

Revista de Direito UPIS

2008 v. 06

EDITOR

Carlos Aureliano Motta de Souza

CONSELHO

Antonio Pedro da Silva Machado

Beatriz Emilia Bartoly

Esdras Neves de Almeida

Ivo Montenegro

Jairo Bisol

João Maurício Leitão Adeodato

Luiz Antonio Borges Teixeira

Magda Montenegro

Marco Aurélio Mendes de Farias Mello

Orival Grahl

Sebastião da Silva Barbosa

Zilah Maria Callado Fadul Petersen



Faculdades Integradas

Diretor-Presidente

Diretor Administrativo

Diretor Financeiro

Diretor de Relações Públicas

Diretor de Ensino

Diretor de Pós-Graduação

Diretora de Avaliação

Diretor de Ensino a Distância

Vicente Nogueira Filho

José Rodolpho Montenegro Assenço

Ruy Montenegro

Ana Cristina Morado Nascimento

Benito Nino Bisol

Sebastião Fontineli França

Andreza Rodrigues Filizzola Bentes

José Ronaldo Montalvão Monte Santo

A **Revista de Direito UPIS** é publicação anual das Faculdades Integradas da União Pioneira de Integração Social – UPIS.

SEP/ Sul - EQ. 712/912 - Conjunto “A”
CEP 70390-125 - Brasília-DF

As informações e opiniões expressas nos artigos assinados são de inteira responsabilidade dos respectivos autores.

Revista de Direito UPIS / União Pioneira de Integração Social. v. 1 (2003) – Brasília, DF/ UPIS, 2008.

v. 6.

ISSN 1678-3107

Publicação anual

1. Direito - Periódicos

União Pioneira de Integração Social – UPIS

CDU 34 (03)

Revisão de Originais

Antônio Carlos Simões

Revisão Final

Antônio Carlos Simões

Geraldo Ananias Pinheiro

Magda Montenegro

Tradutor

Alcides Costa Vaz

Capa

Marcelo Silva Alves

Diagramação, editoração eletrônica e impressão

Gráfica e Editora Inconfidência

SUMÁRIO

- 5** Apresentação
- 9** O acesso à justiça: juizados especiais
Carlos Fernando Mathias de Souza
- 15** Princípios constitucionais: interpretação visando à efetividade dos direitos fundamentais
Jorge Amaury Maia Nunes
- 35** A antinomia do art. 202, I, do Novo Código Civil Brasileiro com relação ao art. 219, § 5º, do CPC
Estefânia Ferreira de Souza Viveiros
- 47** Lei 11.690/08 e provas ilícitas: conceito e inadmissibilidade
Luiz Flávio Gomes
- 51** Um novo “Iluminismo” no direito da pós-mordenidade
Pietro Lemos Costa
- 71** Descriminalização do delito de posse de armas no Brasil
Douglas Morgan Fullin Saldanha
- 93** Breves reflexões a propósito da cumulação de execuções
Flávio Luiz Yarshell
- 115** Normas para colaboradores

SUMMARY

- 5 Foreword**
- 9 The access to justice: special courts**
Carlos Fernando Mathias de Souza
- 15 Constitutional principles: interpretation aiming for the effectiveness of the fundamental rights**
Jorge Amaury Maia Nunes
- 35 The antinomy between articles of the New Brazilian Civil Code and the code of civil procedure**
Estefânia Ferreira de Souza Viveiros
- 47 Illicit proof: concept and inacceptance according to Law 11.690/08**
Luiz Flávio Gomes
- 51 A new lighting on the right of post modernity**
Pietro Lemos Costa
- 71 Abolition of the crime of possession of arms in Brazil**
Douglas Morgan Fullin Saldanha
- 93 Short reflections of the sum of executions**
Flávio Luiz Yarshell
- 115 Norms for contributors**

APRESENTAÇÃO

2008 é o que se pode chamar de um *ano redondo*, tantas são as comemorações decenais a festejar.

Com janeiro iniciamos as comemorações bicentenárias, todas em razão da chegada do Príncipe D. João e de toda a corte portuguesa às plagas brasileiras, dentre as quais destaca-se a criação da primeira corte de âmbito nacional, o Supremo Tribunal Militar e de Justiça, predecessor do atual Superior Tribunal Militar. Outros importantes órgãos criados por D. João também comemoram seus 200 anos: o STF, o Banco do Brasil, a Polícia do Distrito Federal.

No campo dos direitos fundamentais, se devemos realçar a importância dos 120 anos da Lei Áurea, cabe-nos também o mea-culpa por não termos tido a competência para implementar, nesse mais de século, políticas públicas capazes de transformar, de forma gradativa, a igualdade formal da lei de ouro em igualdade material; capazes de dar visibilidade, dentro de nossa sociedade, à massa de afro-descendentes libertados do jugo escravista do homem branco. Da mesma forma, os 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, malgrado o esforço sincero de significativos segmentos da humanidade, não logrou alcançar a universalidade pretendida pelos seus idealizadores, sob a batuta competente de Eleanor Roosevelt.

Auspiciosa é a comemoração centenária da saga da imigração japonesa, cujo sangue cruzou os mares para se caldear com o do povo brasileiro de forma inexorável. Quanto sofrimento imposto, quanta resignação, quanta superação. Sangue que, no cadinho das raças deste país-continente, ajudou a construir sua grandeza.

O povo israelense também comemora, em números redondos, as seis dezenas de sua criação, embora a fórmula engendradora para substituir a Canaã prometida tenha criado mais problemas do que soluções. Ao longo

das seis décadas da instalação do Estado de Israel, não tiveram, árabes, palestinos e judeus mais do que duas dezenas de meses sem guerra. As incontáveis tentativas de paz fracassaram todas e fizeram mártires de ambos os lados: Anwar Sadat e Isaac Rabin foram vítimas de extremistas de seus próprios países por terem tido a pretensão de construir a paz entre seus povos.

Comemora-se também meio século da primeira conquista de uma Copa do Mundo, fato representativo da grande paixão do brasileiro pelo esporte bretão.

Vinte anos é a marca alcançada pela constituição-cidadã. Nascida de um movimento que se iniciara em oposição ao regime militar, a Constituição de 1988 vai ser forjada a partir de múltiplos matizes político-ideológicos, constituindo-se em formidável caderno de intenções com o objetivo de promover o progresso e reduzir as desigualdades em todas as suas dimensões.

Na República, já é a mais longeva, depois da carta de 1891. Nasceu sob o estigma de um perverso modelo econômico com inflação de quase três dígitos ao mês, mas logo teve que enfrentar a plethora de demandas na área econômica, em razão da drástica reversão para um modelo de estabilidade econômica.

Inúmeros foram os desafios que teve que enfrentar, mas de todos saiu vitoriosa, pela consistência de seus princípios e fundamentos. O mais grave, no campo político, foi o impedimento do Presidente da República. E mesmo nesse quesito o texto constitucional estava pronto para enfrentá-lo.

Todavia, o fato que mais chama a atenção dos analistas políticos e dos juristas é o aperfeiçoamento do seu texto que vem sendo efetuado pela Suprema Corte, de forma metódica, firme e progressiva, incorporando um teor político em suas decisões – entenda-se político no sentido aristotélico de justiça, ou seja, promover o bem comum. De um intérprete passivo da Carta Magna, o perfil do STF transmuda-se para a de um intérprete ativo, atento para o fato de que os princípios insertos na Carta devem ser concretizados, sob pena de suas decisões se estiolarem sob os sóis de interesses menores.

Muitos outros fatos pretéritos, de relevo para a humanidade, estão sendo comemorados neste ano. Entretanto, caminhando do futuro para o presente, episódio interessante merece ser lembrado, pois, antecipando sua profecia, ele está prestes a acontecer neste 2008, exatos 220 anos antes da data imaginada pelo autor e pouco mais de 220 anos depois de redigida a Constituição americana. Trata-se de um romance escrito pelo notável Monteiro Lobato, em 1926, no qual, utilizando uma máquina de “ver” o futuro, ele profetiza que em 2228 a eleição do 88º presidente americano seria disputada entre três candidatas: um branco, o presidente Kerlog, tentando a reeleição, um negro, Jim Roy e uma mulher branca, Miss Astor.

Segundo Lobato, naquele ano, o número de eleitores negros se iguala à metade dos eleitores brancos. Todavia, o movimento feminista, iniciado timidamente no primeiro quartel do século XX, ganhou volume e força e as mulheres passam a disputar com os homens todos os espaços dentro da sociedade americana, a ponto de lançarem representante do movimento à disputa do mais alto posto daquela nação. Assim, o eleitorado branco se divide entre os dois candidatos brancos, tornando o pleito extremamente equilibrado.

Acontece que o nosso grande escritor não contava com a possibilidade de que dois candidatos fossem do mesmo partido e um deles seria eliminado antes da disputa final. Esse fato, ainda que tenha excluído a candidata Hilary, não tira o mérito do exercício de futurologia ensaiado por Monteiro Lobato há cerca de oitenta anos.

No seu romance – *O Presidente Negro* – Jim Roy vence o embate. Na disputa real ocorrida em novembro passado, Barack Hussein Obama Júnior cumpriu o vaticínio de Lobato. É a vida imitando a arte. Vale a releitura desse clássico.

O Editor

Com o objetivo de mais amplo acesso à justiça, o Brasil introduziu em seu ordenamento positivo a Lei nº 7.244, de 7 de novembro de 1974 (ora revogada), disciplinando os juizados de pequenas causas. A Constituição de 1988, por sua vez, deu um passo além, ao dispor, originariamente, em seu art. 98, incisos I e II:

A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau; II - justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação.

Por efeito da Emenda Constitucional nº 22, de 18 de março de 1999, foi acrescido parágrafo único ao art. 98, com a seguinte redação: “*Lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal.*”

Não se trata, evidentemente, de uma novidade brasileira.

Na Inglaterra do século XI, em matéria cível, já havia a experiência; a legislação austríaca, nos idos de 1873, acolheu o sistema; alguns estados norte-americanos, em 1912, instituíram a *Poor Man's Court* (naturalmente, a Corte do Homem Pobre, valha a observação); em 1934, apareceria, em Nova Iorque, as *Small Claims Courts* (Cortes de Pequenas Causas), com o objetivo de julgar causas com valor inferior a cinquenta dólares. Na Noruega, instalou-se a

experiência nos fins do século XIX, tendo por mister proteger os camponeses que não podiam pagar advogados.

De resto, o sistema é praticado, por exemplo, na Alemanha, no México, no Japão, na Argentina e em outros países; é prática, dir-se-ia, universal.

Introduziu-se, por outro lado, no ordenamento positivo brasileiro, a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, dispondo sobre os referidos juizados especiais.

Tal diploma conferiu competência aos juizados especiais cíveis para o julgamento de causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas, entre outras, aquelas cujo valor não exceda a 40 (quarenta) vezes o salário mínimo.

De outra parte, dispõe a Lei em destaque que o processo no juizado civil “*orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação e a transação*”.

Ademais, estabeleceu a lei dos juizados especiais, normas flexíveis e facilitadoras em matéria do foro competente, dispondo ser ele:

I – do domicílio do réu ou, a critério do autor, do local onde aquele exerça atividades profissionais ou econômicas ou mantenha estabelecimento, filial, agência, sucursal ou escritório; II – do lugar onde a obrigação deva ser satisfeita; III – do domicílio do autor ou do local do ato ou fato, nas ações para reparação do dano de qualquer natureza.

Em qualquer hipótese, a ação pode ser proposta no foro do domicílio do réu.

Com efeito, as virtudes desse “*novo processo*” (que assegura verdadeira - porque rápida e eficaz - prestação jurisdicional) não ficam só, evidentemente, no que diz respeito aos juizados cíveis.

No referente aos juizados especiais criminais, também saltam aos olhos o que eles podem representar de progresso.

Assim, qualquer infração penal (crime ou contravenção) cuja pena máxima não seja superior a um ano (salvo os casos em que a lei preveja procedimento especial) deve ser julgada por juízes togados ou togados e leigos, nos termos do novo comando normativo.

Destaque-se que também aí privilegia-se a conciliação, pois aos referidos juízes togados e leigos compete **conciliarem**, julgarem o dissídio e executarem o *decisum*.

Também nos juizados especiais criminais (como não poderia deixar de ser), os processos, repita-se, orientar-se-ão pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade e, acrescente-se, “*objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação da pena não privativa da liberdade*”.

É uma esperança, ainda que a realidade já aponte para dados preocupantes, sobretudo, de que, desafogados as varas e os tribunais, as causas nessas instâncias correrão, também, de modo mais rápido. Enfim, realizar-se-á melhor à justiça, pelo melhor acesso a ela (consigne-se o óbvio). De passagem, não parece descabido recordar-se o velho brocardo: “*de minimis praetor non curat*”, ou, em português, o pretor não cuida das coisas mínimas (ou pequenas).

Vive-se pois, repita-se, a esperança (nunca é demais repetir o vocábulo) de um tempo novo, em matéria de realização da justiça no Brasil.

O fato é que também os juizados especiais federais, isto é, no âmbito da justiça federal, já se constituem em realidade na prestação jurisdicional do País, o que começou, evidentemente, com o advento da Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001.

Ao juizado especial federal criminal cabe processar e julgar os feitos de competência da justiça federal, relativos às infrações de menor potencial ofensivo, entendidas como tais aquelas em que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa.

Por seu lado, ao juizado especial federal, dir-se-ia comum, compete processar, conciliar e julgar as causas de competência da justiça federal, até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças.

Estão excluídas, contudo, da competência de tais juizados, as causas entre:

Estado estrangeiro ou organismo internacional e município ou pessoa domiciliada ou residente no país; as fundadas “em tratado ou contrato da União com estado estrangeiro ou organismo internacional”; “a disputa sobre direitos indígenas”; “as ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e demarcação, populares, execuções fiscais e por improbidade administrativa e as demandas: sobre direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos; sobre bens imóveis da União, autarquias e fundações públicas federais; para anulação ou cancelamen-

to de ato administrativo federal, salvo o de natureza previdenciária e o de lançamento fiscal, e que tenham como objeto a impugnação de pena de demissão imposta a servidores públicos civis ou sanções disciplinares aplicadas a militares.

Resumo

O presente artigo tem por desiderato enfocar o tratamento normativo dado pelo ordenamento jurídico brasileiro aos juizados especiais cíveis, criminais e federais, apresentando-os como importantes comandos normativos, que asseguram uma verdadeira prestação jurisdicional no País, porquanto rápida e eficaz. O autor pontua, ademais, que a prática dos juizados não é uma invenção brasileira, visto que já havia essa experiência em matéria cível na Inglaterra do século XI e em outros países nos séculos XIX e XX. Os juizados constituem hodiernamente uma prática universal, aplicada, por exemplo, na Argentina, no México, no Japão e na Alemanha.

Palavras-chave: Juizados especiais – Verdadeira prestação jurisdicional.

Abstract

The present article has since aim tackles the prescriptive treatment given by the legal Brazilian system to the special civil, criminal and federal courts. These courts secure a true installment jurisdictional in the country, since quick and efficient. The author punctuates, besides, that the practice of the courts is not a Brazilian invention, since there was already this experience in civil matter in England of the century XI and in other countries in the centuries XIX and XX. The courts appoint nowadays a universal, hard-working practice, for example, in Argentina, in Mexico, in Japan and in Germany.

Key words: Special courts – True installment jurisdictional.

Resumen

Este artículo es conocido centrarse en el tratamiento de reglamentación dada por el sistema jurídico brasileño jurídico para los tribunales especiales civiles, penales y federales, presentándolos como importantes los controles reglamentarios, que

constituyen una verdadera prestación de los tribunales en el país, con la mayor rapidez y eficiencia. El autor resultados, además, que la práctica de los tribunales especiales no es un invento brasileño, que ya había visto esta experiencia en los procedimientos civiles en Inglaterra y en el siglo XI otros países en los siglos XIX y XX. Los tribunales especiales son hodiernamente una práctica universal, que se aplica, por ejemplo, en Argentina, Mexico, Japón y Alemania.

Palabras clave: Tribunales especiales – Verdadera disposición de la jurisdicción.

Jorge Amaury Maia Nunes

Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Professor da Universidade de Brasília. Professor do Curso de Pós-Graduação em Direito Processual Civil do IDP.

Princípios constitucionais: interpretação visando à efetividade dos direitos fundamentais

1.Introdução

Atualmente, percebe-se crescente preocupação nos círculos políticos e acadêmicos a respeito da possibilidade de encontrar meios de aferição que permitam, racionalmente, caracterizar um resultado hermenêutico como correto e, também, permitam controle efetivo sobre a legitimidade do agir do intérprete constitucional especialmente no concernente à efetividade dos Direitos Fundamentais.

