.09.2010.

No que toca aos gêneros alimentícios como carne, leite e ovos, a rotulagem “sem engenharia genética” pode ser utilizada quando a alimentação do animal não inclui plantas geneticamente modificadas, porém, isso não vale para toda a vida do animal, mas somente para um determinado período antes do abate. Também são permitidas as rações produzidas com auxílio de OGMs. Já para os gêneros alimentícios chamados de BIO (“Bio-Lebensmitteln”), a utilização de OGMs é proibida⁸³.

Ao contrário do que ocorre no Brasil, na Alemanha não é permitida a utilização de um logotipo ou símbolo chamativo sobre alimentos com OGMs. Assim, caso os alimentos contenham uma lista de ingredientes, o texto indicativo da transgenia deve complementar a lista de ingredientes, sendo certo que o §17b da Lei para Regulação da Engenharia Genética (“Gesetz zur Regelung der Gentechnik – Gentechnikgesetz - GenTG”) traz a seguinte expressão indicativa: “este produto contém organismos geneticamente modificados” (“Dieses Produkt enthält genetisch veränderte Organismen”). Caso o produto não contenha uma lista de ingredientes, o texto de rotulagem deve ser indicado visivelmente.

Os produtos vendidos a granel ou sem embalagem também não escapam da legislação alemã, que determina a aposição de uma placa diretamente sobre a mercadoria. O mesmo vale para restaurantes e lanchonetes, com exceção dos “restaurantes comunitários”.

Por outro lado, considerando que muitos gêneros alimentícios são produzidos sem a exclusão de OGMs, prevê a legislação alemã que, em certos produtos, como soja, possa existir uma determinada parte de OGMs. E isso ocorre normalmente em caso de importação de países como Estados Unidos, Argentina e, em parte, Brasil, onde os OGMs não são separados das plantas convencionais. Com isso, para derivados de soja e milho, é sempre obrigatório o indicativo, se for comprovada existência de OGMs como matéria prima, independente do percentual deles⁸⁴.

⁸³ Gentechnisch veränderte Lebensmittel: Kennzeichnung. *Transparenz für Gentechnik bei Lebensmitteln*. Disponível em: <http://www.transgen.de/pdf/kompakt/kennzeichnung.pdf>. Acessado em 29.09.2010.

⁸⁴ Gentechnisch veränderte Lebensmittel: Kennzeichnung. *Transparenz für Gentechnik bei Lebensmitteln*. Disponível em: <http://www.transgen.de/pdf/kompakt/kennzeichnung.pdf>. Acessado em 29.09.2010.

10. O PAPEL DO JUDICIÁRIO NO CUMPRIMENTO DA LEGISLAÇÃO

A legislação que estabelece a rotulagem dos produtos transgênicos demorou alguns anos para ser cumprida, o que somente foi possível após decisões judiciais que obrigaram as empresas produtoras de transgênicos a respeitar o direito do consumidor à informação.

Assim sendo, considerando a importância das decisões judiciais no que toca ao cumprimento da legislação em questão, selecionamos alguns julgados, que passaremos a relatar brevemente.

O primeiro processo selecionado tramitou na 3ª Vara Federal de Teresina/PI. Trata-se da ação civil pública nº 2007.40.00.000471-6, proposta pelo Ministério Público Federal em face da União e da empresa Bunge Alimentos, objetivando assegurar ao consumidor seu direito à informação, consistente na rotulagem de produtos alimentícios transgênicos.

Na decisão sobre o pedido de antecipação de tutela, proferida em abril de 2007, o juiz federal Régis de Souza Araújo considerou ilegal o art. 2º do Decreto 4.680/2003, por limitar a obrigatoriedade da informação da presença de transgênicos nos rótulos dos produtos que tivessem até 1% de OGM em sua composição. Na ocasião, foi determinado que a União, por meio de seus órgãos de fiscalização e controle, passasse a exigir que, na comercialização de alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal, que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados, conste informação clara ao consumidor no rótulo ou embalagem do produto, independentemente do percentual de organismos geneticamente modificados existente. Determinou-se, ainda, que a Bunge Alimentos S.A. adotasse os procedimentos necessários ao cumprimento da decisão.

O Ministério Público Federal argumentou que a Lei da Biossegurança (Lei 11.105/2005), que trata da segurança e fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados, obriga a rotulagem de todos os produtos transgênicos e seus derivados. Assim, considerando a existência de lei, o disposto no art. 2º do Decreto 4.680/2003, que dispensou de tal obrigação os produtos que tivessem até 1% de OGM em sua composição, seria ilegal. O *parquet* aduziu, ainda, que tal limitação representa ofensa à Constituição Federal e ao Código de Defesa do Consumidor, uma vez que a informação ao consumidor deve ser clara o

suficiente para que se possa decidir quanto à compra e ingestão de produtos transgênicos.

A União contestou a ação, alegando vigência, no Brasil, do Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança, celebrado no ano 2000, que somente obriga a informação no rótulo de alimentos que tenham pelo menos 1% do seu conteúdo geneticamente alterados. Ainda, asseverou que os procedimentos em vigor no Brasil são equivalentes aos da União Europeia e mais rigorosos que os adotados no Japão e Estados Unidos.

A Bunge Alimentos, por sua vez, sustentou não ser exigível a rotulagem de advertência de alimentos que contenham apenas presença irrisória de organismos geneticamente modificados e não haver indícios científicos de que um alimento com percentual ínfimo de componente transgênico possa fazer mal à saúde.

Na sentença de mérito, que confirmou a tutela antecipada anteriormente deferida, o magistrado ressaltou que a ação não questionou os benefícios ou os riscos da comercialização de produtos com OGMs, nem os limites de sua tolerância à saúde humana, deixando claro que “a celeuma trata exclusivamente do direito de informação ao consumidor, que, inquestionavelmente, deve ser comunicado acerca do conteúdo dos produtos que adquire, para, a partir de então, individualmente, decidir se quer adquiri-lo ou não, independentemente dos percentuais de sua composição, ainda que seja ínfima a presença de OGMs”. Outrossim, lembrou que a Constituição Federal estabeleceu ser dever do Estado “promover, na forma da lei, a defesa do consumidor” e que o Código de Defesa do Consumidor arrolou como direito básico do consumidor a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem. Ademais, esclareceu que “havendo a presença de organismo geneticamente modificado, tal informação não deve ser omitida ao consumidor, em obediência aos ditames constitucionais e à legislação consumerista, devendo ser afastada a aplicação do art. 2º, caput, do Decreto 4.680/03”. Por fim, afirmou que a Lei da Biossegurança não fez qualquer limitação à necessidade de rotulagem dos produtos que contenham OGM, nem tampouco abriu margem para que o regulamento o fizesse.

Em outra ação civil pública (583.00.2007.218.243-0), o Ministério Público de São Paulo questionou a conduta das empresas Bunge e Cargill, as duas maiores fabricantes de óleo de soja do país, que não estariam rotulando seus produtos.

O juiz da 3ª Vara Cível da Capital concedeu tutela antecipada para que as duas empresas rotulassem seus produtos, respectivamente, os óleos Soya e Liza, adequando-os à legislação federal no prazo de 30 dias.

As empresas agravaram da decisão que concedeu a tutela antecipada (646.799-4/0-00 e 646.797-4/1-00), sendo que o Tribunal de Justiça de São Paulo deu provimento aos recursos, reformando a decisão que concedeu a tutela antecipada. De acordo com o Tribunal de Justiça, o juiz concedeu tutela antecipada sem que a mesma fosse requerida pelo Ministério Público, bem como decidiu sem que fosse demonstrada a verossimilhança da alegação, indispensável à concessão de tutela antecipada.

Aliás, ações discutindo a rotulagem vêm sendo propostas no mundo inteiro, sendo certo que, na Alemanha, a Corte Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) também já se manifestou sobre o tema, estabelecendo que o leite de vacas que foram alimentadas com alimentos transgênicos deve ser denominado como “Gen-Milch”⁸⁵.

Todavia, não obstante os esforços da sociedade e as decisões judiciais, parece-nos que a legislação não vem sendo devidamente respeitada no Brasil. E para que se chegue a essa conclusão não é necessário nenhum tipo de exame avançado em produtos supostamente transgênicos, bastando uma mera análise dos rótulos dos produtos expostos nas prateleiras dos supermercados brasileiros; o que é suficiente para constatarmos que raríssimos são os casos de produtos em que há informação acerca da transgenia. Destarte, ou as empresas vêm cumprindo à risca a legislação brasileira e tão-somente não estão colocando à venda produtos transgênicos, ou os consumidores estão sendo desrespeitados.

11. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi exposto, entendemos que o mais importante no que diz respeito à questão dos produtos transgênicos não é nos postarmos a favor ou contra, mas, sim, considerando os riscos que esses produtos

⁸⁵ Gen-Milch? *Transgen*. Disponível em: <http://www.transgen.de/home>. Acessado em 29.09.2010.

podem representar ao consumidor e ao meio ambiente, devemos exigir o respeito à dignidade da pessoa humana, bem como o cumprimento e aperfeiçoamento da legislação consumerista e ambiental, de maneira que:

1) a aplicação do princípio da precaução seja exigida, já que sabemos da existência de riscos, pelo menos hipotéticos, nas atividades que envolvem produtos transgênicos;

2) o direito do consumidor de ser informado amplamente acerca da existência de OGMs nos produtos colocados no mercado seja observado;

3) o direito de opção do consumidor em adquirir ou não produtos transgênicos seja garantido;

4) estudos antes, durante e depois da colocação do produto transgênico no mercado sejam realizados, pois só assim será assegurado o direito à segurança, à saúde e à vida do consumidor;

5) seja afastada a alegação, por parte dos produtores de OGMs, de risco do desenvolvimento, pois, se há dúvida quanto a esses produtos, quem deve assumir a responsabilidade é o gerenciador de riscos, ou seja, o fornecedor;

6) estudos consistentes antes da liberação de OGMs no meio ambiente sejam efetuados, especialmente o Estudo Prévio de Impacto Ambiental;

7) o princípio da equivalência substancial seja adotado apenas como mais um critério para a investigação da segurança dos produtos transgênicos e não como o critério determinante;

8) a participação ampla da sociedade e dos órgãos do governo nos processos em que se autorize a experimentação ou liberação de OGMs seja outorgada, especialmente dos Ministérios da Saúde, Agricultura e Meio Ambiente.

BIBLIOGRAFIA

FILOMENO, José Geraldo Brito. Alimentos transgênicos: implicações consumeristas e ambientais. In: CORRÊA, Elidia Aparecida de Andrade; GIACOIA, Gilberto; CONRADO, Marcelo (coord.). *Biodireito e dignidade da pessoa humana*. Curitiba, Juruá, 2007, p.171-186.

FONTE, Maria. *Organismi geneticamente modificati: monopolio e diritti*. Milano: FrancoAngeli, 2004.

FROTA, Mário. Segurança alimentar – imperativo de cidadania. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 44, p. 68-96, out.-dez. 2002.

LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

GASPARINI, Bruno. *Transgenia na agricultura*. Curitiba: Juruá, 2009.

GARCIA, Rafael. Transgênico mata uma praga e traz outra. *Folha de São Paulo*, 14.05.2010. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/ciencia/ult306u735069.shtml>. Acessado em: 03.10.2010.

Gen-Milch? *Transparenz für Gentechnik bei Lebensmitteln*. Disponível em: <http://www.transgen.de/home>. Acessado em: 29.09.2010.

Gentechnisch veränderte Lebensmittel: Kennzeichnung. *Transparenz für Gentechnik bei Lebensmitteln*. Disponível em: <http://www.transgen.de/pdf/kompakt/kennzeichnung.pdf>. Acessado em: 29.09.2010.

GOEHL, Susanne Annelie. *Gentechnik, Recht und Handel: Genmanipulierte landwirtschaftliche Produkte als Gegenstand des öffentlichen Wirtschaftsrechts*. Hamburg: Diplomica, 2009.

GORNY, Dietrich. *Grundlagen des europäischen Lebensmittelrechts: Kommentar zur Verordnung (EG) 178/2002*. Hamburg: Behr's, 2003.

Justiça exige que Bunge e Cargill cumpram lei de rotulagem. **Greenpeace Brasil**. Disponível em: www.greenpeace.org/brasil/pt/Noticias/justi-a-exige-que-bunge-e-carg. Acessado em: 04.10.2010.

KOURILSKY, Philippe; VINEY, Geneviève. *Le principe de précaution: rapport au Premier ministre*. Paris: Odile Jacob, 2000.

MARIANI, Marina. *Alimenti geneticamente modificati*. Milano: Hoepli, 2001.

PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. Clonagem e transgênicos ante os princípios da dignidade da pessoa humana e da precaução no direito ambiental. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, n. 14, 57-69, jan./mar. 2005.

PRATI, Luca. *Il danno ambientale e la bonifica dei siti inquinati*. Vol. 3. Milano: Wolters Kluwer Italia, 2008.

RASPADORI, Fabio. *OGM. Lineamenti della disciplina europea*. Perugia: Morlacchi, 2007.

RIGHETTI, Sabine. Ceará fará leite com proteína humana. *Folha de São Paulo*, 28.08.2010. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/ciencia/790369-ceara-fara-leite-com-proteina-humana.shtml>. Acessado em: 01.10.2010.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

VIANA, Flávia Batista. Transgênicos: alguns aspectos. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 38, p. 120-148, abr.-jun. 2009.

VIEIRA, David Laerte. Princípio da precaução versus princípio da equivalência substancial e a polêmica em torno da liberação dos transgênicos no Brasil. *Interesse Público*, Porto Alegre, v. 9, n. 41, p. 109-120, jan.-fev. 2007.

WATANABE, Edson; NUTTI, Marília Regini. Alimentos geneticamente modificados: avaliação de segurança e melhorias de qualidade em desenvolvimento. *Revista Brasileira de Milho e Sorgo*, América do Norte, v. 1, n. 1, p. 01-14, abr. 2010. Disponível em: <http://rbms.cnpms.embrapa.br/index.php/ojs/article/view/3>. Acessado em: 05.10.2010.

RESPONSABILIDADE CIVIL DIFUSA E EXPLORAÇÃO DO PRÉ-SAL BRASILEIRO.

Leonio José Alves da Silva

Professor Adjunto de Direito Civil – UFPE CCJ
Professor Colaborador de Direito Ambiental – UFPE PRODEMA
Coordenador do Grupo de Pesquisa Tutela dos Interesses Difusos
Pós-Doutor em Direito - UFSC

RESUMO: O presente texto comenta a condução do processo brasileiro de exploração do petróleo na região do Pré-Sal e a aplicação da teoria da sociedade de risco desenvolvida por Ulrich Beck em 1986 na Alemanha, abordando-se a mundialização dos problemas ecológicos, a crise ambiental, a juridicidade do dano ambiental, as características da responsabilidade civil de longa duração, normas de prospecção petrolífera e seus impactos sobre a gestão da Zona Costeira do Brasil, além dos prováveis vícios da Portaria MMA n. 422/2011. A pesquisa partiu de uma revisão de literatura e análise da Portaria MMA n. 422/2011. Serão cotejadas as normas de prospecção frente aos princípios ambientais, mormente o da precaução, além de julgados confirmando a adoção da teoria do risco integral sobre a responsabilização nos acidentes com a perfuração, transporte e armazenamento do petróleo no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Dano ambiental. Gestão da Zona Costeira. Exploração do Pré-Sal.

1. NOTAS INICIAIS SOBRE A JURIDICIDADE DO DANO AMBIENTAL NO BRASIL

A compreensão do dano ambiental e sua recepção pelos diversos sistemas normativos deve ser estudada nas duas grandes gerações de problemas ambientais, a saber: a) **os problemas ambientais de primeira**

geração: vinculados ao surgimento da poluição, em suas diferentes formas, sua prevenção e controle das causas e efeitos, além da defesa do direito fundamental ao meio ambiente e **b) os problemas ambientais de segunda geração:** abrangendo os efeitos duradouros no tempo e no espaço da degradação ambiental, noção forjada em uma **sensitividade ecológica** sistêmica e cientificamente ancorada, indispensável para o enfrentamento do problema, consoante leciona Canotilho.¹

O direito ambiental agrega crescentemente conhecimentos multidisciplinares, convocando saberes anteriormente inconciliáveis e, hodiernamente, indissociáveis; tal transição sistêmica de pensamento ou saberes guarda íntima relação com a transformação do conceito de ética natural e sua incompatibilidade com o modelo econômico ainda dominante que despreza um **conteúdo ecológico mínimo** e essencial à sobrevivência na Terra², acentuando vertiginosamente os problemas intergeracionais; assim, o dano ambiental na sociedade brasileira decorre de fatores complexos e, ao mesmo tempo, previsíveis em uma recente escala histórica cada vez mais relativizada, em que os séculos passam a compor uma fração de minutos na marcha de devastação da natureza e pauperização dos recursos naturais, requerendo um novo olhar para a tutela dos bens jurídicos emergentes: a otimização e o combate ao desperdício e o freio do consumo irresponsável, moldado em um esquema de atuação em rede, com valores e práticas e planejamentos convergentes, típicos do **pluralismo legal global**.

De difícil mensuração, constatação e determinação de sua origem, notadamente nas questões que envolvam prejuízo direto ao patrimônio natural, o dano ambiental encontra elementos propulsores da sua ocorrência na ausência de planejamento, na ineficiência administrativa em aplicar os princípios da prevenção e precaução, na banalização dos problemas ambientais como decorrentes das externalidades econômicas, na adoção de modelos sociais e concepções da natureza exclusivamente produtivos (o patrimônio ambiental teria finalidade estritamente de reposição de recursos), o enfraquecimento da ideia preservacionista, com a negação

¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. LEITE, José Rubens Morato (orgs). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011.p.21-25

² WINTER, Gerd. **Desenvolvimento sustentável, OGM e responsabilidade civil na União Européia**. Campinas: Millennium, 2009.p.4.

de uma **sustentabilidade forte**³ (responsável pelo controle da exploração abaixo dos limites de taxas de produção e a gradativa substituição dos recursos não renováveis pelos renováveis) e incorporação das entropias.

Sendo o dano ambiental um fenômeno distante da clássica teoria da causalidade, apresenta características exclusivas dos direitos difusos⁴, tais como a difícil determinação, indivisibilidade, inalienabilidade, imprescritibilidade, indisponibilidade e afetação intergeracional, além de um campo de atuação transfronteiriço, exigindo de todos os Estados a elaboração de mecanismos internacionais de cooperação e controle.

Assim como o Fundo Nacional de Defesa dos Direitos Difuso, instituído no Art. 13, da Lei n. 7.347/1985 e regulamentado pela Lei n. 9.008/1995 e Decreto posterior, seria proveitosa a criação de um **Fundo Internacional de Proteção Ambiental**, capaz de minimizar ações negativas sobre o meio e aplicar recursos em condutas precaucionais e preventivas, substituindo a tradicional feição reparadora repressiva por um novo modelo de cooperação entre os países e de securitização internacional.

Outro dado complementar é a **proibição do retrocesso social**⁵ em questões de natureza difusa, seja na seara ambiental, ou em outros campos de interesse público, como preservação das situações protetivas consolidadas, sempre objetivando maiores garantias dos que as realizadas e partindo da premissa de que estamos em notória defasagem pelo passivo ambiental gerado durante séculos de devastação.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL DE LONGA DURAÇÃO: DADOS INTERNOS E INTERNACIONAIS.

Em poucas décadas de aplicação do sistema ambiental brasileiro, percebemos a necessidade de ruptura de modelos, fórmulas e formas de pensar a estrutura lógica da responsabilidade civil frente às necessidades da sociedade de risco.

O processo legislativo brasileiro de promoção aos direitos difusos foi

³ WINTER, Gerd. **Desenvolvimento sustentável, OGM e responsabilidade civil na União Européia**. Campinas: Millennium, 2009.p.1-2.

⁴ LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.p.95-116.

⁵ PRUDENTE, Antônio Souza. **Hidrelétrica Belo monte: manifesta agressão ao princípio da proibição do retrocesso ecológico**. Revista CEJ, Brasília, Ano XIV, n. 51, p. 33-40, out./dez. 2010. p.38.

lento e, por conseguinte, a formação de um acervo jurisprudencial difuso também acompanhou tal ritmo, ocasionando certo engessamento rompido apenas com a redemocratização e a aparição de normas jurídicas como a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985), a Constituição Federal de 1988, o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990) e outros diplomas normativos de caráter especial.

A antiga e clássica estrutura de responsabilização (fundada no dogma da culpa) não suportou a velocidade dos fatos vivenciados na sociedade de risco e uma reformulação de ideias ainda é imperiosa, admitindo-se a defasagem estrutural do modelo de responsabilização repressivo, onde a causalidade seria um fenômeno estanque e sua consequente flexibilização, tanto no âmbito interno quanto no internacional, pois o risco não possui fronteiras e muito menos nacionalidade.

Na sociedade de risco, estamos diante de uma potencialidade de lesão ou de lesão indiscriminada, dispersa no mundo, sem fronteiras ou subordinação a estratos sociais, balizas temporais, forjada na dúvida; no âmbito internacional, após inúmeros desastres e proporções continentais, um desenho de **responsabilidade civil de longa duração**⁶ é formulado, alcançado as gerações do futuro e adotando mecanismos preventivos e precaucionais, exigindo justificativas sociais adequadas e o emprego da melhor tecnologia possível (*BAT – Best Available Technology*), além de uma política dissuasiva, fomentando o surgimento de uma Responsabilidade Civil Internacional, na qual se destacam a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (1982), a Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil por danos da poluição marítima (1969 e 1973/1978), (envolvendo a prospecção, o transporte, o armazenamento do petróleo, derivados e lixo marítimo), a Convenção Internacional sobre Preparo e Cooperação nos casos de poluição por derramamento de óleo (OPRC/1990) e, em complemento, as Leis federais ns. 9.478/1997, 9.966/2000 (regulamentada pelo Decreto n. 4.136/2002) e 12.351/2010.

De igual modo, a doutrina do risco precisa ser francamente recepcionada no Direito e nas decisões judiciais, reconhecendo-se sua imprescindibilidade para o porvir (**tutela intergeracional**) e a insuficiência da moldura de responsabilidade proposta pela Teoria Geral do Direito Civil, arrimada

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. LEITE, José Rubens Morato (orgs). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011.p.26.

na tripla perspectiva da conduta, da causalidade certa, exaustivamente provada, e do evento danoso certo; enfim, uma nova concepção da defesa do patrimônio coletivo precisa ser efetivada no Brasil, consolidando o direito ao futuro como garantia fundamental.

A recente trajetória dos desastres ecológicos envolvendo a atividade petrolífera aproxima-se da formatação de um novo modelo jurisprudencial no Brasil, qual seja: o reconhecimento das práticas preventivas e precaucionais no trato dos problemas ambientais, além da inversão do ônus da prova em matéria difusa e a instrumentalidade das ações coletivas como ferramentas decisivas no controle das políticas públicas e sua repercussão nos direitos difusos.

Dentre os vários julgados a ilustrar a referida mudança de paradigmas, destacam-se os seguintes:

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DANO AMBIENTAL – ADIANTAMENTO DE HONORÁRIOS PERICIAIS PELO PARQUET – MATÉRIA PREJUDICADA – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – ART. 6º, VIII, DA LEI 8.078/1990 C/C O ART. 21 DA LEI 7.347/1985 – PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO.

1. Fica prejudicada o recurso especial fundado na violação do art. 18 da Lei 7.347/1985 (adiantamento de honorários periciais), em razão de o juízo de 1º grau ter tornado sem efeito a decisão que determinou a perícia.
2. O ônus probatório não se confunde com o dever de o Ministério Público arcar com os honorários periciais nas provas por ele requeridas, em ação civil pública. São questões distintas e juridicamente independentes.
3. Justifica-se a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente perigosa o ônus de demonstrar

a segurança do empreendimento, a partir da interpretação do art. 6º, VIII, da Lei 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei 7.347/1985, conjugado ao Princípio Ambiental da Precaução.

4. Recurso especial parcialmente provido.

STJ. 2ª Turma. RESP. 972.902/RS. Rel. Min. Eliana Calmon. DJ: 14/09/2009.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESPONSABILIDADE POR DANO CAUSADO AO MEIO AMBIENTE. ZONA COSTEIRA. LEI 7.661/1988. CONSTRUÇÃO DE HOTEL EM ÁREA DE PROMONTÓRIO. NULIDADE DE AUTORIZAÇÃO OU LICENÇA URBANÍSTICO-AMBIENTAL. OBRA POTENCIALMENTE CAUSADORA DE SIGNIFICATIVA DEGRADAÇÃO DO MEIO AMBIENTE. ESTUDO PRÉVIO DE IMPACTO AMBIENTAL - EPIA E RELATÓRIO DE IMPACTO AMBIENTAL - RIMA. COMPETÊNCIA PARA O LICENCIAMENTO URBANÍSTICO-AMBIENTAL. PRINCÍPIO DO POLUIDOR-PAGADOR (ART. 4º, VII, PRIMEIRA PARTE, DA LEI 6.938/1981). RESPONSABILIDADE OBJETIVA (ART. 14, § 1º, DA LEI 6.938/1981). PRINCÍPIO DA MELHORIA DA QUALIDADE AMBIENTAL (ART. 2º, CAPUT, DA LEI 6.938/1981).

1. Cuidam os autos de Ação Civil Pública proposta pela União com a finalidade de responsabilizar o Município de Porto Belo-SC e o particular ocupante de terreno de marinha e promontório, por construção irregular de hotel de três pavimentos com aproximadamente 32 apartamentos.

2. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por maioria, deu provimento às Apelações da União e do Ministério Público Federal para julgar procedente a demanda, acolhendo os Embargos Infringentes, tão-só para eximir o proprietário dos custos com a demolição do estabelecimento.

3. Incontroverso que o hotel, na Praia da Encantada, foi levantado em terreno de marinha e promontório, este último um acidente geográfico definido como “cabo formado por rochas ou penhascos altos” (Houaiss). Afirma a união que a edificação se encontra, após aterro ilegal da área, “rigorosamente dentro do mar”, o que, à época da construção, inclusive interrompia a livre circulação e passagem de pessoas ao longo da praia.

4. Nos exatos termos do acórdão da apelação (grifo no original): “O empreendimento em questão está localizado, segundo consta do próprio laudo pericial às fls. 381-386, em área chamada promontório. Esta área é considerada de preservação permanente, pela legislação do Estado de Santa Catarina por meio da Lei nº 5.793/80 e do Decreto nº 14.250/81, bem como pela legislação municipal (Lei Municipal nº 426/84)”.

5. Se o Tribunal de origem baseou-se em informações de fato e na prova técnica dos autos (fotografias e laudo pericial) para decidir a) pela caracterização da obra ou atividade em questão como potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente - de modo a exigir o Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EPIA) e o Relatório de Impacto Ambiental (RIMA) - e b) pela natureza non aedificandi da área em que se encontra o hotel (fazendo-o também com fulcro em norma municipal, art. 9º, item 7, da Lei 426/1984, que a classifica como “Zona de Preservação Permanente”,

e em legislação estadual, Lei 5.793/1980 e Decreto 14.250/1981), interditado está ao Superior Tribunal de Justiça rever tais conclusões, por óbice das Súmulas 7/STJ e 280/STF.

6. É inválida, ex tunc, por nulidade absoluta decorrente de vício congênito, a autorização ou licença urbanístico-ambiental que ignore ou descumpra as exigências estabelecidas por lei e atos normativos federais, estaduais e municipais, não produzindo os efeitos que lhe são ordinariamente próprios (quod nullum est, nullum producit effectum), nem admitindo confirmação ou convalidação.

7. A Lei 7.661/1988, que instituiu o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro, previu, entre as medidas de conservação e proteção dos bens de que cuida, a elaboração de Estudo Prévio de Impacto Ambiental - Epia acompanhado de seu respectivo Relatório de Impacto Ambiental - Rima.

8. Mister não confundir prescrições técnicas e condicionantes que integram a licença urbanístico-ambiental (= o posterius) com o próprio Epia/Rima (= o prius), porquanto este deve, necessariamente, anteceder aquela, sendo proibido, diante da imprescindibilidade de motivação jurídico-científica de sua dispensa, afastá-lo de forma implícita, tácita ou simplista, vedação que se justifica tanto para assegurar a plena informação dos interessados, inclusive da comunidade, como para facilitar o controle administrativo e judicial da decisão em si mesma.

9. Indubitável que seria, no plano administrativo, um despropósito prescrever que a União licencie todo e qualquer empreendimento ou atividade na Zona Costeira nacional. Incontestável também que ao órgão ambiental estadual e municipal falta

competência para, de maneira solitária e egoísta, exercer uma prerrogativa - universal e absoluta - de licenciamento ambiental no litoral, negando relevância, na fixação do seu poder de polícia licenciador, à dominialidade e peculiaridades do sítio (como áreas representativas e ameaçadas dos ecossistemas da Zona Costeira, existência de espécies migratórias em risco de extinção, terrenos de marinha, manguezais), da obra e da extensão dos impactos em questão, transformando em um nada fático-jurídico eventual interesse concreto manifestado pelo Ibama e outros órgãos federais envolvidos (Secretaria do Patrimônio da União, p. ex.).

10. O Decreto Federal 5.300/2004, que regulamenta a Lei 7.661/1988, adota como “princípios fundamentais da gestão da Zona Costeira” a “cooperação entre as esferas de governo” (por meio de convênios e consórcios entre União, Estados e Municípios, cada vez mais comuns e indispensáveis no campo do licenciamento ambiental), bem como a “precaução” (art. 5º, incisos XI e X, respectivamente). Essa postura precautória, todavia, acaba esvaziada, sem dúvida, quando, na apreciação judicial posterior, nada mais que o fato consumado da degradação ambiental é tudo o que sobra para examinar, justamente por carência de diálogo e colaboração entre os órgãos ambientais e pela visão monopolista-exclusivista, territorialista mesmo, da competência de licenciamento.

11. Pacífica a jurisprudência do STJ de que, nos termos do art. 14, § 1º, da Lei 6.938/1981, o degradador, em decorrência do princípio do poluidor-pagador, previsto no art. 4º, VII (primeira parte), do mesmo estatuto, é obrigado, independentemente da existência de culpa, a

reparar - por óbvio que às suas expensas - todos os danos que cause ao meio ambiente e a terceiros afetados por sua atividade, sendo prescindível perquirir acerca do elemento subjetivo, o que, conseqüentemente, torna irrelevante eventual boa ou má-fé para fins de acerto da natureza, conteúdo e extensão dos deveres de restauração do status quo ante ecológico e de indenização.

12. Ante o princípio da melhoria da qualidade ambiental, adotado no Direito brasileiro (art. 2º, caput, da Lei 6.938/81), inconcebível a proposição de que, se um imóvel, rural ou urbano, encontrasse em região já ecologicamente deteriorada ou comprometida por ação ou omissão de terceiros, dispensável ficaria sua preservação e conservação futuras (e, com maior ênfase, eventual restauração ou recuperação). Tal tese equivaleria, indiretamente, a criar um absurdo cânone de isonomia aplicável a pretensão de direito de poluir e degradar: se outros, impunemente, contaminaram, destruíram, ou desmataram o meio ambiente protegido, que a prerrogativa valha para todos e a todos beneficie.

13. Não se pode deixar de registrar, em obiter dictum, que causa no mínimo perplexidade o fato de que, segundo consta do aresto recorrido, o Secretário de Planejamento Municipal e Urbanismo, Carlos Alberto Brito Loureiro, a quem coube assinar o Alvará de construção, é o próprio engenheiro responsável pela obra do hotel.

14. Recurso Especial de Mauro Antônio Molossi não provido. Recursos Especiais da União e do Ministério Público Federal providos

STJ. 2ª Turma. RESP. 769.753 Rel. Min. Herman Benjamin. DJ: 10/06/2011.

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. DIVERGÊNCIA NÃO DEMONSTRADA. DANO AMBIENTAL. SANÇÃO ADMINISTRATIVA. IMPOSIÇÃO DE MULTA. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. DERRAMAMENTO DE ÓLEO DE EMBARCAÇÃO DA PETROBRÁS. CERCEAMENTO DE DEFESA. REEXAME DE MATÉRIA PROBATÓRIA. SÚMULA 07/STJ. COMPETÊNCIA DOS ÓRGÃOS ESTADUAIS DE PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE PARA IMPOR SANÇÕES. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. LEGITIMIDADE DA EXAÇÃO.

1. A admissão do Recurso Especial pela alínea “c” exige a comprovação do dissídio na forma prevista pelo RISTJ, com a demonstração das circunstâncias que assemelham os casos confrontados, não bastando, para tanto, a simples transcrição das ementas dos paradigmas.

2. Mandado de segurança impetrado objetivando a suspensão da exigibilidade da multa, bem como a desconstituição do ato administrativo, ao fundamento de incompetência do órgão ambiental municipal para a lavratura de auto de infração em casos de derramamento de óleo proveniente de navio, uma vez que referida competência é atribuída à Capitania dos Portos do Ministério da
Marinha, pelo artigo 14, § 4º, da Lei nº 6.938/81, combinado com os artigos 1º, 2º e 3º, da Lei nº 5.357/67, vigentes à época do evento (26.06.00 - Lei de Introdução ao Código Civil, artigo 2º, § 2º), bem como pelo fato de a imposição da multa não ter sido precedida de laudo técnico em que restasse caracterizada a poluição e conduta

comissiva ou omissiva, dolosa ou culposa da requerente que pudesse ter nexo de causalidade com a pretensa poluição, contrariando a exigência do artigo 4º e do parágrafo 2º do artigo 41, do Decreto nº 3.179/99, que regulamenta a Lei nº 6.933/81.

3. O exame acerca da ausência de laudo técnico hábil com o escopo de aferir a ocorrência e extensão dos danos causados à saúde humana e ao meio ambiente e o nexos com eventual conduta comissiva ou omissiva, dolosa ou culposa da requerente apta a ensejar a aplicação de multa (art. 4º, da Lei 6938/81 e arts. 4º e 41 do Decreto 3.179/99) implica em análise de aspectos fáticos, insindicáveis em sede de recurso especial, por força do óbice erigido pela Sumula 07 desta Corte.

4. Destarte, o caput do art. 14 da Lei n.º 6.938/81 preceitua que as penalidades previstas em referido diploma são aplicáveis sem prejuízo de outras previstas em legislação federal, estadual ou municipal e, seu § 2º determina que a atuação federal só ocorrerá quando omissa a autoridade estadual ou municipal:

“Art. 14- Sem prejuízo das penalidades previstas pela legislação federal, estadual ou municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

(...)

§ 2º. No caso de omissão da autoridade estadual ou municipal, caberá ao Secretário do Meio Ambiente a aplicação das penalidades pecuniárias previstas neste artigo.”

5. Nesse seguimento, o § 4º, do mesmo dispositivo legal, vigente à época da ocorrência

do dano ambiental, tão-somente prescrevia outras penalidades, remetendo a fiscalização à Capitania dos Portos em estreita cooperação com diversos outros órgãos de proteção ao meio ambiente estaduais ou federais, no esteio da Lei n.º 5.357/67, que assim dispõe:

“Art 1º As embarcações ou terminais marítimos ou fluviais de qualquer natureza, estrangeiros ou nacionais, que lançarem detritos ou óleo nas águas que se encontrem dentro, de uma faixa de 6 (seis) milhas marítimas do litoral brasileiro, ou nos rios, lagoas e outros tratos de água ficarão sujeitos às seguintes penalidades:

- a) as embarcações, à multa de 2% (dois por cento) do maior salário-mínimo vigente no território nacional, por tonelada de arqueação ou fração;
- b) os terminais marítimos ou fluviais, à multa de 200 (duzentos) vezes o maior salário-mínimo vigente no território nacional.

Parágrafo único. Em caso de reincidência a multa será aplicada em dobro.

Art 2º A fiscalização desta Lei fica a cargo da Diretoria de Portos e Costas do Ministério da Marinha, em estreita cooperação com os diversos órgãos federais ou estaduais interessados.

Art 3º A aplicação da penalidade prevista no art. 1º e a contabilidade da receita dela decorrente far-se-ão de acôrdo com o estabelecido no Regulamento para as Capitánias de Portos.

Art 4º A receita proveniente da aplicação desta lei será vinculada ao Fundo Naval, para cumprimento dos programas e manutenção dos serviços necessários à fiscalização da observância desta Lei.

Art 5º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art 6º Revogam-se as disposições em contrário.”

6. Consectariamente, revela-se evidente que o § 4º, do art. 14, da Lei n.º 6.938/81, não exclui a competência fiscalizatória e sancionatória dos órgãos estaduais de proteção ao meio ambiente, mas, ao contrário, consoante o art. 2º, da Lei n.º 5.357/67, reforçou-a.

7. A ratio do art. 14, da Lei n.º 6.938/81 está em que a ofensa ao meio ambiente pode ser bifronte atingindo as diversas unidades da federação.

8. Premissas que impõem o afastamento da pretensa incompetência da autoridade estadual que lavrou o auto de infração e impôs multa administrativa à recorrente.

9. A controvérsia quando não adstrita à legalidade da imposição de multa, por danos causados ao meio ambiente, com respaldo na responsabilidade objetiva, escapa à competência do E. STJ por interdição da Súmula 07.

10. Sob a estrita ótica infraconstitucional, dispõe o artigo 3º, inciso IV, da lei n.º 6.938/81:

“Art. 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: (...)

IV - poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental;

11. O artigo 14, § 1º, da mesma norma, a seu turno, prevê:

“Art. 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores: (grifo nosso)
§ 1º Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado,

independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

12. Com efeito, o artigo 14 da Lei nº 6.938/81, mantido pela Lei nº 7.804/89, permite a aplicação de multas pela autoridade estadual com base em legislação federal, vedando expressamente a sua cobrança pela União, se já tiver sido aplicada pelo Estado.

13. In casu, o auto de infração foi lavrado por autoridade estadual, com base nessa responsabilidade objetiva.

14. Dessarte, “(...) O meio ambiente, ecologicamente equilibrado, é direito de todos, protegido pela própria Constituição Federal, cujo art. 225 o considera “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”. (...) Além das medidas protetivas e preservativas previstas no § 1º, incs. I-VII do art. 225 da Constituição Federal, em seu § 3º ela trata da responsabilidade penal, administrativa e civil dos causadores de dano ao meio ambiente, ao dispor: “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”. Neste ponto a Constituição recepcionou o já citado art. 14, § 1º da Lei n. 6.938/81, que estabeleceu responsabilidade objetiva para os causadores de dano ao meio ambiente, nos seguintes termos: “sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente

de existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade.” “ (grifos nossos) (Sergio Cavalieri Filho, in “Programa de Responsabilidade Civil”)

15. As penalidades da Lei n.º 6.938/81 incidem sem prejuízo de outras previstas na legislação federal, estadual ou municipal (art. 14, caput) e somente podem ser aplicadas por órgão federal de proteção ao meio ambiente quando omissa a autoridade estadual ou municipal (art. 14, § 2º). A ratio do dispositivo está em que a ofensa ao meio ambiente pode ser bifronte atingindo as diversas unidades da federação

16. À Capitania dos Portos, consoante o disposto no § 4º, do art. 14, da Lei n.º 6.938/81, então vigente à época do evento, competia aplicar outras penalidades, previstas na Lei n.º 5.357/67, às embarcações estrangeiras ou nacionais que ocasionassem derramamento de óleo em águas brasileiras.

