

Universidade Federal de Viçosa
Centro de Ciências Humanas , Letras e Artes
Departamento de Direito

ISSN: 1800-8790

**REVISTA
DE
DIREITO**

Volume I - Número 3 - outubro/2010

VIÇOSA - MINAS GERAIS

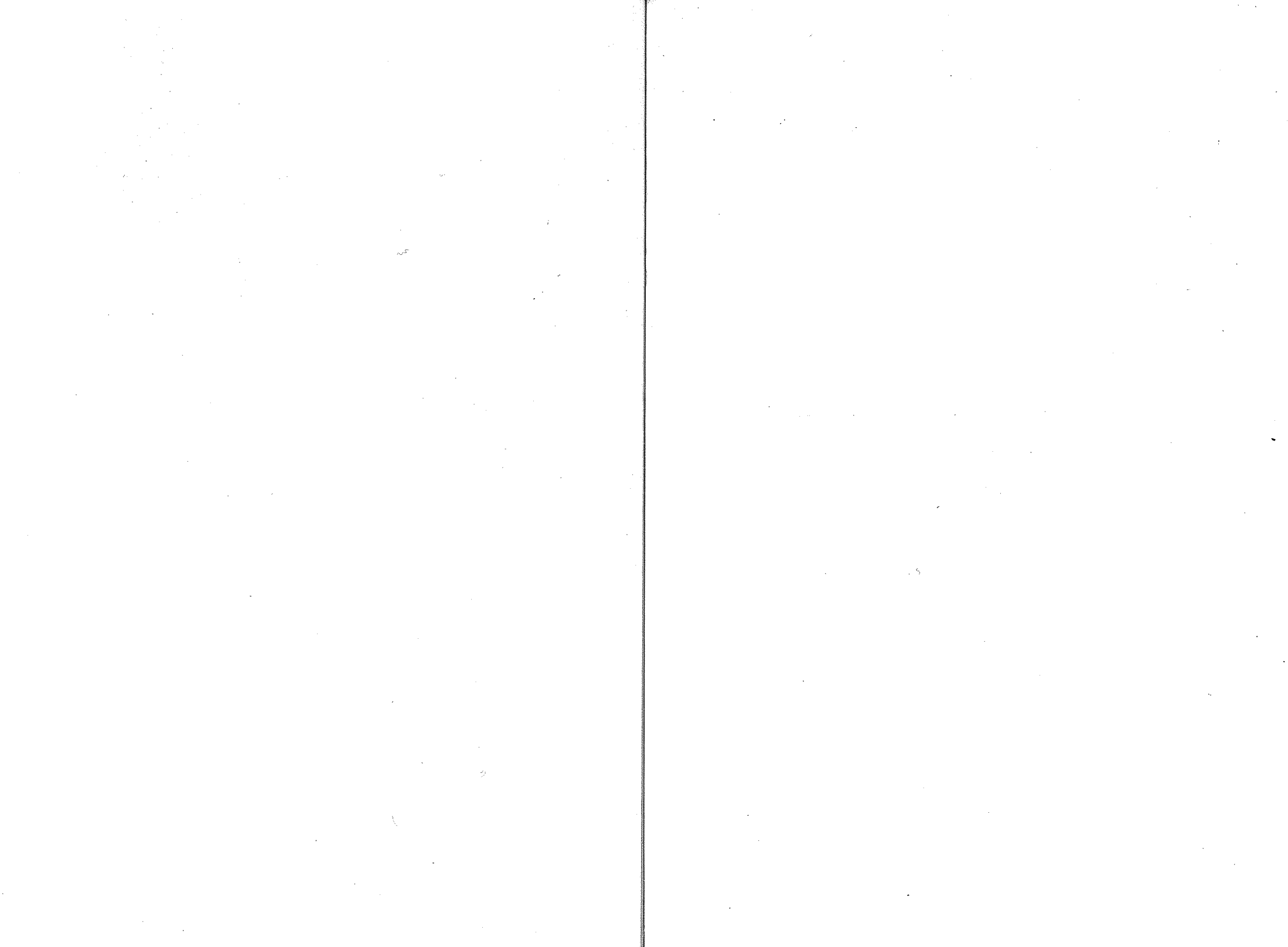
REVISTA DE DIREITO

UNIVERSIDADE FEDERAL DE VIÇOSA

Vol. 1
Nº 3
2010

FUNARBE

Fundação de Apoio à Universidade Federal de Viçosa



Universidade Federal de Viçosa
Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes
Departamento de Direito

Revista de Direito

Volume 1 - Número3 - outubro/2010

Viçosa - Minas Gerais

2010

CONSELHO EDITORIAL

Alexandre Pimenta Batista Pereira, Bernardo Pimentel Souza, Edson Ferreira de Carvalho, Gabriel Pires, Gláucio Inácio da Silveira, Guilherme Nacif de Faria, Yacir de Aguiar Vieira, José Geraldo Campos Gouveia, Karina Romualdo Conegundes, Luciene Rinaldi Colli, Patrícia Aurélia Del Nero, Ricardo Lemos Maia Leite de Carvalho, Roberta Freitas Guerra, Roberto de Almeida Luquini e Sylvania Maria Machado Vendramini

Editoração Eletrônica

Marcos Antonio Jacob (Marquinhos)

Ficha catalográfica programada pela Seção de Catalogação e Classificação da Biblioteca Central da UFV

REVISTA DE DIREITO/Universidade Federal de Viçosa.

Departamento de Direito,- Vol. 1, nº 1 (2004), - , -

Viçosa : UFV ; DPD, 2004. *

v. ; 23cm.

68p. : il. ; 22cm .

Semestral.

ISSN: 1806-8790

Texto em português, espanhol, inglês e francês.

1. Direito - Periódicos. 1. Universidade Federal de Viçosa. Departamento de Direito.

CDD 20.ed. 340.05

Sumário

APRESENTAÇÃO.....	11
Anotações sobre Competência Internacional.....	13
Alexandre Freitas Câmara	
Propostas para um novo Código de Processo Civil.....	31
Daniel Amorim Assumpção Neves	
A culpa mortuária: uma tentativa de interpretação para o retrocesso do art. 1830 do Código Civil Brasileiro.....	79
Débora Fernandes Pessoa Madeira Menjivar	
O mandado de segurança coletivo e a Lei n. 12.016/2009.....	97
Fredie Didier Jr.	
A nova sistemática dos crimes contra a dignidade sexual.....	111
Karina Romualdo Conegundes	
Responsabilidade Civil Objetiva: mito ou realidade?.....	143
Paulo R. Khouri	
A proposta de nova lei de defesa da concorrência e o licenciamento compulsório de direitos de propriedade intelectual.....	157
Renato Dolabella Melo	
A liquidação por arbitramento e a liquidação por artigos: pontos relevantes sob a ótica das Leis 11.232/05 e 11.382/06.....	183
Rodrigo Mazzei	

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA OS AUTORES DA REVISTA DO CURSO DE DIREITO DA UFV

1. Os trabalhos para publicação editados pela Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Viçosa (UFV) deverão ser, preferencialmente, inéditos. A Revista publicará artigos de professores do Departamento de Direito e resumos dos trabalhos dos alunos de Iniciação Científica e de monografias premiadas pelo Departamento de Direito.
2. Os trabalhos deverão ser enviados em arquivos gravados em CD, ou disquetes de 3,5 polegadas, acompanhados de duas (2) provas impressas. Recomenda-se a utilização do processador de texto *Microsoft Word 97*. Pode-se, no entanto, utilizar qualquer processador de texto, desde que os arquivos sejam gravados no formato .RTF (*Rich Text Format*), que é um formato de leitura comum a todos os processadores de texto.
3. Os trabalhos deverão conter entre 15 e 30 laudas no formato A4 digitado em *Times New Roman*, Corpo 12. Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,5 cm e as laterais 3,0 cm.
4. Os textos deverão ser precedidos de uma folha contendo o título do trabalho, o nome do autor (ou autores), endereço, telefone, fax e *e-mail*, situação acadêmica, títulos e a principal atividade exercida na Instituição.
5. As referências bibliográficas deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/89 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT). Uma referência bibliográfica básica deve conter: sobrenome do autor em letras maiúsculas, vírgula, nome do autor em letras minúsculas, ponto; título da obra em itálico, ponto, número da edição (a partir da segunda), ponto, local, dois pontos, editora (não usar a palavra editora), vírgula, ano da publicação, ponto, número de volume e número de páginas. No caso de dois autores, separa-se por ponto-e-vírgula; mais de três autores, cita-se o primeiro seguido da expressão "et al".

6. Os trabalhos deverão ser precedidos de *Resumo* (10 Linhas no máximo) e de um *sumário*, do qual deverão constar os itens com até 3 dígitos, como no exemplo:

SUMÁRIO : 1. Introdução - 2. Responsabilidade civil ambiental: legislação; 2.1. Normas clássicas; 2.2. Inovações; 2.2.1. Dano ecológico; 2.2.2. Responsabilidade civil objetiva ...

7. Deverão ser destacadas as palavras -chave (palavras ou expressões que expressem as idéias centrais do texto), escritas no pé do resumo, as quais possam facilitar pesquisas posteriores. Exemplo: PALAVRAS- CHAVE: criminologia; criminalidade organizada; lavagem de dinheiro; delinquência econômica , etc)

8. Todo destaque que se queira dar ao texto impresso deve ser em *itálico*; jamais utilizar o negrito ou a sublinha . Citações de textos de outros autores deverão vir entre aspas .

9. Não serão devidos direitos autorais ou qualquer remuneração pela publicação dos trabalhos na Revista. O(s) autor(es) receberá(ão) gratuitamente um exemplar da Revista em cujo número seu trabalho tenha sido publicado.

10. Os trabalhos que não se ativerem a estas normas serão devolvidos, os quais poderão ser reencaminhados, desde que efetuadas as modificações necessárias.

11. A seleção dos trabalhos para publicação é de competência do Conselho Diretivo da Revista.

12. Os trabalhos encaminhados para seleção não serão devolvidos, à exceção dos que se enquadrarem no item 10 destas Normas .

APRESENTAÇÃO

Após quatro anos de lamentável interrupção, a Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Viçosa reiniciará sua circulação semestral, de forma regular.

A revista atua como importante meio de difusão da produção acadêmica do nosso Departamento, seja por parte das pesquisas financiadas por diversos institutos de fomento, seja pelas monografias e artigos desenvolvidos pelos discentes.

Mais do que produzir o conhecimento, a Universidade Pública tem o dever de apresentá-lo à Sociedade, contribuindo para sua evolução. Essa é a contraprestação esperada por aqueles que a custeiam, e a revista pretende atuar como um elo entre a academia e os diversos operadores do Direito em atuação no País.

Este tão aguardado retorno desta obra ocorre no momento em que o Curso de Direito completa seus 18 anos de existência.

O Curso atinge sua maioria colhendo frutos de sua trajetória de compromisso e empenho.

A Ordem dos Advogados do Brasil lhe conferiu o título "OAB RECOMENDA", nas três edições em que foi concedido.

Obteve, ainda, o maior número de aprovados no exame de ordem no Estado de Minas Gerais em sua última edição.

O corpo docente é composto, majoritariamente, por doutores com títulos obtidos em consagradas universidades brasileiras, francesas, espanholas e alemãs.

O corpo discente, por seu turno, provém de um vestibular que atinge média de 35 candidatos por vaga.

Estes discentes, desde o início da graduação, são estimulados a fazer pesquisa, por reconhecer a instituição tratar-se de elemento indissociável ao ensino e à extensão.

É neste cenário profícuo que a Casa de P. H. Rolfs reapresenta a sua Revista, esperando que ela possa efetivamente colaborar para a evolução da literatura jurídica no país.

Aproveitamos o ensejo para reiterar os nossos agradecimentos aos autores e desejar uma boa leitura a todos.

Bernardo Pimentel Souza

Presidente da Comissão de Editoração da Revista de Direito

Gabriel Pires

Coordenador do Curso de Direito

ANOTAÇÕES SOBRE COMPETÊNCIA INTERNACIONAL

Alexandre Freitas Câmara*

I - Introdução

Os tempos modernos exigem que se estude o Direito sob outras perspectivas além das tradicionais. Os influxos da política, da economia, e de outras áreas do conhecimento humano impõem tal exigência. Boa mostra disso é o que hoje se chama de geo-direito: o estudo das relações entre norma jurídicas e pontos do espaço.

É preciso reconhecer que a norma jurídica sempre necessita de um *onde* e de um *quando*: ela vale e vige, aplica-se e se atua, nas duas dimensões. Espaço e tempo são formas apriorísticas do Direito, categorias ordenadoras e unificadoras dos fenômenos jurídicos. Este apoio das normas sobre os pontos do espaço nos quais as instituições jurídicas podem aplicar-se e se atuar constituem o conteúdo do geo-direito. Trata-se, pois, de determinar a sede das relações jurídicas e, pois, a que ordenamento jurídico elas pertencem ou são submetidas.

O Direito é construído sobre limites, já que é inerente ao Direito a idéia de exclusividade. Sempre que uma norma jurídica regula uma dada situação, ela impede que outra norma regule aquela mesma situação jurídica. Assim como não se pode professar duas fés religiosas, assim também é inconcebível sujeitar-se uma dada matéria a duas ordens jurídicas. A escolha de uma ordem jurídica exclui a outra. Soberania e propriedade, senhoria da norma abstrata e senhoria do direito subjetivo, poder público e poder privado: tudo isso gira em torno do conceito de limites excludentes, de uma limitação

* Desembargador no TJRJ, oriundo do Quinto Constitucional da Advocacia. Professor de Direito Processual Civil da EMERJ (Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro). Professor convidado de Direito Processual Internacional dos cursos de pós-graduação da UERJ e de Direito Processual Civil da Universidade Gama Filho. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual, do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, do Instituto Pan-Americano de Direito Processual e da International Association of Procedural Law.

terrestre que separa e individualiza. O problema disso, nos dias de hoje, é que o mundo vive uma ordem econômica em que os limites devem desaparecer. A economia de mercado pressupõe o desaparecimento dos limites. Os mercados globais e as comunicações telemáticas fizeram desaparecer todos os limites e assim determinaram a separação entre a esfera político-jurídica e o espaço econômico. O geo-direito encontra-se, então, no meio de uma dolorosa cisão. De um lado, a defesa da historicidade e da identidade; de outro, a dilatação da economia, que destrói confins. De um lado, o geo-direito ligado à geografia; de outro, o geo-direito ligado à geo-economia. De um lado, o geo-direito em contraste, e de outro em conformidade, com a busca incessante pelos lucros. Ambos os lados do geo-direito devem encontrar-se no ponto comum da decisão política, que nem sempre consegue dar resposta aos problemas da convivência humana. Cabe ao Direito fazer uma escolha política entre a exclusividade dos limites geográficos ou a ausência de limites da economia.¹

Pois é diante dessa necessidade de escolher entre a existência ou não dos limites que se deve estudar o fenômeno da competência internacional. Afinal, quando um Estado estabelece, por intermédio de normas jurídicas que integram seu ordenamento, em que casos exercerá jurisdição (e, *a contrario sensu*, em que casos não o fará), reconhece a necessidade de estabelecer limites e, com isso, acolhe uma posição que revela qual a tendência seguida por seu ordenamento entre as duas alternativas possíveis no campo do geo-direito.

O objetivo deste estudo é examinar as opções feitas pelo legislador do Brasil a respeito do tema, analisando o sistema de determinação da competência internacional do direito processual civil brasileiro.

II - A competência internacional na teoria geral do direito processual

Um dos pilares do moderno direito processual é a garantia de universalidade da jurisdição, estabelecida no ordenamento brasileiro pelo disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição da República. Quando o referido dispositivo constitucional estabelece que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário nenhuma lesão ou ameaça a direito o que se faz, na verdade, é veicular norma constitucional

que assegure a inafastabilidade do controle jurisdicional. Tal inafastabilidade significa, a rigor, que qualquer pessoa poderá ir a juízo, fazer a alegação de que é titular de um direito (ou qualquer outra posição jurídica de vantagem) lesada ou ameaçada de lesão, e fará jus a uma resposta estatal (favorável ou não) à sua pretensão. Sobre o tema, merece referência a abalizada opinião de Cândido Dinamarco, que afirma: "Fala-se em *universalização da jurisdição*, para expressar essa tendência expansionista tanto no plano quantitativo, quanto no qualitativo do serviço jurisdicional (sentido horizontal e sentido vertical). Reduzir os resíduos de conflitos não-jurisdicionalizáveis e dar tratamento adequado aos jurisdicionalizados".²

Este princípio da universalidade da jurisdição, porém, sofre algumas limitações, absolutamente legítimas em um Estado Democrático. Três são os limites legítimos à universalização da jurisdição: a) o veto ao exercício *ex officio* da jurisdição; b) a imunização de certos atos estatais ao controle jurisdicional (com a conhecida e nem sempre correta afirmação da insindicabilidade do mérito do ato administrativo); c) a *competência internacional*.³

A competência internacional limita a prestação de tutela jurisdicional, já que exclui completamente o exercício da função jurisdicional por um Estado em determinadas situações. Isto, porém, é plenamente legítimo, já que permite uma harmonização entre os Estados, evitando-se que um Estado ingresse indevidamente nos negócios e interesses do outro, o que comprometeria o concerto das Nações. Através das regras de delimitação da competência internacional, pois, o Estado assume posição naquela questão, anteriormente referida, do geo-direito, e o faz optando pela determinação de limites. Prevalece, pois (ao menos nesse campo), a geografia sobre a economia.

É preciso, porém, observar que a limitação da competência internacional não pode implicar negativa de acesso à justiça, pois isso tornaria ilegítimo o óbice criado pelas regras que excluem a atuação jurisdicional do Estado brasileiro, contrariado que seria o princípio do pleno acesso à justiça (consagrado na Constituição da República sob a tradicional fórmula do *devido processo legal*).

III - A competência internacional

¹ Cândido Rangel Dinamarco, "Universalizar a tutela jurisdicional", in *Fundamentos do processo civil moderno*, tomo II. São Paulo; Malheiros, 3ª ed., 2000, p. 839.

² Idem, pp. 848-849.

¹ Natalino Irti, "Geo-diritto", in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2005, vol. 1, p. 21 et seq.

Deve-se, então, passar ao exame do conceito de competência internacional. Esta pode ser definida como o conjunto de normas destinadas a estabelecer os limites dentro dos quais um Estado exerce sua função jurisdicional. Em outros termos, a competência internacional é a determinação dos limites dentro dos quais um Estado soberano exerce sua função jurisdicional. Estabelecidos esses limites, poder-se-á considerar, *a contrario sensu*, que fora dos casos ali estabelecidos, um Estado não exercerá jurisdição (e isso em razão da sincera esperança de que outro Estado o faça, pois não se pode admitir que a determinação dos limites da competência internacional implique denegação de justiça). Fica, assim, estabelecida uma divisão de trabalho entre os Estados soberanos, de forma a que cada um deles exerça a função jurisdicional nos casos que, de alguma maneira, guardam com ele algum ponto de contato (isto é, algum elemento de conexão). Fora, disso, não havendo qualquer conexão de entre a causa e o Estado, este não exercerá jurisdição (mas certamente outro Estado o fará).

Não se trata de determinar, a rigor, como se pode ver, a competência, mas algo que lhe é preliminar: os limites do exercício da jurisdição. "As normas sobre a chamada competência internacional ou jurisdicional delimitam os poderes do Estado, ou seja, de seus órgãos judiciais considerados em conjunto".⁴

É preciso, então, deixar claro este ponto: a assim chamada *competência internacional*, a rigor, não é competência. Esta pode ser definida como o conjunto de limites dentro dos quais cada órgão jurisdicional de um Estado pode exercer legitimamente a jurisdição.⁵ Assim, só se pode falar de competência quando se busca determinar a que órgão do Estado que exercerá jurisdição será atribuído o exercício dessa função no caso concreto. Já quando se trata da competência internacional está-se diante de um tema que é preliminar a esse. O que se busca, ali, é saber se um Estado (ou, mais especificamente, se o Estado brasileiro) poderá ou não exercer a função jurisdicional no caso concreto. Estabelecido isso, aí sim será

⁴ Gaetano Morelli. *Derecho procesal civil internacional*. Trad. esp. de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1953, p. 86.

⁵ Esta a definição de competência que apresentei em obra de análise sistemática do direito processual civil: Alexandre Freitas Câmara, *Lições de direito processual civil*, vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 15ª ed., 2006, p. 98. A esta definição aderiu expressamente o STJ no Conflito de Competência 47613/TO, rel. p/ o acórdão Min. Paulo Medina, j. em 22/6/2005.

possível determinar-se qual será, dentro daquele Estado, o órgão jurisdicional competente para conhecer da causa. Não se deveria, pois, propriamente falar-se em *competência internacional*, mas nos *limites internacionais do exercício da jurisdição*.⁶

O Código de Processo Civil brasileiro trata da matéria nos arts. 88 a 90, onde três questões são regulamentadas: a competência internacional concorrente, a competência internacional exclusiva e a litispendência internacional.

IV - Competência internacional concorrente e exclusiva

Os arts. 88 e 89 tratam do que se costuma chamar de competência internacional concorrente e exclusiva. Trata-se de denominação inexata. Um Estado determina, através de seu ordenamento interno, a área de atuação de seus órgãos jurisdicionais⁷. Só se poderia falar em competência internacional concorrente se as leis de um Estado pudessem afirmar sua própria competência e simultaneamente a de outro Estado; só se poderia falar em competência internacional exclusiva se as leis de um Estado pudessem afirmar a impossibilidade de atuação de outro Estado.

A rigor, as normas de fixação da competência internacional concorrente se destinam a afirmar que, não obstante a competência internacional do Judiciário brasileiro, pode-se importar a eficácia de sentença proferida por tribunal de outro país que, segundo suas próprias leis, também tenha competência internacional. Já as normas de fixação da competência internacional exclusiva se destinam a estabelecer as causas em que o Estado brasileiro não reconhece sentenças oriundas de tribunais estrangeiros (ainda que vindas de Estados que, segundo suas próprias leis, tenham competência internacional).

Em outros termos, isto significa dizer que nos casos de competência internacional concorrente (art. 88) o processo pode se instaurar perante órgão jurisdicional brasileiro, mas nada impede que, instaurado tal processo perante órgão jurisdicional de outro Estado, que segundo suas próprias leis também tenha competência internacional, admita-se que a sentença estrangeira seja trazida para o Brasil a fim de que aqui se produzam seus efeitos.

Já nos casos de competência internacional exclusiva do Brasil não se reconhecerá aqui a eficácia de sentença proferida em outro

⁶ Em sentido análogo, Daniel Amorim Assumpção Neves, *Competência no processo civil*. São Paulo: Método, 2005, p. 60.

⁷ Morelli, ob. cit., p. 87

Estado, ainda que esse Estado, por suas leis, tenha se atribuído competência internacional para a mesma causa. No caso de haver sido proferida sentença estrangeira nas causas previstas no art. 89 do CPC, tal sentença não poderá ser homologada pelo Superior Tribunal de Justiça.⁸

É preciso deixar claro que, se de um lado o art. 89 é claro em estabelecer o caráter exclusivo da competência internacional brasileira nos casos que enumera, a competência internacional concorrente nas hipóteses do art. 88 não é expressamente afirmada. A essa conclusão, porém, chega-se por interpretação *a contrario sensu*. Se é exclusiva a competência internacional do art. 89, só pode ser concorrente a do art. 88.⁹

Fica certo, então, que nos casos do art. 88 do CPC o Brasil tem competência internacional concorrente, e nos casos do art. 89 tem competência internacional exclusiva.

V - A competência internacional concorrente da Justiça brasileira (art. 88 do CPC)

Deve-se, então, passar ao exame das hipóteses de competência internacional concorrente do Estado brasileiro, previstas nos três incisos do art. 88 do CPC. Impende observar, porém, e desde logo, que basta a incidência de uma só das hipóteses previstas no art. 88 do CPC para que já se possa admitir a instauração, no Brasil, de um processo.

1 - Processos em que o demandado é domiciliado no Brasil

Sendo o demandado domiciliado no Brasil pode o processo instaurar-se perante órgão jurisdicional brasileiro. Basta, pois, que o domicílio do réu seja no Brasil, pouco importando aqui qualquer outro elemento. É, por exemplo, irrelevante a nacionalidade do demandado, que pode ser brasileiro ou estrangeiro.

A irrelevância da nacionalidade do demandado para fixação da competência internacional brasileira faz com que nosso ordenamento se diferencie de outros, em diferentes Estados. Há, por exem-

⁸ Afirmou a competência internacional exclusiva nos casos do art. 89 o STF, SE-AgR-AgR 7101/PG - Paraguai, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 15/10/2003.

⁹ O caráter concorrente da competência internacional do art. 88 foi expressamente afirmada pelo STF: SEC 6697/PC - Estado Livre Associado de Porto Rico, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 23/06/2004.

plo, Estados em que a competência internacional é estabelecida pela nacionalidade da parte, e não por seu domicílio. Imagine-se o que aconteceria, então, se alguém quisesse demandar em face de um estrangeiro domiciliado no Brasil, quando o demandado fosse nacional de um Estado cujas leis fixassem sua competência internacional pela nacionalidade. Nesse caso, a demanda tanto poderia ser ajuizada no Brasil como no país de que o demandado é nacional. Proposta neste último a demanda, a sentença estrangeira poderia ser aqui homologada pelo STJ, em razão do caráter concorrente da competência internacional brasileira no caso.

Para concluir este tópico, é importante observar que o parágrafo único do art. 88 do CPC permite o ajuizamento, no Brasil, de demandas dirigidas contra pessoas jurídicas estrangeiras que tenham aqui alguma agência, filial ou sucursal. Para que o processo possa tramitar no Brasil, porém, é necessário que a causa verse sobre relações jurídicas estabelecidas pela agência, filial ou sucursal.¹⁰ Fora desses casos não incidirá o inciso I do art. 88 do CPC.

2 - Lugar do cumprimento da obrigação

Estabelece o art. 88, II, do CPC a competência internacional do Judiciário brasileiro para as causas referentes a obrigações que aqui tenham de ser cumpridas. Trata-se, em outros termos, da competência do *forum destinatae solutionis*.

Para o sistema processual brasileiro é absolutamente irrelevante o lugar em que a obrigação é contraída, assim como a nacionalidade ou domicílio dos sujeitos da relação obrigacional. É, também, despida de qualquer relevância a determinação da lei material aplicável, que pode ser estrangeira. Sobre o ponto, aliás, vale recordar o que estabelece o art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil, por força do qual a lei que disciplina a relação obrigacional é a do local de sua constituição. Ademais, o art. 2º, § 1º, da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96) autoriza as partes a determinar a lei aplicável ao litígio, o que permite a escolha da lei material aplicável.¹¹

¹⁰ Celso Agrícola Barbi. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 10ª ed., 1998, p. 296.

¹¹ Sustentei tal possibilidade de escolha da lei aplicável, por força da Lei de Arbitragem, em Alexandre Freitas Câmara, *Arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 4ª ed., 2005, pp. 23-24. Já com base na LICC tal possibilidade era defendida por Haroldo Valladão, *Direito internacional privado*, vol. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 5ª ed., 1980, p. 366.

A jurisprudência das cortes brasileiras já reconheceu a competência internacional do Brasil, com base neste inciso II do art. 88, para conhecer de demanda indenizatória proposta por seguradora brasileira que se sub-rogou nos direitos de uma arrendatária também brasileira em face de uma arrendadora norte-americana, que tinha por objeto a pretensão à reparação de danos oriundos de alegado inadimplemento de contrato de arrendamento mercantil cuja execução se daria *essencialmente* em território brasileiro.¹²

Também já se afirmou a competência internacional do Judiciário brasileiro em um caso em que se exigia o cumprimento de garantia representada por *performance bonds* emitidos por empresa estrangeira numa hipótese em que a obrigação garantida, decorrente de um contrato de conversão de navio petroleiro em unidade flutuante, deveria ser cumprida no Brasil.¹³

Observa-se, assim, que se tem reconhecido a competência internacional do Brasil não só quando a obrigação tenha de ser cumprida integralmente em território nacional, mas também quando tal cumprimento se dê *principalmente* aqui, ou quando se tratar de obrigação acessória de uma (dita principal) que tenha o Brasil como local de cumprimento.

3 - Lugar do fato ou ato em que se funda a demanda

Por fim, estabelece o art. 88, III, do CPC, a competência internacional da autoridade judiciária brasileira para as causas que se originem de fatos ocorridos ou de atos praticados no Brasil. Aqui também impende assinalar a irrelevância de outros aspectos (como o domicílio de qualquer das partes ou o lugar do cumprimento da obrigação). Basta que a demanda tenha por fundamento um fato ocorrido ou um ato praticado no Brasil.

O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, já afirmou a competência internacional do Judiciário brasileiro, com apoio nesse inciso III do art. 88, para uma demanda proposta por um brasileiro em face dos Estados Unidos da América, em que o objeto do processo era a pretensão a receber recompensa, que teria sido prometida por aquele Estado soberano a quem indicasse onde poderia ser encon-

¹² STJ, REsp 498835/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 12/04/2005.

¹³ STJ, REsp 251438/RJ, rel. Min. Barros Monteiro, j. em 08/08/2000.

¹⁴ STJ, RO 39/MG, rel. Min. Jorge Scarterzzini, j. em 06/10/2005. Deixo de lado aqui, propositadamente, quaisquer considerações acerca da imunidade de jurisdição (sobre a qual falou-se no acórdão mencionado, assim como a respeito da política norte-

trado Saddam Hussein (tendo afirmado o demandante que obtivera a informação através de poderes paranormais).¹⁴

Outro exemplo pode ser aqui figurado: pense-se em uma demanda para reparação de danos decorrentes de acidente de trânsito ocorrido no Brasil em que todos os envolvidos sejam turistas que aqui estão em férias. A competência internacional do Judiciário brasileiro, em um caso assim, é essencial para que se possa resolver a causa (podendo as partes valerem-se, por exemplo, dos Juizados Especiais Cíveis). Certamente seria muito mais difícil resolver-se uma causa dessas em outro Estado, máxime se as partes forem oriundas de Estados distintos.

VI - A competência internacional exclusiva da Justiça brasileira (art. 89 do CPC)

Vistos os casos de competência internacional concorrente, é preciso passar ao exame das hipóteses em que o Judiciário brasileiro tem competência internacional exclusiva (isto é, aqueles casos em que o Brasil não reconhece a eficácia de sentença estrangeira, ainda que oriunda de Estado que, conforme suas próprias leis, também tenha competência internacional para a causa). Estes casos estão enumerados no art. 89 do CPC, que se passa a analisar.

1 - Demandas relativas a imóveis situados no Brasil

O primeiro caso previsto no CPC de competência internacional exclusiva é o das demandas relativas a imóveis situados no Brasil. Trata-se de regra jurídica cuja razão de existir é facilmente compreensível. Um bem imóvel é parte integrante do território de um Estado. E o território, como se sabe, é elemento constitutivo do Estado.¹⁵ Assim, ao afirmar a competência internacional exclusiva do Judiciário brasileiro para conhecer das causas relativas aos imóveis situados no território nacional, o direito brasileiro faz uma opção acerca do modelo de geo-direito que pretende adotar, opção essa que é clara-

americana a respeito do Iraque ou da paranormalidade, fenômenos metajurídicos com que não devo me ocupar nesta sede.

¹⁵ Sem entrar na discussão acerca de ser ou não o território elemento constitutivo do Estado, cfr. Jorge Miranda, *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 22-23. Afirma o notável constitucionalista português: "O território revela-se indispensável para o Estado como referência da comunidade, como sede material do poder, como domínio da acção indiscutida, como área de segurança dos indivíduos e das sociedades menores e como instrumento ao serviço dos fins do poder". Afirma

mente ligada aos limites impostos pela geografia (e não à geo-economia), nos termos anteriormente descritos neste ensaio.

É, pois, exclusiva a competência internacional da autoridade judiciária brasileira para as causas relativas a tais imóveis. Isto não impede a jurisprudência brasileira de admitir o reconhecimento, no Brasil, da eficácia de sentença estrangeira que tenha ratificado acordo a respeito de imóvel situado no Brasil.¹⁶

Caso interessante acerca da interpretação desse art. 89, I, do CPC é o que envolve imóveis de embaixadas localizadas no Brasil. A respeito do ponto é impossível não fazer alusão ao caso da República Árabe Unida.¹⁷ Foi a seguinte a ementa do acórdão:

Internacional público. Imunidade de jurisdição. Ação de estado estrangeiro contra outro, perante a justiça brasileira. 1) Demanda que tem por objeto imóvel situado no Brasil, originariamente adquirido pela República da Síria, depois utilizado pela República Árabe Unida, e, desfeita a união dos dois estados, retido pela República Árabe do Egito. 2) Imunidade de jurisdição, invocada pelo Estado-réu e no caso não afastada pelo fato de constituir objeto da demanda um imóvel situado no Brasil. 3) Antecedendo ao aspecto da aplicabilidade do direito interno brasileiro sobre propriedade imobiliária situada no Brasil, a imunidade de jurisdição se afirma pela circunstância de a solução da controvérsia entre os dois Estados estrangeiros depender de prévio exame de questão, regida pelo direito internacional público, atinente aos efeitos, entre os Estados estrangeiros litigantes, de atos de sua união e posterior separação. Impossibilidade de definição da justiça brasileira sobre tal questão prévia, concernente a relações jurídicas entre os Estados litigantes.

Este caso levou o STF a proferir uma decisão extremamente controvertida. Basta dizer que votaram vencidos quatro ministros (entre eles o relator), não tendo participado da votação um quinto ministro (Alfredo Buzaid, que não assistiu à leitura do relatório). Em

categoricamente que o território é elemento do Estado o grande constitucionalista italiano Santi Romano, *Princípios de direito constitucional geral*. São Paulo: RT, trad. bras. de Maria Helena Diniz, 1977, p. 65.

¹⁶ Assim, por exemplo, STJ, SEC 2005/0058600-0, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 01/08/2005.

¹⁷ STF, ACO 298/DF, rel. Min. Soares Muñoz, j. em 14/04/1982.

outros termos, e pelo que se extrai da ata do julgamento, foram cinco votos vencedores e quatro votos vencidos. Isto, certamente, mostra a dificuldade da questão ali resolvida.

A compreensão da causa é relativamente simples. A República Árabe da Síria havia adquirido um imóvel no Brasil para ali instalar sua embaixada. Ocorre que aquele Estado e a República Árabe do Egito fundiram-se em um só Estado, chamado República Árabe Unida, que passou a utilizar aquele imóvel. Desfeita a união entre aqueles Estados, o imóvel passou a ser ocupado pelo Egito, que não o devolveu à Síria. Esta, então, foi ao STF demandar em face daquele, tendo formulado pedido de reintegração de posse. O Estado demandado afirmou que a questão não era simplesmente possessória, mas envolvia sucessão entre Estados, questão que o Judiciário brasileiro não poderia resolver, sob pena de afrontar a soberania de outros Estados. Esta foi a tese acolhida pelo acórdão, que determinou a extinção do processo sem resolução do mérito.¹⁸ Entendeu-se, então, naquele aresto que o Brasil não poderia exercer sua competência internacional, não obstante o fato de a causa versar sobre um imóvel situado no Brasil. Observe-se, porém, que dessa decisão não se pode inferir – e não o fez, certamente, o acórdão do STF – que seria verdadeira a equivocada tese segundo a qual o imóvel sede de missão diplomática constitui território estrangeiro.¹⁹

2 - Inventário e partilha de bens situados no Brasil

Nos termos do art. 89, II, do Código de Processo Civil, é da competência internacional exclusiva do Judiciário brasileiro “proceder a inventário e partilha de bens, situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional”. Como sabido, o direito à sucessão aberta é imóvel para efeitos legais (art. 80, II, do Código Civil). Assim, pode-se mesmo considerar que este inciso seria desnecessário, já que sua hipótese de incidência está incluída no inciso anterior. De toda sorte, e para clareza na determinação do alcance do texto legal, é razoável que se tenha expresso em lei o que vai nesse inciso II.

¹⁸ Abstenho-me, por ora, de tecer considerações acerca do acerto ou erro da decisão aqui mencionada, já que ao tema voltarei mais adiante.

¹⁹ No sentido do texto, afirmando que o imóvel sede da missão diplomática integra o território nacional, Luís Ivani de Amorim Araújo, *Curso de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Forense, 6ª ed., 1990, p. 268.

Há, porém, razões próprias para a atribuição dessa competência internacional, que não se relacionam (como se dá no inciso I) com a inserção do território entre os elementos essenciais do Estado. Basta pensar na existência de razões fiscais para a determinação da norma, bem assim da necessidade de aplicação da norma constitucional de favorecimento do sucessor brasileiro.²⁰

Não basta, porém, ter claro que só no Brasil pode tramitar o processo de inventário e partilha dos bens aqui situados. É preciso ter clara, também, e *a contrario sensu* do que diz o texto legal ora em exame, a incompetência do Judiciário brasileiro para processar o inventário e partilha de bens situados no exterior.²¹

Por fim, é preciso dizer que - segundo entendimento hoje tranqüilo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - é passível de homologação, no Brasil, a sentença estrangeira de divórcio que determina a partilha de bens localizados no território nacional²². O ponto nem sempre foi pacífico, havendo precedentes do Supremo Tribunal Federal em sentido diferente. Nessas decisões excluiu-se a homologação do capítulo da decisão estrangeira de divórcio que estabeleceu a partilha de bens situados no Brasil²³. Parece mesmo melhor, porém, sustentar-se o entendimento que mais recentemente tem prevalecido. E isto porque o texto do dispositivo, como facilmente se vê, faz referência ao autor da herança, o que mostra que a norma aí veiculada se refere, mesmo, ao inventário e partilha de bens decorrente de sucessão mortis causa.

VII - A litispendência internacional

Não se pode tratar do tema da competência internacional sem que se faça alusão ao problema da assim chamada "litispendência internacional". Em outros termos, é preciso verificar quais as consequências sobre um processo instaurado no Brasil da existência de processo anteriormente instaurado perante órgão jurisdicional estrangeiro para exame da mesma demanda (com as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido).

Trata da matéria, entre nós, a primeira parte do art. 90 do CPC,

²⁰ Vera Jatahy. *Conflito de jurisdições*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 138

²¹ STJ, REsp 510084/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 04/08/2005.

²² STJ, SEC 878, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 18/05/2005.

²³ Assim, entre outras, SE 4168/EU, rel. Min. Néri da Silveira, j. em 24/09/1989; SE 3228, rel. Min. Cordeiro Guerra, j. em 30/03/1984.

cujo teor é o seguinte: "A ação intentada perante tribunal estrangeiro não induz litispendência". Significa isto, em outros termos, que para o Código de Processo Civil brasileiro a litispendência internacional não tem qualquer relevância.

Não se trata, propriamente - como diz a lei - de não haver litispendência internacional, mas de se afirmar a irrelevância da mesma. Dito de outro modo, isto quer dizer que o fato de haver um processo estrangeiro pendente não impede a apreciação do mérito da causa em processo brasileiro instaurado para julgamento da mesma demanda.

Há, porém, um problema a ser enfrentado a respeito deste ponto. É que o art. 394 do Código Bustamante²⁴, diploma internacional que integra o ordenamento jurídico brasileiro, tem o seguinte teor: "A litispendência, por motivo de pleito em outro Estado contratante, poderá ser alegada em matéria cível, quando a sentença, proferida em um deles, deva produzir no outro os efeitos de coisa julgada". Há, pois, um inegável conflito entre o conteúdo do tratado internacional e o disposto na lei interna brasileira.

Como é sabido, o problema do conflito entre lei interna e tratado internacional é dos mais controvertidos de toda a ciência jurídica. Divide-se a doutrina especializada entre os defensores do dualismo e do monismo. Estes, ainda, subdividem-se entre os defensores do monismo interno e os que sustentam o monismo internacional. Penso, porém, que se deve acolher a tese segundo a qual há uma absoluta paridade entre tratado e lei interna e, em caso de conflito entre eles, há de prevalecer o mais recente²⁵.

Se é assim, deve-se então considerar que o Código de Processo Civil, lei posterior, revogou o art. 394 do Código Bustamante, que lhe é bastante anterior²⁶. Há, porém, quem considere que o Código Bustamante deve ser aplicado quando o processo estrangeiro tiver

²⁴ Convenção de direito internacional privado de Havana, de 1928, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 18.871, de 13 de agosto de 1929, ainda hoje em vigor entre nós.

²⁵ Neste sentido, por todos, José Francisco Rezek, *Direito internacional público - curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 1989, pp. 105-106, com apoio na opinião de Bernard Schwartz. Ressalve-se, porém, que os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos têm status de emenda constitucional, na forma do disposto no art. 5º, § 3º, da Constituição da República.

²⁶ Já expressei esse entendimento anteriormente, em Alexandre Freitas Câmara, *Lições de direito processual civil*, vol. I, ob. cit., pp. 19-20.

sido instaurado em Estado que tenha ratificado tal convenção internacional, aplicando-se o Código de Processo Civil nos demais casos²⁷.

É, pois, irrelevante a litispendência internacional em qualquer caso.

VIII - A conexão internacional

Tema distinto, porém, próximo ao que acaba de ser visto é o da conexão entre causas que tramitam perante órgãos jurisdicionais de Estados distintos. É preciso saber, então, se a conexão entre uma demanda ajuizada no Brasil e outra ajuizada perante tribunal estrangeiro é capaz de trazer este segundo processo para o Judiciário brasileiro.

O já citado art. 90 do CPC brasileiro estabelece que "a ação intentada perante tribunal estrangeiro não induz litispendência, nem obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas". Disso não se pode extrair, porém, que seja possível trazer para o Brasil uma causa conexa a outra que aqui tenha sido deduzida em juízo se a autoridade judiciária brasileira não for, também para esta, dotada de competência internacional.

Dito de outro modo: a conexão entre demandas não é causa de prorrogação da competência internacional da Justiça brasileira.²⁸ Assim sendo, não se pode permitir a instauração de processo no Brasil, ainda que conexo a outro que aqui tramite, se o Judiciário brasileiro não tiver competência internacional para dele conhecer. A conexão, portanto, não é capaz de prorrogar a competência internacional da autoridade judiciária brasileira, tornando-a competente para uma causa que, a princípio, não podia lhe ser submetida.

IX - O foro de eleição e a competência internacional

É muito comum, em contratos internacionais, a inserção de

cláusula de eleição de foro. É preciso verificar se tal cláusula é capaz de modificar, de alguma maneira, a competência internacional da Justiça brasileira.

Sobre o tema deve-se afirmar, em primeiro lugar, que a opção pela Justiça brasileira é sempre válida (e o STF já a tratou como ensejadora de competência internacional exclusiva, eis que chegou a negar exequatur a rogatórias oriundas de Estados que teriam, segundo suas próprias leis, competência internacional²⁹, mas decisão mais recente superou tal precedente)³⁰. Assim, celebrado um contrato internacional em que se tenha eleito foro localizado no Brasil, a autoridade judiciária brasileira deverá considerar que tem competência internacional para a causa, ainda que a mesma não esteja arrolada nos arts. 88 e 89 do CPC.

Outro ponto a observar é o da opção pela Justiça estrangeira e seu exame em processo de homologação de sentença estrangeira: a hipótese é de submissão necessária à jurisdição estrangeira, só não podendo haver tal eleição nos casos do art. 89 do CPC.

Em outras palavras, se foi eleito foro estrangeiro e a sentença proferida por órgão jurisdicional do Estado eleito vier a ser objeto de exame para fins de homologação no Brasil, o provimento homologatório deverá ser deferido, salvo nos casos previstos no art. 89 do Código de Processo Civil, já que ali a competência internacional é exclusiva da Justiça brasileira, o que inquina de nulidade a cláusula de eleição de foro.

Por fim, é preciso examinar o caso de se ter feito opção pela Justiça estrangeira e se ter de proceder ao exame dessa cláusula em processo instaurado no Brasil. A meu juízo, deve-se considerar que, nesse caso, é válida e eficaz a cláusula³¹. Este não tem sido, porém, o entendimento predominante na jurisprudência brasileira³².

X - O princípio da não-denegação de justiça

Por fim, é preciso examinar o princípio da não-denegação de justiça. É que os limites estabelecidos pela legislação brasileira (e por seus similares estrangeiros) à competência internacional podem gerar

²⁷ Neste sentido, Celso Agrícola Barbi, Comentários ao Código de Processo Civil, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 10ª ed., 1998, p. 300. Observe-se que, embora tratando de outro dispositivo do Código Bustamante, o STF já proferiu decisão que entendeu afastada a incidência desse diploma internacional por ter sido revogado por lei interna posterior em um caso que envolvia o Peru, país que ratificou aquele tratado (STF, Ext 662/PU, rel. Min. Celso de Mello, j. em 28/11/1996). Essa decisão, salvo melhor juízo, corrobora o entendimento por mim sustentado no texto.

²⁸ STJ, REsp 2170/SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. em 07/08/1990.

²⁹ STF, CR - AgR 3166/MG, rel. Min. Antônio Neder, j. em 18/06/1980.

³⁰ STF, CR - AgR 10267/EU, rel. Min. Marco Aurélio, j. em 29/05/2003.

³¹ Vera Jatahy, ob. cit., p. 185. No mesmo sentido, STJ, REsp 242383/SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 03/02/2005.

³² Assim, por exemplo, STJ, AR 133/RS, rel. Min. Cláudio Santos, j. em 30/08/1989.

uma absurda situação: é perfeitamente possível encontrar-se algum caso em que nenhum Estado que tenha elementos de conexão com a causa tenha competência internacional para resolvê-la.

O art. 10 da Declaração dos Direitos do Homem (1948) estabelece que "todo homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele". Não se pode, então, negar a competência internacional da Justiça brasileira quando nenhum outro Estado for competente.

Sobre o ponto, merece referência um caso ocorrido nos Países Baixos:³³ "cuidava-se de saber se era competente a justiça holandesa para julgar uma ação de modificação de cláusula de alimentos, fixada no divórcio decretado pelo Tribunal de Amsterdã, quando o marido ainda estava ali domiciliado. Sendo autor e ré de nacionalidade canadense, e já então domiciliados no Canadá, o fator de conexão com a decisão anterior proferida pelo tribunal holandês seria insuficiente para determinar a competência do tribunal acionado. Contudo, como a justiça canadense não admitiria decidir uma modificação de cláusula fixada por sentença estrangeira, para evitar a denegação de justiça, a Corte holandesa exerceu sua jurisdição (decisão da Corte de Cassação dos Países Baixos, proferida em 13/2/1987)".

Isto leva ao reexame daquele caso submetido ao Judiciário brasileiro (mais especificamente ao STF) a respeito da posse do prédio da Embaixada da República Árabe da Síria, que passou a ser exercida pela República Árabe Unida. Como já se viu, a Síria ajuizou, perante o STF, ação de reintegração de posse em face da República Árabe do Egito, tendo o Pretório Excelso, por cinco votos contra quatro, entendido que a causa envolvia sucessão entre Estados soberanos, o que afastaria a possibilidade de o Judiciário brasileiro dela conhecer. Penso, porém, e com todas as vênias aos ilustres magistrados que proferiram votos vencedores, que aquela decisão implicou verdadeira denegação de justiça. Afinal, é absolutamente certo que, diante de um litígio com aquelas características, nem o Judiciário sírio, nem o egípcio, poderiam conhecer da causa. Afinal, uma decisão proferida por tribunal egípcio não seria acatada pela Síria, assim como o Egito não acataria um provimento jurisdicional emanado de tribunal sírio.

De outro lado, decisões proferidas por uma Corte Internacional (como a Corte Internacional de Justiça) não são eficazes no Brasil como títulos executivos, e uma decisão ali proferida não poderia, então, ser efetivada aqui. Deste modo, parece-me que deveria o STF ter julgado aquela causa, atuando o Brasil (como tantas vezes fez) como verdadeiro árbitro daquele conflito entre Estados estrangeiros e, com isso, ter-se-ia cumprido uma de nossas missões: a de buscar a pacificação dos povos e dos Estados.

XI - Conclusão

De tudo quanto aqui se viu, a conclusão a que se chega é que, pelo menos em matéria de competência internacional, o direito brasileiro (e de um modo geral, o direito dos Estados contemporâneos) opta por um modelo em que prevalece a geografia sobre a economia. Limites são fixados, e tais limites (que são jurídicos, mas também são geográficos) fazem com que os exageros econômicos não consigam superar os contornos geopolíticos desse fruto da cultura da sociedade moderna que é o Estado Democrático.

³³ Vera Jatahy, ob. cit., p. 32. O trecho entre aspas é citação literal da obra da notável jurista do Rio de Janeiro

PROPOSTAS PARA UM NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – TUTELA ANTECIPADA E PROCESSO DE CONHECIMENTO

Daniel Amorim Assumpção Neves¹

Em 12 de novembro de 2009 recebi um email da diretoria do IBDP (Instituto de Direito Processual) solicitando que os associados enviassem até o dia 30 daquele mês propostas para um novo Código de Processo Civil. A iniciativa foi fruto da nomeação pelo Senado Federal de uma comissão com a função de propor um novo Código de Processo Civil.

O IBDP criou cinco comissões para analisar as propostas dos associados, mas infelizmente, por questões pessoais, não consegui cumprir o prazo estipulado pelo Instituto. Como entendi adequada a formulação de algumas propostas nos moldes sugeridos pelo IBDP (comentários de no máximo 20 linhas), continuei após o vencimento do prazo a fazer meus comentários a respeito dos Títulos VII e VIII, do Livro I, do atual Código de Processo Civil.

Tais esclarecimentos se prestam a justificar a formatação do presente

¹ Bacharel, Mestre e Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. Professor do Curso de Especialização da Fundação Escola do Ministério Público do Distrito Federal. Autor do Manual de direito processual civil, 2ª ed., São Paulo, Editora Método, 2010.

artigo, modelado seguindo pelo IBDP. Primeiro a sugestão de nova redação do dispositivo legal, seguida por uma breve exposição de motivos.

Art. 273, caput: O juiz antecipará, a requerimento da parte, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido, desde que exista prova formalmente séria que corrobore a alegação verossímil e:

São três as alterações sugeridas no art. 273, caput do CPC.

Primeiro retirar do texto legal a expressa “poderá” ao se referir à conduta do juiz na análise do pedido de tutela antecipada, considerando-se que não existe discricionariedade ao juiz nessa decisão: estando presentes os requisitos legais caberá ao juiz antecipar a tutela e caso contrário, a indeferi-la.

Em segundo a supressão da expressão “inicial” serve para afastar a dúvida a respeito da legitimidade do réu em pedir tutela antecipada, conforme já reconhecido pela melhor doutrina². O réu faz pedido quando contra-ataca o autor, por meio da reconvenção e pedido contraposto, quando contesta na ação dúplice (a improcedência será o suficiente para a entrega ao autor do bem da vida em disputa), e quando contesta ações em geral (pede a declaração de inexistência do direito material alegado pelo autor). Em qualquer dessas situações, não faz “pedido inicial”, não obstante faz “pedido inicial”, não obstante fazer pedido que pode ter seus efeitos antecipados.

Em terceiro a substituição de “prova inequívoca” para “prova formalmente confiável”, numa tentativa de consagrar legislativamente o entendimento majoritário a respeito da definição do que seja a “prova inequívoca” atualmente contida no dispositivo legal: prova séria que corrobore a alegação que já parece ser verdadeira³.

II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou a proteção intencional do procedimento.

² Marinoni, Tutela, n. 4.3.1, p. 148; Bedaque, Tutela, n. 25, p. 354. Contra: Scarpinella Bueno, Tutela, n. 4.5, p. 43; Gusmão Carneiro, Da antecipação, n. 42, p. 62; Câmara, Lições, v. 1, p. 438.

³ Bedaque, Tutela, n. 20, p. 334; Dinamarco, A reforma, n. 106, p. 145; Theodoro Jr., Curso, p. 572-573; Zavascki, Antecipação, p. 77; Câmara, Lições, v. 1, p. 441.

A alteração sugerida tem duas funções: primeiro indicar que o “mero propósito” de protelar, conforme consta atualmente do dispositivo legal, não é o suficiente para que a tutela antecipada seja concedida, devendo o ato consciente da parte efetivamente atrasar o andamento procedimental⁴; em segundo revogar a expressa previsão ao réu, porque também o autor poderá praticar atos protelatórios, em especial quando pretender atrasar o processo em razão de reconvenção ou pedido contraposto elaborado pelo réu.

§ 2º: a concessão de tutela antecipada praticamente irreversível só será admitida na hipótese de irreversibilidade recíproca, devendo o juiz nesse caso decidir em favor da parte que apresentar o direito mais aparente

A alteração sugerida consagra entendimento doutrinário majoritário de que a irreversibilidade **não é a jurídica, sempre inexistente, mas a fática**, que é analisada pela capacidade de retorno ao *status quo ante* na eventualidade de revogação da tutela antecipada. Mas o propósito principal da sugestão é adequar o dispositivo legal à realidade forense, considerando-se a rotineira concessão de tutela antecipada irreversível. A proposta busca limitar a concessão da tutela antecipada a uma situação-limite, chamada por parcela da doutrina de “**recíproca irreversibilidade**”⁵; *trata-se de situação na qual o indeferimento do pedido faz o alegado direito do autor perecer, mas sua concessão cria uma situação fática irreversível. Nesse caso extremo, caberá ao juiz a ponderação do direito mais provável no momento de análise do pedido da tutela antecipada*⁶, aplicando-se o princípio da *razoabilidade*.

§ 3º a execução da decisão que concede a tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 475-O, 461, §§ 4º e 5º e 461-A.

Compreende-se que em 1994 o legislador ainda tivesse receio de que o termo “execução” sugerisse “processo autônomo de execução” em decorrência do princípio da autonomia das ações vigente à época. Atualmente, entretanto, tal receio não mais existe, estando o sistema e o operador acostumados ao sincretismo processual, de forma que a

⁴ Zavascki, Antecipação, p. 154; Bedaque, Tutela, p. 330.