O propósito da presente investigação é, dentro dessa preocupação maior, fazer um recorte do tema e cuidar da interpretação constitucional, a partir de presumível existência de antinomias constitucionais relativamente à garantia da efetividade dos direitos fundamentais; portanto, da necessidade de solucioná-las por meio de critérios e métodos adequados, verificando a hipótese da utilização do critério da ponderação como a solução possível.

A idéia da realização do estudo decorreu da percepção de que da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, independentemente de seu alargamento em termos de positivação¹, resulta um “efeito de irradiação”², uma força conformadora de pluralidade cada vez exuberante de normas jurídicas, que acaba por sugerir a multiplicação das chamadas colisões de direitos fundamentais.

Para chegar a uma resposta sobre o tema proposto, sugere-se — além da eventual noção de direitos fundamentais — que três indagações estejam colocadas: 1) O que (e em que ambiente) se interpreta? 2) Quem interpreta? 3) Como se interpreta?

Parece claro que o fornecimento da resposta pressupõe, relativamente à matéria investigada, o exame, de um lado, do que seja (i) constituição e (ii) norma constitucional e, de outro, do que sejam antinomias, para chegar à compreensão do conceito de antinomia constitucional ou de fenômeno semelhante, que suscite a atividade do intérprete da constituição capaz de resolver o estado de tensão que se estabelece quando se manifestam situações antinômicas relativamente aos direitos fundamentais.

O tema das antinomias, de sua vez, se reconduz ao conceito de sistema, mais especificamente de sistema jurídico, ambiente no qual se desenvolve a atividade

hermenêutica. Dir-se-ia, mesmo, que, sem o exame prévio do conceito de sistema jurídico, qualquer tentativa de investigação restaria prejudicada. Isso não significa, todavia, qualquer pretensão de esgotamento da matéria. Ao revés, admitindo a plurivocidade do termo como algo que lhe é quase imanente, são debuxadas apenas as linhas doutrinárias principais que permitam situar a questão das antinomias como suporte para o restante da investigação.

Noutra vertente, e respondendo à segunda indagação, coloca-se o tema a partir da figura do intérprete constitucional e como, na Teoria Geral do Direito, pode ser situado o problema, a partir da verificação de que é possível que a diversidade de sistemas jurídicos relativamente à escolha e legitimação do(s) intérprete(s) possua algum grau de influência no resultado da interpretação.

Por derradeiro, coloca-se a questão dos métodos de interpretação constitucional, no atual estágio da hermenêutica constitucional, até chegar ao exame do critério da ponderação, das críticas que lhe são feitas e de seus méritos como forma de solução de conflitos entre princípios constitucionais.

2. Direitos Fundamentais

Norberto Bobbio, no seu precioso *A Era dos Direitos*, reafirmou ponto de vista, que sempre defendeu, no sentido de que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, nascidos sob certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes e surgidas de modo gradual, não todos de uma nem de uma vez por todas.³

Também, Fábio Konder Comparato⁴, em momento mais recente, realizou intensa pesquisa para cuidar da afirmação histórica dos direitos humanos, percebendo-se da investigação realizada a tomada de consciência do homem incompleto, debatendo-se, no seu caminhar pela História, visando a um último passo, a unificação da Humanidade, sempre pautada na construção do reconhecimento dos direitos que lhe são caros, frutos da dor física e do sofrimento moral, “que faz nascer nas consciências... a exigência de novas regras de uma vida mais digna para todos”⁵.

É correto afirmar que a história das lutas sociais pelo reconhecimento dos direitos do homem não tem data certa de início. Parece certo admitir, entretanto, a percepção da idéia de Estado Moderno e os trabalhos de *Grotius* como bom referencial a ser adotado para os estudiosos. É que, até então, a própria idéia de direito subjetivo era algo esmaecido nos trabalhos de investigação doutrinária. A partir daí, sim, associam-se a lutas sociais com o reconhecimento de direitos e com a tentativa de universalização do conceito de direitos do homem, ou direitos humanos.

Sem embargo da referência a *Grotius*, é necessário esclarecer que não há, aqui, nenhuma vocação jusnaturalista (em qualquer das vertentes do jusnaturalismo), bem como nenhuma tentativa de fixar aspectos universalizantes dos chamados direitos humanos, nem caráter metatemporal e de imutabilidade a esses direitos.⁶ Ao revés, é admitido que os parâmetros de universalidade conhecidos se cingem, no máximo, à civilização ocidental e que não há, nem origem comum dos diversos direitos humanos, nem uniformidade de entendimento sobre o que deve ser entendido por direitos humanos. Admite-se que a novos direitos venha ser atribuída essa característica e que mutações sociais possam levar à recusa de outros, à dessuetude ou, mesmo, ao seu repúdio.

A sociedade não esgota o seu evoluir. Ao contrário, as mudanças são cada vez mais bruscas, menos anunciadas, mais drásticas. Os valores históricos são, por definição, cambiantes.

Dados esses condicionantes, é tomado como ponto de partida desta disquisição o *discrímen* entre direitos humanos e direitos fundamentais, estes últimos conceituados como os direitos humanos “reconhecidos como tais pelas autoridades às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional; são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais.”⁷ Igual distinção é feita por Willis Santiago Guerra Filho, na apresentação que faz da obra *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*.⁸ Em sentido parcialmente semelhante, Gomes Canotilho e Vital Moreira para os quais os direitos fundamentais são positivamente consagrados nos textos constitucionais nacionais enquanto os direitos humanos estão consagrados nos tratados e convenções internacionais.⁹

A perspectiva, assim, da efetividade dos direitos fundamentais, é considerada, para os fins deste exame, sempre tendo em conta o que se contém no texto constitucional.

3. A Constituição

Pareceria truísmo asseverar que, em princípio, toda sociedade possui um ordenamento fundamental que visa a regular o modo por que se regerá ou aceitará ser regida, e no qual são estabelecidos preceitos mínimos que deverão ser obedecidos pelos regentes em face dos cidadãos. Pareceria truísmo, também, afirmar que esses preceitos mínimos constituiriam o estatuto das liberdades asseguradas aos indivíduos e das prestações positivas a eles devidas pelo Estado. E mais recentemente, os direitos que exorbitam da seara individual e são atribuídos a

coletividades regionais ou étnicas; ou, às vezes, de forma difusa à própria humanidade (direitos fundamentais de primeira, segunda, terceira e até quarta geração) bem como o reconhecimento que o exercício do poder há de obedecer ao princípio da divisão dos poderes¹⁰ e que reconhece no Estado constitucional legitimamente instituído o centro de irradiação do ordenamento jurídico, a partir da premissa de que o legislativo é a representação da soberania do povo, do qual, afinal, todo o poder emana.

Nem essa conceituação, entretanto, ao mesmo tempo genérica e singela, repetida, com a alteração de uma ou outra palavra, nos manuais de Direito Constitucional, consegue mais fazer vezes de lugar comum do conhecimento jurídico atual. Com efeito, e apenas à guisa de exemplo, dois juristas, partindo de diferentes vertentes argumentativas, acabam por rejeitar o que vem de ser enunciado.

Giovanni Sartori – que entende que as declarações de direitos não representam a condição necessária para a existência das constituições – demonstra que, dos 170 escritos hoje existentes, denominados Constituição, defluem regras contendo detalhes triviais (reportando-se, nesse passo, especialmente à Constituição brasileira), dispositivos suicidas e promessas impossíveis de cumprir. Assim, atribui o extravio das constituições ao extravio das próprias teorias que explicam o constitucionalismo. Essas teorias passaram a pregar que as sociedades livres nascem do pluralismo da sociedade e não da elaboração constitucional.

Gustavo Zagrebelsky¹¹ de sua vez, partindo da evidente transformação do conceito de soberania do Estado Constitucional na Europa, entende que “as categorias do direito constitucional, para poder servir como critério de ação ou de juízo para a *praxis* deve encontrar uma combinação que já não deriva do dado indiscutível de um centro de ordenação. Admite o direito constitucional como um conjunto de materiais de construção, sendo que “o edifício concreto não é obra da constituição, mas sim de uma política constitucional que versa sobre as possíveis combinações desses materiais”. Nessa vereda, concede que as sociedades pluralistas¹² atuais atribuem à constituição não a tarefa de estabelecer diretamente um projeto predeterminado de vida em comum, mas sim de realizar as condições de possibilidade para essa vida¹³.

Rejeitando, aqui, incursões de natureza meramente sociológica, mas sem delas descurar, impende buscar dimensão única da constituição que — com as vistas voltadas para o pluralismo de que cogita Zagrebelsky, e sem incidir na trivialidade detalhista denunciada por Sartori — atente para o “condicionamento recíproco existente entre Constituição jurídica e realidade social”, como apontado com pertinência por Konrad Hesse¹⁴, visando a conferir à constituição uma pretensão de eficácia normativa que não se confunda com as condições (históricas

e axiológicas) de sua realização, mas que a elas se associe como elemento autônomo, dado que a constituição não pode representar, insuladamente, a expressão de um “ser” senão que constitui, também, um “dever ser”.

Esse raciocínio, que valoriza na exata medida os fatores reais do poder, tem, possivelmente, o condão de impedir que se transforme a constituição na “folha de papel” a que se reportava Ferdinand Lassale¹⁵, para admiti-la como reitora do Estado Constitucional de onde retira sua própria conformação.

Se se pode retirar uma imagem do dia-a-dia, a constituição representa um **instantâneo**, uma fotografia, em dado momento, da resultante das forças dos exercentes do poder político¹⁶. Ora, parece razoável admitir que os detentores do poder político — que não representam todo o tecido social e que possuem interesses localizados — têm a pretensão de fazer prevalecer o seu projeto de sociedade ou de pacto social. Como, entretanto, essas forças estão normalmente em confronto, a resultante fotografada não representa, a rigor, nenhuma sociedade existente, mas sim uma sociedade possivelmente desejada, ou somente admitida, naquele momento em que o confronto das forças gerou a resultante.

De outra parte, convém considerar que a realização da pretensão normativa da constituição, defluente da maior ou menor correspondência com o querer social, configura importante fator de contenção, no sentido da manutenção do *status quo*. Em outras palavras, a força normativa da constituição decorre do querer da sociedade e, ao mesmo tempo, a ela impõe conduta constitucional.

Nesse sentido, Meirelles Teixeira¹⁷ afirmava que se percebe no fenômeno constitucional (e na norma jurídica em geral) algo que é, ao mesmo tempo, produzido pela sociedade, mas que se apresenta capaz de influir sobre ela, modificando-a, disciplinando-lhe as forças em luta.

Há, entretanto, razoável consenso dos constitucionalistas a respeito do que deve constituir o cerne da responsabilidade estatal em obediência ao pacto fundador: a proteção da **dignidade da pessoa humana**¹⁸ como princípio de irradiação de toda a tessitura constitucional. A dignidade da pessoa humana — observam Gomes Canotilho e Vital Moreira — fundamenta e confere unidade não apenas aos direitos fundamentais — direitos individuais e direitos sociais e econômicos — mas também à organização econômica.¹⁹

Posto isso, parece possível acolher o conceito de Dalmo de Abreu Dallari: “A Constituição é a declaração da vontade política de um povo, feita de modo solene por meio de uma lei que é superior a todas as outras e que, visando à proteção e à promoção da dignidade humana estabelece os direitos e as responsabilidades fundamentais dos indivíduos, dos grupos sociais, do povo e do governo.”²⁰

3.1 Princípios constitucionais e regras constitucionais: caracterização

O fato de a Constituição representar uma sociedade simplesmente desejada ou admitida como decorrência do confronto das forças políticas, apresentado ao início desta seção, constituiu simplificação do problema constitucional, realizada como forma de primeira aproximação do ponto fulcral do exame ser realizado.

Com efeito, e tomando como paradigma a Constituição brasileira de 1988, o produto desse confronto significa quase sempre dizer que o processo constituinte não se desenvolve sob o signo do consenso, “traduzindo, ao revés, a síntese dialética de concepções e ideais políticos diversificados” implicando que “tais constituições acabam abrigoando normas derivadas de matrizes ideológicas antagônicas que, ao incidir sobre casos concretos, podem indicar soluções diametralmente opostas”.²¹

O primeiro consectário a ser observado dessa síntese dialética é o aspecto peculiar que assume o ordenamento constitucional. As normas que o compõem, normas fundantes do pacto político, normas de referência, enquadram-se, em sua grande parte na categoria de normas-princípio embora não seja desarrazoado o número de normas-regra incrustadas nas constituições compromissórias, como o é a brasileira.

A estrutura sistêmica de que se trata — e que permite compreender a constituição como um “sistema aberto de regras e princípios” como forma de manter ao mesmo tempo a segurança normativa e o *espaço constitucional* apto a contemplar os valores e interesses das diversas vertentes do poder político de que se falou em outro momento — exige breve digressão sobre a distinção, a todas as luzes controvertida, entre princípios constitucionais e regras constitucionais. Nesse campo, algumas questões vão se tornando lugar-comum na literatura especializada, como, por exemplo, a afirmação, centrada no magistério de Alexy, de que os princípios são mandados de otimização enquanto as regras jurídicas são ordenações de vigência²². Além dessa distinção, que representa uma espécie de *communis opinio*, há um sem-número de controvérsias a respeito do tema e uma pletora de critérios sugeridos para o estabelecimento da diferença fundamental entre esses dois tipos de norma. Cogita-se, aqui, dos principais e apenas na medida em que necessários ao desate do tema proposto.

Os princípios, que contemplam a pauta dos valores constitucionais, são referentes e possuem grau de abstração²³ maior do que o das regras que são referidas. Em contrapartida, os princípios possuem um grau de determinabilidade do seu raio de aplicação, em relação aos casos concretos, muito menor do que o das regras.

As regras jurídicas, quanto ao modo de aplicação, seguem a lógica do tudo ou nada (se ocorrem os fatos sobre que devem incidir, **incidem**, se são válidas; **não incidem**, se não são válidas). Já com relação aos princípios e como se verá com mais vagar, posteriormente, as coisas não se passam assim. As suas formas de incidir e conviver ocorrem em plano diverso, que não privilegia a hesitação validade/invalidade. É que os princípios possuem uma dimensão de peso (variável ou flexível) que não é encontrável nas regras.

Ainda quanto à distinção — no campo da aplicação —, cabe anotar que os princípios, ao contrário das regras, não permitem a realização de processos subsuntivos, justamente em razão de sua baixa densidade normativa, de seu insuficiente grau de concretização.

3.2 Sistema jurídico e antinomias

Robusta parcela da doutrina, ancorada, dentre outros, nos ensinamentos de Kelsen, entende não ser possível a ocorrência de contradições normativas dentro do ordenamento jurídico — a partir da premissa de que o ordenamento jurídico constitui um **sistema** —, exatamente porque “sistema equivale à validade do princípio que exclui a *incompatibilidade* das normas”. Esse é, por exemplo, o magistério de Norberto Bobbio, que adita:²⁴ “Se num ordenamento vêm a existir normas incompatíveis, uma das duas ou ambas devem ser eliminadas.”²⁵

Em posição diversa, Marcelo Neves²⁶ parte da definição de sistema como um conjunto de elementos (partes) que entram em relação formando um todo unitário, e do reconhecimento de que todo sistema implica elementos (reais ou proposicionais), relações e também unidade, que pode decorrer de fundamentação unitária (sistema proposicional) ou da forma em que se apresentam ao sujeito cognoscente os modos de se relacionarem os seus elementos (sistema real ou empírico) para daí concluir que a coerência ou compatibilidade interpartes não se inclui entre as notas essenciais do conceito de sistema.

Assevera, assim, que a compatibilidade das partes é condição necessária apenas para os sistemas proposicionais com função teórica. Não assim para os com função prescritiva, por estarem localizados no ‘mundo’ da *praxis* e não na ordem do *logos* ou da *gnose*.