17. A competência da Capitania dos Portos não exclui, mas complementa, a legitimidade fiscalizatória e sancionadora dos órgãos estaduais de proteção ao meio ambiente.

18. Para fins da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, art 3º, qualifica-se como poluidor a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental. Precedentes jurisprudenciais do STJ: RESP 467.212/RJ, desta relatoria, DJ de 15.12.2003; RESP 282.781/PR, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 27.05.2002; AGA 179.321/SP, Relatora Ministra Nancy Andrichi, DJ de 25.09.2000 e RESP 48.753-6/SP, Relator Ministro Américo Luz, DJ de 17.04.1995.

19. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

**STJ. 1ª Turma. RESP. 673.765 Rel. Min. Luiz Fux.
DJ: 26/09/2005.**

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MATERIAIS E MORAIS A PESCADORES CAUSADOS POR POLUIÇÃO AMBIENTAL POR VAZAMENTO DE NAFTA, EM DECORRÊNCIA DE COLISÃO DO NAVIO N-T NORMA NO PORTO DE PARANAGUÁ - 1) PROCESSOS DIVERSOS DECORRENTES DO MESMO FATOS, POSSIBILIDADE DE TRATAMENTO COMO RECURSO REPETITIVO DE TEMAS DESTACADOS PELO PRESIDENTE DO TRIBUNAL, À CONVENIÊNCIA DE FORNECIMENTO DE ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL UNIFORME SOBRE CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO FATOS, QUANTO A MATÉRIAS REPETITIVAS; 2) TEMAS: a) CERCEAMENTO DE DEFESA INEXISTENTE NO JULGAMENTO ANTECIPADO, ANTE OS ELEMENTOS DOCUMENTAIS SUFICIENTES; b) LEGITIMIDADE DE PARTE DA PROPRIETÁRIA DO NAVIO TRANSPORTADOR DE CARGA PERIGOSA, DEVIDO A RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PRINCÍPIO DO POLUIDOR-PAGADOR; c) INADMISSÍVEL A EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE POR FATOS DE TERCEIRO; d) DANOS MORAL E MATERIAL CARACTERIZADOS; e) JUROS MORATÓRIOS: INCIDÊNCIA A PARTIR DA DATA DO EVENTO DANOSO - SÚMULA 54/STJ; f) SUCUMBÊNCIA. 3) IMPROVIMENTO DO RECURSO, COM OBSERVAÇÃO.

1.- É admissível, no sistema dos Recursos Repetitivos (CPC, art. 543-C e Resolução STJ 08/08) definir, para vítimas do mesmo fato, em condições idênticas, teses jurídicas uniformes para as mesmas consequências jurídicas.

2.- Teses firmadas: a) Não cerceamento de defesa ao julgamento antecipado da lide.- Não configura cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide (CPC, art. 330, I e II) de processo de ação de indenização por danos materiais e morais, movida por pescador profissional artesanal contra a Petrobrás, decorrente de impossibilidade de exercício da profissão, em virtude de poluição ambiental causada por derramamento de nafta devido a avaria do Navio “N-T Norma”, a 18.10.2001, no Porto de Paranaguá, pelo período em que suspensa a pesca pelo IBAMA (da data do fato até 14.11.2001); b) Legitimidade ativa ad causam.- É parte legítima para ação de indenização supra referida o pescador profissional artesanal, com início de atividade profissional registrada no Departamento de Pesca e Aquicultura do Ministério da Agricultura, e do Abastecimento anteriormente ao fato, ainda que a emissão da carteira de pescador profissional tenha ocorrido posteriormente, não havendo a ré alegado e provado falsidade dos dados constantes do registro e provado haver recebido atenção do poder público devido a consequências profissionais do acidente; **c) Inviabilidade de alegação de culpa exclusiva de terceiro, ante a responsabilidade objetiva.- A alegação de culpa exclusiva de terceiro pelo acidente em causa, como excludente de responsabilidade, deve ser afastada, ante a incidência da teoria do risco integral e da responsabilidade objetiva ínsita ao**

dano ambiental (art. 225, § 3º, da CF e do art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81), responsabilizando o degradador em decorrência do princípio do poluidor-pagador. d) Configuração de dano moral.-

Patente o sofrimento intenso de pescador profissional artesanal, causado pela privação das condições de trabalho, em consequência do dano ambiental, é também devida a indenização por dano moral, fixada, por equidade, em valor equivalente a um salário-mínimo. e) termo inicial de incidência dos juros moratórios na data do evento danoso.- Nos termos da Súmula 54/STJ, os juros moratórios incidem a partir da data do fato, no tocante aos valores devidos a título de dano material e moral; f) Ônus da sucumbência.- Prevalendo os termos da Súmula 326/STJ, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não afasta a sucumbência mínima, de modo que não se redistribuem os ônus da sucumbência.

3.- Recurso Especial improvido, com observação de que julgamento das teses ora firmadas visa a equalizar especificamente o julgamento das ações de indenização efetivamente movidas diante do acidente ocorrido com o Navio N-T Norma, no Porto de Paranaguá, no dia 18.10.2001, mas, naquilo que encerram teses gerais, aplicáveis a consequências de danos ambientais causados em outros acidentes semelhantes, serão, como natural, evidentemente considerados nos julgamentos a se realizarem.

STJ. RESP. 1.114.398 2ª Seção. Rel. Min. Sidnei Beneti. DJ:16/02/2012.

3. NORMAS SOBRE A EXPLORAÇÃO DO PETRÓLEO NO BRASIL.

A exploração petrolífera no Brasil está concentrada em duas fases de perfis distintos: a) **fase do conhecimento e delineamento geomorfológico**

e de aquisição de dados sísmicos: em que são realizados estudos e atividades de pesquisa do perfil geomorfológico na pretensa área a ser explorada **e b) a fase de instalação e prospecção propriamente dita:** na qual encontramos a atividade da extração (*onshore* ou terrestre e *offshore* ou marítima), do refino, do armazenamento e da comercialização, ficando-se o monopólio e, muito posteriormente, a regulação da atividade.⁷

Além das normas pertinentes à Responsabilidade ambiental por risco integral, integram o acervo legislativo as pertinentes à prospecção (**Lei n. 9.478/1997, Resolução CONAMA 350/2004**), abordando a indispensabilidade do Estudo Ambiental de Sísmica - EAS, do Relatório de Impacto Ambiental de Sísmica – RIAS, da Licença de Pesquisa Sísmica – LPS, do Plano de Controle Ambiental de Sísmica – PCAS, além da tramitação administrativa das respectivas licenças.⁸

Desde a realização das atividades sísmicas, o empreendedor gera impactos ambientais, com significativo relevo na biota marinha, ressaltando-se os de ordem física, sensorial, comportamental, crônica e indireta; contudo, tal fato não é divulgado perante a sociedade, como deveria ser advertido em sede de Audiência Pública prevista na Resolução CONAMA 350/2004.

Outros pontos preocupantes, na atividade petrolífera brasileira, são a autorização de exploração em APA (a exemplo da Resolução CONAMA 15/1993, ao permitir a operação de poços na APA de Piaçabuçu – AL e o próprio transporte e fiscalização portuária (Lei n. 9.966/200) e os efeitos da exploração *onshore* nas comunidades locais.

Recentemente, em atenção ao processo de exploração petrolífera no Pré-sal e incremento de novos campos de extração, o Ministério do Meio Ambiente editou a **Portaria MMA n. 422, de 26 de outubro de 2011**, publicada no D.O.U. de 28/10/2011, contemplando alterações no processo de licenciamento ambiental da prospecção e produção petrolífera no ambiente marinho e na área de transição terra-mar.

⁷ PALMA, Carol Manzoli. **Petróleo:** exploração, produção e transporte sob a óptica do Direito Ambiental. Campinas: Millennium, 2011. p.41-43

⁸ Decisão interessante sobre a abrangência e indispensabilidade do EAS e do RIAS, encontramos no julgamento da **Apelação Cível n. 2002.51.02.003634-1. TRF 2ª Região. Rel. Des. Federal Poul Erik Drylund. DJ: 20/04/2010.**

Considerando a abrangência e o impacto da referida norma, questiona-se a pressa conferida, abreviando-se o processo de licenciamento (uma vez que o Ministério do Meio Ambiente previu a hipótese de licenciamento em bloco ou por Processo Administrativo de Referência ou Processos Regionais) e o prejuízo com a falta de transparência diante da realização de audiências públicas não presenciais, como ressaltado em vários trechos da Portaria.

O licenciamento ambiental é marcado pela observância das peculiaridades de cada empreendimento potencialmente impactante, guarnecido por estudos prévios (normalmente específicos para cada ramo de atividade – no caso do petróleo, há previsão de modalidades únicas para o setor) e deve considerar as necessidades da “sede” de geração do risco; assim, admitindo a existência de um único processo de licenciamento para toda uma região, haveria um enfraquecimento ou esvaziamento do princípio constitucional da prevenção?

No Art. 3º, da Portaria MMA 422/2011, conceituam-se áreas, definem-se técnicas e instrumentos envolvidos no processo administrativo de licenciamento, destacando as Áreas de Sensibilidade Ambiental – **ASA**, Avaliação Ambiental de Área Sedimentar – **AAAS** (diagnóstico socioambiental de área susceptível de exploração do petróleo e gás), Consultas públicas (instrumentos de publicidade dos atos de licenciamento, incluindo-se a ferramenta da audiência pública, que poderá ser realizada na modalidade não presencial), **EAAS** – Estudo Ambiental de Área Sedimentar, **EAP** – Estudo Ambiental de Perfuração, **EAS** – Estudo Ambiental de Sísmica, **EATLD** – Estudo Ambiental de Teste de Longa Duração, **FCA** – Ficha de Caracterização de Atividade – documento apresentado pelo empreendedor, obedecendo ao modelo fornecido pelo **IBAMA**, em que constam informações detalhadas sobre o empreendimento), **PCAS** – Plano de Controle Ambiental de Sísmica, **RLNT** – Relatório em Linguagem Não Técnica, **TR** – Termo de Referência, **TLD** – Teste de Longa Duração e Zona de Transição terra-mar, compreendendo águas rasas e parte terrestre adjacente.

No procedimento, propriamente dito, destacam-se a abreviação de prazos e a possibilidade da concessão por empreendimentos em blocos, a exigência de Relatório em linguagem não técnica (Art. 2º, XII), aberta ao público não leigo e não especializado, além de prazos e distinção de áreas

atingidas por possíveis impactos, merecendo especial crítica: **a)** nos Arts. 2º, II e 22, da Portaria MMA 422/2001, admite-se a realização de **consulta não presencial**, inclusive na modalidade de audiência pública, apesar da obrigatoriedade da divulgação de dados sobre o licenciamento na internet (Art. 21 da Portaria); **b)** nos Arts. 7º, parágrafo único, 12, parágrafo único e 18, §2º, cuida-se da **presunção administrativa de prorrogação** da LPS, LPP e LPTLD, respectivamente, se requeridas antes de 30 ou 120 dias do seu expirar, de acordo com o tipo, até a manifestação conclusiva do IBAMA e **c)** no Art. 20, a possibilidade do IBAMA instaurar **Processo Administrativo de Referência** para subsidiar novos estudos, dispensando o detalhamento de dados, com a menção ao aludido processo e, no Art. 23, a centralização de empreendimentos em um único **processo de licenciamento regional**;

Duvidosa é a constitucionalidade da realização de audiências públicas não presenciais, nas quais a população não se faça ouvir diretamente, inclusive com a presença do representante do Ministério Público durante todo o ato, pois seria temerário admitir a oitiva à distância da comunidade diretamente atingida por eventual impacto resultante; assim, quando o Ministério do Meio Ambiente prevê tal possibilidade, coloca em risco a própria transparência do licenciamento ambiental; de igual modo, é altamente questionável a prorrogação presuntiva de uma licença ambiental pelo simples fato de inexistir pronunciamento conclusivo do órgão competente, após o protocolo tempestivo do pedido de prorrogação por parte do interessado.

4. ZONA DO PRÉ-SAL BRASILEIRO: CONCEITO E CARACTERIZAÇÃO.

A zona do Pré-Sal⁹ compreende as reservas de hidrocarbonetos de rochas calcárias localizadas abaixo das camadas de sal, possibilitando a descoberta de petróleo em faixas de 5.000 até 7.000 metros de profundidade abaixo do nível do mar; tal camada é apresentada em torno de 800 km de extensão por 200 km de largura, indo do litoral de Santa Catarina até o Espírito Santo.

⁹ PALMA, Carol Manzoli. **Petróleo**: exploração, produção e transporte sob a óptica do Direito Ambiental. Campinas: Millennium, 2011. p29.

Desde 1970, a Petrobras já investigava a existência de fontes petrolíferas na região, contudo a tecnologia ainda era incipiente para a prospecção que ultrapassa uma lâmina d'água superior a 2.000m, uma camada de sedimentos em torno de 1.000m e uma terceira de aproximadamente 2.000m de sal, envolvendo as bacias de Santos, Campos e Espírito Santo e sinalizando eventual condição de país exportador ao Brasil.

Alguns campos de petróleo já foram explorados na região do Pré-Sal, dentre os quais: **Tupi** (reserva estimada entre 5 a 8 bilhões de barris) **Guará**, **Bem-te-vi**, **Carioca**, **Júpiter** e **Iara**. Entretanto, em rumo oposto à propalada autonomia econômica no cenário internacional, o governo brasileiro praticamente anulou o debate sobre a sustentabilidade e a promoção de riscos em tal atividade, além de mascarar o incentivo financeiro a uma matriz energética cara e altamente degradante, dado constatável historicamente dos danos oriundos da prospecção, transporte, armazenamento e comercialização de tal modalidade combustível.

O frágil e açodado “debate” promovido pela **Agência Nacional do Petróleo, Ministério das Minas e Energia, Ministério da Ciências e Tecnologia, Petrobras** e outros atores interessados na execução do Projeto Pré-Sal, ignora o fato da inexistência de tecnologia suficiente para amenizar ou mesmo mensurar os riscos envolvidos (notadamente pela questão sísmica da área) e níveis de segurança desejáveis com uma coerência científica preventiva, notadamente na hipótese de acidente.

Diante da teoria do risco de desenvolvimento e, de maneira irresponsável, investe-se em um paradigma energético contraditório à sadia qualidade de vida, desrespeitando a óptica da variável ambiental e resumindo as externalidades de uma atividade impactante ao debate dos “**dividendos sociais**” do petróleo e repartição de *royalties*, quando o cerne da questão deveria ser o princípio constitucional da variável ambiental, da prevenção e precaução e ausência de um debate intergeracional e de boa governança internacional, pois o Brasil será o primeiro a explorar a referida área e, no atual “estado da arte”, é de se indagar qual seria a garantia da existência de tecnologia na hipótese de vazamento em região tão profunda.

Diante do cenário imposto pelas autoridades brasileiras, apresenta-se um perigoso e irreversível quadro de tolerância com a encampação de atividades sem a prévia noção dos efeitos e potenciais impactos à natureza e, principalmente, a negação à pesquisa e investimento nas fontes energéticas

limpas, de menor custo e socialmente responsáveis.

A produção do petróleo oriundo da zona Pré-Sal, como toda e qualquer atitude causadora de externalidade negativa, deveria ser uma decisão aberta, democrática, tecnicamente ancorada em tecnologia suficiente e comprovadamente precisa para evitar e conter eventuais acidentes ocorridos, uma vez que o potencial de sinistralidade na prospecção, transporte e comercialização do petróleo e seus derivados é altíssimo e quase sempre de efeitos transfronteiriços, a exemplo do recente derramamento de óleo na Bacia de Campos, verificado em 07/11/2011, sob a responsabilidade das empresas Chevron e Petrobras, onde se estima o vazamento de 1.400 a 2.310 barris no campo de Frade, com extensão da mancha para 160 km², consoante a ANP, além do vazamento de gás da plataforma P-40, em Macaé, na mesma bacia fluminense.¹⁰

O uso de tecnologias na busca de fontes energéticas deve ser compatibilizado com a análise de um possível e exponencial acréscimo dos fatores de risco e afrouxamento das regras preventivas e precaucionais internas e internacionais, além de respeitar o princípio da proibição do retrocesso ecológico, diante do verdadeiro culto ao petróleo, promovido pelo governo brasileiro, desprezando o dado de que as somas vultosas de investimento na prospecção da região Pré-Sal poderiam ser direcionadas para o combate às desigualdades sociais sem diminuir os níveis de qualidade de vida hoje existentes.¹¹

Insiste-se no rumo do petróleo como se nenhuma outra fonte de energia limpa e renovável existisse e, até o presente momento, não foi divulgado estudo conclusivo sobre a concentração de CO² e emissão efetuada com a exploração do Pré-Sal, apenas constando na página da PETROBRAS o quantitativo da emissão dos atuais empreendimentos, tentando justificar uma pretensa transparência na conduta ambiental e legitimar o uso da tecnologia poluente, inexistindo, de tal forma, preocupação com a transparência de dados e muito menos com o esclarecimento da população brasileira.

¹⁰ Disponível em <http://www.jornaldaciencia.org.br>. Acesso em 28/11/2011 e Notícias da ANP. Disponível em <http://www.anp.org.br>. Acesso em 28/11/2011.

¹¹ Notícias sobre o Encontro de Meio Ambiente em São Paulo. Disponível em www.seesp.org.br. Acesso em 23/10/2011.

CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Os problemas ambientais de segunda geração, atualmente, devem abrir espaço para a sustentabilidade forte, duradoura, principalmente nas hipóteses de riscos de grave dimensão, como na exploração do petróleo do Pré-Sal, onde a incerteza ainda domina o cenário científico ainda pressionado pela ingerência econômica.

A gestão da Zona Costeira e do Brasil e seu magnífico acervo marítimo dependem de um contínuo esforço de cooperação e planejamento preventivo e precaucional, no âmbito internacional, consoante as lições da nova hermenêutica do direito ambiental.

O Brasil, ao contrário das diretrizes internacionais de aproveitamento energético e redução da emissão de poluentes, insiste em investir em tecnologia pesada e suja com o fito de obter independência econômica utilizando o petróleo como matriz energética ultrapassada, altamente impactante, remontando aos primórdios do monopólio estatal e início da prospecção, calcado na exclusiva preocupação da partilha dos *royalties*.

A necessidade de investimentos para erradicação da miséria e desigualdades regionais é imperiosa; contudo, o preço a pagar consiste na degradação do meio ambiente sem a menor garantia de critérios científicos claros, abertos ao conhecimento popular e franqueando um indispensável debate?

Não se pretende divulgar a eternização do debate científico e dos pilares da tecnologia empregada no Pré-Sal; apenas alerta-se para o apressado processo de licenciamento, imposto pela recente Portaria MMA n. 422/2011 e os possíveis vícios de inconstitucionalidade do seu fluxo e, de igual forma, lamenta-se a ausência de debates com a sociedade para a discussão de fontes alternativas de energia, implicando na supressão constitucional da participação popular na condução dos processos decisórios sobre o meio ambiente e na inexistência de uma verdadeira política energética brasileira.

Qualquer investimento em técnica impactante deve estar ancorado em sólidas e exaustivas bases científicas, o que não se pode afirmar de uma atividade realizada pela primeira vez, em profundidade tão ampla, aliada aos inúmeros exemplos históricos de elevação dos índices de poluição

e catástrofes/acidentes locais e mundiais no lamentável catálogo da degradação do meio ambiente.

Enfim, as gerações do futuro devem sofrer com decisões das quais não participaram e tomadas em torno de critérios não divulgados e sem a obediência aos ditames constitucionais ?

Qual o preço do fomento das políticas de combate às desigualdades regionais e sociais?

REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: 34, 2010.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Saraiva, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. LEITE, José Rubens Morato (orgs). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

PALMA, Carol Manzoli. **Petróleo**: exploração, produção e transporte sob a óptica do Direito Ambiental. Campinas: Millennium, 2011.

PRUDENTE, Antônio Souza. **Hidrelétrica Belo monte**: manifesta agressão ao princípio da proibição do retrocesso ecológico. Revista CEJ, Brasília, Ano XIV, n. 51, p. 33-40, out./dez. 2010

WINTER, Gerd. **Desenvolvimento sustentável, OGM e responsabilidade civil na União Européia**. Campinas: Millennium, 2009.

A AVIAÇÃO MILITAR ESTADUAL E A INTERPRETAÇÃO CONFORME O ART. 107 DO CBA: OBEDIÊNCIA AO PACTO FEDERATIVO.

Marcelo Honorato

Juiz Federal

RESUMO: As aeronaves empregadas pelas polícias e bombeiros militares, consoante interpretação administrativa atual, têm recebido a classificação de aeronaves civis, para fins de direito aeronáutico, embora utilizadas para o cumprimento de missões de caráter policial militar e operadas por pilotos militares. Este estudo irá demonstrar tanto a incompatibilidade técnica em estabelecer um caráter civil a atividades eminentemente militaristas, como a afronta que tal interpretação enseja em face das Cartas Magnas de 1967 e de 1988, ao subtrair o status militar que tais normas constitucionais deferem às polícias e bombeiros militares e também o desrespeito ao Pacto Federativo.

ABSTRACT: The aircraft employed by the police and firefighters, according to current administrative interpretation, has received the classification of civil aircraft for the purpose of aviation law, although used to accomplish missions of character military-police and operated by military pilots. This study will demonstrate both the technical incompatibility to establish a civilian character eminently militaristic activities, as the outrage that such an interpretation gives rise in the face of the Federal Constitutions of 1967 and 1988, by subtracting the military status that standards constitutional defer to police officers and firefighters military and also the disregard for the Federative Pact.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Do caráter militar da atividade aérea das polícias militares e bombeiros militares. 2. Da classificação das aeronaves e sua adequação constitucional. 3. Das propostas de projeto de Lei Ordinária. Conclusão.

Palavras-Chave: Direito Aeronáutico. Aviação policial militar. Classificação constitucional de aeronaves.

INTRODUÇÃO

Por todos os vários Estados da Federação brasileira, aviões e, majoritariamente, helicópteros, passaram a atuar em prol da segurança pública e da defesa civil. Diversos são os Grupamentos Aéreos, integrados por pilotos das forças auxiliares, que desenvolvem a operação aeropolicial, em sentido *latu*.

Quer no patrulhamento aéreo, quer em ações de resgate de acidentados, ou mesmo no combate ao fogo, policiais e bombeiros militares têm empregado meios aéreos como plataforma de suas ações institucionais, atribuições essas constitucionalmente outorgadas.

Em apertada síntese, pode-se afirmar que policiais militares, tripulando aeronaves a serviço do Estado, no cumprimento de missões de polícia militar ou de bombeiro militar, estão em típica atuação militarista. No entanto, interpretação administrativa atual tem qualificado tais operações, no âmbito aeronáutico, com *status* de atividade civil, pois as aeronaves empregadas têm recebido a classificação de aeronaves civis¹, para fins aeronáuticos, em absoluta divergência com ditames constitucionais.

Ou seja, os pilotos militares das Forças Policiais Militares dos Estados, no exercício de atividade de segurança pública, têm sido classificados como no exercício de uma operação de aeronave civil, retirando o caráter militar, no que tange às regras aeronáuticas.

Como consequência, os Estados da Federação, para o desempenho de sua missão policial militar, no exercício da competência de prover a segurança pública aos cidadãos, têm que cumprir os requisitos que qualquer operador civil é submetido, como contratação de seguros e outorga de licenças de pilotos civis, situação essa inexistente no seio das Forças Armadas, pois absolutamente incompatível com as características da aviação militar.

A contratação de seguro para tarefas militares é aspecto marginal na tarefa securitária, pois se trata de operação de elevado risco e sob a égide da responsabilidade objetiva do Estado (art. 37, § 6^a da CF/88), portanto, claramente despicienda.

¹ AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL. **Regulamento brasileiro de homologação aeronáutica nº 91**. Subparte K. Disponível em: <<http://www2.anac.gov.br/biblioteca/rbha/rbha091.pdf>>. Acesso em: 03 maio 2012.

Já a habilitação dos pilotos militares em licenças civis denota absoluta incompatibilidade, pois a operação aérea militar em muito se diferencia da operação civil, logo é um requisito operacional que não garante uma operação segura, pois que não avalia a real operação a ser realizada pelo piloto licenciado e apenas dilata o custo operacional, visto que as licenças são serviços públicos remunerados.

Os aspectos fisiológicos, analisados por médicos habilitados pela Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), compõem requisitos médicos para a emissão de licenças e estão diretamente ligados ao exercício da atividade de pilotagem civil comercial e, assim, seguindo a atual óptica regulamentar, um piloto policial militar deve atender aos mesmos requisitos que um piloto comercial.

No entanto, é certo que as condições de voo, suportadas pelos aeronavegantes militares, são absolutamente mais exigentes do que aquelas existentes nos voos civis, visto que as operações policiais ocorrem, muitas das vezes, sob forte estresse de ameaça real inimiga, à baixíssima altura de voo e nos limites operacionais dos equipamentos que operam, portanto, mais uma vez, verifica-se que a autorização de pilotagem, atualmente concedida aos pilotos policiais militares, não guarda compatibilidade com o que efetivamente será exercido, deixando uma grande margem sem adequada avaliação.

Este artigo científico irá demonstrar que a classificação de aeronave civil para as aeronaves da polícia militar e do corpo de bombeiros militar decorre de uma interpretação equivocada do art. 107 do Código Brasileiro de Aeronáutica, sendo necessária uma leitura constitucional de tal dispositivo, a fim de mantê-lo inserto nas linhas desenhadas pela Carta Política de 1988, e também diante da norma constitucional vigente - quando da edificação do referido código aviatório-, a Constituição Brasileira de 1967, sob a Emenda Constitucional nº 1/1969.

1. DO CARÁTER MILITAR DA ATIVIDADE AÉREA DAS POLÍCIAS MILITARES E BOMBEIROS MILITARES

Inicialmente, necessário bem demonstrar o aspecto militar que a norma constitucional imprime às atividades das polícias militares e dos bombeiros militares, característica essa que fornecerá elementos aptos a qualificar as

aeronaves operadas por tais órgãos como aeronaves militares, sob pena de afronta à Carta Constitucional.

A Constituição Federal de 1988 define que são militares os integrantes das Forças Armadas e os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros dos Estados, a teor do que dispõe a Seção III do Capítulo VII, intitulada de “DOS MILITARES DOS ESTADOS, DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS”.

O *caput* do art. 42 da Carta Policia de 1988, de forma expressa, denomina os policiais militares e os bombeiros militares como *militares dos Estados*:

Art. 42 Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, **são militares** dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)

Não custa observar que tal qualidade não foi uma inovação da EC nº 18/1988, pois, antes disso, a qualidade de militar possuía lastro idêntico na redação original da Constituição Federal, apenas vindo acompanhada da substantivação de servidor, quando então os militares compreendiam-se como uma classe dos servidores públicos.

Art. 42. São servidores militares federais os integrantes das Forças Armadas e **servidores militares dos Estados**, Territórios e Distrito Federal os integrantes de suas polícias militares e de seus corpos de bombeiros militares. (Redação Original da Constituição Federal de 1988)

A jurisprudência não destoia de tal conclusão, visto que mantém o entendimento do caráter militar que a Constituição Federal estabelece às atividades da polícia militar e dos bombeiros militares:

TRIBUTÁRIO. MILITARES INATIVOS. CONTRIBUIÇÃO. LEI Nº 3.675/60. EMENDAS CONSTITUCIONAIS 20/98 E 41/03.

(...) Assim, os militares passaram a constituir um conjunto diferenciado de agentes públicos, **que se divide em militares das Forças Armadas** (art. 142, § 3º) e **militares dos demais entes federados** (art. 42). As emendas constitucionais de n.º 20, 41 e 47 não alteraram tal “divisão” operada pela EC 18/98 (...)

(AC 200471020043970, LUCIANE AMARAL CORRÊA MÜNCH, TRF4 - SEGUNDA TURMA, D.E. 29/10/2008.)

ADMINISTRATIVO. 28,86%. 3,17%. LEI 8.880/94 E LEIS Nºs 8.622/93 E 8.627/93. ART.37, X, CF. VIÚVA DE EX-COMBATENTE. INEXISTÊNCIA DE DIREITO.

(...)

II (...) **Consideram-se Militares**, nos exatos termos do art. 142 da CF/88 e da Lei 6.880/80 (Estatuto dos Militares), os membros das Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica e além destes, **os membros das Polícias Militares e Corpo de Bombeiros Militares** (Militares dos Estados, Distrito Federal e dos Territórios), a teor do disposto no art. 42 da CF/88. As Lei 5.315/67 e 5.689/71 definem o ex-combatente.

(AC 200482000134846, Desembargador Federal Petrucio Ferreira, TRF5 - Segunda Turma, DJ - Data::11/05/2007 - Página::468 - N°::90.)

Também a Constituição Federal de 1967, sob a Emenda Constitucional nº 1 de 1969, resguardava a qualidade de militares aos policiais e bombeiros militares dos Estados da Federação, consoante estabelecia o art. 13 da Constituição então vigente:

§ 4º As polícias **militares**, instituídas para a manutenção da ordem pública nos Estados, nos Territórios e no Distrito Federal, e os corpos de

bombeiros militares são considerados forças auxiliares, reserva do Exército, não podendo seus postos ou graduações ter remuneração superior à fixada para os postos e graduações correspondentes no Exército.

Interessante que a própria Carta Constitucional de 1988 estabelece que os militares dos Estados estão afetos à Justiça Militar Estadual, portanto, a norma constitucional prima pela adequada simetria dos militares estaduais em relação aos militares das Forças Armadas:

§ 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os **militares dos Estados**, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Deve-se observar que, no mesmo sentido, estão tanto a redação original da Constituição Federal de 1988 quanto a Constituição Federal de 1967 (art. 144, §1º, “d”). Portanto, a qualidade de militares, afeta aos integrantes das Polícias Militares e Bombeiros Militares, é um mandamento constitucional, subordinando tais agentes públicos, no âmbito jurisdicional, ao julgamento por Tribunais Militares, nos crimes militares definidos em lei.

Mais do que isso, a Carta Constitucional de 1988, no § 5º do art. 144, define as atribuições administrativas dirigidas às polícias militares e aos bombeiros militares, consignado o caráter militar de tais atividades.

§ 5º - Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

A Carta Política de 1967 (art. 13 CF/67, alterada pela EC/69) também assinalava o caráter militar das atividades de ordem pública (*rectius*: segurança pública), bem como a denominação de Forças Auxiliares, portanto, com caráter militarista.

§ 4º As polícias militares, instituídas para a manutenção da ordem pública nos Estados, nos Territórios e no Distrito Federal, e os corpos de bombeiros militares são considerados **fôrças auxiliares**, reserva do Exército, não podendo seus postos ou graduações ter remuneração superior à fixada para os postos e graduações correspondentes no Exército.

A doutrina especializada, por sua vez, destaca o aspecto militar que possuem as forças policiais militares e bombeiros militares, como bem pontua Jorge Luiz Nogueira de Abreu:²

Adotando um critério descritivo e integrativo, definimos, didaticamente, Direito Administrativo Militar com sub-ramo especializado do Direito Administrativo que estuda os princípios (de direito administrativo) e preceitos jurídicos que, de forma sistemática, regem as atividades peculiares das Forças Armadas (Marinha, Exército e Aeronáutica) e **Auxiliares (Polícias Militares e Corpo de Bombeiros Militares)**, seus órgãos, membros militares e atividades jurídicas não contenciosas, voltadas ao cumprimento, de forma concreta, direta e imediata, de suas destinações constitucionais a demais fins a ela atribuídas legalmente. (não há grifo no original).

Portanto, há que se compreender que a qualidade militar dos agentes policiais militares e bombeiros militares advém de expressa determinação constitucional, tanto que subordina tais integrantes à Justiça Castrense.

² ABREU, Jorge Luiz N. *Direito Administrativo Militar*. 1. Ed. Método. São Paulo: 2010, p. 35.

2. DA CLASSIFICAÇÃO DAS AERONAVES E SUA ADEQUAÇÃO CONSTITUCIONAL

Nesse sentido, não há possibilidade de uma lei ordinária subtrair o caráter militar das atividades dos policiais militares e dos bombeiros militares. Como considerar, então, que pilotos militares, operando aeronaves a serviço de um Estado da Federação, cumprindo missões típicas de polícia militar ou de bombeiro militar, atribuídas constitucionalmente, estão no emprego de aeronaves civis?

Pode-se afirmar, igualmente, que inexistente dispositivo constitucional que autorize lei ordinária a afastar a rubrica militar das atividades dos policiais militares e dos bombeiros militares, para quaisquer finalidades que sejam, muito menos para fins aeronáuticos.

Em outras palavras, a norma constitucional, ao vincular o caráter militar da atuação institucional dos policiais militares e dos bombeiros militares, não abriu possibilidade de norma legal desconsiderar tal atributo, com expressões como: “exceto para fins de”, “salvo quando lei assim o determinar”. Logo, lei ordinária não possui legitimidade constitucional para repelir o atributo militar da atuação institucional dos policiais militares e dos bombeiros militares.

O atual Código Brasileiro de Aeronáutica não trouxe, expressamente, tal caracterização civil às aeronaves policiais. Na verdade, o código aviatório não estabeleceu qualquer regra específica para as aeronaves das forças policiais militares e bombeiros militares. Diante do silêncio da norma, interpretações e integrações procuraram preencher o vazio e, assim, nasceu o entendimento que tais aeronaves devem ser classificadas como aeronaves civis, interpretação essa incompatível com a Carta Magna de 1967 e também com a Constituição Cidadã de 1988, como demonstrado.

Segundo o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei 7.565, de 19 de dezembro de 1986), as aeronaves pertencentes e destinadas à missão das Formas Armadas são aeronaves militares; todas as demais, por exclusão simplista, são aeronaves civis.

Art. 107. As aeronaves classificam-se em civis e militares.

§ 1º Consideram-se militares as integrantes das Forças Armadas, inclusive as requisitadas na forma da lei, para missões militares (artigo 3º, I).

Logo, pode-se concluir que o dispositivo acima estabelece, como critério qualificador das aeronaves brasileiras, o emprego que será dado ao aparelho, pois que tanto as aeronaves militares das Forças Armadas como aquelas utilizadas para missões militares são igualmente classificadas como uma aeronave militar.

Considerando que a atividade policial militar não se encontra abrangida expressamente pelos demais dispositivos, não há outro caminho senão concluir que as referidas possuem a classe de aeronave militar, pois, como visto, a atividade policial militar e de bombeiro militar são atividades eminentemente militares, consoante estabelece a Carta Política de 1988 e também a de 1967, estando abarcadas pela segunda parte do dispositivo legal, que assim dispõe: “(...) *inclusive as requisitadas na forma da lei, para missões militares.*”

Apesar de as aeronaves policiais militares não terem a condição de uso público por requisição, o dispositivo legal indica que o emprego em missões militares é que determina a classificação da aeronave, logo, o emprego em missão policial militar leva à aeronave a sua natural classificação como aeronave militar.

Ocorre que a interpretação reinante é no sentido de que as aeronaves envolvidas em prol das atividades da polícia militar ou de defesa civil e operadas por militares dos Estados são aeronaves civis, embora detenham a qualidade de aeronave pública.

Tal interpretação decorre do entendimento que o § 1º do art. 107 do CBA não previu, expressamente, o caráter militar das aeronaves das polícias militares e dos bombeiros militares, para os efeitos das regras aeronáuticas. Como as Polícias Militares e os Bombeiros Militares são órgãos da administração direta estadual, tem-se compreendido que as aeronaves de tais órgãos estão abrangidas pelo § 3º, dispositivo que agrupa, sob a rubrica ‘civil’, todas as aeronaves da administração direta, exceto quanto às aeronaves das Forças Armadas.

§ 2º As aeronaves civis compreendem as aeronaves públicas e as aeronaves privadas.

§ 3º As aeronaves públicas são as destinadas ao serviço do Poder Público, inclusive as requisitadas na forma da lei; todas as demais são aeronaves privadas.

§ 4º As aeronaves a serviço de entidades da Administração Indireta Federal, Estadual ou Municipal são consideradas, para os efeitos deste Código, aeronaves privadas (artigo 3º, II).

§ 5º Salvo disposição em contrário, os preceitos deste Código não se aplicam às aeronaves militares, reguladas por legislação especial (artigo 14, § 6º).

Portanto, e por mais paradoxal que possa ser, as aeronaves destinadas à atividade militar estadual, segundo as interpretações administrativas vigentes, são qualificadas como aeronaves civis e públicas.

Nessa toada, concluem os intérpretes da administração pública, todas as aeronaves públicas, pertencentes à Administração Direta, desde que não operadas pelas Forças Armadas, são aeronaves civis. Ainda que os Comandos Militares também estejam compreendidos na Administração Direta, acabaram por deter outra classificação, pois receberam tratamento diferenciado pela norma.

A partir de tal conclusão equivocada, a atividade policial militar tem sido disciplinada pela Agência Nacional de Aviação Civil, apesar de sua lei de criação (Lei 11.182/2005) não possuir qualquer atribuição de normatização e regulação da aviação policial. O exercício regulatório tem sido concretizado por via transversa³, ao classificar as aeronaves policiais militares como civis e, dessa forma, atrair a competência normativa.

Diante da inexistência de dispositivo expresse, na lei de criação da referida Autarquia Especial, que a ela tenha outorgado competência regulatória ou fiscalizatória para a matéria de aviação policial militar, constata-se que eventuais regulamentações decorrentes de tal órgão incidem em plena nulidade, por ausência de competência, tendo em vista o respeito ao Princípio Constitucional da Especialidade das competências das Autarquias, estabelecido pelo inciso XIX do art. 37 da Carta Constitucional:

³ AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL. **Regulamento brasileiro de homologação aeronáutica nº 47**. Disponível em: <<http://www2.anac.gov.br/biblioteca/rbha/rbha047.pdf>>. Acesso em: 03 maio 2012.

XIX - somente por **lei específica poderá ser criada autarquia** e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação; (não há negrito no original)

Diante da competência originária da União Federal em matéria aeronáutica, conclui-se que tal ente é que deve exercer a regulamentação da atividade aérea policial militar, em razão de deter competência administrativa primária para a exploração da navegação aérea (art. 21, inciso XII, alínea “c”, da CF/88) e para a fiscalização aeroportuária (art. 21, inciso XXII, da CF/88), além de competência legislativa sobre direito aeronáutico (art. 22, inciso I, da CF/88) e navegação aérea (art. 22, inciso X, da CF/88). Ou seja, não tendo sido descentralizada a competência de regulação e fiscalização da atividade aérea das polícias e bombeiros militares à ANAC, tal poder-dever se mantém na esfera de competência do órgão originário: a União Federal.

No âmbito da aviação militar das Forças Armadas, a sua regulação concentra-se em cada um dos Comandos Militares, que receberam a competência para o preparo, adestramento e instrução de seus militares e de suas operações, consoante estabelece o art. 13 da Lei Complementar nº 97/199, norma esta editada em razão da exigência constitucional, contida no §1º do art. 142 da CF/88:

Art. 13. Para o cumprimento da destinação constitucional das Forças Armadas, **cabe aos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica** o preparo de seus órgãos operativos e de apoio, obedecidas as políticas estabelecidas pelo Ministro da Defesa.