⁵ Gusmão Carneiro, Da antecipação, n. 53, p. 87.

⁶ Zavascki, Antecipação, n. 13, p. 100; Marinoni, Tutela, n. 4.12, p. 198.

utilização do termo “efetivação” só serve a confundir o interprete, que poderá ingenuamente entender que tutela antecipada não se executa, mas se efetiva. Outra alteração sugerida é substituir o art. 588, CPC, revogado pela Lei 11.232/2005 pelo art. 475-O, CPC.

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado. Sendo requerida tutela cautelar, de forma incidental ou antecedente, o juiz concederá, desde que presente os respectivos pressupostos, a tutela antecipada, determinando as adequações procedimentais necessárias.

Propõe-se incluir uma nova frase no dispositivo para consagrar legislativamente o entendimento de que a fungibilidade entre a tutela cautelar e a tutela antecipada é de mão-dupla⁷, aliás, como toda fungibilidade. A permissão ao juiz para que proceda as devidas adequações procedimentais decorre da forma que o pedido cautelar poderá assumir. Tratando-se de cautelar incidental não há maiores complicações práticas. Caso a parte tenha ingressado com um processo cautelar incidental, o juiz determinará a baixa na distribuição, juntará a “petição inicial” como mera peça nos autos principais e deferirá a tutela antecipada, desde que preenchidos os requisitos⁸. Caso a parte faça o pedido de tutela cautelar por mera petição nos autos do processo principal, a solução é ainda mais fácil, bastando ao juiz adequar o pedido à tutela de urgência cabível, no caso a tutela antecipada. Na hipótese de processo cautelar preparatório, o juiz deve conceder a tutela antecipada e intimar a parte para que emende sua petição inicial no prazo de dez dias, transformando o processo cautelar no processo principal – em regra de conhecimento – sob pena de indeferimento da inicial e conseqüente revogação da tutela antecipada já concedida⁹.

Art. 278, § 1º: É lícito ao réu, na contestação, formular pedido em seu favor, desde que fundado na mesma situação fática narrada

⁷ Dinamarco, *A nova*, n. 31, p. 70-71; Bedaque, *Código*, p. 808. Contra: Fux, *Curso*, p. 73.

⁸ Nery-Nery, *Código*, p. 531.

⁹ STJ, 2.ª Turma, REsp 889.886/RJ, rel. Min. Humberto Martins, j. 07.08.2007, DJ 17.08.2007, p. 413; REsp 653.381/RJ, 3.ª Turma, rel. Min. Nancy Andriighi, j. 21.02.2006, DJ 20.03.2006, p. 268; Scarpinella Bueno, *Tutela*, n. 13, p. 126-127.

na petição inicial

O dispositivo legal trata do pedido contraposto, forma de contra-ataque do réu elaborada na própria contestação. Segundo a redação atual o réu só poderá fazer pedido contraposto se fundamentá-lo nos mesmos fatos referidos na inicial, o que tornaria a missão do réu em se sagrar vitorioso nesse pedido contraposto praticamente impossível. A proposta busca afastar a identidade de fatos como requisito do pedido contraposto, passando a prever a identidade de situação fática ou o mesmo episódio da vida¹⁰, permitindo-se ao réu a alegação de outros fatos ou dar diferentes versões dos fatos alegados pelo autor.

Art. 280. No procedimento sumário não é admissível a reconvenção e a intervenção de terceiros, salvo a assistência, o recurso de terceiro prejudicado e a intervenção fundada em contrato de seguro.

Apesar de ser uníssono na doutrina e jurisprudência o não cabimento da reconvenção no procedimento sumário, não existe qualquer previsão legal que expressamente consagre essa vedação. A exclusão da vedação à ação declaratória incidental no procedimento sumário atende a antiga e correta crítica doutrinária¹¹. O objetivo da ação declaratória incidental é ampliar os limites objetivos da coisa julgada, e não ampliar o objeto do processo. A questão prejudicial será obrigatoriamente resolvida pelo juiz com ou sem a ação declaratória incidental. É correta a conclusão, portanto, de que, tendo o juiz que decidir aquela questão de qualquer forma, a propositura da ação declaratória incidental não gera nenhum prejuízo ao ideal de maior celeridade e simplicidade do procedimento sumário.

Art. 284. Verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 (dez) dias, salvo na hipótese do art. 39, parágrafo único, do CPC.

A alternância busca prever expressamente a única hipótese de emen-

¹⁰ Araken de Assis, *Procedimento*, n. 31.2, p. 94; Theodoro Jr., *Curso*, v. 3, n. 348, p. 388.

¹¹ Calmon de Passos, *Comentários*, p. 147; Wambier-Wambier, *Breves*, p. 70; Batista Lopes, *Ação*, p.144.

da da petição inicial em que o prazo não é de 10 dias, mas de 48 horas. Caso não se entenda razoável a existência de diferentes prazos para a emenda da petição inicial em razão da irregularidade a ser resolvida, deve ser revogada a previsão do art. 39, parágrafo único, do CPC.

Art. 284. Parágrafo único. Sendo realizada uma emenda parcial, caberá ao juiz determinar uma nova emenda da petição inicial. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial.

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência entendem pela possibilidade de **emendas sucessivas**, abrindo-se mais de uma oportunidade para a emenda da petição inicial. É possível considerar que o autor, intimado a emendar a petição inicial, o faça de forma incompleta. Nesses casos, mais uma vez à luz do princípio da instrumentalidade das formas, é possível a abertura de novo prazo para que o autor complemente sua primeira emenda¹². O limite das emendas sucessivas deve ser apreciado no caso concreto, não se podendo eternizar o início de um processo com sucessivas determinações de emendas cumpridas de forma falha ou parcialmente pelo autor. Observe-se que a possibilidade de emendas sucessivas deve ser analisada à luz do disposto no art. 284, parágrafo único, do CPC. Significa dizer que, no caso de o juiz ter determinado a emenda da petição inicial, sem que o autor tenha tomado qualquer atitude positiva a esse respeito, o único caminho viável ao juiz é o indeferimento da petição inicial. O raciocínio é simples: determinando a emenda da petição inicial, entendeu que tal petição não tinha condições de dar início a um processo, e, não havendo a emenda determinada, o vício continua a existir e a única saída possível ao juiz é o indeferimento da petição inicial

Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e já existir súmula ou jurisprudência dominante dos tribunais rejeitando a tese jurídica que fundamenta o pedido do autor, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

Crítica comum encontrada na doutrina a respeito do julgamento liminar de improcedência previsto criado pelo art. 285-A do CPC é a

¹² Nery-Nery, *Código*, p. 554; Cassio Scarpinella Bueno, *Código*, p. 875.

permissão ao juiz que decida baseado em julgamentos anteriores do próprio juízo, e não em súmulas e jurisprudência dominante dos tribunais. Segundo a doutrina crítica a redação atual do art. 285-A, *caput*, CPC, permite ao juiz julgamentos liminares de mérito mesmo contra posicionamento pacificado nos tribunais, o que naturalmente não será benéfico ao processo, considerando-se a grande chance de acolhimento do recurso a ser interposto contra a sentença.

A proposta de nova redação afasta a vinculação voluntária do juiz a julgados de primeiro grau, exigindo para o julgamento liminar de improcedência a consolidação do entendimento nos tribunais, tanto de segundo grau como superiores, devendo o juiz ter a sensibilidade de atender ao posicionamento dos tribunais superiores quando esse conflitar com o entendimento do tribunal de segundo grau. A sugestão se compatibiliza com a tendência verificada no processo civil pátrio de valorização dos entendimentos pacificados nos tribunais, tal como ocorre com a súmula vinculante, sumula impeditiva de recursos, julgamentos monocráticos pelo relator, etc.

Art. 285-A, § 3º. Estando o processo pronto para imediato julgamento o tribunal poderá reformar a sentença, julgando o pedido do autor procedente.

A inclusão de um terceiro parágrafo ao art. 285-A tem como propósito afastar o debate a respeito da conduta permitida ao tribunal no julgamento da apelação interposta contra a sentença liminar de improcedência. Conforme entende corretamente parcela da doutrina, além do não conhecimento, do não provimento e do provimento para anular a sentença, determinando-se o retorno dos autos ao primeiro grau, o tribunal também poderá reformar a sentença, julgando procedente o pedido formulado pelo autor em sua petição inicial¹³.

Não haverá nenhuma ofensa ao *contraditório* nesse caso, porque o réu terá sido devidamente citado e intimado para responder o recurso de apelação. Por outro lado, não teria nenhum sentido remeter o processo ao primeiro grau para seguimento normal do procedimento se o tribunal entender que não há mais nada a fazer além de aplicar o direito ao caso concreto. Note-se que nem é caso de aplicação por

¹³ Nery-Nery, *Código*, p. 556, Scarpinella Bueno, *A nova*, p. 81; Didier, *Curso*, p. 422; Bondioli, *O novo*, p. 205-206

analogia do art. 515, § 3.º, do CPC, porque nesse caso o mérito da demanda já foi julgado em primeiro grau, sendo a atividade do tribunal nesse tocante meramente revisora. É natural, entretanto, que esse julgamento de reforma da sentença só seja viável quando o processo estiver maduro para o seu julgamento, porque não estando será hipótese de anulação da decisão impugnada.

Art. 286, caput: O pedido deve ser certo e determinado, podendo ser excepcionalmente genérico:

É antigo o entendimento doutrinário de que os requisitos da certeza e determinação são cumulativos e não alternativos¹⁴, devendo ser alterado o “ou” atualmente constante no dispositivo legal pelo “e”. A observação final quanto ao pedido genérico se presta para confirmar o correto entendimento de que não existe pedido incerto no direito brasileiro, mas tão somente pedido indeterminado (sinônimo de genérico)¹⁵. O cuidado é justificado porque mesmo no pedido genérico, cabe ao autor fazer o pedido certo, ou seja, deve determinar a espécie de tutela e o gênero do bem da vida¹⁶.

Art. 286. d) quando a quantificação do dano depender da produção de prova pericial (ou técnica)

A inclusão de mais uma hipótese de pedido genérico acolheria entendimento doutrinário¹⁷ e jurisprudencial¹⁸, em interpretação ampla do inciso II já existente, no sentido de permitir ao autor a formulação de um pedido indeterminado sempre que a fixação do valor do dano alegado pelo autor exigir a produção de prova pericial.

Por não ter outra forma de descobrir o valor de sua pretensão, que não por meio da produção de uma prova técnica, o autor contrata um particular que realiza referida prova e com ela instrui sua petição inicial, indicando o valor obtido pelo técnico como o valor de sua pretensão. Ocorre, porém, que a referida prova não foi realizada sob

¹⁴ Theodoro Jr., *Curso*, n. 361, p. 410; Greco Filho, *Direito*, n. 24, p. 111.

¹⁵ Barbosa Moreira, *O novo*, p. 11; Baptista da Silva, *Curso*, p. 227; STJ, 1.ª Turma, REsp 764.820/MG, Rel. Min. Luiz Fux, j. 24.10.2006.

¹⁶ Theodoro Jr., *Curso*, n. 363, p. 411; Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 296.

¹⁷ Dinamarco, *Instituições*, n. 444, p. 120-121.

¹⁸ STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 906.713/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 23/06/2009, DJe 06/08/2009.

o crivo do contraditório, de modo que é praticamente certa a impugnação do réu, exigindo a produção da prova em juízo, sob a forma pericial. Por ser possível essa nova produção, agora judicial e protegida pelas garantias da ampla defesa e do contraditório, deverá o pedido do réu ser admitido, sob pena de cerceamento de defesa e de anulação do processo. Com isso, o princípio da economia processual resta sacrificado, considerando-se que todo o dinheiro e tempo gastos pelo autor na elaboração da prova técnica extrajudicial só terão servido para a fixação do valor de sua pretensão na petição inicial.

Art. 289. É lícito formular mais de um pedido a fim de que o juiz conheça do posterior, em não podendo acolher o anterior.

O art. 289 do CPC utiliza a expressão “ordem sucessiva”, mas descreve a cumulação subsidiária/eventual¹⁹, por meio da qual a análise do pedido posterior depende da rejeição do pedido anterior. A cumulação sucessiva, por sua vez, se dá sempre que o pedido posterior só será analisado pelo juiz tendo sido o pedido anterior acolhido (p. ex. investigação de paternidade cumulada com alimentos). Apesar da atual redação não estar incorreta, pode sem qualquer necessidade confundir um interprete menos atento, propondo-se a supressão da expressão “ordem sucessiva”.

Art. 292. É permitida a cumulação, num único processo, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão.

Segundo a redação atual do dispositivo os pedidos cumulados num mesmo processo devem ser endereçados ao mesmo réu, não sendo admissível, ao menos numa interpretação literal, que sejam dirigidos diferentes pedidos a diferentes réus que componham o pólo passivo em litisconsórcio. Ocorre, entretanto, que essa exigência é descabida e não deve ser mantida como requisito para a cumulação de pedidos. Estando preenchidos os requisitos previstos nos incisos do § 1º do art. 292 do CPC, não existe qualquer empecilho para a cumulação de pedidos. Nesse entendimento, basta o preenchimento dos requisitos previstos no art. 292, § 1.º, do CPC e a demonstração que a cumulação – tanto de pedidos como de réus – não gera tumulto procedimental nem prejudica o exercício da ampla defesa²⁰. A sugestão é de su-

¹⁹ STJ, 1.ª Turma, REsp 844.428/SP, Rel. Min. Luiz Fux, j. 04.03.2008.

²⁰ STJ, 2.ª Turma, AgRg no REsp 953.731/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 02.10.2008.

pressão de parte do dispositivo: “contra o mesmo réu”.

Art. 292. I - sempre que o juiz puder acolher todos os pedidos cumulados, eles devem ser compatíveis entre si.

O art. 292, § 1.º, I, do CPC prevê que os pedidos não podem ser incompatíveis entre si, mas essa exigência só é aplicável às espécies de cumulação própria (simples e sucessiva), ou seja, naquelas espécies de cumulação nas quais todos os pedidos cumulados podem ser acolhidos pelo juiz. A incompatibilidade de pedidos não é impeditivo da cumulação não gera problema nas espécies de cumulação imprópria (subsidiária/eventual e alternativa), que se caracterizam pela possibilidade de concessão de apenas um dos pedidos cumulados²¹. Sabendo-se de antemão que o autor, na melhor das hipóteses, receberá somente um dos pedidos formulados, a exigência legal deve ser afastada. A alteração do dispositivo legal busca fazer essa distinção, sem expressa menção as diferentes espécies de cumulação, considerando-se que essas diferentes espécies de cumulação são resultado de lições doutrinárias.

§ 2º Quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, admitir-se-á a cumulação, se o autor empregar o procedimento ordinário, salvo quando houver pedido que deva seguir procedimento especial.

O art. 292, § 1.º, III, do CPC exige como requisito para a cumulação de pedidos a identidade procedimental entre eles, o que faz sentido considerando-se que a demanda deve seguir sempre um procedimento único. Segundo o art. 292, § 2.º, do CPC, havendo diversidade de procedimentos dos pedidos cumulados, o autor poderá cumulá-los pelo rito ordinário. Essa preferência pelo rito ordinário, entretanto, não permite a cumulação de quaisquer pedidos de diferentes procedimentos. A redação proposta prevê a impossibilidade de cumulação quando houver pedido que segue procedimento especial, porque nesse caso não há uma opção do autor a sua utilização, sendo de

aplicação cogente, não se admitindo que um pedido de procedimento especial seja cumulado com outro de procedimento comum pelo rito ordinário²² (por exemplo, pedido de revisão contratual com o de prestação de contas²³).

Art. 294. Antes da citação, o autor poderá aditar o pedido, correndo à sua conta as custas acrescidas em razão dessa iniciativa, nos termos do art. 264 do CPC.

O art. 264 do CPC trata da estabilização objetiva da demanda de forma ampla, tratando tanto da ampliação do pedido como da causa de pedir, enquanto o art. 294 do CPC trata tão somente do aditamento do pedido. Parcela doutrinária majoritária entende que o art. 294 do CPC deve ser interpretado à luz do art. 264, *caput* do CPC, de forma que o aditamento do pedido também seria permitido após a citação, dependendo da anuência do réu²⁴, entendimento que restaria consagrado pela redação sugerida. A modificação sepultaria definitivamente a tentativa de parcela doutrinária minoritária de fazer no campo cível uma distinção entre *mutatio libeli* e *emendatio libeli*. Há também a alternativa de simplesmente revogar o art. 294 do CPC, deixando totalmente a cargo do art. 264 do CPC o tratamento da estabilização da demanda.

Art. 295. II - quando o ator for manifestamente carecedor de ação

A redação sugerida ao inciso II reúne as causas de indeferimento da petição inicial que estão atualmente espalhadas nos incisos II, III, parágrafo único, III, do art. 295. Todos esses dispositivos legais tratam da carência da ação, não havendo justificativa para serem tratados em diferentes incisos. Ademais, não se compreende porque somente o pedido juridicamente impossível é causa de inépcia da petição inicial, enquanto a ilegitimidade e a falta de interesse de agir não tornam a petição inepta. Em meu entendimento inépcia da petição inicial não se confunde com carência de ação, em nenhuma de suas espécies.

²¹ Theodoro Jr., *Curso*, n. 369, p. 414; Scarpinella Bueno, *Curso*, p. 85-86.

²² Greco Filho, *Direito*, n. 24, p. 114; Dinamarco, *Instituições*, n. 996, p. 368; Calmon de Passos, *Comentários*, n. 31.8.3, p. 236. Contra, Nery-Nery, *Código*, p. 559; Scarpinella Bueno, *Curso*, p. 87.

²³ STJ, 4.ª Turma, AgRg no REsp 739.700/RS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 02.10.2007.

²⁴ Scarpinella Bueno, *Código*, p. 915; Nery-Nery, *Curso*, p. 560; Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 303; Costa Machado, *Código*, p. 660.

²⁵ Calmon de Passos, *Comentários*, n. 35.6, p. 263. Theodoro Jr., *Curso*, n. 356, p. 402; Greco Filho, *Direito*, n. 115, p. 117; STJ, 3.ª Turma, AgRg no REsp 826.208/RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 25.09.2007.

Art. 295. V - quando o tipo de procedimento ou de processo, escolhido pelo autor, não corresponder à natureza da causa, ou ao valor da ação; caso em que só não será indeferida, se puder adaptar-se ao tipo de procedimento legal;

Apesar da resistência de parcela da doutrina e da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça²⁵, não existe qualquer justificativa plausível para que a possibilidade de emenda da petição inicial quando incorreto o processo adotado pelo autor (p. ex. execução sem título executivo judicial). O juiz não pode modificar o processo de ofício, obrigando o autor a demandar em processo não escolhido por ele, mas não há nenhum inconveniente prático ou jurídico a impedir que o juiz determine ao autor a emenda da petição inicial para que providencie a adequação do processo às exigências do caso concreto²⁶. A inclusão sugerida pretende que, com a expressa previsão legal ao permitir a adequação do processo, se evite o indeferimento da petição inicial, em atenção ao princípio da economia processual.

Art. 296. Indeferida a petição inicial, o autor poderá apelar, facultado ao juiz, no prazo de 5 dias, reformar sua decisão.

Apesar de se tratar de prazo impróprio, portanto de pouca relevância processual, não há qualquer sentido na manutenção de prazos distintos para o excepcional juízo de retratação da apelação. Existem somente duas hipóteses nas quais o juiz poderá se retratar de sua sentença, anulando-a e dando continuidade regular ao procedimento: julgamento liminar de improcedência e indeferimento da petição inicial (em comum serem sentença proferidas antes da citação do réu). Não tem qualquer sentido que no art. 285-A, § 1º o prazo de retratação seja 5 dias e no art. 296 de 48 horas. A proposta é singela e busca uniformizar esse prazo.

Art. 296. Parágrafo único. Não sendo reformada a decisão, o réu será intimado a responder o recurso e os autos serão imediatamente encaminhados ao tribunal competente.

²⁶ Talamini, *Tutela*, p. 89; Didier, *Curso*, p. 382.

²⁷ Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 108; Nery-Nery, *Código*, p. 564; STJ, REsp. 507.301/MA, 2ª Turma, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 13/03/2007, DJ 17/04/2007, p. 286; STJ, AgRg no Ag 602.885/DF, 6ª Turma, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 19/04/2005, DJ 01/07/2005, j. 664.

Atualmente o réu não é intimado para participar do julgamento desse recurso, que contará exclusivamente com a participação do autor. No caso de provimento e retorno dos autos ao primeiro grau para continuação do procedimento, o réu, uma vez citado, poderá alegar a mesma matéria que já foi objeto de apelação, levando-se em consideração que, por não ter participado do julgamento, não pode sofrer seus efeitos, o que configuraria em evidente afronta ao princípio da ampla defesa e do contraditório²⁷. Na doutrina tudo perfeito, mas na praxe forense o que se nota é que dificilmente o juiz acolhe a alegação do réu contra aquilo que foi decidido no tribunal, havendo apenas um simulacro de contraditório.

A sugestão é adequar o dispositivo legal à prática forense e até mesmo tornar também no tocante ao procedimento da apelação o julgamento liminar de improcedência e o indeferimento da petição inicial. Além da homogeneização, com o contraditório estabelecido com a citação do réu, o tribunal poderá aplicar o art. 515, § 3º do CPC, passando ao julgamento do mérito do processo sempre que entender estar o processo pronto para imediato julgamento.

Art. 299. A contestação e a reconvenção serão oferecidas numa mesma peça, com identificação clara da defesa e do contra-ataque; a exceção será processada em apenso aos autos principais.

Pela atual redação do art. 299 do CPC contestação e reconvenção devem ser apresentadas em peças autônomas, ainda que ambas sejam juntadas aos autos principais. Não existe qualquer razoabilidade na exigência dessas duas peças, sendo medida de economia processual e de menor formalismo do procedimento a apresentação de defesa e contra-ataque em peça comum, como já ocorre com o pedido contraposto. Cumpre registrar que em aplicação do princípio da *instrumentalidade das formas* admite-se que a reconvenção seja elaborada na mesma peça em que se contesta a demanda, desde que seja possível a identificação exata da defesa e do contra-ataque do réu²⁸, o que já demonstra a impropriedade da redação atual do dispositivo legal.

²⁸ Dinamarco, *Instituições*, v. 3, n. 1096, p. 501, STJ, 5ª Turma, REsp 549.587/PE, Rel. Min. Felix Fischer, j. 23.03.2004, DJ 10.05.2004.

²⁹ Marcato, *Código*, p. 992.

Art. 301, § 4º Com exceção da convenção de arbitragem, o juiz conhecerá de ofício da matéria enumerada neste artigo

O art. 301 do CPC prevê as chamadas defesas preliminares, sendo que todas elas são objeções, ou seja, são defesas que podem ser conhecidas de ofício pelo juiz. A exceção fica por conta da previsão contida no § 4º do dispositivo legal ora comentado, mas sua interpretação literal vem suscitando debate doutrinário. Apesar de corrente doutrinária buscar fazer distinção de natureza entre a cláusula compromissória (objeção processual) e o compromisso arbitral (exceção processual)²⁹, não parece haver razões justificadoras para tal interpretação. A convenção de arbitragem, gênero do qual são espécies o compromisso arbitral e a cláusula compromissória, deve ser encarado sempre como exceção, considerando-se que se as partes podem abrir mão da intervenção jurisdicional, sempre que uma delas procure o Poder Judiciário, caberá a parte contrária a alegação que pretende que a solução do conflito se dê por arbitragem³⁰.

Apesar de reconhecer as diferenças entre as duas espécies de convenção de arbitragem (se não existissem diferenças não seria necessária a existência de duas espécies), não parece razoável que numa o réu tenha de alegar a sua existência sob pena do processo continuar normalmente em tramite perante o Poder Judiciário, enquanto na outra o juiz possa extinguir o processo de ofício sem antes saber se o réu também abriu mão do acerto arbitral (o autor o fez ao ingressar com o processo judicial). A proposta de nova redação torna homogêneo o tratamento judicial das diferentes espécies de convenção de arbitragem.

Art. 304. É lícito a qualquer das partes argüir, por meio de exceção, o impedimento (art. 134) ou a suspeição (art. 135), não sendo legitimado o autor a argüir a incompetência por meio de exceção.

Estabelece atualmente o art. 304 do CPC que "qualquer das partes" poderá argüir as exceções rituais, em regra claramente limitada às alegações de impedimento e suspeição do juiz, considerando-se que o autor não é legitimado para alegar incompetência relativa em razão de preclusão lógica operada no momento de interposição da pe-

³⁰ Marinoni-Mitidiero, Código, p. 310.

³¹ Barbosa Moreira, *O novo*, p. 41.

tição inicial em juízo relativamente incompetente³¹. A exceção de impedimento e suspeição, por outro lado, pode ser alegada tanto pelo autor como pelo réu, até mesmo porque o autor pode escolher, quando muito, o juízo para o qual será distribuída a petição inicial, mas jamais escolherá o juiz. Ciente dessa realidade, a redação sugerida do art. 304 atente as diferentes características do impedimento e suspeição (objeções) e da incompetência relativa (exceção).

Art. 305. O direito a excepcionar o juiz pode ser exercido em qualquer tempo, ou grau de jurisdição, cabendo à parte oferecer exceção, no prazo de 15 (quinze) dias na hipótese de suspeição, contado da ciência da parte do fato que ocasionou a o impedimento ou a suspeição. A exceção de incompetência deve ser apresentada no prazo de resposta do réu.

Além de prever a possibilidade de a exceção ritual ser alegada a qualquer momento, o art. 305 do CPC também prevê que essa alegação poderá ser feita em qualquer grau de jurisdição. A regra, entretanto, só tem aplicação para as exceções rituais de impedimento e suspeição, considerando-se que, mesmo nos casos de competência originária do tribunal, se alguma incompetência existir ela será de natureza absoluta (competência funcional), sendo absolutamente inadmissível uma exceção de incompetência relativa fora do primeiro grau de jurisdição³².

Em mais um equívoco do legislador, o art. 305, *caput*, do CPC, prevê que o prazo para a interposição das exceções rituais é de 15 dias. Na exceção de incompetência o prazo será o de resposta do réu; na exceção de impedimento não há prazo para interposição, até mesmo porque esse vício proporciona o ingresso de ação rescisória (art. 485, II, do CPC)³³; na exceção de suspeição, apesar do entendimento do Superior Tribunal de Justiça apontar para a resposta do réu,³⁴ o melhor entendimento é pelo prazo de 15 dias. Afinal, como a matéria pode ser alegada a qualquer momento, sendo a causa da suspeição conhecida apenas depois desse momento procedimental, aplica-se o art. 305, *caput*, do CPC, sendo o prazo das partes de 15 dias.

³² Marinoni-Mitidiero, Código, p. 317.

³³ Barbosa Moreira, *O novo*, p. 41 e Calmon de Passos, *Comentários*, v. 3, p. 294.

³⁴ STJ, REsp 545.189/RO, 5.ª Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 11.04.2006, DJ 02.05.2006, p. 368.

³⁵ Barbosa Moreira, *O novo*, p. 41; Theodoro Jr., *Curso*, p. 357.

O art. 305, *caput*, do CPC prevê que o termo inicial da contagem de prazo para a interposição de exceção é a data do fato que ocasionou a incompetência, o impedimento ou a suspeição. A regra é totalmente inaplicável, visto que redigida em flagrante e inaceitável afronta ao *princípio do contraditório*, que exige a ciência das partes para que então possam reagir. A proposta de redação do dispositivo legal, de se dar como termo inicial da contagem de prazo a data em que a parte tomou conhecimento do fato que gerou a causa da exceção, é fundada em sólido entendimento doutrinário³⁵.

Art. 305. Parágrafo único. Na exceção de incompetência (art. 112 desta Lei), a petição pode ser protocolizada no foro de domicílio do réu, sozinha ou em conjunto com a contestação, com requerimento de sua imediata remessa ao juízo que determinou a citação, que será determinada pelo cartório distribuidor após o pagamento das custas judiciais.

O dispositivo legal tem o inegável mérito de facilitar a tarefa do réu em excepcionar o juízo situado em foro diverso do local em que tem seu domicílio, sendo a *ratio* da norma elogiável, ainda que a utilização do termo "juízo" de domicílio do réu não esteja correta, sendo preferível "foro", porque no domicílio do réu não haverá nenhum processo instaurado, sendo inadequado falar em juízo. A proposta de redação corrige esse equívoco do legislador. Existe certa divergência a respeito de qual o cartório deve se responsabilizar pela remessa dos autos ao juízo de origem, sendo mais adequado entregar tal tarefa ao cartório distribuidor. A atividade é meramente administrativa, não gerando qualquer espécie de prevenção do juízo, de forma que será trabalho desnecessário a distribuição da petição para somente em momento posterior ocorrer sua remessa ao juízo de origem. Por fim, a expressa previsão de que peça de exceção pode vir acompanhada da contestação se presta a tranquilizar os réus que costumam excepcionar e contestar ao mesmo tempo, ainda que seja plenamente admissível contestar depois de excepcionar, desde que dentro do prazo.

Art. 306. Protocolada a exceção, o procedimento principal ficará suspenso (art. 265, III), até que seja proferida decisão

³⁵ STJ, 3.^a Turma, REsp 790.567-RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 24.04.2007.

O art. 306 do CPC prevê que o recebimento da exceção ritual suspende o processo, mas na realidade a suspensão tem início com a **mera** interposição da exceção ritual³⁶, sendo essa a realidade consagrada na proposta de redação do dispositivo legal. Mesmo na hipótese de exceção manifestamente infundada, que deva ser indeferida de plano, a sanção processual será a aplicação de multa por litigância de má-fé, sendo que a suspensão durará entre a interposição da exceção e seu indeferimento liminar.

Ainda segundo o art. 306 do CPC, o processo será suspenso com o recebimento – na realidade o oferecimento – da exceção, mas é preciso atentar para o fato de que a exceção faz parte do processo, e naturalmente terá andamento após a sua interposição. Significa dizer que o processo não é integralmente suspenso, a não ser que se considere a exceção um novo processo, o que é claramente inadmissível. A suspensão prevista pelo dispositivo legal limita-se ao procedimento principal, e não ao processo como um todo, que continuará seu andamento por meio do andamento da exceção ritual.

Por fim, o art. 306 do CPC, prevê a suspensão do processo – procedimento principal – persiste até o julgamento definitivo da exceção ritual. Na realidade é mais um equívoco do dispositivo legal porque a suspensão dura somente até a primeira decisão proferida na exceção seja uma decisão processual ou referente ao mérito. Significa dizer que, uma vez decidida à exceção, mesmo que interposto o recurso cabível, a decisão gera efeitos imediatos, não havendo nenhum sentido em manter a suspensão até o julgamento definitivo³⁷.

Art. 311. Julgada procedente a exceção, os autos serão remetidos ao juiz competente, sendo as partes intimadas pelo novo juízo da chegada dos autos, quando o procedimento principal retomará seu regular andamento

Art. 311-A. Havendo necessidade de prática de ato urgente, não atingido pela suspensão do procedimento principal, a parte interessada deverá requerer a medida de urgência perante o foro indicado como competente no julgamento da exceção, tornando-se pre-

³⁷ STJ, 1.^a Turma, REsp 848.954-PR, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 24.04.2007; STJ, 3.^a Turma, REsp 578.344/BA, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 16.03.2004.

³⁸ Barbosa Moreira, *O novo*, p. 44; Figueira Jr., *Comentários*, p. 297.

vento o juízo que decidir o pedido.

Sendo necessária a remessa dos autos, haverá um período de tempo de trânsito dos autos, durante o qual não se saberá qual é o juízo competente (vara, número do processo), mas tão-somente o foro competente (comarca, seção judiciária). Durante esse lapso temporal o procedimento não retoma seu andamento, devendo as partes ser intimadas da chegada dos autos ao novo juízo para que o procedimento retome seu andamento³⁸. A alteração sugerida busca tornar claro e indiscutível que o procedimental principal – e principalmente os prazos processuais – não será imediatamente retomado com o acolhimento da exceção de incompetência relativa.

A criação do art. 311-A busca resolver interessante questão a respeito da prática de atos urgentes durante o período de trânsito dos autos. Entendo que o mais adequado é a parte ingressar com o pedido perante o foro competente, com distribuição livre e prevenção do juízo que o analisar. Dessa forma, preserva-se a competência determinada pela decisão proferida na exceção de incompetência e não se prejudica a parte pela indefinição quanto ao juízo competente.

Art. 315. Parágrafo único. Não pode o réu, em seu próprio nome, reconvir ao autor, quando este demandar em nome próprio na defesa de direito de outrem

A leitura apressada do art. 315, parágrafo único, CPC, pode levar o leitor mais desavisado a concluir se tratar de norma referente à *representação processual*, pois quem atua em nome de outrem é representante processual. Essa interpretação, entretanto, tornaria o dispositivo legal absolutamente inútil, considerando-se que o **representante não é parte**, o que significa dizer que já não tem legitimidade pelo disposto no art. 315, *caput*, do CPC. A doutrina de forma uníssona empresta utilidade ao artigo legal ao entender tratar-se de hipóteses de *substituição processual* na ação originária, que deverá obrigatoriamente se repetir na ação reconvenção. A regra acaba tornando-se simples: exige-se que os sujeitos tenham na reconvenção a mesma qualidade jurídica com que figuram na ação originária. Se naquela estavam como substitutos processuais (seja no pólo ativo ou passivo),

³⁹ Cf. Calmon de Passos, *Comentários*, p. 313. Barbosa Moreira, *O novo*, p. 44-45.

⁴⁰ Dinamarco, *Instituições*, v. 3, n. 1.103, p. 510.

da mesma forma deverão figurar na reconvenção. Nas palavras de autorizada doutrina, trata-se do princípio da identidade bilateral, que não é identidade da pessoa física, mas identidade subjetiva de direito³⁹. A sugestão redacional atende à essas críticas doutrinárias.

Art. 316. Oferecida a reconvenção, o autor reconvido será intimado, na pessoa do seu procurador, para respondê-la no prazo de 15 (quinze) dias

O art. 316 do CPC expressamente prevê que o prazo de 15 dias após a intimação do autor reconvido é de contestação, mas na realidade o rol de reações é um pouco mais amplo. A exceção de incompetência é inadmissível porque a questão da competência relativa já terá sido superada nesse momento procedimental⁴⁰. São cabíveis as exceções de impedimento e de suspeição do juiz, ainda que seja mais provável que essas exceções sejam apresentadas na ação originária. A impugnação ao valor da causa é admissível. A reconvenção da reconvenção, apesar de rara, também é admitida, embora parcela da doutrina entenda que o seu cabimento esteja condicionado às hipóteses de reconvenção com fundamento na conexão com os fundamentos de defesa⁴¹. Das intervenções de terceiro naturalmente só interessam ao debate as formas provocadas de intervenção, sendo a nomeação à autora inadmissível, mas a denúncia da lide e o chamamento ao processo admissíveis⁴².

Art. 319. Se o réu não contestar validamente a ação, será considerado revel, reputando-se verdadeiros os fatos afirmados pelo autor

A ausência deve ser necessariamente jurídica porque ocorre revelia mesmo nos casos em que o réu apresenta contestação, que faticamente existirá. Essa existência fática, entretanto, não é o suficiente para afastar a revelia, sendo indispensável que juridicamente ela exista. Contestação intempestiva, por exemplo, não impede a revelia do réu⁴³.

⁴¹ Dinamarco, *Instituições*, v. 3, n. 1098, p. 504; Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 156.

⁴² Daniel Neves, *Manual*, n. 11.7.4, pp. 324-325.

⁴³ STJ, 4.^a Turma, REsp 669.954/RJ, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 21.09.2006, DJ16.10.2006. Posição contrária minoritária: Calmon de Passos, *Comentários*, n. 237.2, p. 353.

⁴⁴ Nesse sentido, Dinamarco, *Instituições*, v. 3, n. 1120, p. 533; Scarpinella Bueno, *Curso*, v. 2, p. 189; Fidélis dos Santos, *Manual*, v. 1, n. 546, p. 395-396.

O art. 319 do CPC confunde o *conteúdo* da revelia com o seu *efeito principal*, qual seja a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor. Entendo que o conteúdo da revelia não pode ser confundido com os seus efeitos, até porque conteúdo é o que está dentro e efeito é aquilo que se projeta para fora, de maneira que é impossível confundir um com o outro. Afastar essa confusão é importante para que se aceite com maior tranquilidade a hipótese de revelia ineficaz, como ocorre, por exemplo, em processo no qual se discuta direito indisponível, e o réu perca o prazo para contestar, apesar de devidamente representado nos autos. Nesse caso, o réu indiscutivelmente será revel, mas os fatos não serão presumidos (art. 320, II, CPC) e sua intimação para os atos processuais é obrigatória (art. 322, CPC).

Por outro lado, esse entendimento demonstra o equívoco de doutrina minoritária entende ser a revelia a ausência jurídica de resposta do réu, de forma que, apresentada qualquer espécie de resposta, o réu não é revel⁴⁴. Ao que parece, essa parcela da doutrina confunde revelia com seus efeitos, não compreendendo que é plenamente possível um réu revel apresentar outras espécies de resposta que não a contestação, evitando assim a geração dos efeitos da revelia, mas não o seu estado de revel⁴⁵.

A redação sugerida tem como objetivo deixar claro que a contestação é o estado de fato gerado pela ausência de contestação, não se confundindo com seu principal efeito, a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor. A expressa menção à contestação válida encontra sua razão de ser no fato de que somente a ausência jurídica gera revelia, porque a existência fática da contestação não é o suficiente para afastar a revelia, sendo indispensável que juridicamente ela exista. Contestação intempestiva, por exemplo, não impede a revelia do réu⁴⁶.

Art. 320. I - se, havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação, desde que a defesa apresentada aproveite ao réu revel;

A primeira hipótese de exceção a regra da presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor em decorrência da revelia (art. 320, I,

⁴⁵ No sentido do texto Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 131.

⁴⁶ STJ, 4.^a Turma, REsp 669.954/RJ, Rel. Min. Jorge Scartezini, j. 21.09.2006, DJ 16.10.2006. Posição contrária minoritária: Calmon de Passos, *Comentários*, n. 237.2, p. 353.

CPC) contraria a regra da autonomia da atuação dos litisconsortes (art. 48 do CPC), permitindo que o ato praticado por um beneficiário a todos os demais, devendo por essa razão ter tratamento mais detalhado pela lei.

Atualmente a aplicação do dispositivo legal ou da regra que consagra a autonomia dos litisconsortes depende da espécie de litisconsórcio passivo formado na demanda e, depois, dependendo da espécie de litisconsórcio, da análise do conteúdo da contestação. Tratando-se de *litisconsórcio unitário*, no qual a decisão obrigatoriamente será de mesmo teor para todos os litisconsortes, não resta nenhuma dúvida de que a contestação apresentada por um dos réus aproveitará aos demais. No caso de *litisconsórcio simples*, no qual a decisão poderá ter diferente teor para os litisconsortes, o afastamento do efeito mencionado no art. 319 do CPC dependerá do caso concreto, só se verificando quando houver entre os litisconsortes uma identidade de matéria defensiva, ou seja, que a contestação apresentada por um dos réus tenha como teor as matérias de defesa que comporiam a contestação não oferecida do litisconsorte revel. Sendo apresentada contestação com matéria de defesa de exclusivo interesse do réu que a apresentou, os fatos que prejudiquem somente o réu revel poderão ser presumidos verdadeiros⁴⁷.

A proposta de redação do art. 320, I, CPC, procura consagrar o entendimento doutrinário, indicando de forma objetiva a hipótese de cabimento do dispositivo legal em detrimento do art. 48 do CPC.

Seção I

Da especificação de provas

Art. 324. Sendo contestada a ação ou sendo revel o réu sem que tenha sido gerado o efeito de presunção de veracidade dos fatos, o juiz intimará as partes para que especifiquem provas no prazo de 10 dias

A interpretação literal do art. 324, CPC, leva o dispositivo legal a ser

⁴⁷ Calmon de Passos, *Comentários*, n. 246.1, p. 375; Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 133; Nery-Nery, *Código*, p. 594.

⁴⁸ Barbosa Moreira, *O novo*, p. 50; Dinamarco, *Instituições*, n. 1.133, p. 552; Theodoro Jr., *Curso*, n. 402, p. 457.

aplicado tão na hipótese de revelia do réu, quando o juiz não presumir os fatos alegados como verdadeiros. Ocorre, entretanto, que com a aceitação doutrinária e jurisprudencial dos pedidos genéricos de produção de prova na petição inicial e na contestação do procedimento ordinário, o art. 324 do CPC vem sendo aplicado mesmo quando o réu contesta regularmente a demanda. Como o juiz não sabe exatamente o que as partes pretendem produzir em termos probatórios, determina a especificação de provas em qualquer situação, ampliando-se consideravelmente na praxe forense o âmbito de aplicação do art. 324 do CPC.

A sugestão de modificação – que incluir o nome da Seção I – consagra a corrente prática de intimação à ambas as partes, independentemente da revelia do réu, para que especifiquem provas. A adoção de prazo expresso de 10 dias busca afastar o entendimento doutrinário que defende, em razão do silêncio da lei, o prazo geral de 5 dias previsto no art. 185 do CPC⁴⁸. Por fim, o dispositivo legal contém indevida limitação ao prever que a especificação diz respeito exclusivamente a “provas que pretende produzir em audiência”, quando na realidade a especificação diz respeito a qualquer espécie de prova (a prova pericial, por exemplo, não é produzida em audiência e nem por isso está excluída da especificação).

Seção II

Do Julgamento Antecipado do mérito

O atualmente chamado “julgamento antecipado da lide” é uma das formas de julgamento do processo/fase de conhecimento na fase do “julgamento conforme o estado do processo”. Trata-se do acolhimento ou rejeição do pedido nos termos do art. 269, I, CPC (sentença genuína de mérito), não sendo o mais adequado chamar tal sentença de “julgamento antecipado da lide”.

Como se pode notar da definição clássica de lide (conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida), trata-se de um fenômeno não processual, mas fático-jurídico (ou ainda sociológico), anterior

or ao processo. A lide não é criada no processo, mas antes dele, e também não é tecnicamente correto afirmar que será solucionada no processo, considerando-se que o juiz resolve o pedido do autor e não a lide em si. A solução da lide pelo processo é uma mera consequência dessa solução do pedido, dependendo de sua abrangência para ser total ou parcialmente resolvida. Em razão de tais ponderações, parcela da doutrina já vinha defendendo a utilização de “julgamento antecipado do mérito”⁴⁹, sendo justamente essa a proposta de mudança da redação do título da Seção II.

Art. 330, I - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de instrução probatória

Segundo a previsão atual do art. 330, I, CPC, haverá julgamento antecipado da lide (do mérito) quando não for necessária a produção de prova em audiência. Aparentemente o dispositivo permite o julgamento antecipado sempre que o processo estiver pronto para imediato julgamento, ainda que existam na demanda questões de fato (seja porque os fatos não exijam provas (notórios, incontroversos, presumidos), seja porque as provas necessárias já tenham sido produzidas, em regra a prova documental⁵⁰). Ocorre, entretanto, que mantida a atual redação, a necessidade de produção de prova de qualquer espécie que não exija audiência de instrução não afastaria o julgamento antecipado, com o que não se concorda. Entendo que a justificativa para o julgamento antecipado é estar o processo pronto para imediato julgamento, e sempre que for necessária a produção de qualquer espécie de prova, não mais será possível a aplicação do art. 330, I, CPC. É justamente nesse sentido a alteração proposta, apontando-se a desnecessidade de produção probatória como justificado ao julgamento antecipado.

II - quando ocorrendo a revelia (art. 319), o juiz presumir os fatos verdadeiros.

Pela interpretação literal do art. 330, II, CPC, caberá julgamento antecipado da lide na hipótese de revelia do réu. Na realidade, entretanto, não basta a simples ausência de contestação para que o juiz

⁴⁹ Dinamarco, *Instituições*, n. 1.137, p. 554; Nery-Nery, *Código*, p. 600.

⁵⁰ Barbosa Moreira, *O novo*, p. 98; Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 243; STJ, 4.^a Turma, AgRg no Ag 693.982/SC, Rel. Min. Jorge Scartezini, j. 17.10.2006.

⁵¹ Dinamarco, *Instituições*, n. 1137, p. 556; Arruda Alvim, *Manual*, p. 331; Barbosa Moreira, *O novo*, p. 98.

possa julgar o mérito antecipadamente, sendo necessário constatar se o efeito principal da revelia – **presunção de veracidade dos fatos** – foi gerado no caso concreto⁵¹. Sendo a presunção relativa, é possível que, apesar da revelia, seja necessária a realização de instrução probatória; sendo impossível o julgamento antecipado da lide (do mérito). Dessa forma, haverá julgamento antecipado não só quando ocorrer revelia, mas sim quando o juiz considerar os fatos narrados na inicial como verdadeiros, considerando-se sua exclusão do objeto da prova.

A redação proposta para o dispositivo legal busca distinguir com clareza a diferença entre revelia e seu principal efeito, de forma a consagrar entendimento doutrinário de que não basta a revelia para o julgamento antecipado, sendo também indispensável a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor. Até porque não havendo tal presunção, o art. 324, CPC, prevê que o juiz intimará o autor a especificar as provas, e não a julgar antecipadamente o pedido.

Art. 333. O ônus da prova incumbe à parte que tenha maior facilidade na produção da prova, seguindo as regras abaixo quando houver paridade no acesso à prova:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º. Caberá ao juiz no saneamento do processo, em decisão fundamentada, indicar qual das partes suportará a situação de desvantagem na eventualidade do julgamento se amparar no ônus da prova.

Existem duas maneiras de se distribuir o ônus da prova entre as partes: fixa e dinâmica. Na forma a lei abstratamente determina de quem é o ônus de provar determinadas espécies de fatos, enquanto na distribuição dinâmica o juiz no caso concreto distribui ônus entre as partes adotando como premissa a parte que tenha maior facilidade na produção da prova⁵². Atualmente o art. 333 do CPC adota a dis-

tribuição fixa da prova, rumando a proposta para um sistema misto, no qual a regra seja a distribuição dinâmica do ônus da prova e somente residualmente a aplicação da regras já existentes no dispositivo legal.

A distribuição dinâmica do ônus da prova parece ser a forma mais consentânea com um processo civil de resultados, atribuindo-se o ônus da prova à parte que tenha, concretamente, condições mais propícias à produção da prova. Deve se atentar, por outro lado, que a distribuição dinâmica não pode ser utilizada para atribuir à parte um ônus da prova insuperável, consistente na chamada prova diabólica⁵³. Sempre que dificuldade na produção da prova for a mesma – ou praticamente a mesma – entre as partes, caberá ao autor a prova dos fatos constitutivos de seu direito e ao réu a prova dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor, conforme atualmente previsto nos incisos I e II do art. 333, CPC.

O atual parágrafo único torna-se § 2º e é criado um § 1º com o objetivo de regulamentar a conduta do juiz na determinação de qual espécie de distribuição de prova se aplicará no caso concreto (fixa ou dinâmica), bem como o momento procedimental adequado para a fixação da distribuição dinâmica. Mesmo que o ônus da prova seja considerado uma regra de julgamento (aspecto objetivo), para que não haja violação do princípio do contraditório a indicação de quem tem o ônus já deve ser determinada no saneamento do processo, considerando-se que o ônus da prova também é uma regra de conduta das partes na instrução probatória (aspecto subjetivo)⁵⁴. A expressa previsão de “decisão fundamentada” responde a preocupação doutrinária⁵⁵ em decorrência da importância para o processo de tal pronunciamento judicial.

Art. 334, IV - em cujo favor milita presunção absoluta de existência ou de veracidade

A presunção representa o resultado de um processo mental que, partindo de um fato demonstrado como ocorrido, permite a conclusão

⁵¹ Marinoni-Mitidiero, Código, p. 337.

⁵² Barbosa Moreira, *As presunções*, p. 58-59; Cambi, *A prova*, p. 363.

⁵³ Dinamarco, *Instituições*, v. 3, n. 825, p. 119.

⁵⁴ Barbosa Moreira, *As presunções*, p. 62-64.

⁵⁵ Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 291.

⁵² Câmara, *Lições*, v. 2, p. 380-381.

⁵³ Marinoni-Mitidiero, Código, p. 337.

⁵⁴ Daniel Neves, *Manual*, n. 14.1.7, pp. 361-362.

de que outro fato, ainda que não provado, seja também considerado como existente ou ocorrido. Há uma relação entre *fato indiciário* (provado) e *fato presumido* (não provado), decorrente da constatação lógica de que, se o primeiro ocorreu, muito provavelmente o segundo também terá ocorrido. A melhor doutrina afirma corretamente que a presunção não se confunde com a prova, sendo a primeira um ponto de chegada (correspondente ao conhecimento adquirido pelo juiz) e a segunda, um ponto de partida (algo que permite ao juiz adquirir o conhecimento de algum fato). O indício, por sua vez, é ao mesmo tempo um ponto de partida (algo que permite ao juiz o conhecimento) e um ponto de chegada (fato provado)⁵⁶.

A presunção pode ser relativa (*iuris tantum*) ou absoluta (*iuris et de iure*), legal (*praesumptiones legis*) ou judicial (*praesumptiones hominis*). Na *presunção relativa* é admitida a prova em sentido contrário, de forma que o fato presumido será considerado ocorrido pelo juiz desde que a parte contrária não produza prova que afaste tal presunção. Como se pode notar, na presunção relativa a questão fática não é efetivamente excluída do objeto da prova, somente dispensado-se a parte que faz a alegação de produzir prova no sentido de convencer o juiz de sua alegação. Dessa realidade é correta a conclusão de que na hipótese de presunção relativa não há exclusão do objeto da prova, mas meramente uma inversão do ônus probatório, cabendo à parte que não alegou o fato convencer o juiz de sua não-existência ou ocorrência⁵⁷. Na presunção absoluta, se retira um elemento componente do ato de sua estrutura original, de forma que o ato será considerado mesmo se ausente tal elemento⁵⁸. A tradicional afirmação de que não cabe prova contra presunção absoluta significa que a produção de prova nesse caso é inútil, e por isso não é admitida⁵⁹.

Presunção legal é aquela estabelecida expressamente em lei, sendo tarefa do legislador a indicação de correspondência entre o fato indiciário e o fato presumido, podendo ser a presunção relativa ou absoluta. *Presunção judicial* é aquela realizada pelo juiz no caso concreto, com a utilização das máximas de experiência, permitindo-se a conclusão de ocorrência ou existência de um fato não provado em razão da prova do fato indiciário, fundado naquilo que costuma logicamente ocorrer⁶⁰. A proposta de substituição de “presunção legal” por

“presunção absoluta”, despreza essa diferença, preferindo tratar da distinção entre presunção absoluta e relativa.

Seção II

Do Depoimento Pessoal e Interrogatório

Art. 342. O juiz pode, de ofício, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa para esclarecimento de dúvidas, não havendo confissão implícita.

O art. 342 do CPC confunde de forma indevida o interrogatório com o depoimento pessoal, tomando ambos os meios de prova como idênticos, quando a doutrina reconhece sua semelhança, mas também aponta suas diversidades⁶¹. A alteração sugerida para o art. 342, CPC é voltada ao reconhecimento de que tal dispositivo trata do interrogatório das partes, e não do depoimento pessoal, não havendo por esse motivo a presunção de veracidade dos fatos na hipótese de ausência em audiência, negativa injustificada de responder as perguntas ou respostas evasivas. Como o objetivo do interrogatório é somente o esclarecimento de fatos, não é possível se admitir nesse meio de prova a confissão implícita, sendo nesse sentido a redação sugerida ao dispositivo legal. Com o reconhecimento da distinção entre interrogatório e depoimento pessoal, modifica-se a redação do título da Seção II.

Art. 343. Compete a cada parte requerer o depoimento pessoal da outra, a fim de interrogá-la na audiência de instrução e julgamento.

Da forma como está redigido o art. 343 do CPC o depoimento pessoal só terá lugar quando o juiz não tiver determinado de ofício o interrogatório. Entendo que a redação atual continua a confundir interrogatório com depoimento pessoal, além de prever que somente caberá o segundo quando não tiver ocorrido o primeiro. Com a redação proposta, fica claro que o direito ao depoimento pessoal da parte contrária não é excluído quando o juiz determina o interrogatório,

⁶² Daniel Neves, Manual, n. 5.10.4, p. 173.

⁶³ Em sentido contrário, entendendo a confissão como prova plena, Cintra, *Comentários*, v. 4, p. 64.

⁶⁰ Dinamarco, *Instituições*, v. 3, n. 828, p. 121-124; Cambi, *A prova*, p. 376.

⁶¹ Daniel Neves, Manual, n. 14.2.1.5, p. 381.

até porque tendo diferentes objetivos (esclarecimento de fatos e obtenção de confissão) é plenamente que ambos os meios de prova coexistam num mesmo processo.

Art. 344. A parte será inquirida na forma prescrita para a inquirição de testemunhas.

A parte será inquirida no interrogatório ou no depoimento pessoal da mesma forma procedimental das testemunhas. A redação atual do dispositivo legal confunde inquirição com interrogatório (forma e espécie), sendo interessante uma adequação redacional do dispositivo legal.

Art. 350, caput. A confissão judicial faz prova contra o confitente e contra os outros litisconsortes, desde que o juiz a considere apta a formação de seu convencimento; em caso contrário, a confissão será plenamente ineficaz.

Pelo princípio da comunhão das provas, a prova produzida é prova do processo, independentemente do responsável por sua produção. Significa dizer que uma vez produzida a prova, ela atingirá a todos os sujeitos processuais, de forma prejudicial ou benéfica. Em razão disso, entende-se que a princípio da autonomia dos litisconsortes não se aplica à prova⁶². O art. 350, *caput*, CPC, em sua redação atual, parece contraria essa realidade. Entendo que o dispositivo legal, como atualmente está previsto, é inaplicável, por isso a necessidade de sua modificação, já que na realidade não excepciona o princípio da comunhão das provas.