Assim e por estarem no mundo da *práxis* os “sistemas normativos contêm, não raramente, antinomias, que lhes eliminam parcialmente a consistência, na medida em que as normas incompatíveis neles permanecem” enquanto não forem expulsas de acordo com as regras de rechaço concebidas no próprio sistema.²⁷

Se há divergência quanto ao conceito de sistema, outro tanto não se dá com relação ao de antinomia. Para ambos, se duas normas pertencem ao mesmo ordenamento e ocorre coincidência, total ou parcial, dos respectivos âmbitos de vigência temporal, espacial, material e pessoal, ocorre o fenômeno apelidado de antinomia se essas duas normas forem contraditórias (no sentido de uma proibir e outra permitir a mesma conduta)²⁸ e atingirem a consistência sintática do ordenamento jurídico²⁹ — e colocarem o destinatário em posição de insustentabilidade³⁰ ao acolher o comando de uma norma retira, naquele momento, a aptidão para produzir efeitos (=eficácia)³¹ da outra.

São suscitadas diversas classificações relativamente às antinomias; é de mencionar a que distingue as antinomias reais das antinomias aparentes³² fundando-se a distinção na existência ou não de regras para sua solução. Chama-se antinomia aparente aquela que admite a incidência de tais regras técnicas que “ao ser utilizadas parecem ter resolvido apenas falsos problemas” porque, “no mais das vezes, as chamadas regras de solução de conflitos são invocadas pelos aplicadores do direito menos para *resolver* do que para *declarar* inexistentes supostos defeitos lógicos nos ordenamentos em que operam.”³³

Se se trata de antinomia aparente, o conflito se resolve pela utilização (i) do critério cronológico *lex posterior derogat priori*; (ii) do critério hierárquico *lex superior derogat inferiori*; e (iii) do critério da especialidade *lex specialis derogat generalis*.

Se a questão for de antinomia real, a rigor a solução não se encontra na aplicação de nenhum desses critérios. Aliás, esse tipo de antinomia pode evidenciar-se justamente na tentativa, frustra, de aplicação desses critérios quando ocorra conflito entre eles, porque aplicável mais de um ao caso concreto, v.g: (i) conflito entre o critério hierárquico e o cronológico; (ii) entre o da especialidade e o cronológico; e (iii) entre o hierárquico e o da especialidade.

Se for esse o caso, a doutrina aponta solução: para (i) prevalece o critério hierárquico; para (ii) prevalece o critério da especialidade; e para (iii), Bobbio não oferece resposta segura, mas narra um caso concreto decidido na Itália, pela Corte Constitucional, em que foi decidido pelo critério da especialidade, contra o hierárquico (tratava-se de norma constitucional!)³⁴.

Se a antinomia se estabelece entre normas cronológica, hierárquica e especialmente semelhantes, não há a possibilidade de aplicação desses critérios. É certo, entretanto, que — como já afirmado anteriormente — ao acolher o comando de uma norma, o aplicador retira, momentaneamente, a aptidão para produzir efeitos (=eficácia) da outra que, sem embargo, continua

como norma do sistema até que venha a ser retirada por meio das técnicas de expulsão nele previstas (ab-rogação ou declaração de inconstitucionalidade, se for o caso).

3.3 Antinomias de princípios

Quando se cuidou, no item 3.1, da distinção entre regras e princípios, ficou assinalado que estes não seguem a lógica do tudo ou nada, o que, em tese, sugere a inviabilidade do acolhimento do reconhecimento de antinomias entre princípios constitucionais — embora, ainda em tese, seja possível reconhecer antinomia entre regras constitucionais —, cuja eventual colisão não se insere no âmbito da discussão validade/invalidade.

Por outro fundamento, J. J Gomes Canotilho chega à mesma conclusão. Deveras, para o constitucionalista português, o princípio da unidade hierárquico-normativa (=todas as normas contidas numa constituição formal têm igual dignidade), “conduz à rejeição de duas teses, ainda hoje muito correntes na doutrina do direito constitucional: (1) a tese das *antinomias normativas*; (2) a tese das normas constitucionais inconstitucionais.”³⁵

Noutra vertente, e partindo do magistério de Tercio Sampaio Ferraz Junior no sentido de que para que ocorra antinomia é necessário que o receptor fique numa posição de **insustentabilidade**, parece não ser realmente o caso de falar em antinomia de princípios porque o receptor não terá de desobedecer a para obedecer ao outro e sim, como será visto, de estabelecer critério de dimensionamento e aplicabilidade de um e outro.

Sem embargo disso, *i.e.*, mesmo não sendo possível cogitar da lógica do tudo ou nada, mesmo não sendo suposta contradição entre princípios capaz de gerar antinomias, é fato que aos olhos do aplicador podem surgir momentâneos estados de tensão que sugiram colisão dos princípios insculpidos na Constituição que, como apontado preambularmente, é fruto de forças políticas de natureza plural, com diferentes matizes ideológicos.

4. O intérprete da Constituição

Antes de ingressar, porém, no exame dos métodos hermenêuticos aptos a permitir a solução dos conflitos entre princípios constitucionais, é preciso tecer breve consideração sobre a figura do intérprete da constituição, sobre o sujeito que deve realizar a hermenêutica constitucional.

Vale, qualquer que seja o intérprete, o apontamento muitas vezes lançado, de que ele será sempre um sujeito histórico, com suas vivências, sua “localidade” e sua temporalidade o que implica que suas decisões não de refletir, em maior ou menor medida, o mundo em que vive, a forma como nele vive e o modo como o vê, o que permite afirmar que a hermenêutica é, sobretudo, um processo **experiencial**.

Parece certo, assim, afirmar que a neutralidade hermenêutica é uma impossibilidade humana decorrente de sua própria historicidade. Daí o dilema doutrinário de encontrar a justa medida entre o “poder criador do direito” que deflui da interpretação realizada pelos sujeitos legitimados e a necessidade de controlar esse poder.

Sobre o fato de que o juiz cria direito, não parece sobejar dúvida séria. O que se questiona é o limite em que isso se dá e que não pode ir a ponto de acatar a afirmação de Charles Huges que, à força da repetição inseqüente, é já um quase axioma. “A lei não é o que é. Ela é o que o Judiciário disser que ela é.”³⁶ Ora, se somente ao Judiciário couber dizer o que é a Constituição e quais leis são ou não com ela compatíveis, toda a sua conduta, por mais estranha e arbitrária que possa parecer, poderá ser, em tese, por ele mesmo julgada constitucional. Convém afastar, pois, esse entendimento que coloca o Judiciário acima da lei, acima do bem e do mal. A lei é o que ela é, e o Judiciário tem de dizer **exatamente** o que ela é (!) naquele momento histórico.

É claro que o advérbio **exatamente**, retrolançado, pode constituir demasia. O objetivo, porém, é apenas o de chamar a atenção para a necessidade de efetivo controle da atividade do intérprete constitucional. Afinal, convém ter presente a advertência de Lord Devlin:

É grande a tentação de reconhecer o judiciário como uma elite capaz de se desviar dos trechos demasiadamente embaraçados da estrada do processo democrático. Tratar-se-ia, contudo, de desviação só aparentemente provisória; em realidade, seria ela a entrada de uma via incapaz de se reunir à estrada principal, conduzindo inevitavelmente, por mais longo e tortuoso que seja o caminho, ao estado totalitário.³⁷

Por óbvio que a advertência, que tem no Judiciário seu ponto de preocupação maior, é aplicável em maior ou menor grau a outros intérpretes constitucionais, sendo possível estabelecer, *a priori*, um critério segundo o qual ela terá sua pertinência em função da maior ou menor legitimação democrática de primeiro grau (= aferível pelo voto direto, secreto e universal, para o exercício de mandato temporário). Vale, por isso, examinar, os intérpretes da constituição a partir de sua inserção em dois dos principais sistemas de verificação de constitucionalidade.

4.1. As Cortes de constitucionalidade e o controle difuso

A doutrina tem entendido, sistematicamente, que a atividade do intérprete constitucional ou é política ou é jurisdicional, fundada no reconhecimento de que existe um controle político e um controle exercido por órgãos da jurisdição. Sem aplaudir esse entendimento, cabe tecer alguns comentários.

Por controle político entende-se, em princípio, aquele exercido por “entidade com missão exclusiva, ou principal, de verificar se os diversos atos das autoridades estão de acordo com a constituição.”³⁸

Há outra modalidade de controle político exercido por órgãos especialmente criados para esse fim, órgãos diversos dos três Poderes normalmente reconhecidos no tradicional *princípio da separação de poderes*. Com efeito, na história recente da Europa continental tem sido usual a criação dessas Cortes constitucionais, cuja atividade preponderante é o controle de constitucionalidade de leis. Esses órgãos especiais³⁹, regra geral, mas não necessariamente, se inserem fora da estrutura do Poder Judiciário e ostentam uma posição suprapoderes (Legislativo, Executivo, Judiciário), objetivando, mesmo, dirimir eventuais dissídios entre eles.

Controle jurisdicional de constitucionalidade, de outra sorte, é a verificação da compatibilidade de leis com a constituição, realizada por órgãos integrantes da estrutura do Poder Judiciário, sendo irrelevante, para a conceituação, que haja órgão do Judiciário criado especialmente para esse fim ou que o controle seja exercido indistintamente por quaisquer órgãos judicantes.

É certo, porém, que o controle jurisdicional quanto ao órgão incumbido possui pelo menos duas variantes possíveis. Uma (decorrente da chamada vertente norte-americana), em que o controle é exercido de forma difusa, competindo esse mister a todos os órgãos da jurisdição, indistintamente; outra (decorrente da chamada vertente austríaca), em que esse poder é enfeixado na competência de um único órgão, a que se denomina sistema concentrado.

Ocioso dizer que na chamada vertente norte-americana, sobretudo na mais extremada, os intérpretes constitucionais são muitos — *i.e.*, coincidem com os juízes de qualquer grau do judiciário — mas são somente a rigor os membros do poder judiciário e, com algum esforço de concessão, os membros das comissões de constituição e justiça do Poder Legislativo.

4.2 A contribuição de Peter Häberle para identificação do intérprete da Constituição

Peter Häberle⁴⁰ — que tem como referência um sistema jurídico que

privilegia a vertente austríaca — sugere que no processo de interpretação constitucional devam estar engajados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas e todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco, *numerus clausus* de intérpretes da Constituição, Opõe-se, assim, a uma sociedade fechada de que tomam parte apenas os intérpretes jurídicos vinculados às corporações e prega que essa abertura há de ser concebida como conseqüência do conceito “republicano”, aliás, em consonância com o caráter pluralista da Constituição.

É claro que tal conceito parte da correta premissa de que, ao fim e ao cabo, todos os partícipes da sociedade constitucional são, em certa medida, co-intérpretes da Constituição. Da premissa decorre a expectativa de que os constitucionalmente legitimados (=poderes instituídos) a interpretar a constituição sofram a influência da “esfera pública pluralista” e passe a “interpretar a constituição em correspondência com sua atualização pública.”⁴¹

5. A hermenêutica constitucional e suas peculiaridades

Doutrinadores que têm se debruçado sobre o tema da hermenêutica constitucional, sistematicamente, vêm recusando a chamada hermenêutica clássica (método literal, histórico, sistemático, teleológico) e a sua aptidão suficiente para solução dos intrincados problemas que a interpretação constitucional suscita. Tal insuficiência decorreria, principalmente, do fato de que a norma constitucional traz em si uma pauta de valores, manifesta-se por meio de normas abertas que não permitem de plano a realização de processos subsuntivos ou processos de incidência imediata.

Vale lembrar, adicionalmente, que esses critérios foram formulados a partir das necessidades do direito privado, embora, é certo, esse fato não seja suficiente para inadmitir sua aplicabilidade à hermenêutica constitucional.

Não obstante isso não seja, *per se*, suficiente para demonstrar a inadequação dos critérios, é preciso considerar o fato, antes apontado, de que o estatuto constitucional é um repositório de princípios, mais do que de regras, com todas as especificidades daí decorrentes (baixa densidade normativa, maior amplitude, menor grau de determinabilidade de incidência, etc). A prudência recomenda, então, a utilização desses critérios com parcimônia e em conjunto com outros métodos e critérios concebidos especialmente para o objeto constitucional, tais assim, apenas exemplificando, o método hermenêutico-concretizador, o científico-espiritual e o normativo-estruturante.

6. A ponderação de bens

Antes de examinar o tema da ponderação de bens cabe um registro de natureza meramente terminológica. A doutrina e a jurisprudência⁴² vêm tratando o assunto considerando a ponderação de bens como sinônimo da proibição do excesso ou princípio da proporcionalidade (aqui considerado na sua tríplice dimensão: (i) necessidade, (ii) adequação, e (iii) proporcionalidade em sentido estrito) ou como sendo a ele vinculado na sua aplicação.

Para os fins deste trabalho, considera-se princípio da proporcionalidade somente aquele destinado a resolver questões que envolvam a interpretação de uma regra infraconstitucional com relação a um único fundamento constitucional de validade, ou seja, quando não estejam em conflito dois princípios constitucionais, mas somente o ajustamento da norma jurídica de incidência imediata (regra jurídica) ao um preceito constitucional, para que possa ser constitucionalmente aplicada.

Critério de ponderação, portanto, será considerado somente como aquele destinado à solução de conflitos entre dois princípios constitucionais.

Partindo das premissas fixadas precedentemente, e reconhecendo a plethora de problemas decorrentes da multiplicidade de métodos e princípios da interpretação constitucional⁴³, oferece-se o critério da ponderação como possível solução para o conflito de princípios constitucionais.

Se, como já asseverado, os princípios não possuem alto grau de determinabilidade de aplicação às hipóteses sobre que devem incidir — necessitando de densificação por meio de outros (sub)princípios ou regras, então fica evidenciada a dificuldade de encontrar suas extremidades e a possibilidade de colisão *interna constitutionis* mormente porque, como assentado, os princípios constitucionais nas constituições compromissórias possuem os mais diversos matizes, sendo de acentuada dificuldade encontrar um norte constitucional.

Mais se acentua essa necessidade de acatamento do princípio da ponderação quando se tem como assente que, pelo princípio da unidade da constituição (considerado também na sua dimensão hierárquico-normativa, que não admite hierarquia de supra-infra ordenação no interior da lei constitucional), o intérprete está obrigado “a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão entre as normas constitucionais”.⁴⁴

7. Em defesa de efetividade dos direitos fundamentais

Como assinalado anteriormente, a tutela constitucional dos direitos

fundamentais parece encontrar seu núcleo no princípio da dignidade da pessoa humana. A aplicação, pois, do princípio da ponderação há de sempre privilegiar esse princípio nuclear como premissa da realização de uma interpretação constitucionalmente adequada. Isso deve ser feito até como forma de escapar às críticas à utilização desse critério, que são assim sumariadas por Daniel Sarmiento⁴⁵: (i) ocorreria um esvaziamento dos direitos fundamentais, submetidos a uma espécie de reserva de ponderação; (ii) o critério de ponderação é inconsistente e não oferece pautas materiais para a solução dos casos concretos; (iii) o critério implica a outorga de poderes excessivos ao Poder Judiciário.

Vale aduzir, com relação a essas críticas que: quanto ao primeiro argumento, peca ou pelo excesso ou por inadequação. O que a ponderação de bens visa é justamente a evitar o esvaziamento de um ou de alguns dos direitos fundamentais. Com efeito, a relativização dos direitos fundamentais (ou, dito de outra forma, o reconhecimento de que não existem direitos absolutos), ao invés de enfraquecê-los, permite-lhes a convivência o que seria impossível sem essa relativização. Diga-se, de outra sorte, que a alternativa à utilização do critério de ponderação, seria espécie arbitrária de hierarquização dos direitos fundamentais como sugerido por Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁴⁶, sendo certo que no estabelecimento da escala hierárquica ficar-se-ia sempre ao arbítrio do fixador. O professor Ferreira Filho, por exemplo, acolhe no ápice da escala a propriedade privada e a liberdade individual.

O que se sugere, na esteira do raciocínio de Celso Lafer,⁴⁷ é a hierarquia móvel ou **relação de precedência condicionada**. A ponderação sempre realizada no caso concreto supõe que os princípios não sejam sempre sopesados da mesma maneira. O seu peso é variável, conforme se apresentem os fatos no caso concreto.

A realizar-se, entretanto, alguma espécie de hierarquia de princípios, pareceria mais consentâneo com a cidadania universal colocar no topo da escala o princípio do respeito à dignidade da pessoa humana, verdadeiro sobreprincípio a informar todos os outros, como vem sendo sustentado ao longo deste trabalho.

No que respeita à segunda crítica, relativa à ausência de pautas materiais para a solução de casos concretos, é preciso reconhecer sua parcial pertinência. Tanto é assim que a doutrina vem se debruçando sobre o tema visando a colmatar essa lacuna. Recentemente, Ana Paula de Barcellos buscou estabelecer “alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional”⁴⁸ chegando ao seguinte: (i) as regras têm preferências sobre os princípios constitucionais; (ii) os direitos fundamentais têm preferência sobre as demais disposições normativas (ou a solução que prestigia a dignidade humana tem preferência sobre as demais).