§ 1º O preparo compreende, entre outras, as atividades permanentes de **planejamento, organização e articulação, instrução e**

adestramento, desenvolvimento de doutrina e pesquisas específicas, inteligência e estruturação das Forças Armadas, de sua logística e mobilização. (não há grifos no original)

Nesse momento, relevante perquirir, diante da norma aeronáutica vigente, qual a adequada e constitucional classificação que as aeronaves das polícias militares e bombeiros militares devem receber.

Inicialmente, segundo informa Eduardo Alexandre Beni⁴, *relevante* fazer constar que, somente a partir de 1973, é que ganhou plenitude a atividade operacional da aviação militar das polícias militares no Brasil, de modo que, quando da confecção do CBA, o exercício da atividade policial, por intermédio de aeronaves, ainda era tímida, se comparada com o emprego aéreo pelas Forças Armadas, situação absolutamente diferente dos dias de hoje, já que a operação aérea policial detém elevada envergadura operacional em todos os Estados da Federação.

Nesse sentido, a norma aeronáutica, então em elaboração no ano de 1986, classificou, expressamente, como aeronaves militares aquelas pertencentes às FFAA, pois somente tal instituição é que desempenhava, de maneira estável e já consolidada, o exercício de atividades militares por meio de plataformas aéreas. Não houve, desse modo, uma atenção direta às aeronaves policiais militares, embora a lei aeronáutica tenha equiparado a aeronaves militares, expressamente, aquelas que tenham sua utilização destinada às missões militares.

De modo sintético, pode-se afirmar que a lei aeronáutica não proíbe a classificação de “aeronave militar” às aeronaves policiais e de bombeiros militares dos Estados. Se assim o fizesse, mesmo diante da Carta Constitucional de 1967, incidiria em vertente vício material de inconstitucionalidade, pois não poderia retirar o caráter militar das atividades das polícias e bombeiros militares, já outorgado por norma constitucional.

Com a efetiva operação aérea das polícias e bombeiros militares, seus aparelhos aéreos deveriam ter recebido a qualidade de aeronaves militares,

⁴ BENI, Eduardo Alexandre. **Proposta de uma nova legislação para a Aviação de Segurança Pública**. Piloto Policial. Disponível em: <<http://www.pilotopolicial.com.br/proposta-de-uma-nova-legislacao-para-a-avsegpub-participe/>>. Acesso em: 14 dez. 2011.

em analogia às Forças Armadas e àquelas requisitadas para cumprir missões militares (§1º do art. 107), forma de integração jurídica de normas, prevista na lei de introdução às normas do direito brasileiro (art. 4º do Decreto-Lei nº 4.657/1942), e em razão do expresse caráter militar que tais instituições possuem, por força de norma constitucional.

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a **analogia**, os costumes e os princípios gerais de direito. (não há grifo no original)

Mais do que integrar a norma, a concessão da classificação de aeronaves militares às aeronaves policiais respeita a própria finalidade da norma, que objetiva a conceder tal qualidade a qualquer aeronave **destinada ao cumprimento de missões militares**, como consigna a segunda parte do o § 1º do art. 107 do CBA: “*inclusive as requisitadas na forma da lei, para missões militares*”.

O Administrador Público optou, então, por outro caminho, atribuir a classificação de aeronave civil a referidos aparelhos aéreos policiais, por serem aeronaves da Administração Direta Estadual (§3º do art. 107), a despeito de seu emprego em missões militares (2ª parte do §1º do art. 107 do CBA) e desprezando a qualidade militar de tal atividade, imposta por norma constitucional, e atribuída, também, em consequência da simetria entre as atividades militares dos Estados da Federação e da União Federal, princípio extraído do Pacto Federativo.

Sob a pena dos constitucionalistas modernos, o Princípio Federativo teve notável destaque, pois que a União Federal, os Estados Membros e os Municípios, em seu âmbito de atuação, desenvolvem suas atividades sem subordinação hierárquica, devendo ocorrer tratamento jurídico isonômico, exceto se houver previsão expressa na Carta Política do Estado; portanto, não pode uma norma ordinária e nem eventual interpretação de tal norma deferir a classificação de aeronave militar aos aparelhos aéreos das Forças Armadas e negá-la aos meios aéreos dos Estados da Federação, quando no exercício da missão policial militar e dos bombeiros militares⁵:

⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley. Curso de direito constitucional. 1ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2008, p. 487.

O Brasil, portanto, é um Estado Federal, em que a União, os Estados-membros e os Municípios, todos igualmente autônomos, ocupam, juridicamente, o mesmo plano hierárquico, devendo, por conseguinte, receber **tratamento jurídico-formal isonômico**. (não há grifo no original).

O que ocorre é um sério equívoco de integração de normas, nascendo uma interpretação inconstitucional do art. 107 do CBA, pois se aquilataram as aeronaves das polícias militares e bombeiros militares sob a rubrica de aeronaves civis, em absoluto contraste com as normas constitucionais, que qualificam tais atividades sob caráter militar, e por violar o Pacto Federativo, ao oferecer tratamento jurídico desigual entre a União e os Estados.

Segundo o Pacto Federativo, tratamentos não isonômicos entre os entes da federação somente podem existir se fundados em regras pactuadas na Carta da República, que é o documento delineador do convívio harmônico entre a União, os Estados e os Municípios. Portanto, somente a Carta Política pode conter reservas a eventual tratamento diferenciado entre os entes federativos, como a previsão de intervenção, precisamente estabelecido na Constituição Federal.

No que tange à possibilidade de tratamento diferenciado da atividade militar da União e dos Estados, inexistente qualquer menção a questões aeronáuticas, mas tão somente quanto à competência de crimes militares, já que os militares dos Estados subordinam-se aos Tribunais Militares dos Estados (art. 125, §4º da CF/88) e os da União, à Justiça Militar da União (art. 122 e seguintes da CF/88).

A interpretação de que as aeronaves das polícias e bombeiros militares são aeronaves civis (§3º do art. 107) afronta diretamente o *caput* do art. 42 e o § 5º do 142, ambos da Carta Política de 1988, pois negam o caráter militar outorgado pela norma constitucional originária e derivada, devendo tal entendimento ser ceifado pela técnica de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, visto que, dentre as interpretações possíveis, essa última contraria normas constitucionais vigentes.

Tal interpretação é igualmente inconstitucional diante da Constituição Federal de 1967 (art. 13, §4º), alterada pela EC n. 01/69. Porém, como

o art. 107 não incide em inconstitucionalidade direta perante a CF/67, mas apenas uma interpretação possível é que apresenta tal vício, afasta-se possível inconstitucionalidade *ab initio* do citado artigo.

Pelo mesmo argumento acima, pode-se afirmar que não se trata de revogação do art. 107, pela nova Constituição de 1988, pois, frise-se, o que ocorre não é a inconstitucionalidade do artigo 107, mas apenas uma de suas interpretações possíveis, vício esse existente tanto perante a CF/88 quanto diante da CF/67.

A solução para o caso não requer grandes ilações. Assim, pois, como verificado, a aviação militar estadual não se encontrava em sua plenitude operacional atual, quando da edificação do código aeronáutico e, sendo assim, não foi albergada, expressamente, pelo rol do art. 107 do CBA. Por outro lado, a classificação de tais aeronaves como civis fere de morte normas constitucionais, devendo ser afastada tal possibilidade classificatória, especialmente por ser derivada de simples atividade interpretativa e não de regra expressa.

Para compor solução constitucional, necessária a manutenção do caráter militar de tal operação e, portanto, da classificação militarista de tal aeronave, alinhando a norma ordinária aos preceitos constitucionais e respeitando também a necessária simetria entre a atividade militar estadual e a federal, conforme suas competências constitucionais, de forma a manter incólume a Paridade Federativa.

Assim, pela técnica da integração, a omissão da classificação das aeronaves militares estaduais, na lei aeronáutica, deve ser preenchida tanto pelo respeito à finalidade da norma como pela analogia, que permite a incidência de uma simetria entre as atividades militares e resguarda o caráter militar que a atividade policial e dos bombeiros militares possuem, por força constitucional.

Nesse sentido, classificar as aeronaves das polícias militares e bombeiros militares como aeronaves civis, em razão de tais aparelhos pertencerem à Administração Direta, apesar de inexistente designação expressa de aplicação do §3º do art. 107 do CBA, é prover o dispositivo legal de interpretação que afronta a Constituição Federal, tanto por negar o caráter militar das atividades de tais instituições, como por ferir o Pacto Federativo, ao colocar as Forças Auxiliares em posição de desvantagem, se comparadas com as Forças Armadas.

Portanto, a interpretação de que as aeronaves das polícias e bombeiros militares estão insertos no §3º do art. 107 do CBA deve ser afastada, por inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, que é a técnica de controle de constitucionalidade que⁶: “tem sido utilizada para considerar inconstitucional determinada *hipótese de aplicação da lei*, sem proceder a qualquer alteração de seu texto normativo.” (há itálico no original).

A única forma de manter a constitucionalidade do art. 107 do CBA, com o advento da plenitude da aviação militar estadual, é prover uma *interpretação conforme a Constituição Federal* de tal dispositivo, classificando as aeronaves das polícias e bombeiros militares como aeronaves militares, portanto, insertas no §1º do art. 107 do CBA, pois tais aparelhos são destinados às missões militares (segunda parte do referido dispositivo), interpretação essa que alinha a aplicação do direito aos preceitos da Constituição de 1988, como também da Constituição de 1967.

A técnica da interpretação conforme⁷ a Constituição Federal mantém a vigência da norma ordinária e a ela provê compatibilidade com o texto constitucional, repelindo outras interpretações possíveis, resguardando a determinação constitucional do caráter militar das atividades das polícias e bombeiros militares e protegendo o Pacto Federativo.

(...) Na interpretação conforme, o Tribunal exclui um ou mais sentidos da norma legal, com a atribuição de um outro sentido com o qual se possa compatibilizar a norma à Constituição.

3. DAS PROPOSTAS DE PROJETO DE LEI ORDINÁRIA

Importa, ainda, destacar que projetos de lei ordinária encontram-se em trâmite no Congresso Nacional, com o objetivo de classificar as aeronaves militares dos Estados, em razão das interpretações equivocadas, atualmente empregadas pelo Poder Público. Dentre eles, há o Projeto de Lei nº 2.103-A⁸, de 1999, de autoria do Deputado Federal Gonzaga Patriota.

⁶ Ibidem, p. 361.

⁷ Ibidem, p. 361.

⁸ Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 2103-A. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=17641>>. Acesso em 14 dez. 2011.

O projeto de lei citado altera o §1º do art. 107 do CBA, propondo a seguinte redação:

§ 1º Consideram-se militares as integrantes das Forças Armadas e **Forças Auxiliares** (Polícias Militares e Corpo de Bombeiros Militares); (não há grifo no original).

De forma acertada, o projeto de lei torna material a interpretação conforme a Constituição Federal detalhada neste artigo, pois inclui os meios aéreos das polícias e bombeiros militares dentre as aeronaves militares, respeitando o caráter militar que as Cartas Políticas brasileiras de 1967 e 1988 imprimem a tais instituições, bem como resguarda o Princípio Federativo, elemento vital da própria existência do Estado Brasileiro.

O Projeto de Lei nº 2103-A ainda cria uma outra classe de aeronaves, a aeronaves de segurança pública, direcionadas aos outros órgãos de segurança pública, deferindo as prerrogativas da aviação militar, no campo aeronáutico, a esse novo quilate de aeronaves.

Porém, há que se destacar que os prefixos designativos explicitados no referido projeto de lei (§8º do art. 107 do CBA) deverão ser alterados, pois tais matrículas obedecem a regras internacionais, insertas no âmbito das normas da Organização Internacional da Aviação Civil (ICAO).

Por outro lado, observa-se que existe proposta de Substitutivo ao Projeto de Lei 2.103-A/1999, elaborado pela Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado, Violência e Narcotráfico da Câmara dos Deputados, mas que se limita a resolver entraves pontuais, especificamente de tráfego aéreo e de formação de pessoal, mas não resolve as demais incongruências e nem pacifica a ofensa ao pacto federativo, em razão da manutenção da qualidade de aeronave civil aos meios aéreos das polícias e bombeiros militares.

CONCLUSÃO

Da análise introdutória, observou-se que a aviação das polícias e bombeiros militares encontra-se, atualmente, disciplinada por regulamentos emitidos pela Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), apesar de sua lei de criação não lhe ofertar tal competência.

Porém, a referida agência regula a atividade policial militar com fundamento na classificação civil das aeronaves policiais militares, fazendo com que requisitos da aviação civil sejam exigidos de uma atividade eminentemente militar, em forte incompatibilidade técnica, como a emissão de licenças de pilotagem com base em requisitos médicos e operacionais civis e a obrigatoriedade de contratação de seguros, em atividade de segurança pública, por exemplo.

A classificação equivocada das aeronaves das polícias e bombeiros militares, em *status* civil, decorre de uma interpretação inconstitucional do art. 107 do CBA, como demonstrado acima, haja vista que a lei aviatória também estabelece como critério de classificação o emprego das aeronaves e não tão somente em razão da personalidade jurídica de seu proprietário, *ex vi* art. 107, §1 do CBA.

É que a atividade policial militar (e do corpo de bombeiros militares) detém a qualidade de atividade militar, em nível constitucional, a teor da Constituição Federal de 1967, sob a Emenda Constitucional nº 1 de 1969 (art. 13, §4º), e também da atual Carta Política de 1988 (art. 42 e art. 144, §5º).

Além disso, demonstrou-se que lei ordinária não poderia dar tratamento não isonômico a entes da federação, sem fundamento em regra constitucional, sob pena de ferir o Pacto Federativo. Assim, o Código Brasileiro de Aeronáutica não poderia subtrair o caráter militar das atividades policiais e de bombeiros militares, sem que a Carta Política estabelecesse permissivo expresse.

Porém, demonstrou-se que a lei aviatória não trouxe definição expressa com tal negativa do caráter militar às aeronaves das polícias militares, mas existe apenas interpretação administrativa, no sentido de classificar tais aeronaves como aeronaves civis.

Diante do caráter militar constitucional outorgado pelas Constituições de 1967 e 1988 a atividade policial militar (e ao corpo de bombeiros militar) e da obediência ao Pacto Federativo, conclui-se que a classificação civil decorre de uma interpretação inconstitucional, devendo ser repelida.

A solução aventada é a de prover uma interpretação conforme a Constituição do art. 107 do CBA, no sentido de que a segunda parte de seu parágrafo primeiro englobe as aeronaves de polícia e bombeiros militares, no exercício de atividades de segurança pública, quando expressa que são

aeronaves militares “(...) inclusive as requisitadas na forma da lei, para missões militares.”

Ou seja, segundo a norma ordinária aviatória, o tipo de missão a qual é destinada a aeronave é capaz de classificá-la, para fins de direito aeronáutico, e sendo atribuídas missões militares às aeronaves das polícias e bombeiros militares, consoante determinam dispositivos constitucionais, límpida é a classificação de tais aparelhos aéreos como militares, solução que mantém igualmente incólume o Pacto Federativo, pois exclui qualquer tratamento jurídico não isonômico entre entes da federação, sem o necessário fundamento constitucional.

Com isso, a operação aérea militar das polícias e bombeiros militares poderão ser regulamentadas de forma adequada, instituindo-se requisitos mais exigentes para a concessão de licenças, desonerar o custo operacional, pela desnecessidade de contratação de seguro para uma atividade eminentemente militar e, mais do que isso, passar a ser disciplinada diretamente pela União Federal, ou outro órgão que receba tal competência, ou por descentralização ou por desconcentração administrativa, visto que a Agência Nacional de Aviação Civil não possui competência legal sobre tal matéria, órgão esse mais voltado à regulação da aviação comercial e privada, sem os contornos da atividade aérea militar.

REFERÊNCIAS

ABREU, Jorge Luiz N. **Direito Administrativo Militar**. 1. ed. Editora Método. São Paulo: 2010.

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL. **Regulamento brasileiro de homologação aeronáutica nº 47**. Disponível em: <<http://www2.anac.gov.br/biblioteca/rbha/rbha047.pdf>>. Acesso em: 03 maio 2012.

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL. **Regulamento brasileiro de homologação aeronáutica nº 91**. Disponível em: <<http://www2.anac.gov.br/biblioteca/rbha/rbha091.pdf>>. Acesso em: 03 maio 2012.

ANDRADE, Manoel A. Domingues de. Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis. 3. ed. Coimbra: Armênio Amado – Editor, Sucessor, 1978

BENI, Eduardo Alexandre. Proposta de uma nova legislação para a Aviação de Segurança Pública. Piloto Policial. Disponível em: <<http://www.pilotopolicial.com.br/proposta-de-uma-nova-legislacao-para-a-avsegepub-participe/>>. Acesso em: 14 dez. 2011.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 2.103-A**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=17641>>. Acesso em 14 dez. 2011.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 08 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 03 maio 2012.

BRASIL, **Código Brasileiro de Aeronáutica, Lei Federal nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7565.htm>. Acesso em: 03 maio 2012.

BRASIL, **Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm>. Acesso em: 03 maio 2012.

BRASIL, Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 03 maio 2012.

BRASIL, **Lei Federal nº 11.182, de 27 de setembro de 2005**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11182.htm>. Acesso em: 03 maio 2012.

BRASIL, **Lei Complementar nº 97, de 09 de julho de 1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp97.htm>. Acesso em: 03 maio 2012.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível. Matéria Administrativa. AC 200471020043970. Relatora Luciane Amaral Corrêa Munch. Porto Alegre, RS, D.E. 29 de outubro de 2008.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Cível. Matéria Administrativa. AC 200482000134846. Relator Desembargador Federal Petrucio Ferreira. Recife, PE, D.E. 11 de maio de 2007.

CUNHA JR, Dirley. **Curso de direito constitucional**. Salvador: Editora Juspodivm, 2008.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

A FAZENDA PÚBLICA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Marco Aurélio Ventura Peixoto

Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco, Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília, Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP, Professor de Direito Processual Civil da Faculdade Marista do Recife e da Faculdade Estácio do Recife.

RESUMO: O presente trabalho tem por objeto a análise das previsões atinentes à Fazenda Pública, constantes do Projeto do Novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei n. 8.046/2010), que tramita na Câmara dos Deputados. Desenvolve-se uma análise da razoabilidade das normas afetas à Fazenda Pública, da consagração da Advocacia Pública no novo diploma, bem como de aspectos importantes que constam do projeto, como a nova sistemática das prerrogativas de prazos, a sucumbência recursal progressiva, a remessa oficial, a eficácia imediata das decisões, a execução das obrigações de pagar quantia certa e a participação da Fazenda Pública no julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O novo Código de Processo Civil: instrumento hábil para se atingir a duração razoável e a efetividade na prestação jurisdicional?; 3. A Fazenda Pública no novo Código de Processo Civil; 3.1. A razoabilidade das normas processuais afetas à Fazenda Pública; 3.2. A consagração da Advocacia Pública no novo CPC; 3.3. A responsabilização do advogado público por descumprimento de decisões judiciais; 3.4. Honorários Advocatícios nas demandas contra a Fazenda Pública e sucumbência recursal progressiva; 3.5. A nova sistemática das prerrogativas de prazos para manifestações da Fazenda Pública; 3.6. A remessa oficial no novo CPC; 3.7. Dispensa de custas processuais e do preparo recursal; 3.8. A eficácia imediata das decisões – ausência de efeito suspensivo; 3.9. O depósito imediato da multa por descumprimento de obrigação; 3.10. A execução da obrigação de pagar quantia certa contra a Fazenda Pública; 3.11. A participação da Fazenda Pública no julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas; 4. Conclusão; 5. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O tema escolhido para o desenvolvimento do presente estudo se insere no contexto atual de mudanças por que passa a legislação processual civil no ordenamento jurídico brasileiro, notadamente a partir das previsões estabelecidas pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

A Reforma do Judiciário, trazida por tal Emenda, introduziu, no art. 5º da Carta Magna de 1988, o inciso LXXVIII, que trata do princípio da razoável duração do processo.

A importância da discussão resta verificada em função de que o processo civil representa o instrumento de resolução de boa parte dos conflitos de direito material verificados em sociedade, de sorte que a lentidão, o excesso de formalismos e a falta de efetividade nos procedimentos em curso perante o Poder Judiciário merecem rigoroso combate.

Parte-se do pressuposto de que as modificações processuais, até hoje introduzidas, não foram ainda o bastante para que se conclua possuir o Brasil um sistema jurisdicional célere e eficaz.

A busca por uma melhor tutela jurisdicional e, conseqüentemente, da efetiva aplicação da justiça ao caso concreto vem sendo objeto de estudo por renomados doutrinadores bem como de debates nas Casas Legislativas Federais.

Prova disso são as inúmeras mudanças sofridas pelas leis infraconstitucionais, em especial o Código de Processo Civil – CPC, cujo objetivo é acelerar a prestação jurisdicional em prol da sociedade, sem ferir, dentre outros, os princípios do Devido Processo Legal e da Razoável Duração do Processo.

Ao que parece, ainda que de forma desintegrada e desorganizada, tal processo de mudança já iniciou. Os movimentos de reforma processual, nos quais se buscam mecanismos de agilidade e eficiência na prestação jurisdicional, acarretaram a edição de algumas recentes reformas na legislação processual, notadamente no CPC, como ocorreu em 1994 (primeira onda de reformas), 2001/2002 (segunda onda de reformas) e 2005/2010 (terceira onda de reformas).

Tal movimento reformista culmina com as discussões para a elaboração de um novo diploma processual, que virá a revogar o então vigente. Tramita na Câmara dos Deputados, como é cediço, o Projeto de Lei n. 8.046/2010, que foi originado no Senado, fruto do trabalho de uma comissão de juristas

previamente constituída e que, de modo inédito, recebeu sugestões de toda a sociedade, por meio dos mais variados fóruns de discussão abertos nas duas casas legislativas.

Um dos temas que ganha relevo, no novo CPC, é exatamente o disciplinamento da atuação da Fazenda Pública em juízo e o tratamento acerca de uma série de questões que envolvem a defesa dos mais diversos órgãos da Administração Pública.

É notório que a atuação da Fazenda Pública, no processo civil, é sempre alvo de ácidas críticas da sociedade, em decorrência das prerrogativas processuais por ela possuídas.

Em razão disso, não foram poucos os debates acerca da manutenção ou da extinção de algumas dessas prerrogativas, entendidas por uns como privilégios, quando da elaboração do anteprojeto do novo CPC.

Buscar-se-á, portanto, no artigo presente, partindo das previsões constantes do Projeto de Lei em discussão na Câmara dos Deputados, analisar como se dará a atuação judicial da Fazenda Pública quando da entrada em vigor do novo diploma processual.

2. O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: INSTRUMENTO HÁBIL PARA SE ATINGIR A DURAÇÃO RAZOÁVEL E A EFETIVIDADE NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL?

Com as três ondas de reformas processuais, não foram poucas as leis que alteraram a redação original do CPC de 1973, no mais das vezes com o intuito de dinamizar e desburocratizar as relações processuais.

Segundo se sabe, a Emenda Constitucional n. 45/2004 introduziu o princípio da duração razoável do processo à ordem constitucional brasileira, no inciso LXXVIII do art. 5º, consagrando-o como garantia fundamental dos cidadãos que buscam o Judiciário. Na verdade, toda a reforma e as tantas outras leis que decorreram da alteração constitucional foram editadas com tal espírito, o de fazer com que os processos judiciais durassem apenas o estritamente necessário.¹

Mesmo com tantas mudanças, restou, ainda, um sentimento de que não se tinha atingido o cenário ideal, propício a fazer com que os cidadãos pudessem efetivamente receber a prestação jurisdicional de modo célere.

¹ PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura. **Tópicos de Processo Civil – série concursos públicos e exames da OAB**. Recife: Editora Nossa Livraria, 2008, p. 30.

Nesse contexto, o Senado Federal constituiu, em setembro de 2009, uma Comissão de Juristas, sob a presidência do então Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luiz Fux, hoje no Supremo Tribunal Federal, e sob a relatoria de Tereza Arruda Alvim Wambier, com o intuito de elaborar um anteprojeto do novo CPC. Essa comissão se reuniu com periodicidade até junho de 2010, realizando, inclusive, audiências públicas em várias capitais do país, a fim de colher sugestões e impressões da sociedade e dos operadores do Direito, bem como divulgou, com transparência, as propostas aprovadas por seus membros, visando essencialmente à simplicidade na linguagem, à celeridade na tramitação, à efetividade do resultado e à modernização dos procedimentos.

A Comissão identificou três fatores primordiais para a longa duração dos processos, quais fossem, o excesso de formalidades, a litigiosidade desenfreada advinda da conscientização da cidadania decorrente da Constituição de 1988 e o grande elenco recursal, fruto do modelo francês.²

Ao final das discussões, o anteprojeto foi entregue pela Comissão ao Presidente do Senado Federal, para que fossem iniciadas as discussões naquela casa legislativa. Tal projeto, que ganhou o número PLS 166/2010, teve, no Senado, a relatoria do Senador Valter Pereira, havendo sido aprovado um substitutivo de tal relator no final de 2010, com alterações em relação ao anteprojeto da comissão de juristas.

Presentemente, o projeto se encontra em discussão na Câmara dos Deputados, que constituiu, a exemplo do que já se havia feito no Senado, uma Comissão Especial para tratar do assunto, sob a relatoria do Deputado Federal Sérgio Barradas Carneiro – PT/BA.

Pretende-se que o novo CPC venha a se tornar, de fato, um mecanismo hábil para se atingir a duração razoável e a efetividade na prestação jurisdicional, rompendo-se as quase intransponíveis barreiras que, na sistemática até então vigente, acarretam a mora processual.

O diploma passará a ser dividido nos seguintes livros: parte geral, processo de conhecimento, processo de execução, processo nos tribunais e meios de impugnação das decisões judiciais e disposições finais e transitórias.

² FUX, Luiz. **O Novo Processo Civil**. In FUX, Luiz (coord.). **O novo processo civil brasileiro - Direito em expectativa (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil)**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 04-06.

O novo CPC cuidará de excluir o livro destinado ao processo cautelar, passando a haver um tratamento em conjunto das tutelas de urgência, como ocorre, por exemplo, nos ordenamentos italiano e português. Compreende-se como salutar dita mudança, já que não se deixará de ter a possibilidade de manejo da tutela cautelar, a qualquer tempo, mas sem a necessidade de uma espécie processual própria e autônoma para tanto. Logo, como bem ressaltou/destacou José Herval Sampaio Júnior, a retirada da autonomia do processo cautelar, se bem compreendida, não fará falta alguma, já que agora se poderá ter a concessão desse tipo de medida em qualquer tempo.³

Releva, ainda, destaque a idéia de criação de um incidente de resolução de demandas repetitivas, no tocante à legitimidade para as chamadas ações de massa, com a prevenção do juízo e a suspensão das demandas individuais. O objetivo desse incidente é o de transformar em uma única ação coletiva processos individuais semelhantes, para acelerar e uniformizar o trabalho jurisdicional, além de evitar insegurança jurídica com a multiplicação de questões idênticas. Nesse contexto, sempre que uma nova ação surgir sobre algum assunto já decidido por incidente de resolução de demandas repetitivas - como, por exemplo, a contestação de assinatura básica de telefonia -, a decisão já produzida será automaticamente aplicada, sem que seja necessária uma nova tramitação, já que se produz coisa julgada em relação aos processos pendentes e supervenientes.

O incidente de resolução de demandas repetitivas parece ser mesmo a “menina dos olhos” do novo CPC, revelando-se o tema de maior debate entre os que discutem o projeto, especialmente porque visa à promoção da segurança jurídica, da confiança legítima, da igualdade e da coerência da ordem jurídica mediante julgamento em bloco e fixação de tese a ser observada por todos os órgãos do Poder Judiciário, ainda que se saiba que não conseguirá atenuar por completo a carga de trabalho da jurisdição.⁴

³ SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Tutelas de Urgência: sistematização das liminares**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 37.

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: crítica e propostas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 178.

Sem dúvida, a elaboração de um novo diploma processual civil teria que passar por uma completa revisão da temática recursal, tendo em conta que, na ordem jurídica brasileira, boa parte da demora na tramitação de um processo se deve à quantidade de recursos, aos seus efeitos e outros fatores acessórios já comentados.

O projeto do novo CPC apresenta alguns pontos importantes para se tentar quebrar tais amarras. Um desses pontos reside na unificação dos prazos recursais em quinze dias úteis, com exceção dos embargos de declaração. Na atual sistemática, há prazos de cinco, dez e quinze dias, dificultando muito a atividade dos operadores. Tal medida decerto facilitará a contagem e o acompanhamento dos prazos pelos advogados, bem como pelos próprios serventuários que, não raras vezes, certificam indevidamente a perda do prazo quando eles ainda estão em curso ou que deixam de fazê-lo quando já há muito expirados.

Outra medida salutar parece ser a extinção de algumas figuras recursais já bastante criticadas pela doutrina e pela jurisprudência, como os embargos infringentes. Apesar de haver vozes dissonantes na doutrina quanto à sua extinção, como é o caso de Rodrigo Klippel e Antonio Adonias Bastos, que entendem que as críticas não se baseiam em dados estatísticos ou em pesquisas, mas, sim, em argumentos retóricos⁵, o legislador tendeu a aceitar o posicionamento majoritário, defensor de sua extinção.

Em relação a essa figura, prevista tão somente no ordenamento brasileiro, e já extinto até do português, do qual se originou⁶, parece ter faltado coragem ao legislador para extinguir tal instituto na segunda onda de reformas processuais, não possuindo, também, qualquer razão de ser, visto que a decisão colegiada, ainda que não unânime, deve ser respeitada internamente naquela corte, cabendo a impugnação tão somente para as instâncias superiores, pela via dos recursos excepcionais.

Por seu turno, em relação à remessa necessária, as discussões iniciais giraram em torno da extinção, já que no atual cenário, em que a defesa judicial da Fazenda Pública se encontra, em regra, bem organizada e

⁵ KLIPPEL, Rodrigo; BASTOS, Antonio Adonias. **Manual de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2011, p. 793.

⁶ DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil, volume 3: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 5. Ed. Salvador, Ed. Jus Podivm, 2008, p. 211.

estruturada, teria perdido a razão de ser. No entanto, prevaleceu a idéia de manutenção do instituto, com o aumento da restrição, já que só terá vez nas condenações acima de mil salários mínimos, para a União e suas autarquias e fundações, quinhentos salários mínimos para Estados, Distrito Federal e suas autarquias e fundações, e de cem salários mínimos para os Municípios e suas autarquias e fundações.

O excesso de impugnações às decisões interlocutórias, pela via dos agravos de instrumento, parece também estar com os dias contados. Isso porque o projeto apresenta a previsão de que não haja a preclusão em primeira instância, de modo que o agravo de instrumento se restringirá às decisões de urgência satisfativas ou cautelares. Todas as demais matérias, ainda que proferidas em decisão interlocutória, serão objeto de um recurso de apelação único, em que se ataque tanto o conteúdo da sentença como o das eventuais decisões interlocutórias pretéritas.

Ponto que, desde o primeiro instante, gerou polêmica, notadamente entre os advogados, é a idéia da sucumbência recursal progressiva. Tal raciocínio implica em se fixar ampliativamente os honorários advocatícios a cada recurso não provido. Essa medida visa a inibir a utilização das espécies recursais, como muito ocorre, com intuito meramente protelatório, de modo que as partes e seus advogados deverão refletir bastante antes de se valer de uma dada espécie recursal, sabedores que o insucesso no seu julgamento pode aumentar o prejuízo com o pagamento de honorários sucumbenciais à parte adversa.

Não obstante algumas críticas que serão tecidas no capítulo seguinte, notadamente em relação à atuação da Fazenda Pública em juízo, dita previsão vem atraindo elogios da maior parte dos processualistas, por penalizar aquele que retarda a tramitação processual e por proporcionar justa remuneração aos advogados que empregaram seu labor na instância recursal, após a fixação ocorrida na sentença.⁷

A verdade é que, diferentemente do que outrora era comum ocorrer, no cenário atual, parou-se de atribuir a culpa a quem quer que seja que não a si próprio, iniciando-se um momento de pensamento conjunto e integrado,

⁷ SOUZA E SILVA, Rinaldo Mouzalas. **Honorários de sucumbência recursal no projeto do novo Código de Processo Civil**. In DIDIER JR., Fredie; MOUTA ARAÚJO, José Henrique; KLIPPEL, Rodrigo (coordenadores). **O Projeto do Novo Código de Processo Civil. Estudos em Homenagem ao Prof. José de Albuquerque Rocha**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011, p. 335.

na busca de soluções que atendam a todos os poderes, desburocratizando o funcionamento da máquina processual e propiciando maior rapidez e efetividade na resolução das lides submetidas ao Judiciário.

Por tudo isso, revela-se inegável a importância da discussão ampliada acerca das disposições do novo CPC. Optou-se por debater um novo código a conviver com o atual, cheio de remendos e mudanças constantes. Segundo se viu, é pensamento comum entre os juristas a necessidade de corrigir defeitos da velha lei e especialmente de adequá-la a uma realidade que demanda processos simples, de fácil acesso e sem tantas amarras.

Essas ideias contidas no novo CPC por certo não representam uma fórmula mágica que virá a atender a todos os anseios sociais e a eliminar por completo a mora processual. No entanto, é de se convir que as conclusões a que se tem chegado, abrangendo os mais variados temas da legislação processual, serão dignas de reconhecimento, porque representarão passos largos para que se atenda, ao máximo, a pretendida duração razoável dos processos.

3. A FAZENDA PÚBLICA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Segundo leciona Leonardo Carneiro da Cunha, a expressão Fazenda Pública é utilizada para designar as pessoas jurídicas de direito público que figurem em ações judiciais, mesmo que a demanda não verse sobre matéria estritamente fiscal ou financeira.⁸

Assim, pode-se incluir, no âmbito de utilização dessa expressão, a União, os Estados da Federação, o Distrito Federal, os Municípios, as autarquias (incluindo as agências reguladoras, constituídas sob a natureza de autarquias de regime especial) e as fundações públicas.

Equívoco não raro cometido por estudantes e até mesmo por profissionais do Direito é o de confundir Fazenda Pública com Administração Pública. Isto porque, como sabido, a Administração Pública divide-se em direta e indireta, sendo que, nesta última, estão compreendidas também as sociedades de economia mista e as empresas públicas, que não são constituídas sob a personalidade jurídica de direito público, mas, sim, de

⁸ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 5. Ed. São Paulo: Dialética, 2007, p. 15.

direito privado, de modo que não podem ser consideradas como partes integrantes da Fazenda.

tadamente na condição de ré, os entes integrantes da Fazenda Pública são as figuras mais presentes nas relações processuais do ordenamento jurídico brasileiro, demonstrando, na visão de Hélio do Vale Pereira, a falta de sintonia entre o seu agir e as determinações legais, mormente constitucionais⁹, o que contribui evidentemente para a sobrecarga do Poder Judiciário e para a lentidão na prestação jurisdicional.

Em função dessa presença estatisticamente marcante da Fazenda Pública em juízo, as normas processuais foram, com o passar dos anos, adaptando-se, amoldando-se à sua participação nas demandas, o que faz parecer existir um sistema processual à parte, como se houvesse um direito processual público¹⁰, típico para as situações em que se litiga contra a Fazenda.

Nessa linha de raciocínio, não são poucas as críticas de advogados privados, magistrados e mesmo de doutrinadores acerca das prerrogativas processuais inerentes à atuação em juízo da Fazenda Pública. Previsões atuais, como citação pessoal, reexame necessário, prazo quadruplicado para contestar e dobrado para recorrer, possibilidade de suspensão de liminares, da segurança e de tutelas antecipadas, honorários advocatícios fixados de modo equitativo, impenhorabilidade de bens e pagamento das dívidas por meio de precatórios, sempre despertaram polêmica, calorosos debates e opiniões contrárias, de modo que essa temática evidentemente seria trazida à tona quando das discussões do projeto do novo CPC.

3.1. A RAZOABILIDADE DAS NORMAS PROCESSUAIS AFETAS À FAZENDA PÚBLICA

Como dito acima, a atuação da Fazenda Pública em juízo é sempre alvo de críticas das mais ácidas pela sociedade, em grande parte como fruto das tais prerrogativas por ela possuídas.

Discute-se sempre, quer entre profissionais do Direito, quer mesmo entre os leigos, se a fixação de regras específicas para os entes dotados de

⁹ PEREIRA, Hélio do Valle. **Manual da Fazenda Pública em Juízo**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1.

¹⁰ BUENO, Cássio Scarpinella. **O poder público em juízo**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 1.

personalidade jurídica de direito público causa algum tipo de afronta ao constitucional princípio da isonomia.

Não parece merecer resposta afirmativa tal questionamento. Ora, a Fazenda não deve ser vista como simplesmente mais uma pessoa jurídica, já que possui dimensão tão profunda que veda seja vista como um ente jurídico a disputar, com outros, interesses individualizados. Não há que se imaginar vinculação entre a Fazenda Pública e propósitos egoísticos, singularizados.¹¹

Ora, se cabe à Fazenda Pública velar pelo interesse público, e este deve ser colocado em posição de supremacia em relação aos interesses privados, não há inconstitucionalidade ou ilicitude em se conferir prerrogativas aos seus entes quando da atuação junto ao Poder Judiciário.

A Fazenda Pública não reúne, para sua defesa em juízo, as mesmas condições que tem um particular na tutela de seus interesses, já que mantém uma burocracia inerente à sua atividade, como dificuldade em ter acesso aos fatos, elementos e dados da causa.¹²

Já se ouviu muito criticar a atuação da Fazenda porque seus prazos ampliados acarretariam demora às relações processuais ou feririam o constitucional princípio da duração razoável dos processos. Ocorre que é, sim, razoável a ampliação desses prazos, na linha de que, além de o interesse perseguido e defendido ser o público, e de suas derrotas refletirem, ainda que indiretamente na própria sociedade, é de se convir que sua defesa é mais complicada quando envolve matéria fática, já que se faz necessário movimentar a máquina administrativa em busca de documentos, fichas financeiras e outras comprovações que possam embasar a defesa do ente público.

Não se deve, portanto, encarar as prerrogativas conferidas por lei à Fazenda Pública como privilégios, já que o tratamento diferenciado tem uma razão de ser – proteção do interesse público – e atende plenamente à ideia da isonomia processual. Encarar de modo diferente implicaria compreender que as prerrogativas estatuídas aos beneficiários da justiça gratuita (prazos ampliados, defesa judicial pela Defensoria Pública,

¹¹ PEREIRA, Hélio do Valle. **Manual da Fazenda Pública em Juízo**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 25.

¹² CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 5. Ed. São Paulo: Dialética, 2007, p. 34.

dispensa de custas/honorários, etc.) seriam também inconstitucionais ou ilícitas. Se há desigualdade entre os polos de uma relação processual, desigualmente devem ser tratados pelo legislador.