Para justificar tal conclusão é preciso partir do pressuposto de que a confissão vincula o confitente, senão com força de prova plena, noção rechaçada pela melhor doutrina à luz do princípio da persuasão racional do juiz⁶³, como importante meio para a formação do convencimento judicial. Significa dizer que uma confissão eficaz é aquela que convence o juiz da veracidade de uma alegação de fato, sendo justamente esse convencimento o efeito programado da confissão. Ao se aplicar a literalidade do dispositivo legal, seria possível que uma mesma alegação de fato seja considerada verdadeira para uma

⁶² Câmara, *Lições*, p. 182; Fidélis dos Santos, *Manual*, p. 454.

⁶³ Pontes de Miranda, *Comentários*, p. 323; Nery-Nery, *Código*, p. 623.

das partes (confitente) e falsa para outra (não confitente). Esse verdadeiro absurdo lógico – antes mesmo de se tratar de absurdo jurídico – é exatamente o sugerido pela interpretação literal do art. 350, *caput*, do CPC, ao afirmar que para o confitente a alegação de fato seria dada como verdadeira, mas ao litisconsorte seria plenamente possível que fosse considerada falsa⁶⁴.

Como entendo que se a confissão gerar seus efeitos de convencer o juiz, todos os sujeitos sofrerão tais efeitos, considerando-se que a alegação de fato será considerada verdadeira para todos os sujeitos processuais, tenham esses participado ou não da confissão. A redação sugerida consagra esse entendimento.

Art. 352. A confissão, quando emanar de erro de fato ou coação, pode ser invalidada

O art. 352 do CPC menciona a possibilidade de revogação da confissão, no que desde sempre foi criticado pela melhor doutrina que enfrentou o tema. É unânime a doutrina a apontar para a irrevogabilidade da confissão; eventuais vícios da confissão levam à sua invalidação, e nunca à sua revogação⁶⁵. Diante da crítica, elogiável o art. 214 do CC, ao corretamente indicar que o *erro* e a *coação* são vícios que permitem a invalidação da confissão, e não sua revogação.

Aliás, nesse tocante mais uma modificação correta; a exclusão do dolo como vício capaz de invalidar a confissão. A melhor doutrina há muito tempo já afirmava a impropriedade do diploma processual ao apontar essa espécie de vício como apto a ensejar a invalidação da confissão. O dolo, resultado da astúcia de alguém – geralmente da parte contrária – para um sujeito confessar, somente passa a ter relevância para fins de invalidação do ato se tiver gerado um erro na confissão, mas nesse caso a repetição dos vícios se mostrava desnecessária. O dolo, no máximo, poderá dizer respeito aos motivos pelos quais a parte confessou, não atingindo, entretanto, o objeto da confissão. Dessa forma, ainda que a confissão tenha ocorrido em virtude de indução e malícia da parte contrária, o ato jurídico da confissão,

⁶⁴ Theodoro Jr., *Comentários*, p. 428; Didier-Braga-Oliveira, *Curso*, p. 126. Contra: Câmara, *Lições*, p. 394.

⁶⁵ Didier, *Regras*, p. 51.

⁶⁶ STJ, 4.ª Turma, REsp 795.862/PB, rel. Min. Jorge Scartezini, j. 17.10.2006; Theodoro Jr., *Curso*, n. 459, p. 518; Fux, *Curso*, p. 712.

em seu conteúdo, não conterà vício nenhum, de modo a ser impossível defender a possibilidade de invalidação do ato jurídico⁶⁶. A exceção, como já afirmado, fica por conta da hipótese de o dolo induzir a parte em erro, mas nesse caso a invalidação decorre justamente do erro, e não do dolo. Em boa hora, o art. 214 do CC excluiu o dolo como vício apto a gerar a invalidação da confissão.

Por fim, registre-se que o dispositivo legal ora comentado indica expressamente que somente o *erro de fato* é passível de gerar invalidação da confissão, excluído o *erro de direito*⁶⁷.

A proposta para alteração do dispositivo legal é tão somente compatibilizá-lo com as corretas previsões do art. 214, CC.

Art. 397. É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, sempre respeitado o contraditório:

I. quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados;

II. para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos;

III. quando a juntada extemporânea não for resultante de má-fé ou deslealdade processual e o estágio procedimental admitir a produção de prova

Segundo o art. 397, CPC, a preclusão quanto a juntada de documentos operada na petição inicial e contestação é excepcionada apenas em duas hipóteses. Ocorre, entretanto, que o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento mais ampliativo, permitindo a juntada de documentos a qualquer momento do processo desde que seja respeitado o *contraditório* com a oitiva da parte contrária no prazo de cinco dias (art. 398 do CPC) e não seja a juntada extemporânea fruto de *má-fé* e/ou *deslealdade* da parte com o objetivo de surpreender a parte contrária⁶⁸. Entendo que, além dos requisitos do *contraditório* e da ausência de *má-fé*, o estágio procedimental deve ser apto a receber a prova documental, sendo inviável a produção probatória, por exemplo, em processo que esteja em sede de recurso especial ou extraordinário.

A alteração sugerida do dispositivo legal tem como pretensão consagrar um entendimento menos rígido no tocante à preclusão na produção de prova documental, com uma maior liberdade à sua produ-

ção durante todo o procedimento, desde que preenchidos certos requisitos, mantendo-se as duas hipóteses objetivamente já previstas no art. 397, CPC.

Art. 401; 402 e 403 – artigos revogados

Atualmente o sistema de valoração adotado pelo sistema processual brasileiro é o da persuasão racional, também conhecido pelo princípio do livre convencimento motivado, no qual o juiz é livre para formar seu convencimento, dando às provas produzidas o peso que entender cabível em cada processo, não havendo uma hierarquia entre os meios de prova. Isso, claramente, não significa que o juiz possa decidir fora dos fatos alegados no processo, mas sim que dará aos fatos alegados a devida consideração diante das provas produzidas. O art. 401 do CPC, ao prever insuficiente a prova meramente testemunhal para a formação do convencimento do juiz, cria regra incompatível com o atual sistema de convencimento judicial, mostrando-se herança maldita (já que está na moda essa expressão) do sistema de provas tarifadas. Nos arts. 402 e 403, CPC, estão atualmente previstas formas de flexibilizar a regra do art. 401, CPC, e por tal razão perderiam completamente sua razão de ser com a revogação de tal dispositivo legal. A eficácia plena da revogação, entretanto, dependerá da revogação também do art. 227, CC, porque a pior situação possível seria a revogação dos arts. 401, 402 e 403, CPC e a manutenção do art. 227, CC, porque nesse caso se manteria a regra e se revogaria somente as benéficas exceções a ela.

Para os que entendem perigosa a mudança sugerida, considerando a liberdade que o juiz passaria a ter para dar como provado um negócio jurídico de qualquer valor baseando-se exclusivamente em prova testemunhal, é preciso lembrar que o juiz julga ações muito mais relevantes fundado em prova exclusivamente testemunhal. Apesar da mercantilização de nossos dias, não pode haver dúvida da maior relevância de uma ação que discute a guarda de um incapaz se compara com qualquer ação na qual se discuta a existência de um negócio jurídico, ainda que de elevado valor. O que se pretende demonstrar é

⁶⁹ Informativo 564/STF: AP 421 QO/SP, rel. Min. Joaquim Barbosa, 22.10.2009.

que, confiando ou não no juiz, não há razoabilidade para limitar seu livre convencimento motivado justamente na hipótese hoje prevista nos arts. 401, CPC e 227, CC.

Art. 411, parágrafo único. O juiz solicitará à autoridade que designe dia, hora e local a fim de ser inquirida, dentro do prazo de 30 dias, contado da intimação, remetendo-lhe cópia da petição inicial ou da defesa oferecida pela parte, que arrolou como testemunha. Sendo omissa a autoridade, caberá ao juiz a determinação do dia, hora e local para a inquirição.

Ainda que se compreenda a prerrogativa de certas autoridades quando arroladas como testemunhas, é preciso fazer com que tais prerrogativas não ofendam o princípio da economia processual. O art. 411, parágrafo único, CPC, ao deixar a cargo da autoridade a determinação do dia em que deverá ser inquirida, sem a fixação de qualquer prazo para que tal ato seja praticado, deixa ao arbítrio da autoridade a possibilidade de paralisar o processo por tempo muito superior do razoável. Nem é preciso se alongar em explicações para mostrar como perigosa e indesejável é essa situação.

Diante do exposto, a proposta de redação do art. 411, parágrafo único, CPC, cria um prazo de 30 dias no qual a autoridade deverá determinar a data de sua inquirição, sendo que sua omissão levará ao juiz as determinações devidas para a oitiva da autoridade. Em posicionamento recentemente adotado pelo Supremo Tribunal Federal⁶⁹, entende-se que a prerrogativa processual prevista no dispositivo legal ora comentado, "muitas vezes é utilizada para procrastinar intencionalmente o regular andamento e o normal desfecho de causa penal em andamento na Corte", e que se levando em conta os princípios da celeridade e da seriedade da autoridade que é convocada como testemunha, é cabível a fixação do prazo de um mês para que a autoridade designe a data da audiência.

Art. 435, § 1º. O perito e o assistente técnico só estarão obrigados a prestar os esclarecimentos a que se refere este artigo, quando intimados no prazo fixado pelo juiz; omitindo-se, a intimação deverá ser pedida até 10 (dez) dias antes da audiência.

⁷⁰ Daniel Neves, Manual, n. 14.2.5.5, p. 402.

O atual parágrafo único torna-se parágrafo primeiro em razão da sugestão de criação de um parágrafo segundo. A modificação de conteúdo que se sugere diz respeito ao prazo de antecedência na intimação do perito a comparecer à audiência, adaptando o dispositivo legal ao art. 407, CPC. Quando a Lei 10.358/2001 alterou o prazo de apresentação do rol de testemunhas, deixando tal tarefa a cargo do juiz, a doutrina celebrou a modificação atentando para o fato de que ninguém melhor que o juiz da causa para saber com quanta antecedência devem ser praticados atos preparatórios da audiência de instrução⁷⁰. Entendo que as mesmas razões que motivaram o legislador a modificar o art. 407, CPC se aplicam ao prazo de intimação do perito nos termos do art. 435, CPC, sendo nesse sentido a proposta de modificação legislativa.

Art. 435, § 2º. O perito poderá em audiência de instrução apresentar resposta escrita aos questionamentos, podendo ser inquirido oralmente pelos patronos das partes e pelo juiz caso algum esclarecimento ainda se faça necessário.

Tratando-se a pericia de prova complexa, e tendo o perito prévio conhecimento dos esclarecimentos pretendidos pelas partes, parece mais conveniente para o regular andamento da audiência que tais esclarecimentos possam ser apresentados por escrito, sendo a participação oral do perito mantida tão somente quando, apesar das respostas escritas, remanescerem dúvidas. Mesmo que as partes e o juiz devam ler os esclarecimentos escritos na própria audiência, até porque haverá oportunidade de questionarem oralmente o perito, parece mais positivo ao andamento da audiência do que ouvir o perito oralmente desde o início. Ademais, sendo a matéria técnica, é mais adequada a forma escrita à forma oral.

Art. 453, II - se não puderem comparecer, por motivo justificado, as partes, as testemunhas ou os advogados.

Segundo a atual redação do art. 453, II, CPC, a ausência justificada do perito causa o adiamento da audiência de instrução, mas o mes-

⁷¹ Gusmão Carneiro, *Audiência*, n. 113, p. 132.

⁷² Fidélis dos Santos, *Manual*, p. 526.

⁷³ Dinamarco, *Instituições*, n. 1.214, p. 646; Arruda Alvim, *Manual*, p. 520.

⁷⁴ Gusmão Carneiro, *Audiência*, n. 137, p. 144; Theodoro Jr., *Curso*, n. 476, p. 549.

⁷⁵ Fidélis dos Santos, *Manual*, p. 526; Santos, *Código*, p. 1.375.

mo efeito se verificará sendo a ausência injustificada. No segundo caso haverá a condução coercitiva do perito à presença do juiz, o que acaba por adiar a audiência, sendo de extrema raridade a condução realizada durante a própria audiência. Por essa razão a proposta é excluir o "perito" do art. 453, II, CPC.

Art. 453, III - se não puderem comparecer, ainda que sem motivo justificado, o juiz, o perito e o membro do Ministério Público.

A criação de um inciso III ao artigo 453 tem como objetivo prever como causa do adiamento da audiência a ausência, ainda que não justificada, de determinados sujeitos processuais. A ausência do perito já foi analisada nos comentários ao art. 453, II, CPC.

Ausente o juiz, com ou sem motivo justo, naturalmente a audiência será adiada, até mesmo porque não haverá quem a comande. É evidente que uma ausência sem motivação justa deve ser punida no âmbito administrativo, podendo até ser fundamento de ação de reparação de danos⁷¹, mas ainda assim não haverá outra medida que não o adiamento da audiência.

A ausência do serventuário da justiça que tem como missão a documentação da audiência não gera inexoravelmente o adiamento da audiência, porque o próprio juiz poderá realizar tal tarefa, ou designar serventuário em substituição ou nomear um terceiro como escrivão *ad doc*, nos termos do art. 142 do CPC. Por essa razão preferiu-se não incluir o serventuário responsável pela documentação da audiência no dispositivo legal sugerido.

Quanto à ausência do representante do Ministério Público na audiência, é evidente que, havendo um motivo justificado, a audiência será adiada⁷². O debate a respeito do adiamento da audiência fica restrito, portanto, à ausência injustificada, havendo séria divergência doutrinária a respeito do tema. Uma primeira corrente entende ser a presença do membro do Ministério Público indispensável na audiência, e isso independentemente de sua qualidade no processo (de parte, em regra como autor, ou fiscal da lei)⁷³. Outra corrente doutrinária tem entendimento em sentido diametralmente oposto,

⁷⁶Gusmão Carneiro, *Audiência*, n. 122, p. 136-137.

⁷⁷Fux, *Curso*, p. 783-784; Dinamarco, *Instituições*, n. 1.214, p. 648.

justificando que a única exigência formal exigida no caso é a intimação pessoal do promotor de justiça (art. 236, § 2.º, do CPC), cuja ausência não será capaz de determinar o adiamento da audiência⁷⁴. Por fim, há uma terceira corrente que entende depender da qualidade assumida pelo Ministério Público no processo o adiamento da audiência: figurando no processo como parte, como tal deverá ser tratado, sendo que a sua ausência injustificada não será capaz de causar o adiamento da audiência, o mesmo não podendo ser dito na hipótese do Ministério Público figurar na demanda como fiscal da lei⁷⁵.

O inciso sugerido consagrar o entendimento defendido pela primeira corrente doutrinária exposta, porque sendo fiscal da lei o Ministério Público deve participar de todos os atos processuais, e quando atua como parte não defende interesse próprio, e sim interesses supraindividuais ou individuais indisponíveis ou de relevância social, não parecendo correto que os titulares desses direitos sejam prejudicados por uma falha funcional do membro do Ministério Público.

§ 1º Incumbe ao advogado provar o impedimento até a abertura da audiência; não o fazendo, o juiz procederá à instrução. A audiência será anulada caso o advogado justifique posteriormente sua ausência, demonstrando a impossibilidade de informar o juízo nos termos do presente artigo

O art. 453, § 1º, CPC, prevê um prazo preclusivo para o advogado informar o juízo que se ausentará da audiência, sendo que considerando o motivo justificado o juiz adiará o ato processual. Ocorre, entretanto, que nem sempre é possível ao advogado informar o juízo antes da audiência, podendo se verificar algum imprevisto que gere extrema dificuldade ou impossibilidade no cumprimento desse prazo (p. ex., doença, acidente, seqüestro, morte de familiar no dia da audiência). Nesse caso, a doutrina entende corretamente que a justificativa da ausência poderá ser apresentada após a audiência, afastando-se a preclusão prevista no dispositivo legal, sendo que o acolhimento da alegação gera a anulação da audiência já realizada⁷⁶. A proposta de nova redação do art. 453, § 2º consagra esse entendimento, mantendo como regra a preclusão e excepcionando-a quan-

⁷⁸Dinamarco, *Instituições*, n. 1.208, p. 642; Fux, *Curso*, p. 784; Wambier-Talamini-Almeida, *Curso*, n. 34.4, p. 535.

do impossível ou extremamente difícil a comprovação antes da audiência.

§ 2º revogado

O art. 453, § 2º, CPC prevê que o juiz poderá dispensar a prova pedida pelo advogado ausente, sendo corrente o entendimento doutrinário que afirma ser inaplicável a norma a demanda de direito indisponível, estando o juiz obrigado a produzir a prova; e nem sempre aplicável a demanda de direito disponível, quando caberá ao juiz analisar no caso concreto a conveniência de produzir a prova para a formação de seu convencimento, não estando obrigado a dispensar sua produção⁷⁷.

Ainda que a doutrina tente amenizar a rigidez do dispositivo legal, entendo que o mais adequado é sua supressão do sistema. Com nítida carga sancionatória ao advogado que não comparece em audiência e não justifica sua ausência, a permissão para que o juiz não produza a prova pericial não prejudica somente a parte representante pelo advogado faltante, mas a qualidade da prestação jurisdicional, afinal, se o juiz deferiu a prova é porque a entende necessária a formação de seu convencimento, e um julgamento sem ela certamente não será fundado em convencimento firme do julgador. A dispensa só se justifica quando for impossível a produção da prova, como ocorre com testemunha desconhecida de todos os presentes em audiência que foi arrolada pelo advogado faltante; não sendo possível se ter idéia de como a testemunha pode contribuir para a formação do convencimento do juiz, será justificável sua dispensa.

§ 3º Quando a causa apresentar questões complexas de fato ou de direito, o debate oral poderá ser substituído por memoriais, caso em que o juiz determinará prazos sucessivos de 10 dias a autor e réu, nessa ordem.

Uma vez determinada a conversão dos debates orais em memoriais, prevê o art. 454, § 3º, do CPC que o juiz designará dia e hora para o seu oferecimento. A regra do dispositivo não é aplicada na praxe forense, porque o prazo dos memoriais conta-se em dias e não em horas, sendo corrigida tal circunstância na proposta de nova redação do dispositivo legal. Como não havia prazo fixado em lei, entendia-se pela aplicação do prazo geral de cinco dias (art. 185 do CPC).

Interessante questão concernente a esse prazo diz respeito à forma

de sua contagem. É comum na praxe forense a determinação de uma mesma data para a apresentação concomitante dos memoriais por ambas as partes, quando muito se abrindo prazo sucessivo para a retirada dos autos em cartório. Ocorre, entretanto, que, ao exigir de ambas as partes a apresentação no mesmo momento dos memoriais, o juiz altera a ordem dos atos processuais que norteia toda a atividade desenvolvida na audiência: primeiro fala o autor, e depois fala o réu, já sabendo de antemão o que foi dito pelo autor. O melhor entendimento, portanto, é o de prazos sucessivos para a apresentação dos memoriais, de modo que o réu, ao elaborar suas alegações finais, já tenha conhecimento das alegações finais do autor⁷⁸, sendo justamente nesse sentido a proposta de redação do art. 454, § 3º, CPC.

Seção I

Dos Elementos e dos Efeitos da Sentença

Art. 458. São elementos essenciais da sentença de mérito, salvo as homologatórias:

O art. 458 do CPC prevê como *requisitos* da sentença o relatório, fundamentação e dispositivo, mas melhor teria sido o legislador utilizar o termo *elementos* da sentença, considerando que o dispositivo legal descreve as partes que devem compor uma sentença genuína de mérito. Os elementos previstos em lei – relatório; fundamentação; dispositivo – não se aplicam às sentenças terminativas, até mesmo por expressa previsão do art. 459, *caput* do CPC, que prevê decisões de forma concisa nesses casos. Também parece ser essa a realidade nas sentenças de mérito homologatórias (art. 269, II, III e V, CPC), que são fundamentadas de forma sucinta (às vezes até mais que as sentenças terminativas), dispensando-se os rigorismos formais do art. 458, CPC. É justamente nesse sentido a proposta de nova redação do dispositivo legal ora analisado.

⁷⁹ Dinamarco, *Instituições*, n. 948, p. 287-289; Scarpinella Bueno, *Código*, p. 1.399.

⁸⁰ Dinamarco, *Instituições*, n. 945, p. 279-280; Scarpinella Bueno, *Código*, p. 1.398; Fux, *Curso*, p. 792.

⁸¹ Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 413-414; Dinamarco, *Instituições*, n. 945, p. 280.

⁸² Marcelo Novelino, *Direito constitucional*, n. 11.6.4.2.1, pp. 237-238.

⁸³ STF, Tribunal Pleno, rel. Min. Ellen Gracie, j. 31/05/2006, DJ 01/09/2006, p. 16.

Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado, decidir com fundamento em causa de pedir não narrada na petição inicial, bem como para sujeitos que não participem da relação jurídica processual. O juiz não estará adstrito ao pedido do autor:

I - nos pedidos implícitos;

II - quando a lei permitir tutela diferente da pedida em razão da fungibilidade

III - nos termos do art. 460, caput, CPC

IV - no processo objetivo na hipótese de inconstitucionalidade por arrastamento

Segundo o art. 460 do CPC, o juiz não pode conceder diferente ou a mais do que for pedido pelo autor. Trata-se do *princípio da congruência*, também conhecido como princípio da *correlação* ou da *adstrição*. A sentença proferida em ofensa ao dispositivo legal ora comentado

dispositivo legal, entretanto, é incompleto, porque os limites da sentença devem respeitar não só o pedido, mas também a causa de pedir e os sujeitos⁷⁹ que participam do processo. É nula a sentença que concede a mais ou diferente do que foi pedido, como também há nulidade na sentença fundada em causa de pedir não narrada pelo autor, na sentença que atinge terceiros que não participaram do processo ou que não julga a demanda relativamente a certos demandantes. Justamente por isso a proposta de redação inclui a vinculação do juiz à causa de pedir e aos sujeitos processuais.

Nem toda decisão proferida sem a observação do princípio da congruência é nula, sendo interessante constar expressamente do art. 460, CPC, tais exceções: a) nos chamados *pedidos implícitos* é admitido ao juiz conceder o que não tenha sido expressamente pedido pelo autor⁸⁰; (b) a *fungibilidade* permite ao juiz que conceda tutela diferente da que foi pedida pelo autor, verificando-se nas ações possessórias

(permite-se concessão de tutela possessória diferente da pedida pelo autor) e nas ações cautelares (permite-se a concessão de tutela cautelar diferente da pedida pelo autor); (c) nas demandas que tenham como objeto uma obrigação de fazer e/ou não fazer o juiz pode conceder tutela diversa da pedida pelo autor, desde que com isso gere um *resultado prático equivalente ao do adimplemento da obrigação* (art. 461, caput, do CPC e art. 84, caput, do CDC)⁸¹, d) no processo objetivo com a chamada inconstitucionalidade reflexa, ou por ricochete, também conhecida na doutrina como inconstitucionalidade por consequência, arrastamento ou por atração⁸², sendo admitido pelo Supremo Tribunal Federal a declaração a inconstitucionalidade de uma norma possa também declarar outras normas não impugnadas na ação judicial em razão de sua interdependência com aquela declarada inconstitucional⁸³.

Art. 460-A, CPC: Caberá ao juiz enfrentar todos os pedidos formulados pelo autor, salvo quando um deles restar prejudicado em razão do julgamento de outro. O mesmo deve ocorrer com as causas de pedir e fundamentos de defesa, salvo quando a decisão de um tornar os demais prejudicados.

A sentença proferida com ofensa à regra da adstrição será ultra petita (além do pedido) ou extra petita (diferente do pedido), não havendo qualquer remissão do art. 460, CPC, a sentença citra petita, também chamada de infra petita (aquém do pedido). A proposta de criação de um art. 460-A, CPC, é tratar dessa forma de vício da sentença, sempre analisada pela doutrina em conjunta com as sentenças extra e ultra petita.

O juiz não é obrigado a conceder todos os pedidos formulados pelo autor, mas em regra deverá analisar e decidir todos eles, ainda que seja para negá-los em sua totalidade⁸⁴. Mas numa cumulação de pedidos é possível que o julgamento de um deles torne o outro prejudicado, de forma que não será necessário ao juiz o enfrentamento de todos eles. Por exemplo, numa cumulação sucessiva, sendo rejeitado o pedido anterior o posterior perde o objeto e numa cumulação sub-

⁸⁶ Talamini, *Tutela*, n. 9.6.2, p. 249.

⁸⁷ STJ, 3ª Turma, REsp 737.047/SC, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 16/02/2006, DJ 13/03/2006, p. 321.

⁸⁸ Talamini, *Tutela*, n. 9.6.2, p. 249.

⁸⁹ Câmara, *Redução*, p. 1.565-1.566.

⁸⁴ Dinamarco, *Instituições*, n. 940, p. 275.

⁸⁵ Daniel Neves, *Manual*, n. 16.7, pp. 453-454.

sidiária o acolhimento do pedido anterior faz com o que o posterior perca o objeto⁸⁵.

No tocante à causa de pedir e aos fundamentos de defesa, o juiz estará dispensado de fundamentar sua decisão valendo-se de todas as alegações da parte sempre que a omissão diga respeito à alegação feita pela parte vitoriosa. Apresentada mais de uma causa de pedir, caso o juiz acolha uma delas e julgue procedente o pedido, não há nenhuma necessidade de decidir as demais, da mesma forma que ocorre no acolhimento de uma das matérias de defesa que leva à improcedência do pedido ou ao reconhecimento de prescrição ou decadência, quando o juiz estará liberado de decidir a respeito das demais matérias defensivas. A sentença será citra petita se o juiz deixa de considerar uma causa de pedir ou o fundamento de defesa alegada pela parte derrotada na demanda.

Art. 461, § 3º É cabível a tutela antecipada, nos termos do art. 273, CPC.

O art. 461, § 3º do CPC trata da tutela de urgência nas ações que tenham como objeto uma obrigação de fazer ou não fazer, sendo aplicável também às ações que tenham como objeto uma obrigação de entregar coisa, nos termos do art. 461-A, CPC. Parece não haver dúvida que se trata de tutela de urgência satisfativa, não havendo qualquer justificativa para que não seja tratada à luz das regras que regulamentam a tutela antecipada, mais precisamente o art. 273, CPC. Em feliz expressão doutrinária, a tutela antecipada é a generalização das liminares⁸⁶, não havendo qualquer razão de ser na manutenção da atual redação do dispositivo legal, até porque existem decisões do Superior Tribunal de Justiça entendendo que os requisitos para a liminar do art. 461, § 3º, CPC são diferentes daqueles existentes para a concessão de tutela antecipada (art. 273, *caput*, I, CPC)⁸⁷, o que não parece correto.

⁸⁰ Informativo 414/STJ: Terceira Turma, **AgRg no REsp 1.026.191-RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 3/11/2009**; Informativo 408/STJ: Terceira Turma, REsp 1.022.033-RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 22/9/2009.

⁸¹ Informativo 407/STJ: 4ª Turma: REsp 947.466-PR, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 17/9/2009; STJ, 4ª Turma, REsp 793.491/RN, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 26.09.2006, DJ 06.11.2006, p. 337.

⁸² Didier-Cunha-Braga-Oliveira, *Curso*, p. 460.

Na praxe forense, inclusive, é muito comum o pedido de tutela antecipada independentemente da natureza da obrigação que compõe o objeto do processo. Na realidade, se fosse levado a sério o art. 461, § 3º, CPC, a tutela antecipada nos termos do art. 273, CPC, seria utilizada tão somente nas ações que tenham como objeto obrigação de pagar quantia certa, o que naturalmente, além de não fazer o menor sentido, empobreceria demasiadamente o instituto processual. Ademais, para se notar a desnecessidade da atual redação do dispositivo legal, o art. 273, § 3º, prevê expressamente que a efetivação da tutela antecipada será realizada nos termos do art. 461, §§ 4º e 5º e 461-A do CPC, o que é o suficiente para demonstrar que mesmo nas obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa certa, aplica-se o art. 273, CPC.

Art. 461, § 7º Quando o valor final da multa se mostrar exagerado, ficando evidenciado que a parte beneficiada abdicou do cumprimento da decisão para se locupletar indevidamente, o juiz, poderá diminuir a quantia da multa a um valor razoável

É bastante polêmica a questão referente a possibilidade do juiz diminuir o valor final da multa. Alguns doutrinadores simplesmente afirmam que não há base legal para o juiz retroativamente eximir parcial ou totalmente o devedor⁸⁸, o que estaria resolvido com a presente proposta, enquanto outros defendem a impossibilidade de o juiz fazer tal revisão com fundamento no direito adquirido da parte beneficiada com o direito de crédito advindo da frustração da multa⁸⁹. Há decisões da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça entendendo que se o não cumprimento da decisão do juiz deu-se por resistência injustificada da parte, não há sentido em se minorar o valor final da multa⁹⁰.

Em meu entendimento, enquanto a multa mostrou concreta utilidade em pressionar o devedor, o valor obtido é realmente um direito adquirido da parte, não podendo o juiz reduzi-lo, ainda que instado a tanto pela parte contrária. Mas isso não significa que o valor calculado durante todo o tempo de vigência da multa seja efetivamente devido, porque a partir do momento em que a multa teve o seu obje-

⁸³ Scarpinella Bueno, Código, p. 1.413.

⁸⁴ Theodoro Jr., *Processo*, n. 474, p. 558.

⁸⁵ Talamini, *Tutela*, n. 9.7, p. 254-255.

⁸⁶ Marinoni, *Tutela*, n. 3.27.1.6, p. 222.

tivo frustrado, perdendo a sua função, a sua manutenção passaria a ter caráter puramente sancionatório, com nítido desvirtuamento de sua natureza. O mais adequado é o juiz determinar, com eficácia *ex tunc*, a partir de quando a multa já não tinha mais utilidade, revogando-a a partir desse momento e calculando o valor somente relativamente ao período de tempo em que a multa mostrou-se útil. Reconheço que a determinação exata do momento a partir de quando a multa passou a ser inútil pode ser extremamente difícil, mas caberá ao juiz determiná-lo valendo do *princípio da razoabilidade*.

O Superior Tribunal de Justiça tem majoritariamente entendimento de que o valor final da multa pode ser reduzido pelo juiz para evitar o *enriquecimento sem causa da parte*⁹¹, mas esse entendimento não é correto porque o enriquecimento sem causa não depende do valor da multa, verificando-se pela simples posição de credor da parte, como já afirmado. Há parcela doutrinária que entende que a diminuição de valor final exorbitante, decorrente do longo lapso temporal de vigência da multa, se justifica no princípio da *boa-fé* e da *lealdade processual*, considerando haver abuso de direito na atitude do credor que deixa de requerer a conversão da obrigação de fazer e/ou não fazer em perdas e danos em tempo razoável, quando notar que a multa não está funcionando⁹².

Seja como for, parece mais adequado a possibilidade de redução de um valor exagerado, quando ficar evidenciado que a parte abriu mão do efeito cumprimento da decisão judicial somente para lucrar com o valor da multa. Essa postura desvirtua a natureza da multa e não deve ser admitida, sendo nesse sentido a proposta de criação de um § 7º ao art. 461, CPC.

Art. 461, § 8º; A multa poderá ser executada a partir do momento em que a decisão que a fixar tornar-se eficaz. Sendo decisão provisória anulada ou reformada pela decisão definitiva, e tendo sido satisfeita a obrigação de pagar derivada pela multa, caberá ação de repetição de indébito.

A proposta de criação de um § 8º no art. 461, CPC pretende regular

⁹¹ Dinamarco, *Instituições*, n. 1.637, p. 474.

⁹² Marinoni, *Tutela*, n. 3.27.1.6, p. 222; Abelha Rodrigues, *Manual*, p. 230; Talamini, *Tutela*, n. 9.7.1, p. 255.

⁹³ Greco Filho, *Direito*, n. 57.2, p. 274.

dois temas polêmicos: o termo inicial de eficácia da multa e a possibilidade de cobrar o que foi pago em razão de decisão provisória posteriormente reformada ou anulada.

Para parcela da doutrina, a multa é exigível a partir do momento em que a decisão que a fixa torna-se eficaz, ou porque não foi recorrida ou porque foi impugnada por recurso sem efeito suspensivo⁹³. Essa exigibilidade permitiria a execução imediata de crédito decorrente da multa frustrada fixada em decisão ainda não definitiva, inclusive a decisão interlocutória que concede a tutela antecipada, o que só pode ser compreendido com a possibilidade de execução provisória do crédito⁹⁴. Para essa corrente doutrinária, a necessidade de exigibilidade imediata resulta da própria função coercitiva da multa, porque a necessidade de aguardar a definitividade da decisão, que só ocorrerá com o advento da coisa julgada material, seria extremamente contrária à necessidade de pressionar efetivamente o devedor a cumprir a obrigação. Uma perspectiva de remota execução não seria suficiente para exercer a pressão psicológica esperada das *astreintes*⁹⁵.

Para outra corrente doutrinária, deve-se aguardar o trânsito em julgado para que se possa exigir o crédito gerado pela frustração da multa. Essa corrente doutrinária entende que a mera ameaça de aplicação da multa, independentemente do momento em que o crédito gerado por sua frustração passará a ser exigível, já é suficiente para configurar a pressão psicológica pretendida pelo legislador⁹⁶. Por outro lado, como só deve pagar a multa a parte definitivamente derrotada na demanda judicial – o que só será conhecido com o trânsito em julgado –, cabe aguardar esse momento procedimental para admitir a execução da multa⁹⁷.

Concordo com a primeira corrente doutrinária, e é nesse sentido a proposta de um novo parágrafo (§ 8º) no art. 461, CPC, porque de fato, com o tempo que os processos demoram para atingir o trânsito em julgado, muito da natureza coercitiva da multa se perderá se a exigibilidade da cobrança do crédito gerado pela frustração da multa depender desse momento processual. Trata-se do tradicional e frequente choque entre a *efetividade* (exigibilidade imediata, sem saber

¹⁰⁰ Nery-Nery, *Código*, p. 682; Greco Filho, *Direito*, n. 57.2, p. 276-277.

¹⁰¹ Dinamarco, *Capítulos*, n. 57, p. 118-120; Barbosa Moreira, *O novo*, p. 199; Theodoro Jr., *Curso*, n. 508, p. 595; Bonício, *Capítulos*, p. 107.

ainda se a multa é definitivamente devida) e a *segurança jurídica* (exigibilidade após o trânsito em julgado da decisão que fixa a multa, quando se saberá definitivamente se a parte é ou não titular do direito de crédito).

Admitindo-se a execução provisória do crédito decorrente da frustração da multa, e sendo por meio de decisão definitiva demonstrado não assistir razão à parte que teria sido beneficiada pela multa se a mesma tivesse funcionado, na hipótese em que a multa ainda não tiver sido cobrada, esta perderá seu objeto. Já tendo sido executada, com a satisfação do credor, caberá **ação de repetição de indébito**. Ainda que existisse uma decisão do juiz à época da fixação da multa que deveria ter sido cumprida, se posteriormente essa decisão mostrou-se contrária ao direito, não há mais nenhuma justificativa para a manutenção das conseqüências do inadimplemento da obrigação⁹⁸.

Art. 463. III - no juízo de retratação da apelação

O art. 463, CPC, trata das excepcionais hipóteses nas quais o juiz poderá alterar sua própria sentença após sua publicação. Pretende ser exaustivo, mas para isso é necessária a previsão de um novo inciso, sendo nesse sentido a proposta ora apresentada. Apesar de não ser regra o juízo de retratação em sede de apelação - recurso cabível contra a sentença nos termos do art. 513, CPC - existem duas hipóteses em que isso é possível: art. 285-A, § 1º e art. 296, CPC. Nesses dois casos de julgamento liminar, o juiz poderá se retratar de sua sentença diante da apelação interposta pelo autor, o que significa dizer que poderá anular a sentença e continuar regularmente o procedimento. Como a anulação é a forma mais extrema de "alteração" da sentença, entendo importante a expressa menção a essa hipótese num novo inciso do art. 463, CPC.

Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ou reexame necessário

A coisa julgada material opera-se nas sentenças de mérito proferidas com cognição exauriente com o trânsito em julgado da decisão. Para

¹⁰² STJ, REsp 639.233/DF, 1.ª Turma, rel. Min. José Delgado, j. 06.12.2005; STJ, REsp 320.459/CE, 2.ª Turma, rel. Min. Castro Meira, j. 02.08.2005.

¹⁰³ Nery-Nery, *Código*, p. 701; Theodoro Jr., *Curso*, n. 513, p. 607.

tanto, basta que não seja interposto o recurso cabível ou ainda que todos os recursos cabíveis já tenham sido interpostos e decididos⁹⁹. Nesse sentido é possível se concluir pela redação atual do dispositivo legal. Ocorre, entretanto, que excepcional hipótese de aplicação do art. 475 do CPC, ainda que não seja interposta apelação contra a sentença, haverá o reexame necessário, de forma que o processo só chegará ao seu final após essa análise obrigatória da decisão pelo tribunal de segundo grau¹⁰⁰. A proposta de redação do art. 467, CPC, inclui o "reexame necessário" e exclui as indicações a "ordinário e extraordinário" referentes ao processo considerando sua inutilidade.

Art. 467-A. Havendo capítulo de decisão autônomo e independente não impugnado, ocorrerá trânsito em julgado parcial da decisão, com a consequente coisa julgada material, conforme o caso.

Havendo na decisão vários capítulos, a parte sucumbente poderá em seu recurso optar por impugnar todos eles (recurso total) ou somente alguns (recurso parcial). Esses diferentes capítulos poderão ser autônomos e independentes ou apenas autônomos, sendo tal distinção de suma importância para inúmeras conseqüências processuais, interessando nesse momento a formação da coisa julgada.

Para considerável parcela doutrinária, sendo os capítulos autônomos e independentes, a impugnação de somente alguns deles faz com que os capítulos não impugnados transitem em julgado. Sendo capítulos de mérito, com o trânsito em julgado produzirão coisa julgada material, de forma que essa corrente doutrinária entende perfeitamente possível que a coisa julgada material se forme de maneira fragmentada¹⁰¹. Registre-se que, apesar do correto raciocínio desenvolvido pelos renomados doutrinadores que defendem a tese da "coisa julgada parcial", o Superior Tribunal de Justiça rejeita o entendimento, firme no sentido de que o trânsito em julgado (e por conseqüência a coisa julgada material nas sentenças de mérito proferidas com cognição exauriente) só ocorre após o julgamento do último recurso interposto, independentemente do âmbito de devolução desse recurso ou dos anteriores¹⁰². Até se compreende a preocupação pragmática do tribunal no tocante a coisa julgada parcial, em especial no tocante ao termo inicial de contagem de prazo para a ação rescisória, o que,

¹⁰⁴ Cruz e Tucci, *Limites*, 24.10.2, p. 292; Marinoni-Arenhart, *Manual*, n. 5.3, p. 640.¹

¹⁰⁵ Marinoni-Mitidiero, *Curso*, p. 450; Theodoro Jr., *Curso*, n. 519, p. 619.

entretanto, não é o suficiente para inadmitir a tese ora defendida. Como o entendimento jurisprudencial é sentido contrário, é imprescindível a criação de regra expressa como forma de consagração da coisa julgada parcial.

Art. 469. Somente o dispositivo da decisão faz coisa julgada, ainda que os fundamentos sejam importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença.

Somente o **dispositivo** da sentença de mérito torna-se imutável e indiscutível, admitindo-se que os fundamentos da decisão possam voltar a ser discutidos em outro processo, inclusive com a adoção pelo juiz de posicionamento contrário ao que restou consignado em demanda anterior¹⁰³. É natural que essa rediscussão dos fundamentos da decisão seja admitida somente se não colocar em perigo o previsto no dispositivo da decisão protegida pela coisa julgada material. Afirma-se corretamente que a coisa julgada material não se importa com *contradições lógicas* entre duas decisões de mérito, buscando tão-somente evitar as *contradições práticas* que seriam geradas no caso de dois dispositivos em sentido contrário. A missão de evitar as *contradições lógicas* – mesmos fatos e fundamentos jurídicos considerados de maneira diferente em distintas decisões judiciais – é destinado a outros institutos processuais, tais como a prejudicialidade, conexão, continência, litisconsórcio, intervenções de terceiro e tutela coletiva.

O art. 469 do CPC, com desnecessárias repetições, confirma que somente o dispositivo torna-se imutável e indiscutível em razão da coisa julgada material, já que os motivos, a verdade dos fatos e a decisão da questão prejudicial estarão na fundamentação, que não é protegida pela coisa julgada material. A proposta de redação do art. 469 do CPC é deixar mais claro o limite objetivo da coisa julgada material.

Art. 470. Faz coisa julgada a resolução da questão prejudicial, se a parte o requerer (arts. 5º e 325), o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide.

Em razão da revogação sugerida do inciso III do art. 469, CPC, não tem sentido a manutenção do termo “todavia”, que deve ser suprimido.

Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é

dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros, salvo no caso de sucessores e substituídos processuais, que deverão ter ciência da existência da ação para que se vinculem à coisa julgada material.

Aparentemente, a atual redação da segunda parte do art. 472 do CPC excepcionaria a regra, consagrada pela primeira parte, de que somente as partes suportam a coisa julgada material, estabelecendo que nas ações relativas ao estado de pessoa a sentença produziria coisa julgada em relação a terceiros. A inadequada redação do dispositivo legal, entretanto, somente consagra a regra da coisa julgada *inter partes*, porque exige que todos os interessados sejam citados no processo em litisconsórcio necessário. Dessa forma, somente os terceiros desinteressados não participam do processo como parte, e estes, conforme já afirmado, não suportam a coisa julgada material, porque não têm legitimidade para discutir judicialmente a decisão¹⁰⁴. Parece que o dispositivo legal confundiu os efeitos da decisão com a coisa julgada material, considerando-se que todos suportam os efeitos dessa decisão – os divorciados não estão divorciados somente entre eles, mas também perante terceiros –, mas evidentemente os terceiros – nesse caso todos terceiros desinteressados – não suportam a coisa julgada material¹⁰⁵. Em razão do exposto a segunda parte deve ser revogada.

Mesmo no sistema da coisa julgada *inter partes* existem duas exceções, de forma que os sucessores e os substituídos processuais, ainda que não participem do processo como partes, suportam os efeitos da coisa julgada. São titulares do direito e dessa forma não haveria sentido que não suportassem os efeitos da coisa julgada material. Para a doutrina majoritária os **substituídos** são representados na demanda por sujeito que a lei ou o sistema considera apto à defesa do direito em juízo, sendo que nessa excepcional hipótese admite-se que a coisa julgada atinja titulares do direito que não participaram como parte no processo¹⁰⁶. A proposta que condiciona a vinculação à coisa julgada à informação do substituído da existência do processo tem como fundamento a proteção aos princípios da *ampla defesa* e do *contraditório*¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Nery-Nery, *Código*, p. 707; Dinamarco, *Instituições*, n. 965, p. 321-322; Tesheiner, *Eficácia*, n. 3.3.1.2, p. 83; Greco Filho, *Direito*, n. 57.4, p. 282.

¹⁰⁷ Cruz e Tucci, *Limites*, n. 24.2.3, p. 232.

A CULPA MORTUÁRIA: uma tentativa de interpretação para o retrocesso do art. 1830 do Código Civil Brasileiro

Débora Fernandes Pessoa Madeira Menjivar

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. BREVES APONTAMENTOS HISTÓRICOS DA FAMÍLIA; 3. A CULPA E O SEU SURGIMENTO NO DIREITO DE FAMÍLIA; 4. A CULPA MORTUÁRIA; 4. CONCLUSÃO.

RESUMO

Com o advento da Constituição da República de 1988, instituiu-se, no Brasil, o Estado Democrático de Direito. A CR/88 disciplina novos preceitos sobre a família e estabelece como fundamento a Dignidade da Pessoa Humana. Em que pese esta nova realidade legislativa e estatal, o legislador de 2002, no que se refere à dissolução do casamento, no direito de família, manteve a necessidade discussão de culpa, assunto que vem sendo aos poucos superado pela jurisprudência. Há uma tendência de desconsideração da culpa na separação judicial. No entanto, no art. 1830 do CC/02, o legislador inovou: foi trazida uma presunção de culpa em desfavor do falecido, quando o cônjuge falecido estava separado de fato há mais de dois anos, hipótese em que o cônjuge sobrevivente torna-se herdeiro. Buscou-se, neste artigo, aclarar as razões do retrocesso de se ter trazido a culpa mortuária para o Direito Civil e, por fim, concluiu-se pela necessidade de uma interpretação compatível com o atual contexto legislativo.

PALAVRAS-CHAVE: Família. Culpa mortuária. Art. 1830 do Código Civil.

1. INTRODUÇÃO

O direito é, nos clássicos dizeres de Miguel Reale, um fato social uma vez que regulamenta a vida em sociedade, visando a

harmonia social. Sendo assim, a alteração e a evolução são capazes de alterar as regras jurídicas, sob pena de haver uma discrepância entre Direito e realidade social.

No que se refere ao Direito de Família, este sofre mutações constantes, visto a grande alteração da sociedade das formas de se constituir família, além da maneira de ver o que vem a ser família.

No Direito Brasileiro, a família, antes vista como patriarcal e instituída exclusivamente por meio do casamento, era tratada como indissolúvel uma vez que a sua destruição poderia ocasionar um desequilíbrio social.

Todavia, a sociedade mudou, novas formas de constituir família foram surgindo socialmente e, por consequência, a CR/88 também alargou as hipóteses de família, retirando a exclusividade do casamento.

Com as alterações, necessário se faz o estudo do elemento culpa no direito de família que se na família patriarcal fazia algum sentido discuti-la quando do fim da vida conjugal, nos dias atuais não faz mais sentido.

A família atualmente é um meio de livre desenvolvimento da dignidade dos seus membros, onde pode existir afeto e onde existe, principalmente, liberdade dos membros de ficarem ou não agregados, ligados entre si. Desta maneira, o fim da relação familiar fundada no matrimônio, tende a terminar sem haver mais a discussão de culpa.

Esta é uma tendência interpretativa dos tribunais e da doutrina: a eliminação da discussão de culpa quando da dissolução da sociedade conjugal.

Em que pese esta tendência, que já vinha se firmando desde a década de 70, o legislador do Código Civil de 2002, que teve a oportunidade de adequar as regras de direito de família com a realidade social, repetiu e asseverou a regra da discussão de culpa na separação. E, como se não bastasse, ele também trouxe à baila uma nova modalidade de culpa: a culpa mortuária.

No art. 1830 do CC/02, o legislador trouxe um requisito para

que cônjuge sobrevivente seja sucessor da herança do cônjuge falecido: eles não podem, ao tempo da morte, estar separados judicialmente ou separados de fato há mais de dois anos. Nesta hipótese, o cônjuge sobrevivente somente não herdará se restar provada a sua culpa pela separação de fato.

Diante de tamanha incongruência entre o momento social em que se vive, o Estado Democrático de Direito instaurado com a CR/88 e a regra trazida pelo CC/02, faz-se necessário o estudo da culpa mortuária, na busca de uma interpretação que seja menos prejudicial às partes envolvidas na sucessão.

2. BREVES APONTAMENTOS HISTÓRICOS DA FAMÍLIA

Os autores atuais¹ que escrevem e ensinam o Direito de Família brasileiro apontam que a família teria, ao menos no Brasil, originado-se de uma estrutura monogâmica, a partir da instituição casamento. Todavia, tanto a palavra quanto a própria estrutura da família e a forma de sua regulamentação têm sofrido alterações constantes ao longo da história.

A palavra família, no Direito Romano, designava patrimônio ou entes familiares. Segundo Pontes de Miranda (MIRANDA, 1947, P. 50 e 51) "se usava em relação às coisas, para designar o conjunto do patrimônio, ora a totalidade dos escravos pertencentes a um senhor. (...) Esta palavra família, em um sentido especial, compreende o pai, a mãe e os filhos; e tomada num sentido geral, compreende todos os parentes".

Neste contexto do direito romano, a família era do tipo patriarcal e o *pater familias* detinha poderes de vida e morte, emancipação e repúdio em relação aos filhos, mulher e parentes.

¹ Vide GONÇALVES, 2005; DIAS; PEREIRA, 2001; CAHALI, 2003; LÔBO, 2009; RODRIGUES, 2003.

Noutro contexto, agora em relação ao Direito Brasileiro, a Constituição da República de 1946 trazia em seu bojo a família-casamento e a indissolubilidade dela. Neste contexto, a família era vista e tratada como sendo uma instituição social, ou seja, a família (somente advinda do casamento) merecia proteção do Estado e a sua dissolução era o mesmo que um desequilíbrio social. A manutenção da união familiar por meio do casamento era considerado requisito de paz social.

Ocorre que, sendo um Direito um fato social, ele deve alterar conforme o meio que ele pretende reger. A sociedade, desta maneira, mudou e, conseqüentemente, o direito acompanhou esta evolução, de forma paulatina, com alterações na idéia que se tem de família.

No Código Civil de 1916 a família, ainda tratada como instituição social e fundada no casamento não poderia ser dissolvida por completo, mas havia a figura do desquite. Ora, qual o motivo da permissão do desquite, que nada mais era que uma separação do casal, e a manutenção da indissolubilidade do casamento? Ao que parece, tudo remonta do Direito Canônico

Este, a princípio, não permitia o desfazimento da "aliança que se fez perante Deus", entretanto nos casos de intolerância da vida em comum, por motivos ditos graves, a separação de corpos era permitida. Ora, quase que como uma satisfação às instituições religiosas e mais especificamente à Igreja Católica (visto que o Brasil é predominantemente católico), o legislador brasileiro criou a figura do desquite que, como no Direito Canônico, seria uma separação de corpos por motivos graves sem dissolução do vínculo matrimonial.

Mais tarde, a partir da década de 70, reivindicava-se a inutilidade da intervenção do Estado na separação dos casais; foi quando foi promulgada a lei do Divórcio (Lei 6515/77), que inseriu a idéia de separação-sanção (com discussão de culpa) e a dúplici-
idéia de separação e divórcio.

No contexto de 1977, a família ainda era vista como instituição social e, portanto, pelo temor social da degeneração com o rompimento da família, justificava-se a discussão de culpa no término da família e a duplicidade separação-divórcio. Aliás, pode-se pensar, inclusive, que a discussão de culpa seria mais uma satisfação às instituições religiosas de que o Direito estaria contrariando as ordenações divinas.

Após, tivemos o estabelecimento, pela Constituição da República de 1988, do atual Estado Democrático de Direito. Esta carta magna extinguiu a idéia de casamento como sendo a única forma de constituição de família, em seu art. 226. O fato é que no contexto do estado democrático não cabe mais a idéia de imposição estatal de uma única forma de constituição de família, pelo Princípio da democracia, o estado se realiza com a participação do povo. É o que menciona Ana Lúcia Ribeiro:

Estado Democrático de Direito, que garante a efetiva participação do povo na produção, aplicação e reconstrução do ordenamento jurídico pela processualidade, razão pela qual o exercício da jurisdição, bem como das funções legislativa e administrativa, devem necessariamente vincular-se às determinações traçadas por esta diretriz principiológica. Fala-se, pois, no princípio da vinculação ao Estado Democrático de Direito, que decorre da própria sistemática estabelecida pela Constituição Federal em vigor, determinante de uma normatividade embasada pela reunião entre o princípio do Estado de Direito e o princípio da democracia.

(...)

O enfeixamento desses princípios traça o contorno do Estado Democrático de Direito, reunindo as características essenciais tanto do Estado de Direito, como do Estado Democrático, estabelecendo uma nova estrutura estatal que se pauta não apenas pelo cumprimento do princípio da legalidade (Estado de Direito), mas também pela necessária intervenção

popular sobre a construção e testificação do ato decisório, por meio do princípio do devido processo constitucional, garantidor do discurso no espaço procedimentalizado (Estado Democrático). (RIBEIRO, 2009)

Assim, a partir da Constituição de 1988, o que se busca, em relação ao Direito de Família e ao conceito de família, é uma interpretação integrada à esta nova constituição estatal, busca-se interpretar este ramo do direito à luz dos novos princípios constitucionais. Muitos autores, nesta linha de raciocínio e tendo em vista o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, associam a família à uma realidade necessariamente afetiva.

Em que pese o fato de neste artigo não se concordar com a existência de um Princípio da Afetividade, família, no contexto atual, seria um espaço aberto para livre dignificação dos entes que compõem o núcleo familiar, independente da sua forma de constituição – pelo casamento, união estável, união homoafetiva, entre outras formas -, e, ainda que desejável, independente da afetividade.

Neste sentido, tem-se que, atualmente conceitua-se família:

A família como formação social, como sociedade natural, é garantida pela Constituição não como portadora de um interesse superior e superindividual, mas, sim, em função da realidade das exigências humanas, como lugar onde se desenvolve a pessoa. (PERLINGIERE, 2002, p. 243)

A família deixou de ser objeto de uma proteção autônoma. (...) O que se protege é a pessoa. (JUNIOR, 2007, p. 182).

Desta maneira, o atual conceito de família, onde se insere o novo Direito de Família – que, aliás, está em constante mutação -, principalmente após a entrada em vigor do CC/02, refere-se a um livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade dos entes da família, com a intervenção do Estado somente quando se fizer necessário e prezando sempre pela manutenção das garantias constitucionais à intimidade e privacidade.

Neste sentido, a doutrina esclarece:

(...)a intervenção do Estado deve apenas e tão-somente ter o condão de tutelar a família e dar-lhes garantias, inclusive de ampla manifestação de vontade e de que seus membros vivam em condições propícias à manutenção do núcleo afetivo. (PEREIRA, 2006, p. 157).

Portanto, os entes familiares, no contexto do Estado Democrático de Direito, devem ter a sua autonomia respeitada e, portanto, devem poder escolher a forma de constituição da família em que pretendem inserir.