Quanto ao segundo critério, não parece sobejar dúvida. No pertinente ao primeiro, a autora traça extensas considerações para demonstrar a higidez de seu argumento, justas considerações que, entretanto, poderiam ser hostilizadas com argumentos igualmente fortes, o que poderia ensejar a necessidade do estabelecimento de um novo critério para saber quando esse critério poderia ou deveria ser utilizado.

No que concerne à terceira crítica ao critério de ponderação, qual seja a de que a sua admissão implica a outorga de poderes excessivos ao Poder Judiciário, ocorre verdadeira *aberratio ictus*. Decididamente, esse não é problema que decorra da utilização do critério. É, ao revés, sério problema que decorre da controlabilidade do agir do intérprete, quaisquer que sejam os métodos e critérios de que faça uso. É, entretanto, quimera tentar eliminar o problema; o que se consegue, sem dúvida, é, mais ou menos na esteira do sugerido por Häberle, movimentar a comunidade no sentido de tentar impor a sua interpretação da constituição aos intérpretes oficiais.

Bem é de ver, entretanto, que a utilização do critério da ponderação, tendo como ponto de partida a dignidade da pessoa humana para solução dos conflitos constitucionais é somente um bom começo. É que a efetividade dos direitos fundamentais exige outros planos de atuação diversos da simples interpretação.

Deveras, e apenas à guisa de exemplo, pode-se pensar que, num dado ordenamento jurídico, o dever de proteção e respeito aos direitos fundamentais se derrama para além dos poderes públicos e atinge a sociedade civil. Não basta dizer que as normas definidoras de direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata e eficácia plena. É necessário que essa proposição sintática encontre correspondência normativa e incida também no mundo sensível.

E não basta que incida. É necessário que incida atempadamente. Deveras, na seara do poder público, a efetividade dos direitos fundamentais é vinculada, embora não exclusivamente, a uma proteção jurisdicional efetiva. Ainda a título de exemplo, no *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, do ano de 2000,⁴⁹ há a informação de que a Corte Constitucional da Alemanha considerou a duração excessiva de um procedimento jurisdicional como violação do direito à proteção jurisdicional efetiva.

Do mesmo *Annuaire* se retira a informação de que, no mesmo ano, o Tribunal Constitucional da Espanha recebeu preponderantemente recursos de Amparo cujo objeto era exatamente a alegação de violação do direito fundamental à proteção jurisdicional efetiva.⁵⁰

Quer dizer, não é suficiente, nem aqui nem alhures, um exuberante catálogo de direitos fundamentais. É necessário que os Poderes do Estado, em especial o Poder Judiciário, respondam a tempo e modo aos reclamos da cidadania. É necessário que o Estado confira ao cidadão os instrumentos processuais adequados para a

provocação e o exercício desses direitos fundamentais perante qualquer dos poderes e que a leitura jurídica que se faça da aplicabilidade desses instrumentos processuais seja consentânea com sua realização plena. Já basta a frustração experimentada com as primeiras decisões sobre o mandado de injunção (não se cogita de decisões em que o instituto era evidentemente incabível) em que se percebia certa abulia do Poder Judiciário em aplicá-lo, como se fosse possível a existência de um instituto de estatura constitucional criado, na linguagem matemática, para reger um conjunto vazio.

Notas

¹ Há inegável expansão da idéia de direitos fundamentais que pode, certamente, provocar o risco de sua banalização e conseqüente enfraquecimento.

² Cf. Novais, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. — Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

³ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. — Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5.

⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3 ed. rev e ampl. — São Paulo: Saraiva, 2003.

⁵ COMPARATO, op. cit., p. 37.

⁶ Sobre as características normalmente assentadas sobre o jusnaturalismo, veja-se Celso Lafer, *A Reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 1988, especialmente p. 36.

⁷ COMPARATO, Fábio Konder, op. cit., p. 57.

⁸ *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais/Ana Cláudia Távora Pereira... [et al.]*; coord. Willis Santiago Guerra Filho. — Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 12.

⁹ *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. 1, arts. 1º ao 157, 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 50.

¹⁰ Ver, *inter plures*, J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 6ª. Edição, Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 63.

¹¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil – ley, derechos, justicia*. Trad. de Marina Gascon, 3ª. Ed. 1999, p. 13.

¹² Sociedades marcadas pela presença de grupos sociais com interesses, ideologias e projetos diferentes, sem que nenhum possa impor-se aos outros.

¹³ Coerentemente, o autor afirma que “A coexistência de valores e princípios sobre os quais hoje deve basear-se necessariamente uma constituição para não renunciar a seus atributos de unidade

e integração e, ao mesmo tempo, não se fazer incompatível com a sua base pluralista, exige que cada um desses valores e princípios se assumam com caráter não absoluto, compatível com aqueles outros com os quais deve conviver. Somente assume caráter absoluto o metavalor que se expressa no duplo imperativo do pluralismo dos valores (no tocante ao aspecto substancial) e lealdade no seu exame (no tocante ao aspecto procedimental)".n/tradução, p. 14.

¹⁴ HESSE, Konrad, *A força normativa da constituição*, trad. Gilmar Ferreira Mendes – Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991, p.13.

¹⁵ LA SALLE, Ferdinand, *A essência da Constituição*, 2ª. Edição, Rio de Janeiro: Líber Júriss, 1988, *passim*.

¹⁶ Na expressão “exercentes do poder político” não de estar compreendidas as forças extra-institucionais do poder, os *pressure groups*, com aptidão para influenciar, em maior ou menor grau, sobre a formação do pacto fundador.

¹⁷ TEIXEIRA, Meirelles, *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 58.

¹⁸ Constitui esse princípio, acolhido no rol das modernas constituições (v.g. as do Brasil, Portugal, art. 1º, e Alemanha, art. 1º), ao lado do direito à vida, o núcleo essencial da proteção aos direitos fundamentais.

¹⁹ Cf. Eros Roberto Grau. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*, São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 1990, p. 214.

²⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu, *Constituição e Constituinte*, 3ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 21.

²¹ Cf. Daniel Sarmento, Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de bens, *in: Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2ª. Edição, revista e atualizada, Organizador: Ricardo Lobo Torres, Temas Renovar, pp. 36/37.

²² *Inter plures*, confirmam-se Celso Lafer, Filosofia do Direito e Princípios Gerais: considerações sobre a pergunta “o que é a filosofia do Direito, *in* O que é a filosofia do Direito, Barueri.SP: manole, 2004, p. 62; Raquel Denize Stumm, Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 42; Willis Santiago Guerra Filho, Hermenêutica Constitucional, direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade, *in: Hermenêutica Plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos/ organizadores* Carlos Eduardo de Abreu Boucault, José Rodrigo Rodriguez. — São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.394; Daniel Sarmento, obra citada, p. 52..

²³ Os princípios podem ser densificados por subprincípios ou por regras.

²⁴ Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. trad. De Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10ª. ed. Brasília: Editora Unb, 1999. p. 80.

²⁵ Cabe, entretanto, o registro de que, em outra passagem, p. 113, Bobbio afirma que a coerência não é condição de validade, mas é sempre condição para a *justiça* do ordenamento.

²⁶ NEVES, Marcelo. *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*. São Paulo: Saraiva, 1988, pp. 3/11.

²⁷ *Idem*, p. 9.

²⁸ O Professor Tercio Sampaio Ferraz Junior distingue: (i) antinomia lógico-matemática, quando um enunciado é simultaneamente contraditório e demonstrável; (ii) antinomia semântica, quando resulta de deduções corretas baseadas em premissas coerentes mas que possuem incoerências ocultas na estrutura de níveis de pensamento e da linguagem e (iii) antinomia pragmática, quando as seguintes condições são preenchidas: 1) forte relação complementar entre o emissor de uma mensagem e seu receptor; 2) nos quadros dessa relação é dada uma instrução que deve ser obedecida mas que deve ser desobedecida; 3) o receptor fica numa posição insustentável. Nessa terceira modalidade, situa a antinomia jurídica. *In*, Introdução, pp. 207/209.

²⁹ Obra citada, p. 36.

³⁰ Como preleciona o Professor Tercio Sampaio Ferraz Junior. Introdução, p. 209.

³¹ É reconhecido, desde logo, o caráter plurívoco do termo eficácia que aqui é utilizado como a aptidão da norma para produzir efeitos.

³² Distinguem-se, também, as antinomias em próprias e impróprias e, quanto à extensão, em antinomia *total-total*; antinomia *total-parcial* e antinomia *parcial-parcial*. Quanto a essa última distinção, cf. Alf Ross, *Direito e Justiça*, trad. Edson Bini — Bauru.SP: Edipro. 2003, p. 158.

³³ Cf. Inocêncio Mártires Coelho, *Racionalidade Hermenêutica: Acertos e Equívocos*, *in* As vertentes do Direito Constitucional contemporâneo, coordenador Ives Gandra da Silva Martins, - Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 360.

³⁴ Obra citada, pp. 107/110.

³⁵ Obra citada, p. 191.

³⁶ *Apud* Carlos Mário Velloso, *O Superior Tribunal de Justiça (competências originária e recursal), in* Recursos no Superior Tribunal de Justiça, pág. 3.

³⁷ *Apud* Mauro Cappelletti, *Juízes Legisladores?* pág. 93.

³⁸ Pinto Ferreira, *op. cit.* pág. 20/21.

³⁹ Segundo Carlos Mário Velloso, o controle político “é feito por órgão de natureza política, órgão não integrante do poder judiciário, órgão do legislativo ou do executivo ou órgão especial.”, *in* RDP, vol. 92, pág. 45.

⁴⁰ *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da constituição*, trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

⁴¹ Obra citada, p. 41.

⁴² Ver Intervenção Federal nº 2.915-5, relator o Ministro Gilmar Mendes.

⁴³ Afinal como adverte criticamente, Inocêncio Coelho, o que significam objetivamente, expressões tais como *unidade da constituição*, *concordância prática*, *interpretação conforme*, *exatidão funcional* ou *máxima efetividade* com que se rotulam os princípios da interpretação constitucional se também essas locuções estão sujeitas a contradições e conflitos de interpreta-

ção? A que resultados, minimamente controláveis se pode chegar partindo de métodos cuja esotérica denominação — *hermenêutico-concretizador*, *científico espiritual* ou *normativo-estruturante*, por exemplo — mais confunde do que orienta os que adentram o labirinto da sua utilização? in *Racionalidade Hermenêutica*, cit. P. 366.

⁴⁴ Gomes Canotilho, obra citada, p. 226.

⁴⁵ Ob e loc. Cit.

⁴⁶ Os Direitos Fundamentais. Problemas Jurídicos, Particularmente em face da Constituição Brasileira de 1988. Revista de Direito Administrativo nº 203: 1-10, 1996.

⁴⁷ Obra citada, *passim*.

⁴⁸ In: *A nova Interpretação Constitucional - Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, organizador Luís Roberto Barroso. Renovar, 2003, pp. 49/118.

⁴⁹ Groupe d'Etudes et de Recherches sur la Jstice Constitutionnelle, Direction: Louis Favoreu.: Paris: Econômica; Aix-en-Provence: Presses Universitaires, d'Aix-en-Marseille, 2001, p. 519.

⁵⁰ Idem, p. 608.

Resumo

O presente texto aborda a interpretação constitucional, a partir de uma presumível existência de antinomias constitucionais, relativamente à garantia da efetividade dos direitos fundamentais. Constata a necessidade de solucioná-las por meio de critérios e métodos adequados, vislumbrando-se a hipótese da utilização do critério da ponderação como uma solução possível.

Palavras-chave: Interpretação constitucional – Antinomias constitucionais – Garantia da efetividade dos direitos fundamentais – Critério da ponderação.

Abstract

The present text deals with the constitutional interpretation from the perspective of the presumable existence of constitutional antinomies concerning the guarantee of the effectiveness of the basic rights. It considers the necessity of solving them through and appropriate criteria and methods, with a particular reference to the criterion of the consideration as a possible response.

Key words: Constitutional interpretation – Constitutional antinomies – Guarantee of the effectiveness of the basic rights – Criterion of the consideration.

Resumen

El texto aborda la interpretación constitucional desde de la perspectiva de la existencia presumida de antinomias constitucionales en lo que atañe a la garantía de la efectividad de los derechos fundamentales, constatándose la necesidad de solucionarlas por criterios y métodos adecuados, considerando se la hipótesis de empleo del criterio de la ponderación como solución posible.

Palabras clave: Interpretación constitucional; Antinomias constitucionales; Garantía de la efectividad de los derechos fundamentales; Criterio de ponderación.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A questão processual posta no CPC e no NCCB. O momento da interrupção da prescrição: do ajuizamento da ação ou do despacho que determinou a citação. 3. Critérios normativos de interpretação da norma para eliminar antinomias. Choque de critérios normativos: o cronológico e o de especialidade. 4. Resolução da questão: aplicação do princípio supremo da justiça. 5. Referência bibliográfica.

1. Introdução

Com a vigência do Novo Código Civil Brasileiro, a doutrina e a jurisprudência muito têm discutido acerca de qual seria o momento correto em que a prescrição é interrompida.

É que o artigo 219 do Código de Processo Civil refere-se à citação com a efetivação da sua realização e a partir daí, conforme disciplinam os parágrafos do referido artigo, a interrupção retroagirá ao dia do ajuizamento da ação. Para tanto, tem-se a necessidade da validade do ato citatório e do cumprimento de prazos estipulados pela legislação.

Do outro lado, o Novo Código Civil Brasileiro, no artigo 202, inciso I, prevê que o despacho do juiz que determina a citação interrompe a prescrição. É o ato que, ao receber a inicial e constatada a presença dos requisitos, profere o magistrado para fins de cumprimento do art. 285 do Código de Processo Civil.¹

Daí o aparente conflito de normas do Novo Código Civil Brasileiro e do Código de Processo Civil, no tocante ao momento preciso de quando se interrompe a prescrição, em matéria cível. Para tanto, torna-se necessário analisar os critérios normativos de interpretação consubstanciados, em antinomia aparente (vg: hierárquico, cronológico etc) ou se realmente cuida-se hipótese da antinomia real sendo este último caso imprescindível para solucionar a questão da aplicação do princípio do mais justo.

2. A questão processual posta no CPC e no NCCB. O momento da interrupção da prescrição: do ajuizamento da ação ou do despacho que determinou a citação

Nos moldes do artigo 219 § 1º, do CPC, efetivada a citação do réu (leia-se: validamente), tem-se como interrompida a prescrição e, com base no referido parágrafo, determina o CPC que ela retroaja à data da propositura da ação.

Na leitura do Código de Processo Civil, considera-se proposta a ação quando a petição inicial é despachada pelo juiz ou a ação distribuída nos foros em que há mais de um juízo, que é a regra atualmente (CPC, art. 263).²

É importante lembrar que o ato citatório determinado pelo juiz, ao receber a inicial, pode até estar eivado de incompetência absoluta e, obviamente, também de relativa, em nada afetando a validade do ato da citação e seus efeitos materiais, que são a interrupção da prescrição e a constituição do devedor em mora. (CPC, caput do art. 219)

Apresenta-se também importante registrar que, para retroação do efeito da interrupção da prescrição à data da propositura da ação, torna-se imprescindível o cumprimento do prazo fixado pela lei. Esse prazo é de dez dias prorrogável até 90 dias. (art. 219, § 3º, do CPC)³. Dessa feita, tem-se que o prazo máximo para a citação é de cem dias, a contar da data em que o juiz ordena a citação.

Se ela se realiza nesse prazo, a eficácia interruptiva retroage à data da propositura da ação. Do contrário, não haverá a retroação, e a eficácia interruptiva só ocorrerá com a citação propriamente.^{4 5}

Tal raciocínio não se aplica se o descumprimento do referido prazo deu-se por culpa da parte, a quem incumbia promover a citação⁶; nesse caso, o momento da interrupção da prescrição é a data da citação, tornando-se, portanto, irrelevante a data da propositura da ação.

No entanto, o prazo pode ser ultrapassado sem prejudicar a retroação da eficácia interruptiva, se o atraso não puder ser atribuído à culpa do autor da demanda. Nesse sentido, o enunciado da Súmula 106 do STJ, que prevê: “*Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência*”.