3.2. A CONSAGRAÇÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA NO NOVO CPC

Se a Advocacia Pública já estava consagrada na Constituição Federal de 1988, em seus arts. 131 e 132, no capítulo atinente às funções essenciais à Justiça, faltava sua positivação no âmbito do diploma processual, visto que suas atribuições infraconstitucionais decorriam apenas de leis esparsas ou organizadoras das respectivas instituições incumbidas de promover a defesa da Fazenda Pública em juízo.

E assim se fez no projeto do novo CPC. No Livro I (Parte Geral), Título IV (Das partes e dos procuradores), Capítulo IV (Dos procuradores), do Projeto de Lei n. 8.046/2010, há a Seção II, intitulada “Da Advocacia Pública”, em cujos arts. 105 e 106 constam previsões atinentes à atuação dos órgãos incumbidos da representação judicial da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de suas autarquias e fundações públicas.

Prevê-se, no art. 105, que incumbe à Advocacia Pública defender e promover os interesses públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, por meio da representação judicial, em todos os âmbitos federativos, das pessoas jurídicas de direito público que integram a administração direta e indireta.

Ressalva-se que, no caso de Municípios que sejam desprovidos de Procuradoria própria, o que ainda é uma lamentável realidade da maior parte dos entes municipais, a advocacia poderá ser exercida por advogado privado, munido de procuração.

Atribuiu-se, ademais, a responsabilidade aos membros da Advocacia Pública, para aquelas situações em que, no exercício de suas funções, tiverem agido com dolo ou fraude, em previsão análoga a que se atribui ao membro do Ministério Público, como constante no atual código e no art. 159 do projeto.

Por fim, no art. 106 do projeto, em local aparentemente inadequado, visto que melhor situado restaria se estabelecido nas tratativas acerca dos prazos processuais, fixou-se que a Fazenda Pública disporá de prazo em

dobro para todas as suas manifestações processuais, com a contagem tendo início a partir da vista pessoal dos autos.

3.3. A RESPONSABILIZAÇÃO DO ADVOGADO PÚBLICO POR DESCUMPRIMENTO DE DECISÕES JUDICIAIS

Esclarecendo melhor a defeituosa redação constante do art. 14 do atual Código de Processo Civil, o projeto prevê, no art. 80, §5º, que aos advogados públicos não se aplica o disposto nos §§1º a 4º, devendo sua responsabilização ser apurada pelos órgãos de classe respectivos, aos quais o juiz oficiará.

Tal previsão foi inserida no artigo que trata dos deveres das partes, dos procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participarem do processo. Em tal dispositivo, estabelece-se que a violação ao dever de cumprir com exatidão as decisões de caráter executivo ou mandamental e de não criar embaraços à efetivação de pronunciamentos judiciais de natureza antecipatória ou final, importa em ato atentatório ao exercício da jurisdição, devendo o juiz aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa.

No art. 14 do código ainda em vigor, consta a previsão da multa em seu parágrafo único, estabelecendo que estariam ressalvados dessa regra os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da Ordem dos Advogados do Brasil. Ora, evidente que Advogados da União, Procuradores Federais, Procuradores da Fazenda Nacional, Procuradores de Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não estão sujeitos exclusivamente aos estatutos da OAB, pois devem obediência às leis específicas que regulamentam as respectivas carreiras e funções.

Tal parágrafo, inclusive, teve sua constitucionalidade questionada na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2652-6, em que se determinou sem redução de texto, por emprestar à expressão “ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB”, interpretação conforme a Carta, a abranger advogados do setor privado e do setor público. Ainda assim, como a redação não foi objeto de alteração no CPC, alguns juízes e desembargadores insistem em impor multa pessoal aos advogados

públicos, o que motivou inclusive uma série de reclamações recentemente junto ao Supremo Tribunal Federal.¹³

Revela-se, assim, de absoluta importância a previsão expressa, no projeto do novo CPC, de que os advogados públicos, assim como os privados, os defensores públicos e os membros do Ministério Público estarão excluídos da possibilidade de imposição da responsabilização pessoal por eventual descumprimento de decisão judicial imposta aos órgãos por eles representados.

Isso não significa que o novo CPC garantirá uma atuação arbitrária, livre de quaisquer responsabilidades, aos advogados públicos. Pelo contrário. O que se está a garantir é que a multa por ato atentatório à jurisdição não lhe será imposta, mas, sim, ao órgão, pois o advogado é mero representante deste. Tanto o CPC prevê a possibilidade de responsabilização por atuação dolosa ou fraudulenta, segundo acima já analisado, como se estatui, no próprio art. 80, §5º, que o juiz deverá officiar ao respectivo órgão de classe, a fim de apurar a conduta do profissional.

Mais que uma obediência ao texto da própria Constituição Federal, é instrumento importante de garantia à atuação livre, isenta e alheia às pressões externas, para os membros da Advocacia Pública.

3.4. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NAS DEMANDAS CONTRA A FAZENDA PÚBLICA E SUCUMBÊNCIA RECURSAL PROGRESSIVA

Um dos assuntos que mais despertou a atenção daqueles envolvidos nas discussões do novo Código de Processo Civil foi, sem dúvida, a questão pertinente aos honorários advocatícios.

Nessa temática, gerou debate a questão da fixação dos honorários naquelas ações ajuizadas em face dos entes que integram a Fazenda Pública, já que é motivo de crítica a redação atual do art. 20, §4º, que prevê que, naquelas causas em que restar vencida a Fazenda Pública, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz.

¹³ A título de exemplo, nas Reclamações 5133 e 7181, relatadas pela Ministra Carmem Lúcia Antunes Rocha, ratificou-se o entendimento de que a multa pessoal a suposto litigante de má-fé não pode ser imposta a advogado público, mas apenas ao órgão que ele defende. No mesmo sentido, apresentam-se as RCLs 5865, também relatada pela Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha, 5941 (Rel. Min. Eros Grau), 5746 (Rel. Min. Menezes Direito) e 4656 (Rel. Min. Joaquim Barbosa).

Não são poucos os advogados privados que se queixam, e isso é motivo inclusive de bandeira levantada pelo Conselho Federal da OAB, que, em alguns casos, os valores fixados a título de honorários contra a Fazenda Pública são irrisórios, em razão de falta de um critério objetivo ou de um parâmetro concreto para a sua determinação.

Pelo projeto, o art. 87, §3º diz que, nas causas em que a Fazenda Pública for parte, os honorários advocatícios serão fixados conforme o mínimo de 10% e o máximo de 20% para as causas de até duzentos salários mínimos; mínimo de 8% e máximo de 10% para causas de até dois mil salários mínimos; mínimo de 5% e máximo de 8% para as ações de dois mil até vinte mil salários mínimos; mínimo de 3% e máximo de 5% para ações de vinte mil até cem mil salários mínimos; e mínimo de 1% e máximo de 3% nas ações acima de cem mil salários mínimos.

Não há como negar que parâmetros mais objetivos foram estabelecidos. De toda forma, carece o artigo de previsão para aquelas causas mais repetitivas, que possuem valores, por vezes, elevados, já que, em tais situações, o trabalho exercido pelo profissional e o tempo exigido para o seu serviço acabam por se afigurar desproporcionais em relação aos honorários que virão a ser fixados.

Importa, ademais, destacar que, pelo §10 do art. 87 do projeto do novo CPC, os honorários advocatícios serão taxativamente reconhecidos como direito do advogado e possuidores de natureza alimentar, com os mesmos privilégios inerentes aos créditos trabalhistas, sendo ainda vedada a compensação em caso de sucumbência parcial, que era outra luta antiga da classe dos advogados.

Restou omissis, também neste aspecto, o projeto do novo CPC, no sentido de reconhecer expressamente que os honorários também são direito dos advogados públicos nas causas em que a Fazenda Pública sagrar-se vencedora. Isto porque, da forma que se tem atualmente, essa previsão depende de leis próprias de cada ente. No âmbito estadual e municipal, há situações em que os honorários advocatícios são divididos entre os procuradores e outras em que são encaminhados a um fundo próprio para capacitação e melhorias da carreira e dos órgãos. Já em outros, como também ocorre no âmbito federal, os honorários advocatícios não reverterem às carreiras, mas ao tesouro do próprio ente.

Ora, se os honorários representam a contraprestação legal pela atuação

do advogado, independentemente de ser ele público ou privado, correto seria se o novo CPC estatuísse expressamente a extensão desse direito àqueles que advogam para a Fazenda Pública.

Finalmente, ainda na temática dos honorários advocatícios, ponto inovador apresentado pelo novo CPC é o da sucumbência recursal progressiva, prevista no art. 87, §§ 1º e 7º. Isso significa que, na instância recursal, fixar-se-á nova verba honorária, observando-se os limites aqui já colocados em percentuais e o limite total de 25% para a fase de conhecimento.

Não há como negar a posição espinhosa que os advogados públicos serão colocados diante da idéia da sucumbência recursal progressiva. Ainda que se compreenda que a idéia é exatamente a de inibir a utilização daqueles recursos com finalidade meramente protelatória, há de se convir que, na maior parte dos casos, a interposição do recurso é dever de ofício do advogado público, podendo incorrer, inclusive, em infração administrativa caso deixe de recorrer sem autorização legal ou superior. Sendo assim, há de se ressaltar que o momento de decidir quanto à interposição do recurso se revelará árduo, pois precisará sempre levar em consideração que o fracasso importará em mais uma condenação para a Fazenda Pública.

3.5. A NOVA SISTEMÁTICA DAS PRERROGATIVAS DE PRAZOS PARA MANIFESTAÇÕES DA FAZENDA PÚBLICA

Segundo já visto, no art. 106 do projeto, que cuida da Advocacia Pública, estabelece-se que a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações públicas gozarão de prazo dobrado para todas as suas manifestações processuais.

Isso implica, por evidente, em alteração significativa em relação à regra do código vigente, que indica, no art. 188, prazo quadruplicado para contestar e dobrado para recorrer. Uniformizar-se-ão, a partir da vigência do novo CPC, as prerrogativas de prazo para a Fazenda Pública, para o Ministério Público e para a Defensoria Pública.

Não parece que a alteração processual venha a resultar em prejuízos para a Fazenda Pública. Do contrário, o projeto procura respeitar a isonomia, a celeridade e a efetividade do processo.¹⁴

¹⁴ NUNES, Allan Titonelli. **As prerrogativas da Fazenda Pública e o Projeto de Lei nº 166/10**

Se há diminuição no prazo para contestar, que era quadruplicado (60 dias) e passa a ser dobrado (30 dias), atribuiu-se à Fazenda Pública o prazo dobrado para todas as manifestações judiciais sob sua responsabilidade, como ocorre, atualmente, com litisconsortes, com diferentes procuradores e defensores públicos, o que representa uma vantagem em relação ao código vigente. Assim, manifestações simples e contrarrazões recursais, por exemplo, passarão a ser dotadas de prazo em dobro para a Fazenda Pública.

Essa previsão do prazo contado em dobro para a Fazenda Pública somente será ressalvada naquelas situações em que a lei estabelecer, de forma expressa, prazo próprio para a prática de um dado ato processual, como estabelecido no art. 186.

De acordo com o que já foi explicitado anteriormente, a previsão de prazos ampliados para a atuação da Fazenda Pública em juízo justifica-se plenamente, porque está a defender não interesses privados, mas, sim, o interesse público, que merece prevalência. Ademais, a dificuldade na coleta de elementos fáticos para a defesa, aliada à sobrecarga de trabalho a que são acometidos, em regra, os advogados públicos, justificam plenamente o tratamento especial conferido pelo legislador no novo CPC.

Não há como ignorar, também, outra importante previsão atinente aos prazos, desta feita não específica à Fazenda Pública, mas que a ela também bem atende, que é a de que os prazos serão contados tão somente em dias úteis, como se indica nos arts. 186 e 249 do projeto. Independentemente das críticas que já surgiram, de que essa previsão pode acarretar mais mora à relação processual – mora essa que, diga-se de passagem, será insignificante – a verdade é que essa inovação atende a um desejo antigo de advogados públicos e privados, que, não raro, sacrificam seus finais de semana e feriados para o cumprimento de tarefas com prazos curtos.

(Novo Código de Processo Civil). Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2742, 3 jan. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18170>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

3.6. A REMESSA OFICIAL NO NOVO CPC

Não foram poucas as oportunidades que o legislador teve de banir a remessa oficial do ordenamento jurídico brasileiro, como ocorreu com a Lei n. 10.352/2001 e, mais recentemente, na terceira onda de reformas processuais. No entanto, em todas essas ocasiões, o legislador, de forma conservadora, não analisou concretamente a utilidade do instituto atualmente.¹⁵

Em um dos relatórios parciais divulgados pela Comissão de Juristas responsável pela elaboração do anteprojeto do novo Código de Processo Civil, ainda no ano de 2009, afirmou-se que um dos objetivos era o de não mais existir a previsão da remessa oficial, ou reexame necessário, no novo diploma adjetivo.

Tal ideia se justificaria na conclusão de que a defesa judicial da Fazenda Pública se encontra, em regra, bem organizada e estruturada, e, então, a remessa oficial teria perdido a razão de ser. Além disso, há situações esdrúxulas em que a União, por exemplo, deixa de recorrer baseada em súmula administrativa do Advogado-Geral da União – portanto, por vontade própria – e a decisão acaba tendo que ser, obrigatoriamente, reexaminada pelo tribunal respectivo.

Ocorre que, já no trabalho final da Comissão de Juristas, e isso prevaleceu no Senado, optou-se pela manutenção do instituto, com um aumento ainda maior da restrição que já havia sido estabelecida no art. 475 do CPC atual, quando da Lei n. 10.352/2001.

Uma das mais fortes justificativas para a não extinção da remessa oficial foi a de que a Advocacia-Geral da União e as Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal estão plenamente organizadas, mas essa não seria a realidade da maior parte das Procuradorias Municipais, de modo que a proteção ao Erário ainda se fundamentaria em tal reexame obrigatório pelos tribunais.

Assim, no art. 483 do projeto, consta a figura da remessa oficial. Ampliou-se, no inciso III, seu cabimento, para as situações em que não se puder indicar, de logo, o valor da condenação.

¹⁵ PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura; MARQUES, Renan Gonçalves Pinto. **A análise de possíveis mudanças processuais e a possibilidade de extinção do reexame necessário como forma de alcançar os princípios da celeridade processual e da duração razoável do processo.** In Revista da Faculdade de Direito de Caruaru, v. 39, n. 1. Caruaru: 2008, p. 275.

No §2º, restringiu-se sua incidência nas situações em que o valor da condenação, do proveito, do benefício ou vantagem econômica em discussão for de valor certo inferior a mil salários mínimos para União e suas autarquias e fundações, quinhentos salários mínimos para os Estados, Distrito Federal e suas autarquias e fundações e cem salários mínimos para os Municípios e suas autarquias e fundações. Revela-se, sem dúvida, um substancial aumento no rol de restrições pelo valor, notadamente nas condenações da União, Estados e Distrito Federal, considerando que o atual teto é de sessenta salários mínimos para todos os entes.

Já no §3º, mantendo a linha do atual CPC para as questões pacificadas pela jurisprudência, prevê-se que não haverá a remessa oficial quando a sentença estiver fundada em súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, em acórdão proferido pelo STF ou STJ no julgamento de casos repetitivos ou em entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

Desse modo, não obstante a manutenção do instituto revele a timidez do legislador, nesse aspecto, para extirpar da ordem jurídica a remessa oficial, há de se convir que, com o aumento no rol das restrições, implicará necessariamente na sensível diminuição dos casos submetidos à reanálise, contribuindo, assim, com a pretendida duração razoável dos processos judiciais.

3.7. DISPENSA DE CUSTAS PROCESSUAIS E DE PREPARO RECURSAL

A exemplo do que já ocorre na sistemática atual, a Fazenda Pública, nos seus mais diversos níveis, está dispensada do recolhimento de custas processuais, como ocorre no caso da distribuição de petição inicial, prerrogativa esta também possuída pelo Ministério Público e pelos beneficiários da justiça gratuita.

No projeto do novo CPC, são mantidas tais prerrogativas, ressalvando-se apenas que, conforme o art. 93, diferentemente da redação do art. 27 do CPC atual, as despesas periciais devem ser pagas de plano por aquele que requerer a prova, de modo que, caso o pedido de perícia venha a ser formulado pela Fazenda Pública, caberá a esta recolher tal quantia.

Manter-se-á a dispensa do preparo recursal, conforme o art. 961, inciso I, que diz que são dispensados de preparo os recursos interpostos pela União, Estados, Distrito Federal, Municípios e respectivas autarquias.

Por igual, restarão os entes integrantes da Fazenda Pública dispensados de efetuar o depósito da importância de cinco por cento sobre o valor da causa, a título de multa, quando do ajuizamento das ações rescisórias, conforme o previsto no art. 921, II, §1º, do projeto, ressaltando-se que, por este novo diploma, o prazo de ajuizamento será reduzido para apenas um ano contado do trânsito em julgado.

3.8. A EFICÁCIA IMEDIATA DAS DECISÕES – AUSÊNCIA DE EFEITO SUSPENSIVO

Uma das questões basilares e motivadoras do trabalho da Comissão de Juristas responsável pela elaboração do anteprojeto do novo CPC foi a previsão da execução imediata das decisões e do efeito suspensivo *ope iudicis*.

Tal ideia era das mais defendidas pelos doutrinadores, inspirados pelo pensamento de que a tutela jurisdicional deve ser tempestiva, sendo imprescindível evitar o abuso no direito de recorrer.¹⁶

A nova regra, estatuída no art. 949 do projeto, quebra especialmente a previsão do art. 520 do Código vigente, cuja previsão indica que a regra geral para o recebimento das apelações é o da atribuição do efeito suspensivo, isto é, tal efeito revela-se *ope legis*.

Na nova sistemática, os recursos não impedirão a eficácia da decisão, de modo que sua execução pode ser requerida imediatamente. Tal eficácia somente pode ser suspensa pelo relator do recurso se demonstrada a probabilidade de provimento do recurso ou, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou difícil reparação.

Dito pedido de efeito suspensivo não será feito e nem analisado pelo órgão *a quo*, mas, sim, pelo relator no tribunal, em petição autônoma. Tratando-se de apelação, suspende-se a eficácia da decisão caso tal petição seja protocolizada, até que o pedido de efeito suspensivo seja apreciado pelo relator, em decisão irrecurável.

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: crítica e propostas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 178.

Tratando-se da atuação em juízo da Fazenda Pública, neste aspecto, é de se entender como de grande risco a inexistência de efeito suspensivo nos recursos. Por mais que se compreenda que o espírito é o de propiciar maior celeridade processual e diminuir o manejo de recursos com fim estritamente protelatório, não há como se ignorar que a Fazenda está a velar pelo interesse público.

Imaginar o cumprimento imediato de algumas obrigações de fazer em face da Fazenda Pública, implicará em diversos casos na impossibilidade de reversão da decisão, de sorte que a mudança em grau recursal pouca ou nenhuma utilidade traria à coisa pública e ao Erário.

É de se criticar ainda a forma pela qual se previu o referido efeito suspensivo *ope iudicis*. Se o objetivo é o de gerar celeridade e possibilitar o imediato cumprimento das decisões, não se poderá garanti-la.

Isso porque, do lado privado, não há dúvidas que haverá um considerável número de petições autônomas, tentando buscar, por meio do relator, a suspensão da decisão. Como se viu no procedimento, a simples petição obsta a execução, até que o relator decida pela atribuição ou não do efeito suspensivo.

De outra sorte, saindo sucumbente a União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias e fundações públicas, certamente haverá casos de formulação dessa petição autônoma, ou mesmo de expediente que é inerente apenas à Fazenda Pública e ao Ministério Público, previsto na Lei n. 8.437/92, que é a suspensão da execução da sentença, dirigida ao presidente do respectivo tribunal competente para o julgamento do recurso, fundada em grave lesão à ordem, à economia, à saúde ou à segurança pública. A utilização dessas petições autônomas, ou mesmo da suspensão, pode acarretar ainda mais tumulto à relação processual.

3.9. O DEPÓSITO IMEDIATO DA MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO

O projeto do novo Código de Processo Civil, diferentemente do que ocorre na legislação em vigor, prevê o depósito imediato da multa coercitiva nas obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa, conforme estatuído nos arts. 118, VI e 522, §1º.

É de se registrar que, na sistemática atual, a multa é instrumento dos mais utilizados pelo juiz para constranger o devedor ao cumprimento de obrigações, quer em tutelas antecipadas ou liminares, quer nas execuções. Ocorre que, como tal multa não é de ser levada a depósito imediato, sendo apurada apenas ao final, como obrigação de pagar quantia certa, muitos compreendem que acaba por não apresentar o efeito prático desejado de propiciar o cumprimento imediato das decisões.

Por essa razão, uma das bandeiras sustentadas pela Comissão de Juristas, objeto de aprovação no Senado e que, certamente, constará do texto final do novo CPC, foi exatamente essa ideia de fazer com que as multas sejam objeto de imediato depósito em juízo, para seu levantamento apenas após o trânsito em julgado ou na pendência de agravo de admissão contra decisão denegatória de seguimento de recurso especial ou extraordinário.

Preocupa, no entanto, essa previsão nas ações que envolvam decisões desfavoráveis à Fazenda Pública. Ora, a previsão constitucional do pagamento das dívidas judiciais da Fazenda por meio de precatórios se deve, dentre outras coisas, à necessidade de previsão orçamentária.

Se é assim, como imaginar a obrigação para a Fazenda Pública de, a cada demora no cumprimento de determinadas decisões, por vezes inerentes à intrincada burocracia da Administração Pública, ter que depositar em juízo o valor correspondente às multas fixadas? A tomar em consideração a pouca paciência de muitos magistrados em relação às dificuldades que tem a Fazenda em adimplir rapidamente certas decisões, fica difícil mensurar como resistirá o orçamento público, especialmente o dos Municípios, menos abastados e dotados de maiores problemas financeiros.

3.10. A EXECUÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE PAGAR QUANTIA CERTA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

Na legislação em vigor, o art. 730 prevê rito especial para a execução das obrigações de pagar quantia certa em face da Fazenda Pública, mesmo naquelas situações que decorrem de título executivo judicial, com nova ação, nova citação, e possibilidade de embargos no prazo de trinta dias.

Por outro lado, de acordo com a previsão do art. 519 do projeto do novo CPC, haverá alteração substancial nessa sistemática. Quando transitada em julgado a sentença, o exequente deve apresentar demonstrativo discriminado e atualizado do crédito, nos próprios autos.

Assim, a Fazenda não será novamente citada, mas, sim, apenas intimada, pois a execução, tal como ocorre com os particulares desde a Lei n. 11.232/2005, será mera fase e não novo processo. Consoante o art. 520, ela terá trinta dias para, querendo, impugnar a execução.

De toda forma, a expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor somente se dará caso não impugnada a execução ou se forem rejeitadas as alegações da Fazenda Pública contidas na impugnação. Por conseguinte, a natureza jurídica da decisão que houver rejeitado a impugnação, total ou parcialmente, será de mera decisão interlocutória, e não mais de sentença, como ocorre atualmente com o julgamento dos embargos.

O projeto do novo CPC dispõe ainda explicitamente sobre a execução de títulos extrajudiciais contra a Fazenda Pública, no art. 866. Nela, a Fazenda será citada para, em trinta dias, opor embargos à execução. Da mesma forma, a expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor somente ocorrerá na ausência da oposição de embargos ou na sua rejeição.

3.11. A PARTICIPAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA NO JULGAMENTO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Consoante já exposto linhas atrás, a “menina dos olhos” do novo Código de Processo Civil é a criação do incidente de resolução de demandas repetitivas, estabelecida entre os artigos 930 a 941 do projeto em discussão na Câmara dos Deputados.

Pela ideia do projeto, o incidente é de ser instaurado perante o tribunal, por iniciativa do juiz, do relator, de uma das partes, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, com o fito de estabelecer a tese jurídica a ser aplicada aos diversos casos repetitivos.

O incidente gerará a suspensão, após sua admissão, de todas as causas repetitivas que tenham por fundamento a questão tratada nele, de modo que, uma vez julgado, a tese se tornará aplicável a todas as demandas então suspensas. Possível é, ainda, segundo os ditames do projeto, que o STJ ou o STF suspendam todos os processos em trâmite no território nacional,

desde que tratem da matéria objeto do incidente de resolução de demandas repetitivas.

De acordo com o projeto, o incidente é instaurado de forma preventiva, já que terá vez quando se identificar controvérsia que possa, potencialmente, gerar relevante multiplicação de processos fundados na mesma questão de direito.

No entanto, doutrinadores que se debruçaram sobre o tema sustentam, com razão, que mais adequado seria que o incidente tivesse vez quando já houvesse algumas sentenças antagônicas, ou seja, uma prévia controvérsia sobre o assunto.¹⁷

O plenário do respectivo tribunal, ou o órgão especial, naquelas cortes com mais de vinte e cinco magistrados, será o responsável pela admissão e julgamento do incidente. Parece ter se incorrido em equívoco neste aspecto, porque não é dado ao legislador indicar o órgão interno dotado de atribuição para o julgamento de determinada questão, de sorte que, em se mantendo a redação do art. 933 na forma em que se encontra, não é de se duvidar que venha a ser suscitada a sua inconstitucionalidade.

Os órgãos responsáveis pela defesa da Fazenda Pública em juízo deverão redobrar suas atenções, quando o novo CPC entrar em vigor. Isto porque, de acordo com o já afirmado – e de conhecimento notório –, a Fazenda Pública é a principal figura, geralmente na condição de demandada, nas relações processuais cíveis do ordenamento jurídico brasileiro.

Sendo assim, não serão poucas as situações em que poderá provocar, ou ver instaurado o procedimento do incidente de resolução de demandas repetitivas, em causas que, nos dias atuais, chegam aos montes em todo país, julgadas das mais variadas formas possíveis e imagináveis.

A exemplo da previsão contida no art. 285-A do atual CPC, fruto da Lei n. 11.277/2006, o incidente de resolução de demandas repetitivas, logicamente em escala bem maior, representa instrumento da maior importância no julgamento de questões massificadas, como são a maior parte daquelas que envolvem a Fazenda Pública como ré.

¹⁷ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo CPC**. 5. Ed. Salvador, Ed. Jus Podivm, 2008, In DIDIER JR., Fredie; MOUTA ARAÚJO, José Henrique; KLIPPEL, Rodrigo (coordenadores). **O Projeto do Novo Código de Processo Civil. Estudos em Homenagem ao Prof. José de Albuquerque Rocha**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011, p. 275/276.

Inúmeras questões de cunho tributário ou de Direito Administrativo, como aquelas que envolvem servidores públicos, são trazidas diariamente e incessantemente ao Poder Judiciário. Não há como duvidar que o julgamento do incidente, em casos como tais, uniformizará o julgamento dessas teses, facilitando a defesa da Fazenda e a aplicação por parte dos mais variados magistrados vinculados ao respectivo tribunal.

Quando se diz, pois, que a atenção daqueles que promovem a defesa em juízo dos entes que compõem a Fazenda Pública deve estar redobrada, é porque o não acompanhamento, ou o acompanhamento displicente do processamento de um determinado incidente poderá gerar não um simples prejuízo no caso concreto, mas, sim, um grande prejuízo com efeito multiplicador, já que aplicável a centenas e até milhares de casos idênticos.

Aumenta, dessa forma, a responsabilidade do advogado público. Para tanto, necessário que se valham da previsão contida no art. 935 e 936, §2º, formulando razões não apenas por escrito, como realizando sustentações orais por ocasião do julgamento dos incidentes, a fim de que consigam convencer o plenário ou a corte especial de seus argumentos, firmando-se a tese favorável.

4. CONCLUSÃO

Desde a Emenda Constitucional n. 45/2004, conhecida como Reforma do Judiciário, vive-se uma era de profundas e substanciais mudanças na legislação processual civil brasileira.

Não obstante todas as reformas introduzidas na legislação processual, como fruto resultante das discussões da Reforma do Judiciário, levadas a cabo entre 2005 e 2010, o momento é de debate acelerado e instigante acerca da edição do novo Código de Processo Civil.

Evidentemente, não há que se ter a pretensão de que um novo diploma adjetivo venha a resolver o colapso vivido nas relações processuais brasileiras. Não se promove isso com uma nova lei, mas com uma mudança cultural, com o amadurecimento da sociedade e o comprometimento de todos os atores envolvidos na temática.

Algo que já é histórico e que ficará marcado, neste aspecto, é que o novo CPC nascerá, como antes nunca visto, como fruto de debates em âmbito nacional, com a participação dos mais diversos personagens, inclusive do

cidadão comum, que teve no Senado e na Câmara dos Deputados canais diretos com o legislador, por meio de audiências públicas ou de mensagens eletrônicas, enviando suas insatisfações e propondo soluções para o aperfeiçoamento da legislação.

Segundo visto ao longo do estudo, a importância da Fazenda Pública nas relações processuais é inegável. Presença constante nas demandas, possui, no Código atual, uma série de prerrogativas, necessárias a diferenciar a atuação daquela que, longe de defender interesses singulares, está a zelar pelo Erário e pelo interesse público.

Por maiores que tenham sido e ainda sejam as críticas a essas prerrogativas, haverão elas de subsistir no novo CPC, com algumas alterações e acréscimos.

Para aqueles que defendem os interesses da Fazenda Pública em juízo, grande era o receio de que o legislador, no afã de promover a duração razoável do processo, sem sequer entender o que isso significa, viesse a suprimir garantias necessárias à defesa da coisa pública.

Felizmente, não foi isso que aconteceu. Soube o legislador ouvir, em inúmeras ocasiões, representantes dos entes componentes da Fazenda Pública e assimilar a ideia de que as prerrogativas são realmente vitais para a sua atuação em juízo.

É momento, portanto, de se esperar que o novo Código de Processo Civil venha a atender às expectativas da sociedade brasileira. Se já nascerá dotado de um espírito democrático, almeja-se que possa apresentar, com o tempo e a necessária maturidade, respostas mais céleres, garantindo segurança e efetividade nas decisões e gerando, por conseguinte, a satisfação do cidadão jurisdicionado.

5. BIBLIOGRAFIA

BUENO, Cássio Scarpinella. **O poder público em juízo**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 5. Ed. São Paulo: Dialética, 2007.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo CPC.** In

DIDIER JR., Fredie; MOUTA ARAÚJO, José Henrique; KLIPPEL, Rodrigo (coordenadores). **O Projeto do Novo Código de Processo Civil. Estudos em Homenagem ao Prof. José de Albuquerque Rocha.** Salvador: Editora Jus Podivm, 2011, p. 269-292.

DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil, volume 3: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais.** 5. Ed. Salvador, Ed. Jus Podivm, 2008.

DIDIER JR., Fredie; MOUTA ARAÚJO, José Henrique; KLIPPEL, Rodrigo (coordenadores). **O Projeto do Novo Código de Processo Civil. Estudos em Homenagem ao Prof. José de Albuquerque Rocha.** Salvador: Editora Jus Podivm, 2011.

FUX, Luiz. **O Novo Processo Civil.** In FUX, Luiz (coord). **O novo processo civil brasileiro - Direito em expectativa (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil).** Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 01-24.

KLIPPEL, Rodrigo; BASTOS, Antonio Adonias. **Manual de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2011

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: crítica e propostas.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NUNES, Allan Titonelli. **As prerrogativas da Fazenda Pública e o Projeto de Lei nº 166/10 (Novo Código de Processo Civil).** Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2742, 3 jan. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18170>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura; MARQUES, Renan Gonçalves Pinto. **A análise de possíveis mudanças processuais e a possibilidade de extinção do reexame necessário como forma de alcançar os princípios**

da celeridade processual e da duração razoável do processo. In Revista da Faculdade de Direito de Caruaru, v. 39, n. 1. Caruaru: 2008, p. 267-282.

PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura. **Tópicos de Processo Civil – série concursos públicos e exames da OAB.** Recife: Editora Nossa Livraria, 2008.

PEREIRA, Hélio do Valle. **Manual da Fazenda Pública em Juízo.** 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Tutelas de Urgência: sistematização das liminares.** São Paulo: Atlas, 2011.

SOUZA E SILVA, Rinaldo Mouzalas. **Honorários de sucumbência recursal no projeto do novo Código de Processo Civil.** In DIDIER JR., Fredie; MOUTA ARAÚJO, José Henrique; KLIPPEL, Rodrigo (coordenadores). **O Projeto do Novo Código de Processo Civil. Estudos em Homenagem ao Prof. José de Albuquerque Rocha.** Salvador: Editora Jus Podivm, 2011, p. 323-341.

O ATIVISMO JUDICIAL PROBATÓRIO NO PROCESSO PENAL E SUA APLICABILIDADE AO SISTEMA DE PERSECUÇÃO ACUSATÓRIO : ASPECTOS RELATIVOS À LEI 11.690/2008 E AOS PROJETOS DE LEI 8.045/2010 E 7.987/2010

Maria Veronica Amorim de Brito

Pós-Graduada em Direito Penal e Processual Penal
pela Escola de Magistratura de Pernambuco.
Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco.
Analista Judiciário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

RESUMO: No âmbito do Direito Processual Penal, contextualizado dentro de um sistema de persecução Acusatório, ressurgiu uma antiga discussão acerca da possibilidade de intervenção direta do juiz nas fases de instrução probatória (ativismo judicial probatório). Com o advento da Lei 11.690/2008, que promoveu uma alteração no artigo 156, caput e de seus incisos, este debate se tornou mais contextualizado, tendo em vista que houve abertura legislativa para a determinação de ofício da produção de provas, com fins da busca pela verdade real em contrapartida à verdade processual (com o objetivo de formação da motivação fundamentada). O Projeto de Lei nº 8.045/2010 trouxe a proposta do Juizado de Garantias, como também o Projeto de Lei nº 7.987/2010, que, embora não trabalhe sobre o contexto do Juizado de Garantias, procura impedir que a mistura dos papéis de instrutor e julgador interfira na imparcialidade dos julgamentos.

SUMÁRIO: Introdução: o poder de instrução do Juiz no Processo Penal e os conflitos com o sistema acusatório. 1. Dos sistemas de persecução penal, suas características e compatibilidade à legislação brasileira. 1.1 O sistema inquisitório e sua aplicação ao inquérito penal brasileiro. 1.2 O sistema acusatório, sua aplicabilidade à ação penal e o sistema misto, de origem napoleônica. 2. A atuação jurisdicional na busca pela melhor aproximação dos fatos: o *juspuniendi* estatal e o processo penal como instrumentos

do poder-dever punitivo. 2.1. A formação do convencimento do julgador como elemento baseado nos diversos tipos de prova: o direito à prova. 2.2. A verdade real (ou material) no Direito Processual Penal em confronto com a verdade processual. 3. A argumentação favorável à possibilidade de concessão de maiores poderes de instrução ao juiz, fundamentada na eficácia da função jurisdicional e na garantia de equilíbrio entre as partes. 3.1. O judiciário como elemento equalizador de forças no litígio penal, priorizando o devido processo legal e a justa tutela, justificando sua atuação instrutória. 3.2. A possibilidade de compatibilização entre o sistema acusatório e o poder de instrução judicial. 4. Obstáculos evidenciados para o ativismo probatório com base no critério de imparcialidade judicial. 4.1. A definição de papéis dos sujeitos processuais sob a garantia democrática do Estado de Direito Constitucional. 4.2. A confusão gerada entre as atividades de julgador e acusador e a formação da motivação fundamentada diante dos elementos subjetivos e objetivos, afetando a imparcialidade judicial. Considerações finais: o equilíbrio entre a prestação da tutela eficiente e a ampliação regulada do poder de instrução judicial do processo. Referências.

Palavras-chave: Sistema de persecução Acusatório; ativismo judicial probatório; imparcialidade; verdade real; formação da motivação fundamentada

INTRODUÇÃO: O PODER DE INSTRUÇÃO DO JUIZ NO PROCESSO PENAL E OS CONFLITOS COM O SISTEMA ACUSATÓRIO

Objetiva-se, com esta pesquisa, analisar, no contexto do sistema adotado pela legislação brasileira, a flexibilização das características do sistema acusatório, principalmente com o advento da Lei 11.690, de 10 de junho de 2008, que alterou o artigo 156, *caput* e seus incisos, do Diploma Processual Penal Brasileiro, possibilitando ao juiz, de ofício, determinar a produção de provas mesmo antes de iniciada a ação penal, ou seja, ainda na fase de inquérito policial, quando entendidas como urgentes e relevantes e, no curso da instrução, a realização de diligências para dirimir dúvidas sobre pontos relevantes, introduzindo o chamado “ativismo judicial probatório”.

Com o intuito de proporcionar maiores garantias às partes envolvidas, evitando a fusão dos papéis de instrutor do processo e julgador, o Projeto de Lei nº 8.045/2010 procura estabelecer a figura do Juiz das Garantias, responsável “pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais”, explicitado no artigo 14 do referido Projeto. Com proposta semelhante, porém evitando a criação de um novo órgão (o Juizado das Garantias), o Projeto de Lei nº 7.987/2010, em

seu artigo 15, determina que o juiz que, na fase de investigação, praticar determinados atos especificados (incisos I a XIII) ficará impedido de funcionar no processo.

Em que pese o nosso ordenamento jurídico esteja estabelecido sobre os alicerces de um Estado Democrático de Direito, surgem e se ampliam discussões temáticas importantes no âmbito processual penal, com maior evidência a partir da mudança das relações sociais que surgiram com a atuação do fácil acesso à informação e tecnologia, influenciando nas transformações das características de delitos penais, tornando-os complexos, desafiando os métodos simplistas de persecução penal.

A difícil tarefa dos legisladores deste ramo do Direito é buscar alternativas procedimentais, adaptando os sistemas e conceitos tradicionais para que acompanhem as mudanças subjetivas e objetivas, no âmbito da criminalidade e da insegurança geradas, evitando que sejam expostas ou mesmo minimizadas as garantias democráticas conquistadas e reforçadas, no Brasil, a partir da Constituição de 1988.

Uma das discussões extraídas deste escopo é o poder de instrução processual do juiz, que também é matéria debatida no âmbito civil e, ao que parece, a tendência atual (nesse último ramo) é de se ampliar, gradativamente, a referida atuação judicial, flexibilizando o princípio do dispositivo, numa tentativa de maior publicização do direito privado, uma vez que permite uma intervenção direta do juiz na fase instrutória do processo de conhecimento.

Em relação ao direito processual penal, os questionamentos se tornam mais difíceis, pois o nosso sistema legal, na fase da ação, é acusatório, adotando um papel claro para cada sujeito, sejam as partes envolvidas, o Ministério Público e o órgão julgador (que preside a relação e dirige a manutenção das garantias), não se misturando as atividades de acusação, defesa e julgamento, com ênfase aos princípios da ampla defesa e do contraditório constitucionais. O modelo que se pretende, no sistema acusatório, procura limitar a invasão de competências de cada um desses agentes, bem como preservar o critério da imparcialidade judicial.

Justifica-se a abordagem temática do trabalho pela sua relevância, tendo em vista que os debates têm-se intensificado nos meios doutrinários e jurisprudenciais a partir da reforma de 2008, em que se questiona, primordialmente, a afetação da imparcialidade judicial, de modo que

haveria um envolvimento pessoal do juiz da causa, o que poderia impactar na prestação jurisdicional.