3. A CULPA E O SEU SURGIMENTO NO DIREITO DE FAMÍLIA

Rolf Madaleno, em artigo sobre o presente tema, afirma que há quem entenda que a discussão de culpa remonta do Direito Canônico:

(...)o exame da culpa conjugal encontra sua origem no direito canônico, de um tempo de prevalência do direito cogente que dominava toda matéria matrimonial, sendo desígnio do legislador que nada ficasse à livre vontade das partes. Entretanto, o direito canônico perdeu boa parcela de sua ingerência na evolução dos textos, e dos costumes sociais, embora o exame da culpa carregue uma boa dose de vingança daquele cônjuge que perdeu a companhia do seu parceiro nupcial. (MADALENO)

O argumento, ao menos no Brasil, é muito contundente. O direito canônico aborda a família como uma instituição advinda do casamento indissolúvel entre homem e mulher, entretanto, em raras exceções como adultério, doença, entre outras hipóteses, admite-se a anulação ou a separação de corpos, esta, quando provada a culpa.

No Brasil, o Código Civil antigo trazia o casamento como sendo a única forma de constituição de família, nos moldes do direito canônico e ele era previsto como indissolúvel.

Certo é que era permitido o desquite, mas este instituto, além de não desfazer o vínculo conjugal e tão-somente permitir a separação de corpos, era tratado como exceção. Aliás, o próprio significado da palavra – em débito com a sociedade –, demonstra o temor da época pela degeneração social.

Na década de 70, quando da promulgação da Lei do Divórcio, deu-se, na legislação brasileira, a possibilidade de desconstituição do vínculo conjugal, pelo divórcio, entretanto, com a discussão de culpa.

Neste contexto, importante ressaltar que a família ainda era considerada instituição social, que o casamento ainda era a única forma – jurídica –, de se constituir família. Ocorre que, como acima foi mencionado, a CR/88 instaurou o Estado Democrático de Direito e trouxe novas formas de se constituir família, o que teve por consequência uma reformulação do conceito e do próprio Direito de Família.

Neste contexto, que é o que ainda estamos inseridos, não é mais plausível a discussão de culpa. A discussão de culpa faz ocorrer a violação das garantias constitucionais à privacidade e à intimidade, atenta contra a dignidade humana e extrapola os limites de intervenção do Estado nas relações privadas: trata-se de um descompasso, um retrocesso.

Assim entende a doutrina:

O processo judicial invasivo da privacidade pode contribuir para o acirramento das diferenças, colocando as partes como contentores de uma disputa, segundo o código binário de tudo ou nada, de certo ou errado, de inocente ou culpado. Em que pese o Estado Democrático em que estamos inseridos, o legislador do Código Civil de 2002 retomou a discussão de culpa no Direito de

Família, o que por si só, já representa um retrocesso.

Neste sentido, a doutrina explica:

A busca por um culpado e um inocente pelo fim do matrimônio teve sua pertinência na concepção patriarcal da família, quando o casamento era indissolúvel e o marido era o chefe da sociedade conjugal. Nesta ótica, sendo a família uma instituição, merecedora de tutela pelo simples fato de ter sido constituída através do matrimônio, a própria dissolução matrimonial já era um fato danoso por si só. (NEVARES, 2004, p. 158)

No Código de 2002, em seus artigos 1572 e 1573, foram trazidas hipóteses criteriosas de demonstração e prova de culpa quando da dissolução da sociedade conjugal, hipóteses que tendem não ser mais discutidas judicialmente, tendo em vista o enfraquecimento das consequências desta discussão.

A guarda dos filhos menores, que pela discussão de culpa, ficaria com o Cônjuge inocente, não mais se determina em razão de culpa ou não pelo término da sociedade conjugal, mas em função do Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Quanto ao nome, a inserção do nome do outro cônjuge é uma faculdade de ambos a partir do código de 2002 e, desta maneira, uma vez acrescentado o sobrenome, esta partícula se insere definitivamente no nome do outro cônjuge, passando a integrar a sua personalidade. Sendo assim, a tendência é que os tribunais optem pelo entendimento de que, mesmo sendo cônjuges considerado culpado, ele não pode ser forçado a retirar o nome inserido.

Por fim, quanto aos alimentos, os tribunais também devem se tender ao entendimento de que eles são medidos pelo binômio necessidade / possibilidade, que não será diferente quando o cônjuge alimentante for ou não considerado culpado pela dissolução.

Sendo assim, mesmo tendo o legislador insistido na idéia de culpa, já é uma tendência a eliminação desta discussão, paulatinamente, dos processos de dissolução da sociedade conjugal.

3. A CULPA MORTUÁRIA

Como já mencionado, o legislador de 2002 insistiu na discussão de culpa quando da dissolução da sociedade conjugal e, além de ter perdido a oportunidade legislativa de banir esta discussão, ele a levou a expansivas linhas, chegando ao Direito das Sucessões.

No art. 1830, do CC o legislador inaugurou mais uma forma de discussão de culpa:

Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

O artigo traz um requisito para sucessão entre os cônjuges. Se um dos cônjuges falece, para que o cônjuge sobrevivente se torne herdeiro, não pode ter havido separação judicial – sentença transitada em julgado da separação – e nem pode ter ocorrido a separação de fato há mais de dois anos. Seria melhor que o legislador tivesse parado sua redação neste ponto, visto que seria justo a não ocorrência da sucessão nestas duas hipóteses.

Todavia, ao fim do artigo, o legislador fez uma ressalva quanto à hipótese de separação de fato há mais de dois anos: salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente. Então, inaugurada foi a culpa mortuária. Caso fique provado que a separação de fato deu-se por culpa do cônjuge sobrevivente, somente assim este será excluído da sucessão.

A redação do artigo, numa primeira leitura, não parece ser muito clara, mas o que foi trazido neste artigo foi, na hipótese de separação de fato dos cônjuges há mais de dois anos e caso ocorra o falecimento de um deles, há uma presunção de inocência do cônjuge

sobrevivente de forma que os herdeiros concorrentes é que terão que provar a culpa do sobrevivente.

Deste absurdo legislativo, várias dúvidas surgem: como provar a culpa do cônjuge sobrevivente por uma separação que já ocorreu há mais de dois anos e sendo a única testemunha da suposta culpa um *de cujus*? Qual seria o fundamento do legislador ao estabelecer esta necessidade de comprovação de culpa se é possível o divórcio sem discussão de culpa quando há separação de fato há mais de dois anos? Caso o cônjuge falecido, durante a separação de fato, tenha constituído nova família através de uma união estável, é possível que o cônjuge sobrevivente concorra com o companheiro?

Para responder a tais questionamentos, é necessária a análise das hipóteses de concorrência.

a. Cônjuge sobrevivente concorrendo com descendentes ou ascendentes

Neste caso, nota-se que os descendentes ou ascendentes do cônjuge falecido é que possuem interesse em excluir o cônjuge sobrevivente da sucessão. Desta maneira, terão que provar duas circunstâncias: a separação de fato prolongada no tempo e a não culpa do falecido pela separação de fato, ou seja, a culpa do cônjuge sobrevivente.

b. Cônjuge sobrevivente concorrendo com o companheiro

Caso durante o período de separação de fato tenha o cônjuge sobrevivente constituído família pela união estável, em que pese a opinião de Eduardo de Oliveira Leite no sentido de que o cônjuge sobrevivente concorrerá com o companheiro, a combinação dos arts. 1830 com o 17232, trazem a solução: somente o companheiro herdará, em detrimento do cônjuge sobrevivente.

c. Cônjuge sobrevivente concorrendo com o Estado

Caso o cônjuge falecido não tenha deixado herdeiros e, por vacância o Estado venha a ser sucessor da herança do falecido, caberá a ele a prova de inocência do cônjuge falecido, sob pena de o Cônjuge

sobrevivente separado de fato há mais de dois anos do falecido torna-se herdeiro e suceder a totalidade da herança.

d. Cônjuge sobrevivente concorrendo com companheira putativa

Trata-se de uma hipótese de alta indagação jurídica. Seria o caso de o de cujus manter, quando em vida, dois relacionamentos familiares: ter uma vida conjugal com o cônjuge com o qual contraiu matrimônio e manter uma união estável com um companheiro paralelamente à primeira relação.

O STF, em alguns julgados³ já demonstrou entender que o direito de família brasileiro adota o Princípio da Monogamia e, pasme, também entende a nossa maior corte que a CR/88, em seu art. 226, estabeleceu uma hierarquia entre as formas de se constituir família prescrevendo o casamento como superior a união estável.

Sem entrar nos meandros desta discussão, que não é objeto do presente trabalho, o fato é que nesta possível concorrência, o cônjuge sobrevivente herdaria tudo, pelo entendimento do STF.

Todavia, seria contraditório compartilhar da mesma opinião deste tribunal, por tudo que até o momento foi abarcado. Entende-se, desta forma, que deveria de haver uma concorrência entre o cônjuge sobrevivente e o companheiro, por ser medida equidade, por ser a forma de alcançarmos o fundamento constitucional da dignidade humana e por não entendermos existir Princípio da Monogamia e muito menos hierarquia entre as formas de constituir família.

² Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. § 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

³ STF, RECURSO ESPECIAL Nº 789.293 - RJ (2005/0165379-8), RELATOR : MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO. EMENTA: União estável. Reconhecimento de duas uniões concomitantes. Equiparação ao casamento putativo. Lei nº 9.728/96. 1. Mantendo o autor da herança união estável com uma mulher, o posterior relacionamento com outra, sem que se haja desvinculado da primeira, com quem continuou a viver como se fossem marido e mulher, não há como configurar união estável concomitante, incabível a equiparação ao casamento putativo. 2. Recurso especial conhecido e provido.

Independente de se tratar de quaisquer das hipóteses acima mencionadas, o legislador de 2002 trouxe um enorme retrocesso⁴: como dito, ele pôde excluir a discussão de culpa do direito de família e não o fez e, ademais, alargou as hipóteses de discussão de culpa trazendo a culpa mortuária para o ordenamento jurídico. Os tribunais, quanto à culpa que por ora ainda se discute no direito de família quando da dissolução da sociedade conjugal, já entendem pela sua desnecessidade.

SEPARAÇÃO JUDICIAL. PEDIDO INTENTADO COM BASE NA CULPA EXCLUSIVA DO CÔNJUGE MULHER. DECISÃO QUE ACOLHE A PRETENSÃO EM FACE DA INSUPOORTABILIDADE DA VIDA EM COMUM, INDEPENDENTEMENTE DA VERIFICAÇÃO DA CULPA EM RELAÇÃO A AMBOS OS LITIGANTES. ADMISSIBILIDADE.

- A despeito de o pedido inicial atribuir culpa exclusiva à ré e de inexistir reconvenção, ainda que não comprovada tal culpabilidade, é possível ao Julgador levar em consideração outros fatos que tornem evidente a insustentabilidade da vida em comum e, diante disso, decretar a separação judicial do casal.

- **Hipótese em que da decretação da separação judicial não surtem conseqüências jurídicas relevantes.**

Embargos de divergência conhecidos, mas rejeitados.

⁴ A segunda parte da regra, porém, merece severa crítica. No caminho da busca pela separação judicial com base no princípio da ruptura, como existente na legislação estrangeira, vislumbrando a sociedade libertar-se da culpa no rompimento afetivo, já facilitado o fundamento para ação de separação (art. 1573, parágrafo único), e permitido o divórcio direto sem questionamento do motivo da ruptura, mostra-se retrógrada a previsão. (CAHALI; HIRONAKA, 2003, p.221).

(EREsp 466.329/RS, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/09/2005, DJ 01/02/2006 p. 427)

APELAÇÃO CÍVEL - MINISTÉRIO PÚBLICO - SEPARAÇÃO JUDICIAL - IMPUTAÇÃO DE CULPA AO OUTRO CÔNJUGE - DESNECESSIDADE - RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. Ao admitir a possibilidade de separação sem alegação de culpa de qualquer dos cônjuges, como vimos, o legislador aderiu preferentemente à teoria do divórcio-remédio. A separação é concedida como remédio para uma situação e não como punição. A norma, após arrolar casuisticamente as hipóteses que tornam impossível a comunhão de vida, justificadoras do pedido de separação judicial litigiosa, vem seguindo a esteira das modernas legislações européias, no seu parágrafo único, a admitir que o juiz pode considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum (p.ex., crueldade mental, desamor, incompatibilidade de gênios etc.). Apelando, assim, para a discricionariedade judicial, para que o órgão julgante, empregando critérios axiológicos, consagrados na ordem judicial (LICC, at 5º), interprete a norma em relação com a situação fática do caso sub judice, averiguando se, na verdade, a conduta de um dos cônjuges torna insuportável a convivência conjugal. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0079.06.271392-4/001 - COMARCA DE CONTAGEM - APELANTE(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS - APELADO(A)(S): V.L.L.O. J.F.O. - RELATOR: EXMO. SR. DES. MAURO SOARES DE FREITAS).

DIREITO DE FAMÍLIA - SEPARAÇÃO JUDICIAL CUMULADA COM ALIMENTOS - MÚTUA ASSISTÊNCIA - PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE - BINÔMIO NECESSIDADE/ POSSIBILIDADE - PARTILHA DE BENS - REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL - DÍVIDAS - CULPA PELA SEPARAÇÃO - DESUSO - DESNECESSIDADE DE AFERIÇÃO. É cabível o pagamento de alimentos entre marido e mulher em virtude do dever de mútua assistência, bem como do Princípio da Solidariedade, balizador da obrigação alimentar entre os cônjuges, devendo estes ser fixados em consonância com a capacidade do alimentante e a necessidade daquele que pleiteia a pensão alimentícia. Nos termos do §1º do art. 1.694 do Código Civil, os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada. **A tarefa de distribuir culpas numa separação é subjetiva, e inevitavelmente termina por provocar uma falsificação da realidade matrimonial. A culpa afigura-se como um instituto arcaico e em desuso na atual realidade jurídica pátria.** Na forma dos artigos 1.658 e 1.660 do CC, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal na constância do casamento, adquiridos a título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges. As dívidas assumidas na vigência do casamento também devem ser partilhadas em igual proporção entre os ex-cônjuges, porquanto se presume que foram feitas em benefício da entidade familiar, vertendo-se em proveito do casal e dos filhos. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0017.05.017414-7/001 - COMARCA DE ALMENARA - APELANTE(S): W.C.L. - APTÉ(S) ADESIV: A.S.C.L. - APELADO(A)(S): A.S.C.L.

W.C.L. - RELATOR: EXMO. SR. DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES).

Lado outro, em relação ao art. 1830 do CC, ele tem sido interpretado como uma presunção normativa de inocência em benefício do cônjuge sobrevivente. Todavia, assim como no direito de família a discussão de culpa tende a se tornar irrelevante, entende-se que no direito sucessório mais irrelevante ainda ela irá se tornar.

Enfim, entende-se como justa a interpretação que desconsidere a parte final do art. 1830, por ser medida de congruência da regra com o ordenamento jurídico. Se no direito de família a discussão de culpa já arcaica, discutir culpa após a morte de um dos cônjuges e existindo a prova da separação de fato do falecido com o cônjuge sobrevivente é ainda mais rude e por demais incongruente com o Estado Democrático de Direito.

5. CONCLUSÃO

Foi visto ao longo deste trabalho que, em meio ao contexto do Estado Democrático de Direito e de um Direito de Família modificado, ou melhor, que vem sofrendo alterações interpretativas em virtude da mutação social no que se refere ao conceito de família, a discussão de culpa nas relações personalíssimas tem se tornado cada vez mais obsoleta.

No direito de família, a culpa era discutida quando do fim da sociedade conjugal, discussão que foi relevante na realidade de uma família patriarcal e advinda somente do casamento.

Com o advento do Código Civil de 2002, mesmo tendo o legislador abarcado a necessidade de encontrar um culpado pelo fim da separação quando for esta litigiosa, os tribunais têm, aos poucos, interpretando a discussão de culpa como irrelevante, visto a liberdade dos cônjuges de não mais constituírem uma família, além de ser desgastante a busca por um culpado.

Noutro giro, no que se refere a sucessão entre os cônjuges, o

legislador, no art. 1830 do CC/02, trouxe uma nova hipótese de discussão de culpa: quando um dos cônjuges falecer e já existir uma separação de fato entre o falecido e o cônjuge sobrevivente há mais de dois anos, deverá ser provado que o sobrevivente foi o culpado para que seja excluído da sucessão do falecido.

A discussão de culpa pela separação de fato, nesta hipótese, será muito mais desgastante, visto tratar-se de circunstâncias muito íntimas vividas por alguém que já faleceu. Entendemos, então, que a discussão da culpa mortuária terá, na prática, o condão de acirrar disputas, despertar interesses e até causar injustiças. Não faz sentido atribuir direitos sucessórios a quem já não tinha nenhum vínculo com o falecido.

Em que pese o absurdo trazido pela mencionada regra, entendemos que a interpretação mais justa e congruente com o ordenamento jurídico, seria a de desconsiderar a discussão da culpa mortuária e, desta forma, o cônjuge separado de fato há mais de dois anos do falecido não faz jus à sucessão, independente de ter sido culpado ou não pela separação de fato.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso Avançado de Direito Civil: Direito das Sucessões**. V. 6. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e o Estado**. Rio de Janeiro: Vitória, 1891.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2005.

JUNIOR, Walsir Edson Rodrigues. O exercício da autonomia privada na dissolução da sociedade conjugal. *In: FIUZA, César; SÁ, Maria*

de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Direito Civil: autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais. **Atualidades II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

LOBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MADALENO, Rolf. **Concorrência sucessória e trânsito processual**. Disponível em: http://www.rolfmadaleno.com.br/site/index.php?option=com_content&task=view&id=42&Itemid=39. Acesso em 01 nov. 2009.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito de Família**. V. 1. São Paulo: Max Limonad, 1947.

NEVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

RIBEIRO, Ana Lúcia. **A tutela antecipada inaudita altera parte no Estado Democrático de Direito**. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_RibeiroAL_1.pdf. Acesso em: 01 nov 2009.

RODRIGUES, Silvio. **Direito das Sucessões**. V. 7. São Paulo: Saraiva, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PERLINGIERE, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução do direito civil-constitucional**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

O MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO E A LEI N. 12.016/2009

Fredie Didier Jr¹
Hermes Zaneti Jr²

Sumário: 1 - Nota introdutória; 2 - "Legitimidade *ad causam* ou *ad processum*" no mandado de segurança coletivo. Perspectivas; 3 - Mandado de segurança coletivo e os direitos difusos; 4 - Limites subjetivos da coisa julgada no mandado de segurança coletivo. Insuficiência do regramento legal. Apelo ao microsistema da tutela coletiva; 5 - Direito de auto-exclusão da abrangência da jurisdição coletiva. Regra inadequada. Possível inconstitucionalidade. Apelo ao microsistema da tutela coletiva; 6 - Necessidade de prévia ouvida da pessoa jurídica de direito público para a concessão de liminar no mandado de segurança coletivo.

Resumo. A Lei n. 12.016/2009 regulamentou o mandado de segurança coletivo. O artigo tem o objetivo de examinar os dispositivos normativos que cuidam do tema, apontando as suas incongruências com o microsistema da tutela jurisdicional coletiva e as suas possíveis inconstitucionalidades.

Palavras-chave. Mandado de segurança. Tutela coletiva.

¹ Professor-adjunto de Direito Processual Civil da Universidade Federal da Bahia. Mestre (UFBA), Doutor (PUC/SP) e Pós-doutor (Universidade de Lisboa). Advogado e consultor jurídico. www.frediedidier.com.br

² Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo. Mestre e Doutor (UFRGS). Promotor de justiça (MP-ES).

Abstract. The collective writ of mandamus ("mandado de segurança coletivo") was regulated by Federal Law n. 12.016/09. This essay aims to examine the rules on this subject, pointing out their inconsistencies with the microenvironment of the collective judicial protection and their eventual incompatibilities with Brazilian Constitution.

Keywords: The collective writ of mandamus. Collective judicial protection

1. Nota introdutória

A Lei n. 12.016/2009 visa a regulamentar o mandado de segurança individual e coletivo.

Em relação ao mandado de segurança individual, não trouxe grandes novidades, restringindo-se, basicamente, a compilar a legislação que até então existia (Leis n. 1.533/1951, 4.348/1964 e 5.021/1966) e as súmulas dos tribunais superiores. No que diz respeito ao mandado de segurança coletivo, a situação é um tanto diversa, pois a lei trouxe dois novos textos normativos (arts. 21 e 22), que não tinham correspondente na legislação anterior.

Este artigo cuida de examinar os dispositivos dedicados ao mandado de segurança coletivo, cujo regramento pela Lei n. 12.016/2009 dificilmente poderia ter sido pior.

2. "Legitimidade *ad causam* ou *ad processum*" no mandado de segurança coletivo. Perspectivas.

O art. 5º, LXX, da CF/88 determina que "o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados".

A doutrina, de um modo geral, examina o inciso como legitimidade *ad causam* ativa para a propositura do mandado de segurança coletivo.

Não parece, porém, que este seja o único caminho.

Gostaríamos de propor, para reflexão, as seguintes ponderações, ao final fazendo considerações gerais que são aplicáveis à nova regra do art. 21 da Lei 12.016/09.

Como se sabe, a legitimidade *ad causam* é a capacidade de conduzir um processo em que se discute determinada situação jurídica substancial. A legitimidade é uma capacidade que se atribui a um sujeito de direito tendo em vista a relação que ele mantém com o objeto litigioso do processo (a situação jurídica afirmada na demanda). Para que se saiba se a parte é legítima, é preciso investigar o objeto litigioso do processo, a situação concretamente deduzida pela demanda. Não se pode examinar a legitimidade *a priori*, independentemente da situação concreta que foi submetida ao Judiciário. Não existe parte *em tese* legítima; a parte só é ou não legítima após o confronto com a situação concreta submetida ao Judiciário.

Esta construção nova auxilia a resolver dois problemas sempre presentes na disciplina do processo coletivo: a) o confronto entre as correntes da legitimação autônoma para a condução do processo (*Prozessführungsrecht*) e da legitimação por substituição processual; b) a dissociação entre os momentos *ope legis* e *ope iudicis*, para controle da adequada representação.

Assim, o texto constitucional não cuida, nem poderia cuidar, de legitimidade *ad causam* para o mandado de segurança coletivo. A legitimidade para o mandado de segurança coletivo será aferida a partir da situação litigiosa nele afirmada, ou seja, *ope iudicis*.

A norma constitucional, na verdade, atribui capacidade processual aos partidos políticos e às entidades de classe para valer-se do procedimento do mandado de segurança (*ope legis*).

Trata-se de regra semelhante ao § 1º art. 8º da Lei n. 9.099/1995, que atribui apenas às pessoas físicas capazes, às microempresas, às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e às sociedades de crédito ao microempreendedor (conforme a redação trazida pela Lei 12.126/2009) a capacidade processual para demandar nos Juizados Especiais Estaduais (o *caput* do art. 8º exclui a capacidade processual, para demandar e ser demandado nos Juizados, do incapaz, do preso, das pessoas jurídicas de direito público, das empresas públicas da União, da massa falida e do insolvente civil").

A questão que surge é a seguinte: os outros legitimados à tutela coletiva, não previstos no inciso LXX do art. 5º da CF/88, têm

capacidade processual para valer-se do procedimento do mandado de segurança coletivo? A CF/88, ao atribuir a capacidade processual referida, limita-a aos partidos políticos e às entidades de classe, ou apenas assegura que eles a possuem?

Parece que a melhor solução é, realmente, entender que se trata de uma garantia constitucional mínima atribuída aos partidos políticos e às entidades de classe.

É absolutamente irrazoável defender que as demais associações civis e o Ministério Público (outros legitimados à tutela coletiva não previstos no texto constitucional) não têm capacidade processual para valer-se do procedimento do mandado de segurança. Podem valer-se de qualquer procedimento previsto em lei (art. 83 do CDC), mas logo em relação ao mandado de segurança, que é direito fundamental, lhes faltaria capacidade processual. Perceba: podem levar a juízo a afirmação de um direito coletivo por meio de um procedimento comum, mas não podem fazê-lo por meio do procedimento especial do mandado de segurança. Partindo da premissa de que um direito fundamental pode sofrer restrições por lei infraconstitucional, desde essa restrição encontre fundamento constitucional, pergunta-se: qual a justificativa constitucional para a restrição do direito fundamental de acesso à justiça por meio do mandado de segurança ao Ministério Público, associações civis e outros legitimados não mencionados no inciso LXX do art. 5º da CF/88?³ Nenhuma.

É inconstitucional, portanto, qualquer interpretação do art. 21 da Lei n. 12.016/2009⁴, que praticamente reproduziu o texto constitucional, que reconheça a incapacidade processual dos demais legitimados à tutela coletiva para valer-se do procedimento do mandado de segurança coletivo.

Foi dito que o art. 21 da Lei n. 12.016/2009 “praticamente” reproduziu o texto constitucional, porque se introduziu um excerto,

³ Como, por exemplo, a Defensoria Pública.

⁴ Art. 21 da Lei n. 12.016/2009: “O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial”.

que não consta da CF/88, relativo, aí sim, à legitimidade dos partidos políticos: o mandado de segurança coletivo por eles impetrado deve sê-lo “na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária”. Trata-se de consagração de entendimento de que a legitimidade coletiva, mesmo aquela atribuída aos partidos políticos, não pode ser universal; é preciso que se verifique a sua adequação. Um dos critérios de adequação da legitimação é, exatamente, a pertinência temática, agora expressamente consagrada em tema de mandado de segurança coletivo. Sucede que a situação, neste caso, é um tanto diversa do ponto de vista constitucional, pois: a) se a legitimação dos partidos políticos para as ações diretas de constitucionalidade não exige pertinência temática, porque haveria de exigí-la o MSC; b) os partidos políticos não existem em razão dos interesses de seus membros, mas sim de um programa de governo, logo o controle de sua legitimidade não pode ser restrito aos interesses dos filiados; c) a Constituição não limitou a legitimação dos partidos políticos, subjetiva ou objetivamente, justamente por valorizar estes *corpos intermediários* da sociedade civil como entes vocacionados à defesa da sociedade em face das lesões das pessoas jurídicas de direito público ou no exercício de função delegada do Poder Público já que a sua finalidade é transformar a sociedade e conseqüentemente fiscalizar o Poder Público no exercício de seus deveres constitucionais.

Uma última observação, a jurisprudência e a doutrina têm entendido que o requisito da constituição há mais de um ano diz respeito apenas às associações, não atingindo os demais legitimados (partidos políticos, entidades de classe e sindicatos). Entendemos, ainda, que como se trata de ação coletiva, ao aplicar o microsistema, aplica-se também a regra do art. 5º, § 4º, que permite a dispensa da prévia constituição⁵.

3. Mandado de segurança coletivo e os direitos difusos.

Questão das mais tormentosas, na aplicação do princípio da atipicidade da tutela coletiva, é a de saber se é possível tutelar direito difuso por meio do mandado de segurança.

A CF/88 conferiu ao mandado de segurança o *status* de direito

⁵No sentido contrário cf. Cássio Scarpinella Bueno, alegando a falta de menção expressa da nova Lei à possibilidade de dispensa, a nosso ver, contrariando o resto da excelente obra do autor, leitura puramente gramatical do sistema.

fundamental individual e coletivo. Prescreve que o mandado de segurança será concedido a "direito líquido e certo não amparável por *habeas data* ou *habeas corpus*". Qualquer direito, portanto, pode ser tutelado por mandado de segurança, desde que seus fundamentos fáticos possam ser comprovados documentalmente.

A Constituição reconhece expressamente a existência dos direitos e deveres individuais e coletivos como direitos e garantias fundamentais, sendo que o *writ* do mandado de segurança está previsto exatamente neste capítulo. Ter um direito sem ter uma ação adequada para defendê-lo significa não poder exercê-lo, o que fere de morte a promessa constitucional e a força normativa da Constituição que dela decorre. Seria o equivalente a tornar *flatus vocis*, bocas sem dentes, as garantias constitucionais.

O processo de mandado de segurança tem rito célere e tradição constitucional longeva, que remete a formação da República no Brasil, sendo resultado histórico da antiga luta de Rui Barbosa para assegurar a tutela dos direitos civis por meio de remédio processual de matriz constitucional, o mandado de segurança.

Qualquer restrição ao mandado de segurança deve ser compreendida como restrição a um direito fundamental e, como tal, deve ser justificada constitucionalmente.

O parágrafo único do art. 21 da Lei n. 12.016/2009 restringe, porém, o objeto do mandado de segurança coletivo aos direitos coletivos em sentido estrito e aos direitos individuais homogêneos⁶.

A regra é flagrantemente inconstitucional.

Trata-se de violação ao princípio da inafastabilidade (art. 5º, XXXV, CF/88), que garante que nenhuma afirmação de lesão ou de ameaça de lesão a *direito* será afastada da apreciação do Poder Judiciário. Esse princípio garante o direito ao processo jurisdicional, que deve ser adequado, efetivo, leal e com duração razoável. O direito ao processo adequado pressupõe o direito a um procedimento adequado, o que nos remete ao mandado de segurança, direito

fundamental para a tutela de *qualquer situação jurídica* lesada ou ameaçada, que garante o direito Afasta-se a possibilidade de o direito difuso ser tutelado por mandado de segurança, um excelente instrumento processual para a proteção de direitos ameaçados ou lesados por atos de poder. O direito difuso seria, então, o único direito que, sendo líquido e certo, não poderia ser tutelado por meio do mandado de segurança. Isso não tem justificação constitucional.

Além disso, o texto normativo está em descompasso com a evolução da tutela coletiva no direito brasileiro, especialmente o mandado de segurança coletivo. Muito se discutiu nos primeiros anos de aplicação se o mandado de segurança coletivo deveria tutelar apenas direitos coletivos (interpretação literal), direitos individuais homogêneos (direitos acidentalmente coletivos) ou também direitos difusos. A tese vencedora na doutrina⁷ e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal foi a que garantiu a maior amplitude da tutela, alcançando todos os direitos coletivos *lato sensu* (difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos). Nesse sentido: "...expresso meu entendimento no sentido de que o mandado de segurança coletivo protege tanto os interesses coletivos e difusos, quanto os direitos subjetivos". (RE 181.438-1/SP, STF, Tribunal Pleno, rel. Min. Carlos Velloso, RT 734/229).

Também neste sentido, o voto da Min. Ellen Gracie, no STF, Pleno, RE n. 196.184; j. em 27.10.2004: "À agremiação partidária, não pode ser vedado o uso do mandado de segurança coletivo em hipóteses concretas em que estejam em risco, por exemplo, o patrimônio histórico, cultural ou ambiental de determinada comunidade. Assim, se o partido político entender que determinado direito difuso se encontra ameaçado ou lesado por qualquer ato da administração, poderá fazer uso do mandado de segurança coletivo, que não se restringirá apenas aos assuntos relativos a direitos políticos

⁷ NERY Jr., Nelson., NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal Comentada e Legislação Extravagante*. São Paulo: RT, 2006, p. 139.

⁸ Na doutrina, que começa a manifestar-se sobre a nova lei, muitos entendem no mesmo sentido, entre estes, Cássio Scarpinella Bueno. *A Nova Lei do Mandado de Segurança*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 130; Luiz Manoel Gomes Jr. e Rogério Favreto. "Comentários ao art. 21". In: Luiz Manoel Gomes Jr, et alli. *Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança: Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: RT, 2009, p. 191. No sentido contrário, sustentando posição inadmissível e valendo-se de equivocado argumento de autoridade na jurisprudência do STF - lembra-se que nós precedentes

⁶ Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser: I - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica; II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou da parte dos associados ou membros do impetrante.

e nem a seus integrantes". (RE n. 196.184, transcrições, Bol. Informativo do STF n. 372).

Uma interpretação literal do art. 21 da Lei n. 12.016/2009 implicaria grave retrocesso social, com prejuízo a tutela constitucionalmente adequada (art. 5º, XXXV c/c art. 83 do CDC - princípio da atipicidade das ações coletivas). Cabe ao aplicador dar a interpretação conforme do texto normativo, para adequá-la ao microsistema da tutela coletiva e à Constituição Federal⁸.

4. Limites subjetivos da coisa julgada no mandado de segurança coletivo. Insuficiência do regramento legal. Apelo ao microsistema da tutela coletiva.

O *caput* do art. 22 da Lei n. 12.016/2009 cuida dos limites subjetivos da coisa julgada no mandado de segurança coletivo: "No mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante". O texto normativo não é uma inovação: limita-se a afirmar que a coisa julgada vincula o grupo titular do direito coletivo objeto do mandado de segurança. Nada demais, portanto.

O regime jurídico da coisa julgada não se compõe apenas pela definição dos seus limites subjetivos.

É preciso definir qual é a técnica de produção da coisa julgada, se *pro et contra*, *secundum eventum litis* ou *secundum eventum probationis*. A Lei n. 12.016/2009 nada disse a respeito deste tema.

A ausência de regramento pode ser constatada após confrontarmos o texto do art. 22 com o texto do inciso II do art. 103 do CDC, que cuida do regime da coisa julgada para os processos em que se discute direito coletivo (que também pode ser objeto de um mandado de segurança coletivo).

Eis o texto do art. 103, II, CDC: "Nas ações coletivas de que

acima o Tribunal reconheceu possível a tutela de direitos difusos mediante o MSC -, cf. José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo. *Mandado de Segurança Individual e Coletivo: comentários à lei 12.016, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: RT, 2009, p. 208. Note, ainda, que a referência no texto ao n. 101 da súmula do STF é inapropriada, vez que ela, em verdade, decorre da interpretação do Supremo ainda sobre a Constituição de 1946, conforme se constata da simples pesquisa no sítio do Tribunal na internet, época em que não se discutia no Brasil o Mandado de Segurança Coletivo e muito menos os direitos difusos.

trata este código, a sentença fará coisa julgada: *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81".

Note que há duas regras bem definidas neste inciso: a coisa julgada é *ultra partes* (limite subjetivo) e *secundum eventum probationis* ("salvo improcedência por insuficiência de provas", técnica de produção). Nada há na Lei n. 12.016/2009 a respeito da técnica de produção da coisa julgada, como se pode perceber após a leitura do art. 22, já mencionado.

Há, pois, lacuna normativa.

Três são, teoricamente, as soluções possíveis.

A primeira delas é considerar que o modo de produção de coisa julgada é o *pro et contra*, inclusive para os titulares dos direitos individuais considerados como "substituídos", modo típico e adequado para o processo individual. Essa solução é inaceitável: a solução da lacuna deve ser buscada dentro do microsistema da tutela jurídica coletiva, e não fora dele, mormente se a opção revelar-se pior do que o modelo geral de coisa julgada previsto no CDC. Não parece constitucional atribuir ao mandado de segurança coletivo, que é um direito fundamental, um modelo de coisa julgada mais prejudicial às situações jurídicas coletivas do que aquele previsto na legislação comum para a tutela coletiva. Um direito fundamental merece interpretação de melhor quilate.

A segunda opção é considerar que a coisa julgada no mandado de segurança coletivo segue o modelo da coisa julgada do mandado de segurança individual, que é *secundum eventum probationis*. A opção é aceitável, mas não é conveniente. É que o módulo probatório do mandado de segurança é exclusivamente documental. Pode acontecer de a decisão denegatória do mandado de segurança basear-se na prova produzida (denega-se por ausência de direito, e não por ausência de prova documental): nesse caso, há coisa julgada material, a despeito do juízo de improcedência. Mesmo se o impetrante obtiver outra prova documental, não poderá renovar a sua demanda, por mandado de segurança ou por qualquer outro procedimento. Há coisa julgada.

A terceira opção parece ser a mais simples e, talvez por isso mesmo, a mais correta. Diante da lacuna, busca-se no *microsistema* a solução para o impasse. O modo de produção da coisa julgada no

mandado de segurança coletivo é o mesmo previsto genericamente para as ações coletivas e está regulado no art. 103 do CDC: *secundum eventum probationis*, sem qualquer limitação quanto ao novo meio de prova que pode fundar a repropositura da demanda coletiva. A extensão subjetiva da coisa julgada coletiva será *secundum eventum litis*, sem prejuízo das pretensões dos titulares de direitos individuais, mesmo no caso da desistência do processo prevista no § 1º do mesmo artigo, já que sabidamente a desistência não embaça a repropositura da demanda (art. 267, VIII do CPC).

Trata-se de solução mais adequada, porque mantém a coerência do sistema e evita o retrocesso em tema de mandado de segurança, que é um direito fundamental.

5. Direito de auto-exclusão da abrangência da jurisdição coletiva. Regra inadequada. Possível inconstitucionalidade. Apelo ao microsistema da tutela coletiva.

O § 2º do art. 22 da Lei n. 12.016/2009 é regra nova no microsistema da tutela jurisdicional coletiva.

Para bem compreender a extensão da novidade, é preciso compreender o que significa o *direito de auto-exclusão* da jurisdição coletiva.

O direito à auto-exclusão da jurisdição coletiva consiste no poder jurídico de o indivíduo, por expressa manifestação de vontade, renunciar à jurisdição coletiva. Exercido esse direito, a jurisdição coletiva não produzirá efeitos na situação jurídica do indivíduo que se excluiu.

O exercício do *right to opt out* não implica renúncia da situação jurídica individual: o indivíduo não “abre mão” do seu direito à indenização, por exemplo; ele não quer, isso sim, que esse direito seja tutelado no âmbito coletivo, pois prefere, pelas mais variadas razões, a tutela jurisdicional individual. Ao excluir-se, o indivíduo “não será prejudicado pela sentença desfavorável” e “também não poderá ser, naturalmente, beneficiado pela coisa julgada da sentença favorável”⁹.

Nem todo sistema jurídico, que prevê a tutela coletiva, contém

⁹ GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: RT, 2007, p. 300.

¹⁰ GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, cit., p. 291.

¹¹ GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, cit., p. 306.

regramento sobre o direito de auto-exclusão.

No direito estadunidense, por exemplo, as ações coletivas (*class actions*) previstas no art. 23, (b)(1) e (b)(2), das *Federal Rules*, não permitem auto-exclusão: são, por isso, denominadas de *mandatory class action* ou *no opt out class action*¹⁰.

Ou seja: não há um imperativo teórico que imponha a existência da possibilidade de o indivíduo excluir-se da jurisdição coletiva.

Há um outro ponto digno de nota: a existência do direito à auto-exclusão pressupõe, logicamente, um prejuízo; por exemplo, que a coisa julgada coletiva estenda os seus efeitos para o âmbito individual, qualquer que seja o resultado do processo (*pro et contra*)¹¹.

De fato, só há sentido em permitir que o indivíduo se exclua voluntariamente da jurisdição coletiva se ela puder prejudicá-lo. Este prejuízo poderá decorrer da espera pelo julgamento do processo coletivo, pela ausência de confiança no sistema processual coletivo e pela simples vedação da tutela individual, o que será averiguado pelo autor da ação individual, no nosso sistema, titular exclusivo deste direito.

O direito brasileiro *não* prevê a possibilidade de o indivíduo excluir-se da jurisdição coletiva por simples comunicação nos autos do processo.

Isso decorre da regra da eficácia apenas *in utilibus* da coisa julgada coletiva na esfera individual.

O tema não passou despercebido por ANTONIO GIDI, especialista no tema: “não faz qualquer sentido permitir aos membros se excluírem do... grupo, uma vez que eles não serão mesmo atingidos pela coisa julgada desfavorável. Não haverá do que se excluir”¹².

Se o indivíduo não quiser o benefício que advém do processo coletivo, basta, simplesmente, que não proceda à liquidação e execução da sua pretensão individual.

No Brasil, como regra geral, para que o indivíduo se exclua da jurisdição coletiva, é preciso que, proposta sua ação individual e devidamente cientificado da existência de um processo coletivo, decida pelo prosseguimento do processo individual (art. 104, CDC; art. 22, § 1º, Lei n. 12.016/2009). Esse é o modo de *abdicar expressamente da jurisdição coletiva no direito brasileiro*, ato que não

¹² GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, cit., p. 306.

implica, repita-se, renúncia ao direito discutido.

O art. 104 do CDC dispõe que os efeitos a coisa julgada coletiva não beneficiarão o indivíduo, que tiver proposto a sua ação individual, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva. Isso significa que se estiver pendente uma ação individual e uma ação coletiva correspondente, para que o indivíduo se beneficie da coisa julgada coletiva, é preciso que ele peça a suspensão do seu processo individual, no prazo de trinta dias contados do conhecimento efetivo da existência do processo coletivo.

O prosseguimento do processo individual (iniciado antes ou depois da propositura da ação coletiva, pouco importa) significará a exclusão do *indivíduo-autor* dos efeitos da sentença coletiva. Para tanto, é preciso que o indivíduo tenha optado pela continuação do seu processo individual, a despeito da existência do processo coletivo. Essa opção, porém, somente será válida, se lhe foi garantida a ciência *inequívoca da existência do processo coletivo*. A ciência pode ser verificada de forma inequívoca quando ocorrer nos autos do processo. Trata-se de pressuposto para o exercício regular, pelo indivíduo do *right to opt out*, ou o *direito de optar por ser excluído da abrangência da decisão coletiva*.

O § 1º do art. 22 da Lei n. 12.016/2009 foge à regra geral do microsistema: o indivíduo deverá *desistir* do mandado de segurança individual, em vez de pedir a suspensão do processo. A regra é estranha e pode revelar-se inconstitucional se, no caso concreto, a desistência implicar a perda do direito fundamental ao mandado de segurança, que deve ser exercitado em cento e vinte dias (art. 23 da Lei n. 12.016/2009). Seria restrição irrazoável ao direito fundamental ao mandado de segurança.

Explica-se: a desistência do mandado de segurança, embora não implique decisão de mérito (e, portanto, suscetível de tornar-se indiscutível pela coisa julgada material), pode redundar na perda do direito fundamental ao mandado de segurança, que não poderia ser renovado, após eventual insucesso do mandado de segurança coletivo, em razão da necessidade de observância do prazo de cento e vinte dias previsto no art. 23 da mesma lei. Pode ser que a desistência não implique necessariamente essa perda (como nos casos de mandado de segurança contra omissão, que não se submete ao mencionado prazo). Mas a regra será a perda da oportunidade de discutir o seu direito individual por mandado de segurança.

Assim, dificilmente o impetrante desistirá do mandado de segurança, com toda razão. A situação que se pretendia evitar (pendência da ação coletiva e de ação individual sobre o mesmo tema) permanecerá ocorrendo. A solução legislativa é bem ruim.

O dispositivo tende a tornar-se letra morta. A tendência é a de a jurisprudência considerar que o mais adequado é a suspensão do processo individual, conforme a regra geral do microsistema. Esta interpretação pode, inclusive, fundamentar-se na relação de preliminaridade (a procedência da ação coletiva torna desnecessário o julgamento de mérito da ação individual) entre a ação coletiva e a ação individual, que autoriza a suspensão do processo individual com base no art. 265, IV, "a", CPC.

Não será a primeira vez que regras processuais precisam ser adequadas às peculiaridades do mandado de segurança.

O § 1º do art. 21 do Regimento Interno do STF autorizava o relator a extinguir o processo, em caso de incompetência. A regra excepcionava o CPC, que determina a remessa dos autos ao juízo competente nos casos de reconhecimento da incompetência (art. 113, § 2º, do CPC). O STF percebeu que, se a regra do seu Regimento fosse aplicada ao mandado de segurança, o impetrante não teria mais como impetrar o seu mandado de segurança perante o tribunal competente, exatamente em razão do mencionado prazo (MS n. 25087 ED/SP, j. em 21.9.2006, MS n. 26.244 AgR/DF, publicado no DJU de 23.2.2007, e MS n. 26.006 AgR/DF, j. em 2.4.2007). Assim, o dispositivo foi alterado (Emenda Regimental n. 21/2007), para reproduzir o regramento do CPC: a incompetência no STF implica remessa dos autos ao órgão jurisdicional competente, e não mais extinção do processo.

6. Necessidade de prévia ouvida da pessoa jurídica de direito público para a concessão de liminar no mandado de segurança coletivo.

O § 2º do art. 22 não traz nenhuma novidade.

Ao determinar que a liminar no mandado de segurança coletivo somente possa ser concedida após a manifestação do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, em setenta e duas horas, a Lei n. 12.016/2009 repete o que já estava prescrito no art. 2º da Lei n. 8.437/1992.

O dispositivo está em conformidade com o microsistema da

tutela jurisdicional coletiva, pois regra semelhante incide sobre a ação civil pública (art. 2º da Lei n. 8.437/1992).

A NOVA SISTEMÁTICA DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

Karina Romualdo Conegundes¹

RESUMO

A Lei 12.015, de 07 de agosto de 2009, alterou substancialmente o Título VI do Código Penal, trazendo várias inovações em relação aos crimes sexuais. Com a nova legislação, não se fala mais em crimes contra os costumes, modificando-se a rubrica do título para crimes contra a dignidade sexual, em consonância com a proteção constitucional. O presente artigo analisará as mudanças ocorridas, debruçando-se sobre as principais alterações, buscando apontar os pontos positivos e negativos decorrentes da reforma.

Palavras-chaves: crimes contra os costumes; dignidade sexual; Lei 12.015/2009.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. A dignidade sexual como bem jurídico tutelado - 3. Unificação dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor - 4. Unificação dos crimes de posse sexual mediante fraude e atentado ao pudor mediante fraude - 5. Unificação do crime de assédio sexual - 6. Estupro de vulnerável - 7. O novo artigo 218 do

¹ Graduada em Direito pela Universidade Federal de Viçosa (UFV), mestre em Ciências Penais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e professora assistente da UFV.

CP - 8. A ação penal nos crimes contra a dignidade sexual - 9. Do lenocínio ou do tráfico de pessoa - 10. O novo capítulo VIII - 11. Revogação da Lei 2.252/54 - 12. Conclusões - 13. Referências.

1- Introdução

Não é novidade alguma que a parte especial do Código Penal Brasileiro remonta a 1940, ressaltando-se as reformas pontuais que ocorreram ao longo de todos esses anos. Desde então, vez ou outra o legislador inova o sistema penal, modificando ou revogando (raramente) os tipos penais incriminadores ou criando (com mais frequência) novas figuras típicas.

No ano de 2009, várias reformas na legislação penal ocorreram, podendo-se citar a Lei 11.923 (que tipificou o chamado "sequestro relâmpago"), a Lei 12.012 (que acrescentou o art. 349-A ao CP, tipificando a entrada de aparelho celular em estabelecimento prisional), a Lei 11.983 (que revogou a contravenção penal da mendicância), dentre outras.

De todas, a mais ampla e, conseqüentemente, a mais comentada foi a reforma promovida pela Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009, que alterou não só o Título VI da Parte Especial do Código Penal (modificando a redação de vários artigos, criando e revogando outros), mas também o artigo 1º da Lei 8.072/90 (Crimes Hediondos) e a Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), bem como revogou por completo a Lei 2.252/54 (Corrupção de Menores).

Há muito se aguardava uma reforma substancial quanto aos "crimes contra os costumes", haja vista que as mini-reformas anteriores tinham sido insuficientes para adequar o código às necessidades decorrentes de décadas de atraso legislativo. Tanto é verdade que a doutrina e a jurisprudência pátrias clamavam por uma completa revisão desta parte do Código Penal, de forma a adequá-la não apenas aos costumes atuais, mas à própria Constituição Federal de 1.988, elegendo-se como bem jurídico tutelado a própria

² A qual revogou vários artigos do Código Penal, como os incisos VII e VIII do art. 107 (que previam a extinção da punibilidade pelo casamento da vítima de crimes contra os costumes com o próprio agressor ou com terceiro), o art. 217 (Sedução), os arts. 219 a 222 (Rapto), o art. 240 (Adulterio); a reforma também alterou, dentre outros, o art. 231 do CP, que passou a denominar Tráfico Internacional de Pessoas e não mais de mulheres apenas, acrescentando o art. 231-A (Tráfico Interno de Pessoas).

dignidade da pessoa humana, em seu aspecto sexual.

Dessa forma, foi promulgada a Lei 12.015, que trouxe enormes mudanças no cenário dos crimes sexuais, dando prosseguimento à reforma promovida em 2005 pela Lei 11.106², a qual apenas iniciou a reformulação do Título VI do Código Penal.

Pretende-se, no presente artigo, analisar a nova sistemática dos crimes contra a dignidade sexual, após o advento da Lei 12.015/2009. Para tanto, analisar-se-á todos os artigos da *novel* legislação, discorrendo-se sobre as principais inovações, sem a pretensão de, nestas breves linhas, esgotar-se o tema, até mesmo em razão do pouco de tempo de vigência da *novatio legis*. Desta forma, far-se-á algumas considerações gerais sobre a reforma, procurando-se arrolar os principais aspectos positivos e negativos até então vislumbrados.

2- A dignidade sexual como bem jurídico tutelado

O saudoso Nelson Hungria definia costumes como sendo "os hábitos de vida sexual aprovados pela moral prática, ou, o que vale o mesmo, a conduta sexual adaptada à conveniência e disciplina sociais"³. Magalhães Noronha⁴ empregava ao vocábulo no mesmo sentido, dizendo:

Costumes aqui deve ser entendido como a conduta sexual determinada pelas necessidades ou conveniências sociais. Os crimes capitulados pela lei representam infrações ao mínimo ético exigido do indivíduo nesse setor de sua vida de relação.

Mas, já há algum tempo, vários doutrinadores passaram a criticar a opção do legislador em, no Título VI do Código Penal, manter os "costumes" como bem jurídico protegido, desde a redação original, nos idos de 1940.

Nesse sentido, Guilherme Nucci⁵:

Pensamos, no entanto, que não mais se concretizam no

³ HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1956. v. VIII, p. 103.

⁴ NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 3.. p. 96.⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado.

seio social tais sentimentos ou princípios denominados éticos no tocante à sexualidade. A sociedade evoluiu e houve uma autêntica liberação dos apregoados *costumes*, de modo que o Código Penal está a merecer uma reforma há muito tempo, inclusive no tocante à vetusta denominação de *crimes contra os costumes*. O que o legislador deve policiar, à luz da Constituição Federal de 1988, é a dignidade da pessoa humana, e não os hábitos sexuais que porventura os membros da sociedade resolvam adotar, livremente, sem qualquer constrangimento e sem ofender direito alheio, ainda que, para alguns, sejam imorais ou inadequados. Foi-se o tempo em que a mulher era vista como um símbolo ambulante de castidade e recato, no fundo autêntico objeto sexual do homem.

Rogério Greco⁶, com seu pragmatismo habitual, dizia que

[...] perdeu o legislador a oportunidade de, por intermédio da Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005, modificar a redação do Título VI do Código Penal. A importância de tal modificação residiria no fato de que, por meio das seções, capítulos e títulos do Código Penal, o intérprete conseguiria identificar o bem juridicamente protegido. Tendo em vista que o Código Penal usa a expressão *crimes contra os costumes*, devemos concluir serem os bens a ele ligados que almeja proteger por meio da criação típica. No entanto, embora não se possa descartar totalmente os costumes, podemos reinterpretar tal expressão de acordo com os ditames da Constituição Federal, tendo como foco central do nosso raciocínio a *dignidade da pessoa humana*, aqui entendida no seu sentido mais íntimo, vale dizer, da *liberdade sexual*, isto é, a capacidade que a pessoa tem de dispor, livremente, sobre o seu próprio corpo, devendo ser punido qualquer comportamento que, de alguma forma, agrida a sua vontade.

Em razão disso, vários doutrinadores já interpretavam a expressão *costumes* à luz da Constituição da República de 1988:

⁶ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial, 4. ed. Niterói: Ímpetus, 2007. v.III, p. 463-464.

⁷ PRADO, Luiz Regis. Comentários ao Código Penal. 3 ed. São Paulo: RT, 2006. p. 661.

é a liberdade sexual da mulher em sentido amplo (inclusive sua integridade e autonomia sexual), que tem o direito pleno à inviolabilidade carnal, mesmo relação ao marido.⁷

Nesse aspecto, a lei 12.015 atendeu aos reclames da doutrina pátria, alterando o bem jurídico de todo o Título VI do Código Penal. Desta forma, o Título deixou de ter a rubrica “dos crimes contra os costumes”, passando a ser denominado “dos crimes contra a dignidade sexual”, estando, agora sim, em perfeita sintonia com a Constituição Federal. O legislador percebeu que nesses crimes o bem jurídico atingido não são os costumes e sim a própria dignidade da vítima; por isso, o Título deixou de tutelar a moral sexual ou um modelo de moralidade, para abarcar a dignidade da pessoa humana, em seu sentido mais íntimo, isto é a dignidade sexual:

Dignidade fornece a noção de decência, compostura, respeitabilidade, enfim, algo vinculado à honra. A sua associação ao termo *sexual* insere-a no contexto dos atos tendentes à satisfação da sensualidade ou da volúpia. Considerando-se o direito à intimidade, à vida privada e à honra (art. 5º, X, CF), além do que a atividade sexual é, não somente um prazer material, mas uma necessidade fisiológica para muitos, possui pertinência a tutela penal da dignidade sexual. Em outros termos, busca-se proteger a respeitabilidade do ser humano em matéria sexual, garantindo-lhe a liberdade de escolha e opção nesse cenário, sem qualquer forma de exploração, especialmente quando envolver formas de violência. [...] A dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) envolve, por óbvio, a dignidade sexual.⁸

3- Unificação dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor

Outra mudança positiva foi a que promoveu a junção dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor. Na antiga redação do Código Penal, o artigo 213 tipificava o crime de estupro, definido como a conduta de “constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”, enquanto o artigo 214 definia o atentado violento ao pudor: “constranger alguém, mediante

⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: RT, 2009. p. 14.

violência ou grave ameaça a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal”.

A Lei 12.015 criou um único tipo, que passou a abarcar as duas condutas até então tipificadas de forma autônoma: “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.” A pena prevista continua a mesma: reclusão de seis a dez anos.

Salienta-se que o legislador não revogou o atentado violento ao pudor, mas apenas passou a prevê-lo no mesmo artigo que tipifica a prática da conjunção carnal não consentida, denominando, a partir de então, de estupro o constrangimento, mediante violência ou grave ameaça, à conjunção carnal ou a outro ato libidinoso.