Resta, assim, clara a necessidade de bem definir a culpa pelo atraso na efetivação do ato citatório, para fins de delimitação do momento correto da interrupção da prescrição.⁷

Essas considerações apresentadas estão referendadas pelo Código de Pro-

cesso Civil, a quem compete estabelecer as regras do ato de citação por parte do juiz, por ser matéria essencialmente processual.

Com o Novo Código Civil Brasileiro, conforme já registrado, traz o artigo no art. 202, I, que a prescrição é interrompida “*por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual*”.

Com a nova legislação, sem esforço de exegese, vê-se que o momento da interrupção da prescrição restou alterado ao prever tal artigo que o despacho do juiz, que ordenar a citação, é que determinará a interrupção da prescrição e não mais, na linha do diploma processual, a data do ajuizamento da ação.

Observe-se também que a legislação civil qualificou expressamente o conteúdo do despacho do magistrado, descartando desde logo o despacho que determinava, por exemplo, a emenda da inicial.

A fixação do momento preciso traz inúmeras consequências práticas importantes para as partes envolvidas no processo e daí surge a devida preocupação na resolução da questão posta com o intuito precípuo de evitar inseguranças jurídicas às partes e à sociedade como um todo.

3. Critérios normativos de interpretação da norma para eliminar antinomias. Choque de critérios normativos: o cronológico e o de especialidade

Ensina Hans Kelsen que, para existir conflito normativo, as duas normas devem ser válidas, pois se uma delas não o for, não haverá qualquer antinomia, posto que uma das normas não mais existiria.⁸

No caso presente, resta clara a antinomia jurídica entre os dispositivos do NCCB e o CPC, quando as legislações diferentemente fixam momentos distintos para a interrupção da prescrição. Ambas as normas são válidas, preenchendo o requisito posto por Kelsen.

Por força da antinomia existente, o aplicador do direito naturalmente ficará em dilema pois terá que escolher qual norma deverá prevalecer e, por óbvio, a sua opção resultará na violação da outra.

Por isso, como ensina a professora Maria Helena Diniz, a ciência jurídica, amparada na coerência do sistema, aponta critérios a que o aplicador deverá recorrer para sair dessa situação anormal. Explica ela “*que tais critérios não são princípios lógicos, assim como o conflito normativo não é uma contradição lógica. São critérios normativos, princípios jurídico-positivos, pressupostos implicitamente pelo legislador, apesar de se aproximarem muito das presunções.*”⁹

Dentre os critérios existentes, partiremos da análise do critério normativo cronológico - “*lex posterior derogat legi priori*” -, que aparentemente seria a solução do conflito entre as normas do NCCB E CPC quanto à definição do momento para a interrupção da prescrição.

Aplica-se o critério cronológico (“*lex posterior derogat legi priori*”), quando há duas normas pertencentes ao mesmo escalão e, por força desse critério, a última prevalecerá sobre a anterior.

Como ensina Alf Ross, citado pela Professora Maria Helena Diniz, o critério cronológico trata-se, indubitavelmente, de um princípio jurídico fundamental, mesmo que não esteja expresso em norma positiva. Pode o legislador revogar lei anterior, criando uma nova lei com ela incompatível, que ocupará seu lugar.¹⁰

É, por outro lado, importante observar que a *lex posterior* apenas será aplicada se o legislador teve o propósito de afastar a anterior. Todavia, nada obsta que tenha tido a intenção de incorporar a nova norma, de modo harmônico, ao direito existente. A decisão sobre qual das duas possibilidades deve ser aplicada ao caso concreto dependerá de uma resolução alheia ao texto.

Diferentemente, o professor Cássio Scarpinella aplica o critério cronológico prevalecendo-se no seu entender o que disciplina o Código Civil Brasileiro, *verbis*: “O inciso I do art. 202 do Código Civil, de seu turno, disciplina que é o “despacho” do juiz que determina a citação que a interrompe, isto é, o ato que o juiz profere para os fins do art. 285. Considerando que o Código Civil é lei mais recente que trata no particular, do *mesmo* assunto, dando a ele *nova e distinta* disciplina, deve prevalecer a orientação do precitado inciso I do seu art. 202, impertinente que a regra venha veiculada em outra lei que não o Código *de Processo* Civil. Trata-se do que vem sendo chamado pela doutrina de normas “heterotópicas”.¹¹

Com o intuito de solucionar o caso em concreto, ora em análise, observa-se acerca da necessidade de se verificar outro critério normativo interpretativo, que é o critério da especialidade. É que ao Código de Processo Civil compete regulamentar os instrumentos processuais dentre eles, que são infinitos, tem-se o instituto da citação e os seus efeitos que estão bem delineados no diploma processual de forma minuciosa nos seus incisos do art. 219 do CPC.

Dessa feita, há de se registrar que haveria uma antinomia entre os conflitos normativos ao aplicarmos simultaneamente o critério cronológico e o critério da

especialidade. Se aplicar o primeiro, a norma que deve ser aplicada é o do Código Civil Brasileiro; se por outro lado, aplicar-se o segundo critério, a norma aplicada seria o do Código de Processo Civil.

Ao apresentar conflitos entre os próprios critérios normativos, muitas das vezes a solução está no princípio do justo. Senão, vejamos.

Ensina a professora Maria Helena Diniz que em caso de antinomia entre o critério de especialidade e o cronológico, valeria o metacritério *lex posterior generalis non derogat priori speciali*, segundo o qual a regra de especialidade prevaleceria sobre a cronológica. Esse metacritério é parcialmente inefetivo, por ser menos seguro que o anterior. A meta-regra *lex posterior generalis non derogat priori speciali* não tem valor absoluto, dando que, às vezes, *lex posterior generalis non derogat priori speciali*, tendo em vista certas circunstâncias presentes.

Conclui, nesse particular, a professora que a preferência entre um critério e outro não é evidente, pois se constata uma oscilação entre eles. Não há, portanto, regra definida; conforme o caso, haverá supremacia ora de um, ora de outro critério.¹²

Considerando a dificuldade em definir a aplicação de apenas um critério – em razão do choque de critérios normativos, a solução estar-se-ia no princípio supremo da justiça. Isso significa que entre normas incompatíveis dever-se-á escolher a mais justa. Pode-se assim afirmar, nas palavras da professora Maria Helena Diniz, porque os “*referidos critérios não são axiomas, visto que gravitam na interpretação ao lado de considerações valorativas, fazendo com que a lei seja aplicada de acordo com a consciência jurídica popular e com os objetivos sociais.*”¹³

4. Resolução da questão: aplicação do princípio supremo da justiça

Diante da antinomia entre os princípios normativos interpretativos, pergunta-se: qual é a norma mais justa? A do art. 202, inciso I, do NCCB ou a do art. 219, parágrafo 1º do CPC?

Dispõe o art. 202, inciso I, do NCCB que a prescrição é interrompida “*por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual.*”

Do outro lado, o art. 219, parágrafo primeiro, do CPC, registra que quando da efetivação da citação ocorrerá a interrupção da prescrição retroagindo-a à data do ajuizamento da ação.

A cada nova legislação, busca-se incessantemente a efetividade da prestação jurisdicional consubstanciada em processos de resultados. Tudo isso para alcançar o que sempre Rui Barbosa afirmou que “justiça tardia, não é justiça”.

A própria Constituição Federal trouxe, na Emenda Constitucional n.º 45/2004, a exigência de que o processo perdure em tempo razoável, ao lado de outros institutos como o da repercussão geral e a da súmula vinculante. Todos os novos institutos com o único e precípua objetivo: efetividade na prestação jurisdicional.

Também se extrai da Constituição Federal o princípio que garante o devido processo legal, o acesso à Justiça e que resulta na aplicação da lei na eficiente prestação jurisdicional.¹⁴

Sob esse ângulo, deve-se buscar a norma mais justa para definir o momento ideal para interrupção da prescrição: ajuizamento da ação ou despacho do juiz que determinou o “cite-se”.

Percebe-se que a prevalência da norma do NCCB traria mais transtornos para as partes e também para o magistrado.¹⁵ É que a interrupção da prescrição na data do despacho, após a efetivação da citação, exigiria em exíguo prazo conclusão dos autos e, sobretudo, a análise detida de imediato se realmente os requisitos da inicial teriam sido ou não todos preenchidos.

É que, quando se fala em retroação da interrupção à data do ajuizamento da ação, nota-se que a parte autora, que contabilizou o seu prazo, como regra, não iria ajuizar ação prescrita sobretudo consciente de que a citação válida tem a força de interromper a prescrição com a data retroativa à data do seu ajuizamento.

De outra banda, tal raciocínio também se aplica na hipótese de interrupção do NCCB mas com a preocupação de quantos dias, após o ajuizamento da ação, poderia ocorrer a prescrição, papel esse que, nessa linha de raciocínio, poderá competir ao magistrado que já notoriamente possui a sobrecarga de processo.

Resta claríssimo que essa dificuldade dá-se em razão da realidade calcada em acúmulos de processos em razão da crescente demanda por parte dos consumidores da justiça, que a cada dia estão mais conscientes dos seus deveres e obrigações.

Daí afirmar que, ao aplicar o princípio supremo da justiça, vê-se que a norma mais justa para as partes e também para o aplicador do direito é a prevista no art. 219, parágrafo primeiro, do CPC, que prevê a interrupção da prescrição com a efetividade da citação: retroagirá à data do ajuizamento da ação.^{16 17 18}

Tal dispositivo dá maior segurança às partes e ao magistrado para análise do preenchimento dos requisitos da inicial e também atribuir a ele averiguar o dia que se prescreve a ação que acabara de ser conclusos.

A solução posta – aplicação do dispositivo processual - é indubitavelmente a aplicação do devido processo legal calcado no acesso à justiça e na busca da prestação jurisdicional efetiva.

Diante de todo o exposto, explica a professora Maria Helena Diniz que o sistema jurídico deve, teoricamente, ser coerente, por isso deve excluir asserção sobre qualquer inconsistência normativa. A bem da verdade, o princípio da unidade do sistema jurídico conduz à questão da correção do direito incorreto.¹⁹

Ora, se houver conflito normativo, ter-se-á um estado incorreto do sistema que deverá ser solucionado, ante o princípio da resolução das contradições lógicas das asserções sobre as normas feitas pelo jurista ao elaborar o sistema.²⁰

Busca, portanto, em situações como essa ora em análise, a utilização de uma interpretação corretivo-equitativa, apontando critérios para reconhecer e solucionar as antinomias.

Por fim, cumpre destacar a importância do Poder Legislativo para solucionar as lacunas e as antinomias por ventura existentes. É que o caso concreto poderá ser solucionado pelo aplicador do direito, mas a inconsistência normativa ou lacuna persistirá na ordem jurídica.

5. Referências Bibliográficas

- BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil - Procedimento comum: ordinário e sumário 2, tomo I*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CORREIA, André de Luiz. *A citação no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 46.
- DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, v. I.
- LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado: parte geral (arts. 1º a 232)*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. I.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado e legislação extravagante*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 22ª ed. Rio de Janeiro:

Forense, 2007, v. I.

YARSHELL, Flávio. *A interrupção da prescrição pela citação: confronto entre o novo código civil e o código de processo civil*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 28.10.08.

Notas

¹ CPC, art. 285: “Estando em termos a petição inicial, o juiz a despachará, ordenando a citação do réu, para responder; do mandado constará que, não sendo contestada a ação se presumirão aceitos pelo réu, como verdadeiros, os fatos articulados pelo autor.”

² CPC, art. 263: “Considera-se proposta a ação, tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara. A propositura da ação, todavia, só produz, quanto ao réu, os efeitos mencionados no art. 219 depois que for validamente citado.”

³ CPC, art. 219, § 3º: “Não sendo citado o réu, o juiz prorrogará o prazo até o máximo de 90 (noventa) dias.”

⁴ CPC, art. 219, § 4º: Não se efetuando a citação nos prazos mencionados nos parágrafos antecedentes, haver-se-á por não interrompida a prescrição.”

⁵ Ensina Marinoni que “Seja como for, uma vez interrompida a prescrição, esta somente opera, ao menos em princípio, em relação aos sujeitos envolvidos no processo, não gerando qualquer efeito para terceiros que não façam parte da relação processual, embora pudessem ser co-titulares da relação material deduzida (art. 204 do CC). Ressalva-se aqui a situação da obrigação solidária, em que a interrupção da prescrição, em face de credor solidário ou de devedor solidário, estende-se aos demais (art. 204, § 1º, do CC).” MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 132.

⁶ CPC, art. 219, § 2º: “Incumbe à parte promover a citação do réu nos 10 (dez) dias subseqüentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário.”

⁷ Cf. LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado: parte geral* (arts. 1º a 232). 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. I, pp. 534 e 544: “A determinação de citação, como causa interruptiva da prescrição, por despacho de juiz incompetente, não será considerada válida se decorrente de erro grosseiro da distribuição do processo; portanto, tem de estar presente a boa-fé do autor da ação. Cumpre analisar a hipótese referente à validade da citação, como causa interruptiva da prescrição, ordenada em processo que venha a ser anulado. A interrupção não será afetada se a anulação processual não foi decretada por vício da própria citação.”

⁸ DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 33.

⁹ Idem, *ibidem*.

¹⁰ Cf. DINIZ, Maria Helena. *Op.cit.*, pp. 34, 35 e 36.

¹¹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil - Procedimento comum: ordinário e sumário 2, tomo I*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 117.

¹² Cf. DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.50.

¹³ Cf. DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 112.

¹⁴ Cf. YARSHELL, Flávio. *A interrupção da prescrição pela citação: confronto entre o novo código civil e o código de processo civil*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 28.10.08.

¹⁵ Cf. O professor Marcus Vinicius apóia os ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves: “tal dispositivo não pode, todavia, sofrer uma interpretação literal, sob pena de constituir indesejável retrocesso doutrinário e legal. A interpretação sistemática conduz à conclusão de que a interrupção da prescrição continua a retroagir à data da propositura da ação, desde que o autor cumpra o ônus de promover a citação do réu no prazo estabelecido”. GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, v. I, p. 356.

¹⁶ Nesse sentido, Nelson Nery Junior ao abordar o tema da seguinte forma: “A aparente antinomia entre o CC, 202, I e o CPC, 219, § 1º deve ser afastada pela interpretação sistemática dos dois dispositivos: qualquer que seja a causa interruptiva da prescrição (despacho ou citação), sua demora pelo funcionamento da máquina judiciária não pode apenar o autor, que agiu e ajuizou a ação antes de esgotado o prazo para o exercício da pretensão de direito material. Em outras palavras, os efeitos interruptivos da prescrição retroagem à data do ajuizamento ou da propositura da ação, conforme determina o CPC, 219, § 1º.” NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado e legislação extravagante*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 289.

¹⁷ Nesse sentido, tem-se a conclusão de que a interrupção da prescrição continua a retroagir à data da propositura da demanda. Tal se justifica, sob o ângulo da técnica jurídica, como corretamente sustenta Flávio Luiz Yarshell, “porque, embora o novo Código Civil pareça revitalizar as regras constantes do Código de Processo Civil de 1939 e de 1973 em sua redação original (o que faria ao falar na interrupção ‘por despacho do juiz, ainda que incompetente, que ordenar a citação’), fato é que a nova lei foi também expressa ao remeter à lei processual que, como visto, é preempatória ao fazer retroagir à data da propositura o momento da interrupção (sempre na mesma premissa de que o autor não seja desidioso)”. Cf. YARSHELL, Flávio. *A interrupção da prescrição pela citação: confronto entre o novo código civil e o código de processo civil*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 28.10.08.

¹⁸ Lembra ainda o professor Flavio Yarshell que “o projeto de reforma do Código brasileiro tramitou durante mais de vinte e cinco anos no Congresso Nacional, “de tal sorte que a regra constante do art. 202, I, da nova lei não pode ser tomada apenas em sua literalidade, mas sim no confronto com a opção feita pelo legislador quando da edição da citada Lei n. 8.952/94 e que, como visto, alterou o sistema para fazer o efeito interruptivo retroagir ao momento do ajuizamento”. Cf. YARSHELL, Flávio. *A interrupção da prescrição pela citação: confronto entre o novo código civil e o código de processo civil*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 28.10.08.

¹⁹ Cf. DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 113

²⁰ Afirma a professora Maria Helena Diniz que “As antinomias jurídicas aparecem como elementos do sistema jurídico, cuja construção requer a resolução dos conflitos normativos, pois todo sistema deve e pode alcançar uma coerência interna. Por isso, a moderna epistemologia procura racionalizar a atividade científico-jurídica, que deve buscar a coerência lógica, condição necessária do pensamento jurídico. Assim a compatibilidade entre as normas num sistema resulta de um

processo interpretativo do jurista. Deve haver uma relação lógica e coerente entre os enunciados normativos conectados pelo cientista do direito. O direito apesar de não ser, convém repetir, um sistema, pode ser estudado sistematicamente pelo jurista, que, por meio de uma operação lógica, procura estabelecer entre as normas certa unidade de sentido.” DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 127.