Um ponto relevante, nessa seara, é a discussão, no contexto penal, sobre o fim da ação: a busca pela chamada verdade real ou pela verdade formal e ainda se esta verdade buscada se estabeleceria dentro de critérios absolutos ou relativos.

A discussão sobre o tema apresenta importância para a condução dos processos e provimentos judiciais, principalmente dentro do judiciário brasileiro, a fim de evitar possíveis nulidades processuais futuras bem como estabelecer os limites que preservem as garantias constitucionais conquistadas.

A problematização é enfatizada quando o juiz, investido da capacidade de determinar a produção de provas (de ofício) durante o trâmite persecutório (seja na fase investigativa ou na fase da ação penal propriamente dita) deve manter a imparcialidade para prover uma tutela adequada e justa em sua sentença, tendo em vista a adoção do sistema de persecução acusatório pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Há uma ampla divergência doutrinária sobre a possibilidade de se conceder maiores poderes instrutórios ao juiz, com base na necessidade de se promover um equilíbrio entre as partes e de se buscar o máximo possível a verdade dos fatos; por outro lado, o princípio da separação das atividades de juiz e de acusador, característica intrínseca de nossa legislação, poderá ter seus limites comprometidos, entre os papéis do Ministério Público e do Juiz. Discute-se, em um terceiro plano, a possível convivência entre o ativismo judicial probatório e as bases estabelecidas pelo sistema acusatório.

O presente trabalho se inicia dentro de uma abordagem conceitual dos sistemas persecutórios, procurando dissertar acerca das características e aplicação dos sistemas inquisitivo e acusatório bem como da proposição do sistema misto, de origem francesa.

O capítulo seguinte procura dar ênfase ao poder-dever estatal, na busca pela melhor aproximação dos fatos, orientando o julgador na formação de seu convencimento, seja pela verdade factual (que, ao longo do tempo, tem suas bases de absolutismo e relativismo questionadas), procurando prover àquele que busca a justiça a prestação da tutela mais equilibrada possível, seja ela real, como defendem alguns, ou processual, como alegam outros.

No terceiro momento, são apresentadas as teorias em prol da possibilidade de concessão de poderes instrutórios ao juiz como opção para se manter, principalmente, o equilíbrio processual entre as partes.

Em seguida, são elencadas as opiniões que discordam da concessão de uma maior extensividade à intervenção judicial tanto na fase investigatória quanto na instrutória, fundamentadas na tese de manutenção da imparcialidade.

Por fim, procedem-se conclusões com base nas assertivas tratadas anteriormente.

No desenvolvimento do presente estudo, utilizou-se o método de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, incluindo-se artigos jurídicos específicos e legislação para definir a existência do problema.

1 DOS SISTEMAS DE PERSECUÇÃO PENAL, SUAS CARACTERÍSTICAS E COMPATIBILIDADE À LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

1.1 O SISTEMA INQUISITÓRIO E SUA APLICAÇÃO AO INQUÉRITO PENAL BRASILEIRO

Fortemente marcado pelo procedimento escrito, secreto, o sistema inquisitório estabelece sua mais expressa característica na ausência do contraditório entre as partes. A figura do julgador exerce um papel fundamental dentro de todo o procedimento, com amplos poderes para agir, inclusive de ofício, concentrando as funções de acusação, defesa e julgamento.

Em sua procura pela verdade real, pela absoluta materialidade dos fatos, admite vários tipos de provas, inclusive, em suas raízes mais antigas, a modalidade da tortura, utilizada amplamente nos tribunais católicos durante a perseguição aos hereges e infiéis. Nesta relação hierárquica entre o julgador e as partes processuais, de verticalização, permite-se, com frequência, o encarceramento preventivo do acusado, sob o fundamento da facilitação da investigação, denotando a presença do princípio da culpabilidade mesmo antes do julgamento definitivo.

Cabendo ao juiz a colheita das provas no processo com base no princípio da verdade real, de forma a admitir o sistema das provas tarifadas, atribuem-se valores à confissão, ao testemunho, aos indícios e até mesmo

ao mais remoto “ouviu-se dizer na comunidade”, de maneira que, com o somatório de alguns rumores, mesmo infundados, podia-se compor uma prova completa suficiente para condenar um acusado.

O direito de defesa se apresentou, sob este arcabouço sistêmico, de maneira exígua ou mesmo inexistente: em alguns momentos históricos, chegou-se a considerar que a defesa do réu seria um óbice à apuração da verdade absoluta. O sistema inquisitivo mantém tanto o réu como a vítima do processo em um papel secundário: ambos são considerados objetos e não como sujeitos dentro do procedimento.

No Brasil da atualidade, o inquérito policial mantém características inquisitoriais, pois é escrito, sigiloso, instaurado de ofício pela autoridade policial (realizada tão somente por integrantes dos quadros públicos), sempre que tiver conhecimento da prática de um delito, independentemente de provocação, não se aplicando, para boa parte da doutrina, o princípio do contraditório e da ampla defesa. Entrementes, o Código de Processo Penal Brasileiro, em seu artigo 185, aplicável à fase de persecução policial, exige, para o interrogatório do acusado, a presença do seu defensor, constituído ou nomeado, em respeito à Constituição.

Ada Pellegrini Grinover (2005, p.15), ressalta, em sua opinião, as consequências desse sistema aplicado à fase policial, na nossa legislação, destacando a importância das provas colhidas na fase investigativa em relação à ação penal:

(...) a) os elementos probatórios colhidos na fase investigatória, prévia ao processo, servem exclusivamente para a formação do convencimento do acusador, não podendo ingressar no processo e ser valorados como provas (salvo se se tratar de prova antecipada, submetida ao contraditório judicial, ou de prova cautelar, de urgência, sujeita a contraditório posterior); b) o exercício da jurisdição depende de acusação formulada por órgão diverso do juiz (o que corresponde ao aforisma latino *nemo in iudicio tradetur sine accusatione*); c) todo o processo deve desenvolver-se em contraditório pleno, perante o juiz natural.

O princípio da discricionariedade norteia o inquérito policial, cabendo à polícia judiciária (representada pela sua autoridade), determinar as diligências necessárias para a sua consecução. Ainda em relação à sua característica inquisitorial, Norberto Avena assevera:

(...) salvo na hipótese do inquérito instaurado pela polícia federal visando à expulsão de estrangeiro, não são inerentes à sindicância policial as garantias do contraditório e da ampla defesa. Traduz-se assim, como um procedimento inquisitivo, voltado à obtenção de elementos que sirvam de suporte à acusação a ser formalizada por meio de denúncia ou queixa-crime. (...) (AVENA, 2009, p. 108).

A estrutura inquisitorial foi mantida, que se perfaz pela ação da Polícia Judiciária, agente público responsável pelo procedimento das investigações, embora o inquérito seja dispensável, nos termos o artigo 39, §5º e artigo 46, § 1º, ambos do Código de Processo Penal.

1.2. O SISTEMA ACUSATÓRIO, SUA APLICABILIDADE À AÇÃO PENAL E O SISTEMA MISTO, DE ORIGEM NAPOLEÔNICA

Nos países de cultura anglo-saxônica, predomina o conhecido *adversarial system*, um sistema de litigância caracterizado pela quase exclusiva condução das partes durante o decorrer do procedimento e da instrução do processo.

A natureza do sistema acusatório mantém uma separação clara nas funções de acusador, defensor e julgador (*actum trium personarum*): a doutrina a classifica como um processo de partes, em que o juiz deverá atuar de forma neutra, sem interferir diretamente para a prova dos fatos. É claramente marcado pelos princípios da oralidade, publicidade e presunção da inocência do investigado (até o trânsito em julgado da sentença), o que torna discutível, dentro da doutrina e jurisprudência pátrias, as questões e os requisitos necessários à manutenção das prisões cautelares.

Outro aspecto intrínseco é a necessidade de imparcialidade do órgão julgador, criando a possível necessidade de que o juiz se mantenha

completamente neutro ao longo de todo procedimento, permeando a lisura do resultado final.

É importante, dentro do presente contexto, destacar a linha de pensamento da professora Ada Pellegrini Grinover (2005, p. 16). Observa, em seu trabalho, que há uma certa confusão de idéias na doutrina em relação ao sistema acusatório quando se trata de delimitar os poderes instrutórios do juiz, de forma que o sistema acusatório pode se caracterizar tanto como *adversarial* (em que a atividade probatória é de competência das partes de forma exclusiva, cabendo ao juiz preservar uma posição passiva e de forma que sairá vitoriosa a parte que melhor se apresentar diante do litígio e não necessariamente a verdade factual) ou *inquisitorial* (na qual o juiz passa a ter um maior desempenho, no sentido de que lhe compete a condução do processo e a determinação da instrução de ofício, mas os papéis de acusador, defensor e julgador continuam distintos).

O objetivo do órgão jurisdicional é o equilíbrio entre as partes, evitando a vitória daquela de melhores condições em detrimento à verdade buscada. Nesse sentido, o *inquisitorial system*, dentro do processo acusatório, não poderia se confundir com o processo inquisitório utilizado largamente no sistema eclesiástico e nos regimes autoritários.

O termo processo inquisitório, em oposição acusatório, não corresponde ao inquisitorial (em inglês), o qual se contrapõe ao adversarial. Um sistema acusatório pode adotar o adversarial system ou o inquisitorial system, expressão que se poderia traduzir por processo de desenvolvimento oficial. Ou seja, firme restando o princípio da demanda, pelo qual incumbe à parte a propositura da ação, o processo se desenvolve por impulso oficial. (GRINOVER, 2005, p. 16, grifo nosso).

Em sentido mais exato, a doutrinadora diferencia os sistemas penais processuais (acusatório ou inquisitório) dos sistemas de impulsão e desenvolvimento do processo (*adversarial* ou *inquisitorial*, termos na língua inglesa), esses últimos determinariam, tanto no processo penal como no cível, a maneira pela qual é instaurada a demanda e como prosseguirão os

demais atos processuais, i.e. se por iniciativa exclusivamente das partes ou com atuação de ofício.

O sistema misto é oriundo do Código Napoleônico e foi resultado das lutas pela liberdade individual durante a ela Revolução Francesa, tendo sido marcado por um forte conteúdo liberal. É composto por duas fases: a inquisitória (dirigida a um magistrado de instrução para apuração de fatos, sem direito ao contraditório) e a acusatória (de caráter pública, caracterizada pelo princípio da oralidade e de julgamento por um júri).

(...) A acusação passou a ser exercida pelo Ministério Público (cuja origem remonta aos fins do século XIV – *lès procureurs du roi*). Tal sistema construiu dogmas que se propagaram por muitos países, especialmente no que tange à separação de funções que caracterizam a instrução, a acusação e o julgamento. Constitui a base dos ordenamentos afetos à tradição continental. (SILVA, 2005, p. 51).

As principais características do modelo de ideal revolucionário, segundo Marcos Alexandre Coelho Zilli (2003, p. 93), se refletem na “persecução penal pública, na afirmação da averiguação objetiva da verdade histórica, na afirmação dos direitos individuais referentes à dignidade do homem, equilíbrio entre a necessidade de perseguir os autores de delitos e os direitos inalienáveis do homem.”

Há, na doutrina brasileira, quem se contraponha a concordar que o sistema adotado pelo ordenamento pátrio é o sistema acusatório puro. Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 100-101) representa um destes doutrinadores. Para este autor, o sistema adotado é o misto, tendo em vista que, embora a Constituição reflita o sistema acusatório, o atual código de Processo Penal ainda abarca dispositivos que foram elaborados sob a ótica legislativa de 1941, de prática inquisitiva. Esta, entretanto, não é a posição da doutrina majoritária, que se baseia na necessidade de interpretação dos dispositivos infraconstitucionais à luz da Magna Carta, considerando o sistema brasileiro, no que atine à fase da ação penal propriamente dita, como sistema acusatório.

2. A ATUAÇÃO JURISDICIONAL NA BUSCA PELA MELHOR APROXIMAÇÃO DOS FATOS: O JUSPUNIENDI ESTATAL E O PROCESSO PENAL COMO INSTRUMENTOS DO PODER-DEVER PUNITIVO

2.1. A FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO DO JULGADOR COMO ELEMENTO BASEADO NOS DIVERSOS TIPOS DE PROVA: O DIREITO À PROVA

Toda busca pelo conhecimento acerca de determinado objeto coloca seu observador com o problema da verdade. Assim acontece com as ciências naturais, assim o é também com as ciências humanas e sociais, nas quais a doutrina permite que se insira o Direito.

A filosofia costuma preocupar-se em distinguir dois conceitos importantes: verdade e realidade que são frequentemente confundidos, influenciando nas questões que se levantam:

Na linguagem cotidiana geralmente os dois conceitos são confundidos. Se nos referimos a um colar, a um quadro, a um dente, só podemos afirmar que **são reais e não verdadeiros ou falsos**. Se dissermos que **o colar ou o dente são falsos, devemos reconhecer que o “falso” colar é uma verdadeira bijuteria e o dente um verdadeiro dente postiço**. (ARANHA, MARTINS, 2005, p. 24, grifo nosso)¹.

Não é simples, para qualquer linha do saber, o critério para se definir a verdade, pois tanto a razão pode tentar obtê-la, como também pode ser intuída pelo sentimento, pelo juízo de valor ou mesmo a partir do produto das experiências anteriores de cada indivíduo. Dessa forma, não só o puro racionalismo, mas elementos pessoais subjetivos, como a intuição ou mesmo a vivência passa a influir no contexto da verdade buscada: este é o critério mais aceito na atualidade acerca da verdade na teoria do conhecimento.

¹ As autoras, na obra citada, tentam fazer uma distinção entre esses dois conceitos, a verdade ou a falsidade não são caracteres da coisa, do objeto em si, mas juízo que o sujeito faz a respeito do mesmo. Haveria ou não verdade de acordo como a coisa aparece ao sujeito.

No processo judicial, seja cível ou penal, o meio pelo qual se busca colacionar elementos suficientes para formar a convicção do julgador acerca da verdade é por meio da prova. A constituição desses elementos e sua colação ao processo têm seu respaldo nos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, e é muito amplo: abrange o direito de requerer sua produção, de participar da sua realização, de se manifestar sobre os resultados. O direito à prova é assim interpretado por boa parte da doutrina, como Fred Didier (2009, p. 19), que defende o direito à formação das provas pelas partes como um direito previsto também em tratados internacionais, como o Pacto de São José da Costa Rica e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

No escopo do processo penal, objetiva-se formar o convencimento do juiz acerca dos fatos, na busca da veracidade das informações que são prestadas em juízo. Portanto:

Provar, destarte, significa estabelecer um estado de convicção e certeza. Consiste, pois, em elucidar, esclarecer, demonstrar a veracidade de um fato, episódio ou relação jurídica, tornando-os sobranceiros e idenes a qualquer dúvida fazendo-os certos e determinados quanto à sua existência. (PEDROSO, 2005, p. 21).

Necessário que se ressalte que a liberdade probatória não é princípio absoluto. Embora sejam admitidos meios de prova além daqueles expressos na legislação penal, acata a doutrina dominante que outros meios não explícitos possam ser admitidos, as quais Mirabete classifica como “provas inominadas” (MIRABETE, 2004, p. 278), ressaltando-se, porém, as provas obtidas por meio ilícito (que contrariam as normas de Direito Penal) ou as ilegítimas (aquelas que vão de encontro ao Direito processual Penal).

É oportuno destacar, diante de tal consideração sobre a relativização do princípio da liberdade das provas, a seguinte observação: se a juntada de provas não é inteiramente livre às partes que litigam, há um relativo comprometimento da verdade real, o que corrobora a afirmação de que a formação da verdade depende de todo um contexto interpretativo e possível entre os sujeitos envolvidos.

Vários são os sistemas que se estabeleceram ao longo do tempo para apreciação da prova pelo juiz: sistema étnico, um sistema empírico, ao critério do juiz e das suas impressões; sistema das ordálias, cujo critério de inocência ou culpa tinha como base a justiça divina e a intervenção de

Deus no julgamento; sistema tarifado, em que cada tipo de prova tinha sua valoração, sendo considerada a confissão a “rainha das provas”, a avaliação era feita por critérios objetivos; sistema do livre convencimento, em que o juiz tem liberdade para apreciação das provas, embora o julgador tenha necessidade de fundamentar seu entendimento; e o sistema da íntima convicção, cuja decisão é baseada na inteira liberdade do agente julgador, independente de fundamentação.

O Ordenamento Jurídico Brasileiro adota, para o juiz, o sistema do livre convencimento motivado (artigo 93, IX da Carta Constitucional e artigo 155, *caput* do Código de Processo Penal), devendo aquele convencimento se basear nas provas trazidas aos autos e jamais aos elementos estranhos ao processo; ressalvas ao Tribunal do Júri, no qual o réu é julgado por seus pares no sistema da íntima convicção do Conselho de Sentença, o qual não se vincula obrigatoriamente às provas apresentadas nos autos.

Dessa forma, a doutrina ressalta que, para a acusação, cabe instruir a ação com os “fatos constitutivos da pretensão punitiva (tipicidade, autoria, materialidade, dolo ou culpa, etc)” e para a defesa reserva-se o papel de especificar os “fatos extintivos, impeditivos ou modificativos da pretensão punitiva (inexistência material do fato, atipicidade, excludentes da ilicitude, causas da diminuição da pena, privilégio, desclassificação, causas extintivas de punibilidade, etc)” (AVENA, 2009, p. 384).

2.2. A VERDADE REAL (OU MATERIAL) NO DIREITO PROCESSUAL PENAL EM CONFRONTO COM A VERDADE PROCESSUAL

Em relação à verdade real, busca o julgador se aproximar o máximo possível da realidade dos fatos ocorridos, também denominado princípio da verdade material ou substancial. Seria, a *priori*, a verdade real considerada como o fim do processo, permitindo ao juiz, inclusive, basear-se em elementos extraprocessuais. Há, entretanto, na Legislação pátria, sob o arcabouço principiológico constitucional, delimitações à utilização de determinados tipos de prova ou à maneira de se obtê-las, que funcionam como um freio à sua produção: princípios como o da dignidade da pessoa humana, o *in dubio pro reo*, presunção de inocência, proibição de provas ilícitas, todos esses constituem exemplos dessas barreiras constitucionais.

A própria questão da limitação da liberdade probatória amplifica o questionamento que a doutrina e jurisprudência discute: a persecução criminal pode chegar a certeza dos fatos? Hoje, se admite, nos meios jurídicos, uma verdade não “real”, mas “possível”, permitindo que o juiz obtenha as ferramentas necessárias para a fundamentação de seu convencimento. Não se pode esperar que o processo penal chegue à verdade real a qualquer preço, configurando um retorno ao processo inquisitivo da Idade Média.

Em que pese considerações modernas da doutrina, a jurisprudência ainda assim se posiciona :

A revisão criminal retrata o compromisso do nosso Direito Processual Penal com a **verdade material** das decisões judiciais e permite ao Poder Judiciário reparar erros ou insuficiência cognitiva de seus julgados (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2008, grifo nosso).

E ainda :

PROCESSUAL PENAL MILITAR. ALEGAÇÃO DE PARCIALIDADE DO JUIZ POR TER REINTERROGADO OS ACUSADOS.

I. - O reinterrogatório do réu, no processo penal militar, não é ofensivo ao devido processo legal, mas perfeitamente admissível, na forma do disposto no art. 196 do C.P.P., aplicável, no processo penal militar, “ex vi” do disposto na letra “a” do art. 3., C.P.P.M..

II. - O ato processual do interrogatório não esta sujeito a prazo determinado. O fato de o reinterrogatório ter sido longo, mais longo do que o normal, não e indicativo da suspeição do Juiz, que, **no caso, buscava apurar a verdade real, objetivo final do processo.**

III. - Recurso improvido. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1993, grifo nosso).

Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. INTIMAÇÃO DO REPRESENTANTE DO ACUSADO. ART. 121 CPC. INVERSÃO DA ORDEM DE INQUIRIÇÃO DAS TESTEMUNHAS. ART. 212 CPP. NOVA REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI 11.690/2008. PRODUÇÃO DE PROVA. DESRESPEITO AO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA.

1. ÀS PARTES LITIGANTES EM PROCESSO JUDICIAL, IMPÕE-SE A OBRIGAÇÃO DE COLABORAR COM A JUSTIÇA **PARA A DESCOBERTA DA VERDADE REAL**, BEM COMO PARA A CELERIDADE PROCESSUAL, A FIM DE QUE O JUDICIÁRIO POSSA DAR A RESPOSTA REQUERIDA PELA SOCIEDADE, GARANTINDO-SE UMA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL ÁGIL E MAIS JUSTA. (...) (TRF 5ª REGIÃO, 2009, grifo nosso)

Por outro lado, os que defendem a teoria da verdade formal (oriunda do processo civil, comum ao sistema *adversarial system*) cingem-se no contexto da crença de que o que não está nos autos não está no mundo, ou seja, procura exercer sobre o juiz a limitação sobre aquilo que ele estabelecerá como fundamento para basear sua decisão: define o que pode ser utilizável, exigindo que a fonte probatória seja aquela contida unicamente nos autos. O “discurso da verdade real” satisfaria o “desejo de segurança jurídica da sociedade”, dissimulando, portanto, práticas judiciais arbitrárias. (MATTOS, 2009, p. 10)

Uma terceira corrente pondera se há, seguramente, uma relação de oposição entre a verdade formal e a verdade real. Eduardo Cambi (2001, p. 72) põe em cheque a relação de oposição criada entre a verdade real e formal, argumentando que não se podem estabelecer critérios em que se afirme a total discrepância entre os dois conceitos:

A distinção entre verdade material e verdade processual não tem razão de ser, seja porque não se pode afirmar que a verdade do processo seja ontologicamente diversa da verdade histórica ou do mundo real, seja porque não se pode sustentar que a verdade material (ou pertencente ao mundo externo) está excluída do âmbito da fenomenologia processual. A verdade processual e a verdade de fora do processo são sempre uma; o que difere são as técnicas e os métodos para o seu conhecimento [...].

Dessa opinião comunga Euler Paulo de Moura Jansen (2008, p.1), quando afirma que “os princípios da verdade formal e real atuam em campos diferentes, não sendo um oposto ao outro, divergindo também em seus momentos de aplicação”, pois enquanto a “verdade real é utilizada nos momentos instrutórios do processo, a verdade formal é utilizada nos momentos decisórios”.

Fred Didier Jr, Paula Sarno e Rafael Oliveira (2009, p. 69), compreendem a verdade como algo inatingível, utópico, sendo, portanto, inimaginável que se possa, com o processo, atingir a absoluta realidade dos acontecimentos, reforçando a idéia de que não se pode confundir verdade e realidade, pois ambas estão em campos distintos. A realidade estaria no campo do ser e a verdade ou falsidade no campo da valoração.

Baseada no postulado anglo-saxão, a doutrina vem afirmando que não é a verdade absoluta que deve ser alcançada no processo penal, mas um “desiderato em que a equação propugnada seja por uma verdade livre ou imune da manipulação ou influência por parte da acusação ou defesa” (SOUZA, 2008, p. 445).

Não se pode, dentro dessa amplitude, trabalhar de forma categórica com os conceitos de verdade real ou formal. A tendência no campo processual, que tem se firmado tanto na legislação penal como na jurisprudência, é de admitir uma relação harmônica na busca da verdade “possível”, dentro do contexto probatório trazido aos autos, para que se procure, dentro desse universo instrutório, tanto material/objetivo como subjetivo/intuitivo a melhor apreciação valorativa dos fatos pretéritos, com limites aos princípios e garantias constitucionais, de forma a buscar o resultado mais satisfatório possível.

3. A ARGUMENTAÇÃO FAVORÁVEL À POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE MAIORES PODERES DE INSTRUÇÃO AO JUIZ, FUNDAMENTADA NA EFICÁCIA DA FUNÇÃO JURISDICIONAL E NA GARANTIA DE EQUILÍBRIO ENTRE AS PARTES

3.1. O JUDICIÁRIO COMO ELEMENTO EQUALIZADOR DE FORÇAS NO LITÍGIO PENAL, PRIORIZANDO O DEVIDO PROCESSO LEGAL E A JUSTA TUTELA, JUSTIFICANDO A SUA ATUAÇÃO INSTRUTÓRIA

A base doutrinária que apresenta simpatia à instrução processual de ofício pelo juiz evidencia que há uma grande confusão tanto na jurisprudência como na doutrina quanto à atividade judicial probatória: o julgador não pode ter iniciativa em relação ao objeto do processo, alterando sua delimitação sobre os fatos da peça inicial, pois pertencem, sem dúvida, à acusação, sob o risco de se tornar um juiz inquisidor, ferindo a imparcialidade. O que se espera, para a prestação jurisdicional adequada pelo Estado é que, dentro de certos limites, possa atuar de ofício no processo em si, garantindo que esse se transforme num instrumento que atue nos interesses do conflito.

... Se as partes não conseguem levar as provas dos fatos para o processo e se estão nas mãos do juiz, ao seu alcance fazê-lo, não se vê as razões, por mais contundentes e escolásticas que sejam, de não o fazer ou capazes de impedir o magistrado de conduzi-las no processo... Diga-se não só a suplementação, mas a própria iniciativa, basicamente, ao alcance do juiz, relativo a essas provas.

Ao término de numerosos processos pode-se verificar a profunda diferença entre a realidade que nele figura com a prova dos fatos. O juiz poderá diminuir essa distância se lhe derem ferramentas necessárias e a obrigatoriedade de agir de ofício toda vez que puder fazê-lo. (CHIMENTI, 1995, p. 40-41).

Nos dias atuais, há uma tendência crescente em se considerar o processo, acima de tudo, como o direito à prestação jurisdicional sobre o direito material, passando a adquirir, mesmo na óptica do processo civil, uma feição pública, que, de acordo com Guillermo Frederico Ramos (2005, p. 67), considera a lide não apenas de mero interesse entre as partes, mas de toda coletividade, sendo essa última “financiadora do aparelho judiciário, através dos tributos pagos e do próprio Estado, representado pelo Poder Judiciário, enquanto agente eleito pelos cidadãos como responsável pela composição das lides”.

O ativismo judicial, de uma forma geral, representaria um caminho para se chegar a um modelo ideal de magistratura, independente e transparente, em benefício da população, que adquiriria a certeza de que a justiça estaria sendo feita. (ROCHA, 2002, p.13). Há, atualmente, um clima favorável ao ativismo judicial, pois são evidentes as expectativas dos cidadãos em relação ao Estado e principalmente ao Poder Judiciário, exigindo uma atuação no sentido da “efetivação das promessas constitucionais”. (DANTAS, 2008, p.143).

Nesse diapasão, a prova pertenceria tanto às partes (diante da defesa de seus interesses) como ao juiz (para alcançar a finalidade do processo), incluindo-se, neste caso, não somente a determinação da prova necessária para formar seu convencimento, como, inclusive, a interferência na sua produção, aproximando o processo civil do processo penal. Dessa forma, é de interesse da coletividade que a busca pela verdade real norteie a posição do magistrado, que não deve confundir a imparcialidade com passividade ou mesmo neutralidade.

Ainda que alguma das partes não tenha participado ativamente na instrução processual, requerendo a produção de certa prova, ou requisitando certa diligência, poderá o juiz fazê-lo de ofício. (RAMOS, 2005, p. 70).

Espera-se que a atividade jurisdicional garanta um processo justo e equânime, sem mácula ao princípio acusatório ou à imparcialidade judicial (SOUZA, 2008, p. 438). Esse exercício jurisdicional deve tutelar o direito à liberdade em face do *jus puniendi* estatal, zelando, da mesma forma, pela igualdade entre as partes envolvidas. O exercício probatório, ao contrário

do que asseguram aqueles que se opõe ao ativismo instrutório judicial, tanto pode auxiliar a acusação, como a defesa.

3.2. A POSSIBILIDADE DE COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE O SISTEMA ACUSATÓRIO E O PODER DE INSTRUÇÃO JUDICIAL

Boa parte da doutrina contemporânea defende a possibilidade do juiz interferir, de ofício, na instrução processual, mesmo antes de instaurada a ação penal. Forte corrente assegura que não há contraponto entre o sistema acusatório, adotado em nosso ordenamento jurídico e a função instrutória judicial.

Este ramo doutrinário combate o remodelamento do processo acusatório, oriundo do Código Napoleônico e de cunho liberal, que determina para o juiz um papel de neutralidade, o que faria desaparecer a figura do órgão jurisdicional como sujeito ativo na instrução do processo; essa postura absoluta afirmaria que não há mais discussão acerca da participação desse órgão na questão da produção da prova.

César de Souza (2008, p. 434) afirma que o sistema acusatório, *per si* não é fundamento suficiente para justificar a inércia probatória do órgão judicial, nem mesmo o princípio da imparcialidade, caso contrário, a maioria dos atos instrutórios praticados pelo Ministério Público, no processo penal, seriam invalidados pois não se pode conceber um órgão do *parquet*, hoje, que não seja imparcial, embora essa imparcialidade seja subjetiva, que não pode ser perdida, mesmo dentro da atividade jurídica processual penal. Seria, então, necessário utilizar-se da natureza dos princípios que regem o processo cível ou penal para postular tratamento diferenciado na fase probatória.

Não existiria, portanto, um modelo *adversarial* puro, nem mesmo o norte-americano ou qualquer outro derivado do modelo anglo-saxão, sendo necessária a libertação do passado refletido na República Romana (SOUZA, 2008, p. 432-433).

O juiz poderia, sim, realizar atividades probatórias, mas com limites. Esse limite estaria vinculado ao objeto do processo, que não poderia ser, por ele, alterado. Não poderia o órgão jurisdicional introduzir, na relação jurídico-processual outros fatos que não aqueles delimitados pela acusação.

Avena (2009, p. 391), de sua parte, combate a tese de que a instrução levada pelo juiz representaria uma contradição à imparcialidade judicial, levantando a seguinte questão: se o juiz é imparcial, “porque seriam inconstitucionais as medidas destinadas a suprir dúvidas sobre a tese acusatória e não o seriam as providências voltadas a sanar dúvidas sobre a tese de defesa?” A idéia de imparcialidade deve atingir as duas partes litigantes: acusação ou defesa; portanto, instruir o processo favorecendo a defesa não pareceria, também, no primeiro momento, constitucional.

A proposta do juizado de instrução, que permeou as discussões no Brasil, principalmente em 2003, questionou o estabelecimento da prática de atos de instrução prévia pelo juiz, em casos de urgência e mesmo a realização pessoal de diligências no mais “rigoroso segredo de justiça” (TUCCI, 2003, p. 33), o que denota a característica de uma fase inquisitória, cujo objetivo é buscar, “até a exaustão, a verdade material ou a atingível”, vedando ao juiz que realizou pessoalmente a colheita de provas o envolvimento direto com o processo e julgamento a causa penal.

Outra corrente se utiliza da mesma linha de racionalização e propõe um argumento favorável à função probatória judicial, no sentido de promover o equilíbrio entre as partes: o juiz deve dirigir o processo procurando estabilizar a relação; deparando-se com um desequilíbrio, sua função é zelar pela paridade de armas. Como não se tem certeza sobre o resultado do meio de prova, qualquer das partes poderá ser beneficiada, inclusive o réu.

4. OS OBSTÁCULOS EVIDENCIADOS PARA O ATIVISMO PROBATÓRIO COM BASE NO CRITÉRIO DA IMPARCIALIDADE JUDICIAL

4.1. A DEFINIÇÃO DE PAPÉIS DOS SUJEITOS PROCESSUAIS SOB A GARANTIA DEMOCRÁTICA DO ESTADO DE DIREITO CONSTITUCIONAL

O Estado surgiu, para muitos estudiosos, com função de efetivo controle social, caracterizando-se, na lide jurisdicional, como órgão capaz de substituir a vontade do indivíduo, tomar a decisão e obrigar todos a cumpri-la. Nesse sentido, os contratualistas afirmam que os cidadãos cederam partes de sua liberdade, submetendo-a nas mãos do Estado com um fim maior: a tolerância da vida em sociedade.

Estabelece-se uma revisão dentro da doutrina acerca da tripartição absoluta dos poderes estatais. O Estado, contemporaneamente, é considerado uno, havendo a criação de órgãos autônomos para desempenho de suas funções executiva, legislativa e jurisdicional. Em relação à função jurisdicional, assim a define Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2004, p. 76):

(...) a função jurisdicional permite ao Estado, quando provocado, pronunciar o direito de forma imperativa e em posição imparcial, tendo por base um processo legal e previamente organizado, segundo o ordenamento jurídico constituído pelas normas que o Estado edita, nas situações concretas da vida social em que essas normas são descumpridas.

No processo penal, configura-se, da mesma forma que no processo cível, um conflito de interesses, embora a característica marcantemente publicista do Direito Penal exaspere o papel dos órgãos estatais na demanda.

Norberto Avena (2009, p. 63) classifica os sujeitos envolvidos no processo penal como principais (juiz, acusador – que pode ser o Ministério Público ou querelente, e acusado/defensor) e secundários (podem intervir no processo – assistente de acusação e terceiro interessado).²

Ao juiz, no processo penal, cabem os poderes de polícia (ou administrativos) e os chamados poderes jurisdicionais. No que tange ao aspecto dos poderes de polícia visam garantir a disciplina e o decoro, evitando a prática de atos perturbadores da sua regular tramitação”. (AVENA, 2009, p. 64).

Em relação aos poderes jurisdicionais, estariam inscritos os que se referem à condução regular do processo e de seus procedimentos, “colheita de provas, tomada de decisões, execução do comando sentencial” (AVENA, 2009, p. 64). Ainda se incluem neste rol os chamados poderes anômalos, casos em que o juiz requisita a instauração de inquérito policial (crimes de Ação Penal Pública de que toma conhecimento), recebe representação de ofendido, preside auto de prisão em flagrante.

Ao Ministério Público (representado pelos seus promotores e procuradores, nos crimes de ação penal pública) cabe a ação necessária para persecução penal. Esse órgão representa o Estado, que passa a ser, no

² Dentro da discussão deste trabalho, o foco se estabelece nos sujeitos essenciais, sem os quais a relação jurídica não será efetivamente instaurada.

contexto de tais crimes, o sujeito passivo. Importante ressaltar o duplo papel do Ministério Público na Ação Penal, como órgão acusador, mas, também, como fiscal da lei, de forma que, convencido da inocência do réu, poderá opinar pela sua absolvição, ao que o juiz não estará vinculado. (artigo 385 do Código de Processo Penal). Cabe a este órgão o *ônus probandi* nos crimes de ação penal pública.

O acusado, ou réu, figura como polo passivo da relação jurídico-penal, a quem é imputado o cometimento do ilícito e que deve se defender, em juízo, das provas colacionadas pela acusação (seja Ministério Público ou querelante), em que pese que a Constituição Federal garanta o direito ao silêncio e a não auto-incriminação, como também ao direito de defesa, conforme artigo 5º, inciso LXIII, da Magna Carta. Assegura-se, da mesma forma, a garantia do contraditório, estabelecida no artigo 5º, inciso LV, que, juntamente com o papel do defensor, torna-se indispensável à administração da justiça.

Na Constituição Federal, em seu artigo 93, inciso IX, bem como no Código de Processo Penal brasileiro, artigo 155, *caput*, está previsto o sistema utilizado no nosso ordenamento jurídico para proferimento da decisão por parte de um juiz: o livre convencimento motivado.³

Em relação à instrução processual, a doutrina passa a concluir alguns requisitos básicos: a ausência de limitação quanto aos meios obtidos (desde que lícitas e legítimas), a ausência de hierarquia entre as provas, a necessidade de motivação judicial nas suas decisões, a necessidade de que as provas constem dos autos do processo judicial (as provas devem estar nos autos, o que limita a teoria da verdade real) e a necessidade de sua produção sob contraditório (o que limita a utilização das provas colhidas no inquérito, sem participação da outra parte).

Intui-se, diante do sistema acusatório adotado pela legislação brasileira na fase da Ação Penal, que os papéis atribuídos a cada sujeito processual estejam claramente delimitados, cabendo o *ônus probante* às partes litigantes (acusação e defesa). O *ônus* é um encargo atribuído às partes, não é uma obrigação. São encargos que, se não cumpridos, colocam o sujeito

³ O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova, produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

em desvantagem na lide, de forma que provar não é um dever, mas um direito na persecução da tutela jurisdicional favorável.

A lei 11.690, de 10 de junho de 2008, deu nova redação ao antigo dispositivo, facultando ao juiz, de ofício: “I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida”. Tiago Neiva Santos (2007, p. 281) refere-se à proporcionalidade em sentido estrito, como a “expressão da carga valorativa presente na interpretação do magistrado ao optar pela prevalência de um princípio sobre os outros”; e no inciso “II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir a sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”.

Este último inciso manteve, em seu conteúdo básico, a previsão anterior, do artigo 156. Não é novidade, pois outros artigos, que podem ser exemplificados, como o 196 do mesmo Diploma, facultam ao juiz proceder a novo interrogatório do acusado, de ofício ou a requerimento das partes; assim como o artigo 209 do mesmo Diploma também se refere à possibilidade do juiz ouvir testemunhas não arroladas pelas partes litigantes.

Considerou-se que “se a prova dirige-se ao juiz, visando à formação de seu convencimento quanto aos fatos alegados pelas partes, não seria razoável exigir do magistrado uma posição absolutamente inerte na fase instrutória do processo criminal, vinculando-se apenas, às provas produzidas pelas partes”. (AVENA, 2009, p.390). Essa leitura doutrinária do artigo se coaduna com a posição que delega ao magistrado a possibilidade, ainda que regulada, de determinar de ofício, a instrução processual, mesmo limitada à minimização de dúvidas sobre as provas que munem os autos.

4.2. A CONFUSÃO GERADA ENTRE AS ATIVIDADES DE ACUSADOR E JULGADOR E A FORMAÇÃO DA MOTIVAÇÃO FUNDAMENTADA DIANTE DOS ELEMENTOS SUBJETIVOS E OBJETIVOS, AFETANDO A IMPARCIALIDADE JUDICIAL

Há dois sentidos em que se pode conceituar a prova no processo: o sentido objetivo, como instrumento ou meio hábil para demonstrar a existência de um fato (documentos, testemunhas, perícia) e subjetivo,

que é a certeza (o estado psíquico) originada sobre o fato em virtude da produção do instrumento probatório; a convicção pelo julgador acerca do fato demonstrado (THEODORO JÚNIOR, 2005, p. 456).

A posição doutrinária discordante da possibilidade do juiz estabelecer, de ofício, a produção de provas detém, como argumento mais forte, o critério da imparcialidade judicial, que procura afastar o juiz da sentença, o máximo possível, do envolvimento com a produção de provas, acreditando que haveria uma contaminação de sua neutralidade, ancorados no princípio da identidade física do juiz, que foi inserida no processo penal pela reforma e que assegura ao julgador que acompanha a fase instrutória prolatar a decisão final.

Há um grupo de doutrinadores que defende o afastamento da atividade instrutória, não admitindo que, utilizando-se do argumento da busca pela verdade real “o juiz saia da sua posição de *supra partes* a fim de auxiliar, por exemplo, o Ministério Público a provar a imputação posta na peça acusatória”, no máximo, continua o autor (THEODORO JÚNIOR, 2005, p.456), “poderá o juiz que se determine diligências destinadas a provar a inocência do acusado, em respeito ao princípio *favor rei*.”