As vantagens da mudança são muitas. Em primeiro lugar, não só a mulher, mas qualquer passa a poder ser vítima de estupro. Caiu, portanto, a velha concepção do legislador de que somente a mulher podia ser estuprada. Tal se dava em razão da mentalidade vigente na época de concepção do nosso Código Penal, em que a mulher devia ser símbolo de recato, não havendo maiores interesses em prever o homem como vítima desse crime sexual. Nelson Hungria⁹ retratou bem essa mentalidade, ao dizer que:

Desgraçadamente, porém, nos dias que correm verifica-se uma espécie de crime do pudor, decorrente de causas várias. Despercebe a mulher que o seu maior encanto e a sua melhor defesa estão no seu próprio recato. Com a sua crescente deficiência de reserva, a mulher está contribuindo para abolir a espiritualização do amor [...] Com a decadência do pudor, a mulher perdeu muito de seu prestígio e charme. Atualmente, meio palmo de coxa desnuda, tão comum com as saias modernas, já deixa indiferente o transeunte mais tropical, enquanto, outrora, um, tornozelo feminino à mostra provocava sensação e versos líricos. As moças de hoje, via de regra, madrugam na posse dos segredos da

⁹ HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1956. v. VIII, p. 92.

¹⁰ Com todo respeito, pouca ou quase nenhuma utilidade prática se via nesta discussão: a uma pelo fato de que eram iguais as penas do estupro e atentado violento ao pudor, sendo os dois crimes hediondos; assim, sendo o transexual vítima de estupro ou a.v.p., as penas aplicadas seriam idênticas; a duas por não ser possível o transexual engravidar, pois só se cria uma neovagina e não um neoaparelho reprodutor, de forma que não é possível cogitar-se a aplicação do art. 128 II (aborto sentimental) e, mesmo que possível fosse, cabível seria o uso da analogia in bonam partem.

vida sexual, e sua falta de modéstia permite aos namorados liberdades excessivas. Toleram os contatos mais indiscretos [...] quando não chegam a ter a iniciativa delas, escusando-se para tanto inescrúpulo com o argumento de que a mãe Eva não usou folha de parreira na boca...

Igualmente perdeu razão¹⁰ a discussão acerca da possibilidade de transexual ser vítima de estupro, haja vista que o tipo fala em ‘alguém’ e não mais em ‘mulher’.

Ainda no que diz respeito ao sujeito do crime, qualquer pessoa pode praticá-lo, cessando todas as discussões a respeito da possibilidade da mulher ser sujeito ativo, seja como autora, participe ou autora mediata.

Perdeu, no entanto, o legislador a oportunidade para definir com mais clareza e precisão o que se entende por ato libidinoso, continuando a usar essa expressão com grande amplitude. Talvez se o legislador graduasse o ato libidinoso em grave, médio e leve, por exemplo, prevendo penas diversas, a dificuldade do aplicador da lei seria menor, evitando-se com mais facilidade ofensas aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Hoje, a única saída que lhe resta é a aplicação da contravenção penal prevista no artigo 61 da LCP; mas a pena ínfima prevista reduz drasticamente sua aplicação aos atos libidinosos levíssimos.

Findou-se, também, a discussão quanto à modalidade de concurso de crimes em caso de prática de conjunção carnal e outro ato libidinoso diverso¹¹; agora, sendo o crime de ação múltipla, a prática de qualquer ato libidinoso pode dar ensejo ao estupro; haverá um só crime, independente do número de atos libidinosos praticados no mesmo contexto da conjunção carnal, somente podendo interferir na pena base a ser aplicada pelo julgador. Tratando-se de *novatio legis in mellius*, retroage para beneficiar todos os casos concretos em que foi reconhecido o concurso entre os antigos crimes de estupro e atentado violento ao pudor. Assim, se ainda não foi oferecida ação penal, no momento do oferecimento o seu titular deve utilizar o novo artigo 213 como parâmetro; se já há processo em andamento, o juiz deverá se valer da *emendatio libelli*, dando a correta capitulação aos

¹¹ Havia enorme divergência sobre a modalidade de concurso de crimes em caso de conjunção carnal e outro ato libidinoso não preliminar. Para o STF aplicava-se a regra do concurso material, por não considerar estupro e atentado violento ao pudor crimes da mesma espécie. Para outros tribunais, era cabível o crime continuado.

fatos; se já há sentença condenatória com trânsito em julgado, cabível a revisão criminal.

Por fim, cessa a necessidade de recorrer-se à analogia *in bonam partem* para permitir o aborto em caso de gravidez decorrente de outro ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Como o art. 128, II do CP autoriza o aborto apenas quando a gravidez for decorrente de *estupro* e, como na redação antiga *estupro* era apenas a conjunção carnal forçada, só se admitia o aborto sentimental em caso de gravidez decorrente de outros atos libidinosos (portanto como consequência do crime de atentado violento ao pudor) por intermédio do uso da analogia. Agora, como também configura *estupro* a prática de outros atos libidinosos, a gravidez deles surgida (como, por exemplo, decorrente do coito vestibular) também está autorizada expressamente por lei.

Outra alteração ocorrida foi a reforma do artigo 1º, V da lei 8072/90, que passou a trazer como hediondo o “estupro (art. 213, *caput* e §§1º e 2º). Com a menção expressa ao *caput* do art. 213, não há mais razão para discutir-se a respeito da hediondez do *estupro* simples¹², confirmando-se, assim, a posição majoritária da doutrina e jurisprudência.

As hipóteses trazidas pelo antigo art. 223 passam a ter previsão nos §1º e 2º do artigo 213. O primeiro prevê uma qualificadora (vítima menor de 18 ou¹³ maior de 14) e uma hipótese de crime qualificado pelo resultado (se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave); já o segundo prevê uma qualificação pelo resultado, em caso de morte da vítima. Importante destacar que com a nova redação, aplicam-se os resultados mais graves sempre que decorrentes da conduta, seja pelo emprego da violência física ou da grave ameaça, tratando-se, nesse aspecto, de *novatio legis in pejus*,

¹² Como a antiga redação do art. 1º, V da Lei 8072/90 não utilizava expressamente a expressão *caput*, havia entendimentos de que o *estupro* simples não era hediondo, mas apenas o qualificado.

¹³ Percebe-se, aqui, erro material do legislador que utilizou a partícula ou no lugar de e; isso porque se a vítima do *estupro* for menor de 14 anos não se aplica o art. 213 e sim ao art. 217-A.

¹⁴ Tal raciocínio decorre do fato da nova redação condicionar o resultado mais grave à conduta, enquanto o antigo art. 223 o condicionava à violência, excluindo-o, portanto, quando decorria de ameaça. Isso porque o legislador, quando quer se referir à violência moral, a faz de forma expressa (ameaça) sendo a expressão violência indicativa apenas do uso de força física.

aplicável, portanto, apenas aos fatos praticados na vigência da nova lei¹⁴.

4- Unificação dos crimes de posse sexual mediante fraude e atentado ao pudor mediante fraude

Seguindo a mesma fórmula do atual crime de *estupro*, o legislador unificou os antigos artigos 215 (posse sexual mediante fraude) e 216 (atentado ao pudor mediante fraude).

Pela atual redação, constitui violação sexual mediante fraude “ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima”. A pena prevista passou a ser de dois a seis anos de reclusão, sendo mais grave, razão pela qual não retroage aos fatos pretéritos à vigência da nova lei.

Inovou o legislador, ao incluir a pena de multa quando houver finalidade de obtenção de vantagem econômica, bem como ao não prever tutela específica à virgindade da vítima.¹⁵

5 - Majoração do crime de assédio sexual

No que diz respeito ao crime trazido pelo artigo 216-A, denominado assédio sexual, a única inovação foi a inclusão de um §2º, com a majoração da pena em até um terço se a vítima for menor de 18 anos.

Curiosamente, percebe-se que o novo tipo passou a ter o *caput* seguido de um §2º, sem que se tenha sinal algum da existência de um §1º... Na verdade, a Lei 10.224/2001 trazia um parágrafo único, que foi vetado. Verdadeira impropriedade técnico-legislativa, pois deveria o legislador tê-lo reenumerado.

6- Estupro de vulnerável

Uma das maiores inovações surgidas com a reforma promovida pela Lei 12.015 foi a criação do tipo de “estupro de

¹⁵ Na antiga redação, se a vítima era virgem o crime era qualificado. Tal previsão não foi repetida pelo legislador, de tal forma que a circunstância somente poderá ser considerada na dosimetria da pena, mais especificamente na pena base, quando da análise das consequências do delito.

¹⁶ Para tanto, vide o item 70 da Exposição de Motivos da Parte Especial do CP.

vulnerável". Sempre se soube, até mesmo pela redação da Exposição de Motivos do Código Penal¹⁶, que a tutela penal, no campo sexual, deve estender-se com maior zelo e amplitude às pessoas incapazes de externar seu consentimento de forma válida e plena.

Até o advento da lei reformadora, a proteção a essas vítimas se dava por meio do instituto da *presunção da violência*, previsto no art. 224, que gerava uma tipificação por extensão sempre que a vítima era menor de 14 anos, alienada ou débil mental ou não podia oferecer resistência. Nesse contexto, enorme era a divergência existente, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, quanto à natureza dessa *presunção*, se absoluta ou relativa.

A maioria da doutrina e dos tribunais estaduais considerava relativa a *presunção*, acolhendo seu afastamento em caso de erro de tipo ou de proibição e em caso de vida sexual ativa da vítima, que demonstrava pleno discernimento acerca dos atos sexuais praticados.

No Supremo Tribunal Federal prevalecia como absoluta a *presunção da violência* nos crimes sexuais, como se depreende do voto do então Ministro Carlos Velloso¹⁷:

A falta de consentimento válido é a essencial circunstância que confere ao artigo 224, a *presunção jure et jure*, buscada para ter-se como real, a violência presumida. Não há conceber que menores de 14 anos, a quem não se permite validade dos atos jurídicos, tenha consciência plena para validar com seu consentimento o ato em comento. É justamente a impossibilidade do menor compreender em toda sua extensão o ato praticado, que afasta o consentimento válido. Falta ao menor a maturidade, quer mental, quer física, para ter alcance e avaliar com precisão o ato violador dos costumes. Não pode falar-se, portanto, em consentimento pleno e livre, a consequência é a violência presumida.

E prossegue o Ministro:

O que deve ser considerado é que uma menina de doze anos não possui suficiente capacidade para consentir

¹⁷ Supremo Tribunal Federal. HC nº 74.983-6. Rio Grande do Sul. Relator: Min. Carlos Velloso. Decisão unânime. Data do julgamento: 30/06/1997. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 24.09.09.

livremente na prática do coito. É que uma menina de 12 anos, já se tornando mulher, o instinto sexual tomando conta do seu corpo, cede, com mais facilidade, aos apelos amorosos. É precária a sua resistência, natural mesmo a sua insegurança, dado que não tem ela, ainda, condições de avaliar as conseqüências do ato. O instinto tende a prevalecer. Por isso, a lei institui em seu favor a *presunção* de que foi levada à consumação do ato sexual mediante violência (Cód. Penal, art. 224, a).

A afirmativa no sentido de que a menor era leviana não me parece suficiente para retirar-lhe a proteção da lei penal. Leviana talvez o seja, porque imatura, não tem, ainda, condições de discernir livremente. Uma menina de doze anos está, indiscutivelmente, em formação, não sabe ainda querer.

[...]

A norma inscrita no §4º do art. 227, da Constituição Federal – “a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente” – determinação ao legislador e roteiro para o intérprete, indica que se deve emprestar a proteção ao menor, inscrita no art. 224, a, do Código Penal, a maior amplitude.

No mesmo sentido os argumentos do Ministro Sepúlveda Pertence¹⁸:

Outro problema [...] é saber se a culpabilidade do agente, e não o caráter típico do fato, pode ceder, ante a prova do erro quanto ao elemento objetivo desta *presunção*, vale dizer, a idade da vítima. Isso tem, às vezes, sido equivocadamente discutido na jurisprudência sob o prisma das *presunções* absolutas ou relativas. Mas, a meu ver, não se trata de um problema de *presunção* absoluta ou relativa. A *presunção* do art. 224 é absoluta. Outra coisa é que ela seja imputável ao agente sem que se componha o dolo, que pressupõe a consciência dos elementos objetivos do tipo, entre os quais, nesse caso, se situa a idade da vítima.

¹⁸ Supremo Tribunal Federal. HC nº 74.983-6. Rio Grande do Sul. Relator: Min. Carlos Velloso. Decisão unânime. Data do julgamento: 30/06/1997. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia. Acesso em: 24.09.09.

Com o advento da reforma promovida pela Lei 12.015, foi criado tipo penal autônomo, denominado *estupro de vulnerável*, previsto no art. 217-A, com a intenção, inclusive, de cessar a discussão até então enfrentada pela presunção da violência:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou pratica outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - Reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

§ 2º A pena é aumentada da metade se há concurso de quem tenha o dever de cuidado, proteção ou vigilância. (vetado)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Vulnerável, na lição de Guilherme Nucci, é o incapaz de consentir validamente para o ato sexual, sendo passível de lesão, despido de proteção¹⁹. Para ele, nova divergência acaba de surgir ante o uso pelo legislador da expressão vulnerável:

A proteção conferida aos menores de 14 anos, considerados vulneráveis, continuará a despertar debate doutrinário e jurisprudencial. O nascimento de tipo penal inédito não tornará sepulta a discussão acerca do caráter relativo ou absoluto da anterior presunção de violência. Agora, subsumida na figura da vulnerabilidade, pode-se tratar da mesma como sendo absoluta ou relativa. [...] A lei não poderá, jamais, modificar a realidade e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade. [...] não será a criação de um novo tipo penal o elemento extraordinário a fechar as portas para a vida real²⁰.

¹⁹ NUCCI, Guilherme. Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: RT, 2009. p. 34-35.

²⁰ NUCCI, Guilherme. Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: RT, 2009. p.37.

E prossegue o autor, expondo seus fundamentos e conclusões a favor da relatividade da vulnerabilidade da vítima:

O legislador brasileiro encontra-se travado na idade de 14 anos, no cenário dos atos sexuais, há décadas. É incapaz de acompanhar a evolução dos comportamentos na sociedade. Enquanto o Estatuto da Criança e do Adolescente proclama ser adolescente o maior de 12 anos, a proteção penal ao menor de 14 anos continua rígida. Cremos já devesse ser tempo de unificar esse entendimento e estender ao maior de 12 anos a capacidade de consentimento em relação aos atos sexuais. Porém, assim não tendo sido feito, permanece válido o debate acerca da relatividade da vulnerabilidade do adolescente, vale dizer, do maior de 12 anos e menor de 14. A proteção à criança (menor de 12 anos), segundo nosso entendimento, ainda merece ser considerada absoluta no cenário sexual²¹.

Em sentido contrário o magistério de Rogério Greco²², que sempre entendeu como absoluta a antiga presunção de inocência, para quem,

com louvor, visando acabar, de vez por todas, com essa discussão, surge em nosso ordenamento jurídico penal, fruto da Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009, o delito que se convencionou denominar de *estupro de vulnerável*, justamente para identificar a situação de vulnerabilidade em que se encontra a vítima. Agora, não poderão os Tribunais entender de outra forma quando a vítima do ato sexual for alguém menor de 14 (quatorze) anos (pelo menos é o que se espera).

Nesse sentido, vale transcrever parcialmente a Justificação ao projeto que culminou com a edição da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, quando diz que o art. 217-A, *que tipifica o estupro de vulneráveis, substitui o atual regime de presunção de violência contra criança ou adolescente menor de 14 anos, previsto no art. 224 do Código Penal. Apesar de poder a CPMI advogar que é absoluta a presunção de violência de que trata o art. 224, não é esse o entendimento em muitos julgados. O projeto de reforma do Código Penal, então, destaca a vulnerabilidade de*

²¹ NUCCI, Guilherme. Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: RT, 2009. p. 37-38.

²² GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. 3. ed. Niterói: Ímpetus, 2009. p. 614.

certas pessoas, não somente crianças ou adolescentes com idade até 14 anos, mas também a pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não possui discernimento para a prática do ato sexual, e aquela que não pode, por qualquer motivo, oferecer resistência; e com essas pessoas considera como crime ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso; sem entrar no mérito da violência e sua presunção. Trata-se de objetividade fática.

No tocante às hipóteses de vulnerabilidade, o legislador praticamente repetiu as mesmas situações que geravam a famigerada presunção de violência: vítima menor de 14 anos, enfermo ou doente mental sem o necessário discernimento para a prática do ato ou que, por outra causa não pode oferecer resistência.

Quanto a essa última situação, convém ressaltar tratar-se de vulnerabilidade total, isto é, somente será aplicado o art. 217-A, §1º quando a vítima sofrer uma perturbação total à vontade, não tendo a mesma nenhuma condição de oferecer resistência. Se a perturbação for apenas relativa, possuindo a vítima alguma condição de resistir, aplica-se o artigo 215 (violação sexual mediante fraude) e não o estupro de vulnerável²³; somente assim, os dois artigos podem ser interpretados com harmonia.

7- O novo artigo 218 do CP

A antiga redação do art. 218 do Código Penal tipificava a vetusta *corrupção de menores*, que consistia em “corromper ou facilitar a corrupção de pessoa maior de 14 e menor de 18 anos, com ela praticando ato de libidinagem, ou induzindo-a a praticá-lo ou presenciá-lo”.

Punia-se, assim, a precoce iniciação sexual dos menores de 18 e maiores de 14 anos, com quem o agente praticava ato libidinoso, sem qualquer tipo de constrangimento.

Esse artigo, além de arcaico, era de raríssima aplicação prática, até mesmo porque a doutrina majoritária exigia para a consumação a efetiva corrupção da vítima, classificando-o como crime material²⁴.

Com a reforma, sai de cena a velha descrição típica, surgindo

três tipos: no *caput* uma nova descrição típica para a rubrica *corrupção de menores* (sem fazer uso dessa expressão nos elementos do tipo); no art. 218-A passou-se a prever a *satisfação da lascívia mediante presença de criança ou adolescente* e no art. 218-B o *favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável*.

Antes da reforma, o lenocínio típico (também denominado pela doutrina de alcovitaria) estava previsto somente no art. 227, recebendo penas diversas: vítima adulta (*caput*); vítima menor de 14 e maior de 18 anos ou agente com dever especial para com a vítima (§1º); vítima menor de 14 anos (havia, em razão do art. 232, presunção da violência, aplicando-se as penas do art. 227, §2º); fim de lucro (§3º).

Após a reforma, a antiga hipótese de presunção de violência, aplicada ao art. 227 por força do art. 232, fazendo com que a mediação de menores de 14 anos fosse punida com pena de 2 a 8 anos (§2º), cedeu lugar a novo crime autônomo (art. 218), que traz pena mais branda.

Assim, o §2º do art. 227 deixou de ser aplicado em caso de vítima menor de 14 anos, aplicando-se, portanto, o novo art. 218, sendo aquele parágrafo aplicado apenas em caso de violência, ameaça ou fraude reais contra vítimas maiores de 14 anos.

Para Nucci²⁵ todo o art. 227 deveria ter sido revogado pelo legislador:

Merecia desaparecer do contexto da tutela penal por respeito ao princípio da intervenção mínima e de acordo com o comportamento sexual mais liberal da sociedade brasileira em geral. Não tem o menor sentido buscar a punição de quem dá a idéia (indução) para que alguém (maior de 18 anos) satisfaça a lascívia (prazer sexual) de outra pessoa. E daí? Sem ter havido qualquer forma de violência, nenhum prejuízo adveio para qualquer dos envolvidos. Porém, não satisfeito de manter na legislação penal esse tipo obtuso, criou-se outro: a mediação de vulnerável para servir à lascívia de outrem (art. 218).

²³ GOMES, Luiz Gomes et al. Comentários à reforma criminal de 2009 e à Convenção de Viena sobre o direito dos tratados. São Paulo: RT, 2009. p.43.

²⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte especial. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 4, p.43.

²⁵ NUCCI, Guilherme. Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009.

²⁶ GOMES, Luiz Gomes et al. Comentários à reforma criminal de 2009 e à Convenção de Viena sobre o direito dos tratados. São Paulo: RT, 2009. p.53.

Por outro lado, a fim de evitar conflitos, deve-se interpretar esse novo tipo com certo cuidado, pois

no lenocínio comum (art. 227) não importa a espécie de lascívia que a vítima é induzida a satisfazer. Já no art. 218, tratando-se de vítima menor de 14 anos, não pode consistir em conjunção carnal ou atos libidinosos diversos da cópula normal, pois, nesses casos, haverá o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP). Limita-se, portanto, às práticas sexuais meramente contemplativas, como por exemplo, induzir alguém menor de 14 anos a vestir-se com determinada fantasia para satisfazer a luxúria de alguém²⁶.

O recém criado art. 218-A é verdadeira inovação legislativa, haja vista que a conduta por ele descrita não era abarcada pela velha redação do art. 218 nem por nenhum outro tipo penal, vindo a preencher a lacuna legal. Dessa forma, o novo artigo passou a tipificar a conduta de induzir menor de 14 anos a presenciar ato libidinoso.

Trata-se de tipo misto alternativo, uma vez que o agente pode realizá-lo praticando ato libidinoso na presença de menor ou induzindo-o a presenciar ato libidinoso de terceiro, sempre com a intenção de satisfazer a lascívia própria ou alheia. Saliente-se que o menor, em momento algum, participa do ato libidinoso, sob pena de configurar-se estupro de vulnerável (art. 217-A).

As antigas condutas previstas no art. 218 (praticar ato libidinoso com maior de 14 anos e menor de 18, induzi-lo a praticar ato libidinoso ou a presenciá-lo) tornaram-se atípicas.

Por fim, o novo art. 218-B resulta de verdadeira fusão do art. 244-A do Estatuto da Criança e do Adolescente com o art. 228, §1º do CP²⁷, tipificando a exploração da prostituição de crianças e adolescentes. A conduta de *submeter* menor de 18 anos à prostituição ou outra forma de exploração sexual já era prevista pelo art. 244-A do Estatuto, enquanto os demais verbos eram trazidos pelo §1º do art. 228 do CP (com penas menores), que determinava a aplicação da presunção da inocência, nos moldes do §1º do art. 227.

Consequentemente houve revogação tácita do art. 244-A do E.C.A., tendo em vista que a *novel* legislação passou a prever as

mesmas hipóteses antes abarcadas pelo art. 244-A. Já no tocante ao art. 228, §1º, houve modificação da sua redação, com previsão de outras situações. Em caso de grave ameaça ou violência, haverá concurso de crimes.

O §2º do art. 218-B tipifica a conduta de quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com vítima menor de 18 e maior de 14 anos, desde que o ato se dê no contexto da prostituição. Curioso, pois a prática de ato libidinoso com alguém nessa faixa etária, que não se encontre na prostituição, tornou-se atípico, sendo agora proibida apenas a prática quando o menor (entre 14 e 18 anos) se encontrar na prostituição. Claro que se a vítima for menor de 14 anos haverá estupro de vulnerável.

8 - A ação penal nos crimes contra a dignidade sexual

Antes da reforma, os crimes contra os costumes eram de ação penal privada, procedendo-se somente mediante queixa da vítima (querelante) ou de seu representante legal, nos termos do art. 225 do CP. Duas²⁸ eram as exceções: em caso de pobreza da vítima, a ação era de natureza pública condicionada à representação da vítima; quando cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador, a ação penal era pública incondicionada.

Fundamentava a natureza privada da ação penal a necessidade de conferir à vítima o poder de decisão entre oferecer a queixa, iniciando o processo penal, ou não, operando-se a decadência. Isso porque, muitas vezes, o processo poderia significar para a vítima um enorme sofrimento, ao ter que relembrar, em seus vários depoimentos, todos os terríveis detalhes do fato, tendo sua vida íntima vasculhada pela defesa do acusado. Por outro lado, sendo a palavra da vítima importante prova nos crimes sexuais, haja vista que raramente são praticados com testemunhas *de visu*, a sua não colaboração iria certamente desaguar na absolvição do réu.

Agora, a nova redação do art. 225 do Código Penal apregoa ser a ação penal nos crimes contra a dignidade sexual de natureza pública, condicionando-a à representação da vítima. Neste novo panorama, mantém-se a oportunidade e conveniência da vítima ao decidir acerca da representação, deixando, porém, a titularidade da

²⁷ GOMES, Luiz Gomes et al. Comentários à reforma criminal de 2009 e à Convenção de Viena sobre o direito dos tratados. São Paulo: RT, 2009. p.58.

²⁸ Isso sem falar da famigerada Súmula 608 do STF, que considera de ação pública incondicionada o estupro praticado com violência real, alvo de críticas por considerar o estupro crime complexo.

ação penal nas mãos do *parquet*, de tal forma que a vítima não terá que arcar com as despesas processuais nem, em caso de pobreza, ter que prová-la, sofrendo eventuais impugnações.

Passa a ser pública incondicionada a ação penal quando for a vítima menor de 18 anos ou vulnerável.

Com a reforma, abriu-se discussão a respeito da aplicabilidade da nova lei aos fatos anteriores. Primeiramente, não se deve esquecer que a aplicação retroativa da lei penal mais benéfica é garantia fundamental, esculpida no art. 5º, XL da Constituição da República, repetida pelos arts. 1º do Código Penal e 66, I da Lei de Execução Penal.

Em segundo plano, cumpre destacar a natureza jurídica da norma do art. 225 do CP: trata-se de norma penal, processual penal ou mista? Essa discussão se mostra relevante, pois a norma penal mais favorável será sempre aplicada ao fato, pouco importando se já foi revogada por outra ou se não era a vigente na época dos fatos; sendo, porém, de natureza processual, incidirá o princípio da aplicação imediata, independente de beneficiar ou prejudicar o réu.

Dúvida não resta ter a norma do art. 225 do CP natureza processual, por versar sobre a titularidade da ação penal; mas, por outro lado, vários são os efeitos penais imediatos decorrentes de sua aplicação, tais como a ocorrência de renúncia, perdão, perempção, os quais levarão à extinção da punibilidade do réu, atingindo o *jus puniendi* do Estado. Portanto, conclui-se, com apoio em Rogério Sanches²⁹, tratar-se de norma processual com reflexos penais diretos.

Em regra, a fórmula anterior é mais benéfica ao réu, pois a ação privada comporta mais causas de extinção da punibilidade, como a perempção e o perdão; até mesmo a decadência, que existe na ação pública condicionada, ocorre com mais facilidade na ação privada, pois os seis meses previstos pelo legislador englobam não apenas a representação da vítima, que pode se dar até mesmo perante o delegado de polícia, mas o oferecimento da queixa crime, que se dá somente em juízo, normalmente após a coleta de elementos de autoria e materialidade. Assim sendo, aos crimes praticados sob a vigência da antiga redação do artigo 225, aplicar-se-á a regra da ação privada;

²⁹ GOMES, Luiz Gomes et al. Comentários à reforma criminal de 2009 e à Convenção de Viena sobre o direito dos tratados. São Paulo: RT, 2009. p. 63

³⁰ GOMES, Luiz Gomes et al. Comentários à reforma criminal de 2009 e à Convenção de Viena sobre o direito dos tratados. São Paulo: RT, 2009. p.63.

essa espécie de ação penal deverá ser observada no que diz respeito aos processos ainda não iniciados, não ocorrendo nenhuma mudança quanto aos que se encontram em tramitação.

Depreende-se, com base nos argumentos supra, que a nova espécie de ação penal prevista para os crimes contra a dignidade sexual será aplicada aos crimes praticados sob a vigência da Lei 12.015/2009 (princípio do *tempus regit actum*). Quanto aos fatos anteriores, a sua aplicação estará reservada aos casos em que o réu for beneficiado.

Sendo a vítima pobre, nenhuma alteração pragmática ocorrerá, uma vez que na redação antiga do dispositivo a ação já era pública condicionada para essa hipótese, mantendo-a assim na nova sistemática, por ser abrangida pela atual regra geral (*caput* do art. 225 do CP). Excepciona-se, contudo, se a vítima for pobre e vulnerável, razão pela qual a nova lei lhe reserva a ação pública incondicionada, surgindo hipótese mais maléfica ao réu, razão pela qual a nova lei não terá aplicação³⁰.

Quanto aos fatos anteriores cometidos com abuso de pátrio poder ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador, nenhuma mudança significativa haverá, uma vez que na legislação revogada era prevista ação pública incondicionada (art. 225, II), a qual se repete na atual redação (art. 225, parágrafo único). Isso porque, em regra, as pessoas sujeitas a poder familiar, tutela ou curatela são vulneráveis. No entanto, como bem lembra Nucci³¹,

não é fórmula absoluta. Imagine-se o pródigo, sujeito à curatela (art. 1767, V, CC), privado da administração dos seus bens (art. 1782, CC). Se for vítima de abuso sexual por parte do curador, embora hipótese rara, poderia encaixar-se no disposto na antiga redação do art. 225, II (a ação penal seria pública incondicionada). Afinal, a lei penal não faz nenhuma distinção quando à espécie de curatela. A atual redação do art. 225, parágrafo único, não prevê abuso de curador, mas menciona menores de 18 anos e vulneráveis. Estes são os que não têm o necessário discernimento para a prática do ato sexual, em virtude de enfermidade ou deficiência mental, o que não inclui o

³¹ NUCCI, Guilherme. Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: RT, 2009. p. 70.

³² Nos crimes definidos nos capítulos anteriores, somente se procede mediante queixa.

pródigo. Por isso, se a ação era pública, antes do advento da Lei 12.015/2009, agora passa a ser condicionada a representação da vítima, que precisa ser colhida de imediato, pena de extinção da punibilidade.

Questão interessante, que demonstra bem o despreparo do legislador, é a que decorre da revogação do art. 223 do CP conjugada com a nova redação do art. 225. Isso porque, pela antiga sistemática, ao crime de estupro seguido de lesão grave ou morte não se aplicava o artigo 225³², pois este artigo referia-se apenas aos crimes *definidos nos capítulos anteriores*, encontrando-se o citado art. 223 no mesmo capítulo do art. 225, o que fazia com que a ação penal para esses crimes fosse pública incondicionada.

Pela nova redação, as hipóteses do art. 213, §1º e 2º (estupro seguido de lesão grave ou morte) passam a seguir a nova regra do art. 225 (ação pública condicionada à representação), pois não se encaixam nas exceções de ação pública incondicionada. Tratando-se de lei mais benéfica, retroage para alcançar os fatos pretéritos, o que levará ao sobrestamento de todos os processos a fim de que a vítima possa representar.

Tal conclusão, nos dizeres da SubProcuradora Geral da República, Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira³³,

fará com que em suma, país afora, promotores de justiça terão que sair à cata das vítimas ou de seus representantes legais, no sentido de obter, em tempo hábil a representação. É fácil perceber que, ainda que se empregue um esforço enorme, os acusados da prática de tão grave injusto penal serão certamente beneficiados pelos efeitos da decadência.

Frente a isso, foi ajuizada, em 19 de setembro de 2009, Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de liminar, em impugnação à parte do art. 225 do Código Penal, na redação dada pela Lei 12.015/2009, em virtude da ofensa aos princípios da dignidade da pessoa humana e da proibição da proteção deficiente por parte do Estado:

³³ Petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4601-3/600, subscrita pela SubProcuradora Geral da República, Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira, e aprovada pelo Procurador Geral da República Roberto Monteiro Gurgel Santos, protocolizada no Supremo Tribunal Federal em 17 de setembro de 2009. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalhes. Acesso em: 23.09.09.

Apesar de a lei nova representar, em termos gerais, um avanço, houve um grave retrocesso em relação aos crimes de estupro dos quais resulte lesão corporal grave ou morte, visto que a persecução penal nesses casos, antes incondicionais, passou a depender de representação da vítima ou de seu representante legal.

Referida condição de procedibilidade da ação penal em caso tais - de altíssimo nível de gravidade, de elevado grau de reprovabilidade, e que só beneficia o sujeito ativo do crime - constitui franca transgressão ao postulado da *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III, da CF) e ao princípio da *proibição da proteção deficiente*, importante vertente do princípio da proporcionalidade (art. 5º, LIV, da CF).

Diante do reconhecimento de que o Estado tem o dever de agir na proteção de bens jurídicos de índole constitucional, a doutrina vem assentando que a violação à proporcionalidade não ocorre apenas quando há excesso na ação estatal, mas também quando ela se apresenta manifestamente deficiente³⁴.

Tão grave foi a desatenção do legislador, que, pela nova redação, em caso, por exemplo, de estupro seguido de morte, caso a vítima não possua os parentes arrolados no art. 24, §1º do CPP (cônjuge, descendente, ascendente ou irmão), ocorrerá a extinção da punibilidade, exatamente por ausência de representação no prazo legal.

A ADI 4301-3 encontra-se tramitando, sendo o Ministro Joaquim Barbosa o seu relator. A esperança é que haja decisão liminar o quanto antes, sob pena de vários processos serem perdidos em razão da não representação da vítima, já que o prazo de seis meses iniciou-se a partir da entrada em vigor da nova lei.

9- Do lenocínio ou do tráfico de pessoa

O capítulo V do Código Penal, denominado *do lenocínio e do tráfico de pessoa*, com o advento da Lei nº. 12.015, sofreu sua primeira alteração já na rubrica, com o acréscimo da expressão *para fim de*

³⁴ Petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4601-3/600, subscrita pela SubProcuradora Geral da República, Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira, e aprovada pelo Procurador Geral da República Roberto Monteiro Gurgel Santos, protocolizada no Supremo Tribunal Federal em 17 de setembro de 2009. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalhes. Acesso em: 23.09.09.

prostituição ou outra forma de exploração sexual.

Nos tipos penais previstos nesse capítulo, sempre que se faz menção à expressão *prostituição* acrescentou-se a expressão *ou outra forma de exploração sexual*, de tal forma que o alcance do tipo passou a ser maior, abarcando não apenas a prostituição, mas toda e qualquer forma de exploração sexual.

Nesse aspecto, inclusive, o legislador procurou definir exploração sexual, prevendo no art. 234-C que “para os fins deste Título, ocorre exploração sexual sempre que alguém for vítima dos crimes nele tipificados”.

No entanto, o dispositivo foi vetado pela Presidência da República, sob o argumento de que

ao prever que ocorrerá exploração sexual sempre que alguém for vítima dos crimes contra os costumes, o dispositivo confunde os conceitos de ‘violência sexual’ e de ‘exploração sexual’, uma vez que pode haver violência sem a exploração. Diante disso, o dispositivo estabelece modalidade de punição que se aplica independentemente de verificada a efetiva prática de atos de exploração sexual³⁵.

Desta forma, não há um conceito legal de exploração sexual, ficando a cargo da doutrina e da jurisprudência conceituá-lo. Segundo Eva Faleiros³⁶,

Pode ser definida como uma dominação e abuso do corpo de crianças, adolescentes e adultos (oferta), por exploradores sexual (mercadores), organizados, muitas vezes, em rede de comercialização local e global (mercado), ou por pais ou responsáveis, e por consumidores de serviços sexuais pagos (demanda), admitindo quatro modalidades:

- a) prostituição – atividade na qual atos sexuais são negociados em troca de pagamento, não apenas monetário;
- b) turismo sexual – é o comércio sexual, bem articulado, em cidades turísticas, envolvendo turistas nacionais e

³⁵ Presidência da República. Disponível em: www.planalto.gov.br/legislacao. Acesso em: 15.09.2009.

³⁶ Apud.GOMES, Luiz Gomes et al. Comentários à reforma criminal de 2009 e à Convenção de Viena sobre o direito dos tratados. São Paulo: RT, 2009. p. 65-66.

estrangeiros e principalmente mulheres jovens, de setores excluídos de Países de Terceiro Mundo;

c) pornografia – produção, exibição, distribuição, venda, compra, posse e utilização de material pornográfico, presente também na literatura, cinema, propaganda, etc; e d) tráfico para fins sexuais – movimento clandestino e ilícito de pessoas através de fronteiras nacionais, como objetivo de forçar mulheres e adolescentes a entrar em situações sexualmente opressoras e exploradoras, para lucro dos aliciadores, traficantes.

Neste capítulo do CP, não houve grandes mudanças. Poderia o legislador ter aproveitado a oportunidade para rever, por completo, alguns tipos, inclusive revogando-os; mas preferiu ser tímido nas alterações, não trazendo inovações significativas.

O art. 228 do CP pouco foi alterado:

Em primeiro plano, perdeu-se a oportunidade de extirpar da legislação penal brasileira esse vetusto e desacreditado crime. O favorecimento da prostituição é basicamente inaplicável, pois envolve adultos e, conseqüentemente, a liberdade sexual plena. A prostituição não é delito e a atividade de induzimento, atração, facilitação, impedimento (por argumento) ou dificuldade (por argumento) também não têm o menor sentido constituir-se infração penal. O *mais* (prostituição) não é crime; o *menos* (dar a idéia ou atrair à prostituição) formalmente é. A lesão ao princípio da intervenção mínima e, por via de conseqüência, à ofensividade, torna-se nítida. Tratando-se de prostituição juvenil, o bem jurídico ganha outro tom e outra importância; porém, cuidando-se de prostituição de adulto, com clientela adulta, sem violência ou grave ameaça, não há a menor razão para a tutela penal do Estado. O tipo penal, ora mantido com poucas alterações (inócuas), continuará sem aplicação prática³⁷.

O §1º do art. 228 passou a prever basicamente as mesmas hipóteses anteriormente previstas, quando fazia remissão ao §1º do art. 227, com apenas algumas alterações. O *caput* passou a trazer, além da pena privativa de liberdade, a pena de multa. Ocorre que o

³⁷ NUCCI, Guilherme. Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: RT, 2009. p. 74.

§3º, que já existia antes da reforma, igualmente prevê pena de multa, aplicável apenas quando houver fim de lucro. Portanto, o proxeneta que agiu com finalidade de lucro receberá duas multas? Estranho, já que a prostituição infantil (prevista no novo art. 218-B e crime mais grave, em razão da qualidade da vítima) condiciona a pena de multa à finalidade de obtenção de vantagem; já na prostituição de adultos (art. 228) a multa será sempre aplicada, sendo dobrada se houver essa mesma finalidade...

Os tipos dos rétrogrados *Casa de Prostituição* e *Rufianismo* continuam em vigor, com as poucas alterações sofridas. Mais uma vez preferiu o legislador manter o falso moralismo, insistindo na tipificação, negando-se a enxergar as desvantagens de tal prática:

[..]A sociedade olvida o desatino de manter a prostituta nas ruas, sem proteção e vítima da violência, disseminando doenças, dentre outros problemas, em lugar de lhe permitir o abrigo em estabelecimentos próprios, fiscalizados pelo Estado, agenciados por empresários, com garantia tanto ao profissional do sexo quando à clientela. Enquanto se mantém na criminalidade a figura do rufião, que não se vale de violência ou grave ameaça, está-se incentivando a prostituição desregada e desprotegida, pois acabar com a atividade o estado jamais conseguirá³⁸.

No tocante ao art. 229, simplesmente trocou-se a expressão *casa de prostituição ou lugar destinado a encontro para fins libidinosos* por outra, qual seja, *estabelecimento em que ocorra exploração sexual*. Deduz-se que a intenção do legislador foi alcançar estabelecimentos onde há exploração sexual que não se encaixavam na redação antiga, tais como hotéis, restaurantes de beira de estrada e outros onde habitualmente ocorre a exploração. No entanto, como bem diz Greco³⁹,

Acreditamos que o controle social informal, praticado pela própria sociedade, seria suficiente para efeitos de conscientização dos males causados pela prática de determinados comportamentos que envolvem a prostituição, não havendo necessidade de sua repressão por parte do Direito Penal, que deve ser entendido como

³⁸ NUCCI, Guilherme. Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: RT, 2009. p. 85.

³⁹ GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. 3. ed. Niterói: Ímpetus, 2009. p. 651.

extrema ou ultima ratio.

A reforma do art. 230 foi ainda mais contida: o §1º passou a prever, de forma autônoma, praticamente as mesmas hipóteses anteriores, com pouquíssimas alterações e o §2º inovou ao incluir a fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a vontade da vítima como meio de execução a qualificar o crime.

Poucas foram as mudanças no art. 231, até mesmo porque o referido dispositivo já havia sido reformado em 2005 pela Lei 11.106. Novamente se alterou a rubrica do tipo (tráfico internacional de pessoa), desta vez com o acréscimo da expressão *para fim de exploração sexual*, demonstrando, de forma incontestada, a necessidade do elemento subjetivo do injusto.

Alguns rearranjos foram feitos, a exemplo da retirada do verbo intermediar do *caput* com a sua inserção no §1º, através da previsão das condutas de agenciar, comprar, transportar, transferir e alojar, que são formas de intermediação. O §2º passou a prever qualificadoras, algumas anteriormente já previstas como majorantes pelo reformado §1º. O §3º passou a prever pena de multa quando houver finalidade econômica.

O tipo do art. 231-A (Tráfico Interno) sofreu as mesmas alterações acima citadas, acrescentando-se apenas a previsão de pena mais leve (2 a 6 anos).

10 - O novo capítulo VIII

Um novo capítulo foi acrescentado ao Título VI do Código Penal: sob a rubrica *disposições gerais*, o Capítulo VIII passou a prever dois novos artigos: art. 234-A e art. 234-B, tendo sido o art. 234-C vetado.

O primeiro traz duas novas majorantes para os crimes contra a dignidade sexual. Na verdade, o projeto previa quatro causas de aumento, sendo as duas primeiras (incisos I e II) vetadas.

Nesse aspecto, embora a mensagem de veto tenha justificado a medida com vistas a evitar o *bis in idem*, não foi bem isso que ocorreu. Isso porque, de fato, o inciso I trazia hipótese já prevista no art. 226, I, que continua em vigor (concurso de duas ou mais pessoas); todavia,

⁴⁰ Presidência da República. Disponível em: www.planalto.gov.br/legislacao. Acesso em: 15.09.2009.

⁴¹ NUCCI, Guilherme. Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: RT, 2009. p. 97.

o novo inciso II não era simples repetição do art. 226, II. Enquanto este prevê aumento de pena sendo o agente ascendente, padrasto ou madrastra, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou expressão por qualquer outro título tem autoridade sobre ela, o novo artigo diferenciava-se ao incluir a figura do *enteado*, ao retirar a previsão de *preceptor ou empregador da vítima* e ao substituir a expressão *por qualquer outro título tem autoridade sobre ela por pessoa que assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância*.

Assim, embora parecidos, os dois artigos continham diferenças, não se justificando o veto com o argumento de que “as hipóteses de aumento de pena previstas nos dispositivos que se busca acrescentar ao diploma legal já figuram nas disposições gerais do Título VI”.⁴⁰ A nova previsão, portanto, inovava em alguns pontos.

O novo inciso III ao art. 234-A passou a prever aumento de metade da pena em caso de gravidez da vítima. Fundamento da maior punição seriam as graves conseqüências do crime para a vítima e sua família, uma vez que, como bem diz Nucci⁴¹, a vítima terá que conviver para o resto da vida com o seu agressor (que será pai do seu filho) ou, caso deseje interromper a gravidez, enfrentará um doloroso aborto, que, certamente, deixará marcas em sua vida.

O inciso IV traz majoração em caso de transmissão de doença sexualmente transmissível à vítima. Positiva a previsão, uma vez que esta é, sem dúvida, uma terrível consequência que, muitas vezes, decorre da prática de crimes sexuais. Várias são as vítimas que, além da violência, do mal psicológico sofrido e das terríveis lembranças, ainda terão que enfrentar tratamentos severos para combater gonorréias, sífilis e a temida AIDS.

Pecou, no entanto, o legislador, por, mais uma vez, se utilizar da expressão *de que sabe ou deveria saber*. Em alguns artigos do CP o legislador fizera a opção de utilizá-la, o que apenas fez nascer enorme discussão na doutrina e jurisprudência acerca do seu significado. Afinal de contas, *sabe ou deveria saber* indicam dolo ou culpa ou dolo direto e dolo eventual?

⁴² Item 44 da Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal: “O crime é punido não só a título de dolo de perigo, como a título de culpa (isto é, não só quando o agente sabia achar-se infeccionado, como quando devia sabê-lo pelas circunstâncias)”.

⁴³ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte especial. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2, p.191.

A grande maioria da doutrina enxerga na elementar *sabe dolo* direto e na expressão *deveria saber dolo* eventual: tendo o agente certeza da sua contaminação agiu com dolo direto, ao passo que a suspeita ou a dúvida enseja o dolo eventual. Outros vêem dolo (*sabe*) ou culpa (*deveria saber*), argumentando ser essa a opção do legislador, como se depreende da Exposição de Motivos do Código Penal⁴².

No entanto, esclarecedoras as ponderações de Bitencourt⁴³:

[...] essa interpretação indicadora do dolo, por meio do “sabe” ou “deve saber”, justificava-se quando vigia, incontestavelmente, a *teoria psicológico-normativa* da culpabilidade, que *mantinha o dolo como elemento da culpabilidade*, situando a consciência da ilicitude no próprio dolo. Contudo, a sistemática hoje é outra: a elementar “sabe” que está contaminado significa *ter consciência* de que é um agente transmissor, isto é, ter consciência de um elemento do tipo, e a elementar “deve saber”, por sua vez, significa *ter a possibilidade de ter essa consciência*.

E conclui o renomado autor:

Quando o agente “sabe” que está contaminado, isto é, quando tem plena consciência do seu estado, de que é portador de moléstia venérea, podem ocorrer as duas espécies de dolo – direto e eventual. O dolo será sempre de perigo e consistirá na vontade livre e consciente de criar a situação de perigo de contágio venéreo (dolo direto) ou na aceitação do risco de criá-la (dolo eventual).

Na primeira hipótese – dolo direto – o agente “sabe” que está contaminado, tem consciência do seu estado e de que cria, com a sua ação, *uma situação de risco* para a vítima, mas não deixa de praticar o ato libidinoso, seja conjunção carnal seja qualquer outro ato de libidinagem. Não quer transmitir a moléstia venérea, mas tem plena *consciência* e vontade de expor a vítima a perigo de contagiar-se. Em outros termos, consciente e voluntariamente expõe a vítima a perigo de contágio venéreo.

[...]

Mas, mesmo na hipótese em que “sabe” que está

contaminado, o agente pode agir com *dolo eventual* e não somente com *dolo direto*. Quando, por exemplo, o agente “sabe” que é portador de moléstia venérea, prevê a possibilidade de dar-se o contágio, mas não tem certeza de que a moléstia é contagiosa. Na *dúvida sobre a natureza contagiosa*, em vez de abster-se, mantém contato sexual com a vítima e a expõe a perigo. Quando o agente não tem certeza de alguns dos elementos da configuração típica não deve agir; se, no entanto, apesar da dúvida, age, assume o risco, não da produção do resultado como tal, mas da *aceitação da possibilidade* de sua verificação. Não se pode esquecer que a elementar “sabe” não se confunde com dolo, pois este se compõe de dois elementos – *intelectivo* (consciência ou previsão) e *volitivo* (vontade) – e, a ausência de qualquer deles é suficiente para impedir a configuração dolosa, tanto na forma direta quanto na eventual.

Não há, em nenhuma das hipóteses, qualquer intenção de transmitir a moléstia, tampouco a assunção do risco de transmiti-la, pois o dolo é de perigo. Mas o agente tem consciência do perigo de contágio, da possibilidade de que este ocorre, mas, a despeito disso, não desiste, mantém o contato libidinoso com a vítima, expondo-a a perigo.

[...]

Convém destacar que a *dúvida* do agente pode ser em relação à circunstância de estar contaminado (deve saber) ou, então, quanto a se tratar de moléstia contagiosa ou não (sabe que está contaminado). Na primeira hipótese, o dolo eventual que orienta a conduta do agente refere-se à elementar “deve saber”, e a segunda refere-se à elementar “sabe”.

Enfim, pode-se concluir, o *dolo eventual* pode configurar-se diante de qualquer das duas elementares – “sabe” e “deve saber”; o dolo direto é que não é admissível na hipótese do “deve saber”.⁴⁴

Assim, as elementares *sabe* e *deveria saber* não se referem a

⁴⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte especial. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2, p.191-192..

⁴⁵ Onde a contaminação configurava exaurimento do crime, tendo em vista o dolo de perigo do agente.

nenhum elemento subjetivo do injusto, mas sim a conhecimento da contaminação da doença, conforme acima exposto.

A partir da vigência da Lei 12.015/2009, em caso de crime sexual do qual decorreu contágio de moléstia venérea, não mais se aplicará o concurso com o crime de perigo de contágio de doença venérea⁴⁵ (art. 130 do CP), mas apenas a nova majorante do art. 234-A, IV do CP. Mas se doença puder levar a resultados mais graves, como é o caso da AIDS, serão aplicados os tipos mais graves, como lesão corporal e até mesmo tentativa de homicídio (a depender do dolo do agente). Essa já era, inclusive, a interpretação dada pela doutrina na análise dos arts. 130 e 131 do CP.

O recém criado art. 234-B determina que “os processos em que se apuram crimes definidos neste Título correrão em segredo de justiça”. Trata-se de inovação na legislação penal, que era omissa nesse aspecto, até mesmo porque o tema é de natureza processual penal. O Código de Processo Penal, no entanto, já previa a possibilidade de o juiz decretar o segredo de justiça (art. 792), mas a nova previsão, além de ser específica, determina – e não apenas possibilita – o sigilo em todos os casos de crimes sexuais.

11- Revogação da Lei 2.252/54

Por fim, o art. 7º da Lei 12.015, de 07 de agosto de 2009, revogou expressamente toda a Lei 2.252/54, que tipificava o crime de corrupção de menores, passando a prevê-lo no art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A primeira consideração que se faz é a falta de técnica do legislador, que, em uma lei que alterou crimes de cunho sexual, aproveitou para revogar essa legislação especial, que trata não da corrupção de menores com vertente libidinoso (art. 218 do CP), mas sim da participação de menor em qualquer crime cometido por maior... O que parece é que o legislador quis “matar dois coelhos com uma única paulada”, ainda que nada de similar existisse entre eles...

O novo art. 244-B do E.C.A. praticamente repete o revogado art. 1º da Lei 2.252/54, com acréscimo dos §1º (meio de execução eletrônicos, inclusive salas de bate-papo da internet) e §2º (aumento de pena em caso de a infração cometida ou induzida estar incluída no rol do art. 1º da lei de crimes hediondos).

12- Conclusões

Com base em todos os argumentos expostos, pode-se concluir

que a Lei 12.015, de 07 de agosto de 2009, trouxe algumas mudanças positivas. Ainda que o legislador pudesse ter avançado mais, dúvidas não restam de que houve certa atualização. Hoje, com a reforma, já não se fala mais em crimes contra os costumes, mas sim em *crimes contra a dignidade sexual*, em consonância com o previsto na Constituição da República de 1988.

As unificações de crimes ocorridas, principalmente no que se refere aos antigos estupro e atentado violento ao pudor, facilitarão a interpretação e a aplicação prática, fazendo cessar várias divergências doutrinárias até então existentes.

O fim da presunção da violência, a previsão de pena mais severa para o estupro de vulnerável, a inclusão de outras formas de exploração sexual, a ação penal pública condicionada são alguns aspectos positivos que podem ser destacados.

No entanto, muitas são as desvantagens decorrentes da nova lei. Percebe-se que as reformas ocorridas, em sua maioria, foram tímidas, preservando-se, em muitos artigos, o moralismo exacerbado. Tal conclusão decorre, por exemplo, da não revogação de alguns tipos, tais como os relacionados à prostituição (que, por si só é lícita), bem como pela manutenção do crime de objeto obsceno (em pleno ano de 2010), que sequer foi revisto.

Vários erros crassos do legislador são percebidos, tanto na grafia, quanto de ordem técnico-legislativa e inclusive de cunho jurídico, fazendo parecer que reforma foi a feita "toque de caixa".

Não foi prevista *vacatio legis* (art. 6º da Lei 12.015), tendo a lei entrado em vigor na data da sua publicação, a despeito das inúmeras mudanças promovidas, dentre elas a criação de várias novas figuras típicas.

Com alguns acertos e vários pontos negativos, já há quem diga que outra reforma é bem vinda.

13- Referências

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4601-3/600, impetrada pela SubProcuradora Geral da República, Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira, e aprovada pelo Procurador Geral da República Roberto Monteiro Gurgel Santos, protocolizada no Supremo Tribunal Federal em 17 de setembro de 2009. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetelhes. Acesso em: 23.09.09.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2.

_____. *Tratado de Direito Penal: parte especial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 4.

GOMES, Luiz Gomes et al. *Comentários à reforma criminal de 2009 e à Convenção de Viena sobre o direito dos tratados*. São Paulo: RT, 2009.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. 4. ed. Niterói: Ímpetus, 2007. v. III.

**RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA: MITO OU REALIDADE?
O DANO COMO RISCO E DEVER DE INDENIZAR COMO
DISTRIBUIÇÃO DE RISCO**

Paulo R. Khouri¹

O instituto da responsabilidade civil, a exemplo do que tem ocorrido nos países da *civil law*, seguramente, é um dos institutos, ao lado dos contratos, que mais transformações experimentaram da última metade do século passado até aqui. Este avanço se deve basicamente a dois fatos: (i) preenchimento dos vazios de não ressarcimento do dano à vítima²; (ii) o crescimento, na doutrina e na jurisprudência, da tendência de atribuir ao instituto da

¹ O Autor é Coordenador da Pós Graduação em Contratos e Responsabilidade Civil do IDP/Distrito Federal. Mestre em Direito Privado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Autor dos Livros, *Direito do Consumidor*, 4ª edição, Atlas, 2009; *Revisão Judicial dos Contratos*, Atlas, 2006.

² Cf. PESSOA, Jorge Fernando Sândes. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade Civil*. Coimbra, Almedina, 1995, p. 49

responsabilidade civil, uma função punitiva³; discussão cada dia mais presente na fixação do *quantum* dos danos morais.

A doutrina sempre sustentou que, na responsabilidade objetiva, o risco assume o lugar da culpa. Tal afirmação leva a algumas indagações. Por acaso, na imputação da responsabilidade com base na culpa não havia que se falar em risco? A quem o ordenamento distribuía anteriormente o risco do dano decorrente de conduta culposa senão ao seu próprio causador? Na responsabilidade objetiva prescinde da culpa, mas prescinde também da demonstração de quebra do dever?