Resumo

O propósito da autora em seu artigo é examinar as disposições normativas do Novo Código Civil Brasileiro e do Código de Processo Civil, concernentes ao tema da causa interruptiva da prescrição em matéria cível, com vistas a determinar se há antinomia aparente. É necessário, nessa hipótese, apreciar os critérios normativos de interpretação pertinentes, ou se resta configurada a antinomia real, que por sua vez reclama a aplicação do princípio supremo da justiça.

Palavras-chave: Novo Código Civil Brasileiro - Código de Processo Civil - interrupção da prescrição – antinomia aparente - antinomia real - princípio supremo da justiça.

Abstract

The purpose of the author in his article is to examine the normative provisions of the New Brazilian Civil Code and the Code of Civil Procedure, concerning the subject of the interruption of the prescription in civil matter, in order to determine if there is an apparent antinomy, being necessary, in this hypothesis, to appreciate the prescriptive relevant criteria of interpretation, or if remains configured a real antinomy, which demands the application of supreme principle of justice.

Key-words: New Civil Brazilian Code - Code of Civil Process - interruption of the prescription – apparent antinomy – real antinomy – supreme principle of justice.

Resumen

El propósito de la autora en su artículo es examinar las disposiciones normativas del Nuevo Código Brasileño y del Código de Proceso Civil, concernientes al tema de la causa interruptiva de la prescripción en materia civil, a fin de determinar si hay antinomia aparente, siendo necesario, en esa hipótesis, apreciar los criterios normativos de interpretación pertinentes, o si resta configurada la antinomia real, que

a su vez exige la aplicación del principio supremo de la justicia.

Palabras clave: Nuevo Código Brasileño – Código de Proceso Civil – Interrupción de la prescripción – Antinomia aparente – Antinomia real – Principio supremo de la justicia.

Luiz Flávio Gomes

Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito da USP. Doutor em Direito Penal pela Universidade Complutense de Madri (Espanha). É diretor-presidente da Rede de Ensino LFG.

Lei 11.690/08 e provas ilícitas: conceito e inadmissibilidade

São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos — Constituição Federal, artigo 5º, inciso LVI. Nesse dispositivo constitucional reside o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas que, finalmente, foram devidamente disciplinadas pela legislação ordinária (Lei 11.690/08).

Provas ilícitas, em virtude da nova redação dada ao artigo 157 do CPP (Código de Processo Penal) pela Lei 11.690/08, são “as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”. Em outras palavras: prova ilícita é a que viola regra de direito material, constitucional ou legal, no momento de sua obtenção (confissão mediante tortura, *v.g.*). Essa obtenção, de qualquer modo, sempre se dá fora do processo. É, portanto, sempre extraprocessual.

O artigo 32 da Constituição portuguesa bem exemplifica o que se entende por prova ilícita: “São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”.

Como se vê, o tema das provas ilícitas tem total afinidade com o dos direitos fundamentais da pessoa. Todas as regras que disciplinam a obtenção das provas são, evidentemente, voltadas para os órgãos persecutórios do Estado, que não podem conquistar nenhuma prova violando as limitações constitucionais e legais existentes. Descobrir a verdade dos fatos ocorridos é função do Estado, mas isso não pode ser feito a qualquer custo.

Prova ilegítima é a que viola regra de direito processual no momento de sua obtenção em juízo (ou seja: no momento em que é produzida no processo). Exemplo: oitiva de pessoas que não podem depor, como é o caso do advogado que não pode nada informar sobre o que soube no exercício da sua profissão (artigo 207, do CPP). Outro exemplo: interrogatório sem a presença de advogado; colheita de um depoimento sem advogado etc. A prova ilegítima, como se vê, é sempre intraprocessual (ou endoprocessual).

O fato de uma prova violar uma regra de direito processual, portanto, nem sempre conduz ao reconhecimento de uma prova ilegítima. Por exemplo: busca e apreensão domiciliar determinada por autoridade policial (isso está vedado pela CF, artigo 5º, X, que nesse caso exige ordem judicial assim como pelo CPP —artigo 240 e ss.). Como se trata de uma prova obtida fora do processo, cuida-se de prova ilícita, ainda que viole concomitantemente duas regras: uma material (constitucional) e outra processual.

Conclusão: o que é decisivo para se descobrir se uma prova é ilícita ou ilegítima é o *locus* da sua obtenção: dentro ou fora do processo. De qualquer maneira, combinando-se o que diz a CF, artigo 5º, inc. LVI (“São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos) com o que ficou assentado no novo artigo 157 do CPP (“ilícitas são as provas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”), se vê que umas e outras (ilícitas ou ilegítimas) passaram a ter um mesmo e único regramento jurídico: são inadmissíveis (cf. PACHECO, Denílson Feitoza, Direito processual penal, 3. ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2005, p. 812).

Dizia-se que a CF, no artigo 5º, LVI, somente seria aplicável às provas ilícitas ou ilegítimas ao mesmo tempo, ou seja, não se aplicaria para as provas (exclusivamente) ilegítimas. Para esta última valeria o sistema da nulidade, enquanto para as primeiras vigoraria o sistema da inadmissibilidade. Ambas as provas (ilícitas ou ilegítimas), em princípio, não valem (há exceções, como veremos), mas os sistemas seriam distintos.

Essa doutrina já não pode ser acolhida (diante da nova regulamentação legal do assunto). Quando o artigo 157 (do CPP) fala em violação a normas constitucionais ou legais, não distingue se a norma legal é material ou processual. Qualquer violação ao devido processo legal, em síntese, conduz à ilicitude da prova (cf. Mendes, Gilmar Ferreira *et alii*, Curso de Direito constitucional, São Paulo: Saraiva: 2007, p. 604-605, que sublinham: “A obtenção de provas sem a observância das garantias previstas na ordem constitucional ou em contrariedade ao disposto em normas fundamentais de procedimento configurará afronta ao princípio do devido processo legal”).

Paralelamente às normas constitucionais e legais existem também as normas internacionais (previstas em tratados de direitos humanos). Por exemplo: Convenção Americana sobre Direitos Humanos. No seu artigo 8º ela cuida de uma série (enorme) de garantias. Provas colhidas com violação dessas garantias são provas que colidem com o devido processo legal. Logo, são obtidas de forma ilícita.

Uma das garantias previstas no artigo 8º diz respeito à necessidade de o réu se comunicar livre e reservadamente com seu advogado. Caso essa garantia não seja observada no momento da obtenção da prova (depoimento de uma testemunha, v.g.), não há dúvida que se trata de uma prova ilícita (porque violadora de uma garantia processual prevista na citada Convenção).

Não importa, como se vê, se a norma violada é constitucional ou internacional ou legal, se material ou processual: caso venha a prova a ser obtida em violação a qualquer uma dessas normas, não há como deixar de concluir pela sua ilicitude (que conduz, automaticamente, ao sistema da inadmissibilidade).

Pietro Lemos Costa

Professor de Introdução ao Direito da UPIS. Especialista em Direito do Trabalho e Direito Público. Servidor do Ministério Público Militar.

Um novo “Iluminismo” no direito da pós-modernidade

Intenta-se neste artigo propor que a pós-modernidade ou modernidade tardia estabelece novos desafios, como também propõe e incita um novo “Iluminismo” na forma de pensar o direito, em decorrência da conjugação de vários fatores, tais como: as fronteiras entre o direito privado e o direito público se tornaram permeáveis e pouco discerníveis; vislumbra-se o rompimento de paradigmas liberais do Estado como *locus* da identidade cultural, do direito codificado como sistema dotado de completude, e da identidade una, indivisível e racional do sujeito (concepção cartesiana).

A globalização, de fato, não comporta um fenômeno tão recente, de modo que é factível destacá-la como elemento profundamente enraizado na modernidade. A modernidade é inerentemente globalizante¹. Tal premissa se atesta pelo fato de que o capital, invenção da era moderna, nunca permitiu que suas aspirações fossem determinadas por limites nacionais, de modo que o capitalismo foi desde o começo assunto da economia mundial e não dos estados-nação.²

A globalização pode ser definida como a intensificação das relações sociais em escala mundial, que liga localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo em muitas milhas de distância e vice-versa. Tal fenômeno se configurou com maior solidez na modernidade tardia ou pós-modernidade (segunda metade do século XX), deslocando as identidades culturais nacionais.

No contexto da globalização, o modelo do Estado-nação passou a seguir uma estratégia de desregulamentação, não mais detendo o controle exclusivo dos processos econômicos, culturais e políticos, de sorte que o poder, conforme acentua Bauman, tornou-se desterritorializado, inserido no circuito mundial do capital e da informação, sujeito às forças do mercado, naturalmente extraterritoriais. A globalização econômica tem demandado reformas estruturais, como a já aludida descentralização e o evoluir de agências reguladoras, além de privatizações e delegações de competência que destituem o caráter unitário e absoluto da soberania no matiz clássico. Registra o sociólogo polonês Zygmunt Bauman³:

‘globalização’ significa que a rede de dependências adquire com rapidez um âmbito mundial – processo que não é acompanhado na mesma extensão pelas instituições passíveis de controle político e pelo surgimento de qualquer coisa que se assemelhe a uma cultura verdadeiramente global. Bem entrelaçado com o desenvolvimento desigual da economia, da política e da cultura (outrora coordenadas no quadro do Estado-nação) está a separação do poder em relação à política; o poder, enquanto incorporado na circulação mundial do capital e da informação, torna-se extraterritorial, enquanto as instituições políticas existentes permanecem, como antes, locais. Isso leva inevitavelmente ao enfraquecimento do Estado-nação; não mais capazes de reunir recursos suficientes para manter as contas em dia com eficiência e de realizar uma política social independente, os governos dos Estados não têm escolha senão seguirem estratégias de desregulamentação: isto é, abrir mão do controle dos processos econômicos e culturais, e entrega-lo às “forças do mercado”, isto é, às forças essencialmente extraterritoriais.

O Estado, assim, deixa de ser definitivo e supremo em seu domínio, em razão do surgimento desse monstro colossal e desmedido, sem fronteiras, denominado globalização, que rompe os limites e fronteiras conceituais clássicos, regulando e dominando muitos territórios. A globalização não tem um *locus* preciso e específico de jurisdição e, nesta vereda, regulamenta diversos domínios, como a cultura, a política e o direito.

Sobre o deslocamento das identidades culturais nacionais, pontua Bauman: *“As nações, antes firmemente abrigadas na armadura da soberania multidimensional do Estado-nação, se acham num vazio institucional”*⁴.

O Estado, insiste ainda, *“não mais persiste os processos de integração social ou manejo sistêmico que faziam indispensáveis a regulação normativa, a administração da cultura e a mobilização patriótica”*⁵. Relega essas tarefas a forças sobre as quais não tem jurisdição, de modo que a única função deixada nas mãos dos governos estatais é o policiamento do território administrado, porquanto outras funções ortodoxas foram abandonadas ou passaram a ser compartilhadas, sendo parcialmente monitoradas pelo Estado e seus órgãos.

O imaginário social da modernidade tardia, diferentemente do que define a modernidade estrito senso de caráter jusracionalista, iluminista e liberal – na qual a estrutura da identidade no sistema social tem princípio articulador único –, deixa de consubstanciar a identidade como elemento localizado, seja na razão, na nação, ou

no povo, pretensas fontes do poder soberano do Estado. O Estado-nação, como consequência, não mais se afigura como agente de mobilização da integração social e promotor do bem comum, não consubstanciando uma instância de processamento da formação da identidade cultural pós-moderna, ao não mais ser identificado como instância de manifestação do poder soberano.

Vale sublinhar que a identidade cultural pós-moderna é nômade, e possuída de um rosto não muito bem acabado, tendo uma fisionomia insuscetível a uma classificação pontual e objetiva. Convém compreendê-la por mudança de significante, que permita a substituição do significado tradicional por definição que seja mais consentânea à contemporaneidade: a identidade insta ser entendida como identificação, no sentido de processo, transformação ou ação transformadora, desencadeada pela multiplicação, por meio do fenômeno globalizante, de sistemas de significação e representação cultural (multiplicidade cambiante de identidades).

A globalização econômica está intimamente conexonada com o pluralismo transnacional, decorrente da transnacionalização dos processos decisórios e da minimização da soberania do Estado nacional, o qual não consegue disciplinar e regular sua sociedade e economia exclusivamente por meio de seus instrumentos jurídicos tradicionais, tendo de conciliar seu ordenamento jurídico com o direito positivo transnacional, reduzindo ao extremo sua soberania.

Esse processo de desjuridificação do direito estatal ocorre *pari passu* com a juridificação dos procedimentos em nível das organizações transnacionais que estejam em condições de efetuar investimentos produtivos, de gerar empregos e receita tributária, de impor comportamentos etc. E também propicia a juridificação de organizações marginais, voltadas para o narcotráfico, lenocínio, comércio de bebês e de mulheres, lavagem de dinheiro etc.

Entrementes, sustenta Luiz Fernando Coelho que persiste mantida uma concepção juricista do Estado, o que não constitui exceção ao idealismo subjacente à ciência política tradicional, eis que o Estado é concebido em função de seu território e de sua soberania, além de manter, malgrado apenas na teoria, seu escopo voltado para o bem comum. O que em verdade ocorre é um deslocamento do lugar geométrico da soberania interna, eis que o Estado perde sua exclusividade para criação e revelação do direito e é cooptado pelas decisões, impositivas ou participativas, oriundas do conjunto econômico das organizações empresariais mundiais, a nova forma de organização política da sociedade, por meio da qual se impõe nova ordem mundial. Há, portanto, uma pluralidade das fontes do direito, dos interesses e formas de autoridade.

A globalização econômica fez o sistema social perder o seu vértice, com o pluralismo das fontes do direito, interesses e formas de autoridade, de maneira que a matriz clássica do conceito de soberania se depara em absoluto declínio, tornando-se insustentável insistir na viabilidade de sua unidade, irresistibilidade, absolutização e indivisibilidade.

A globalização, ao desencadear uma multiplicação de sistemas de significação e representação cultural, propiciou a confrontação dos sujeitos da sociedade contemporânea com uma multiplicidade desconcertante e cambiante de identidades possíveis. Ocorre nesse contexto, denominado pós-modernidade, a erosão da “identidade-mestra” da classe e a emergência de novas identidades, pertencentes à nova base política definida pelos novos movimentos sociais: o feminismo, as lutas negras, os movimentos de libertação nacional, os movimentos de libertação sexual e os movimentos antinucleares e ecológicos.

Para compreender lucidamente a questão da identidade na modernidade tardia ou pós-modernidade, cumpre delinear como se configurou no bojo dos tempos pré-modernos e modernos (concepção individual e sociológica do sujeito) e, ulteriormente, apontar as rupturas nos discursos do conhecimento moderno (descentramentos), consubstanciadas pelos cinco grandes avanços na teoria social e nas ciências humanas ocorridos no pensamento, os quais tiveram impacto para o período da modernidade tardia e cujo maior efeito foi o descentramento final do sujeito cartesiano (fragmentação do indivíduo moderno, até então considerado como sujeito unificado).

Nos tempos pré-modernos, os indivíduos tinham apoios estáveis nas tradições e estruturas, de modo que predominavam o *status*, a classificação e a posição de uma pessoa na “grande cadeia do ser” – a ordem secular e divina das coisas.

O nascimento do “indivíduo soberano” que, segundo alguns argumentam, foi o motor que colocou todo o sistema social da “modernidade” em movimento, afirmação com a qual se concorda, ocorreu entre o Humanismo Renascentista do século XVI e o Iluminismo do século XVIII, representando importante ruptura com o passado.

A história moderna do sujeito individual agrupa dois significados distintos: por um lado, o sujeito é “indivisível”, no sentido de portador de uma identidade unificada no seu próprio interior; por outro, é também uma entidade “singular, distintiva, única”.

Movimentos relevantes no pensamento e na cultura ocidentais contribuíram para a emergência dessa nova concepção: a Reforma e o Protestantismo, que

libertaram a consciência individual das instituições religiosas e da Igreja e a expuseram diretamente aos olhos de Deus; o Humanismo Renascentista, que colocou o homem no centro do universo; as revoluções científicas, que conferiram ao Homem a faculdade e as capacidades para inquirir, investigar e decifrar os mistérios da Natureza; e o Iluminismo, centrado na imagem do Homem racional, científico, libertado do dogma e da intolerância, e diante do qual se estendia a totalidade da história humana, para ser compreendida e dominada.