Nesse mesmo sentido, Álvaro Mayrink da Costa afirma (2006, p. 51): “Teríamos a figura do super juiz dentro do processo. O réu teria de enfrentar no processo não só o promotor, como também o juiz travestido de acusador público, na fase da instrução criminal”, o que concorda Maria Elizabeth Lopes (2007, p.224), quando afirma: “embora se deva aplaudir a orientação no sentido de que o juiz deva atuar dinamicamente, tal não significa conceder-lhe a titularidade exclusiva do processo”.

Outro ponto que se levanta é que, sendo a verdade real, hoje, considerada de caráter relativo, não envolve só as provas objetivas, mas o caráter subjetivo que se desenrola ao longo da instrução: as impressões do juiz diante do interrogatório do réu, suas experiências vividas, a intuição, todo esse cenário irá compor a motivação da decisão judicial, e, portanto, se houver participação do julgador diretamente na formação das provas, inerentemente às suas observações, poderá haver um reflexo direto na sua imparcialidade. Afinal, os papéis de cada sujeito que compõe a relação processual penal são bem determinados dentro do nosso sistema acusatório.

Marcelo Flores (2008, p. 53) criticando as alterações da Lei 11.690/2008, ressalta que, pela interpretação literal do inciso II, que altera o artigo 156 do Código de Processo Penal, o juiz determinará a produção de provas quando não estiver suficientemente convencido, o que, caberia, em verdade, solução *in dubio pro reo*. Haveria, portanto, um descumprimento a um princípio importante no direito processual penal.

O que se vê é a atividade judicial em favor da acusação, comprometendo a igualdade, o contraditório e a “estrutura dialética do processo”. E ainda afirma que “a maneira de se (tentar) garantir a imparcialidade do juiz é através da consagração do princípio acusatório” e que essa (posição de imparcialidade) “deve resignar-se com as conseqüências de uma atividade incompleta das partes”. (FLORES, 2008, p.55)

Para Marta Saad e Diogo Malan (2005, p.434), a figura do magistrado que se perfaz como instrutor do processo se afigura como inquisidor, o que afrontaria o sistema acusatório, restringindo a participação do acusado, que poderia se reduzir à condição de mero expectador e acarretando “cerceamento de defesa” e “violação à dimensão substancial do devido processo legal”.

Tentando impedir esse enquadramento de fusão de papéis (inquisidor e sentenciante), que afrontaria o sistema acusatório, surge a proposta da criação dos Juizados das Garantias. Sob a forte responsabilidade do resguardo Constitucional dos direitos individuais, o principal papel do juiz da instrução é a determinação das medidas urgentes, cautelares, como recebimento de comunicação imediata de prisão e auto de prisão em flagrante, decidir sobre a necessidade ou não dos pedidos de prisão provisória, quebra de sigilo fiscal, bancário e telefônico, produção antecipada de provas, interferir diretamente sobre o prolongamento dos prazos do inquérito, entre outras.

Na mesma linha de pensamento, a juíza federal Danielle Souza de Andrade e Silva (2005, p. 107) observa que há equívocos na história do Direito Processual (iniciados no sistema acusatório romano que atribuiu poderes inquisitórios ao juiz); tais erros teriam desembocado nos diversos sistemas contemporâneos, pois, em seu julgamento: “sempre que se destinam poderes ao juiz destoados daquela função por ele exercida, destrói-se a estrutura dialética do processo, aniquila-se o contraditório, sepulta-se de vez qualquer esperança de imparcialidade (enquanto *terzietà*

= alheamento)”⁴

Tal posição mencionada reflete que, ao se concederem poderes instrutórios ao juiz, o fato de reunir material, ter contato com as fontes investigativas, adotar medidas cautelares, busca e apreensão, etc, já faria com que o juiz estabelecesse diversos “pré-julgamentos no curso da fase preliminar”, pois é difícil considerar que um indivíduo não se influencie pelo contato direto com a formação das provas que instruirão o processo, de forma que formará “pré-juízos sobre condutas e pessoas”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS: O EQUILÍBRIO ENTRE A PRESTAÇÃO DA TUTELA EFICIENTE E A AMPLIAÇÃO REGULADA DO PODER DE INSTRUÇÃO JUDICIAL DO PROCESSO

O ordenamento jurídico brasileiro adotou o sistema de persecução acusatório, na fase da ação penal, em contrapartida com o momento anterior, de investigação policial com raízes no sistema inquisitório.

Há uma forte tendência, na doutrina atual, em admitir ao juiz um papel ativo no momento da instrução processual, sob a alegação do resguardo de equilíbrio entre as partes e que tal poder probatório de ofício poderia conviver tranquilamente com o sistema acusatório. Inseridos em uma crise de uma sociedade que muitos estudiosos definem como “sociedade de risco”, abrigados sob a bandeira da insegurança jurídica, espera-se que esse ativismo venha trazer as respostas adequadas que a sociedade espera, sobretudo, na busca da justiça.

Por outro lado, percebe-se a necessidade em se admitir que não há mais possibilidade de se esperar a existência de uma verdade real de forma pura, material, pois a realidade dependerá não somente das provas materiais com as quais se munam os autos, tanto na fase investigativa como durante processo propriamente dito, mas também da sensibilidade e subjetividade das testemunhas, da condução do interrogatório tanto do réu como do ofendido e do grau de envolvimento e vivência do juiz da instrução, que formará seu juízo valorativo.

⁴ A autora, aludindo ao artigo 5º, II do Código de processo penal, expõe que a legitimação do juiz para iniciar as investigações na fase pré-processual já é, por si só, um paradoxo ao sistema acusatório, que tem como um dos requisitos o afastamento do juiz da possibilidade de iniciar o processo penal.

O órgão jurisdicional deve, em seu papel de presidente de todos os atos processuais, direcionar para que haja equilíbrio da relação processual e regular para que as dúvidas oriundas das provas trazidas aos autos pelas partes possam ser esclarecidas, daí ressaltar o que estabelece o inciso II da Lei 11.690/2008, que permite a realização de diligências cujo objetivo possível, numa interpretação razoável, é evitar uma sentença injusta baseada em um convencimento temerário e não conceder poderes ao órgão julgador, de forma a conflitar com o princípio *in dubio pro reo*.

Em relação ao inciso I, a Lei procurou preservar os limites conferidos ao juiz da instrução, que poderá intervir, mesmo de ofício, e ainda quando não iniciada a ação penal, ou seja, na fase investigativa, desde que a produção dessas provas seja considerada, urgente e relevante, observados os critérios da necessidade, adequação e a proporcionalidade da medida (este último apreende-se como proporcionalidade no sentido estrito, que indicará a prevalência entre dois interesses principiológicos distintos).

Observa-se que houve, por parte do legislador, uma preocupação em estabelecer os limites para o órgão julgador. Ressalva-se que tais critérios definidos (necessidade, adequação, proporcionalidade) são abstratos e sujeitos à discricionariedade do órgão Estatal, daí a importância da limitação constitucional.

Não há, decerto, na jurisprudência ou doutrina brasileiras, uma definição absoluta acerca do que se poderá considerar necessário, adequado, proporcional ou urgente, de forma que a nova redação do artigo 156 do Código de Processo Penal permite uma interpretação ampla, do que requer uma hermenêutica não apenas no sentido literal da norma, mas de cunho teleológico, buscando o fim a que se destina, aquilo que deve tutelar.

Estendendo esta interpretação ao Juizado das Garantias (ou a simples separação do juiz instrutor em relação ao juiz sentenciante), percebe-se uma preocupação diante da confusão de idéias gerada a partir da interpretação do artigo 156 do Código de Processo Penal, reforçada pela ideia de que a reforma pretendida em 2008 trouxe à tona, para o Processo Penal, o Princípio da Identidade Física do Juiz. Há, sem dúvida, no caso concreto, dificuldades na criação do Juizado de Garantias, tendo em vista o excesso de demanda do Judiciário Brasileiro em contrapartida com o número de Juízes em atividade.

Inseridos no Estado Democrático de Direito, marcado profundamente por uma Constituição Federal de cunho democrático que buscou abolir (ou pelo menos minimizar) as práticas processuais inquisitoriais por meio da adoção do sistema acusatório, como também fundamentados numa sociedade em que proliferam, no âmbito do Direito Penal e Processual Penal, as idéias garantistas (que colocam em xeque a eficiência dos modelos autoritários e procuram por seu lado estabelecer critérios ao poder punitivo do Estado, impedindo que, em nome da segurança jurídica, sejam desconsiderados os direitos civis dos indivíduos submetidos ao *jus puniendi*), procura-se deter uma atenção especial do magistrado, que ocupa papel determinante.

O ativismo probatório judicial pode ser suportado em nosso âmbito com fins de uma prestação jurisdicional mais justa possível, estabelecido o limite para que não haja uma ofensa à imparcialidade no proferimento da sentença, nem prejuízo aos litigantes.

A verdade absoluta dos fatos, como anseiam alguns doutrinadores, não pode ser restabelecida, tendo em vista que não se poderão restaurar, com exatidão, o tempo, o lugar e o modo pelo qual se verificou o acontecimento, pois também envolverá critérios e provas de caráter subjetivo, irreconstituíveis, em sua essência.

Da mesma forma, o processo penal suporta, em seu bojo, interesses públicos importantes, que refletirão não apenas para as partes envolvidas em juízo (como na maioria dos litígios cíveis), mas para toda a sociedade, representada pela persecução Estatal, de forma que uma tutela adequada não poderá apenas se basear nas provas juntadas aos autos, seja em prol da justiça para o autor ou para o réu: daí o critério adotado pelo nosso ordenamento, da livre convicção motivada, que permite ao julgador exprimir o seu convencimento, mas limitado à fundamentação legal e probatória adotada pela ordem legal, cujo topo é ocupado pela Constituição Federal.

É de se buscar um ponto de equilíbrio, sem confundir a imparcialidade judicial com a sua neutralidade. Nosso sistema acusatório não se configura como uma mera litigância de particulares, como se pressupões na instância cível; há de se buscar o melhor interesse público. O judiciário guarda um importante papel na prestação da melhor tutela, buscando ofertar ao cidadão um serviço que corresponda aos anseios resguardados pela Constituição.

É mister destacar que a reforma reforçou, no Direito Processual Penal, o princípio da identidade física do juiz; daí a preocupação decorrente de se manter a imparcialidade em resguardo aos princípios democráticos.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Maria Lúcia de A.; MARTINS, Maria Helena P. *Filosofando: introdução à filosofia*, 2 ed. São Paulo: Moderna, 2005, p. 21-26.

AVENA, Norberto. *Processo Penal esquematizado*, 1 ed., São Paulo: Método, 2009, p. 62-148, 369-412.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 41 ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Código de Processo Penal, Legislação penal e processual penal**, Constituição Federal. Org. Flávio Gomes, 11 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 71/75.

CHIMENTI, Francesco. **O processo penal e a verdade material: teoria da prova**, Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 36-55.

COSTA, Álvaro Mayrink da. Limitações de atuação do juiz no sistema acusatório. *Revista do Ministério Público*, n. 24 jul./ dez. 2006, p. 47-53.

DANTAS, Frederico Wildson da Silva. O papel do juiz na sociedade contemporânea: uma reflexão sobre o ativismo judicial no Brasil. *Revista da Seção Judiciária de Alagoas* - v. 03 n. 03 set. 2008, p. 139-155.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Responsabilidade civil do Estado no Direito Brasileiro. *Revista síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre, v. 5, n. 9, mai./jun. 2004.

DIDIER JÚNIOR, Freddie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela, 4 ed., vol. 2, Salvador: Juspodivm, 2009, p. 17-102.

FLORES, Marcelo Marcante. Apontamentos sobre os sistemas processuais e a incompatibilidade (lógica) da nova redação do artigo 156 do Código de Processo Penal com o sistema acusatório, Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, v. 9 n. 53 dez./ jan. 2008, p. 42-56.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório, Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, v. 1, n. 18 jan./jul. 2005, p. 15-26.

JANSEN, Euler Paulo de Moura. A verdade formal e a real têm relacionamento harmônico. **Revista Consultor Jurídico**, 5 jun. 2008. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2008-jun-05/verdade_formal_real_relacionamento_harmonico> Acesso em 13 jul. 2009.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Ativismo judicial e ônus da prova no processo civil. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, v. 10 n. 19 jan./ jun. 2007, p. 221-229.

MATTOS, Sérgio Murilo de Oliveira. Desmistificando a busca da verdade no processo penal. **Juspodium**, Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos_1487.html> Acesso em 20 jul. 2009, p. 1-16.

MIRABETE, Julio Fabrinni. Processo penal, 17 ed., São Paulo: Atlas, 2004, p.78-279.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 100-101.

PEDROSO, Fernando de Almeida. Prova penal: doutrina e jurisprudência, São Paulo: Revista dos tribunais, 2005, p. 15-32.

RAMOS, Guillermo Federico. Brevíssimos comentários acerca da busca da verdade real, sob o enfoque publicista do processo civil contemporâneo. Revista Dialética de Direito Processual, n. 22 jan. 2005, p. 65-72.

ROCHA, Geiza. Ativismo judicial : uma nova postura para um novo tempo. Forum : debates sobre justiça e cidadania. Amaerj, v. 1 n. 3 jun./ jul. 2002, p. 10-13.

SAAD, Marta; MALAN, Diogo. Origens históricas dos sistemas acusatórios e inquisitivo. Revista dos Tribunais, v. 94 n. 842 dez. 2005, p. 413-436 .

SANTOS, Tiago Neiva. Ativismo judicial: uma visão democrática sobre o aspecto político da jurisdição constitucional. Revista de informação legislativa, v. 44 n. 173 jan./ mar. 2007, p. 271-284.

SILVA, Danielle Souza de Andrade A atuação do Juiz no Processo Penal Acusatório: Incongruências no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

SOUZA, Artur César de. O ativismo judicial no processo penal e a imparcialidade do juiz. **Revista dos Tribunais**: Fascículo Penal, ano 97, v. 868, fev. 2008, p. 429-452.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma. Habeas corpus nº 92.435. Relator: Carlos Britto. Ordem concedida. Brasília, 25.03.2008. DJ de 17.12..2008. Disponível em : <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=92435&classe= HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M.>> Acesso em: 15 set. 2009.

_____. 2ª Turma. Recurso em Habeas Corpus nº 70.030. Relator: Ministro Carlos Veloso. Recurso improvido. Brasília 06.04.1993, DJ de 14.05.1993. Disponível em : <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(70030.NUME.%20OU%2070030.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(70030.NUME.%20OU%2070030.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 15 set. 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 43 ed, Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 455-456.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL, 2ª Turma. Habeas Corpus nº 3600-PE. Relator: Desembargador Federal Convocado Leonardo Resende Martins. Ordem Indeferida. In limine. Recife 02.06.2009, DJ de 10.06.2009, nº 109, p. 209.

TUCCI, Rogério Lauria. Considerações e Sugestões acerca de anteprojeto de lei referente à instituição de “Juizado de Instrução”. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, ano 4, n. 2, jul./dez. 2003, p. 27-52.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA EUROPEU E SEU PAPEL DETERMINANTE PARA A CONSOLIDAÇÃO DO DIREITO COMUNITÁRIO

Alexandre Pereira da Silva

Professor Adjunto de Direito Internacional Público da UFPE.
Doutor em Direito (UFPE).

Mariana Yante Barrêto Pereira

Bacharela em Direito pela UFPE, Mestre em Ciência Política pela
mesma instituição, Servidora da Justiça Federal em Pernambuco

RESUMO: O presente trabalho analisará o modo pelo qual se inseriu o processo de consolidação institucional do TJUE no âmbito da formação desse Mercado Comum. O viés utilizado consistirá em, por meio da perspectiva histórica, abordar a evolução do arcabouço jurídico-normativo do órgão, no sentido de ampliar seu universo de competências e de ingerência, a partir de sua criação como um organismo de solução de lides na estrutura das Comunidades Europeias. Uma vez que o escopo da regionalização na Europa atrelou-se em princípio à dimensão comercial, e que, em paralelo ao seu recrudescimento, ocorria a emergência de um sistema multilateral de comércio, faz-se necessário analisar de que maneira essas Comunidades se inseriram nessa ordem, a partir da ingerência e influência do Tribunal de Justiça sobre sua configuração e os reflexos que o advento de um Direito Comunitário por ele operacionalizado possui nos acordos bi e multilaterais.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Comunitário. Multilateralismo. Tribunal de Justiça da União Europeia. União Europeia.

ABSTRACT: The present article essentially aims to analyze the way how the process of institutional consolidation of the Court of Justice of the European Union had inserted in the genesis of this Common Market. Our approach consists in a historical

perspective, with which we will discuss the evolution of juridical-normative structure of the organism, in the sense of increasing its competencies and scope, ever since it was created as a dispute settlement body in European Communities structure. Therefore, once the proposal of regionalism among European countries was at first linked to trade, as well as, at the same time, a multilateral trade system was emerging, it is important to analyze the way these Communities had entered in this scenario, through European Court outlook over its configuration and repercussions of European Law managed by this body in bi and multilateral agreements.

KEYWORDS: Court of Justice of the European Union. European Law. European Union. Multilateralism.

SUMÁRIO: 1 - Introdução; 2 - O papel do Tribunal de Justiça da União Europeia no processo de integração europeu; 3 - A autonomia institucional do TJUE e a transição intergovernabilidade-supranacionalidade; 4 - Participação da Europa no sistema multilateral de comércio: discrepância entre as relações domésticas e os acordos intercontinentais; 5 - O aprofundamento das relações regionais e a inserção das Comunidades Europeias no Sistema Multilateral de Comércio; 6 - Influências do ordenamento comunitário sobre a disciplina do Sistema Multilateral; 7 - A ingerência do Tribunal de Justiça sobre acordos bilaterais entre a UE e terceiros Estados; 8- Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Esse trabalho consiste no agrupamento das primeiras considerações teóricas tecidas com o objetivo de analisar de forma mais aprofundada a relevância do Tribunal de Justiça para o processo de integração europeia, sobretudo por meio de sua consolidação como órgão comunitário dentro de um arcabouço jurídico-normativo mais amplo.

Conquanto os objetivos que estivessem subjacentes à firmação de acordos comerciais e de cooperação econômica fossem precipuamente político-estratégicos, foi com o recrudescimento das relações cambiais que o processo de regionalização europeu teve início.

Nesse contexto, em face de contendas entre os Estados-membros das comunidades europeias – e, por conseguinte, da imperativa demanda por um organismo que detivesse competência para dirimi-las –, e considerando

ademais a necessidade de um corpo que detivesse também a incumbência de uniformizar interpretações acerca dos regramentos de Acordos Regionais de Comércio e de normas processuais decorrentes da atividade legiferante do bloco, a institucionalização do Tribunal de Justiça foi crucial.

A evolução institucional do Tribunal de Justiça, com o alargamento das competências a ele atribuídas e o apuramento das regras procedimentais, pode consistir em um promissor viés para a análise da formação do Direito Comunitário – ou Direito da União Europeia – e da transição da intergovernabilidade para a supranacionalidade, que singulariza o regionalismo no continente.

Por outro lado, a inserção paralela dos Estados europeus em cooperação no incipiente sistema multilateral de comércio teve implicações diretas para ambos. Uma vez que a Europa instituiu uma inédita configuração de concessões e negociações entre algumas suas economias, também dentro do Gatt notabilizou-se a originalidade com a qual eram elaborados os acordos dos quais participavam tais países.

Essa conjuntura contribuiu, por seu turno, para a evidenciação das instituições europeias, na medida em que, se o continente negociava internacionalmente como um único todo, o Tribunal de Justiça, assim como outros organismos comunitários, poderia ter ingerência sobre esses peculiares acordos “bilaterais”. Outrossim, suas decisões teriam impacto sobre o sistema multilateral, consoante se pode inferir da influência que a jurisprudência do então Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias teve sobre acordos na Rodada Uruguai.

Assim, analisar o Tribunal de Justiça da União Europeia a partir de sua origem e de sua atual configuração, contextualizando-o com o fortalecimento do regionalismo europeu, é um processo que contribui sobretudo para a compreensão da maneira como se deu a inserção e consolidação dessa organização internacional de integração regional como singular ator no cenário comercial internacional.

2. O PAPEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA NO PROCESSO DE INTEGRAÇÃO EUROPEU

Desde o princípio, o processo de integração europeu deu atenção à formação de uma jurisdição comum para os Estados-membros que compunham o bloco. Assim, o Tribunal de Justiça remonta ao primeiro tratado integracionista, ou seja, ao Tratado de Paris de 1951, que criou a primeira comunidade, a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA). Dessa forma, quando o Tratado de Paris entrou em vigor no ano seguinte, o Tribunal de Justiça iniciou suas atividades, sediado em Luxemburgo, onde permanece até hoje (CAMPOS, 2004, p. 54-55).

O processo de integração lançado pela CECA tem continuidade quando, em 25 de março de 1957, são assinados em Roma outros dois tratados instituindo a Comunidade Econômica Europeia (CEE) e a Comunidade Europeia de Energia Atômica (EURATOM). Ratificados pelos parlamentos nacionais dos seis membros originários – Alemanha, Bélgica, França, Itália, Países Baixos e Luxemburgo – os tratados entraram em vigor em 14 de janeiro de 1958, data histórica que marca um momento crucial no processo de integração europeu (CAMPOS, 2004, p.55).

Com o aparecimento dessas outras duas comunidades, o Tribunal de Justiça incorporou também estas no seu âmbito de atuação, passando-se a nomear oficialmente Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. Isto se deu em conformidade com a convenção relativa a certas instituições comuns, que foi assinada e entrou em vigor juntamente com os Tratados de Roma; assim, tanto a Assembleia Parlamentar, quanto o Tribunal de Justiça são comuns ao Tratado da CEE e da EURATOM. Mesmo com o lançamento da União Europeia pelo Tratado de Maastricht de 1992, e o consequente aprofundamento do processo de integração, não houve mudança formal no nome da instituição.

O Tratado de Lisboa, de 17 de dezembro de 2007 – que entrou em vigor em 1º de dezembro de 2009 –, oficializou o nome da instituição como Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), ou simplesmente, Tribunal de Justiça, além de haver promovido sua inserção como tal no artigo 13 do Tratado da União Europeia (TUE) (MORENO, 2009, p. 343).

O Tribunal de Justiça da União Europeia compreende o Tribunal de Justiça (em sentido estrito), o Tribunal de Primeira Instância – que o

Tratado de Lisboa passou a denominar Tribunal Geral – e os tribunais especializados.¹ Já o artigo 19 do TUE complementa suas atribuições, ao dispor que “o Tribunal de Justiça da União Europeia garante o respeito do direito na interpretação e aplicação dos Tratados”. Essa é a missão precípua do Tribunal de Justiça – a interpretação e aplicação uniformes da legislação da UE em todos os Estados-membros, a fim de que a lei seja a mesma para todos. Dessa forma, por exemplo, garante-se que os tribunais nacionais não irão decidir de forma diferente sobre a mesma questão (MORENO, 2009, p, 344).

O Tribunal de Justiça efetiva o cumprimento da legislação por parte dos Estados-membros e das demais instituições da UE, e é também competente para se manifestar sobre os litígios entre Estados-membros, instituições da UE, bem como entre pessoas físicas e jurídicas.

As fontes que regulam as atividades desses órgãos jurisdicionais, além do artigo 19 do TUE, estão entre os artigos 251 a 281 do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), e demais regulamentos.

Desses preceitos é possível inferir que a instituição eleva-se a si mesma como máxima intérprete do Direito Comunitário com capacidade para resolver todos os recursos interpostos perante ela contra normas ou atos que violem esse direito.

Sobre a competência do Tribunal de Justiça, o artigo 19.3 do Tratado da União Europeia – com as modificações impostas pelo Tratado de Lisboa – deixa explicitado que:

O Tribunal de Justiça da União Europeia decide, nos termos do disposto nos Tratados:

- a) Sobre os recursos interpostos por um Estado-Membro, por uma instituição ou por pessoas singulares ou coletivas;
- b) A título prejudicial, a pedido dos órgãos jurisdicionais nacionais, sobre a interpretação do direito da União ou sobre a validade dos atos adotados pelas instituições;
- c) Nos demais casos previstos pelos Tratados.

Assim, o Tribunal de Justiça tem como função primordial controlar a legalidade da atuação das instituições e o cumprimento dos tratados, tanto por parte destas como pelos Estados-membros. Dessa forma, garante uma

¹ Até o momento somente existe o Tribunal da Função Pública.

aplicação uniforme do Direito Comunitário em todo o território da União Européia, e está chamado a assegurar a realização das funções atribuídas à União. Nesse escopo, pode considerar que um Estado-Membro não cumpriu uma das obrigações que lhe incumbem por força dos tratados, bem como controlar a correta aplicação da legislação comunitária e pode condenar por omissão o Parlamento Europeu, o Conselho ou a Comissão. (OCAMPO, 2009, p. 251)

O TJUE não tem, no entanto, a natureza de um tribunal hierarquicamente superior, habilitado a revogar ou reformar as decisões proferidas pelo tribunal nacional, no âmbito do Direito Comunitário. Assim, como frisam Quadros e Martins (2009, p. 35), é infundada qualquer aproximação do TJUE em relação ao Supremo Tribunal de qualquer Estado-membro.

A atuação do TJUE tem sido marcante ao longo de todo o processo de integração regional, mormente pela sua jurisprudência, que tem exercido papel extremamente importante na consolidação do Direito Comunitário.

Em parte, tal representatividade se justifica pelo caráter intencionalmente vago dos tratados comunitários, ligado à natureza intrinsecamente evolutiva do processo de integração europeu, ficando a cargo do TJUE interpretar, desenvolver e aprofundar o Direito Comunitário, contribuindo, assim, para a elaboração e concretização progressivas dessa ordem jurídica e do processo como um todo (QUADROS; MARTINS, 2009, p. 47).

O TJUE manifestou independência, audácia e seriedade na hora de interpretar o Direito Comunitário, fazendo com que suas sentenças disponham, mais além de sua obrigatoriedade formal, de uma força moral insuspeitada na hora da aplicação do direito europeu. Serviu para completar e explicitar as disposições do direito originário e derivado, e também para ir ampliando progressivamente as competências comunitárias e elaborar princípios fundamentais que têm servido de guia e modulação na confrontação do ordenamento jurídico supranacional (OCAMPO, 2009, p. 201).

Dessa maneira, o Tribunal de Justiça desenvolveu uma jurisprudência audaciosa, considerada por alguns como um verdadeiro “federalismo judiciário” que encobriu as dificuldades encontradas no processo de arranjo integracionista (PRIOLLAUD; SIRITZKY, 2008, p. 100).

Exemplo representativo dessa atuação marcante do TJUE é o estabelecimento de princípios fundamentais do Direito Comunitário.

Foi o TJUE por construção pretoriana que salientou três características marcantes dessa ordem jurídica.

A primeira delas corresponde à autonomia da ordem jurídica comunitária, ou seja, o Direito Comunitário é aplicável em todo o território da União Europeia, sem se confundir com o direito interno dos Estados-membros. Tal característica ficou marcada no julgamento do caso *Costa/ENEL*, Acórdão de 15 de julho de 1964 (CAMPOS, 2004, p. 398-399).²

A outra característica, a aplicabilidade direta do Direito Comunitário significa que o Direito Comunitário cria obrigações e confere direitos, não somente para as instituições, órgãos e organismos da União Europeia e os Estados-membros, mas também para os cidadãos europeus. Assim, o juiz de qualquer Estado-membro aplica o ordenamento jurídico europeu sem necessidade de que se aprove uma norma de recepção pelo ordenamento jurídico nacional. A jurisprudência que marca esse posicionamento do TJUE é o Acórdão do caso *Van Gend en Loos*, de 5 de fevereiro de 1963 (CAMPOS, 2004, p. 372-374).³

E, por fim, a primazia do Direito Comunitário. O TJUE reconheceu a precedência do Direito Comunitário sobre o direito nacional dos Estados-membros, fazendo-o, no entanto, contra o parecer de alguns Estados. Assim, o Direito Comunitário, criado por força dos poderes previstos nos tratados, tem primazia sobre toda e qualquer norma jurídica de direito nacional a ele contrária e também prevalece sobre a legislação posterior (MORENO, 2009, p.327-329).⁴

É digno de nota, também, que, em diversos estágios de evolução da integração europeia, o TJUE de maneira firme e progressiva foi consolidando a chamada teoria das competências implícitas, visando a alcançar o “efeito útil dos tratados”, identificando-o não a partir de uma interpretação resultante da indagação das intenções dos Estados-membros, mas com base

² No processo em questão, Flaminio Costa opusera-se à nacionalização da produção e da distribuição de eletricidade em Itália e à transferência do patrimônio das empresas do setor para a sociedade ENEL.

³ O processo envolveu a empresa neerlandesa *Van Gend en Loos*, que intentou uma ação junto aos tribunais neerlandeses contra a administração das alfândegas do seu país, por esta pretender cobrar um direito aduaneiro mais alto na importação de um produto químico da República Federal da Alemanha

⁴ Inicialmente, apontado no acórdão do caso *Costa/ENEL*, e posteriormente e diversos julgamentos do TJUE.

numa hermenêutica finalista dos tratados comunitários. Assim, o TJUE admitiu que uma competência externa da União pode decorrer não apenas de uma atribuição explícita consagrada nos tratados, mas igualmente de outras disposições que lhe atribuem uma competência interna, na medida em que tais poderes sejam necessários para o cumprimento das atribuições que lhe foram conferidas.

Dessa maneira, pode-se compreender que o Tribunal de Justiça, desde os tempos da CECA, tem exercido papel de destaque na consolidação do processo de integração europeu.

Quando criado em 1952, o Tribunal de Justiça, no âmbito da CECA⁵, garantia o respeito do direito na aplicação e execução do Tratado de Paris e seus regulamentos de execução. Quando foram criadas as outras duas comunidades europeias – CEE e EURATOM – não foi preciso criar um outro tribunal, o que houve foi um alargamento das competências do Tribunal de Justiça, que como visto, utilizou de certo vazio presente nos tratados para consolidar o Direito Comunitário e o próprio processo de integração.

É importante, também, recordar que o processo de integração na Europa não tem como base o Direito Internacional Público, mas uma nova ordem jurídica, que consiste no Direito Comunitário ou Direito Europeu. Por isso, no espaço da União Europeia não valem as regras tradicionais do Direito Internacional Público em relação aos tratados. Segundo o artigo 344 do TFUE, os Estados-membros “comprometem-se a não submeter qualquer diferendo relativo à interpretação ou aplicação dos Tratados a um modo de resolução diverso dos que neles estão previstos”. Dessa maneira, um Estado-membro que se ache prejudicado porque outro Estado-membro não cumpre com suas obrigações não pode recorrer à retorsão ou à represália para deixar de cumprir seus próprios compromissos. O único meio que resta para exigir o cumprimento do tratado é a via judicial. O mesmo vale para os conflitos surgidos entre os Estados-membros e as instituições, órgãos ou organismos da União que somente podem ser resolvidos, de maneira definitiva, em termos jurídicos por um órgão jurisdicional (SAMTLEBEN, 2005, p. 949).

⁵ A CECA foi constituída por um tratado que deveria vigorar durante 50 anos. Nesta conformidade, a Organização extinguiu-se em 2002, sendo as suas competências, direitos, patrimônio e obrigações assumidos pela Comunidade Européia.

Entre outros aspectos diferenciais do TJUE em relação a outras cortes internacionais, vislumbra-se a capacidade de se integrar aos sistemas jurisdicionais nacionais dos Estados-membros, em razão dos mecanismos criados para eliminar os obstáculos dessa inserção e a concreta possibilidade de intervenção direta de particulares, em demandas comunitárias. Outra distinção substancial situa-se no caráter obrigatório dos seus acórdãos, como preceitua o artigo 280 do TFUE: “os acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia têm força executiva”, assim os Estados-membros estão impelidos a obedecê-los, incitando diretamente sua execução no âmbito espacial comunitário, sem precisar de qualquer tipo de intervenção dos tribunais nacionais quando em uma das partes figuram particulares (SILVA, 2005, p. 83).

Essa ação dos particulares, singulares ou coletivos, no âmbito do TJUE também é marcante, visto que diversos recursos permitem a atuação direta destes, a maioria delas no papel de recorrentes não-privilegiados. A exemplo, tem-se o recurso de anulação previsto no artigo 263 do TFUE, segundo o qual qualquer pessoa singular ou coletiva pode interpor recursos contra atos de que seja destinatária ou que lhe digam direta e individualmente respeito, bem como contra os atos regulamentares que lhe envolvam e não necessitem de medidas de execução. Outrossim, o recurso de omissão, previsto no artigo 265 do TFUE, que preceitua que qualquer pessoa, singular ou coletiva, pode recorrer ao TJUE para acusar uma das instituições, órgãos ou organismos da União de não lhe ter dirigido ato de caráter obrigatório.

No entanto, os particulares devem interpor tanto o recurso de anulação como o recurso de omissão no Tribunal Geral, cabendo recurso jurisdicional do acórdão deste órgão para o Tribunal de Justiça da União Europeia. A legitimidade ativa dos particulares é independente da sua nacionalidade e do seu domicílio e sempre foi admitida pelo TJUE, desde que obedecidas as condições atinentes ao seu interesse individual e direto. Com efeito, enquanto os Estados-membros e órgãos da UE não têm de justificar seu interesse em agir, os particulares – recorrentes não privilegiados –, pelo contrário, estão sujeitos a condições imperativas muito restritas, que variam em função da natureza do ato que pretendem impugnar (QUADROS; MARTINS, 2009, p. 152-153).

De qualquer forma, tal acesso à jurisdição do TJUE é um avanço,

especialmente se comparar-se o indivíduo no Direito Internacional Público, que mesmo nos tribunais internacionais de direitos humanos, tem acesso muito restrito.

3. A AUTONOMIA INSTITUCIONAL DO TJUE E A TRANSIÇÃO INTERGOVERNABILIDADE-SUPRANACIONALIDADE

Foi a autonomia institucional do TJUE, consagrada nos tratados da União Europeia e consolidada pelo próprio órgão jurisdicional, responsável também pela transição do processo de integração da mera intergovernabilidade ao atual estágio da supranacionalidade.

Essa passagem, marcada, como visto, pela relevante atuação do TJUE especialmente ao proferir seus acórdãos, foi também importante na consolidação do Mercado Comum Europeu. Através de rica jurisprudência, o TJUE foi responsável por essa etapa da integração europeia, em razão de sua correlação com a exigência de rígida observância de regras emanadas de uma autoridade comum e, se for necessário, em caso de resistência, uma autoridade exterior ao Estado para impor o conveniado.

A etapa do mercado comum, superada pela atual fase da união econômica e monetária, é caracterizada pela livre circulação dos fatores de produção – bens, serviços, pessoas e capitais – e pela consolidação da etapa anterior de união aduaneira, ou seja, manutenção da tarifa externa comum (TEC), que se alcançou com a unificação tarifária relativa a terceiros países.

Nesse sentido, o TJUE tem sido muito importante na regulação sobre a livre circulação de mercadorias, porque a simples eliminação prevista nos tratados dos direitos alfandegários nem sempre é suficiente. Veja-se o que dispõe o artigo 28 do TFUE sobre a livre circulação de mercadorias:

A União compreende uma união aduaneira que abrange a totalidade do comércio de mercadorias e implica a proibição, entre os Estados-Membros, de direitos aduaneiros de importação e de exportação e de quaisquer encargos de efeito equivalente, bem como a adoção de uma pauta aduaneira comum nas suas relações com países terceiros.

No entanto, mesmo essa previsão e outras que se encontram nos tratados que proíbem a colocação de obstáculos tarifários e não-tarifários enfrentam resistência de alguns Estados-membros em alguns momentos. Assim, os obstáculos técnicos que surgem da diversidade de regulamentações

internas, fruto dos diferentes hábitos nacionais, constituem hoje o principal entrave para se alcançar plenamente o mercado interior.

Para evitar tais práticas restritivas, o TJUE tem se utilizado de um conceito muito amplo, por exemplo, de “encargos de efeito equivalente”, de modo a tornar quase toda medida imputável a uma autoridade nacional que impeça a livre circulação entre os Estados-membros como uma medida que torna vulnerável o mercado interior.

Assim, em uma decisão de 1969, o Tribunal de Justiça dá uma ideia geral do que seja “encargo de efeito equivalente” a um direito aduaneiro:

Um encargo pecuniário – ainda que mínimo – unilateralmente imposto, quaisquer que sejam a sua designação e a sua técnica, incidindo sobre mercadorias nacionais ou estrangeiras em razão do fato de elas transporem a fronteira, constitui um encargo de efeito equivalente sempre que não deva ser considerado como um direito aduaneiro propriamente dito – e isto, mesmo que tal encargo não seja cobrado em proveito do Estado, que não produza qualquer efeito discriminatório e que o produto onerado com o encargo se não encontre em concorrência com uma produção nacional (CAMPOS, 2004, p. 536).

Um dos casos mais citados quando se examina a jurisprudência do TJUE sobre a livre circulação de mercadorias, é o rumoroso caso *Cassis de Dijon* – Acórdão de 20 de fevereiro de 1979 – em que o Tribunal de Justiça assinalou que todo produto legalmente produzido e comercializado em um Estado-membro deveria ser admitido no mercado de qualquer outro Estado-membro. A argumentação sustentada nesse acórdão, aplicável em princípio à livre circulação de mercadorias, foi se estendendo também às liberdades de circulação de pessoas e serviços (SERRANO, 2010, p. 238).

No tocante à livre circulação de pessoas, o artigo 45 do TUE é claro ao preceituar que “a livre circulação dos trabalhadores fica assegurada na União”, implicando, dessa forma, a abolição total de “toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade, entre os trabalhadores dos Estados-membros, no que diz respeito ao emprego, à remuneração e demais condições de trabalho”. Destarte, essa liberdade permite que o cidadão europeu, seja um trabalhador, seja um profissional liberal ou um prestador de serviços, circule pelos vinte e sete Estados-membros para realizar atividades econômicas.

A livre circulação das pessoas traz como primeiro direito dos nacionais de um Estado-membro que os mesmos não podem ser objeto de medidas nacionais que tragam obstáculos a entrada, residência, permanência e/ou entrada ou saída do território de outro Estado-membro – o que normalmente se chama de “direito de mobilidade”. Outra vantagem é a de que os trabalhadores de um Estado-membro têm o direito de acesso ao emprego e, dessa maneira, de exercer uma atividade econômica no território de outro Estado-membro em conformidade com as disposições legislativas, regulamentares e administrativas que regem o emprego dos trabalhadores nacionais e, por certo, também de uma igualdade de condições de emprego e trabalho, ou seja, têm direito a desfrutar, nas mesmas condições de remunerações, vantagens e privilégios sociais e de liberdade de participação na vida sindical.

Também no que concerne a essa liberdade de circulação, a atuação do TJUE se deu de maneira marcante, no sentido de concretizar o preceituado em tais disposições. Um dos casos famosos nesse sentido é o do jogador de futebol belga Jean-Marc Bosman, que requereu que fossem abolidas as restrições sobre a utilização e transferências de jogadores comunitários. Depois de anos de luta nos tribunais belgas e no TJUE, este se manifestou favoravelmente ao pleito do futebolista belga. A partir dessa decisão do Tribunal de Justiça, começou a ocorrer ampla liberdade de desportistas comunitários, permitindo que as ligas nacionais dos Estados-membros abrissem as portas à livre utilização de jogadores comunitários nas ligas nacionais sem qualquer tipo de limite numérico.