O que se pretende colocar em discussão neste artigo é se a preocupação com o ressarcimento do dano compõe, na verdade, um intrincado sistema de distribuição de riscos, cujo critério acionador será a necessidade de sancionar quem injusticadamente causou danos à vítima ou se tal fato decorre pura e simplesmente da consolidação do instituto da responsabilidade objetiva.

Após a 2ª. Guerra mundial, a doutrina e a jurisprudência ficaram na incômoda situação de meros observadores de um sem números de casos, onde a vítima do dano findava sem receber qualquer indenização. Tal situação fática derivava da imposição à vítima, então, da responsabilidade por provar a culpa do pretense ofensor, em um contexto jurídico/legal onde reinava praticamente absoluta a responsabilidade civil subjetiva. Antes, porém, já se havia consagrado alguns outros mecanismos para não deixar a vítima sem desamparo no momento do ressarcimento do dano; tal ocorreu e ocorre até hoje com o aumento das hipóteses legais de obrigação solidária, onde determinados entes são chamados a responder por danos cometidos *culposamente* por pessoas que guardavam com esses terceiros algum vínculo legal de parentesco, subordinação econômica etc.

Louis Joserrand⁴, antes mesmo da posituação da responsabilidade civil objetiva no ordenamento francês, já sustentava que “...o fazedor de atos, como dizem os americanos, não deve ser

responsável pelos seus? Problema capital, que é o da objetivação da responsabilidade, da substituição do ponto de vista subjetivo pelo ponto de vista objetivo, da noção da culpa pelo do risco.”

A responsabilidade objetiva como superação do obstáculo da prova da culpa imposto à vítima: Concebida em um período de relações individualizadas, familiares, do pequeno empreendimento⁵, a responsabilidade civil subjetiva viu-se incapaz de atender às demandas das vítimas por ressarcimento, em uma sociedade em plena transformação. Da produção individual, praticamente artesanal, passou-se à produção em série, massificada; a produção de bens e serviços e sua, conseqüente, circulação, aumentou substancialmente. O crescimento vertiginoso da produção industrial veio acompanhado da explosão do consumo. Daí também a possibilidade de multiplicação das ocorrências de danos⁶.

Como identificar no processo produtivo em série quem teria sido exatamente o culpado pela falha ou pela conduta faltosa que terminou por causar dano a vítima? Embora essa prova fosse tecnicamente possível, a imposição do seu ônus a vítima, como em outras situações pretéritas, revelar-se-ia inviável. Anderson Shreiber⁷ lembra que tais dificuldades em torno da prova da culpa “*tomada em sentido moral e psicológico, exacerbaram-se com o desenvolvimento industrial e tecnológico, ensejador de “danos anônimos” cuja culposa imputação ao empreendedor exigia das vítimas uma verdadeira probatio diabólica*”.

⁵ “Não é mais o produto singular, mas a série que domina. Produtos idênticos com características padronizadas, inundam agora o mercado, amplo e anônimo, deixando distante o tempo em que a regra era a do fabrico artesanal, de produtos singulares, com características próprias e específicas feitas por encomenda ou para um mercado restrito.” In SILVA, João Calvão. Responsabilidade Civil do Produtor. Almedina. 1999. p. 18.

⁶ “De entre os numeros casos que ocorrem a um ritmo acelerado...se tornaram tristemente célebres. Célebre o da Talidomida-Contergan...também célebres foram os casos MER-29, Corvai, e Salk. Em França, e já depois do caso Staltilon, surgiu o Talk-Morhange. Também um produto aparentemente inofensivo, o pão, causa em 1951 a morte de algumas pessoas e afecta muitos consumidores, pois continha um pesticida, em 1967 mata várias pessoas no México e na Colômbia, em virtude de por erro, ter sido misturado um insecticida a farinha...” SILVAO, João Calvão. Ob. Cit. P. 123/124

⁷ In Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil, Atlas, São Paulo, 2007, p. 237

³ Cf. LOURENÇO, Paulo Meira. A função punitiva da responsabilidade civil. Coimbra Editora. 2006. p. 419;

⁴ In Evolução da Responsabilidade Civil. Revista Forense, 1941, v.86, p.556

A responsabilidade civil objetiva “retirando da vítima o ônus de provar a culpa de outrem pelo dano por ela sofrido” foi pensada, então, como uma forma de viabilizar a vítima um meio mais efetivo para a reparação dos danos por ela sofridos. No domínio da responsabilidade civil objetiva relativa aos danos causados aos consumidores Calvão da Silva enfatiza a flagrante vantagem outorgada em favor dessa coletividade: “... ao focar o produto em si e não a conduta do produtor, a responsabilidade objetiva deste elimina a probatio diabólica da sua culpa”.⁸

No ordenamento brasileiro, a responsabilidade civil objetiva surge timidamente em 1912, com o fito de proteger as vítimas de acidentes em ferrovias⁹. Por obra da jurisprudência, essa responsabilidade estendeu-se a todo e qualquer transportador¹⁰, não só ferroviário, mas também terrestre, aéreo etc., mesmo quando o causador do dano fosse um terceiro. A partir da Constituição de 46, a Administração Pública também passou a responder objetivamente pelos danos resultantes do exercício de sua atividade.

Entretanto, fora desses dois domínios “Transportadores e Administração Estatal” a responsabilidade civil com base na culpa, reinava soberana em todos os outros campos, fundada na verdadeira *clausula geral* do artigo 159 do Código Civil de 1916. Somente a partir da última década do século passado, o legislador, por intermédio da Lei 8.078/90, a adotaria como regra geral para todo e qualquer acidente de consumo. Logo em seguida, o Código Civil de 2002 extinguiria de vez o reinado da responsabilidade civil subjetiva, substituindo-a parcialmente do cláusula geral do artigo 159 do Código Civil de 1916¹¹ pela cláusula geral do parágrafo único do artigo 927, do novo Código^{12 13}.

⁸ Cf. SILVA, João Calvão. Responsabilidade Civil do Produtor. Almedina. P. 22

⁹ Decreto 2861 de 27.12.1912. Art. 26.

¹⁰ Súmula 187 do STF: A RESPONSABILIDADE CONTRATUAL DO TRANSPORTADOR, PELO ACIDENTE COM OPASSEGEIRO, NÃO É ELIDIDA POR CULPA DE TERCEIRO, CONTRA O QUAL TEM AÇÃO REGRESSIVA.

¹¹ “Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direitos ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

¹² “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar por sua natureza riscos para os direitos de outrem.”

¹³ Os artigos 12 e 14 do CDC reforçam o princípio, segundo o qual todos aqueles que habitualmente e com profissionalidade (intuito lucrativo) desenvolvem atividade

Pode-se dizer que a interpretação desse comando, combinado com o artigo 931 do mesmo diploma¹⁴, conduz ao entendimento de que apenas o dano próprio decorrente de atividade não empresária seria indenizado com base na responsabilidade civil subjetiva, ao passo que o dano decorrente do desenvolvimento de qualquer atividade com fim lucrativo ou empresária, subordinar-se-ia aos princípios da responsabilidade objetiva.

Da relação entre responsabilidade civil e distribuição do risco. Quanto ao desenvolvimento do instituto da responsabilidade civil, relativamente ao dano indenizável, pode-se dizer que houve considerável evolução, com a ocupação dos vazios anteriormente existentes, viabilizando a reparação de danos, que, outrora, acabavam injustificadamente sem indenização.

É certo que ao afastar a culpa ampliou-se a possibilidade de cobertura dos danos, mas tal não implica dizer que na versão subjetiva da responsabilidade civil, o dano não é tratado como risco. Até porque não foi a atividade industrial que inventou o risco do dano; ele sempre esteve presente em todo cotidiano, em menor e maior grau. O que a atividade industrial moderna fez foi ampliar o risco de dano na sociedade: “a frequência com que os tribunais são chamados a decidir pleitos que caem no âmbito dos *products liability*, é sem exagero índice de industrialização de um país”¹⁵.

Como sustenta Maria Celina Bodin de Moraes “o desenvolvimento de atividades cotidianas causa danos a terceiros pelo próprio e normal agir humano... situações, ainda que causadoras de danos, são autorizadas pelo ordenamento; os danos que ai se produzem são lícitos, não importando em responsabilização...”¹⁶

De tudo, então, que se tem debatido quanto à responsabilidade civil subjetiva e objetiva, percebe-se que o instituto em si, em maior

no mercado, respondem objetivamente pelos danos causados a quem utiliza ou usufrui de produtos ou serviços por eles (empresários ou fornecedores) postos em circulação.

¹⁴ “Ressalvados os casos previstos em legislação especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.”

¹⁵ In Ob. Cit. P. 122

¹⁶ In Danos a pessoa humana.

ou menor grau, sempre funcionou como um sistema de distribuição de riscos quanto aos efeitos do dano. Nesta mesma linha do binômio risco/dano, Calvão da Silva qualifica a própria responsabilidade civil como "...a mais adequada distribuição dos riscos inerentes à produção técnica moderna."¹⁷ O risco aqui, esclareça-se, é entendido, como um perigo de dano ou probabilidade de dano¹⁸. O instituto volta-se, então, irremediavelmente, para a resposta à seguinte indagação: quem deve suportar o risco do dano, se a própria vítima; ou se outrem? Quanto a esse risco de dano, Gizelda Hironaka, lembra uma premissa básica: "A decisão a favor do enfrentamento dos riscos é de cada um, posto que diz respeito à opção de fazer alguma coisa quando é incerto o que acontecerá, mas decidir-se por fazer é, certamente, o primordial aceno à busca da administração do risco, bem como o primeiro passo para assunção da responsabilidade emergente, em ordem direta, pelos prejuízos, que dessa decisão possam decorrer."¹⁹ No ordenamento, observa-se que em alguns momentos esse risco de dano fica com a própria vítima; em outros é deslocado para um terceiro.

Veja-se o caso de algumas excludentes clássicas do dever de indenizar, que são na verdade excludentes do nexo causal²⁰: a culpa exclusiva da vítima e o caso fortuito e a força maior. No primeiro caso, v.g., a vítima por não ter seguido corretamente as instruções em linguagem clara e adequada, do uso do produto, acaba utilizando-o de forma inadequada, vindo a sofrer as seqüelas decorrentes desse comportamento; na segunda situação, v.g., o caso de um pedestre que, apanhado em uma tormenta, acaba falecendo vítima de um furacão.

Nas duas ocorrências os danos estão presentes e são de monta, mas nem por isso indenizáveis. Nos dois eventos, é a vítima quem

¹⁷ In. Ob. Cit. P. 112

¹⁸ Neste mesmo sentido, CAVALIERI FILHO, Sérgio. Ob. Cit.. p. 143

¹⁹ In Ob. Ct. P.109.

²⁰ A maioria da doutrina sustenta que o ordenamento brasileiro consagrou a teoria da causalidade adequada; entretanto há situações, sobretudo, envolvendo responsabilidade do Estado, onde o STF adotou a teoria adotada do dano direto e imediato, que é muito mais restritiva que a da causalidade adequada. Há ainda outros casos, envolvendo, relação de consumo, onde percebe-se que o STJ tem admitido a extensão do nexo causal, aproximando-se da adoção da teoria da equivalência dos antecedentes causais.

suporta os danos em toda sua extensão. Imagine-se se, no primeiro caso, o fabricante do produto fosse obrigado a indenizar a pessoa vitimada por sua própria falta ou culpa? Resolver-se-ia o problema de ressarcimento do dano, mas se criaria um problema, intra ordenamento, para quem fosse obrigado a indenizar nessas circunstâncias²¹. Ora, se a responsabilidade civil tem, na perspectiva de quem é obrigado a reparar o dano, inegável natureza de sanção, como sancionar alguém que não descumpriu qualquer dever? Alvinho Lima, em sua clássica obra, "Culpa e Risco" já advertia para o perigo ético que decorreria de se responsabilizar alguém sem que se demonstrasse em desfavor do mesmo qualquer quebra de dever: "Como fixar a responsabilidade do agente? Só pelo fato lesivo e prejudicial ao direito de outrem?...O elemento específico repousa, justamente, em saber se a conduta do agente é ou não justificada, porque a atividade em si mesma, como força criadora do progresso, como expansão econômica e social imprescindível, encontra apoio na lei."²²

Como se opera a distribuição do risco no ordenamento: É fato inconteste que o instituto da responsabilidade civil registrou considerável aumento de situações indenizáveis. O princípio que norteou esse avanço foi o de assegurar à vítima, sempre que possível, a indenização do dano por ela sofrido. E qual foi o mecanismo criado pelo legislador para tornar mais efetivo ou mesmo aumentar as possibilidades reais da vítima de obter uma indenização?

Ainda que a doutrina tenha prestado pouca atenção a esse fenômeno, justificando genericamente esse avanço na substituição da culpa pelo risco, o fato é que o legislador aumentou esses espaços, impondo deveres a determinados entes, seja o fornecedor, seja o empresário etc. Ao criar esses deveres, evidente que ele (o legislador) acaba por modificar o regime de distribuição de risco. Pode-se dizer que a cada dever criado legalmente operou-se e opera-se uma redistribuição de risco em desfavor daquele a quem é dirigido o cumprimento do dever. Gizelda Hironaka fala numa "simultaneidade entre culpa e dever."²³ Aqui, tem-se o verdadeiro dano indenizável;

²¹ Ver BARBOSA, Mafalda Miranda. A Liberdade vs Responsabilidade. Almedina. Lisboa. 2006

²² In RT, São Paulo, 1998, p. 61.

²³ In Ob. Cit. P. 31

indenizável porque a vítima o sofreu de forma injustificada e o ordenamento distribui integralmente esse ônus a um terceiro, por conta da necessidade de sancionar a quebra de um dever jurídico. Tal constitui-se a própria antijuridicidade da conduta, que Anderson Schreiber, em sua tese de doutorado, recorre para sustentar a existência "de uma progressiva perda de nitidez da distinção entre responsabilidade subjetiva"...e conclui que tal "vincula-se à gradual reunificação entre a antijuridicidade e o dano."²⁴

Exemplo claro dessa intervenção estatal criadora de deveres, com repercussão na responsabilidade objetiva, pode ser medida, pelo conteúdo do artigo 8º do CDC, onde o legislador criou para o fornecedor o dever geral de não colocar no mercado produtos e/ou serviços que acarretem riscos à saúde e segurança dos consumidores, "exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se o fornecedor, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito."

A introdução no mercado de produtos ou serviços defeituosos nada mais é do que uma prova flagrante da quebra desse dever. Assim, estando estabelecido esse dever do fornecedor de produtos e serviços para com os consumidores de tais bens, sua quebra se tipifica no momento em que tais produtos ou serviços, são introduzidos no mercado defeituosos ou expondo o consumidor a riscos anormais para a sua saúde e/ou segurança; seja tal defeito decorrente de fabricação ou concepção errônea; seja decorrente da não disponibilização de informações claras e adequadas quanto ao uso correto do produto ou serviço posto à disposição do mercado. O dano eventual aos consumidores, que decorrer desse defeito, da quebra de dever, foi distribuído previamente pelo legislador a um determinado fornecedor.

Entretanto, é bom registrar que esse fornecedor só suportará o risco do dano ao consumidor se ficar comprovada a quebra desse dever, na forma de defeito do produto ou serviço. Não é por outro motivo que o próprio CDC, no par. 3º, II, do artigo 12, diz que o fornecedor não será responsabilizado se "o defeito inexistente." A

²⁴ In Ob. Cit P. 211

inexistência do defeito é a prova cabal da inexistência de quebra de dever por parte do fornecedor²⁵.

A distribuição do risco do dano justificado e injustificado: A doutrina²⁶, não raro, menciona o dano indenizável como injusto, levando a crer que o dano não indenizável seria justo. Não parece que a justiça possa servir de critério para dizer se o dano é ou não indenizável. Mesmo quando a vítima, por sua culpa exclusiva, causa dano a si própria, não parece adequado sustentar que o dano que sofreu tenha sido justo. É, sim, um dano que se justifica pela própria conduta adotada pela vítima, mas isso não autoriza rotulá-lo de justo ou injusto. Muito mais ainda quando o dano decorra de caso fortuito e/ou força maior. O fato de a vítima não ser indenizada, nessa circunstância, não tem o condão de auferir justiça ao dano. Veja no caso dos danos provocados por tornados no sul do país ou mesmo o terremoto no Haiti. Danos gravíssimos foram gerados por esses fatos da natureza e nem, por tal, o são indenizáveis. Nesses casos, trata-se tão somente de um dano justificado pelo caso fortuito ou força maior, a partir do esquema de distribuição de riscos de danos adotado pelo ordenamento.

Pode-se dizer que o sistema de distribuição de riscos da responsabilidade civil, implicitamente, traz consigo o seguinte princípio: o dano decorrente à vítima pela quebra de dever de outrem será sempre um *dano injustificado* e por isso vai merecer sempre a reparação; ao passo que o *dano justificado*, isto é, o dano decorrente à vítima, que se justifica pela sua própria conduta (culpa exclusiva) ou que decorra de fatos alheios a interferência ou que quebra de dever

²⁵ Veja ainda que o legislador não distribuiu este risco a todos os fornecedores. Nos termos do artigo 12, no caso de produto, este risco é distribuído ao fabricante, construtor, produtor (os chamados fornecedores reais), e ao importador, como fornecedor real presumido; no caso dos serviços, ao fornecedor de serviços, que diretamente os presta, todos os intermediários, corretores, comerciantes, em princípio, não tem respondem por tal, porque este dever quanto ao produto ou serviço defeituoso, que decorre um dano a saúde ou segurança dos consumidores, não lhes foi previamente distribuído, ou na linguagem aqui adotada, este risco de suportar esse dano não lhes foi imposto. Renovar. Rio de Janeiro. 2003. p. 175

²⁶ Neste sentido Moraes, Maria Celina Bodin de. Ob. Cit p. 176; e ainda GOMES, Orlando. Tendências Modernas da teoria da responsabilidade civil.. In Estudos em homenagem ao professor Sílvio Rodrigues. Saraiva. São Paulo. 1990. p. 293-295

por qualquer terceiro, como o caso fortuito e a força maior, serão sempre suportados por ela própria (a vítima). Daí, então que, esse sistema de distribuição de risco tende sempre a deixar com a própria vítima os riscos de dano justificado; ao passo que os riscos de dano injustificado deverão sempre ser suportado por terceiro.

Nesse esquema de distribuição de riscos, eventualmente há regras especiais quanto à imputação, que o ordenamento trata expressamente. No domínio da responsabilidade civil contratual existem, *v.g.*, regras diferenciadas: (i) do dever de indenizar mesmo diante do caso fortuito ou força maior²⁷, quando as próprias partes renunciam a tal exoneração no contrato; (ii) da persistência do dever de indenizar, mesmo diante do caso fortuito ou força maior, quando o devedor encontra-se em mora no cumprimento de sua obrigação²⁸; (iii) da exoneração do dever de indenizar em casos de simples conduta culposa, nos contratos gratuitos²⁹, quando o autor do dano é a parte que pratica a liberalidade.

No domínio da responsabilidade civil extracontratual, tem-se outras regras especiais de distribuição de riscos, *v.g.*: (i) a responsabilidade será sempre objetiva quando o dano derivar de riscos inerentes ao exercício de atividade habitualmente desenvolvida, conforme previsto no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil; (ii) da redução do *quantum* indenizatório quando houver uma excessiva desproporção entre a conduta e o dano³⁰; (iii) do dever do incapaz de reparar o dano causado quando os seus representantes não tiverem como suportá-lo³¹. Os exemplos aqui indicados denotam a existência de regras especiais no ordenamento, que ora agravam a

²⁷ Art. 393 do Código Civil: "O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior se expressamente não houver por eles responsabilizado".

²⁸ Art. 399 do Código Civil: "O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou força maior, se estes ocorrerem durante o atraso; salvo se provar isenção de culpa ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada".

²⁹ "Nos contratos benéficos, responde por simples culpa o contratante, a quem o contrato aproveite, e por dolo a quem não favoreça. Nos contratos onerosos responde cada uma das partes por culpa, salvo as exceções previstas em lei."

³⁰ Parágrafo único do artigo 944: "Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir equitativamente a indenização."

³¹ Art. 928 do Código Civil: "O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes."

distribuição do risco de suportar o dano; ora atenuam este mesmo risco.

Da limitação da distribuição do risco: Em todas as situações de distribuição de riscos, em regra, observam-se duas preocupações no ordenamento: (i) o legislador evita distribuir os riscos do dever de indenizar quando não há relação entre o pretense ofensor e o dano, ou seja, o nexo causal; (ii) a distribuição de riscos (via criação de dever) não deve ser aleatória; o ente destinatário a quem o dever é imposto deve ter condições direta ou indireta de dar-lhe cumprimento, ou seja, é algo que deve estar dentro da sua esfera jurídica de controle, inclusive, por conta da natureza sancionatória da responsabilidade civil. É como, *v.g.*, no caso do artigo 12 do CDC, que impõe ao fabricante o dever de não colocar o carro defeituoso no mercado e, portanto, responder pelo dano à saúde ou a segurança do consumidor provocado por eventual defeito; exatamente porque é o fabricante deste carro que tem condições de cumprir o dever de qualidade que lhe é imposto, controlando todas as fases de sua fabricação. Se o ente não tem como evitar o dano, controlá-lo, o risco de ter de suportar o dano que atinja terceiro, em regra, não lhe é atribuído. Há, nessas situações, quando muito, imposição de obrigação solidária de reparação de dano em desfavor de determinado ente, como ocorre nas hipóteses do artigo 18 do CDC, assegurando-se, entretanto, de qualquer forma, ação regressiva contra o verdadeiro causador do dano.

Daí poder-se afirmar que é sempre limitado o risco contra quem é distribuído o ônus de suportar o dano ou do dever de indenizar; ou seja, o risco é limitado à própria verificação do nexo causal. Nexo causal que vai estar ligado necessariamente a alguma quebra de dever de quem tem de assumir a obrigação de indenizar. Assim, ausente o nexo causal, refoge, em regra, também, o dever de indenizar. É neste sentido, ainda, que, quando o legislador atribui a determinado ente um dever "dever este que, se descumprido, pode derivar para uma obrigação futura de indenizar", busca evitar a ocorrência de dano a terceiros, incentivando aquele ente contra quem esse risco é distribuído a aprimorar seus produtos e serviços, e a promover a clara divulgação de informações quanto ao uso de tais bens disponibilizados no mercado.

Da ilimitação do risco: o risco integral. O risco deixa de ser limitado e passa a integral quando, mesmo sem nexos causal, alguém, que não a vítima, é chamado a suportar o dano; ou, ainda, mesmo quando não haja qualquer quebra de dever, um ente determinado é chamado a reparar o dano. A conduta de quem deve indenizar pode não ter nada de ilícito, pelo contrário, pode, inclusive, ser totalmente lícita, ou seja, sem qualquer quebra de dever. Essas hipóteses de indenização, com base no risco integral, existem no ordenamento, mas não parece que devam pertencer ao domínio do instituto da responsabilidade civil.

Elas se justificam para o ordenamento não como necessidade de desestimular ou prevenir quaisquer condutas ou fatos, mas com o único propósito de não deixar com a vítima os riscos desses danos que, conforme visto anteriormente, em princípio, devem ser por ela suportados. São situações bem pontuais, específicas, onde a coletividade em geral está exposta a um grande risco de dano a sua saúde e a sua segurança.

Como defendido aqui, este instituto tem inegável natureza sancionatória/punitiva. Como dizer que alguém tem de indenizar a outrem, se não deu causa ao dano por ele sofrido, seja porque o dano é decorrente de fato de terceiro, de culpa exclusiva da vítima; seja porque decorrente de caso fortuito ou força maior? Só faz sentido mandar indenizar, mesmo quando afastado o nexo causal, quando haja norma expressa autorizando este ressarcimento. Nos casos de indenização decorrente do risco integral, não atua o instituto da responsabilidade civil, mas sim uma obrigação especial de ressarcimento imposta pelo Estado a um ente determinado.

A preocupação que move o Estado quando impõe o dever de indenizar, sem a presença do nexo causal, não é a de sancionar ou punir, mas a de transferir integralmente a esse ente todos os riscos quanto à absorção dos ônus por danos eventualmente causados.

³² É exemplo de reparação com base no risco integral: Dano nuclear, CF, art. XXIII, "c" combinado com as disposições da Lei 6453/1977; Art. 735 do Código Civil

³³ A responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva."

Tais hipóteses especiais de indenização guardam entre si dois pontos em comum: (i) necessidade de previsão legal específica³²; (ii) irrelevância da presença das excludentes do nexo causal ou de alguma excludente específica, como no caso do contrato de transporte³³, onde há apenas a irrelevância do fato de terceiro.

Conclusão. Respondendo, então, à formulação colocada no início deste estudo, parece mesmo flagrante que o instituto da responsabilidade civil sempre voltou-se para a sanção daquele que injustificadamente causa prejuízos a outrem. As transformações por que passaram este instituto, sobretudo, a partir da 2ª guerra mundial importaram em uma redistribuição de riscos de reparação de danos, onde o princípio basilar importava em retirar da vítima o risco de suportar danos decorrentes de atividades desenvolvidas no mercado com o intuito lucrativo, transferindo-as para quem, em regra, detém os bônus dessa atuação, qual seja, o empresário, o fabricante, o construtor, produtor etc. Essa redistribuição de riscos objetivou a responsabilização de outrem na medida em que retirou da vítima o ônus da prova quanto a antijuridicidade da conduta. Abdicou-se da idéia clássica da culpa presente na responsabilidade subjetiva, mas a natureza sancionatória da responsabilidade civil não tinha, em princípio, como deixar de lado a avaliação da antijuridicidade da conduta ou fato, em tese, causadora do dano.

O ordenamento redistribui riscos de suportar danos toda vez que impõe deveres a determinado ente. É certo que, quando da criação de tais deveres o Estado não os poderia criar, em princípio, em desfavor daquele, que não tem materialmente como cumpri-los. A distribuição do risco, exceto nas hipóteses, de risco integral, é sempre limitada pela presença do nexo causal. A presença do nexo causal, como limite do risco do terceiro ter de indenizar a vítima, acaba, na verdade, por fazer substituir a culpa pela necessidade de associar o dano à quebra de um dever.

Em síntese: a chamada função sancionatória ou punitiva da responsabilidade civil, na sua versão objetiva, abdicou da culpa, mas continua irremediavelmente vinculada a necessidade de demonstração da quebra do dever. Dever este que é distribuído e redistribuído continuamente pelo ordenamento a fim de que o instituto da responsabilidade civil possa continuar protegendo a vítima, sem perder sua força sancionatória em desfavor daquele que quebrou o dever, gerando danos injustificados. Objetivamente, então, parafraseando Chiovenda, pode-se dizer que a responsabilidade

expulsou a culpa pela porta, mas ela acabou voltando pela janela com uma roupagem mais moderna do dever jurídico; dever esse criado e recriado continuamente no ordenamento através da imposição de riscos quanto a sua violação\quebra aos seus destinatários.

A PROPOSTA DE NOVA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA E O LICENCIAMENTO COMPULSÓRIO DE DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL¹

Renato Dolabella Melo²

RESUMO

O presente trabalho visa analisar o tratamento que o projeto referente à nova lei de defesa da concorrência propõe para questões de Propriedade Intelectual, especialmente o licenciamento compulsório. É destacada a possibilidade legal ou não de licenciamento nessas condições em cada espécie de Propriedade Intelectual, haja vista a existência de diversas leis específicas e que devem ser respeitadas caso o projeto venha de fato a se transformar em lei. Diante disso, são apontadas eficiências e deficiências da proposta no campo da PI, tendo em vista sua adequação ou não com a legislação vigente nesse campo que permanecerá inalterada.

PALAVRAS CHAVE: direito econômico; propriedade intelectual; lei de defesa da concorrência; licenciamento compulsório; propriedade industrial; patentes; desenhos industriais; marcas; indicações geográficas; direitos autorais; softwares; cultivares; topografia de circuitos integrados.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Licenciamento Compulsório

¹ Texto premiado no IX Concurso Nacional de Monografias Sobre Defesa da Concorrência - Prêmio IBRAC/Esso de Monografia 2008. Publicado originalmente na Revista do IBRAC, volume 17, número 1.

² Mestre em Propriedade Intelectual e Inovação pelo INPI. Mestrando em Direito pela UFMG. Pós-graduado em Direito de Empresa pelo CAD/Universidade Gama Filho - RJ. Professor de Propriedade Intelectual, Direito do Consumidor e Direito Econômico no curso de graduação em Direito da UFMG. Professor de Propriedade Intelectual, Direito Econômico e da Concorrência, Direito do Consumidor e Economia no curso de graduação em Direito da Unifenas. Professor de Direito da Propriedade Industrial no curso de graduação em Direito da FEAD. Professor de Propriedade

nos PL 3.937/04 e 5.877/05 - 3. Licenciamento Compulsório na Lei 9.279/96 (Propriedade Industrial) - 4. Licenciamento Compulsório na Lei 9.609/98 (Softwares) - 5. Licenciamento Compulsório na Lei 9.610/98 (Direitos Autorais) - 6. Licenciamento Compulsório na Lei 9.456/97 (Cultivares) - 7. Licenciamento Compulsório na Lei 11.484/07 (Topografia de Circuitos Integrados) - 8. Conclusão - Bibliografia.

1 INTRODUÇÃO

O Direito Econômico e a Propriedade Intelectual são ramos do Direito que guardam afinidade entre si. Ambos são fortemente relacionados com a Ciência Econômica e possuem pontos de contato. Dados os relevantes impactos econômicos que a Propriedade Intelectual provoca ao conceder certas prerrogativas aos titulares das criações da mente humana³, a utilização desses direitos será objeto de interesse da Defesa da Concorrência, haja vista que poderão repercutir na ordem econômica⁴.

Tendo isso em mente, os Projetos de Lei 3.937/04 e 5.877/05, que visam alterar a Lei 8.884/94, propõem modificações na legislação quanto ao tratamento da Propriedade Intelectual no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. Neste trabalho, focaremos a questão do licenciamento compulsório, relacionando o texto dos projetos mencionados com as normas que

de Intelectual no programa Global Talent do BI International. Membro fundador e diretor do Centro Mineiro de Estudos em Propriedade Intelectual e Inovação - CEMEI. Professor de Direito do Terceiro Setor em cursos de extensão e capacitação da FEAD e do Instituto de Governança Social - IGS. Membro da Comissão de Terceiro Setor da OAB/MG. Membro da Comissão de Concorrência e Regulação Econômica da OAB/MG. Palestrante, autor de livros e artigos publicados nas áreas de Propriedade Intelectual, Terceiro Setor e Direito Econômico. Bacharel pela Faculdade de Direito da UFMG. Advogado.

³ "Com efeito, a partir do momento em que se assegura a proteção dos patentes, marcas, *know how*, etc., admite-se a criação de um monopólio privado, pois àquele detentor do direito de propriedade industrial é assegurada a exclusividade de sua exploração." (FORGIONI, 2005, p. 289 e 290)

⁴ "A compreensão do direito [propriedade] industrial torna tudo mais simples. Amplia e torna pública a disciplina exatamente porque tira o foco dos requisitos para concessão e centra-se na disciplina do abuso de direito. A patente, como qualquer situação de poder no mercado, pode gerar abusos, que devem ser coibidos." (SALOMÃO FILHO, 2003, p. 138)

tratam especificamente dos direitos de PI. Com isso, nosso objetivo é verificar se as modificações propostas na Lei 8.884/94, nesse campo, de fato podem gerar uma melhoria do sistema de Defesa da Concorrência.

Inicialmente, serão destacados os pontos dos PL 3.937/04 e 5.877/05 que tratam da licença compulsória. Em seguida, será feita a análise de tal instituto na legislação nacional específica de Propriedade Intelectual. Por fim, com base no estudo comparado de tais textos normativos, concluiremos este trabalho indicando se as alterações propostas na Lei 8.884/94 nesse âmbito de fato promovem melhorias.

2 O LICENCIAMENTO COMPULSÓRIO NOS PL 3.937/04 e 5.877/05

Antes de tudo, é imprescindível apresentar os conceitos de Propriedade Intelectual e de licença ou licenciamento compulsório.

A Propriedade Intelectual pode ser considerada o ramo do Direito que tutela as criações da mente humana. Podemos citar, como espécies do gênero, as patentes (de invenção e de modelo de utilidade), desenhos industriais, marcas, indicações geográficas⁵, direitos autorais, softwares, cultivares e as topografias de circuitos integrados.

Já a figura da licença ou licenciamento compulsório é assim conceituada pelo professor José Carlos Vaz e Dias:

"Licença compulsória é entendida como a outorga de direitos de utilização de uma patente a um terceiro, por determinação governamental e sem autorização prévia do titular da patente, conforme o procedimento de concessão descrito pela lei de direito da propriedade industrial e direito antitruste" (DIAS, 2001, p. 03).

Em que pese o conceito do professor ser focado na questão das patentes, a noção apresentada nos permite compreender a essência do instituto do licenciamento compulsório como um todo. Como o próprio nome diz, trata-se de situação em que será autorizado

⁵ Juntamente com os instrumentos de repressão à concorrência desleal, as patentes, desenhos industriais, marcas, indicações geográficas são agregadas sob o conceito de Propriedade Industrial.

o uso, por terceiro, de direitos de Propriedade Intelectual de titularidade de outrem, sem o consentimento deste. Não configura hipótese de extinção (ou “quebra”) de direitos: o titular deve ser indenizado pelo licenciamento, mesmo que este tenha sido efetivado sem a sua anuência, e suas prerrogativas permanecem válidas contra aqueles que não foram agraciados com a licença.

O termo licença ou licenciamento compulsório é mencionado em duas oportunidades no texto dos PL 3.937/04 e 5.877/05: no artigo 38, ao tratar de infração da ordem econômica, e no artigo 61, quando está relacionado com o julgamento dos atos de concentração econômica.

O trecho do artigo 38 que aborda a matéria está assim redigido:

Art. 38. Sem prejuízo das penas cominadas no art. 37, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente:

[...]

IV - a recomendação aos órgãos públicos competentes para que:

a) seja concedida licença compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator, quando a infração estiver relacionada ao uso desse direito;

A redação atual da Lei 8.884/94 possui teor bastante similar em seu artigo 24, IV, “a”⁶. A alteração mais relevante, a nosso ver, encontra-se na substituição do termo “patentes” por “direito de propriedade intelectual”.

Como visto quando discorreremos a respeito do conceito de Propriedade Intelectual, este termo possui conteúdo mais amplo do que as patentes, haja vista que estas são espécies daquela. Dessa forma, a sugestão de modificação aumenta o escopo a ser tratado na aplicação desse tipo de pena. Tal proposta pode ser interessante do ponto de vista da Defesa da Concorrência, uma vez que o texto atual se limita a falar apenas em “patentes” e a infração pode relacionar-

⁶ Art. 24. Sem prejuízo das penas cominadas no artigo anterior, quando assim o exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente:

[...]

IV - a recomendação aos órgãos públicos competentes para que:

a) seja concedida licença compulsória de patentes de titularidade do infrator;

se com outro tipo de direito de Propriedade Intelectual.

De fato, a justificativa apresentada no parecer da Comissão Especial da Defesa da Concorrência da Câmara dos Deputados, de relatoria do dep. Ciro Gomes, é claramente nesse sentido:

“Uma das penalidades possíveis na lei atual, e que permaneceu no Projeto de Lei 5.877/2005, é a recomendação aos órgãos públicos competentes para que seja concedida licença compulsória de patentes de titularidade do infrator. Esta penalidade nunca foi utilizada na prática. No entanto, não se pode desconsiderar a possibilidade de que em segmentos dinâmicos tecnologicamente, a medida mais adequada para reduzir a capacidade de abuso de poder econômico seja um licenciamento compulsório de patentes. Apenas introduzimos um aperfeiçoamento. É possível que o abuso esteja relacionado a um direito de propriedade intelectual, que não uma patente, como pode ser o caso de software, regido, em parte, pela legislação de direito autoral. Assim, consideramos mais adequado adotar a terminologia geral de “direito de propriedade intelectual”, no qual se incluem as patentes.

O Projeto de Lei do Deputado Carlos Cadoca também prevê que a recomendação de sanções relacionadas à licença compulsória de direitos de propriedade intelectual guardassem relação com a infração cometida⁷.

Entendemos que tal dispositivo evita eventuais arbitrariedades e, portanto, contemplamos tal modificação no Substitutivo”. (GOMES, 2008, p. 32).

⁷ Mesmo na redação atual da Lei 8.884/94, que não vincula expressamente a recomendação de licenciamento compulsório aos casos em que o direito de Propriedade Intelectual do agente seja diretamente relacionado ao ilícito, podemos perceber manifestação da doutrina coerente com a proposta dos projetos de lei: “É óbvio que tal penalidade [licenciamento compulsório de patentes] deve ser aplicada quando a infração for a referida no artigo 21, nos incisos VI (impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição), X (regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou produção de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição) e XVI (açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia)”. (LÉOPOLDINO DA FONSECA, 2007, p. 280)

Entretanto, não podemos perder de vista o fato de que a aplicação concreta, pelo CADE, do disposto no artigo 38, IV, "a" dos PL limitar-se-ia à *recomendação* aos órgãos públicos competentes para que seja efetivado licenciamento compulsório sobre algum direito de Propriedade Intelectual de titularidade do infrator. A redação atual da Lei 8.884/94 igualmente confere ao CADE tal prerrogativa de recomendação, porém limitada à questão patentária.

A interpretação de tais textos leva à conclusão de que o CADE, nessas hipóteses, *não possui poder de aplicação de licença compulsória, mas apenas a possibilidade de recomendar sua efetivação ao ente público dotado de prerrogativa para executá-la*. Não será o CADE, portanto, quem aplicará o licenciamento compulsório e tampouco parece possuir poder legal para ordená-lo (situação essa bem distinta de uma mera recomendação).

Tal fato é de extrema relevância para o presente trabalho. A plena eficácia do artigo 38, IV, "a" dos PL estaria condicionada, portanto, à previsão expressa, pelas leis de Propriedade Intelectual, de aplicação de licenciamento compulsório nas diversas espécies da matéria. Obviamente, de nada adiantaria o CADE recomendar a concessão de uma medida que não encontra respaldo legal para sua efetivação concreta. Contudo, caso não haja compatibilidade do disposto nos PL que visam alterar a Lei 8.884/94 e os dispositivos jurídicos específicos da Propriedade Intelectual, será justamente isso que ocorrerá.

Mais adiante, analisaremos as normas específicas de Propriedade Intelectual, buscando verificar se estas de fato prevêm ou não a possibilidade de licenciamento compulsório para os institutos que tutelam. Serão objeto de estudo, nesse contexto, as Leis 9.279/96 (Propriedade Industrial), 9.609/98 (Softwares), 9.610/98 (Direitos de Autor), 9.456/97 (Cultivares) e 11.484/07 (Topografia de Circuitos Integrados).

No âmbito dos atos de concentração econômica, podemos destacar o artigo 61 dos PL:

Art. 61. No julgamento do pedido de aprovação do ato de concentração econômica, o Tribunal poderá aprová-lo integralmente, rejeitá-lo ou aprová-lo parcialmente, caso em que determinará as restrições que deverão ser observadas como condição para a validade e eficácia do ato.

§ 1º O Tribunal determinará as restrições cabíveis no sentido de mitigar os eventuais efeitos nocivos do

ato de concentração sobre os mercados relevantes afetados.

§ 2º As restrições mencionadas no § 1º incluem:

[...]

V - o licenciamento compulsório de direitos de propriedade intelectual

A justificativa para essa redação é assim defendida pela Comissão Especial da Defesa da Concorrência da Câmara dos Deputados:

"O art. 58 do Projeto de Lei 5.877/2005 dispõe de forma mais clara que na lei atual acerca das possibilidades de decisões a serem tomadas pelo Tribunal no que tange a atos de concentração. Em particular, destacamos o § 1º que contém definição importante de que o objetivo das restrições é "mitigar os efeitos nocivos do ato de concentração sobre os mercados relevantes". Isso evita extrapolações das restrições para objetivos que não aqueles pertinentes à concorrência. Também é incluída a possibilidade de separação contábil ou jurídica das atividades, medida muito utilizada em integrações verticais, e o licenciamento compulsório de marcas e patentes quando estas forem uma fonte importante de barreiras à entrada no setor. Consistente a mudanças realizadas anteriormente no Substitutivo, trocamos tal possibilidade de licenciamento compulsório para o termo mais genérico de "direitos de propriedade intelectual". (GOMES, 2008, p. 38)

Nesse caso, o licenciamento compulsório seria condição para que o ato de concentração econômica submetido à apreciação da autoridade de defesa da ordem econômica goze de validade e eficácia. Contudo, vislumbramos impropriedade técnica na redação desse ponto.

Como seu próprio nome indica, a licença compulsória é efetivada sem a anuência do titular dos direitos. Este não deseja o licenciamento, mas não pode se opor. No caso indicado no artigo 61, § 2º, V dos PL, a licença compulsória seria efetivada como requisito para que o ato de concentração econômica seja aprovado. Contudo, deve-se considerar a possibilidade de o requerente preferir desistir do ato a ter seu direito de Propriedade Intelectual licenciado

compulsoriamente. Dessa forma, para que obtenha a aprovação pelo CADE, deve concordar com as restrições determinadas, no caso, a licença compulsória.

Tal aspecto configura uma anuência implícita ao licenciamento efetivado nesses moldes. Como dito, o agente pode simplesmente desistir da operação e nenhuma interferência sofrerão seus direitos de Propriedade Intelectual. Mesmo que haja concordância com o licenciamento, visando a aprovação do ato, devemos indagar se o titular dos direitos de PI poderia, nesse caso, escolher quem seria o licenciado beneficiado e negociar o valor do *royalties* a serem pagos por este. Caso seja possível, parece-nos que estaríamos diante de uma licença que, apesar de definida pelo CADE como condição de validade e eficácia do ato de concentração, seria estruturada em grande parte na autonomia da vontade do agente, especialmente no que diz respeito à definição de beneficiados e valores.

Tais hipóteses são absolutamente estranhas à sistemática da licença compulsória, pois não é dado ao titular dos direitos, como destacado, nenhuma possibilidade de ingerência ou concordância sobre tal licenciamento (o que, inclusive, o configura como "compulsório").

Tal lógica é corroborada pela jurisprudência administrativa do CADE. No caso Colgate/Kolynos (AC 27/95), o Conselho indicou, como condição para aprovação do ato, três possibilidades à escolha do agente: suspensão temporária de uso, alienação ou licenciamento exclusivo da marca Kolynos. Em que pese ter sido escolhida a primeira opção, as condições consideradas aceitáveis para efetivação do

⁸ Feita a ressalva de que tal contrato seria ainda analisado pelo CADE, nos termos do artigo 54 da Lei 8.884/94.

⁹ A Lei 9.279/96 indica que, no licenciamento compulsório de patentes, o INPI arbitrará a remuneração a ser paga ao titular:

Art. 73. O pedido de licença compulsória deverá ser formulado mediante indicação das condições oferecidas ao titular da patente.

[...]

§ 4º Havendo contestação, o INPI poderá realizar as necessárias diligências, bem como designar comissão, que poderá incluir especialistas não integrantes dos quadros da autarquia, visando arbitrar a remuneração que será paga ao titular.

§ 5º Os órgãos e entidades da administração pública direta ou indireta, federal, estadual e municipal, prestarão ao INPI as informações solicitadas com o objetivo de subsidiar o arbitramento da remuneração.

§ 6º No arbitramento da remuneração, serão consideradas as circunstâncias de cada caso, levando-se em conta, obrigatoriamente, o valor econômico da licença concedida.

licenciamento eram bem distintas de uma imposição compulsória. Além do agente possuir autonomia para escolha do licenciado⁸, a questão da remuneração era condicionada tão somente pela exigência de aplicação dos "usos e costumes na determinação das cláusulas de royalties", o que difere bastante de uma arbitragem de tais valores imposta pela autoridade estatal⁹:

Nos termos apresentados, a operação não cumpre integralmente os requisitos necessários à aprovação sob o amparo da Lei n. 8.884/94. Aprovo a operação no que concerne aos mercados relevantes de escova dental, fio dental e enxaguante bucal, posto não representar dano ou ameaça de dano à concorrência. Aprovo a operação de aquisição da atual KOLYNOS pela COLGATE COMPANY no que concerne ao mercado relevante de creme dental desde que aceito um dos três conjuntos de condições detalhados abaixo, no prazo de trinta dias, a contar da publicação desta decisão:

[...]

B) LICENCIAMENTO EXCLUSIVO PARA TERCEIROS DA MARCA KOLYNOS

1. Licenciamento com exclusividade por 20 anos prorrogáveis, de acordo com o interesse do licenciado, por igual prazo e de forma indefinida, os direitos no Brasil sobre a marca KOLYNOS e suas extensões para a fabricação e comercialização de creme dental voltadas para o mercado interno.

1.1. O contrato de licenciamento, celebrado em até noventa dias após a manifestação da Requerente de sua opção pelo conjunto B de condições, deverá seguir os usos e costumes na determinação das cláusulas de royalties, controle de qualidade, direitos de ação contra infratoras e medidas de controle da marca, marca dupla, uso gratuito de know-how, dentre outras e deverá ser apresentado ao CADE, para que seja apreciado sob o amparo do caput do artigo 54.

1.2. Durante o período em que vigorar o licenciamento exclusivo, a proprietária não poderá fazer uso da marca KOLYNOS e suas extensões nem de marcas similares, assim como qualquer material relacionado de embalagem, propaganda e promoção. (CADE, AC 27/94, Relatora: Conselheira Lúcia Helena Salgado e Silva, 18/09/96)

Assim, do ponto de vista da técnica jurídica, o mais adequado seria indicar a restrição para aprovação do ato de concentração econômica como sendo tão somente “o licenciamento de direitos de propriedade intelectual”, haja vista que não parecem estar presentes as características inerentes a uma hipótese de licença compulsória.

Destacadas as referências feitas pelos PL à questão do licenciamento compulsório, passaremos ao estudo desse instituto na legislação específica de Propriedade Intelectual, visando especialmente a análise quanto à eficácia desse tipo de licença na nova sistemática de Defesa da Concorrência proposta pelos projetos de lei.

3 LICENCIAMENTO COMPULSÓRIO NA LEI 9.279/96

¹⁰ Art. 68. O titular ficará sujeito a ter a patente licenciada compulsoriamente se exercer os direitos dela decorrentes de forma abusiva, ou por meio dela praticar abuso de poder econômico, comprovado nos termos da lei, por decisão administrativa ou judicial.

§ 1º Ensejam, igualmente, licença compulsória:

I - a não exploração do objeto da patente no território brasileiro por falta de fabricação ou fabricação incompleta do produto, ou, ainda, a falta de uso integral do processo patenteado, ressalvados os casos de inviabilidade econômica, quando será admitida a importação; ou

II - a comercialização que não satisfizer às necessidades do mercado.

[...]

Art. 70. A licença compulsória será ainda concedida quando, cumulativamente, se verificarem as seguintes hipóteses:

I - ficar caracterizada situação de dependência de uma patente em relação a outra;

II - o objeto da patente dependente constituir substancial progresso técnico em relação à patente anterior; e

III - o titular não realizar acordo com o titular da patente dependente para exploração da patente anterior.

§ 1º Para os fins deste artigo considera-se patente dependente aquela cuja exploração depende obrigatoriamente da utilização do objeto de patente anterior.

Art. 71. Nos casos de emergência nacional ou interesse público, declarados em ato do Poder Executivo Federal, desde que o titular da patente ou seu licenciado não atenda a essa necessidade, poderá ser concedida, de ofício, licença compulsória, temporária e não exclusiva, para a exploração da patente, sem prejuízo dos direitos do respectivo titular.

§ 2º Para efeito deste artigo, uma patente de processo poderá ser considerada dependente de patente do produto respectivo, bem como uma patente de produto poderá ser dependente de patente de processo.

§ 3º O titular da patente licenciada na forma deste artigo terá direito a licença compulsória cruzada da patente dependente.

(PROPRIEDADE INDUSTRIAL)

A Lei 9.279/96 trata da Propriedade Industrial, ramo que congrega patentes, desenhos industriais, marcas e indicações geográficas, além de instrumentos de repressão à concorrência desleal. Nesse âmbito, impera o sistema atributivo de direitos, sendo o depósito/registro do pedido e sua concessão pelo INPI requisitos essenciais para obtenção e gozo das prerrogativas concedidas ao titular.

Há previsão legal para aplicação da licença compulsória de patentes nos artigos 68, 70 e 71¹⁰ da Lei de Propriedade Industrial.

O *caput* do artigo 68 fala no exercício abusivo dos direitos de patente e em sua utilização para a efetivação de abuso de poder econômico. Tratam-se, portanto, de hipóteses abertas, pois a lei não enumera expressamente as situações em que considera haver ilícito nesse âmbito. Agiu corretamente o legislador nesse ponto. Uma vez que abusos dessa natureza serão efetivados no mercado, em um ambiente econômico, a análise deve ser feita no caso concreto. Qualquer tentativa de listar taxativamente as hipóteses de ilícito estaria inevitavelmente fadada a um descompasso com a realidade em um curto espaço de tempo. Isso porque o fato econômico é concreto e mutável¹¹, sendo impossível para a lei acompanhar de forma eficiente todas as modalidades de abuso existentes.

Dada a abertura que o significado dos termos “exercício abusivo” e “abuso de poder econômico” carregam, não é difícil imaginar hipóteses que se enquadrem nessas situações. O aumento exacerbado do preço do produto, de modo a impedir o acesso ao bem por toda uma coletividade de consumidores, poderia se encaixar nos cenários que a figura do licenciamento compulsório visa impedir e corrigir nesses casos. Vale ressaltar que a situação é agravada pelo fato de que as empresas concorrentes são impedidas de produzir o produto em função da patente. Quanto menor for o grau de

¹¹ “O Direito Econômico tem a ver com normas concretas direcionadas à condução do fenômeno econômico. Este, na verdade, é um fenômeno plenamente situado, visceralmente vinculado historicamente. Como visto, a economia se entende como a ‘ciência da escolha racional num mundo – o nosso mundo – em que os recursos são limitados em relação com as necessidades humanas’. Ora, as necessidades humanas são determinadas qualitativa e quantitativamente pelo contexto histórico e geográfico. Daí que normas direcionadoras da economia também se ressintam dessa aderência concreta ao tempo e ao lugar.” (LEOPOLDINO DA FONSECA, 2002, p. 37 e 38)

substituibilidade do bem patenteado e mais acentuada for sua necessidade ao consumidor, ainda mais gravosa será esse tipo de situação.

Deve-se destacar, a respeito da figura do monopólio, que o efeito natural desse tipo de situação é a redução da produção de modo a ensejar um aumento nos preços. Tanto o encarecimento do produto quanto a sua escassez podem implicar, inclusive, no impedimento do acesso a determinado consumidor ao bem monopolizado. Conforme o caso, o monopólio em si pode afetar também a capacidade de escolha. Ainda que o consumidor possa ter acesso ao produto, se este não possuir substitutos não haverá, na verdade, sequer opção de escolha.

Entretanto, é importante deixar claro que a legislação busca coibir o abuso, não o exercício regular do direito. É da própria natureza da patente que o seu titular possa gozar de certos privilégios que podem operar efeitos como o aumento de preços, restrição da concorrência e a redução da produção. Deve-se analisar, no caso concreto, se o agente não está promovendo um abuso, com o conseqüente desvio esperado da utilização de seus privilégios, que justifique a aplicação do licenciamento compulsório. A aplicação desta ferramenta nos termos do *caput* do artigo 68 objetiva, portanto, coibir eventual exercício abusivo dos direitos patentários.

Como dito, os ilícitos previstos no *caput* do artigo 68 podem se manifestar das mais variadas formas. Nesse sentido, é muito relevante a atuação do CADE, autarquia federal encarregada de julgar infrações contra a ordem econômica. Trata-se de entidade que, com o auxílio da Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE

¹² "Na verdade, essas últimas hipóteses também poderiam ser caracterizadas como abuso de poder econômico. Enquanto a regra do *caput* claramente refere-se a preços abusivos, o §1º tem como objeto aquele abuso decorrente da limitação da produção (que também leva ao desabastecimento do mercado). Ora, os dispositivos mencionados, analisados em conjunto, claramente configuram para os detentores de patentes a existência de um dever de manter o mercado abastecido e com preços concorrenciais. Note-se que a conseqüência do descumprimento desse tipo de regra é exatamente o rompimento do monopólio através do licenciamento compulsório a concorrentes. A inspiração concorrencial da regra é, portanto, evidente." (SALOMÃO FILHO, 2003, p. 139)

¹³ Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

e da Secretaria de Direito Econômico - SDE, é dotada de aparato técnico para analisar se determinada situação configura abuso de poder econômico, inclusive para fins de aplicação da licença compulsória.

Os incisos I e II do §1º do artigo 68 prevêem a possibilidade de licenciamento compulsório no caso de não fabricação ou comercialização insuficiente para as necessidades do mercado. A licença compulsória, nesses casos, visa normalizar o fornecimento do bem objeto da patente. Apesar da Lei 9.279/96 não indicar expressamente o caráter abusivo dessas situações, a conduta do agente econômico pode ser enquadrada como um ilícito anticoncorrencial¹², caso configurada a hipótese do artigo 20 da atual Lei 8.884/94¹³, que encontra correspondente no artigo 36 dos PL.

A hipótese prevista no artigo 70 fundamenta-se na justificativa de viabilizar legalmente a criação de nova tecnologia que seja dependente de matéria protegida por patente de titularidade de terceiro. Caso este não aceite voluntariamente licenciar a sua patente para que o criador da tecnologia dependente possa gerar e explorar o novo conhecimento, é possível lançar mão do licenciamento compulsório. Com isso, a intenção da lei é evitar que a figura da patente, nessas condições, provoque obstáculos ao progresso tecnológico e econômico. Importante lembrar que esse posicionamento está em consonância com as finalidades previstas

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros;

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II.