O filósofo francês René Descartes (1596-1650) foi fundamental para se firmar essa concepção do sujeito, dando sua formulação primária, ao enfatizar o sujeito racional, pensante e consciente, situado no centro do conhecimento, com capacidade para raciocinar e pensar. “*Cogito ergo sum*” era a palavra de ordem de Descartes: “Penso, logo existo”.

O sujeito do Iluminismo estava, pois, baseado numa concepção da pessoa humana como indivíduo totalmente centrado, unificado, dotado das capacidades de razão, consciência e de ação, cujo “centro” consistia em núcleo interior, que emergia pela primeira vez quando o sujeito nascia e com ele se desenvolvia, ainda que permanecendo essencialmente o mesmo – contínuo ou “idêntico” a ele – ao longo da existência do indivíduo.

A noção de sujeito sociológico refletia a vertiginosa complexidade do mundo moderno e a consciência de que esse núcleo interior do sujeito não era autônomo e auto-suficiente, mas formado na relação com as grandes estruturas e formações de classe sustentadoras da sociedade capitalista moderna (maquinarias burocráticas e administrativas). A identidade passa a ser formada na “interação” entre o eu e a sociedade.

Tal modelo sociológico interativo é, em grande parte, produto da primeira metade do século XX, quando as ciências sociais assumem sua forma disciplinar atual.

O *flâneur* (vagabundo) de Walter Benjamin – celebrado em seu ensaio sobre a Paris de Baudelaire – que vagueia entre as novas arcadas das lojas, observando o passageiro espetáculo da metrópole, e cuja contrapartida na modernidade tardia é provavelmente o turista; e a vítima anônima, confrontada por uma burocracia sem rosto, na novela *O Processo*, de Kafka, designam imagens proféticas do que aconteceria ao sujeito cartesiano e ao sujeito sociológico na modernidade tardia.

Por oportuno, enfocar-se-ão os cinco grandes avanços na teoria social e nas ciências humanas ocorridos no pensamento e cujo efeito mais contundente foi o descentramento derradeiro do sujeito cartesiano.

A primeira descentração concerne às tradições do pensamento marxista. Naturalmente, os escritos de Marx pertencem ao século XIX, e não no século XX, contudo, um dos modos pelos quais seu trabalho foi redescoberto e reinterpretado na década de sessenta foi à luz da sua afirmação de que os homens fazem a história, mas apenas sob as condições que lhes são dadas. Os novos intérpretes leram isso no sentido de que os indivíduos não poderiam ser os “autores” ou agentes da história, porquanto sua capacidade de ação se limitava às condições históricas criadas por outros e sob as quais eles nasceram, utilizando os recursos materiais e de cultura que lhes foram fornecidos por gerações anteriores.

O estruturalista marxista Louis Althusser (1918-1989) afirmou que, ao colocar as relações sociais (modos de produção, exploração da força de trabalho, os circuitos do capital), e não uma noção abstrata de homem, no centro de seu sistema teórico, Marx deslocou duas proposições-chave da filosofia moderna: que há uma essência universal de homem e que essa essência é o atributo de cada indivíduo singular, o qual é seu sujeito real, expulsando com tal deslocamento as categorias filosóficas do sujeito e do empirismo – da essência ideal – de todos os domínios em que elas tinham reinado de forma suprema.

O segundo dos grandes “descentramentos” no pensamento ocidental do século XX promana da descoberta do inconsciente por Sigmund Freud, cuja teoria alega que nossa sexualidade e a estrutura de nossos desejos são formadas com êgide em processos psíquicos e simbólicos do inconsciente, que funciona de acordo com uma “lógica” muito diferente daquela da Razão, arrasando com o conceito do sujeito cognoscente e racional provido de uma identidade fixa e unificada – o “penso, logo existo”, do sujeito de Descartes.

A leitura que pensadores psicanalíticos, como Jacques Lacan, fazem de Freud, pode ser resumida pelo entendimento do aprendizado da criança como estritamente gradual e parcial, e com grande dificuldade, da imagem do eu como inteiro e unificado. Essa não se desenvolve naturalmente a partir do núcleo do ser da criança, todavia é formada em relação com os outros; mormente nas difusas negociações psíquicas inconscientes, na primeira infância, entre a criança e as poderosas fantasias que têm de suas figuras paternas e maternas. Naquilo que Lacan chama de “fase do espelho”, a criança que não está ainda coordenada e não possui qualquer auto-imagem como “pessoa inteira” se vê ou se “imagina” a si própria refletida – seja literalmente, no espelho, seja figurativamente, no “espelho” do olhar do outro – como “pessoa inteira”.

Elucida tal pensamento Stuart Hall:

A formação do eu no “olhar” do Outro, de acordo com Lacan, inicia a relação da criança com os sistemas simbólicos fora dela mesma e é, assim, o momento de sua entrada nos vários sistemas de representações simbólicas – incluindo a língua, a cultura e a diferença sexual. Os sentimentos contraditórios e não-resolvidos que acompanham essa difícil entrada (o sentimento dividido entre o amor e ódio pelo pai, o conflito entre o desejo de agradar e o impulso para rejeitar a mãe, a divisão do eu entre suas partes “boa” e “má”, negação de sua parte masculina ou feminina, e assim por diante), que são aspectos-chave da “formação inconsciente do sujeito” e que deixam o sujeito “dividido”, permanecem com a pessoa por toda a vida. Entretanto, embora o sujeito esteja sempre partido ou dividido, ele vivencia sua própria identidade como se ela estivesse reunida e “resolvida”, ou unificada, como resultado da fantasia de si mesmo como uma “pessoa” unificada que ele formou na fase do espelho. Essa, de acordo com esse tipo de pensamento psicanalítico, é a origem contraditória da “identidade”.

Destarte, a identidade é decerto algo formado ao longo do tempo, por meio de processos inconscientes, e não algo inato e existente na consciência no momento do nascimento, de sorte que permanece sempre incompleta, em processo de formação. Em vez, portanto, de se falar da identidade como coisa acabada, insta compreendê-la como identificação (processo em andamento).

O terceiro descentramento é respeitante ao trabalho do lingüista estrutural Ferdinand de Saussure, o qual propalava que nós não somos, em nenhum sentido, os “autores” das afirmações que fazemos ou dos significados que expressamos na língua. Assim sendo, pode-se utilizar a língua para produzir significados apenas pelo posicionamento no interior das regras da língua e dos sistemas de significado de nossa cultura, sendo a língua um sistema social, preexistente a nós.

Outrossim, os significados das palavras não são fixos, numa relação um-a-um com os objetos ou eventos no mundo existente fora da língua, surgindo o significado nas relações de similaridade e diferença que as palavras têm com outras palavras no interior do código da língua. Como diria Lacan, segundo Hall, a identidade, como o inconsciente, está estruturada tal como a língua. O significado é inerentemente instável: ele procura o fechamento (a identidade), mas é constantemente perturbado (pela diferença).

O quarto descentramento principal da identidade e do sujeito ocorre no trabalho do filósofo e historiador francês Michel Foucault, que em série de estudos produziu uma espécie de “genealogia do sujeito moderno”. Foucault enfatiza novo tipo de poder, o qual denomina como “poder disciplinar”, deflagrado ao longo do século XIX, chegando ao seu desenvolvimento máximo ao início do século XX. O poder disciplinar tem como preocupação primeira a regulação pela vigilância (governo da espécie humana ou de populações inteiras) e, em segundo lugar, preocupa-se com o indivíduo e o corpo, tencionando produzir um ser humano que possa ser tratado como um corpo dócil. Seus locais são aquelas novas instituições que se desenvolveram no decurso do século XIX e que “policiam” e disciplinam as populações modernas — oficinas, quartéis, escolas, prisões, hospitais, clínicas e assim por diante.

A sociedade disciplinar proporcionou instituições de natureza sobremaneira coletiva e organizada, e a leitura das peculiaridades dos regimes disciplinares compele a conclusão de que, quanto mais coletivas e organizadas as instituições da modernidade tardia, maior o isolamento, vigilância e individualização do sujeito individual.

O quinto descentramento é relativo ao impacto do feminismo, tanto como crítica teórica quanto como um movimento social, fazendo parte dos “novos movimentos sociais” que emergiram durante os anos sessenta (o grande marco da modernidade tardia), juntamente com as revoltas estudantis, os movimentos juvenis contraculturais e antibelicistas, as lutas pelos direitos civis, os movimentos revolucionários do “Terceiro Mundo”, os movimentos pela paz e tudo aquilo que está relacionado com “1968”.

Tais movimentos, os quais de *per si* apelavam para a identidade social de seus sustentadores, fazendo brotar nesse contexto histórico a política de identidade, refletiam o enfraquecimento ou fim da classe política e das organizações políticas de massa com ela associadas, bem como sua fragmentação em vários e separados movimentos sociais.

Importa, além disso, sublinhar que o feminismo também teve relação mais incisiva com o descentramento conceitual do sujeito cartesiano e sociológico – ao questionar a clássica distinção entre o “dentro” e o “fora”, o “privado” e o “público” – abriu para a contestação política arenas inteiramente novas de vida social, como a família, a sexualidade, o trabalho doméstico, a divisão doméstica do trabalho, o cuidado com as crianças etc; e questionou a noção de que os homens e mulheres eram parte da mesma identidade, a “Humanidade”, substituindo-a pela questão da diferença sexual.

Enfim, as relações fixas e congeladas das identidades e condições sociais, com a irrupção da modernidade tardia globalizante, são inexoravelmente diluídas. Assim sendo, as sociedades da modernidade tardia são permeadas por diferentes divisões e antagonismos sociais que produzem variedade de diferentes “posições de sujeito” (identidades), de modo que a estrutura da identidade no sistema social subsiste aberta, propiciando deslocamentos. A estrutura social é deslocada por não ter nenhum centro, nenhum princípio articulador ou organizador único, de maneira que seu centro é deslocado e substituído por “uma pluralidade de centros de poder”.

O modelo liberal está sob questionamento, tanto que despontam na Europa teorias como a da comunização, nacionalização, democratização e humanização dos meios de produção, todas elas tendo como solo comum a propriedade e defendendo uma mesma orientação: a intervenção do Estado nas relações privadas. Os homens não nascem iguais nem vivem em condições de igualdade. Uns, por possuírem maior inteligência ou recursos materiais, estão em posição privilegiada em relação a outros⁶.

Como analisa Paulo Bonavides, o velho liberalismo não foi apto para cuidar do problema vital de ordem econômica das vastas camadas proletárias da sociedade, o que o levou a entrar inarredavelmente em declínio.

Em função desse fenômeno, sobrelevam o dirigismo contratual, a função social do contrato, o abuso de direito e a funcionalização do direito de propriedade. As titularidades jurídicas já não são vistas apenas como bens de interesse individual, porém como detentoras de potencialidade social. A propriedade já não é mais direito absoluto e perpétuo; segue como direito individual, mas sem preterir os anseios coletivos. O contrato, assentado na autonomia da vontade, persiste obrigando as partes; entretantes, é submetido ao princípio da supremacia da ordem pública, relatividade e boa-fé. Sobre o abuso de direito, condena-se o direito exercido de forma abusiva pelo titular, *id est*, não pode o sujeito praticar um ato o qual exceda seus limites econômicos e sociais.

A visão social das relações privadas requer nova postura do poder público. Se o Estado é agora garante do equilíbrio na ordem privada, por conseguinte alguns institutos basilares do direito particular instam ser disciplinados pela Constituição, a qual consubstancia o instrumento delimitador e regulador das funções estatais. Disso dimana a previsão, em nível constitucional, de situações antes regulamentadas apenas pelo Direito Privado. Contrato, propriedade e família e, em menor grau, a empresa, são atraídos para a órbita constitucional. O Direito Civil está agora constitucionalizado, o que torna mais tênues os limites entre norma pública e norma privada.

Não se trata de rechaçar o caráter preponderantemente privado das titularidades, como o contrato, a propriedade, a família e a empresa. Todas elas se conservam como institutos de Direito Privado. Mas, levadas à norma constitucional, impregnam-se de caráter público. Sua publicização qualifica-as como portadoras de função social, porque o Estado, frente ao enfraquecimento do liberalismo, torna-se um Estado de social-democracia. O egoísmo, o individualismo, o afã de poder e riqueza, cedem diante de um interesse maior, representado pela ordem social. Nasce o que se convencionou chamar direitos de segunda geração, oriundos da intervenção do Estado nas relações sociais.

Outrossim, cumpre salientar que improcede a idéia de que o Código Civil venha sendo substituído pela Constituição. Ora, o código conserva seu papel e espaço, disciplinando a essência das relações jurídicas privadas. Ocorre que estas, agora, tornaram-se qualificadas pela norma pública, circunstância que, a rigor, não delimita a vontade, antes a valoriza, emprestando-lhe relevo maior, na medida em que cumpre agora dois objetivos: satisfazer os particulares e resguardar o interesse social.

É inegável, porém, tenha o Código perdido sua função de centro nevrálgico do sistema. Fora da Constituição, vêm-se os microssistemas, núcleos normativos sob cuja égide encontram-se várias situações privadas. É o caso do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei 8078/90), do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90), da locação de prédios urbanos (Lei 8245/91) e da titularidade intelectual (Lei 9610/98). Recuando no tempo, vê-se a disciplina dos condomínios edilícios (Lei 4591/64). Os microssistemas não afastam o Código Civil, mas com ele convivem, podendo ambos ser chamados a solucionar uma mesma situação jurídica. Como pondera Tepedino, configura-se, de um lado, o direito comum, disciplinado pelo Código que regula as situações jurídicas em geral; e, de outro, o direito especial, cada vez mais relevante e robusto, que retrata a intervenção do legislador em uma nova realidade econômica e política.

Também é factível perceber a privatização do direito público. O Estado, ao longo do tempo, veio avocando as atividades antes deixadas ao particular. No contrato de trabalho, por exemplo, substitui a autonomia da vontade plena para dirigir as condições da avença. Contudo, ao mesmo tempo em que “socializa” o Direito Privado, o Estado tem utilizado instrumentos próprios desse ramo para executar algumas de suas tarefas, como se vê nos contratos que o poder público entabula com os particulares.

Um exemplo significativo está no contrato de parceria público-privada previsto na Lei 9790/99, que cria as Organizações da Sociedade Civil de Interesse

Público. Aqui, se constata um caso em que o Estado contrata pessoa jurídica de direito privado, associação ou fundação constituída por particular, para a consecução de determinado escopo público (promoção da saúde, educação, patrimônio artístico, meio ambiente etc). Rege-se o negócio, predominantemente, pela principiologia dos contratos assente no sistema privado.

Há um ente público agindo sob o direcionamento da lei privada, e um ente privado executando funções que deveriam ser do Estado. Em síntese, o poder público age na esfera privada, e um ente privado exerce função tipicamente pública.

O particular nota que, no mundo contemporâneo, a responsabilidade não recai apenas ao Estado, mas é dividida com os cidadãos. Trata-se de nova realidade: a da responsabilidade social.

A responsabilidade civil do Estado, oriunda de dano aos particulares, regula-se também pela norma civil, atendendo ao conceito e à sistemática do ato ilícito e das formas de sua reparação. No Brasil, se o preposto do Estado perpetra dano a um particular, a Constituição só será chamada a dizer o fundamento da responsabilidade, no caso de responsabilidade objetiva (art. 37, § 6º.). Tudo o mais, como a apuração do ilícito (autoria, dano e nexos causal) e a extensão e reparação do dano (dano emergente, lucros cessantes e dano moral), encontra guarida e disciplina na norma civil (CC, arts. 186 e 944 e ss.).

O Direito Civil deixou de comportar um sistema fechado, pois agora interage com outras disciplinas, mesmo metajurídicas, para disponibilizar a melhor solução ao caso concreto. Exemplo interessante pode ser verificado no biodireito, em que o jurista é obrigado a socorrer-se do biólogo para solucionar o problema do embrião e das células-tronco.

Assiste-se ao fenômeno da repersonalização do direito privado. O sujeito, não o patrimônio, passa a ser o centro de preocupação e o fator de interesse da norma privada. Enquanto o Código dá prevalência e precedência às situações patrimoniais, no novo sistema de Direito Civil fundado na Constituição a prevalência é de ser atribuída às situações existenciais, ou não patrimoniais, porque à pessoa deve o ordenamento jurídico inteiro – e o ordenamento jurídico particular – dar a garantia e a tutela prioritárias.