A terceira liberdade, a livre circulação de serviços, compreende na realidade duas facetas: a liberdade de estabelecimento e a liberdade de prestação de serviços. Com efeito, o que os tratados no âmbito da União Europeia preveem e a eliminação de quaisquer medidas discriminatórias que restrinjam de algum modo o direito de se estabelecer ou prestar serviços em qualquer Estado-membro.

Dessa maneira, os nacionais de um Estado-membro estão autorizados a estabelecer-se livremente em qualquer outro Estado-membro, criando nesse novo local uma empresa, individual ou coletiva, de natureza industrial ou não, configurando assim um estabelecimento principal. Pode ocorrer, ainda, que esse mesmo nacional já tenha a sua empresa consolidada em

outro Estado-membro e deseje tão-somente criar uma filial, configurando um estabelecimento secundário.

No caso da prestação de serviços, a noção compreende, em uma de suas dimensões, as atividades realizadas quando o agente se desloca a outro Estado-membro para aí prestar o serviço, ou seja, a prestação ativa. Por outro lado, está também compreendido aquele que deseja beneficiar-se do serviço se desloca até o local onde o prestador de serviços se encontra, configurando dessa forma a prestação passiva. Há uma terceira hipótese, em que nenhum dos dois se desloca: aquele que almeja ao serviço o solicita ao prestador que se encontra em outro Estado-membro, para que envie o trabalho solicitado. As três hipóteses são contempladas na noção de livre circulação de serviços (CAMPOS, 2004, p. 577-582).

Nesse ponto foi fundamental a harmonização das normativas nacionais que possam ser divergentes entre si. O resultado da harmonização é a elaboração de uma única norma no âmbito União Europeia sobre a produção e comercialização de algum produto ou serviço, que substitua as normas nacionais. Também nesse aspecto, a jurisprudência do TJUE foi essencial à consolidação da ideia do reconhecimento mútuo das regulamentações nacionais (SERRANO, 2010, p. 238-239).

Por fim, a liberdade de circulação de capitais, também baseada no princípio da não discriminação, foi a última das quatro liberdades a se desenvolver juridicamente. A liberdade de circulação de capitais compreende as operações financeiras que busquem o investimento ou colocação de aportes financeiros onde se encontrem as melhores perspectivas financeiras, de acordo com as leis de mercado, ou seja, em tais operações financeiras há necessariamente um cruzamento de fronteiras (MORENO, 2009, p. 593).

Portanto, pode-se concluir que o TJUE vem realizando uma interpretação muito própria e muito ampla dessas quatro liberdades. A consequência desse processo é que a técnica negativa da proibição das restrições ao comércio dentro desse espaço comunitário trouxe um grande efeito liberalizante. Some-se a isto o fato de que o TJUE atribui efeito direto às disposições do Tratado que implicam a livre circulação, o que, como visto acima, significa que os particulares puderam e podem invocar diretamente ante os juízes nacionais os direitos derivados das liberdades de circulação. Apesar disso, o mercado interior segue constituindo uma meta a ser alcançada, já que seguem existindo muitas restrições nacionais às liberdades de circulação

e dificilmente se pode considerar que já funciona plenamente o autêntico Mercado Comum Único Europeu (SERRANO, 2010, p. 237).

4. PARTICIPAÇÃO DA EUROPA NO SISTEMA MULTILATERAL DE COMÉRCIO: DISCREPÂNCIA ENTRE AS RELAÇÕES DOMÉSTICAS E OS ACORDOS INTERCONTINENTAIS

Os processos de recrudescimento das instituições comunitárias e de estreitamento das relações comerciais entre os membros da União Europeia são coexistentes e mutuamente influenciados.

Uma vez que os acordos de exportação de bens envolvendo Estados europeus sob a égide das normas multilaterais da Organização Mundial do Comércio são contabilizados em consonância com o respectivo destino, a análise dos dados confere uma sucinta, porém ingente compreensão dessa relação.

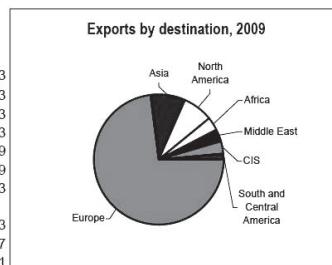
Com efeito, em 2009 as exportações de países europeus⁶ para outros do mesmo continente representaram mais de setenta por cento do total do comércio multilateral de bens da Europa, conforme se depreende da Tabela 01. Ressalte-se, ainda, que em alguns Estados, as exportações intrabloco podem superar oitenta por cento de suas relações cambiais, como na Bélgica.

⁶ Para efeito da apresentação desses dados, a Organização Mundial do Comércio inseriu no conceito de Europa apenas os seguintes Estados: Andorra, Dinamarca, Grécia, Finlândia, Montenegro, Chipre, Eslovênia, Áustria, Estônia, Irlanda, Holanda, Alemanha, Espanha, Bélgica, Itália, Noruega, França, Letônia, Islândia, Polônia, Suíça, Bulgária, Macedônia, Liechtenstein, Portugal, Turquia, Croácia, Lituânia, Reino Unido, Luxemburgo, Sérvia, República Tcheca, Malta, Romênia, Bósnia e Eslováquia.

Justiça Federal de Pernambuco

MERCHANDISE TRADE

	Value, mn \$		Share		Annual Percentage Change		
	2009	2000	2009	2000-09	2008	2009	2009
Merchandise exports f.o.b.	5 015 954	100	100	7	12	-22	
Exports by destination a							
By region							
Europe	3 619 532	73	72	7	10	-23	
Asia	425 985	8	8	9	13	-13	
North America	365 935	10	7	3	4	-23	
Africa	161 884	2	3	11	25	-13	
Middle East	153 517	2	3	11	23	-19	
CIS	146 587	1	3	18	26	-39	
South and Central America	74 645	2	1	6	21	-23	
By economic grouping							
Developed Economies	3 948 525	84	79	7	10	-23	
Developing Economies	852 972	14	17	10	18	-17	
LDC (Least developed countries)	32 518	0	1	11	23	-11	



Fonte: World and Regional Export Profiles, WTO/2010. Disponível em: <www.wto.org>. Acesso em: 20 set. 2011.

É interessante observar que, no mesmo período, a União Europeia foi a maior exportadora mundial de bens (1090 bi de euros), seguida pela China (860 bi) e pelos Estados Unidos (760 bi), bem como a mais expressiva importadora, sequenciada pelos Estados Unidos (1150 bi) e China (720 bi), respectivamente.

Outro relevante dado é que, na década que se seguiu a 1999, a União Europeia aumentou seu comércio em torno de 60%, enquanto no mesmo período os Estados Unidos cresceram menos de 20%, conforme demonstra a Tabela 02.

Economy

	GDP at current prices (billion euro), 2008	% of world GDP, 2008	Exports (billion euro)		Imports (billion euro)	
			1999	2009	1999	2009
EU27	12 506	30.4	683	1 094	743	1 200
Argentina	223	0.5	22	40	24	29
Australia	690	1.7	51	110	61	114
Brazil	1 096	2.7	45	110	49	92
Canada	952	2.3	224	226	202	230
China	2 941	7.1	183	862	155	721
India	828	2.0	35	127	47	191
Indonesia	350	0.8	46	84	23	69
Japan	3 338	8.1	392	560	291	547
South Korea	632	1.5	135	303	112	312
Mexico	738	1.8	128	165	133	168
Russia	1 093	2.7	68	204	28	115
Saudi Arabia	318	0.8	48	168	26	65
South Africa	188	0.5	:	39	:	46
Turkey	540	1.3	25	73	38	101
United States	9 658	23.4	650	758	994	1 148
World	41 193	100.0	:	:	:	:

Sources: The World Bank, United Nations Statistics Division, Eurostat
Data not available

Embora esses dados possam vir a sofrer consideráveis alterações em razão do processo que se instaurou no continente europeu notadamente a partir de 2010, são cruciais para a compreensão da conjuntura que, nos últimos vinte anos, envolveu a consolidação da União Europeia como mercado comum, a configuração política da Europa dos 27 e a emergência de um direito e de instituições comunitárias.

Por outro lado, também é possível inferir, em se tratando da atuação do Tribunal de Justiça, que o alargamento das relações negociais fomentou o recrudescimento do arcabouço institucional que envolvesse não apenas a solução de lides, como também que conferisse uniformidade e legitimidade aos acordos bi e multilaterais de comércio em face da ordem jurídica comunitária, pontos que serão abordados nos tópicos seguintes.

5. O APROFUNDAMENTO DAS RELAÇÕES REGIONAIS E A INSERÇÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS NO SISTEMA MULTILATERAL DE COMÉRCIO

Desde a década de noventa, o âmbito de competência dos tribunais nacionais vem sendo alargado pelo TJUE em razão do princípio da aplicação generalizada do Direito da União Europeia. Esse fenômeno se deu, em grande medida, devido à crescente possibilidade de julgamento da responsabilidade extracontratual dos Estados-Membros pela inobservância das normas de Direito Comunitário.

Conquanto subsista uma forte tendência por parte dos teóricos a atribuir ao objetivo de integração político-estratégica a razão fundamental pela qual a Europa avançara no processo de regionalização, o estabelecimento de parcerias comerciais consistiu na primeira etapa em sua direção.

A partir da assinatura do Tratado de Bruxelas, os seis Estados que paralelamente compunham CECA, Euratom e CEE unificaram a administração dessas três comunidades europeias, conferindo, assim, um sentido convergente para as tentativas de integração já nos anos sessenta.

Conforme se aduziu, o fim dessa década instaurou um processo de recrudescimento das relações econômicas a partir da eliminação definitiva das barreiras alfandegárias entre os países da CEE. Concomitantemente, a comunidade atravessou um período de expansão em termos de Estados associados e refletiu a emergência das instituições a ela atreladas – a exemplo da realização de eleições diretas para o Parlamento Europeu

no final do período (1979) – embora no mesmo decênio estivessem ocorrendo os maiores desafios ao aprofundamento da integração em termos políticos.

Uma vez que o processo de regionalismo europeu se deu, à regra, a partir do progressivo fortalecimento das relações comerciais entre seus Estados, as contendas dessa natureza constituíram nos primeiros desafios à integração. Se, por um lado, o estabelecimento de regras processuais e de órgãos que apreciassem os litígios surgidos em razão de controvérsias comerciais se deu em paralelo à consolidação de acordos bi e multilaterais dentro da Europa, por outro os países europeus em progressiva integração compunham o Sistema Multilateral de Comércio, também em formação.

Com efeito, uma vez que a ratificação do GATT foi anterior ao Tratado de Roma, este inseriu entre seus preceitos uma política negocial convergente (Política Comercial Comum), a qual deveria manter a uniformidade e, notadamente, impedir a elaboração de acordos comerciais fora de seu âmbito, obstando, assim os países dele signatários a estabelecerem uma agenda comercial própria dirigida a outros Estados.

Ao ser notificado ao GATT, conforme previsão deste acordo, o Tratado da CEE foi expressamente tido por compatível com este, mediante o compromisso de os Estados europeus em assegurar a observância das regras multilaterais dele resultantes.

Por conseguinte, a Comissão Europeia, instituída pelo mencionado tratado, tinha entre suas atribuições constitutivas a representação dos Países-membros na assinatura de acordos comerciais e, a partir da década de sessenta, passou a participar direta e permanentemente das rodadas de negociação do GATT.

Mesmo após 1992, quando o Tratado de Maastricht entrou em vigor, instituindo a Comunidade Europeia sem revogar, contudo, a CEE, a Comissão Europeia permaneceu representando concorrentemente seus países membros perante o Gatt.

Por seu turno, a CECA, também posterior ao Gatt/47, não encontrou óbices à sua constituição na seara multilateral, não apenas em razão de que seus seis membros (Alemanha, Bélgica, Itália, França, Holanda e Luxemburgo) buscaram manter-se compromissados com o texto do acordo que o instituiu, como também devido ao artigo XXIV deste, que, mesmo

antes da formação das comunidades europeias, anuía à formação de blocos regionais.⁷

Entretanto, uma vez que a CECA não consistia em nenhuma das modalidades de Acordos Regionais de Comércio expressamente autorizadas no bojo do Gatt e, ademais, que instituíra um acordo preferencial tão somente para carvão em aço, havia uma incompatibilidade literal com o permissivo do art. XXIV, na medida em que este se referia a acordos comerciais que incidissem sobre todo o comércio entre os países que o firmaram. Por conseguinte, os países vinculados à CECA suspenderam em parte seus compromissos para com o Gatt – principalmente os relacionados ao cumprimento da cláusula da nação mais favorecida nas negociações atinentes a carvão e aço – e passaram a figurar nas rodadas de negociação sobre esses produtos sob o escopo da Alta Autoridade da CECA, desde novembro de 1952. Por meio dessa concessão, o status jurídico da CECA perante o Gatt foi reconhecido, em contraste com a CEE, que não foi formalmente distinguida como parte contratante no acordo multilateral.

Em face da consolidação dessas duas comunidades e tendo em vista a abrangência do art. XXIV, o Gatt instaurou em outubro de 1957 um Comitê, cuja função precípua seria averiguar a compatibilidade dos preceitos do acordo com o Tratado de Roma.

Embora as discordâncias internas do comitê tenham conduzido a um não pronunciamento oficial acerca do tema, a CEE permaneceu negociando no âmbito multilateral e, à medida que a relação de integração europeia se aprofundava e abrangia mais Estados, o descontentamento dos demais países se recrudesceu.⁸

Conquanto as dissonâncias acerca da contínua regionalização da Europa e sua inserção no sistema multilateral de comércio tenham-se mantido, não

⁷ Segundo elucida o glossário da Associação Latino-Americana de Integração (ALADI), o artigo XXIV do Gatt “Estabelece as situações de exceção da aplicação do princípio consagrado no Artigo I do Acordo sobre o Tratamento da Nação Mais Favorecida, levando em conta a conveniência de aumentar a liberdade do comércio, desenvolvendo, mediante acordos livremente concertados, uma integração maior das economias dos países que participam desses acordos”. Disponível em: <www.aladi.org>. Acesso em: 22 out. 2010.

⁸ Uma das repercussões geradas pelo descontentamento nesse sentido foi a reclamação dos Estados Unidos contra a Comunidade Europeia em 1982, o qual acionou o órgão de solução de controvérsias do Gatt em razão de acordos estabelecidos entre a comunidade e países mediterrâneos

havia interesse político em os signatários do Gatt se oporem veementemente ao processo, uma vez que, como bem assinala Prazeres (2008, p. 172):

O resultado, com efeito, não interessaria às partes do sistema multilateral de comércio, em especial aos europeus e aos EUA. Tampouco seria conveniente àqueles interessados em eventualmente participar do bloco europeu ou mesmo estabelecer seus próprios arranjos regionais.

Essa contextualização prévia é relevante para a compreensão das razões pelas quais, após a conclusão da Rodada Uruguai, o então Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias tenha sido suscitado, a fim de manifestar-se sobre a extensão das competências da Comissão Europeia para assumir acordos de abertura comercial na esfera multilateral (Opinion 1/94).

Em parecer, a corte definiu que, com efeito, a Comissão detinha poderes para negociar no âmbito do GATT/OMC representando os Estados das comunidades, à exceção de acordos que disciplinassem propriedade intelectual (Trips) ou que envolvessem prestação de serviços não transfronteiriças, de cuja firmação deveriam, conjuntamente, participar os Estados-membros envolvidos.

6. INFLUÊNCIAS DO ORDENAMENTO COMUNITÁRIO SOBRE A DISCIPLINA DO SISTEMA MULTILATERAL

Conforme se aduziu anteriormente, as relações estabelecidas pela União Europeia, desde que consistia apenas no agrupamento despersonalizado das comunidades, e o sistema multilateral são conturbadas e, principalmente, controversas, tanto intra, como extrabloco.

Entretanto, uma vez que o processo de integração na Europa se deu, em grande medida, em concomitância com o amadurecimento da disciplina do Gatt/1947 e as rodadas de negociações a ele vinculadas, bem como, num momento posterior, à formação da Organização Mundial do Comércio, são perceptíveis influências de um sobre o outro.

Com efeito, o regionalismo no continente europeu caracterizou-se por fases de institucionalização associadas à elaboração de uma estrutura normativa e de princípios que legitimassem a atuação intergovernamental e, à frente, comunitária de seus organismos.

Nesse contexto, o Tribunal de Justiça, por consistir em um órgão existente desde as comunidades e ter por escopo essencial a solução de

controvérsias, sempre deteve em seus julgados e pareceres elementos refletidos nos princípios e regramentos do sistema multilateral de comércio.

Um dos mais substanciais exemplos consiste em um dos fundamentos para a livre circulação de mercadorias, brevemente exposta em item anterior do presente trabalho.

Este preceito repousa essencialmente sobre o princípio da não-discriminação – o qual, em linhas gerais, preconiza que no Mercado Interno o tratamento dispensado a mercadorias, serviços, capitais e pessoas a um Estado-membro deve sempre equivaler ao tratamento concedido a esses fatores quando nacionais – e no princípio do reconhecimento mútuo.

Este, por seu turno, consiste no imperativo de que a legislação de outro Estado-membro produza os mesmos efeitos que as normas nacionais, e foi elevado a princípio a partir do já mencionado Acórdão Cassis de Dijon, prolatado pelo Tribunal de Justiça em 1979.⁹

Na ocasião, o órgão entendeu que determinado produto, fabricado em observância às normas legais de um país da Comunidade Europeia e comercializado em seu mercado, deveria ser aceito nos demais Estados, uma vez que existem standards relativos à qualidade e segurança dentro do bloco econômico regional. Esse preceito é excetuado apenas pela invocação de exigências cogentes, resultantes de uma regulamentação nacional elaborada em face da inexistência de harmonização ou disciplina sobre determinada questão, e que se apliquem indistintamente a quaisquer produtos domésticos ou importados.

Embora pragmaticamente o princípio do reconhecimento mútuo encontre óbices na sua ampla utilização, o que ora se pretende ressaltar é sua influência sobre o Acordo de Medidas Fitossanitárias que, em seu art. 4º, n. 1, estipulará que

[O]s membros aceitarão as medidas sanitárias ou fitossanitárias de outros membros como equivalentes, mesmo que difiram das suas ou das que são utilizadas por outros membros que se dediquem ao comércio do mesmo produto, se o membro exportador demonstrar objectivamente ao membro importador que, com as suas medidas, é atingido o nível adequado de protecção sanitária ou fitossanitária no membro importador.

⁹ Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, de 20.02.1979. *Cassis de Dijon*, Proc. 120/78, Col. 1979.

Alguns autores vislumbram no Acordo sobre os Obstáculos Técnicos ao Comércio, semelhante influência do princípio, no conteúdo dos artigos 6º, n. 3, e 2º.

Outra repercussão nas normativas multilaterais consiste no artigo 92 do Tratado de Roma, o qual, juntamente com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, refletiram-se no Acordo sobre as Subvenções e as Medidas de Compensação, resultante da Rodada Uruguai. Ademais, práticas comerciais restritivas e outras questões que passaram a se inserir na pauta das discussões no âmbito regional são posteriormente incluídas na agenda da OMC. À ilustração, tem-se que em maio/1996, os grupos de trabalho da OMC analisavam vinte e dois acordos regionais, entre os quais dezenove envolviam questões políticas da concorrência e oito abordavam investimento estrangeiro – nenhuma dessas temáticas, contudo, tinha recebido regulamentação na esfera multilateral.¹⁰

Conclui-se, portanto, que o paralelismo de um processo de integração regional no molde singular como o qual se deu o estreitamento das relações intra-Europa à formação do Sistema Multilateral de Comércio contribuiu para inserir entre os preceitos do Gatt/OMC, bem como na plataforma submetida às sucessivas rodadas de negociação, elementos que serviriam de substrato à formação de outros Acordos Regionais de Comércio e à compatibilização de interesses comerciais intra e extrabloco.

7. A INGERÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE ACORDOS BILATERAIS ENTRE A UE E TERCEIROS ESTADOS

No âmbito das negociações envolvendo países da União Europeia, cumpre ressaltar, ainda, a influência que o Direito Comunitário e os órgãos que o aplicam detêm sobre seus termos de cumprimento.

Consoante se expos, o Tribunal de Justiça da UE possui discricionariedade para, quando suscitado, apreciar violações às normas comunitárias e determinar que os atos/fatos jurídicos que impliquem tais infrações sejam obstados.

¹⁰ Para considerações mais aprofundadas sobre o tema: MOTA, Pedro Infante. **O Sistema Gatt/OMC: introdução histórica e princípios fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005. p.531-580.

Em se tratando do comércio internacional, essa competência possui especial relevância, na medida em que pode afetar direitos de terceiros, não submetidos ao ordenamento jurídico comunitário.

De regra, pessoas físicas e jurídicas que não se vinculem ao corpo jurídico-normativo da UE não podem ser afetadas por seus preceitos; seus direitos ficam salvaguardados em relação ao ordenamento comunitário, na medida em que a ele não anuíram.

No entanto, os contratos bilaterais firmados entre terceiros Estados e países que componham a União Europeia, monstrem-se uma importante exceção¹¹. Conquanto esses negócios jurídicos sejam tipicamente caracterizados pela neutralidade de foro para a elucidação de contendas deles resultantes e busquem entre seus dispositivos não se vincularem normativamente a nenhum dos ordenamentos jurídicos envolvidos, o Direito Comunitário estabelece que seus preceitos sejam observados pelos países-membros.

À guisa de ilustração, tem-se o caso dos “acordos de céu aberto”¹², que consistiram num conjunto de tratativas firmadas entre oito Estados-membros – Suécia, Finlândia, Bélgica, Luxemburgo, Áustria, Países Baixos, Dinamarca e Grã-Bretanha – e os Estados Unidos, cujos dispositivos permitem este país a revogar, suspender ou limitar os direitos de tráfego das transportadoras aéreas designadas pelos Estados signatários.

Em 5 de novembro de 2002, o então Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias declarou que os acordos em epígrafe violariam os preceitos de Direito Comunitário, em dois principais aspectos.

Primeiramente, a Corte considerou que a existência de “cláusulas de nacionalidade”, ou seja, atinentes ao controle e propriedade das companhias aéreas europeias, comprometem o direito de acesso não discriminatório de tais transportadoras ao mercado nas ligações entre Estados-Membros e países terceiros.

Uma outra violação encontrada corresponde ao entendimento do Tribunal no sentido de que, uma vez que a matéria de fundo dos acordos

¹¹ Não serão tecidas maiores considerações sobre contratos entre Estados europeus e empresas transnacionais em razão das peculiaridades que o assunto exige abordar, na medida em que subsiste uma relação de hipo/hipersuficiência que singulariza a disciplina de tais negócios jurídicos.

¹² A fonte normativa dessas informações está disponível no Regulamento (CE) n° 847/2004 do Parlamento Europeu e Conselho Europeu, datado de 29 de abril de 2004 e publicado no sítio eletrônico <http://eur-lex.europa.eu/>.

esteja no âmbito da legislação e, conseqüentemente, da competência institucional comunitárias, somente a Comunidade teria legitimidade para firmar tais espécies de acordo.

Segundo o Tribunal clarifica, uma vez que os Estados Unidos detinham discricionariedade em recusar a atuação de uma transportadora europeia, os acordos firmados obstarium, em última análise, a liberdade de estabelecimento, bem como a de prestação de serviços, notadamente em razão da falta de reciprocidade em relação à abertura do céu da Europa às companhias aéreas estadunidenses, em contraste com o cerceamento das transportadoras comunitárias.

Por conseguinte, o Tribunal de Justiça confirmou a competência exclusiva da Comunidade para negociar, assinar e concluir acordos que tratem de matérias da sua competência, ao passo que ratificou o direito de as companhias aéreas comunitárias usufruírem de livre estabelecimento no interior do bloco regional e do acesso não discriminatório ao mercado no que tange às ligações entre Estados-Membros e terceiros países.

Uma vez que os acórdãos do Tribunal de Justiça possuem efeitos extensivos às demais relações bilaterais que contenham as mesmas características dos dispositivos entre Estados da União Europeia e países externos à configuração do bloco que foram rechaçados, a Comissão Europeia Em Novembro, a Comissão adoptou uma comunicação em que chama a atenção para as conseqüências directas dos acórdãos do Tribunal de Justiça a nível das relações internacionais da UE, nomeadamente com os Estados Unidos. A comunicação concluía pela necessidade de negociar urgentemente um novo acordo UE/Estados Unidos para substituição dos acordos bilaterais existentes e convidava os Estados-Membros a dar início ao processo de rescisão dos seus acordos bilaterais com aquele país.

No entanto, conforme referido pela Comissão no ano passado, os acórdãos do Tribunal de Justiça têm igualmente conseqüências para as restantes relações bilaterais entre Estados-Membros da UE e países não comunitários. A grande maioria das relações bilaterais assenta em acordos com as mesmas características que os oito acordos considerados ilegais pelo Tribunal de Justiça. Como resultado desses acórdãos, o habitual procedimento de regulação do transporte aéreo entre a UE e o resto do mundo foi praticamente suspenso, estando os Estados-Membros e os seus parceiros a tentar esclarecer a situação.

Com base nos acórdãos do Tribunal de Justiça, a Comissão Europeia teceu propostas a serem apreciadas pelo Parlamento e pelo Conselho, no sentido de autorizar a Comunidade à adoção de medidas céleres para a mudança do cenário comercial que caracterizava a atuação de tais transportadoras europeias.

Como resultado, foi elaborado um regulamento, por meio do qual foram reiteradas tais medidas, além de haverem sido definidos princípios que visam a garantir o adequado câmbio de informações no âmbito regional, a fim de assegurar a esmerada observância do Direito Comunitário na elaboração de acordos bilaterais com Estados terceiros.

A Comunidade deve adaptar os dispositivos contidos nos referidos acordos quando violarem uma norma de Direito Comunitário. Concomitantemente, os Estados-membros, caso não tenham ensejado nenhuma negociação prévia, serão legitimados a buscarem alterar o acordo existente ou a firmar um novo, cujos preceitos sejam consoantes com o ordenamento jurídico comunitário.

Com fulcro no parecer da Comissão Europeia, que, por sua vez, reportou-se à interpretação dos dispositivos em face do ordenamento jurídico comunitário, conferida pelo então Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE), o Parlamento e o Conselho Europeus estabeleceram, entre outras medidas, que:

Todos os atuais acordos bilaterais celebrados entre Estados-Membros e países terceiros que contêm disposições contrárias ao Direito Comunitário deverão ser alterados ou substituídos por novos acordos plenamente compatíveis com o Direito Comunitário.

(...)

É essencial que os Estados-Membros que conduzem negociações tenham em conta o Direito Comunitário, os interesses comunitários em geral e as negociações comunitárias em curso (Regulamento (CE) nº 847/2004).

Por conseguinte, uma vez estabelecido um sistema de notificações e autorizações para as negociações bilaterais para assegurar a observância do Direito Comunitário por meio de cláusulas-tipo e, no mesmo sentido, compelindo tais Estados-membros a informar por escrito à Comissão de seu objetivo em iniciar um processo negocial, está-se, obliquamente, impondo o Direito Comunitário países que não compõem o bloco.

Ademais, se o Estado europeu negociante passará a ser orientado, parcialmente, pela Comunidade quanto ao conteúdo de certas cláusulas, e, ademais, vai contar com o substrato e ingerência da Comissão quanto à viabilidade desse negócio, a autonomia contratual ou das partes é consideravelmente reduzida sob o argumento de preservar o Direito Comunitário e reservá-lo do arbítrio casuístico dos envolvidos.

8. CONCLUSÃO

O presente artigo visou a analisar de que maneira se deu a co-influência entre o processo de integração regional na Europa e sua inserção no Sistema Multilateral de Comércio, a partir do Tribunal de Justiça e sua consolidação como instituição comunitária.

Conforme se aduziu, o estabelecimento do Tribunal de Justiça como mecanismo de solução de controvérsias nas estruturas da CEECA, Euratom e CEE, passando posteriormente a figurar como um único órgão dentro da estrutura das Comunidades Europeias, reflete cronológica e institucionalmente o progresso das etapas do Regionalismo no continente europeu.

Por outro lado, o TJ exerceu e ainda desempenha uma função crucial na ordem jurídica comunitária, tendo em vista que é guardião do Direito da União Europeia e para onde convergem as demandas que envolvem Estados, particulares e instituições que pretendem elucidar divergências acerca da incidência e hermenêutica dessas normas.

Por seu turno, uma vez que as décadas que se seguiram aos primeiros Acordos Regionais de Comércio na Europa foram o cenário no qual se deram mudanças substanciais na ordem econômica mundial, seja pelos novos arranjos de cooperação comercial, seja pelas tentativas em se uniformizar parâmetros a partir dos quais as negociações se balizassem, houve uma recíproca influência entre o regionalismo europeu e o estabelecimento de um Sistema Multilateral de Comércio.

O Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT) de 1947 e as rodadas de negociação que se seguiram, modificando suas tratativas, representa um elucidativo reflexo desse fenômeno, na medida em que a Europa, por ser o primeiro continente cujos países firmaram tratados de cooperação econômica, trouxe inéditas demandas para o âmbito multilateral.

Nesse contexto, conforme se expôs, o Tribunal de Justiça como órgão entre cujas atribuições possuía a interpretação dos acordos e regramentos dos arranjos de integração, foi responsável por delinear relevantes aspectos da compatibilização entre regionalismo e multilateralismo, que, posteriormente, serviram de substrato à formação de outras organizações de integração regional.

Destarte, como primeiras inferências, é possível concluir que, com efeito, o atual Tribunal de Justiça da União Europeia representa um dos atores fundamentais para a compreensão da formação de um Mercado Comum na Europa e, em última análise, do substrato jurídico e estrutural necessário para a sua firmação, tanto interna, quanto internacionalmente.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO LATINO-AMERICANA DE INTEGRAÇÃO. Glossário da Aladi. Disponível em: <www.aladi.org>. Acesso em: 22 out. 2010.

CAMPOS, João Mota. Manual de Direito Comunitário. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.

EUROPEAN UNION. Eurostat. Disponível em: <<http://epp.eurostat.ec.europa.eu>>. Acesso em: 20 set.2010.

GOMES, Eduardo Biacchi. Blocos Econômicos- Solução de Controvérsias: uma análise comparativa a partir da União Europeia e Mercosul. Curitiba: Juruá, 2001.

MORENO, Fernando Díez. Manual de derecho de la Unión Europea. 5. ed. Navarra: Civitas, 2009.

MOTA, Pedro Infante. O sistema Gatt/OMC: introdução histórica e princípios fundamentais. Coimbra: Almedina, 2005.

MOTA, Pedro Infante. Os blocos económicos regionais e o sistema comercial multilateral. O caso da comunidade europeia. In: Revista da

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. XL, n 1 e 2, 1999. pp 71-156.

OCAMPO, Raul Granillo. Direito Internacional Público da integração. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

PRAZERES, Tatiana Lacerda. A OMC e os Blocos Regionais. São Paulo: Aduaneiras, 2008.

PRIOLLAUD, François-Xavier; SIRITZKY, David. Le Traité de Lisbonne. Paris: La Documentation Française, 2008.

QUADROS, Fausto de; MARTINS, Ana Maria Guerra. Contencioso da União Europeia. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2009.

SAMTLEBEN, Jürgen. La solución de controversias en la Unión Europea y en el Mercosur. In: ARROYO, Diego Fernández; HERBERT, Ronald. Liber amicorum en homenaje al profesor Dr. Didier Opertti Badán. Montevideo: FCU, 2005, pp. 947-962.

SERRANO, Antonio Segura. Los acuerdos comerciales regionales y bilaterales. In: MARTÍNEZ, Luis Hinojosa; BARBERO, Javier Roldán (coords.). Derecho internacional económico. Madrid: Marcial Pons, 2010, pp. 229-250.

SILVA, Karine de Souza. Direito da comunidade europeia. Ijuí: Unijuí, 2005.

WORLD TRADE ORGANIZATION. World and Regional Export Profiles, 2010. Disponível em: <www.wto.org>. Acesso em: 20 set. 2010.

ASPECTOS FUNDAMENTAIS DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE E SUA CONFIGURAÇÃO EM FACE DO ATUAL SISTEMA PROCESSUAL CIVIL

Tiago Antunes de Aguiar

Juiz Federal

RESUMO: O texto trata das noções elementares a respeito da exceção de pré-executividade, como uma das modalidades de defesa do executado, e de sua importância para a garantia do efetivo contraditório e da ampla defesa na execução, analisando sua subsistência atual em face das reformas promovidas pelas Leis n.º 11.232, de 22 de dezembro de 2005 e n.º 11.382, de 6 de dezembro de 2006.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Origem etimológica. 3. Da antiga sistemática dos embargos à execução do código de processo civil de 1973. 4. Execução e contraditório. 5. Parecer de Pontes de Miranda. 6. Parecer de Alcides de Mendonça Lima. 7. Matérias argúveis e momento de arguição. 8. Sistemática de defesa do executado em face das Leis n.º 11.232/2005 e n.º 11.382/2006 e subsistência da exceção de pré-executividade. 9. Conclusões. 10. Referências.

PALAVRAS-CHAVE: Execução, Exceção de pré-executividade, Subsistência.

1. INTRODUÇÃO

De antemão, cabe-nos apresentar uma ideia do que seja a Exceção de Pré-executividade. Podemos conceituá-la como a possibilidade de opor-se uma defesa na execução, sem a garantia prévia do juízo, por meio de uma simples petição, quando a matéria impugnada, a princípio, for de ordem pública, podendo o vício da execução ser declarado de ofício pelo

juiz, ou, ainda que tal matéria não seja de ordem pública, seja possível a desconstituição do título executivo mediante prova pré-constituída. Atende-se, assim, ao princípio do Contraditório e da ampla defesa na execução, sem desvirtuar o princípio do devido processo legal.

Para tanto, faremos uma breve incursão em vários itens, quais sejam: na origem etimológica do termo exceção de pré-executividade; na antiga sistemática dos embargos à execução do código de processo civil de 1973; na aplicação do princípio do contraditório na execução, que fundamenta a pertinência dessa exceção de pré-executividade; no parecer de Pontes de Miranda (a quem se atribui a primeira alusão ao tema); no parecer de Alcides Mendonça Lima (principal defensor da impossibilidade de aplicação deste tema); nas opiniões acerca da natureza jurídica da exceção de pré-executividade; nos entendimentos a respeito das matérias arguíveis via essa exceção e no momento do cabimento da referida; na sistemática de defesa do executado em face das Leis n.º 11.232/2005 e n.º 11.382/2006, com a subsistência da exceção de pré-executividade e, finalizando, pronunciaremos nossas conclusões obtidas com o trabalho.

2. ORIGEM ETIMOLÓGICA

A origem etimológica do termo “exceção de pré-executividade” ou “exceção pré-processual” é compreendida pelo fato de essa exceção ou arguição, *a priori*, referir-se à falta de requisitos de executividade do título, que são enumerados pela lei *previamente*; como, por exemplo, a regular assinatura do sacador em uma letra de câmbio (requisito específico enunciado pela lei Uniforme de Genebra) ou mesmo a falta de algum dos requisitos gerais do título executivo¹, previstos no art. 586 do Código de Processo Civil, quais sejam: certeza, liquidez e exigibilidade.

Deve-se atentar que, inicialmente, a exceção de pré-executividade foi arguida em relação a títulos executivos extrajudiciais (como veremos no caso do parecer n.º 95 de Pontes de Miranda), sendo que alguns destes, como a letra de câmbio e o cheque, por exemplo, têm requisitos específicos

¹ Tais requisitos, a partir das Leis 11.232/2005 e 11.382/2006, passaram a ser denominados de fundamentos da *obrigação* reconhecida pelo título, tendo em conta que qualquer sentença proferida no processo civil que reconheça uma obrigação (mesmo a meramente declaratória) é título executivo, podendo ser executada, de acordo com o artigo 475-N, I, do CPC.

para que se tornem certos e, conseqüentemente, executáveis previstos previamente em lei especial. Por isso, afirma-se que “as exceções que versarem sobre os requisitos de admissibilidade do processo executivo de títulos extrajudiciais serão pré-processuais, dado o fato de a executoriedade do título se tratar de questão de direito material e não processual.”²

Explicando o termo, afirma Pontes de Miranda:

O direito pré-processual é que diz se o título extrajudicial é título executivo ou não. Os requisitos que o direito pessoal ou real há de ter para que a pretensão à condenação que lhe corresponde possa ser exercida simultaneamente com a pretensão à execução são pressupostos da tutela jurídica (...) O juiz, examinando a petição, já tem cognição incompleta do mérito e atende ao que o direito pré-processual concedeu ao título extrajudicial. Não é o seu despacho que confere a executividade; preexistia, e o mandado já se expede em deferimento da parte da petição em que se exerceu a pretensão à execução (adiantada).³

3. DA ANTIGA SISTEMÁTICA DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973

A execução, manifestada em um processo autônomo (no caso das atuais execuções de título extrajudicial, fiscal e contra a fazenda pública) ou em fase do processo de conhecimento (atual cumprimento da sentença previsto nos artigos 475-I a 475-R do CPC), pode ser conceituada como uma série de atos coordenados que visam a satisfazer a pretensão do exequente, munido de um título executivo, o qual contém uma obrigação certa, líquida e exigível.

Desde logo, acentuou-se, na doutrina tradicional⁴, a ideia de uma posição privilegiada do exequente frente ao executado, visto que o primeiro já detém um título certo, líquido e exigível ao qual deve se submeter o segundo, dentro do devido processo legal, mediante atos do processo

² SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto. *Exceção de Pré-Executividade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p.30.

³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Dez Anos de Pareceres*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1975, p. 129.

⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. II: Processo de Execução e Processo Cautelar. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.7.

executivo que, diferentemente dos atos do processo cognitivo, consistem em uma série de atos materiais (ex: penhora, arrematação, adjudicação), os quais buscam a efetivação da obrigação do devedor, que deveria tê-la cumprido espontaneamente.

Entretanto, a execução tem seu início justamente com o ato de expropriação do patrimônio do executado – a penhora. Para tanto, deve observar o juiz se todos os pressupostos da execução (obrigação certa, líquida e exigível) e as condições da ação estão presentes para o ordenamento da medida constritiva; respeitando o princípio do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV).

A priori, o contraditório na execução parece ser diferido para o momento de apresentação dos embargos à execução ou da impugnação do cumprimento da sentença; esta última criada pelos artigos 475-J, 475-L e 475-M do Código de Processo Civil (incluídos pela Lei n.º 11.232/2005), sobre a qual se discorrerá em momento posterior no presente trabalho.

Pela antiga sistemática do artigo 737 do Código de Processo Civil de 1973 (revogado pela Lei n.º 11.382/2006), só eram admissíveis os embargos à execução após seguro o juízo pela penhora (na execução por quantia certa) ou pelo depósito (na execução para entrega de coisa).