§ 2º Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.

§ 3º A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia

1 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

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

no artigo 5º, XXIX da Constituição¹⁴. Quanto a esse aspecto, não só a legislação de Propriedade Intelectual, mas também as normas de defesa da ordem econômica, devem ter em mente a questão do desenvolvimento tecnológico e industrial na aplicação de seus dispositivos:

“É importante ainda ressaltar a necessidade de se articular a política antitruste à política industrial. As políticas de regulação da concorrência, em especial aquelas consubstanciadas nas legislações antitruste e nas instituições que as implementam, raramente são analisadas tendo como pano de fundo a concepção de uma política industrial integrada e abrangente”. (POSSAS, FAGUNDES e PONDÉ, p. 25 e 26, 2002)

Por fim, cabe ainda ressaltar que a Administração Pública Federal pode conceder licença compulsória de ofício, nos casos de emergência nacional ou interesse público, conforme artigo 71 da Lei 9.279/96.

O recente licenciamento compulsório de medicação destinada ao tratamento da AIDS foi efetivado com base nesse dispositivo legal. Dado o insucesso da negociação para redução dos preços de aquisição do remédio pelo governo federal a patamares praticados pelo fabricante em outros países, foi determinado o licenciamento

¹⁵ “O poder econômico é admitido como um dado estrutural, mas reclama a prudente atividade estatal de controle, mediante repressão aos abusos em seu exercício, já que ‘todo o poder tende à concentração, seja qual for a sociedade em que se exerça’. Destarte, o exercício do poder econômico será legítimo quando não conflite com os valores maiores dessa ordem econômica e com os objetivos sociais por ela visados. Isso equivale a dizer que não se admite o exercício de poder econômico que represente entrave ao desenvolvimento social e à marcha dos fatores sociais com vistas à consecução dos ideais de justiça social. De acordo com o ensinamento já transcrito, em hipótese de conflito, os interesses coletivos devem prevalecer sobre os individuais”. (BRUNA, 2001, p. 146 a 147)

¹⁶ O Parágrafo Único do artigo 1º dos PL mantém esse posicionamento: Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.

compulsório de modo a permitir a importação do medicamento. Conforme a natureza do instituto, que não se trata de quebra ou extinção da patente, o laboratório fabricante recebeu do governo uma indenização pelo ato.

Como destacado, o licenciamento compulsório pode ser implementado por motivos diversos e com diferentes finalidades. Entretanto, o traço comum em todas as hipóteses é a necessidade de efetivar um ato sobre um direito individual tendo-se em vista um interesse coletivo¹⁵, o que é inclusive compatível com a questão da Defesa da Concorrência, haja vista ser a coletividade a titular dos direitos protegidos pela Lei 8.884/94¹⁶. Essa medida implicará em efeitos sobre o fornecimento do bem e, conseqüentemente, em seu mercado:

“Aliás, resalta-se que o objetivo precípua da licença compulsória é exatamente utilizar uma patente de maneira adequada, seja para suprir a demanda de um produto ou para manter a concorrência no mercado”. (DIAS, 2001, p. 08)

Entretanto, em que pese a demonstrada compatibilidade e relevância da licença compulsória na Defesa da Concorrência, a Lei 9.279/96 apenas a previu no caso expresso de patentes. Não há qualquer dispositivo legal que autorize o seu uso para aplicação em relação aos desenhos industriais, marcas ou indicações geográficas, apesar de tais institutos estarem previstos na mesma lei das patentes.

Não conseguimos vislucrar motivo para tal omissão, especialmente porque o acordo TRIPS, documento internacional que faz parte dos atos constitutivos da Organização Mundial do Comércio - OMC e que tem por objetivo definir padrões mínimos no campo da Propriedade Intelectual, prevê a possibilidade de inclusão na legislação nacional de ferramentas para coibir genericamente o abuso de direitos no âmbito da tutela dos ativos intelectuais:

Artigo 40

1. Os membros concordam que algumas práticas de

¹⁷ Tradução livre: “Article 40 - 1. Members agree that some licensing practices or conditions pertaining to intellectual property rights which restrain competition may have adverse effects on trade and may impede the transfer and dissemination of technology.

2. Nothing in this Agreement shall prevent Members from specifying in their legis

licenciamento ou condições pertencentes aos direitos de propriedade intelectual que restringem a concorrência podem ter efeitos adversos no comércio e podem impedir a transferência e disseminação de tecnologia.

2. Nada neste Acordo pode impedir os Membros de especificar em suas legislações práticas de licenciamento ou condições que podem em casos particulares constituir um abuso de direitos de propriedade intelectual tendo um efeito adverso na concorrência no mercado relevante. Como fornecido acima, um Membro pode adotar, coerentemente com outras condições deste Acordo, medidas apropriadas para evitar ou controlar tais práticas, as quais podem incluir, por exemplo, condições exclusivas de devolução de privilégio, condições que evitem disputas referentes à validade e licenciamento compulsório, na luz das leis e regulamentos relevantes daquele Membro (tradução livre, grifos nossos)¹⁷.

Diante disso, uma vez que a Lei 9.279/96 não autoriza o licenciamento compulsório de desenhos industriais, marcas e indicações geográficas, o disposto nos PL a respeito das "licenças compulsórias de direitos de Propriedade Intelectual" pode ter sua força significativamente esvaziada nesses casos, em especial o disposto em seu artigo 38, IV, "a", que busca utilizá-la como verdadeira sanção.

Nunca é demais lembrar que a sistemática da legislação de defesa da ordem econômica, especialmente no caso de combate às condutas, é de mera *recomendação* e não de execução direta da licença compulsória pelo CADE. Dessa forma, sem a previsão, na legislação específica de Propriedade Intelectual, de efetivação concreta desse dispositivo para determinadas espécies de PI, a recomendação do CADE será absolutamente inócua. É justamente essa a hipótese para os desenhos industriais, marcas e indicações geográficas, em que pese

lation licensing practices or conditions that may in particular cases constitute an abuse of intellectual property rights having an adverse effect on competition in the relevant market. As provided above, a Member may adopt, consistently with the other provisions of this Agreement, appropriate measures to prevent or control such practices, which may include for example exclusive grantback conditions, conditions preventing challenges to validity and coercive package licensing, in the light of the relevant laws and regulations of that Member."

o dispositivo poder ser concretamente aplicado no caso das patentes, como demonstrado.

No caso dos atos de concentração econômica, não vislumbramos perda significativa de eficácia em função do tratamento dado pelos PL à questão, em que pese o uso da expressão "licenciamento compulsório" de forma pouco técnica, conforme demonstrado no item 2. O artigo 61, §2º, I dos projetos de lei confere ao CADE o poder de definir até mesmo a alienação de ativos como condição para aprovação do ato. Tendo em vista que essa hipótese pode ser até mesmo mais incisiva que o licenciamento compulsório, uma vez que este não implica na transferência definitiva de direitos, pouco importa que não haja previsão legal para a licença nesses moldes, pois o CADE pode determinar a venda do ativo de PI como condição. Vale lembrar, neste caso, que não estamos diante de mera recomendação, ao contrário do disposto no artigo 38, IV, "a", o que colabora para a eficiência do artigo 61 dos PL.

4 LICENCIAMENTO COMPULSÓRIO NA LEI 9.609/98 (SOFTWARES)

A Lei 9.609/98 tutela a proteção dos softwares ou programas de computador, assim os definindo:

Art. 1º Programa de computador é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados.

Ao contrário da Propriedade Industrial, a pessoa obtém a

¹⁸ Art. 2º O regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador é o conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País, observado o disposto nesta Lei.

[...]

§ 3º A proteção aos direitos de que trata esta Lei independe de registro.

titularidade do programa de computador com o simples ato de criação. Não se trata de sistema atributivo, mas meramente declaratório, o que torna dispensável qualquer tipo de depósito/registro para gozo dos direitos¹⁸.

Não há previsão legal para o licenciamento compulsório de programas de computador na Lei 9.609/98. Além disso, o fato de estarmos diante de um direito cujo registro é absolutamente dispensável e, portanto, inexistente análise de mérito por nenhum ente estatal para a concessão das prerrogativas ao titular, traz à baila a seguinte questão: qual seria o órgão público competente para concessão (em tese) da licença compulsória de software? A quem o CADE deveria se dirigir para encaminhar a recomendação prevista no artigo 38, IV, "a" dos PL?

O INPI, no caso dos programas de computador, possui papel meramente cartorário. Limita-se a receber o pedido de depósito de software em um envelope lacrado, sem efetivar nenhuma análise de mérito, mesmo porque o regime jurídico não é o de atribuição de direitos pelo registro. Dessa forma, entendemos que seria impossível considerar que o INPI seria o órgão público competente para julgar uma recomendação de licença compulsória nesses termos, uma vez que não há dispositivo legal que o autorize a efetivar o licenciamento nessas condições e também porque não procede com nenhuma análise sobre a matéria protegida pelo programa de computador.

Diante disso, somos da opinião que, no caso dos softwares, a proposta de alteração da Lei 8.884/94 no que diz respeito às infrações contra a ordem econômica não gera nenhuma eficiência em prol da Defesa da Concorrência, uma vez que inaplicável nesta hipótese.

No caso dos atos de concentração econômica, vale o exposto no item 3, quando tratamos dos institutos de Propriedade Industrial. A prerrogativa de se determinar a alienação de ativos como requisito para aprovação do ato, nos termos do artigo 61, §2º, I dos PL, supre qualquer ineficácia que a ausência de previsão legal de licenciamento compulsório poderia gerar.

5 LICENCIAMENTO COMPULSÓRIO NA LEI 9.610/98 (DIREITOS AUTORAIS)

A lei de direitos autorais protege as criações do espírito, manifestações do intelecto humano de cunho preponderantemente artístico. São exemplos de tais obras as literárias, musicais e

audiovisuais, entre outras. A exemplo dos programas de computador, a aquisição dos direitos de autor se dá com a criação da obra, sem obrigatoriedade de registro de nenhuma espécie para o seu reconhecimento.

Não há previsão legal para o licenciamento compulsório dos direitos autorais, em idêntica situação à explanada no caso dos softwares. Por esse motivo e pela similaridade da aquisição das prerrogativas legais independentemente de registro ou depósito, todas as observações apresentadas no item 4, referentes aos programas de computador, são também aplicáveis aos direitos de autor. Devemos ressaltar apenas que, neste caso, a entidade que exercerá a função cartorária será a Biblioteca Nacional e não o INPI.

Dessa forma, a ausência de permissão legal que embase o licenciamento compulsório de direitos de autor pode retirar a eficácia buscada pela proposta de alteração da Lei 8.884/94, com tal medida, no caso de condutas que envolvam esse tipo de ativo intelectual,

¹⁹ Art. 3º Considera-se, para os efeitos desta Lei:

[...]

IV - cultivar: a variedade de qualquer gênero ou espécie vegetal superior que seja claramente distinguível de outras cultivares conhecidas por margem mínima de descritores, por sua denominação própria, que seja homogênea e estável quanto aos descritores através de gerações sucessivas e seja de espécie passível de uso pelo complexo agroflorestal, descrita em publicação especializada disponível e acessível ao público, bem como a linhagem componente de híbridos;

V - nova cultivar: a cultivar que não tenha sido oferecida à venda no Brasil há mais de doze meses em relação à data do pedido de proteção e que, observado o prazo de comercialização no Brasil, não tenha sido oferecida à venda em outros países, com o consentimento do obtentor, há mais de seis anos para espécies de árvores e videiras e há mais de quatro anos para as demais espécies;

[...]

IX - cultivar essencialmente derivada: a essencialmente derivada de outra cultivar se, cumulativamente, for:

a) predominantemente derivada da cultivar inicial ou de outra cultivar essencialmente derivada, sem perder a expressão das características essenciais que resultem do genótipo ou da combinação de genótipos da cultivar da qual derivou, exceto no que diz respeito às diferenças resultantes da derivação;

b) claramente distinta da cultivar da qual derivou, por margem mínima de descritores, de acordo com critérios estabelecidos pelo órgão competente;

c) não tenha sido oferecida à venda no Brasil há mais de doze meses em relação à data do pedido de proteção e que, observado o prazo de comercialização no Brasil, não tenha sido oferecida à venda em outros países, com o consentimento do obtentor, há mais de seis anos para espécies de árvores e videiras e há mais de quatro anos para as demais espécies;

tendo em vista que a recomendação proferida pelo CADE não encontrará base para sua efetivação. Não haverá prejuízo no caso dos atos de concentração econômica, uma vez que o CADE poderá impor a condição de até mesmo determinar a transferência definitiva dos direitos, conforme previsto no artigo 61 dos PL.

6 LICENCIAMENTO COMPULSÓRIO NA LEI 9.456/97 (CULTIVARES)

A Lei 9.456/97 trata dos direitos de propriedade intelectual referente às variedades vegetais (cultivares) e as prerrogativas concedidas ao titular. Trata-se de norma que se utiliza de linguagem extremamente técnica do ponto de vista da Biologia, como pode-se

²⁰ Art. 28. A cultivar protegida nos termos desta Lei poderá ser objeto de licença compulsória, que assegurará:

I - a disponibilidade da cultivar no mercado, a preços razoáveis, quando a manutenção de fornecimento regular esteja sendo injustificadamente impedida pelo titular do direito de proteção sobre a cultivar;

II - a regular distribuição da cultivar e manutenção de sua qualidade;

III - remuneração razoável ao titular do direito de proteção da cultivar.

Parágrafo único. Na apuração da restrição injustificada à concorrência, a autoridade observará, no que couber, o disposto no art. 21 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994.

Art. 29. Entende-se por licença compulsória o ato da autoridade competente que, a requerimento de legítimo interessado, autorizar a exploração da cultivar independentemente da autorização de seu titular, por prazo de três anos prorrogável por iguais períodos, sem exclusividade e mediante remuneração na forma a ser definida em regulamento.

²¹ Art. 31. O requerimento de licença será dirigido ao Ministério da Agricultura e do Abastecimento e decidido pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, criado pela Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994.

§ 1º Recebido o requerimento, o Ministério intimará o titular do direito de proteção a se manifestar, querendo, no prazo de dez dias.

§ 2º Com ou sem a manifestação de que trata o parágrafo anterior, o Ministério encaminhará o processo ao CADE, com parecer técnico do órgão competente e no prazo máximo de quinze dias, recomendando ou não a concessão da licença compulsória.

§ 3º Se não houver necessidade de diligências complementares, o CADE apreciará o requerimento no prazo máximo de trinta dias.

[...]

Art. 33. Da decisão do CADE que conceder licença requerida não caberá recurso no âmbito da Administração nem medida liminar judicial, salvo, quanto à última, ofensa ao devido processo legal.

depreender dos conceitos apresentados em seu artigo 3º¹⁹. Para os fins deste trabalho, interessar-nos-á o fato de que a Lei de Cultivares concede certos direitos de exclusividade ao titular, da maneira semelhante à legislação de Propriedade Industrial, Direitos de Autor e Software, o que pode gerar impactos na concorrência.

Para a análise dos dispositivos dos PL 3937/04 e 5877/05 que temos destacado, importa ressaltar que a Lei 9.456/97 prevê expressamente a possibilidade de licenciamento compulsório de cultivares, mediante requerimento de terceiro interessado, em seus artigos 28 e 29²⁰. Há, inclusive, previsão expressa de concessão da licença motivada por restrição injustificada à concorrência.

Interessante notar que, por força do artigo 21, §1º do Decreto 2.366/97, o interessado, para solicitar o licenciamento compulsório, não pode ter, contra si, representação por infração à ordem econômica, nos termos da Lei 8.884/94.

Um dos aspectos mais relevantes para análise da questão, sob o ponto de vista da Defesa da Concorrência, é que o CADE, nesse caso, será a autoridade pública responsável pelo próprio deferimento da licença compulsória, sendo-lhe atribuído, por força dos artigos 31 e 33 da Lei 9.456/97²¹, poder superior ao da mera recomendação. O Ministério da Agricultura, responsável pela concessão da cultivar, terá papel de receber o requerimento, elaborar parecer técnico a respeito da questão e encaminhar posteriormente o processo ao CADE, devendo este decidir a matéria²².

Dessa forma, uma vez que há expressa previsão legal para a

²² O Ministério da Agricultura, independentemente da licença compulsória, poderá utilizar a ferramenta do uso público restrito, prevista no artigo 36 da Lei 9.456/97, para atender as necessidades da política agrícola nos casos de emergência nacional, abuso do poder econômico, ou outras circunstâncias de extrema urgência e em casos de uso público não comercial, autorizando a exploração da cultivar pela União ou por terceiro por ela designado.

²³ Art. 26. Para os fins deste Capítulo, adotam-se as seguintes definições:

I - circuito integrado significa um produto, em forma final ou intermediária, com elementos dos quais pelo menos um seja ativo e com algumas ou todas as interconexões integralmente formadas sobre uma peça de material ou em seu interior e cuja finalidade seja desempenhar uma função eletrônica;

II - topografia de circuitos integrados significa uma série de imagens relacionadas, construídas ou codificadas sob qualquer meio ou forma, que represente a configuração tridimensional das camadas que compõem um circuito integrado, e na qual cada imagem represente, no todo ou em parte, a disposição geométrica ou arranjos da superfície do circuito integrado em qualquer estágio de sua concepção ou manufatura.

concessão de licenciamento compulsório e sendo esta decidida pelo próprio CADE, como demonstrado, entendemos que os artigos 38 e 61 dos PL podem ser aplicados de maneira eficaz no caso da questão debatida envolver cultivares.

7 LICENCIAMENTO COMPULSÓRIO NA LEI 11.484/07 (TOPOGRAFIA DE CIRCUITOS INTEGRADOS)

A topografia de circuitos integrados trata-se de matéria prevista na Lei 11.484/07, estando conceituada no artigo 26 dessa norma²³. A sua proteção como uma espécie de Propriedade Intelectual, no Brasil, foi motivada pelo fomento que se buscou estruturar na área de semicondutores e na implementação da televisão digital.

O artigo 48 da Lei 11.484/07 define a possibilidade de concessão de licenças compulsórias destinadas a "assegurar a livre concorrência ou prevenir abusos de direito ou de poder econômico pelo titular do direito, inclusive o não atendimento do mercado quanto a preço, quantidade ou qualidade". A questão da Defesa da Concorrência salta aos olhos, dadas as expressas finalidades do licenciamento.

A autoridade pública dotada de poder para decidir a respeito da licença, no caso, seria o INPI, também responsável pela concessão, por meio de registro, dos direitos ao titular da topografia.

Para fins de aplicação concreta dos dispositivos concernentes à licença compulsória nos PL que propõem as mudanças no sistema de Defesa da Concorrência, nos casos que envolvam topografias de circuito integrado, entendemos que há base jurídica suficiente na Lei 11.484/07, haja vista a expressa previsão legal. Dessa forma, as propostas de alteração na legislação de proteção à ordem econômica, quanto a esse tipo de licenciamento, tendem a ter eficácia prática no caso de sua efetiva utilização.

8 CONCLUSÃO

Neste trabalho, procuramos analisar as propostas de alteração da Lei 8.884/94, materializadas nos PL 3937/04 e 5877/05, que envolvem a questão do licenciamento compulsório de direitos de

Propriedade Intelectual. Deve-se ressaltar que, em determinados casos, a eficiência buscada pela modificação do texto legal pode não ser alcançada em sua plenitude, especialmente quando não houver previsão expressa na legislação que permita a efetivação de licença compulsória para determinados tipos de direito. Como demonstrado, é justamente esse o caso dos desenhos industriais, marcas, indicações geográficas, direitos autorais e softwares.

Em que pese o fato de que a forma proposta para imposição de restrições para aprovação dos atos de concentração econômica, indicada no artigo 61 dos PL, ofereça instrumentos adicionais que podem suprir a falta de aplicação da licença compulsória (como a determinação de alienação de ativos, nos termos do §2º, I do artigo 61), o mesmo não se observa no caso das condutas infrativas.

O artigo 38, IV, "a" dos PL, a exemplo da redação atual do artigo 24, IV, "a" da Lei 8.884/94, limita-se a permitir ao CADE a expedição, aos órgãos públicos competentes, de *recomendação* de concessão de licença compulsória. O Conselho, portanto, não a decretará diretamente, salvo se for-lhe concedido poder específico para tanto por meio de outra lei, como no caso das cultivares.

Tal fato pode esvaziar a proposta de alteração da legislação de Defesa da Concorrência nesse ponto. De nada adiantará o CADE recomendar algo que não pode ser legalmente cumprido. No caso dos direitos de Propriedade Intelectual em que não se vislumbra a previsão legal para o licenciamento compulsório, entretanto, será justamente isso que se verificará.

Parece-nos que a relevância econômica de determinados ativos de Propriedade Intelectual, especialmente em seu aspecto de restrição concorrencial, vem sendo subestimada ao longo do tempo, o que explicaria a ausência do dispositivo expresso referente à licença compulsória em tais casos. Entretanto, exemplos recentes demonstram que essa questão merece uma reflexão mais profunda²⁴.

Em suma, é lícita a previsão, na legislação, de mecanismos

²⁴ Haja vista o procedimento administrativo 08012.002474/2008-24 e a averiguação preliminar 08012.002673/2007-51, que envolvem discussões concorrenciais a respeito de desenhos industriais, espécie de direito de Propriedade Intelectual cujo tratamento na legislação nacional não prevê o licenciamento compulsório.

²⁵ O desafio de qualquer práxis de aplicação do Direito da Concorrência está justamente em saber fluir de modo a justificar, de tempos em tempos, a sua reconstrução em termos de progresso, o que só é possível sob a condição de que os operadores dessa práxis aprendam a se mover na fértil intersecção entre ciência econômica, dogmática jurídica e política econômica." (SCHUARTZ, 2002, p. 73)

para Defesa da Concorrência tendo em vista as situações que envolvem direitos de Propriedade Intelectual, sendo o uso do licenciamento compulsório uma poderosa ferramenta nesse contexto. Entretanto, a busca por melhoria nesse âmbito poderá ser mais eficiente se as propostas de modificação da Lei 8.884/94 levarem em conta também o conteúdo das demais normas pertinentes à questão, especialmente as Leis 9.279/96, 9.456/97, 9.609/98, 9.610/98 e 11.484/07. É bem possível que se conclua que estas leis também necessitam de ajustes para a melhoria do sistema de Defesa da Concorrência²⁵. O momento atual, de discussões destinadas a debater alterações de ordem legislativa no campo da proteção à ordem econômica, é bastante propício para essa reflexão.

BIBLIOGRAFIA

BRUNA, Sérgio Varella. *O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em Seu Exercício*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

DIAS, José Carlos Vaz e. Licença Compulsória de Patentes e o Direito Antitruste. *Revista da ABPI*. n. 54. São Paulo: ABPI, 2001.

FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GOMES, Ciro. *Relatório Sobre os Projetos de Lei 3.937/04 e 5.877/05 para a Comissão Especial de Defesa da Concorrência*. Brasília, Câmara dos Deputados, 2008.

LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Lei de Proteção da Concorrência: Comentários à Legislação Antitruste*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

POSSAS, Mario Luiz; FAGUNDES, Jorge e PONDÉ, João Luiz. Política Antitruste: Um Enfoque Schumpeteriano in POSSAS, Mário Luiz (coord.). *Ensaio Sobre Economia e Direito da Concorrência*. São

Paulo: Singular, 2002.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: As Condutas*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

SCHUARTZ, Luis Fernando. O Direito da Concorrência e Seus Fundamentos in POSSAS, Mário Luiz (coord.). *Ensaio Sobre Economia e Direito da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2002.

A LIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO E A LIQUIDAÇÃO POR ARTIGOS: PONTOS RELEVANTES SOB A ÓTICA DAS LEIS 11.232/05 E 11.382/06

Rodrigo Mazzei*

Sumário: 1. Do objeto do estudo - 2. Da (atual) natureza jurídica da liquidação de sentença por arbitramento e por artigos - 3. Liquidação por arbitramento (arts. 475-C e 475-D) - 3.1 Características da liquidação por arbitramento e diferenças frente a liquidação por artigos - 3.2 Alterações introduzidas pela Lei 11.232/05 na liquidação por arbitramento - 4. Da liquidação por artigos (arts. 475-E e 475-F) - 4.1 Natureza jurídica - 4.2 Petição e decisão - 4.3 Recurso: art. 475-H (agravo)? - 5. Liquidação em "ambiente de execução de título extrajudicial" - 5.1 A redação do art. 745, IV, § 1º e § 2 do CPC após a Lei 11.382/06 - 5.2 Aplicação do art. 739-B do CPC para a *liquidação* de apenamento judicial - 6. Referências.

1. Do objeto do estudo

Ao se falar em *liquidação de sentença*¹ é intuitiva a lembrança dos títulos executivos judiciais², não se recordando, ao menos num primeiro momento, das execuções deflagradas por títulos executivos

* Professor do Instituto Capixaba de Estudos (ICE). Advogado. Vice-presidente do Instituto de Advogados do Estado do Espírito Santo (IAEES). Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e doutorando pela Faculdade Autônoma de São Paulo (FADISP). rodrigo@mazzei.com.br

¹ Cumpre destacar que, em termos técnicos, não é correto que se fale em liquidação de sentença, o que se liquida em realidade é a obrigação trazida pelo título, nesse sentido destacamos as precisas palavras de Cândido Dinamarco: "Na realidade, não se trata de liquidar 'a sentença', como o Código de Processo Civil insinua na rubrica do capítulo em que cuida do tema (art. 603 ss): a liquidez, como a certeza e a exigibi-

extrajudiciais. De fato, a liquidação de sentença possui espaço muito mais fértil no ambiente voltado aos títulos executivos judiciais, podendo se dizer que se trata de *fase* antecedente - em algumas hipóteses (por iliquidez do título) - ao *cumprimento de sentença*, consoante se infere da parte inicial do art. 475-J do CPC³⁻⁴, notadamente quando a questão envolver a *liquidação por arbitramento* ou a *liquidação por artigos*, alvos do presente estudo.

Assim, a liquidação de sentença possui raízes bem apegadas à Lei 11.232/05 que, como é curial, implementou postura reformadora na execução dos títulos de nascedouro judicial. No entanto, a recente Lei 11.382/06 - que tratou da execução de títulos extrajudiciais -

¹ Cumpre destacar que, em termos técnicos, não é correto que se fale em liquidação de sentença, o que se liquida em realidade é a obrigação trazida pelo título, nesse sentido destacamos as precisas palavras de Cândido Dinamarco: "Na realidade, não se trata de liquidar 'a sentença', como o Código de Processo Civil insinua na rubrica do capítulo em que cuida do tema (art. 603 ss): a liquidez, como a certeza e a exigibilidade, são atributos que precisam acompanhar a obrigação amparada em título executivo, não o próprio título" (Execução Civil. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 515).

² Muito embora o legislador se utilize da expressão "liquidação de sentença" pode ocorrer hipótese em que a liquidação se voltará para título executivo com outra natureza jurídica, admitindo-se, inclusive, em caso de decisão interlocutória fixadora de "condenação" (no sentido amplo da expressão). Nessa linha, Teori Albino Zavascki anota que podem ser objeto de liquidação a decisão interlocutória que "impõe multa de litigância de má-fé, art. 18, § 2º, e a que antecipa tutela em demanda com pedido genérico de obrigação de pagar quantia (CPC, art. 273)" (Título executivo e liquidação. 1ª ed. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 171). Ainda acerca da expressão "liquidação de sentença", com acerto Fabiano Carvalho destaca que: "O vocábulo liquidação de sentença deve ser interpretado extensivamente a fim de compreender a expressão decisão interlocutória (art. 162, § 2º), uma vez que esse provimento poderá ser objeto do procedimento de liquidação, principalmente cuidando-se de decisão que antecipa os efeitos da tutela, quando não determinado o valor ou a forma da obrigação" (Liquidação de Sentença: Determinação do Valor por Cálculo Aritmético, de Acordo com a Lei nº 11.232/2005. In: HOFFMAN, Paulo. Processo de Execução Civil - Modificações da Lei 11.232/2005. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 46).

³ Art. 475-J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação (destaque nosso).

⁴ Acerca da problemática envolvendo a correta aplicação dos prazos estabelecidos pela Lei 11.232/2005, especificamente o prazo previsto no artigo 475-J, conferir a

possui alguns regramentos que também merecem ser analisados, uma vez que permite, em certa medida, a verificação de 'incidentes' com natureza afim à liquidação.

Nosso texto, muito longe de traçar abordagem completa e definitiva sobre o tema, busca destacar questões que entendemos ser de alguma relevância nas Leis 11.232/05 e 11.382/06, com o objetivo de estampar o atual perfil e campo de utilização da liquidação por arbitramento e por artigos.

2. Da (atual) natureza jurídica da liquidação de sentença por arbitramento e por artigos

Antes de tecermos qualquer comentário respeitante às liquidações de sentença por arbitramento e por artigos, nos parece fundamental captar a pretensão legislativa de alteração estrutural das figuras jurídicas em comento. Com efeito, após as modificações inseridas pela Lei 11.232/05, o art. 475-A, ao abrir o novo Capítulo IX do Livro I do CPC, dá notícia - através do seu § 1º - do novo perfil assumido pela liquidação de sentença. Percebe-se que se pretende deixar de tratar o instituto como ação autônoma (*de natureza declaratória*⁵⁻⁶) para encará-lo como *incidente*⁷

obra de Antonio Notariano Júnior e de Gilberto Gomes Bruschi: Os Prazos Processuais e o Cumprimento da Sentença. In: BRUSCHI, Gilberto Gomes (Coord.). Execução Civil e Cumprimento de Sentença. São Paulo: Método, 2006. p. 37-58.

⁵ Nossa opinião tem guarida em Humberto Theodoro Júnior: "O processo liquidatório culmina com uma sentença declaratória que aperfeiçoa a sentença condenatória" (Processo de execução. 19 ed. São Paulo: Leud, 1999, p. 218). No mesmo sentido, Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina: "(...) a ação condenatória terá como objetivo a obtenção de sentença que determine a responsabilidade do réu pelo dano causado (ou seja, o an debeatúr); diferentemente, a liquidação terá por objeto a apuração do quantum debeatúr. No primeiro caso, será proferida sentença condenatória; no segundo, sentença declaratória." (Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil 2. São Paulo: RT, 2006, p. 102, destacamos).

⁶ Registre-se que não há uma posição uniforme na questão, colhendo-se doutrina de qualidade que sustenta a natureza constitutiva da liquidação, afirmando outros que se trata de ação condenatória. Com ótima síntese sobre o debate doutrinário, confira-se Olavo de Oliveira Neto (O novo perfil da liquidação de sentença). In: Processo de Execução Civil - Modificações da Lei 11.232/05. Paulo Hoffman e Leonardo Ferres da Silva Ribeiro (Coords). São Paulo: Quartier Latin, p. 192-193. O citado autor, contudo, depois de arrolar os diversos posicionamentos e de justificá-los, acaba por concluir pela natureza declaratória da liquidação, o que corrobora nosso entendimento.

⁷ Neste sentido, Orlene Aparecida Anunciação afirma que é "um incidente processual posterior ao processo de conhecimento" (Execução de sentença ante a Lei no. 11.232, de 22 de dezembro

Para se entender a alteração de postura não basta a simples leitura do § 1º do art. 475-A do CPC, quando aponta que a cientificação do devedor se dará através de “intimação” na pessoa de seu advogado.⁸ Esta colocação isolada, pensamos, não seria suficiente para se caracterizar a mudança da natureza da liquidação de sentença. Entretanto, passeio mais cuidadoso pelo Capítulo IX do Livro I do CPC⁹, permite-nos tal leitura, haja vista que, em nítidos sinais, busca-se uma transmutação da liquidação de sentença para um *incidente*. Senão vejamos:

- O § 1º do art. 475-A não exige petição inicial, reclamando apenas “requerimento”, típica postulação incidental de marcha processual.
- Será proferida “decisão”, segundo o parágrafo único do art. 475-D, e não mais “sentença”, tal qual constava no revogado parágrafo único do art. 607 do CPC.
- O recurso que desafiará a “decisão” deverá ser o agravo de instrumento, nos termos do inédito art. 475-H.

Existem, contudo, contradições que colocam em dúvida a assertiva de que a liquidação de sentença será sempre um *incidente*, pois:

- O § 2º do art. 475-A utiliza da palavra “pedido”, quando, para coesão com o § 1º (em antecedência) poderia ter se valido de “requerimento”.

de 2005: antigos problemas, novas tendências e busca incessante da efetividade. In: Revista Dialética de Direito Processual, n. 36, março de 2006, p. 96-97). Próximo: Olavo de Oliveira Neto (O novo perfil da liquidação de sentença). In: Processo de Execução Civil - Modificações da Lei 11.232/05. Paulo Hoffman e Leonardo Ferres da Silva Ribeiro (Coords). São Paulo, Quartier Latin, p. 194.

⁸ O art. 740 do CPC determina a intimação do embargado, na pessoa de seu advogado, o que nunca desnaturou a idéia de que tal “cientificação” afina-se com a citação e não com uma intimação. Neste sentido: Antônio Cláudio da Costa Machado (Código de Processo interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 4 ed. Barueri: Manole, 2004, p. 1113-1114).

⁹ Lembre-se aqui a estratégica alteração geográfica concretizada na reforma, com a criação de novo Capítulo IX do Livro I (processo de conhecimento), em seguida dos dispositivos da sentença e da coisa julgada, facilitando seguir a trilha sincrética pregada pela Lei 11.232/05.

· Apesar de plantada a expressão “no que couber” no art. 475-F, o legislador foi econômico, não fixando exatamente o que pretendeu com a remissão ao procedimento comum (crê-se que a liquidação de sentença por artigos seguirá o procedimento comum, situação no mínimo estranha para um simples “incidente”¹⁰).

Pensamos, em aferição que extrapola a *interpretação gramatical* das novas normas, que não se afigura correta a dicção de que a liquidação de sentença se reduziu – em todos os casos – a *incidente processual*, dada a necessidade – em boa medida de hipóteses – de grande cognição até sua decisão final. Nestas situações, a liquidação de sentença continuará tendo natureza jurídica de ação, mesmo que para tal afirmação seja necessário nos valeremos de *interpretação lógica*¹¹. Diante do exposto, há espaço para a crítica de Araken de Assis sobre a reforma no particular. Confira-se:

“Parece inequívoca a intenção do legislador transformar a liquidação, nas modalidades do arbitramento e dos artigos, em ação incidental, inserida no processo já pendente, em alguns casos processada em autos apartado (art. 475-A, § 2º). Em tal hipótese, à semelhança do que sucede no caso do réu reconvir, não se formará nova e independente relação processual, criando ‘cúmulo de processo’; existirá a reunião de duas ações sucessivas (existindo o trânsito em julgado) ou simultâneas (na execução provisória,

¹⁰ Observe-se que, mesmo antes da reforma, em alguns momentos a jurisprudência afirmava que a liquidação de sentença é um “incidente”. Confira-se, no sentido: “A liquidação é procedimento preparatório, de natureza cognitiva, que visa a tornar líquida a sentença, sendo, portanto, incidente final do processo de conhecimento e não incidente da execução” (STJ, REsp. 276.010/SP, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, j. 24.10.2000, DJ 18.12.2000, p. 209). O rótulo para nós é o que menos importa, desde que se tenha a exata noção de que a “decisão que encerra o processo de liquidação é sentença de mérito” (STJ, REsp. 767.768/SC, Rel. Ministro Castro Filho, 3ª Turma, j. 18.08.2005, DJ 12.09.2005, p. 331). Próximo, Luiz Rodrigues Wambier leciona que: “O processo de liquidação tem por objetivo a obtenção de uma sentença de mérito que defina o quantum da obrigação que foi constituída no processo de conhecimento sem que, entretanto, neste último, tenha sido possível extremar os seus limites quantitativos ou individualizar seu objeto” (Liquidação de Sentença. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 85).

¹¹ A interpretação lógica, segundo o professor italiano Francesco Ferrara, “se move em um ambiente mais alto e utiliza meios mais finos de indagação, pois remonta ao espírito da disposição, inferindo-o dos fatores racionais que a inspiraram, da gênese histórica que a prende às leis

consoante art. 475-A, § 2º) no mesmo processo. Nem sempre, porém, as melhores intenções (e o objetivo presumível da reforma parece altamente discutível) acabam se materializando no direito posto. Por exemplo, a liquidação por artigos seguirá as linhas mestras do procedimento comum, a teor do art. 475-F, senão eliminando, ao menos enfraquecendo a inclinação inicial, sem embargo da cautelosa cláusula ‘no que couber’.¹²

Assim, é de certa maneira ingênua a idéia que será possível tratar em todos os casos a liquidação de sentença com a simplicidade de um incidente processual, dada a sua natureza própria.¹³ A lei não tem o condão de, ao impor simples alteração redacional em alguns

anteriores, da conexão que a enlaça às outras normas de todo o sistema. É da ponderação destes diversos fatores que se deduz o valor da norma jurídica” (Interpretação e aplicação das leis. 3 ed. Tradução de Manuel A. Domingues de Andrade. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1978, p. 140-141).

¹² E continua o jurista: “Nada mudou substancialmente, portanto, permanecendo o chamamento do réu, através de intimação ou de citação, já se encontrando ou não, representado, ou seja, veiculando-se a pretensão liquidatória em processo pendente ou instituindo-se, inovadoramente, processo para semelhante finalidade” (Cumprimento da sentença. Rio de Janeiro: Forense: 2006, p. 106).

¹³ Não se pode creditar à Lei 11.232/05 nenhuma alteração à liquidação dos arts. 95 e 97 do CDC, tratando-se aquela de verdadeira ação de conhecimento. Tratamos do tema, especificamente, confira-se: Liquidação de sentença. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção, et al. Reforma do CPC. São Paulo: RT, 2006, p. 192-195. Em sentido contrário, destacamos o posicionamento defendido por Fredie Didier Júnior, segundo o autor: “A lei 11.232/2005 pretendeu eliminar o processo de liquidação de sentença. A liquidação passa a ser uma fase do processo, que tem múltiplos objetivos (é sincrético): certificar o direito, liquidar (complementar a certificação) e efetivar a decisão judicial. Fê-lo expressamente em relação à liquidação por artigos e à liquidação por arbitramento. O silêncio sobre a liquidação da sentença coletiva não impede a interpretação de que o regramento geral também se lhe aplica; ou seja, a liquidação coletiva passa a ser incidente, sem a necessidade de instauração de um novo processo apenas com esse objetivo” (In: JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JÚNIOR, Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A Terceira Etapa da Reforma Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 83, - grifamos). Não concordamos, no particular, com o prestigiado jurista baiano, pois os arts. 95 e 97 do CDC irão propiciar forma de *liquidação por arbitramento* muito peculiar, em que há, inclusive, fase de *habilitação* do titular do direito individual homogêneo. Se há cognição absolutamente nova, com a presença de pessoa que sequer participou da ‘fase’ de conhecimento, não nos parece ser possível afirmar que haverá um simples incidente. Vale lembrar que a sentença coletiva de procedência poderá ser cindida, visando facilitar a sua execução, podendo se processar, então, várias liquidações em juízos distintos, apesar da mesma raiz sentenciante. No sentido: Tiago Figueiredo Gonçalves (A ‘liquidação’ e obrigação imposta por sentença em demanda metaindividual. In MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias. *Processo Civil Coletivo*. São

dispositivos, mudar a própria estrutura de instituto jurídico dotado, inclusive, de força para formar *coisa julgada material*.¹⁴

Recorde-se ainda, que algumas regras apresentadas – tidas como novidades para prestigiar a efetividade – já eram contempladas na legislação processual, apesar de coloração um pouco diferente, tal como se pode perceber dos parágrafos do art. 475-B do CPC.

Forçoso, desse modo, entender que a reforma processual buscou trazer novo perfil para a liquidação de sentença, trazendo, em certa medida, soluções que permitirão uma maior agilidade processual, como é o caso do § 2º do art. 475-A do CPC¹⁵. Todavia, não nos parece possível fechar os olhos e simplesmente aceitar que a empreitada legislativa, com pequenos retoques, afetou o núcleo da liquidação de sentença.

Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 424.425). Há, pois, na nossa opinião, inegável natureza de ação nas liquidações de sentença que transitem com amparo nos arts. 95 e 97 do CDC.

¹⁴ Tanto assim que mister é a ação rescisória para desconstituir a “decisão homologatória” da liquidação de sentença. No sentido: “Processual civil. Recurso especial. Ação rescisória. Decisão em fase de liquidação de sentença. 1. Entende a Primeira Seção que a ação rescisória constitui via adequada de desconstituição de uma decisão homologatória de liquidação (AR, nº 489/PR, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 26.05.97). 2. Recurso especial provido” (STJ, REsp. 531.263/SC, Rel. Ministro Castro Meira, 2ª Turma, j. 28.06.2005, DJ 22.08.2005, p. 195). A doutrina não destoa deste entendimento, assim, Humberto Theodoro Júnior (As novas Reformas do Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 199-200) acertadamente indica que: “Após a reforma da Lei nº 11.232, de 22.12.2005, que transformou o julgamento da liquidação em decisão interlocutória atacável por agravo de instrumento (art. 475-H), a natureza do julgamento não sofreu alteração alguma. Se o quantum debeat é algo indissociável do mérito da causa, não importa se sua apreciação se dá formalmente em sentença ou em decisão interlocutória; o julgado a seu respeito será sempre decisão de mérito e sua força sempre será a de coisa julgada material. Continuará, pois, sendo atacável por ação rescisória”. No mesmo sentido: Athos Gusmão Carneiro (Cumprimento da Sentença Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 40).

¹⁵ A regra não é de toda estranha ao CPC de 1939, como bem lembra Samantha Lopes Álvares (Apontamentos sobre o novo regime da liquidação de sentença. In: HOFFMAN, Paulo; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva (Coords.). *Processo de Execução Civil. Modificações da Lei 11.232/05*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 120.) Dispunha a redação do ab-rogado código, no parágrafo primeiro do artigo 830 que: “Nas ações ordinárias em que a execução da sentença depender de liquidação por arbitramento ou por artigos, será devolutivo o efeito da apelação para o fim exclusivo de autorizar a liquidação na pendência do recurso”.

Ao mesmo tempo em que não podemos nos agarrar no passado, com um saudosismo injustificado, não se deve desprezar as experiências pretéritas que desvendam os reais contornos da figura jurídica que se pretende reformar.

3. Liquidação por arbitramento (arts. 475-C e 475-D)

A liquidação de sentença por arbitramento, antes da Lei 11.232/05, estava escorada basicamente nos arts. 606 e 607 do CPC, apesar de também atrair outras normas, como, por exemplo, os arts. 603 e 610. Com a nova ordem legal, tal modalidade de liquidação ficará repousada nos arts. 475-C e 475-D (que substituem os arts. 606 e 607), recebendo influência de outros dispositivos, a saber: art. 475-A (em permuta do art. 603), 475-G (que revogou o art. 610) e art. 475-H (sem precedente).

3.1 Características da liquidação por arbitramento e diferenças com a liquidação por artigos

Não foram alteradas as hipóteses de permissão da liquidação por arbitramento, pois, segundo o art. 475-C, esta ocorrerá quando: "I - determinado pela sentença ou convencionado pelas partes; II - o exigir a natureza do objeto da liquidação". Sobre tal formato, tem-se que é desnecessário o inciso II do art. 475-C, uma vez que a sentença somente assim irá determinar se justamente a natureza do objeto assim exigir, primeira situação do inciso I.¹⁶

É incomum a liquidação por arbitramento em razão de *convenção das partes* (segunda parte do inciso I, do art. 475-C), mas, ocorrendo, há sujeição do controle judicial, uma vez que somente poderá ser permitida tal deliberação conjunta das partes se a liquidação por arbitramento se demonstrar como *adequada* para o *aperfeiçoamento* da obrigação judicial pendente de *acabamento*.¹⁷

Normalmente, a liquidação por arbitramento estará vinculada à feitura de prova pericial - em qualquer das modalidades do art. 420

¹⁶ No mesmo sentido: Carreira Alvim e Luciana Gontijo Carreira Alvim Cabral, Cumprimento de Sentença. Curitiba: Juruá, 2006. cit., p. 44-45.

¹⁷ Com igual posição: Teori Albino Zavascki, Título executivo e liquidação. 2 tir. São Paulo: RT, 1999. cit., p. 195.

do CPC (exame, vistoria ou avaliação) - após a prolação da sentença, tendo em vista que a decisão não fez a determinação de todos os contornos da *condenação*. Surge indagação intuitiva: *por que o julgador deixa de proferir a sentença líquida, remetendo o beneficiário para uma fase de liquidação?* Para a resposta, é fundamental distinguir a liquidação por arbitramento da liquidação por artigos, fazendo Humberto Theodoro Júnior o seguinte divisor:

"Havendo necessidade de se provar fatos novos para se chegar à apuração do *quantum* da condenação, a liquidação terá que ser feita sob forma de artigos (art. 608)¹⁸. Quando porém, existirem nos autos todos os elementos necessários para os peritos declararem o valor do débito, o caso é de arbitramento".¹⁹

Há, segundo a doutrina trazida, uma diferença no *material cognitivo* das liquidações, na medida em que a por arbitramento será guiada por elementos já constantes nos autos, ao passo que, diferentemente, se o ambiente processual tiver sido instaurado por liquidação por artigos, haverá alargamento na prova que será colhida para a determinação do título, aferindo-se *fatos novos*. Em que pese tal análise (de grande relevância), outras observações, em nosso sentir, ajudam a esclarecer de forma mais clara a distinção, ao menos em boa parte das situações.

Com efeito, a liquidação por arbitramento é utilizada em casos que ordinariamente seria possível que a *determinação* da condenação fosse efetuada antes da prolação da sentença. No entanto, tal não ocorre em razão de ser mais viável que se profira a sentença desde logo e se postergue a determinação da condenação, colhendo-se *prova futura*, de natureza pericial. Isso porque a matéria que envolve a *perícia futura* já se encontra resolvida, estando seus parâmetros fixados, mas a definição dos limites da condenação depende de prova técnica.

Dentre os motivos para que a *perícia* de determinação da *condenação* fique *diferida* para momento futuro, podemos destacar o *encadeamento progressivo dos atos processuais*. Ora, se existem elementos para se

¹⁸ Revogado; corresponde ao atual art. 475-E do CPC.

¹⁹ *Processo de execução*. 19 ed. São Paulo: Leud, 1999, p. 223 (destaques não constantes do original).

julgar procedente o pedido indenizatório, em alguns casos é preferível que se decida logo sobre a questão (alcançando o *an debeatur*), postergando-se seu aperfeiçoamento para outra fase (ou seja, fixação do *quantum debeatur*).²⁰

Esta vantagem fica evidente quando – em razão de cumulação própria de pedidos feita pelo postulante – há multicidade de *capítulos sentenciais*, em que alguns são líquidos e outros são ilíquidos. Não obstante ser perfeitamente possível o julgamento dos capítulos líquidos, estes não poderiam ser lançados em sentença, pois outros necessitariam ser aperfeiçoados, em vista de reclamarem ainda a *determinação por prova técnica*. A viabilidade de proferimento de sentença nestas condições toma agora reforço, diante do novo regramento do § 2º do art. 475-A do CPC, que permite a liquidação da decisão enquanto tramita o recurso respectivo, pouco importando se este tem efeito *suspensivo*.

De outra banda, não podemos esquecer que uma sentença, mesmo que ilíquida, pode colocar o seu beneficiário numa situação de privilégio, protegendo o resultado útil do processo. Neste aspecto, aquele que detém a seu favor uma sentença condenatória – ainda que ilíquida – pode perfeitamente constituir hipoteca judiciária incidente sobre o patrimônio do seu devedor, conforme art. 466 do CPC²¹.

²⁰ Esta idéia é aproveitada em especial quando a perícia depende de valor que deve ser fixado na sentença, pois não haveria como se fazer a perícia antes de decisão sobre ponto nodal da controvérsia. Neste sentido, confira-se a parte final de julgado gaúcho: “Em princípio, é direito da parte produzir prova pericial, salvo nas situações excepcionadas no parágrafo único, incs. I a III, do art. 420, do CPC. Todavia, nas ações relativas a contratos bancários, onde se questionam juros e encargos, a prova pericial somente será necessária se do contrato não constar à taxa de juros e encargos exigidos pelo banco. Constando, no contrato, o percentual de juros, será desnecessária a prova pericial durante a instrução. Nessas situações, a perícia deve ser relegada para a liquidação de sentença, já com os novos parâmetros determinados pela revisão efetuada” (TJRS, Agravo de Instrumento 70006161871, Décima Sexta Câmara Cível, Relator Desembargador, Claudir Fidelis Faccenda, j. 13/08/2003).

²¹ Semelhante prescrição há no Código Civil italiano, como bem lembra Daisson Flach (In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Coord.). A Nova Execução: Comentários à Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 41), que em seu artigo 2.818 autoriza quando presente uma condenação genérica, a inscrição da hipoteca judiciária, ainda que não tenha havido liquidação.

Feitas estas considerações, percebe-se que na liquidação por arbitramento há uma remessa proposital de *prova* de natureza *técnica* para outra fase processual, que, *a priori*, poderia ter sido ultimada antes da sentença, haja vista que para a sua consecução os dados poderiam ali ser colhidos, ainda que com a juntada de elementos de apoio. Esta particularidade faz com que alguns autores afirmem que a *liquidação por arbitramento é um inusitado tipo de prova* para dar acabamento à sentença.²²

Não se fará no requerimento da liquidação por arbitramento postulação (para a prova) de “fato novo”, pois o “fato”, além de já estar provado, recebeu deliberação sentencial em toda sua extensão, faltando apenas *prova eminentemente técnica para o seu fechamento*.

Na *liquidação por artigos* – ao contrário da liquidação por arbitramento, - a simples prova técnica, com base nos elementos já constantes nos autos, não possibilitará a determinação do limite condenatório, haja vista que a fixação da condenação depende da aferição de “fato novo” (que a melhor tradução indica ser *fato secundário e dependente do que já foi decidido*). O exemplo pode ser tirado de ação indenizatória proposta para reparação de dano pessoal, com espeque no art. 286, II, do CPC, em que a situação fática vai se alterando no curso do processo, não se sabendo, no início da ação e no momento da sentença, a dimensão do dano (a vítima continua não podendo trabalhar, estando hospitalizado); não se precisando se o autor terá condições de trabalho posteriormente (não se sabe se será caso de invalidez total ou parcial), sequer se podendo afirmar, naquele momento, se será necessário alterar o tratamento de saúde que no momento está sendo dispensado. Como se viu, são “fatos novos” – de *natureza secundária e com dependência ao decidido* (o réu arcará com todos os prejuízos do ato ilícito) -, que não permitem uma determinação prévia sem *liquidação* que, por certo, demandará cognição “nova”.

3.2 Alterações introduzidas pela Lei 11.232/05 na liquidação por arbitramento

Como já visto, não houve alteração nas hipóteses de cabimento da liquidação, sendo o art. 475-C espelho do art. 606, ocorrendo a

²² Por todos, confira-se Alcides de Mendonça Lima. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. 6., tomo II, 2 ed. Forense: Rio de Janeiro, 1977, p. 576.

reforma por motivos topológicos. No procedimento, entretanto, a liquidação por arbitramento sofre

mutações, a começar pelo art. 475-A que, no seu § 1º, determina que o "liquidado" será *intimado* na pessoa de seu advogado constituído nos autos. Aceitando-se que a liquidação por arbitramento é uma *prova técnica* postergada, não é difícil absorver a nova configuração imposta de *incidente processual* que, fica mais clara, a partir da leitura do parágrafo único do art. 475-D, do CPC, ao dispor que - após a apresentação do laudo e encerradas as manifestações - o julgador (caso não designe audiência) proferirá '*decisão*', impugnável via agravo de instrumento (art. 475-H).

Assim sendo, ao se retornar ao momento da instauração da *liquidação de sentença por arbitramento*, será dispensada a apresentação de petição inicial nos exatos moldes do art. 282 do CPC, sendo, todavia, necessário que o *requerimento* seja preciso sobre o ponto que deve incidir a prova técnica e os limites que irá alcançar, tendo em vista a necessidade de respeito ao art. 475-G, não se permitindo afastamento da sentença genérica que lhe dá origem.

Para o desenlace da liquidação por arbitramento, os dispositivos vinculados à prova pericial (arts. 420-439 do CPC) devem ser observados pelo julgador.²³ Dessa forma, o ato judicial de recepção da liquidação por arbitramento (art. 475-D) procederá o controle do

²³ No mesmo sentido: Patrícia Miranda Pizzol (*Liquidação nas ações coletivas*. São Paulo: Lejus, 1998, p. 44); Daisson Flach (In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (Coord.). *A Nova Execução*: Comentários à Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 41); Humberto Theodoro Jr. (*As novas Reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 197); bem como Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (*Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil 2*. São Paulo: RT, 2006, p. 119). Contra, entendem Carreira Alvim e Luciana Gontijo Carreira Alvim Cabral que a liquidação por arbitramento não permite a formulação de quesitos e indicação de assistentes (*Cumprimento*, cit., p. 47). *Data venia*, a autorizada posição dos últimos autores é totalmente contrária à essência da liquidação por arbitramento (= *prova técnica*). Ora, como, em regra, trata-se de perícia que trabalha com dados já constantes do processo, cria-se situação desnivelada em que se a prova técnica for colhida antes da sentença, aplicar-se-ão os arts. 420-439 do CPC, no entanto, se esta ficar *diferida* para a liquidação, haverá a supressão das ditas regras.

requerimento, com olhos no art. 420 do CPC, indeferindo a prova técnica (ainda que parcialmente) naquilo que não for pertinente, devendo facultar as partes a nomeação de assistente e quesitação (art. 421), se for o caso.

O novo tratamento dado à liquidação de sentença poderá afastar discussões que, volta e meia, eram remetidas aos Tribunais, como por exemplo, cabimento (ou não) de honorários de advogado²⁴ e parâmetro para valoração da causa²⁵, eis que tais debates não são afetos, em regra, aos incidentes processuais.

4. Da liquidação por artigos (arts. 475-E e 475-F)

A liquidação por artigos apesar de não ter o condão de rediscutir ou de alterar o resultado (e limites) da lide anterior (art. 475-G), tendo natureza *accessória* (já que somente existirá, se houver ação judicial anterior que criar título judicial sem determinação), em certos casos detém autonomia de alta escala. Isto porque determinados títulos judiciais necessitam de alta participação da liquidação de sentença por artigos para o detalhamento da condenação, uma vez que os calibramentos indenizatórios são estranhos à própria decisão que dará ensejo à liquidação, como ocorre no caso de sentença penal condenatória (art. 475-N, inciso II, do CPC)²⁶.

²⁴ Pelo não cabimento de honorários de advogado na liquidação por arbitramento: STJ, REsp. 39.371/RS, Rel. Ministro Nilson Naves, 3ª Turma, j. 08.08.1994, DJ 24.10.1994, p. 28753; REsp. 182751/MG, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, 3ª Turma, j. 23.11.1999, DJ 24.04.2000 p. 51; STJ, AgRg no REsp. 238.064/SC, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, 3ª Turma, j. 18.08.2005, DJ 12.09.2005, p. 313.

²⁵ A questão era tormentosa, pois não se conseguia precisar previamente o benefício alcançado. A melhor solução era a apresentação pelo liquidante de valoração estimativa, saciando o art. 258 do CPC.¹ A questão era tormentosa, pois não se conseguia precisar previamente o benefício alcançado. A melhor solução era a apresentação pelo liquidante de valoração estimativa, saciando o art. 258 do CPC.

²⁶ Cabe destacar, como o fez Daisson Flach (In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (Coord.). *A Nova Execução*: Comentários à Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 47) que: "Não apenas a sentença penal condenatória é dotada de eficácia executiva, tampouco é a única que deve submeter-se à prévia liquidação. Também a decisão (nesse caso acórdão) que julga procedente a revisão criminal cassando a sentença condenatória poderá deferir indenização pelos prejuízos causados a serem liquidados no juízo cível (art. 630, caput e § 1º do CPP), sendo decisão que mescla também efeitos penais e civis".

Vale lembrar que, na *liquidação por artigos*, a determinação do título depende da aferição de "fato novo", (*fato secundário e dependente do que já foi decidido*), reclamando dados muito acima dos já constantes nos autos. Esta situação nos faz concluir que a liquidação por artigos - ao menos em alguns casos - não poderá ser vista como simples *incidente*, mantendo, pois, natureza de ação.²⁷

4.1 Natureza jurídica

A própria Lei 11.232/05 dá sinais de que - ao menos em alguns casos - a liquidação de sentença por artigos não pode ser vista como *incidente*, dada a sua natureza de ação. Como vimos anteriormente, ainda que com a cláusula de reserva "no que couber", no art. 475-F, o legislador não deixou claro que poderá ser imposto na liquidação por artigo o *procedimento comum* (art. 272). Com isso, adotar-se-á o rito ordinário ou o sumário de acordo com o que foi seguido para a obtenção da decisão judicial liquídanda.²⁸ Ademais, o parágrafo único do art. 475-N do CPC^{29,30} informa que existem títulos que deverão ser *liquidadados pela via dos artigos*, pelas explanações que seguem, quais sejam:

- sentença penal condenatória transitada em julgado (inciso II do art. 475-N);

²⁷ Tanto assim que se firmou a idéia de que na liquidação por artigos há possibilidade de honorários de sucumbência, dependendo do grau de litigiosidade e resistência do requerido. A matéria foi decidida em sede de embargos de divergência no STJ: "Assumindo a liquidação por artigos cunho de contenciosidade, evidenciada pela clara resistência oposta pelo réu, são devidos os honorários de advogado" (STJ, EREsp. 179.355/SP, Rel. Ministro Barros Monteiro, Corte Especial, j. 17.10.2001, DJ 11.03.2002 p. 153). Próximo: STJ, REsp. 276.010/SP, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, j. 24.10.2000, DJ 18.12.2000, p. 209.

²⁸ O que não é uma regra inflexível, pois podem surgir situações em que a ação seguiu pelo rito ordinário, mas a condenação está em valoração dentro do rol do art. 275, I, do CPC. Confira-se a respeito: Teori Albino Zavascki (Título executivo e liquidação . 2 tir. São Paulo: RT, 1999. cit., p. 202-205). Luiz Rodrigues Wambier ressalta também a problemática dos procedimentos especiais (Liquidação de sentença. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. cit., p. 142-144).

²⁹ Art. 475-N. São títulos executivos judiciais: (...). Parágrafo único. Nos casos dos incisos II, IV e VI, o mandado inicial (art. 475-J) incluirá a ordem de citação do devedor, no Juízo cível, para liquidação ou execução, conforme o caso.

³⁰ Para Cleanto Guimarães Siqueira terminada a liquidação prevista no artigo 475-N, em seqüência teremos atos de cumprimento e não de execução, como poderia fazer supor o artigo 475-N, parágrafo único. (Cadernos de processo Civil - anotações sobre as recentes reformas do Código de Processo Civil. v. 2. 2006. p. 106, nota 17).

- sentença arbitral (inciso IV do art. 475-N³¹);
- sentença estrangeira, homologada pelo Superior Tribunal de Justiça (inciso VI do art. 475-N).

A hipótese do inciso II do art. 475-N do CPC é um típico caso de *liquidação por artigos*, pois o título judicial nos moldes do inciso nada delibera sobre a indenização, devendo esta ser aferida e tracejada no trilho do art. 475-E.^{32,33}

As situações dos incisos IV e VI do art. 475-N, em demandando o *aperfeiçoamento* para a sua determinação, reclamarão a produção de *prova de "fato novo"*, partindo da premissa que os dados respectivos não estarão contidos na decisão arbitral ou na sentença estrangeira. Assim, ainda que os títulos estampados nos incisos IV e VI do art. 475-N em tese possam ser *liquidadados* (o que dispensaria o trânsito pelo art. 475-E), a liquidação por artigos será a via apta para dar *impulsão* ao previsto no parágrafo único da mesma norma.

Junte-se a tais fatos que o próprio parágrafo único do art. 475-N do CPC aduz que a parte contrária será "*citada*", invocando para as

³¹ Tratando da liquidação de sentença arbitral, estabelece Luiz Rodrigues Wambier (Sentença Civil: Liquidação e Cumprimento. 3 ed. São Paulo: RT, 2006. p. 212), em sentido contrário ao nosso que: "No caso (liquidação de sentença arbitral, explicamos), seguindo-se o procedimento estabelecido nos arts. 475-A e ss., a liquidação dar-se-á por arbitramento ou por artigos, conforme haja apenas necessidade de fixação do valor da condenação por um expert em determinada área do saber humano ou para tanto exista a necessidade da prova de fato novo."

³² Nesse sentido: Ernane Fidélis dos Santos (As reformas de 2005 do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2006. cit., p. 22).

³³ Daisson Flach destaca que hipótese de condenação penal em que não seria necessária a liquidação por artigos, tal situação ocorreria quando diante de condenação pelo crime de injúria, neste caso o arbitramento judicial seria suficiente, uma vez que sendo o dano *in re ipsa*, de natureza extrapatrimonial, não haveria que se falar em fato novo. (In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (Coord.). A Nova Execução: Comentários à Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 48). De fato, em alguns casos, a fala do autor pode ser recepcionada pelo disposto no parágrafo único do art. 953 do Código Civil, que dispõe: Art. 953. A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido. Parágrafo único. Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso (destaque nosso).

questões o disposto no art. 475-F, com o objetivo de que a liquidação de sentença siga o procedimento traçado no art. 272 do CPC.³⁴

Deve-se salientar que a liquidação de sentença por artigos terá a natureza de ação secundária não apenas nos casos arrolados no parágrafo único do art. 475-N, já que podemos trazer, em amostragem, outro exemplo bem vulgar³⁵. Com efeito, para fins de apuração da indenização do art. 811 do CPC, faz-se mister a delimitação desta através dos *factos novos* a serem apresentados pelo réu em liquidação por artigos³⁶, uma vez que dificilmente a sentença

³⁴ A liquidação de sentença não é utilizada apenas no rito ordinário, pois se ação que formou o título trilhou pelo rito sumário, a liquidação também seguirá o mesmo caminho procedimental. Neste sentido, ainda sob a égide do art. 609 do CPC, leia-se: Donald Armelin (A nova disciplina da liquidação de sentença). In: Teixeira, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 1981. cit. p. 672). A orientação do § 3º do art. 475-A do CPC, contudo, desaconselha a proliferação de sentença ilíquida nos casos de demandas encartadas nas alíneas d) e e) do inciso II do art. 275 do CPC.

³⁵ Há mais exemplos. Neste sentido, merece recordação a posição do Supremo Tribunal Federal em decisões para suprir a omissão de norma regulamentadora do art. 8º, § 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Confira-se decisão a respeito: "O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - art. 8º, § 3º - tituló, diretamente, os impetrantes de direito à 'reparação de natureza econômica'. Deixou para a lei a forma desta reparação. A lei faltou. Não há lei sobre forma de reparação. Mas, o direito a ela decorre diretamente da Constituição. Por isso, voto por assegurar aos impetrantes o exercício do direito a esta indenização, nos termos do direito comum e assegurado pelo parágrafo 3º do artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mediante ação de liquidação, independentemente de sentença de condenação, para a fixação do valor da indenização" (STF, MI 543-5/DF, voto de condução do Ministro Nelson Jobim, DJU, de 24.5.2002). Examinamos a liquidação de sentença em sede de mandado de injunção no seguinte estudo: Título executivo, liquidação de sentença e coisa julgada no mandado de injunção: análise a partir dos precedentes do Supremo Tribunal Federal (art. 8º, § 3º, ADCT). In: Execução e arbitragem: estudos em homenagem ao Professor Paulo Furtado. Fredie Didier Jr. (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. Confira-se também nosso texto panorâmico sobre o instituto, a saber: Mandado de injunção. In: Ações constitucionais. Fredie Didier Jr. (org.). Salvador: Juspodivm, 2006, p. 143-211.

³⁶ Em sede doutrinária: "O procedimento de liquidação por artigos deve ser utilizado para que se possam apurar os prejuízos sofridos pelo réu de processo cautelar, sempre que se estiver diante de qualquer das hipóteses previstas no art. 811 do CPC." Cf: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil 2. São Paulo: RT, 2006, p. 124.

proferida no processo cautelar terá o condão de determinar, com os elementos do processo, os prejuízos sofridos pela parte passiva.³⁷⁻³⁸

Portanto, nos casos - que serão expressiva maioria³⁹ - em que a liquidação por artigos importar em apresentação de alegações pelas partes, desencadeando atividade intelectual judicante de alto grau, não se pode dizer que estamos tratando de simples incidente,⁴⁰ mantendo-se a natureza em seu átomo (*ação secundária*). Ora, seria

³⁷ Confira-se: "(...) Liquidação por artigos. Desapossamento de veículo em decorrência de liminar obtida em ação cautelar, posteriormente julgada improcedente. Artigo 811, I, do CPC. (...) Pretensões indenizatórias acolhidas: depreciação do veículo e juros pagos pelo financiamento visando à aquisição de outro veículo em substituição ao que foi objeto da ação cautelar. Gastos com locação de outro(s) veículo(s)." (TJRS, Apelação Cível Nº 70007123151, Décima Quarta Câmara Cível, Relator Desembargador Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura, j. 25/11/2004); "Processual Civil. Cautelar inominada. Deferimento de liminar. Improcedência da ação. Aplicação do artigo 811, inciso I, do CPC. Liquidação por artigos. Possibilidade." (TJRS, Agravo de Instrumento Nº 70000971796, Quinta Câmara Cível, Relator Desembargador Carlos Alberto Bencke, j. 08/06/2000). Vale conferir ainda: STJ, REsp. 169.355/SP, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª Turma, j. 18.03.1999, DJ 10.05.1999, p. 170; STJ, REsp. 89.788/RJ, Rel. Ministro Waldemar Zveiter, 3ª Turma, j. em 20.05.1997, DJ 22.09.1997, p. 46.443.

³⁸ Prevalece o entendimento de que sequer é necessário que o magistrado aponte na sentença a formação de título executivo em favor do réu, pois, trata-se de efeito anexo à decisão final. Neste sentido: "Responsabilidade objetiva. Se foi a ação cautelar de sustação de protesto julgada improcedente, poderá o réu, com base no art. 811, do CPC, pedir, em liquidação, apuração das perdas e danos, mesmo que não haja sentença condenatória anterior que reconheça tal direito, pois o caráter objetivo daquela indenização, dispensa o prévio reconhecimento judicial" (1º TACivSP, Agravo de instrumento 419.997-5, 5a, Câmara, Relator Juiz Maurício Vidigal, j. 21.06.1989, destaque nosso); julgado constante da obra Repertório de jurisprudência e doutrina. Atualidades sobre a liquidação de sentença. Teresa Arruda Alvim Wambier (Coord.). São Paulo: 1997. p. 341-342.

³⁹ Há casos em que a liquidação por artigos, apesar de voltada à feitura de determinadas provas que não eram possíveis de se obter no momento em que é a sentença prolatada, poderá demandar atividade cognitiva simplificada. Estas hipóteses de baixa densidade na liquidação por artigos funcionam como liquidações por arbitramento de natureza qualificada, já que a prova técnica necessita ser complementada por "material novo", mas sem redundar em alta cognição. A excepcionalidade, que em nada se confunde com as situações do inciso II do art. 475-N e do parágrafo único do art. 811 do CPC, com alguns sacrifícios, poderá até se encartar como incidente, para atender ao perfil que o legislador quis implementar. No entanto, fique claro que na configuração clássica da liquidação por artigos, a natureza jurídica do instituto é de ação de conhecimento derivada.

⁴⁰ Com forte crítica também ao rótulo de simples incidente: Araken de Assis (Cumprimento de Sentença. Rio de Janeiro: Forense, 2006. cit., p. 106-107).

no caso do inciso II do art. 475-N do CPC a liquidação por artigos um incidente do processo penal? E no caso do parágrafo único art. 811 do CPC, teria função de “incidente indenizatório” do processo cautelar?

Dessa forma, cremos que a liquidação por artigos mantém a sua estrutura nuclear, sendo pouco abalada pela Lei 11.232/05, não sendo lícito afirmar doravante que o instituto se transmutou de ação de conhecimento para simples incidente.

4.2 Petição e decisão

Ocorrendo caso concreto que reclame liquidação por artigo, deverá o postulante apresentar peça processual apontando de forma clara os elementos que dão supedâneo ao seu pedido de *determinação* do título judicial, com as justificativas da necessidade de alegação e comprovação dos “fatos novos”, não podendo se desviar do art. 475-G do CPC, pois não é lícito modificar os limites do título com a liquidação. É inegável que o ato que inaugura a liquidação por artigo reveste-se de aspecto formal vinculado ao art. 282 do CPC, porquanto suas alegações devem propiciar ao antagônico a apresentação de defesa e, posteriormente, a fixação de pontos controversos pelo julgador, cuja finalidade é delimitar os meandros da dilação probatória.⁴¹

A decisão final trabalhará com as alegações das partes e o material obtido, fixando-se os contornos da indenização, com a formação de coisa julgada material. Por conseguinte, a natureza jurídica da decisão final encarta-se no conceito de sentença, devendo ser, caso necessário, atacada por apelação.⁴²

⁴¹ No mesmo sentido está Luis Guilherme Aidar Bondioli (O Novo CPC: a terceira etapa da reforma. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 57), segundo o qual: “Aqui (art. 475-N, II, IV e VI, explicamos), o requerimento para voltado para a liquidação de sentença ou para o cumprimento de sentença representa a instauração de um novo processo. Não se trata, pois, de simples requerimento, mas sim de petição inicial.”

⁴² Ainda no sistema anterior à Lei 11.232/05, há precedente do STJ no sentido de nossa afirmação: REsp. 767.768/SC, Rel. Ministro Castro Filho, 3ª Turma, j.18.08.2005, DJ 12.09.2005, p. 331.

4.3 Recurso: art. 475-H (agravo)?

Como vimos, a natureza jurídica da liquidação de sentença por artigos implicará resolução por *sentença*. Ocorre que o art. 475-H, desprezando toda a linha estruturante dos arts. 475-E e 475-F, afirma – sem fazer qualquer tipo de ressalva – que “da decisão de liquidação caberá agravo de instrumento”. A regulação não causaria grande transtorno, se o legislador não tivesse revogado o art. 520, III, do CPC. Vejamos:

Face ao efeito limitado do art. 475-H do CPC, nos casos de liquidação por artigos deliberados por sentença, a parte que se sentisse prejudicada valer-se-ia da apelação (art. 513) que, nos termos do art. 520, III, teria apenas efeito devolutivo. No entanto, em descuido do legislador, não observando que a apelação subsiste nas liquidações de sentença por artigos, através do art. 9º da Lei 11.232/05, houve a expressa revogação do art. 520, III, do CPC.

Com tal atropelo, sendo proferida sentença na liquidação por artigos, o apelo terá o duplo efeito, isto é, não permitirá que a decisão impugnada surta efeitos enquanto pendente o julgamento do recurso⁴³. Assim, se seguida a boa técnica na escolha do recurso, estar-se-á criando obstáculo que conspira com a idéia reformadora de *aceleração processual*. Talvez essa postura tenha sido *proposital* para impor o agravo de instrumento como modalidade única de recurso na liquidação de sentença, pouco importando a sua natureza.

Se assim o foi, a infelicidade do legislador foi maior ainda. Com efeito, a Lei 11.232/05, ao mesmo tempo em que introduziu o art. 475-H, revogou o art. 520, III, do CPC, ou seja, além de esputar contra o perfil da liquidação por artigos, criou ambiente inseguro que poderá resultar no uso do *princípio da fungibilidade recursal* para se aceitar recurso inadequado (agravo de instrumento) em lugar do correto

⁴³ Daisson Flach entende que ainda nos casos do art. 475-N, parágrafo único, o recurso cabível será o agravo de instrumento, nos termos do artigo 475-H, segundo o autor: “Aplica-se mesmo nas hipóteses do art. 475-N, parágrafo único, o que estabelece o art. 475-H quanto ao cabimento do agravo”. (In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (Coord.). *A Nova Execução: Comentários à Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 62).

(apelação), presente que estará – ao menos em termos – a *dúvida objetiva*.⁴⁴⁻⁴⁵⁻⁴⁶

Observe-se, no particular, que situações de direito intertemporal poderá tornar a dúvida mais aguda, uma vez que iniciada a liquidação de sentença como ação, a entrada em vigor da Lei 11.232/05 influenciará na natureza jurídica da sua decisão final, caso ainda não tenha sido lançada aos autos?

Em nossa opinião, se a liquidação de sentença não foi sequer apresentada, o *aperfeiçoamento da sentença* seguirá os novos ditames,

⁴⁴ Será necessário aplicar a idéia já consolidada sobre o princípio da fungibilidade em outros casos, citando-se, exemplos, para a localização: “1. É agravável a decisão do juiz que, após incidente processual já resolvido por sentença, autoriza a expedição de alvará e indefere pedido de honorários. 2. Contudo, a circunstância de que o processo seria extinto com a decisão, causando dúvida objetiva, autoriza o recebimento da apelação como agravo para efeito da fungibilidade” (STJ, REsp. 337.094/MG, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, 3ª Turma, j. 29.11.2005, DJ 19.12.2005, p. 393). Importante lembrar que o princípio da fungibilidade já foi utilizado por diversas vezes em “decisão homologatória de liquidação”, tendo em vista a dúvida objetiva sobre o manejo do agravo de instrumento ou da apelação. Confira-se: “Nosso sistema de normas processuais dispõe expressamente ser a apelação o recurso cabível contra decisão homologatória dos cálculos de liquidação, admitindo-se, porém, a conversão como tal de recurso de agravo de instrumento interposto, face a incoerência de erro grosseiro. Precedentes deste STJ” (STJ, REsp. 131.374/RS, Rel. Ministro Vicente Leal, 6ª Turma, j. 11.11.1997, DJ 09.12.1997 p. 64785); “Em sede de execução admite-se a interposição de agravo de instrumento contra decisão homologatória de cálculo, em face do princípio da fungibilidade, mormente porque há dúvida objetiva quanto ao recurso cabível, evidenciada pela divergência jurisprudencial.” (STJ, EREsp 281.366/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Corte Especial, j. 18.12.2002, DJ 19.05.2003, p. 107).

⁴⁵ Apesar de entender que a apelação será o recurso cabível, Araken de Assis em análise ao problema faz a seguinte ponderação: “Do pronunciamento que julgar a liquidação por artigos, processada em autos apartados, caberá apelação doravante dotada de duplo efeito (art. 520, caput). Só o tempo ministrará subsídios mais seguros acerca do mais cômodo às partes. De toda sorte, existirá dúvida objetiva, ensejando a aplicação do princípio da fungibilidade, conhecendo-se o recurso impróprio (agravo de instrumento) em lugar do próprio (apelação). E do ato decisório que julgar a liquidação por artigos incidental, a execução definitiva, se mostrará impugnável por agravo de instrumento (art. 475-H)”. (Cumprimento de Sentença. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 129).

⁴⁶ Luis Guilherme Aidar Bondioli (O Novo CPC: a terceira etapa da reforma. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 80) vislumbra também a possibilidade de aplicação do princípio da fungibilidade.

não obstante o título e/ou a coisa julgada tenha(m) sido obtido(s) sob a égide da lei velha.⁴⁷⁻⁴⁸ Diversamente, já iniciada a liquidação, com sua *consumação* (isto é, formada a relação processual liquidanda), não será mais possível seguir o novo rito, conformando-se a relação jurídica com as regras procedimentais anteriores⁴⁹, até porque, antes da Lei 11.232/05, havia a exigência de apresentação de petição inicial em todos os casos de liquidação por arbitramento e artigos, em decorrência do (revogado) disposto no art. 603 do CPC.⁵⁰⁻⁵¹

Assim, esta situação de direito intertemporal, que causa dúvida concreta quanto à natureza jurídica da decisão que julgará a liquidação [sentença (segundo a lei revogada que se aplicava no momento do *ajuizamento* da liquidação) ou decisão interlocutória

⁴⁷ Esta foi a posição vencedora quando da entrada em vigor da Lei 8.898/94 que alterou a liquidação de sentença no passado. “Processual civil. Cálculos. Liquidação de sentença. Homologação. Lei 8.898/94. Direito intertemporal. A Lei 8.898/94, que alterou o art. 604 do CPC, suprimindo a liquidação por cálculos do contador, incide nos processos em que os cálculos ainda não haviam sido homologados. ‘Se ainda estavam sendo cumpridos os trâmites da liquidação por cálculo do contador no dia em que a lei n. 8.898 entrou em vigor, estanca-se essa atividade e cumpre ao credor, desde logo, propor a execução na forma dos arts. 604 e 614, inc. II, anexando à petição inicial memória atualizada do crédito. ‘(precedentes)’” (STJ, REsp. 296.208/SP, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, 5ª Turma, j. 21.06.2001, DJ 03.09.2001, p. 244). Igualmente: STJ, REsp. 243.739/ES, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, 5ª Turma, j. 08.06.2000, DJ 07.08.2000, p. 143).

⁴⁸ Conforme defendemos na obra: Reforma do CPC: Leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006. São Paulo: RT, 2006, cap. 6, p. 197.

⁴⁹ No sentido (também com olhos na Lei 8.898/94): “Ação de execução proposta antes da vigência do novo sistema. Impossibilidade de cumprimento do novo comando legal, por ausência na inicial, de cálculo oferecido pelo exequente, com conseqüente impossibilidade de impugnação, através de embargos do devedor, por excesso de execução. Evitação de injustiças, na aplicação intertemporal de leis. Admissão, no caso concreto, de impugnação oferecida pelo devedor, a falta de embargos” (TJRS, Agravo de Instrumento 598407294, Nona Câmara Cível, Relator: Tupinambá Pinto de Azevedo, Julgado em 23/03/1999). Próximo: TARS, Agravo de Instrumento 195086335, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Alçada do RS, Relator Juiz Heitor Assis Remonti, j. 05/09/1995.

⁵⁰ Ernane Fidélis dos Santos parece concordar com nossa posição: As reformas de 2005 do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 142.

⁵¹ Ainda sobre direito intertemporal conferir Cássio Scarpinella Bueno (A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 63-34).

(conforme dispõe a Lei 11.232/05, que entrou em vigor antes da resolução da liquidação), poderá ser transportada para efeito de se invocar o *princípio da fungibilidade recursal*, uma vez que, repita-se, não haverá ambiente seguro e hígido em todas as hipóteses de interposição de recurso contra decisão final que deliberar sobre a liquidação de sentença.

5. Liquidação em “ambiente de execução de título extrajudicial”

O exame das Leis 11.232/05 e 11.382/06 parece indicar que nosso sistema não admite a liquidação dos títulos extrajudiciais, pois nada foi inserido de novo a respeito do palpitante tema.⁵² Ao contrário, dada a nova redação implementada pela Lei 11.382/06 nos arts. 580⁵³ e 586⁵⁴ do CPC, o legislador parece ter firmado posição em somente admitir a execução de obrigações já *liquidadas*, isto é, que não necessitam de qualquer aperfeiçoamento judicial.

Sem prejuízo, leitura atenta da Lei 11.382/06 indica que podem ocorrer alguns pontos de contato de seus dispositivos com as regras de liquidação de sentença, remodeladas através da Lei 11.232/05. Neste sentido, o legislador - ao manter disposições semelhantes aos parágrafos do art. 744 do CPC (totalmente revogado) - permitiu em certa medida a liquidação no *curso da execução*, caso venha a se

⁵² Pesquisa na boa doutrina informa que existem estudos que questionam a restrição de liquidação de sentença apenas para os títulos executivos judiciais. Em excelente texto, o professor Carlos Henrique Bezerra Leite apresenta a problemática, com os olhos no Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) (Liquidação na ação civil pública. São Paulo: LTR, 2004, p. 105-109) Parecendo seguir linha próxima na questão do TAC, confira-se ainda: Patrícia Miranda Pizzol (Liquidação nas ações coletivas. São Paulo: Lejus, 1998, p. 209-211). Olavo de Oliveira Neto vai mais longe, admitindo a aplicação do (revogado) art. 603 do CPC (hoje art. 475-A) nos títulos extrajudiciais, pois a seu ver a restrição viola “o princípio do direito de ação” (Liquidação de sentença. São Paulo: Oliveira Mendes, 1988, p. 09). Em texto recente sobre a reforma processual, gentilmente cedido pelo autor, o jurista ratifica sua posição no particular (O novo perfil da liquidação de sentença. In Processo de Execução Civil - Modificações da Lei 11.232/05. Paulo Hoffman e Leonardo Ferres da Silva Ribeiro (Coords). São Paulo, Quartier Latin, p. 189-190).

⁵³ “Art. 580. A execução pode ser instaurada caso o devedor não satisfaça a obrigação certa, líquida e exigível, consubstanciada em título executivo.”

⁵⁴ “Art. 586. A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível.”

discutir retenção por benfeitorias e acessões, em sede de embargos de retenção (art. 745, IV, § 1º e § 2º)⁵⁵. De outra banda, o novíssimo art. 739-B do CPC parece possuir área de toque com normas ligadas à liquidação de sentença, em especial o art. 475-A, § 2º, do CPC. Senão vejamos:

5.1 A redação do art. 745, IV, § 1º e § 2 do CPC após a Lei 11.382/06⁵⁶

De plano, merece registro que houve na Lei 11.382/06 pequeno cochilo que pode importar em embaraço no deslinde dos embargos de retenção. Isso porque o novo inciso IV do art. 745, acrescida da revogação do art. 744 do CPC, não pode conduzir à idéia de que o executado está agora dispensado de fazer - na inicial dos embargos - a completa descrição, pretérita e atual, das características do bem que há de ser entregue, indicando, de forma fundamentada, o resultado físico e valorativo da atividade humana empreendida.⁵⁷

Nada obstante o pequeno vacilo acima denunciado, vale notar que o atual § 1º do art. 745 do CPC possui semelhança ao (revogado) § 2º

⁵⁵ Observe-se que há espaço para outras situações com liquidações incidentais no curso de execução instrumentalizada com título executivo extrajudicial, como é a hipóteses em que é frustrada a execução específica. Nesse sentido: Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier, José Miguel Garcia Medina (Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil 2. São Paulo: RT, 2006, p.100-101). Confira-se, também: Luiz Rodrigues Wambier (Sentença Civil: Liquidação e Cumprimento. 3ª ed. São Paulo: RT, 2006, p. 100-101). Abordamos - no presente texto - apenas com as questões expressamente tratadas pela Lei 11.382/06.

⁵⁶ Debruçamos-nos sobre as alterações inseridas pela Lei 11.382/06 na redação do art. 745, IV, do CPC e, em especial, o novo perfil dos embargos de retenção, no seguinte estudo: Matérias que podem ser objeto dos embargos à execução de título extrajudicial (análise do novo rol). In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção et al. Reforma do CPC: Leis 11.382/2006 e 11.341/2006. São Paulo: RT, 2007, cap. 60, p. 590-597.

⁵⁷ O equívoco legislativo em não reproduzir no art. 745 regra semelhante à do antigo § 1º do art. 744 do CPC não desnatura a causa de pedir dos embargos à retenção, que se não for trazida de forma completa e pormenorizada, poderá comprometer o deslinde saudável da lide, com prejuízo, inclusive, à defesa do exequente nos embargos (art. 740). Por essa razão, a peça inicial de embargos que não atentar para estas exigências, deverá ser imposto óbice de admissibilidade sítio no inciso II do art. 739 do CPC que, em nossa visão, incorpora integralmente todas as hipóteses do art. 295, inclusive porque vinculadas à admissibilidade de qualquer ação. Neste caso, considerando a natureza sanável deste vício, deverá o juiz intimar o executado para

do art. 744, ao passo que o § 2º tem como antecessor o § 3º do art. 744. Vejamos:

Dispositivos revogados Art. 744 – § 2º Na impugnação aos embargos poderá o credor oferecer artigos de liquidação de frutos ou de danos, a fim de se compensarem com as benfeitorias. Nova redação- Art. 745 – § 1º Nos embargos de retenção por benfeitorias, poderá o exequente requerer a compensação de seu valor com o dos frutos ou danos considerados devidos pelo executado, cumprindo ao juiz, para a apuração dos respectivos valores, nomear perito, fixando-lhe breve prazo para entrega do laudo.

Art. 744 – § 3º O credor poderá, a qualquer tempo, ser imitado na posse da coisa, prestando caução ou depositando: I - o preço das benfeitorias; II - a diferença entre o preço das benfeitorias e o valor dos frutos ou dos danos, que já tiverem sido liquidados. Art. 745 – § 2º O exequente poderá, a qualquer tempo, ser imitado na posse da coisa, prestando caução ou depositando o valor devido pelas benfeitorias ou resultante da compensação.

No comparativo acima, vê-se que no §1º do art. 745 foi mantida a possibilidade de o exequente requerer o abatimento – através de compensação – do seu crédito, decorrentes de eventuais frutos e danos,⁵⁸ junto ao valor que terá que pagar ao executado pela absorção das benfeitorias.

emendar a inicial (art. 284), apresentando descrição mínima do bem na forma acima, sob pena de extinção do processo. Nestas condições, ao menos perante nossos olhos, a exigência de especificação que estava traçada no § 1º do art. 744 do CPC se mantém, devendo o executado cravar nos embargos a completa descrição das benfeitorias e/ou acessões (com indicativo de sua natureza, custo da época e atual), assim como o estado anterior e atual da coisa e, finalmente, a valorização ocorrida no bem por força da atividade humana implementada, sob pena de indeferimento da inicial. Próximos a nossa posição, confira-se: Cassio Scarpinella Bueno (A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 297), Humberto Theodoro Júnior. (A reforma da execução do título extrajudicial. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 212), Leonardo Ferres da Silva Ribeiro (Nova execução de título extrajudicial: Lei 11.382/2006, comentada artigo por artigo. In SACCO NETO, Fernando... [et al] São Paulo: Método, 2007, p. 232) e Ricardo de Barros Leonel (Reformas recentes do processo civil: comentário sistemático. São Paulo: Método, 2007, p. 141).

⁵⁸ Ao abordar a compensação dos créditos decorrentes de “frutos e danos”, Paulo Henrique Lucon expõe que: “(...) refere-se mais precisamente aos lucros cessantes em

A superfície do § 1º do art. 745 do CPC está voltada para dar operabilidade ao disposto no art. 1.221 do Código Civil⁵⁹, uma vez que a lei material garante a compensação dos danos com o valor a ser ressarcido a título de indenização por benfeitorias. Assim, na situação prevista no § 1º do art. 745, por opção legislativa, foi permitida, em sede de embargos de retenção, compensação que está fora dos trilhos do art. 369 do Código Civil⁶⁰, já que tanto o valor das benfeitorias quanto o montante dos frutos e danos são valores ilíquidos. Mais ainda, a compensação será deflagrada com base em laudo pericial, que deve ser colhido com brevidade.

Logo, apesar de a redação do § 1º do art. 745 do CPC ter abolido a expressão ‘artigos de liquidação’, tem-se que o legislador manteve em favor do exequente a possibilidade de instaurar – de forma incidental – liquidação por artigos, visando apurar o montante a que tem direito pelos frutos ou danos considerados devidos pelo executado para compensar com o valor que se apurar referente às benfeitorias, ou seja, há a permissão legal de liquidação de natureza incidental⁶¹ em benefício do exequente.⁶² Sobre o tema, com olhos nos embargos de retenção (art. 745, IV, do CPC), Leonardo Ferres da Silva Ribeiro consignou:

razão da não utilização do bem (compreendendo aqui os frutos) e aos danos emergentes provocados na coisa em razão de sua indevida utilização ou falta de conservação” [In: Antonio Carlos Marcato (Coord.), Código de Processo Civil interpretado. São Paulo: Atlas, 2004. p. 2.115].⁵⁹ “Art. 1.221. As benfeitorias compensam-se com os danos, e só obrigam ao ressarcimento se ao tempo da evicção ainda existirem.”

⁶⁰ “Art. 369. A compensação efetua-se entre dívidas líquidas, vencidas e de coisas fungíveis.”

⁶¹ Parecendo concordar com o caráter incidental da apuração, confira-se: Cassio Scarpinella Bueno (A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 297).

⁶² Ricardo de Barros Leonel afirmou que o atual art. 745, IV, § 1º, do CPC mantém o mesmo perfil processual do dispositivo antecessor, com adequação ao direito material em voga, na medida em que afastou qualquer possibilidade de embargos de retenção por benfeitorias voluptuárias, situação esta que era contrária ao disposto no art. 1.219 do Código Civil de 2002. Confira-se: “Trata-se, em nosso sentir, de adequação técnica. O direito de retenção é material, não processual. Com tal, está definido no Código Civil de 2002, no art. 1.219. e tanto este artigo como o equivalente anterior, no Código de 1916 (art. 516), previram o exercício do direito de retenção somente quanto às benfeitorias necessárias e úteis, não quanto às voluptuárias. Estas dão direito apenas à indenização ou a sua retirada, esta se possível sem danificação da coisa” (Reformas recentes do processo civil: comentário sistemático. São Paulo: Método, 2007, p. 142).

“Pela nova lei, ficou mantido o direito de compensação do exequente, que pode, ao impugnar os embargos, pleitear a liquidação do crédito a que faz jus a título de perdas e danos e pagamento de frutos, mediante perícia nos próprios autos (§ 1º). Na lei anterior, esclarecia-se que a liquidação se dava por artigos no processo de embargos, ao passo que a nova lei menciona este mister que ‘cumprirá ao juiz, para a apuração dos respectivos valores, nomear perito, fixando-se breve prazo para a entrega do laudo. A despeito do silêncio da lei, não nos parece tenha havido alguma mudança significativa, permanecendo a mesma sistemática. Assim, entendendo o exequente que tem valores a compensar com aqueles que deve a título de indenização por benfeitorias, ao impugnar os embargos pleiteará a liquidação por artigos (CPC, art. 475-E) do crédito a que faz jus, de forma a permitir a compensação”.⁶³

Como bem indicado pela doutrina acima transcrita, cuida-se de hipótese de *liquidação por artigos*, tendo em vista que será necessária a prova de *fato novo* (crédito do exequente decorrente de frutos ou danos considerados devidos pelo executado em confronto ao valor indenizatório das benfeitorias em favor do executado-embargante).⁶⁴

Todavia, a natureza *incidental* de tal liquidação por artigos é peculiar, não se moldando ao exato gabarito do procedimento iniciado no art. 475-E. Isso porque não terá a função de *propiciar liquidez* ao título executivo extrajudicial (que já é líquido na obrigação para a entrega da coisa), mas apenas e tão somente de, em favor de uma concentração saudável, apurar e confrontar, em forma de *compensação*, o valor negativo contra o exequente (indenização que terá que pagar pelas benfeitorias necessárias e úteis - art. 745, IV, do CPC) com possível saldo em favor deste (em decorrência dos frutos e danos devidos pelo executado, em razão da posse do bem - § 1º do art. 745, do CPC). Assim, há uma *liquidação incidental*, com objetivo exclusivo de propiciar uma *compensação* e não o *aperfeiçoamento* do

³ Nova execução de título extrajudicial: Lei 11.382/2006, comentada artigo por artigo. In: SACCO NETO, Fernando... [et al] São Paulo: Método, 2007, p. 232.

⁶⁴ Com mira no revogado art. 744, § 2º, também entendendo ser hipótese de liquidação por artigos: Antônio Cláudio da Costa Machado (Código de Processo Civil Interpretado. 4ª ed.. São Paulo: Manole, 2004, p. 1.130).

título que, repete-se, já deve ser líquido para a obrigação de entrega de coisa certa (art. 621 do CPC).⁶⁵

Saliente-se, ainda, que tal *liquidação incidental* - muito embora reclame pedido pelo interessado (isto é, pelo exequente-embargado) não pode ser tida como *reconvenção*⁶⁶, pois a postulação está limitada a uma situação específica, não podendo trazer fatos ou pedidos novos que não os autorizados na letra da lei. A liquidação incidental do § 1º do art. 745 do CPC, portanto, não pode ser projetada para a normatização ampla da reconvenção, razão pela qual, como é *incidente* que demanda *pedido* do exequente, afigura-se, em nossa opinião, como especial forma de *pedido contraposto*.⁶⁷

Conclui-se, assim, que apesar de perfil muito próprio, pois a obrigação certa, líquida e exigível é a entrega do bem, sujeitando-se ao gabarito dos arts. 580 e 586 do CPC, em resposta à postulação da execução (embargos de retenção), o § 1º do art. 745 do CPC permite que seja deflagrada, mediante pedido do interessado, *liquidação incidental* que, pelas características da cognição, seguirá - com adaptações - a linha

⁶⁵ Neste sentido, apesar de ter traçado comentários sobre a legislação revogada pelas Leis 11.232/05 e 11.382/06, a doutrina de Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon dá reforço a nossa posição: “O procedimento desta liquidação, ao nosso ver, é incidental aos embargos de retenção, não se confundindo com aquele previsto no art. 608 do CPC [revogado pela Lei 11.232/05]. Vale dizer, não configura ‘ação de liquidação’, ao menos naqueles moldes. Aquele procedimento tem objetivo dotar de liquidez título judicial, a fim de que se torne exequível, ou seja, apto a deflagrar, validamente, o processo de execução (arts 580 e 618, I, do CPC). O art. 744, § 2º [Revogado pela Lei 11.382/06 - hoje art. 745, § 1º, do CPC], implica também em liquidação, mas como procedimento incidente e acessório, voltado a que, na realização da perícia de apuração do valor das benfeitorias, apure-se concomitantemente o valor dos frutos e danos, compensando-se umas e outros” (Embargos de retenção por benfeitorias. São Paulo: RT, 1990, p. 246).

⁶⁶ Afirmando se tratar o (revogado) § 2º do art. 744 do CPC hipótese de reconvenção, confira-se: Amílcar de Castro (Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. III. São Paulo: RT, 1974, p. 409) e Antônio Cláudio da Costa Machado (Código Civil Interpretado. 4ª ed. São Paulo: Manole, 2004, p. 1.130).

⁶⁷ Em linhas gerais, pedido contraposto e reconvenção são técnicas processuais de ampliação objetiva da lide, com duas diferenças básicas: (a) o pedido contraposto deve se fundar nos mesmos fatos trazidos pela parte antagônica, não podendo aumentar o espectro fático da demanda, o que não ocorre na reconvenção, em que é lícito reconvir a partir da conexão com a ação do autor ou com fundamento de defesa (art. 316, CPC), ou seja, é possível abrir a discussão, alargando-se, em vários casos a

da *liquidação por artigos*, dada a necessidade de dilação probatória atrelada à demonstração de *fato novo*.⁶⁸

5.2 Aplicação do art. 739-B do CPC para a *liquidação de apenamento judicial*

Além do § 1º do art. 745 do CPC, há na Lei 11.382/06 uma novidade legislativa que poderá propiciar boa comunicação com alguns dispositivos ligados à *liquidação de sentença*. Com efeito, trazido pela Lei 11.382/06, o art. 739-B do CPC⁶⁹ autoriza a cobrança de multa ou de indenizações decorrentes de litigância de má-fé no próprio processo em que foram aplicadas, ainda que tal missão se dê em autos apensados.

Em nossa opinião, muito embora tenha o art. 739-B surgido através da Lei 11.382/06, o dispositivo detém planície própria para a satisfação (*e também para a liquidação*⁷⁰) de toda e qualquer apenamento ou indenização judicial (e não apenas os decorrentes da litigância de má-fé, como pode se entender através de uma interpretação restritiva).⁷¹

controvérsia; (b) a reconvenção tem trânsito livre no processo de conhecimento, bastando o encaixe no art. 316 do CPC, ao passo que o pedido contraposto tem aplicação restrita, pois somente poderá ser postulado se a lei expressamente autorizar, elegendo o legislador, previamente, as suas hipóteses de cabimento (no CPC, tire-se como exemplos o art. 278, § 1º e o art. 922, segunda parte; no Código Civil o art. 479). Todavia, exceto as diferenças apontadas, os institutos detêm natureza afim, sendo o pedido contraposto forma de resposta (em contra-ataque), embora não conste expressamente do rol do art. 297 do CPC. Sobre pedido contraposto, confira-se: Rodrigo Reis Mazzei [Notas iniciais à leitura do novo Código Civil. In: Comentários ao Código Civil brasileiro. Arruda Alvim; Thereza Alvim (Coords.). Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. I, nota 248].

⁶⁸ No termos do que aqui desenvolvemos nos itens 3.1, 4. e 4.1 do presente estudo.

⁶⁹ "Art. 739-B - A cobrança de multa ou de indenizações decorrentes de litigância de má-fé (arts. 17 e 18) será promovida no próprio processo de execução, em autos apensos, operando-se por compensação ou por execução".

⁷⁰ Observe-se, no art. 739-B do CPC, que há referência à possibilidade de compensação, ou seja, de apuração de valor que levará em conta os créditos do exequente (contra o executado) com os eventuais créditos do executado (contra o exequente). Esta dicção torna intuitiva a possibilidade de *liquidação* para, após apurado o saldo, se iniciar a execução autorizada pela via do art. 739-B do CPC.

⁷¹ Adotamos posição de interpretação extensiva do art. 739-B do CPC, consoante defendemos em recente texto: Reforma do CPC 2. São Paulo: RT, p. 542-550.

Há, sem dúvida, aproveitamento do art. 739-B CPC para decisões ocorridas em *cumprimento de sentença*, até porque o art. 475-R do CPC determina a aplicação subsidiária dos dispositivos da execução de título extrajudicial para tal, de modo bem genérico.⁷² Ademais, não suficiente a vontade expressa do legislador, não se pode dar ao art. 739-B interpretação desapegada ao *cumprimento de sentença*, pois toda a execução que for implementada com base no dispositivo em tela (art. 739-B) terá como base um *título executivo judicial*, sujeitando-se, via de talante, ao *cumprimento de sentença*. Basta pensar, por exemplo, em situação que envolva a fixação da multa protelatória do parágrafo único do art. 740 do CPC. Até a fixação do apenamento judicial, o exequente, *a priori*, somente detinha o título executivo extrajudicial, mas, pela atitude do executado (que se valeu de embargos manifestamente protelatórios), foi formado no corpo dos embargos um (novo) título executivo em favor do exequente, de natureza *judicial*, à margem e sem qualquer interferência no título extrajudicial que já estava sendo executado. Em outras palavras, a fixação de multa judicial - ainda que no curso da execução amparada em título executivo extrajudicial - criou novo título (agora judicial) em prol do exequente, cuja cobrança deverá seguir seus meandros adequados que, às claras, será o *cumprimento da sentença*.

Neste diapasão, se há diálogo direto do art. 739-B com as disposições atreladas ao *cumprimento de sentença*, será possível, exemplificando, a conjugação de tal dispositivo com o § 2º do art. 475-A⁷³, que permite liquidar a decisão judicial antes mesmo do julgamento do recurso, pouco importando ter este efeito suspensivo ou não.

Com tal possibilidade (e dando interpretação mais elástica ao art. 739-B), algumas decisões que podem ser proferidas no curso de execução de título extrajudicial poderão alcançar a *liquidação* de

⁷² Vale lembrar ainda que o art. 475-R dispõe que: "Aplicam-se subsidiariamente ao cumprimento da sentença, no que couber, as normas que regem o processo de execução de título extrajudicial".

⁷³ Art. 475-A. Quando a sentença não determinar o valor devido, procede-se à sua *liquidação*. (...)§ 2º A *liquidação* poderá ser requerida na pendência de recurso, processando-se em autos apartados, no juízo de origem, cumprindo ao liquidante instruir o pedido com cópias das peças processuais pertinentes.

sentença mesmo antes do trânsito em julgado, valendo-se a parte interessada da simbiose do art. 739-B com o art. 475-A, § 2º, do CPC, para adiantar a liquidação no *período morto* em que as partes aguardam o julgamento do recurso.⁷⁴

A autorização para o início da liquidação estará no art. 475-A, § 2º, do CPC, e tão logo apurado o *quantum* e eficácia da decisão liquidanda, o caminho do *cumprimento de sentença* – ainda que a multa tenha sido obtida no curso de execução de título extrajudicial (ou nas suas ações incidentais) seguirá a trilha de cobrança prevista no art. 739-B do CPC.

6. Referências

ABELHA, Marcelo. *Manual de Execução Civil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

ÁLVARES, Samantha Lopes. Apontamentos sobre o novo regime da liquidação de sentença. In: HOFFMAN, Paulo; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva (Coords.). *Processo de Execução Civil. Modificações da Lei 11.232/05*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 111-127.

ALVIM, J. E. Carreira; CABRAL, Luciana Gontijo Carreira Alvim. *Cumprimento da Sentença: Comentários à nova execução da sentença*

⁷⁴ Basta pensar no julgamento de procedência dos embargos à execução, em que foi verificado que a dívida reclamada estava paga pelo embargante (executado), podendo este se valer o art. 574 do CPC (Art. 574. “O credor ressarcirá ao devedor os danos que este sofreu, quando a sentença, passada em julgado, declarar inexistente, no todo ou em parte, a obrigação, que deu lugar à execução”). No exemplo, não será necessário se aguardar o trânsito em julgado para se iniciar a liquidação (art. 475-A do CPC) e a (eventual) execução seguirá o rito do art. 739-B do CPC. O insucesso de ação cautelar movida pelo exequente, antecedente ou incidentalmente à execução, também poderá dar ensejo à liquidação, na forma do art. 811 do CPC [Art. 811. Sem prejuízo do disposto no art. 16, o requerente do procedimento cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida: I - se a sentença no processo principal lhe for desfavorável; II - se, obtida liminarmente a medida no caso do art. 804 deste Código, não promover a citação do requerido dentro em 5 (cinco) dias; III - se ocorrer a cessação da eficácia da medida, em qualquer dos casos previstos no art. 808, deste Código; IV - se o juiz acolher, no procedimento cautelar, a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor (art. 810). Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos do procedimento cautelar].

e outras alterações introduzidas no Código de Processo Civil (Lei 11.232/05). Curitiba: Juruá, 2006.

ANUNCIAÇÃO, Orlene Aparecida. Execução de sentença ante a Lei no. 11.232 de 22 de dezembro de 2005: antigos problemas, novas tendências e busca incessante da efetividade. In *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 36. Março de 2006.

ARMELIN, Donaldo. A nova disciplina da liquidação de sentença. In: *Reforma do código de processo civil*. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). São Paulo: Saraiva, 1996.

ARRUDA, Antônio Carlos Matteis de. A nova liquidação de sentença. In: *Execução Civil e cumprimento da sentença*. BRUSCHI, Gilberto Gomes (Coord.). São Paulo: Método, 2006. p. 21-35.

ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Mandado de segurança no direito tributário*. São Paulo: RT, 1997.

ARRUDA ALVIM, José Manuel. *A arguição de relevância no recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. *Manual de direito processual civil: parte geral*, vol. 1. 7 ed. rev., atual e ampl., 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ASSIS, Araken. *Cumprimento de Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Manual do processo de execução*. 7. ed. São Paulo: RT, 2001.

BARIONI, Rodrigo. A Competência na Fase do Cumprimento da Sentença. In: HOFFMAN, Paulo; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva (Coords.). *Processo de Execução Civil. Modificações da Lei 11.232/05*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *O Novo CPC: a terceira etapa da reforma*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BOURGUIGNON, Álvaro Manoel Rosindo. *Embargos de retenção por benfeitorias*. São Paulo: RT, 1990.

BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1.

_____. *A nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 3.

BRUSCHI, Gilberto Gomes; NOTARIANO JÚNIOR, Antônio. Os Prazos Processuais e o Cumprimento da Sentença. In: BRUSCHI, Gilberto Gomes (Coord.). *Execução Civil e Cumprimento de Sentença*. São Paulo: Método, 2006.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *A Nova Execução de Sentença*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Cumprimento da Sentença Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CARVALHO, Fabiano. Liquidação de Sentença: Determinação do Valor por Cálculo Aritmético, de Acordo com a Lei 11.232/2005. In: HOFFMAN, Paulo; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva (Coords.). *Processo de Execução Civil. Modificações da Lei 11.232/05*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 45-58.

CASTRO, Amílcar. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. III. São Paulo: RT, 1974.

CHAVES, Luciano Athayde. *A recente reforma no processo comum – reflexos no direito judiciário do trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. In: JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JÚNIOR, Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A Terceira Etapa da Reforma Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____; OLIVEIRA, Rafael. *Benefício da justiça gratuita: aspectos processuais da Lei de Assistência Judiciária*. Salvador: Juspodivm, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. 3 ed. Tradução de Manuel A. Domingues de Andrade. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1978.

FLACH, Daisson. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (Co-

ord.). *A Nova Execução: Comentários à Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Terceira Fase da Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Método, 2006.

GONÇALVES, Tiago Figueiredo Gonçalves. A 'liquidação' e obrigação imposta por sentença em demanda metaindividual. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Reformas recentes do processo civil: comentário sistemático*. São Paulo: Método, 2007.

LIMA, Alcides Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 6., tomo II, 2 ed. Forense: Rio de Janeiro, 1977.

LISBOA, Celso Anicet. *A Reforma do Código de Processo Civil: Comentários às Leis nos 11.187, de 19 de Outubro de 2005 (Agravo), e 11.232, de 22 de Dezembro de 2005 (Fase de Cumprimento de Sentença)*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Código de Processo Civil interpretado*. Coord. Antonio Carlos Marcato. São Paulo: Atlas, 2004.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 4 ed. Barueri: Manole, 2004.

MAZZEI, Rodrigo. Liquidação de sentença. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção, et al. *Reforma do CPC: Leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006*. São Paulo: RT, 2006.

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

_____. Notas iniciais à leitura do novo Código Civil. In: *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Arruda Alvim; Thereza Alvim (Coords.). Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. I.

_____. Título executivo, liquidação de sentença e coisa julgada

no mandado de injunção: análise a partir dos precedentes do Supremo Tribunal Federal (art. 8º, § 3º, ADCT). In: *Execução e arbitragem: estudos em homenagem ao Professor Paulo Furtado*. Fredie Didier Jr. (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. (no prelo).

_____. Mandado de injunção. In *Ações constitucionais*. Fredie Didier Jr. (Org.). Salvador: Juspodivm, 2006, p. 143-211.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Cumprimento da Sentença e outras Reformas Processuais*. São Paulo: Atlas, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 9 ed. São Paulo: RT, 2006.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção, et al. *Reforma do CPC 2*. São Paulo: RT, 2007.

OLIVEIRA NETO, Olavo. *Liquidação de sentença*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1988, p. 9.

_____. O Novo Perfil da Liquidação de Sentença. In: HOFFMAN, Paulo; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva (Coords.). *Processo de Execução Civil. Modificações da Lei 11.232/05*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 185-211.

PIZZOL, Patrícia Miranda. *Liquidação nas ações coletivas*. São Paulo: Lejus, 1998.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Nova execução de título extrajudicial: Lei 11.382/2006, comentada artigo por artigo*. In: SACCO NETO, Fernando, et al. São Paulo: Método, 2007.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *As reformas de 2005 do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.

TALAMINI, Eduardo. A determinação do cálculo do crédito por simples cálculo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Repertório de jurisprudência e doutrina. Atualidades sobre a liquidação de sentença*. São Paulo: RT, 1997.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A reforma da execução do título extra-*

judicial. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *As novas Reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Processo de execução*. 19 ed. São Paulo: Leud, 1999.

SANTOS, Caio Augusto Silva dos Santos. A efetividade do processo e a liquidação da sentença. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução 3*. São Paulo: RT, 2006.

SHIMURA, Sergio. *Título executivo*. Saraiva: São Paulo, 1997.

SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. *Cadernos de processo Civil - anotações sobre as recentes reformas do Código de Processo Civil*. v. 2. 2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil 2*. São Paulo: RT, 2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Sentença Civil: Liquidação e Cumprimento*. 3 ed. São Paulo: RT, 2006.

_____. *Liquidação de Sentença*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Título executivo e liquidação*. 2 tir. São Paulo: RT, 1999.