Com tal dispositivo, o Código provocava uma aparente incompatibilidade, a ser resolvida, entre a garantia constitucional da ampla defesa e o regular desenvolvimento do processo executivo, de modo a não desvirtuar a sua essência como processo de coação com suas características próprias. Neste sentido, afirmou Francisco Wildo Lacerda Dantas:

A defesa por excelência no processo de execução se procede através dos embargos e, como já se disse, exige-se como pressuposto específico para esse exercício a prévia garantia de juízo. Isso provoca o dilema a ser resolvido: autorizar-se a agressão do patrimônio do cidadão, antes que esse possa defender-se, sem exigir que, para o exercício da garantia constitucional, sofra restrições em bens do seu patrimônio e, ao mesmo tempo, não desfigurar a execução como processo para satisfação do direito anteriormente reconhecido⁵.

A interpretação literal do artigo 737 do Código de Processo Civil, antes

⁵ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Exceção de Pré-Executividade: Aspectos Teóricos e Práticos. *Revista Dialética de Direito Tributário*. N.º 24, set, 1997, p.25.

da sua revogação pela Lei n.º 11.382/2006, poderia levar à conclusão de que não se admitia qualquer manifestação de defesa do devedor antes de seguro o juízo⁶. Na verdade, o revogado artigo 737 deveria ser interpretado de forma sistêmica com outros dispositivos do mesmo código, como o artigo 586 (a execução deve ser fundada em título certo, líquido e exigível – atualmente obrigação certa, líquida e exigível), o 618 (que se refere à nulidade da execução) e o 295 (indeferimento da inicial), e com o ordenamento jurídico como um todo, principalmente em harmonia com os princípios constitucionais, sobretudo do artigo 5º de nossa Carta Magna. Os embargos, mesmo antes das reformas das Leis n.º 11.232/2005 e n.º 11.382/2006, não poderiam ser considerados a única forma de impugnação a uma execução, manifestamente nula, podendo o executado arguir a nulidade e devendo o juiz, até mesmo de ofício, declarar sua nulidade extinguindo o processo com ou sem o julgamento do mérito, dependendo da hipótese.

Há tempos, já afirmava Cândido Dinamarco: “é preciso debelar o mito dos embargos, que leva os juízes a uma atitude de espera, postergando o conhecimento de questões que poderiam e deveriam ter sido levantadas e conhecidas liminarmente, ou talvez condicionando o seu conhecimento à oposição destes. Dos fundamentos dos embargos (CPC, art. 741), muito poucos são os que não se pode conhecer de ofício, na própria execução”⁷.

4. EXECUÇÃO E CONTRADITÓRIO

O princípio do contraditório pode ser resumido no binômio ‘ciência e participação’. É conceituado como a ciência do que se faz e ou se pretende que seja feito no processo, pelas partes envolvidas, e, ao mesmo tempo, a possibilidade de cooperar ou de contrariar⁸. Assim, além da ciência dos atos processuais a ambas as partes, é necessário, para que este princípio se efetive, que se possibilite a real participação dos sujeitos processuais no desenrolar do processo.

⁶ MACHADO, Schubert de Farias. Execução Forçada. Defesa Antes da Penhora. Interpretação do arts. 618 e 737 do Código de Processo Civil. *Repertório IOB de Jurisprudência (Civil, Processual, Penal, Comercial e Administrativo)*. n.º 22, 2ª quinzena de novembro, 1990, p. 456.

⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 451.

⁸ *ibidem*. p. 171.

Havia posicionamentos, em parte da doutrina⁹, em afirmar que o processo executivo não é contraditório¹⁰, ou seja, que não se trata de um processo dialético, de um meio de discutir e acertar o direito das partes, mas apenas um meio de sujeição do devedor à realização da sanção a que se deve adequar para o cumprimento da obrigação já contida em um título certo, líquido e exigível. Negava-se a presença deste princípio constitucional na execução ou afirmava-se haver nela apenas um contraditório eventual, inexistindo, nesse processo, o equilíbrio entre as partes, como afirma Amílcar de Castro, citado por Cândido Dinamarco¹¹.

Segundo Luiz Edmundo Appel Bojunga, “Seguramente, a noção de inexistência de contraditório na execução remonta àquelas ideias de Köler, segundo as quais, não se tem um progredir na relação processual de execução, mas simples retrato de um direito já criado no primeiro ato executivo, excluindo-se, por conseguinte, a estrutura contraditória e a própria oralidade”¹².

Contudo, parece ser inquestionável que tais argumentos de parte da doutrina não mais se sustentam¹³, não podendo se confundir a especificidade do processo autônomo de execução em relação ao processo cognitivo com a ausência de contraditório. O executado não é um mero sujeito passivo que deve se submeter inerte a todos os atos da execução. À exigência político-jurídica e social do cumprimento das obrigações e conseqüentemente da lei pelo executado, nos termos pactuados no título executivo, se contrapõe o princípio da não prejudicialidade do devedor, consagrado no artigo 620 do CPC, que aduz que a execução será promovida pelo meio menos oneroso possível ao devedor¹⁴, bem como o princípio constitucional da dignidade

⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *op. cit.*, 1998, p. 6.

¹⁰ Confira-se a obra *A reforma da Execução do título extrajudicial*, da editora forense, ano 2007, página 181, onde Humberto Theodoro Júnior defende a possibilidade da exceção de pré-executividade no processo autônomo de execução e no procedimento incidental do cumprimento de sentença.

¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *op. cit.*, 1998, p. 170.

¹² BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel. *A Exceção de Pré-Executividade*. *Ajuris*. Vol. 14, n.º 55, jul/set, 1989, p. 65.

¹³ Neste mesmo sentido, confira-se TALAMINI, Eduardo. *Execução Civil – estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. A objeção na execução (“exceção de pré-executividade”) e as leis de reforma do código de processo civil. São Paulo: editora revista dos tribunais, 2007, pp. 576-577.

¹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *op. cit.*, 1998, p. 166.

da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CF). Não se concebe, hoje, como o era no Direito Romano, uma execução cruel e desumana, vingativa e que possa recair sobre o próprio corpo do devedor. A execução há de ser real, sobre o patrimônio do executado.

O que acontece é que o processo de execução não é um “processo de sentença”, predisposto para a discussão do mérito; ele é um “processo de coação”, no sentido de que se concentra no título executivo. No entanto, na atividade jurisdicional do processo executivo, o Estado não é parcial a favor do exequente, no sentido de atuar a lei a seu favor a todo custo. Existe aquela ideia central de que sacrifício algum deve ser imposto ao executado, além do necessário e razoável. Por isso, o juiz é seguidamente chamado a proferir juízos de valor no processo de execução – seja acerca dos pressupostos processuais gerais e específicos da execução e ou das condições da ação. Ora, para fazê-lo é imperativo constitucional a oferta de possibilidade a ambas as partes para dizerem sobre o ato a praticar, já que o executado não é, como em tempos idos, mero sujeito passivo da execução¹⁵.

Creemos que, ao menos desde a Constituição da República de 1988, frente ao seu artigo 5º, inciso LV, não resta dúvida sobre a abrangência do princípio do contraditório aos acusados em geral tanto no processo judicial, incluindo obviamente o processo executivo, quanto no processo administrativo. Mas resta a discussão sobre o grau de sua intensidade na execução.

Autores como Moacyr Amaral Santos¹⁶ e Luiz Edmundo A. Bojunga¹⁷ consideravam os embargos à execução como o único meio de manifestação do contraditório e da defesa do executado e terceiros interessados no processo executivo. Todavia, a partir das observações feitas acima, o contraditório existe dentro da execução, seja ela na forma de processo autônomo ou fase incidental do processo de conhecimento, não se podendo pensar que ele é somente garantido com o exercício da defesa através dos embargos, que tem natureza de ação relativamente autônoma, ou mediante a recente impugnação do cumprimento de sentença.

¹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1987, p. 95.

¹⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. Vol. III. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p.399.

¹⁷ BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel. *op. cit.*, p. 66.

Ao contrário, deve-se admitir o exercício do direito de defesa e do contraditório na execução, independentemente da oposição de embargos, sobretudo quando se alega a inexistência dos pressupostos processuais exigíveis à constituição de toda a relação processual ou das condições de ação¹⁸.

Segundo Cândido Dinamarco¹⁹, são manifestações do contraditório, no processo executivo, a necessidade de citação do executado, a exigência de intimação da penhora, a possibilidade de se impugnar a avaliação, de opor-se ao pedido de reforço da penhora, de remir o bem penhorado, de recorrer das decisões desfavoráveis, de usar correção parcial, entre outras.

Do exposto, denota-se que o princípio do contraditório é imprescindível para a fundamentação da possibilidade de se interpor a chamada exceção de pré-executividade, já que se constitui instrumento hábil para a garantia do efetivo exercício desta prerrogativa constitucional na execução.

5. PARECER DE PONTES DE MIRANDA

Atribui-se, comumente na doutrina, a Pontes de Miranda, com seu parecer n.º 95, a criação do termo ‘exceção de pré-executividade’, que acreditamos ser o mais difundido para atribuir-se a impugnação do título executivo quando este não guardar seus pressupostos processuais específicos: certeza, liquidez e exigibilidade. A título apenas de observação, o autor não se refere em seu parecer à palavra exceção de pré-executividade e, sim, à “exceção pré-processual ou processual”²⁰.

Em 1966, Pontes de Miranda elaborou o citado parecer a Companhia Siderúrgica Mannesmann que o teria requisitado devido a problemas com pedidos de falência da referida, tendo o juiz negado, por serem falsos os títulos apresentados. Com o insucesso dos pedidos de falência da empresa, algumas execuções foram propostas por portadores desses títulos falsos.

Devido à grande quantidade de execuções ajuizadas e à necessidade de se garantir o juízo destas para alegar suas nulidades, comprometendo injustamente grande quantidade de capital de giro da empresa, foi requisitado o parecer que, entre as questões levantadas, perguntava se

¹⁸ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *op. cit.*, p. 23.

¹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *op. cit.*, 1987, p. 96.

²⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *op. cit.*, p. 138.

“pode o juiz exigir a penhora dos bens da empresa demandada antes de se pronunciar sobre a falsidade dos títulos?”. A resposta, nas palavras do autor, foram: “Uma vez que houve alegação que importa em oposição pré-processual ou processual, o juiz tem de examinar a espécie e o caso, para que não cometa a arbitrariedade de penhorar bens de quem não estava exposto à ação executiva”²¹.

O parecer de Pontes de Miranda foi elaborado em três partes: Os Fatos, onde o autor narra o acontecido com a empresa; Os Princípios, onde há o embasamento do parecer; e A Consulta e as Respostas, onde são respondidas questões feitas pelo cliente como a acima referida.

Na parte do parecer denominado ‘Os Princípios’, o autor se refere à necessidade de que, para que haja executividade, é preciso que se repute título executivo ou que haja sentença com carga suficiente de executividade, ou seja, condenatória (o que, atualmente, perde um pouco o sentido tendo em vista que até a sentença declaratória pode ser executada, a teor do artigo 475-N, I, do CPC). Enuncia, da mesma forma, que, se alguém cobra uma dívida que consta em um título extrajudicial, como uma letra de câmbio, e o demandado argui que a sua assinatura é falsa, ou que o nome é parecido, porém não foi ele que se vinculou ao título, tem o juiz que apreciar o caso antes de ter o devedor de pagar ou nomear bens à penhora, pois se trata de negação de executividade do título, tendo o juiz que decidir de ofício quanto a isso, porque está em exame a pretensão à execução, e não o mérito da causa²².

Ainda atinente a esta parte do parecer, Pontes de Miranda delinea a característica fundamental da exceção de pré-executividade (à época em que era indispensável a penhora para que o executado pudesse se manifestar nos autos) de prescindir da garantia do juízo para sua interposição, visto ser uma “exceção” dentro do processo executivo: “A penhora ou o depósito somente é de exigir-se para a oposição de embargos do executado; não, para a oposição das exceções e de preliminares concernentes à falta de eficácia executiva do título extrajudicial ou da sentença.”²³

O desfecho da obra do autor se dá com “a consulta e as respostas”, em que são apontadas as soluções para os questionamentos da Companhia

²¹ *ibidem*. p. 138.

²² *ibidem*. p. 128.

²³ *ibidem*. p. 132.

Mannesmann. Inicialmente, Pontes de Miranda reafirma a necessidade de serem os títulos líquidos e certos para que possam ser executados e, no caso da consulta, o estatuto da empresa exigia a assinatura de dois diretores, sendo que os possíveis títulos apresentados para a execução apresentavam uma das assinaturas falsa. Assim, “se o demandado nas vinte e quatro horas, alega e prova que não é a pessoa vinculada, contra a qual se poderia propor a ação executiva, tem de haver decisão do juiz antes de se expedir mandado de penhora”²⁴. Conclui, afirmando que, verificada a falsidade dos títulos, o juiz deve indeferir o pedido de execução, pois, segundo o autor, o despacho do juiz, na petição inicial, é revogável e tem de ser revogado se a alegação é procedente.

6. PARECER DE ALCIDES DE MENDONÇA LIMA

Em contraposição à tese da exceção de pré-executividade, apareceu, na doutrina, Alcides de Mendonça Lima expressando suas ideias sobre a impossibilidade da alegação de vícios à execução senão por meio dos embargos, em parecer elaborado a pedido da COPERSUCAR – cooperativa central do produtos de açúcar e álcool do Estado de São Paulo.

A cliente era exequente em processo movido contra a Central Paulista de Açúcar e Alcool Ltda., cobrando-se três notas promissórias, sendo que duas ainda não vencidas, mas consideradas vencidas pela credora nos termos do contrato entre as partes. O juiz despachou a inicial mandando pagar em 24 horas ou nomear bens à penhora, tendo a executada interposto agravo contra essa decisão, considerando que a credora não portava título líquido, certo e exigível que foi provido parcialmente, suspendendo a execução quanto às duas promissórias ainda não vencidas²⁵.

As questões levantadas ao autor foram: “1- Se o despacho inicial da execução pode ser atacado por agravo, sem a penhora anterior?; 2 – A penhora é indispensável para ensejar a impugnação da devedora pelo

²⁴ *ibidem*. p. 137.

²⁵ LIMA, Alcides de Mendonça. Ação Executiva. Agravo do devedor contra despacho inicial, sem oferecer bens à penhora. Alegação de não serem os títulos executivos, por falta de liquidez e exigibilidade – Matéria somente arguível em embargos do devedor, após a penhora – Interpretação dos arts. 586, 652, 736 e 737 do CPC. *Revista dos Tribunais*. Vol. 575, ano 72, set, 1983, pp. 63-64.

agravo ou, normalmente, por via de embargos?”²⁶

Alcides Lima fundamenta suas respostas dando ênfase, logo no primeiro parágrafo de que a questão deve ser resolvida a partir da análise do direito processual brasileiro, fora disso é mera discussão acadêmica, longe da realidade de nosso ordenamento jurídico, afirmando que o único meio de se opor à pretensão do exequente é por intermédio dos embargos à execução. Repudia, desde logo, a possibilidade de se interpor exceção de pré-executividade, visto que ela não encontra previsão legal em nossa legislação²⁷.

Mostrou-se o citado jurista impregnado do preconceito de uma antiga doutrina em não admitir o contraditório na execução, revelando a ideia de que o credor tem uma posição de prevalência sobre o devedor, podendo-se falar em contraditório apenas em relação ao processo executivo lato senso, ou seja, com o oferecimento da ação dos embargos, só sendo permitido ao executado opor-se à pretensão do exequente por meio do mencionado instrumento²⁸.

Aduziu o autor que o parecer de Pontes de Miranda serve como subsídio para reforma do código, desde que suas ideias se materializem em lei, fixando os casos com precisão em que o devedor poderá se opor à execução sem oferecer bens à penhora. Se assim não for, os embargos do devedor, praticamente, sempre poderão ser opostos sem a penhora, que é medida de constrição de vasta utilidade para a garantia do cumprimento da execução. Consequentemente, o parecer 95 de Pontes de Miranda, para Alcides Lima, serve de base para questões de política legislativa ou mesmo acadêmicas e não encontra adequação à previsão legal de nosso sistema processual²⁹.

Com essas considerações, o escritor responde às perguntas formuladas pela cliente, dizendo ser indispensável para a impugnação da execução a prévia garantia do juízo e sendo impossível o devedor sustar a ação executiva com a alegação e prova da extinção do crédito (ex: pagamento, prescrição), sem penhora e sem embargos, por ser imperativo legal de nosso ordenamento, ao contrário da Itália, onde a penhora não é condição

²⁶ *ibidem.* p. 64.

²⁷ *ibidem.* pp. 64-65.

²⁸ *ibidem.* p. 65.

²⁹ *ibidem.* p. 65.

do conhecimento e processamento do embargos do devedor³⁰.

7. MATÉRIAS ARGUÍVEIS E MOMENTO DE ARGUIÇÃO

A partir do parecer de Pontes de Miranda, chega-se a uma conclusão de que o eminente jurista, quando fundamentou a possibilidade de se oferecer a exceção pré-processual ou processual, referia-se a matérias processuais e de ordem pública, mas não a matérias arguíveis que adentrassem diretamente no mérito da execução. Assim, ele afirma: “Se o sacador ou aceitante da letra de câmbio diz que a assinatura é falsa(...), o juiz tem de decidir quanto a isso, porque está em exame a pretensão à execução, e não o mérito da causa.”³¹ (grifos nossos).

A doutrina e a jurisprudência evoluíram para aceitar que fossem arguidas, na exceção de pré-executividade, matérias indiretas de mérito (como o pagamento, a prescrição, transação com remissão e renúncia), mesmo que o juiz não as possa conhecer de ofício, desde que fosse desnecessária a dilação probatória, ou seja, houvesse prova pré-constituída dos fatos arguidos, a exemplo do que ocorre com o mandado de segurança.³²

Entretanto, autores como Eduardo Talamini e Araken de Assis foram além, defendendo que é possível a interposição de exceção de pré-executividade, ainda que seja necessária a dilação probatória.

Enquanto Araken de Assis defende de modo irrestrito a possibilidade de interposição de exceção de pré-executividade, ainda que seja necessária a dilação probatória³³, Talamini argumenta que a necessidade de prova pré-constituída só pode ter aplicação em relação às matérias indiretas de mérito (como pagamento, transação e renúncia), tendo em conta que essas só podem ser conhecidas de modo indireto e sumário. Indireto, por que só são conhecidas para o fim de extinção do processo, nas hipóteses do artigo 794 do CPC, e sumário, porque devem estar evidenciadas de plano, sem a

³⁰ *ibidem*. p. 66.

³¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *op. cit.*, p. 128.

³² LIMA, Fernando Rister de Sousa; LIMA, Lucas Rister de Sousa. *Execução Civil – estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*: Aspectos práticos e teóricos da distinção entre a exceção de pré-executividade e a impugnação no sistema de cumprimento de sentença. São Paulo: editora revista dos tribunais, 2007, p. 596.

³³ ASSIS, Araken. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 307.

necessidade de uma análise profunda.³⁴

Já no que se refere às matérias processuais de ordem pública (pressupostos processuais executivos, condições da ação executiva, nulidade absoluta de atos executivos), para que não haja resultados incompatíveis com os fundamentos do contraditório na execução, o autor mencionado defende a possibilidade de dilação probatória, no bojo do processo executivo ou na fase incidental do cumprimento de sentença, a exemplo da produção de prova testemunhal para se comprovar a impenhorabilidade de um bem.³⁵

Não nos parece acertada a ideia de que seja possível a interposição da exceção de pré-executividade, quando o executado necessitar de produção de prova em juízo, sob pena de se desvirtuar a execução, seja como processo autônomo, seja como procedimento incidental do processo de conhecimento. Para um exame mais profundo de questões de fato, o executado tem a seu dispor a impugnação ao cumprimento da sentença e os embargos ao processo de execução autônomo. A aceitação de petições, durante o curso da execução, requerendo provas testemunhais ou periciais após passado o prazo para a apresentação dos embargos ou da impugnação, por exemplo, findaria por transformar em chicana o desenrolar da marcha rumo à satisfação do crédito do exequente, violando o princípio da efetividade da execução, consagrado de forma implícita nas reformas das Leis n.º 11.232/2005 e n.º 11.382/2006.

A necessidade de prova pré-constituída como requisito para a interposição da exceção de pré-executividade é, inclusive, defendida por autores como Fredie Didier Jr.³⁶, Leonardo José Carneiro da Cunha³⁷, rlando Rister de Sousa Lima³⁸ e Lucas Rister de Sousa Lima.³⁹ Da mesma

³⁴ TALAMINI, Eduardo. *op. cit.* p. 579

³⁵ *ibidem.* p. 578-579.

³⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 3. ed. Salvador: editora JusPODIVM, 2008, p. 545.

³⁷ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Execução Civil – estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro*. As defesas do Executado. São Paulo: editora revista dos tribunais, 2007, p. 656-657.

³⁸ LIMA, Fernando Rister de Sousa; LIMA, Lucas Rister de Sousa. *Execução Civil – estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. Aspectos práticos e teóricos da distinção entre a exceção de pré-executividade e a impugnação no sistema de cumprimento de sentença. São Paulo: editora revista dos tribunais, 2007, pp. 596-597.

³⁹ *ibidem.* pp. 596-597.

forma, este é o entendimento que vem prevalecendo no Superior Tribunal de Justiça.⁴⁰

Quanto às matérias arguíveis na exceção de pré-executividade, é importante ressaltar que a prescrição, a partir da edição da Lei n.º 11.280/2006, pode ser decretada de ofício pelo juiz, tornando-se matéria de ordem pública, razão pela qual é incontestável a possibilidade de sua veiculação por exceção de pré-executividade, além de ser possível a sua alegação pelo motivo de ser matéria indireta de mérito, a qual pode ser comprovada de plano pelo executado.

Por outro lado, discute-se a possibilidade de arguição, via exceção de pré-executividade, da alegação de inexigibilidade do título executivo por estar fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou fundado em interpretação da lei ou ato normativo tidos pelo STF como incompatíveis com a Constituição Federal, prevista nos artigos 475-L, §1º, do CPC.

Talamini discorre não ser possível o tratamento de tal assunto por exceção de pré-executividade sob o fundamento de que, apesar de se tratar de matéria de ordem pública no processo cognitivo, é logicamente anterior ao trânsito em julgado do título judicial, encontrando anteparo (barreira) no título executivo judicial. Nas palavras do autor, “mesmo as matérias processuais atinentes à fase cognitiva do processo e que eram de ordem pública ficam sepultadas com a formação do título executivo (ressalvadas apenas as relativas à inexistência do processo cognitivo ou da sentença, que implicam na própria inexistência do título)”⁴¹. Como a declaração de inconstitucionalidade não implica na decretação da inexistência da sentença proferida, a qual existe e produziu efeitos, a inexigibilidade por inconstitucionalidade da sentença do processo executivo só poderia ser arguida pela impugnação prevista nos artigos 475-J, 475-L, 475-M, do CPC.⁴²

Comungamos, neste ponto, com Araken de Assis, ao defender que “a inconstitucionalidade superveniente (art. 475-L, §1º) pode ser alegada,

⁴⁰ CF. Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no agravo de instrumento n.º 1051891. Processo: 200801132049 UF: SP Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA. Relator: Min. Castro Meira. Brasília, 23.09.2008. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 21.11.2008.

⁴¹ TALAMINI, Eduardo. *op. cit.* pp. 578-579.

⁴² *Ibidem.* pp. 580-581.

a qualquer tempo, no processo em que se executa o título atingido pela ineficácia”⁴³. A exceção de pré-executividade evoluiu para que fosse possível arguir qualquer matéria indireta de mérito ou de ordem pública, desde que por prova pré-constituída, não havendo sentido em negar seguimento a tal petição quando seu fundamento for a inexigibilidade do título por declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF, tendo em conta ser sumária e indireta a cognição de tal petição pelo juiz, bastando a análise do julgado do pretório excelso em face da sentença proferida no processo de cognição.

Ressalte-se que o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que, quando uma norma é declarada inconstitucional pelo STF, não mais se faz necessária dilação probatória e, assim, pode a questão ser arguida em exceção de pré-executividade.⁴⁴

Cabe, ainda, neste tópico, considerações quanto ao momento em que se pode apresentar a exceção de pré-executividade na execução. Na concepção de Pontes de Miranda, a exceção de pré-executividade deveria ser interposta dentro do prazo fixado para as exceções normais que, naquela época (código de 1939), era de três dias. Observa-se que esse jurista via como objetivo da exceção de pré-executividade o de impedir a penhora, com o que concorda Carlos Renato de Azevedo Pereira⁴⁵.

Entretanto, é questão há muito tempo superada pela doutrina que impedir a efetivação da penhora era uma consequência da exceção de pré-executividade (antes da entrada em vigor das Leis n.º 11.232/2005 e n.º 11.382/2006, as quais não mais exigem a garantia do juízo como requisito para interposição dos embargos ou da impugnação ao cumprimento de sentença) e não um objetivo e que a efetivação da penhora não pode evitar que seja utilizada esta exceção, tenha essa como fundamento matérias de ordem pública ou matérias indiretas de mérito que sejam comprovadas de plano, sem dilação probatória. Assim, não há prazo para interposição da exceção de pré-executividade quando as matérias arguidas sejam de ordem pública, por isso não sujeitas à preclusão.

⁴³ ASSIS, Araken. *op. cit.* p. 307.

⁴⁴ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n.º 871764. Processo: 20060164237-9. UF: RJ. Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA. Relator: Min. Eliana Calmon. Brasília, 06.05.2008. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 21.11.2008

⁴⁵ SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto. *op. cit.*, p. 62.

Quanto às matérias indiretas de mérito e possíveis de comprovação de plano, caberá ao executado argui-las na primeira oportunidade em que vier falar nos autos, sob pena de não mais poder fazê-lo durante o trâmite da execução, tendo em conta a preclusão.⁴⁶

8. SISTEMÁTICA DE DEFESA DO EXECUTADO EM FACE DAS LEIS N.º 11.232/2005 E N.º 11.382/2006 E SUBSISTÊNCIA DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Com a edição das Leis n.º 11.232, de 22 de dezembro de 2005, e n.º 11.382, de 6 de dezembro de 2006, houve uma profunda modificação na execução civil brasileira e, conseqüentemente, na sistemática de defesas do executado.

O processo de execução autônomo fundado em título executivo judicial foi transformado em procedimento ou fase incidental do processo de conhecimento, denominado de cumprimento de sentença, sendo a ação de embargos à execução de título judicial substituída pela impugnação ao cumprimento de defesa, com natureza jurídica de defesa e interposta dentro do próprio incidente de cumprimento de sentença, como simples petição, ainda que instruída em autos apartados no caso de não ser prestada efeito suspensivo (artigo 475-M, §2º, do CPC).

A execução fundada em título executivo extrajudicial contra a fazenda pública e a fiscal continuam como processos de execução autônomos, continuando a ação de embargos à execução como o principal meio de defesa do executado.

A execução contra a fazenda pública remanesce, nos termos do artigo 730 do CPC, com a necessidade de citação da executada para embargar no prazo de 30 dias, não sendo exigido qualquer tipo de garantia do juízo para a proposição dos embargos, em face da impenhorabilidade dos bens públicos e da necessidade de trânsito em julgado da sentença que os rejeite ou do decurso de prazo sem a apresentação destes, para a expedição da requisição de valor ao presidente do tribunal competente (art. 100 da CF/88).

Na execução fiscal, por sua vez, além de permanecerem os embargos como meio de impugnação do título executivo, ainda persiste a necessidade

⁴⁶ LIMA, Fernando Rister de Sousa; LIMA, Lucas Riser de Sousa. *op. cit.* p. 598.

de se garantir o valor da execução como requisito para o ajuizamento da ação incidental com finalidade de defesa, a teor do artigo 16 da Lei n. 6.830/80.

Entretanto, o artigo 736 do CPC, com aplicação direta na execução fundada em título executivo extrajudicial, teve sua redação alterada para não mais se exigir a segurança do juízo como requisito para interposição dessa modalidade de defesa do executado.

As principais questões que se desencadearam em relação à defesa do executado, após a reforma, são as seguintes: a) é necessária a efetivação da penhora para que se maneje a impugnação ao cumprimento da sentença?; b) ainda persiste o instituto da exceção de pré-executividade com a criação da impugnação ao cumprimento da sentença e com o fim da necessidade de garantia do juízo para a propositura dos embargos a execução?

Assim, dispõe o artigo 475-J, §1º, do CPC, incluído pela Lei n. 11.232/2005: “Do auto de penhora e de avaliação será de imediato intimado o executado, na pessoa de seu advogado (arts. 236 e 237), ou, na falta deste, o seu representante legal, ou pessoalmente, por mandado ou pelo correio, podendo oferecer impugnação, querendo, no prazo de 15 dias.”

Por sua vez, dispõe o artigo 736 do CPC, com redação dada pela Lei n.º 11.382/2006: “O executado, independentemente de penhora, depósito ou caução, poderá opor-se à execução por meio de embargos”.

A leitura do primeiro dispositivo acima transcrito poderá resultar na ideia de que é necessária a penhora para que se interponha a impugnação ao cumprimento de sentença ou, ao contrário, chegar-se-á a conclusão de que o dispositivo apenas indica que o prazo final para o protocolamento da impugnação é de 15 dias a contar da intimação da penhora, não sendo vedada sua utilização em momento anterior à penhora e sendo esta última apenas requisito para que tal impugnação possa ser recebida com efeito suspensivo, a teor da aplicação sistemática do artigo 739-A, §1º (o qual determina que para que os embargos sejam recebidos no efeito suspensivo é necessária a garantia da penhora de bens), ao procedimento de cumprimento de sentença.

Com o primeiro entendimento, doutrinadores como Araken de Assis⁴⁷, Ana Maria Scartezzini⁴⁸, Fernando Rister de Sousa e Lucas Rister de

⁴⁷ ASSIS, Araken. *op. cit.* pp. 307-308.

⁴⁸ SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. *Execução Civil - estudos em homenagem ao professor*

Sousa⁴⁹ defendem a necessidade de penhora como requisito para o ingresso da impugnação ao cumprimento de sentença, aduzindo que tal exigência termina por justificar a subsistência da exceção de pré-executividade na fase de cumprimento de sentença, uma vez que esta não demanda tal requisito.

Na segunda linha de interpretação, a qual nos parece ser mais acertada, autores como Leonardo da Cunha⁵⁰ e Rafael Guimarães⁵¹ vêem no artigo 475-J, §1º, do CPC, apenas uma limitação temporal de quinze dias para o oferecimento da impugnação, contados da intimação da penhora, não sendo a constrição de bens do devedor requisito de ajuizamento da defesa do executado.

A esta última linha de ideia, some-se a concepção de Fredie Didier JR.⁵² de que a efetivação da penhora no cumprimento de sentença é apenas um pressuposto para a concessão de efeito suspensivo à impugnação. Ora, se a simples impugnação do cumprimento da sentença sem a garantia do juízo não tem o condão de suspender o procedimento incidental, não haverá prejuízo ao credor, bem como seria muito mais salutar termos uma regra uniforme para a execução de título judicial e extrajudicial no que concerne à desnecessidade de constrição de patrimônio do executado, com condição para a apresentação da sua defesa (seja impugnação ou ação de embargos).

Quanto à subsistência do instituto da exceção de pré-executividade, após as reformas do processo de execução civil, parece que seus fundamentos permanecem, ainda que se admita ou não a garantia do juízo no cumprimento de sentença, bem como após revogação da norma que exigia a mesma garantia para o ajuizamento dos embargos a execução.

Para os que persistem na ideia de que a impugnação ao cumprimento da sentença exige prévia penhora de bens, a exceção de pré-executividade terá um terreno bastante fértil para se arguir todas as matérias de ordem pública ou matérias indiretas de mérito que possam ser provadas sem necessidade

Humberto Theodoro. Breves Considerações sobre a imperiosa ampliação da admissibilidade da objeção de pré-executividade. São Paulo: editora revista dos tribunais, 2007, p. 575.

⁴⁹ LIMA, Fernando Rister de Sousa; LIMA, Lucas Rister de Sousa. *op. cit.* p. 594.

⁵⁰ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *op. cit.* p. 647.

⁵¹ GUIMARÃES, Rafael de Oliveira. *Execução Civil - estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro*. A objeção de pré-executividade após as reformas do processo de execução. São Paulo: editora revista dos tribunais, 2007, p. 696-697.

⁵² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *op. cit.* p. 541-542.

de dilação probatória, citadas em momento anterior no presente trabalho. Mesmo para aqueles que entendam - como nós - pela dispensabilidade da garantia do juízo para o oferecimento da impugnação, ainda assim a exceção de pré-executividade pode ser utilizada quando se tenha perdido o prazo para a impugnação e a matéria arguida seja de ordem pública ou, sendo matéria indireta de mérito, não tenha havido a preclusão de sua alegação nos autos e esta possa ser provada sem dilação probatória.

Na execução fundada em título executivo extrajudicial, o raciocínio é idêntico. Apesar de não se exigir a garantia do juízo para a proposição dos embargos, haverá sempre matérias de ordem pública que poderão ser arguidas em momento posterior, bem como matérias indiretas de mérito que não tenham sido aventadas e, portanto, sobre as quais não tenha ocorrido a preclusão.

Verifica-se, no entanto, que a utilização da citada exceção, após a reforma, encontra-se bastante esvaziada, ante a desnecessidade de garantia do juízo para a apresentação de defesa pelo executado, tanto no cumprimento de sentença quanto no processo de execução autônomo fundado em título executivo extrajudicial, uma vez que essa sempre foi a grande utilidade da exceção de pré-executividade, qual seja possibilitar a defesa em juízo do executado sem uma indevida constrição de bens, quando de plano é evidente a falta de executividade do título.

Todavia, sua utilização encontra vasto campo na execução fiscal, tendo em conta que, a teor do artigo 16 da Lei n. 6.830/80, subsiste a necessidade de garantia da execução mediante penhora como requisito para a propositura dos embargos à execução promovida pela fazenda pública, sendo certo que a morte de tal instituto não parece ter data certa.

9. CONCLUSÕES

A exceção de pré-executividade, apesar de sua confusão terminológica, é o termo mais utilizado para se referir ao oferecimento de simples petição, nos autos de processo autônomo de execução ou em procedimento incidental de cumprimento de sentença, como defesa do executado, para a arguição de matérias de ordem pública ou matérias indiretas de mérito que não demandem dilação probatória, com a finalidade de fulminar o título executivo.

Quando em vigor a antiga sistemática dos embargos à execução do código de processo Civil de 1973, com a necessidade de garantia prévia do juízo como requisito para a proposição de tal ação incidental, a exceção de pré-executividade era um instrumento indispensável para garantir a defesa do executado que não precisaria se submeter a uma constrição indevida no seu patrimônio quando possuía elementos para extinguir a execução de plano.

A ideia de que o princípio do contraditório não incide na execução encontra-se superada há tempos idos, sendo fundamental a compreensão de tal princípio para fortalecer a utilização da exceção de pré-executividade, sem a desvirtuação do devido processo legal e do princípio da efetividade na execução.

Os pareceres de Pontes de Miranda e Alcides de Mendonça Lima são emblemáticos para a reconstituição histórica da exceção de pré-executividade, a fim de se entender a origem e a evolução do instituto.

As matérias argúveis na exceção de pré-executividade evoluíram daquelas de ordem pública (as quais podem ser conhecidas de ofício e fundamentavam a razão de ser do instituto quando da sua criação doutrinária) para qualquer matéria indireta de mérito, como o pagamento e a transação, desde que não haja necessidade de dilação probatória. Da mesma forma, seu momento de oferecimento em juízo evoluiu do instante anterior à penhora, para qualquer tempo ou grau de jurisdição, tanto em relação às matérias de ordem pública quanto no que concerne às matérias indiretas de mérito, desde que não tenha havido preclusão em relação a estas últimas.

Com a entrada em vigor das Leis n.º 11.232/2005 e n.º 11.382/2006, a execução fundada em título judicial foi transformada de processo autônomo para procedimento incidental do processo de conhecimento, tendo sido criada a defesa de impugnação ao cumprimento de sentença, subsistindo a ação incidental dos embargos à execução em relação ao processo executivo fundado em título executivo extrajudicial.

Tanto a impugnação ao cumprimento da sentença quanto os embargos à execução fundada em título extrajudicial dispensam a garantia do juízo como requisito de suas proposições.

A exceção de pré-executividade subsiste de forma plena na execução fiscal (a qual continua exigindo a garantia da execução como pressuposto de admissibilidade dos embargos) e tem sua área de atuação diminuída

com a reforma da execução civil. Porém, referida defesa do executado continua sendo importante para as hipóteses em que este tenha perdido o prazo para a impugnação ou para os embargos ou mesmo quando tenha deixado de suscitar matéria fundamental para a extinção da execução nessas oportunidades.

10. REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel. A Exceção de Pré-Executividade. *Ajuris*. Vol. 14, n.º 55, jul/set, 1989, pp. 62-70.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no agravo de instrumento n.º 1051891. Processo: 200801132049 UF: SP Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA. Relator: Min. Castro Meira. Brasília, 23.09.2008. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 21.11.2008

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n.º 871764. Processo: 20060164237-9. UF: RJ. Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA. Relator: Min. Eliana Calmon. Brasília, 06.05.2008. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 21.11.2008.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Exceção de Pré-Executividade: Aspectos Teóricos e Práticos. *Revista Dialética de Direito Tributário*. N.º 24, set, 1997, pp. 21-29.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 3. ed. Salvador: editora JusPODIVM, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1987.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

FERREIRA, Carlos Renato de Azevedo. Exceção de Pré-Executividade. *Revista dos Tribunais*. Vol. 79, n.º 657, jul, 1990, pp. 243-246.

LIMA, Alcides de Mendonça. Ação Executiva. Agravo do devedor contra o despacho inicial, sem oferecer bens à penhora. Alegação de não serem títulos executivos, por falta de liquidez e exigibilidade – Matéria somente argüível em embargos do devedor, após a penhora – Interpretação do arts. 586, 652, 736 e 737 do CPC. *Revista dos Tribunais*. Ano: 72, vol. 575, set, 1983, pp. 63-71.

MACHADO, Schubert de Farias. Execução Forçada. Defesa Antes da Penhora. Interpretação do arts. 618 e 737 do Código de Processo Civil. *Repertório IOB de Jurisprudência (Civil, Processual, Penal, Comercial e Administrativo)*. n.º 22, 2ª quinzena de novembro, 1990, pp. 453-456.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Dez Anos de Pareceres*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1975.

SANTOS, Ernando Fidélis do; WAMBIER, Luiz Rodrigues; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Execução Civil – estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: editora revista dos tribunais, 2007.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. Vol. III. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto. *Exceção de Pré-Executividade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A reforma da execução do título extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. II: Processo de Execução e Processo Cautelar. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

Este livro foi editado eletronicamente,
em fonte Minion Pro, corpo 12 e 18, sendo a tiragem de
350 exemplares,
capa impressa em Cartão Supremo 250 gr/m² e o miolo
em Off-Set de 75 gr/m².
Produzido no Parque Gráfico da
Companhia Editora de Pernambuco - CEPE,
em outubro de 2012.
Fone: (81) 3183.2700 - Fax: (81) 3183.2747
E-mail: orcamento@cepe.com.br