Disso decorre que a abordagem do Direito Privado, especialmente no tocante aos contratos, mas sem excluir a propriedade e a família, não pode ver o Código como uma ilha, mas como parte integrante de um sistema complexo, um polissistema, presidido por uma base comum, a Constituição.

Logo, falar sobre os contratos, a propriedade, a família ou a empresa é tarefa a ser empreendida à luz da Constituição da República e de alguns outros sistemas,

como o consumerista. Não há negar, nos tempos atuais, que o contrato, assim como a propriedade e a família, vistos desde a concepção oitocentista até agora, vêm ganhando conotação cada vez mais publicista.

O direito de livre contratar é expressão maior do ideário burguês pós-revolucionário, constituindo princípio vinculado à noção de liberdade e igualdade presente na decantada Declaração de Direitos. É um dos pilares do Código de 1804 e está presente em todos os sistemas do mundo ocidental. Mercê desse cânone, à pessoa humana, enquanto ser dotado de personalidade e como cidadão livre, é dado pactuar nas condições que julgar adequadas, contratando como, com quem e o que desejar. Trata-se da faculdade de dispor cláusulas, firmando o conteúdo da avença e criando, inclusive, novas modalidades, vale dizer, os contratos atípicos.

Há uma explicação histórica para essa liberdade. Livre das peias do absolutismo, a sociedade pós-revolucionária pode interagir e buscar o que há de melhor para si, cumprindo ao Estado intervir apenas para assegurar a execução do contrato não cumprido, ou seja, para fazer valer a palavra empenhada e não honrada. A essa esfera de poderes, que impede a ingerência do Estado, abrindo espaço para a movimentação do particular, costuma-se chamar direitos de primeira geração.

A plena liberdade na contratação parte da premissa de que a vontade de ambos os contratantes tem o mesmo peso e que a contratação é lícita e legítima pelo só fato de respeitar-lhes a vontade. Disso resultaram aforismos caros à burguesia, como o contrato faz lei entre as partes e o combinado não é caro. Essa premissa permitiu, por exemplo, que trabalhadores europeus, no auge da Revolução Industrial, fossem contratados para laborar mais de doze horas por dia em troca de um salário de fome e sem qualquer assistência social.

A ambição burguesa leva ao extremo o papel da vontade, firmando falsa idéia: a de que, sendo os homens naturalmente livres e iguais, a vontade do contratante, sendo livre e igual à do outro, é suficiente para legitimar a convenção. Tal raciocínio seria verdadeiro se os homens fossem naturalmente livres e iguais, mas não são nem poderiam ser.

Chegou um tempo em que o Estado interveio no campo dos contratos. Primeiro, fê-lo na locação de serviços, disciplinando o contrato de trabalho para o fim de delimitar a jornada diária, estabelecer o direito a férias, ao salário mínimo, à assistência previdenciária, dentre outros benefícios. Mais recentemente, na disciplina consumerista, reconheceu a condição de inferioridade do consumidor, assegurando-lhe direitos até recentemente impensáveis, como a facilitação do acesso à justiça com a inversão do ônus da prova e, especialmente, na disciplina dos contratos de adesão.

Num e noutro caso percebe-se a tentativa de o Estado preservar o equilíbrio contratual impondo contrapeso na balança. As partes (empregador e empregado, fornecedor e consumidor) são materialmente desiguais; a vontade de uma, detentora da riqueza, prepondera sobre a da outra, carente da riqueza (o consumidor precisa do produto; o empregado não pode prescindir do salário). Logo, do poder público se exigem providências para manter o equilíbrio, seja pelo dirigismo contratual seja pela delimitação da vontade, seja, finalmente, pela criação de mecanismos facilitadores de direitos à parte em desvantagem.

O princípio da autonomia da vontade continua válido e informa todo o sistema contratual, mas não subsiste senão interagindo com outros princípios. Ao seu lado, convivem outras regras, como o da função social e o da boa-fé, aos quais se somam a possibilidade de revisão por fato imprevisto e a relatividade. É o que claramente se vê dos arts. 421, 422, 478 e outros do Código de 2002. No âmbito do consumidor, vêem-se os arts. 46 e ss. da Lei 8078/90 como mecanismos de controle da relação contratual.

A funcionalização do contrato, como fator de resguardo do interesse coletivo, é tema recorrente na doutrina e ideal perseguido pelos sistemas jurídicos. Precisar a amplitude do interesse público, porém não é tarefa tão fácil quanto parece, eis que, diante de numerosos casos, o intérprete se vê na dúvida, e a ausência de preceito expresso não traz segurança para adotar uma solução. A questão repousa em saber qual o limite da vontade e em que caso o interesse público é violado.

No exemplo do contrato de trabalho ofensivo à dignidade do operário, parece haver conflito axiológico, representado pela colisão entre dois valores: o direito à livre iniciativa (autonomia da vontade em submeter-se ao trabalho) e a dignidade do operário (função social). Ninguém há duvidar de que a dignidade do homem constitua interesse público, pois à sociedade repugna tanto a escravidão quanto o trabalho degradante. Então, a solução para o problema é de hermenêutica, repousando em saber se o trabalho desempenhado é ou não degradante de sua honra.

Logo, o contrato cumpre função social quando, respeitando a dignidade do contratante, não viola o interesse da coletividade, à qual não interessam nem a ilicitude do objeto nem a ociosidade das riquezas. Para assegurar a funcionalização do contrato, foi preciso que o Estado interviesse, qualificando seu conteúdo e dando ensejo aos referidos direitos de segunda geração. Há um evidente contraste, pois os direitos de geração anterior eram caracterizados pela ausência do Estado; os direitos oriundos da função social do contrato são marcados pela postura contrária, vale dizer, pela ingerência do poder público no campo privado.

Tradicionalmente se conceitua a propriedade como um feixe de poderes, distribuído nos direitos de uso, gozo, disposição e reivindicação de uma coisa. A definição corresponde ao modelo romano, centrado nas idéias do *jus utendi, fruendi et abutendi*. A partir da concepção romana, os textos legislativos e a doutrina do Século XIX procuraram caracterizá-la como direito absoluto, não no sentido de ser exercível *erga omnes*, como os direitos reais em geral, mas porque insuscetível de limitação pelo Estado. O Código Napoleão é a expressão da propriedade como poder ilimitado, sendo muito conhecido seu art. 554, que definia o domínio como o direito de usar uma coisa da maneira “mais absoluta”.

Contudo, esse egoísmo que impregna o direito de propriedade começou a ruir já no Século XIX. A teoria da humanização ressurgiu na Europa como tentativa de delimitar o uso da propriedade, de forma a qualificar seu exercício. Tal concepção ganha densidade graças ao esforço do juscivilismo francês. Merece destaque, nesse passo, a obra de Louis Josserand. Sua grande contribuição nesse campo repousa na teoria do abuso do direito, exposta em *De l'Esprit des droits et de leur relativité* e, mais tarde, em *Cours de Droit Civil Positif Français*. Na visão de Josserand, o direito de propriedade não pode ser exercido à discricção do titular, pois encontra limites no direito de terceiros. A propriedade tende, dessa forma, a encher-se de altruísmo e a converter-se no centro de obrigações positivas, despojando-se de seu caráter absoluto e estático para situar-se como direito relativo e dinâmico.

Reconhecendo na propriedade uma faculdade individual, Josserand entendeu-a limitada, porque seu exercício há de estar condicionado à observância dos interesses alheios. Exercendo-a contra esses interesses, o titular estaria a praticar o abuso, porque seus atos excederiam os limites pelos quais o direito lhe foi reconhecido pela coletividade. Dentre os abusos, menciona o da extração de água do subsolo, de modo a interromper o fluxo nos imóveis vizinhos.

Outra corrente a sustentar a funcionalização da propriedade parte de Léon Duguit, na obra *Les Transformations Générales du Droit Privé Français depuis le Code Napoléon*, publicada em 1912.

Segundo a ótica desse autor, na sociedade moderna, em que impera a consciência da solidariedade entre os entes sociais, a liberdade implica o dever de os indivíduos empregarem sua atividade e talento no desenvolvimento dessa interdependência. Isso também deve ocorrer no exercício da propriedade, que, embora consistindo uma expressão da liberdade do homem, impõe ao detentor da riqueza a obrigação de manter e aumentar a solidariedade no tecido social.

A propriedade assume, nesse contexto, importância fundamental, pois é instrumento destinado à produção de riquezas e à promoção do bem-estar. É que, achando-se as terras nas mãos de escassa minoria e constituindo-se elas no elemento natural de sustento do homem, urge conciliar o individualismo do domínio com as expectativas da sociedade. A dependência intersubjetiva, verificável em toda coletividade moderna, impõe restrições ao uso das coisas, notadamente dos bens imóveis, como forma de atender às necessidades coletivas.

A teoria de Duguit pode ser vista como um marco na evolução do Direito Civil. Mas é passível de crítica quando afirma que o direito de propriedade “é” uma função social. Um direito subjetivo não pode ser função, senão metaforicamente. O direito de propriedade é e dificilmente deixará de ser uma faculdade individual. Quando se fala sobre a funcionalização, pretende-se aludir ao uso dos imóveis, quer urbanos quer rurais, segundo as diretrizes traçadas pelo ordenamento jurídico, que determina a política da propriedade sob os postulados da ordem econômica. Assim, a função social pode ser entendida como uma meta a ser seguida pelo titular de um imóvel urbano ou rural que, ao utilizá-lo, deverá fazê-lo segundo os balizamentos de Direito Público relativos à ordem econômica.

Diante de todo o exposto, parece que a epistemologia do Direito na modernidade tardia se encontra num processo de densa e constante reformulação. A interlocução entre direito público e direito privado – por meio de figuras como o abuso de direito, as parcerias público-privadas, a funcionalização do direito de propriedade – é uma das faces dessa mudança. Aliás, ousa-se dizer que se trata de transição positiva e progressista, vez que o direito deve se destinar à sociedade em que vige e acompanhar sua evolução. A verdade pode ser horripilante e malévola, mas a fome de verdade não, segundo alertam insistentemente as vozes da prudência. Renitente é a nossa índole, quando se refugia da realidade, talvez por receio ou apatia, ou por não entender a sua sinuosidade. Insistir em modelo codificado de direito calcado em ótica subjetivista não mais tem cabimento na realidade contemporânea, mesmo que ainda existam defensores de tal positivismo, com sua abstração estreita. O direito é um subsistema social que não pode mais ser considerado estanque, autosuficiente.

O direito compreende o que é produzido em consonância com as regras de determinado ordenamento jurídico, mas não se esgota nessa dimensão categorial normativo-dogmática, portando outrossim dimensão humanística, vez que representa um saber que precisa dialogar com outros saberes, como a economia, a política, a ciência, a psicologia etc, para ter eficácia social na tarefa dogmática de decidibilidade.

O direito precisa, sobretudo, enfrentar o “abismo axiológico”⁷ que a pós-modernidade implica a questão da legitimidade. Se são possíveis apenas consensos temporários, casuísticos, fica difícil propalar a visão positivista da legitimidade como mera validade intra-sistêmica, racional ou institucional, em que o sentido das normas inferiores encontra subordinação ao das superiores, independentemente de seu conteúdo axiológico, ideológico ou material. Há notória dificuldade de admitir ou valorar como consentânea uma legitimação garantida racional e institucionalmente, seja quanto a conteúdos estimativos, seja quanto a procedimentos argumentativos

Sobreleva considerar, por oportunas, as palavras de Nietzsche⁸:

Assim como no reino das estrelas há por vezes dois sóis que determinam a trajetória de um só planeta, assim como, em certos casos, brilham à volta de um só planeta sóis de cores diferentes, ora com luz avermelhada, ora com luz verde, para depois o atingir de novo simultaneamente, inundando-o de muitas cores. Também assim nós, homens modernos, graças à mecânica complicada do nosso “céu estrelado”, somos determinados por diferentes morais. Nossas ações brilham alternadamente com diversos matizes, raras vezes são unívocas – e acontece frequentemente que temos ações multicores.

Dessarte, afigura mais do que mandatário efetuar pequeno deslocamento do direito do mundo do “céu estrelado” em que gravita o direito posto ou oficial – das instituições e dogmas presentes no modo de pensar o direito na modernidade, representado pela ideologia liberal individualista – para o mundo REAL, inserindo-o no mundo da vida, dos “multicoloridos” conflitos intersubjetivos, dos novos quadros socioeconômicos, científicos e culturais. É preciso novo “Iluminismo”, ou seja, que os pensadores do direito assumam uma atitude corajosa de pensamento e de ação voltada a equacionar a difícil relação em que a progressão geométrica dos conflitos sociais na pós-modernidade é acompanhada em progressão aritmética de reformulação e atualização das leis. As luzes da razão devem ser lançadas, destarte, sobre os novos e desafiadores quadros sociais, políticos e econômicos.

Da nova realidade decorrem novos desafios, os quais deverão ser enfrentados na atividade do profissional do direito, como as conseqüências resultantes das experiências genéticas com células tronco e a constitucionalidade da Lei de Biossegurança, debatida no Supremo Tribunal Federal; a questão da propriedade

industrial, literária, artística, científica; redução do prazo para o direito ao usucapião; violência doméstica; o poder familiar; o tratamento jurídico à união entre homossexuais; os crimes praticados na rede mundial de computadores; a proteção aos direitos da personalidade; o anacronismo da Lei de Imprensa (Lei 5.250/67) para os valores da ordem democrática atual; a composição alternativa dos litígios por meio do compromisso arbitral.

O jurista, além de possuir competência técnica, deverá se revestir de idoneidade, aptidão prática e sintonia com os novos problemas oriundos do cenário pós-moderno. É mister que não prescindir de sólida e consistente formação humanística, filosófica e principiológica, para saber lidar com as frequentes e cada vez mais sensíveis transformações da sociedade, a qual padece com a deterioração dos hábitos e valores, e a busca acirrada e inescrupulosa do bem-estar.

Referências Bibliográficas

- ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- AZEVEDO, Luiz Carlos. *Introdução à história do direito*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007.
- BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade – a busca por segurança no mundo atual*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.
- COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. Trad. de Raul Fiker. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1991.
- HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Trad. de Tomaz Tadeu da Silva, Guaracira Lopes Louro. 4. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2000.
- MARQUESI, Roberto Wagner. *Fronteiras entre o direito público e o direito privado*. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7788>>. Acesso em 30 abr. 2008.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Para Além do Bem e do Mal: prelúdio a uma filosofia do futuro*. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002.

Notas

¹ GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. Trad. de Raul Fiker. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1991. p. 69.

² WALLERSTEIN, Immanuel. *The Rise and Future Demise of the World Capitalist System: Concepts for Comparative Analysis*. apud *The Capitalist World Economy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1879. p. 19. In: *ibid.*, p. 73.

³ BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade – a busca por segurança no mundo atual*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003. p. 89.

⁴ *ibid.*, p. 90.

⁵ *ibid.*, p. 90.

⁶ MARQUESI, Roberto Wagner. *Fronteiras entre o direito público e o direito privado*. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7788>>. Acesso em 30 abr. 2008. p. 7.

⁷ O “abismo axiológico” traduz uma dificuldade e falta de consenso em como avaliar e valorar determinado problema ou situação do mundo. In: ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 293-294.

⁸ NIETZSCHE, Friedrich. *Para Além do Bem e do Mal: prelúdio a uma filosofia do futuro*. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002. p.137-138.

Resumo

Busca-se aqui propugnar que a pós-modernidade ou modernidade tardia estabelece novos desafios ao direito, em face do concurso dos seguintes fatores: as fronteiras entre o direito privado e o direito público se tornaram permeáveis e pouco discerníveis; vislumbra-se o rompimento do paradigmas liberais do Estado como *locus* da identidade cultural, da completude do direito codificado, e da identidade una, indivisível e racional do sujeito (descentramento do sujeito cartesiano).

Palavras chaves: Pós-modernidade – Novos desafios – Direito.

Abstract

The author suggests that the postmodernity establishes new challenges to law, because of the following situations: permeable boundaries between private law and public law, liberal thinking breakthrough about state ass the place of cultural identity, codified law disruption as a consummate system, and Descartes conception about identity overthrow.

Key words: Postmodernity – New challenges – Law.

Resumen

Se abalanza propugnar que la posmodernidad establece nuevas contiendas a lo derecho, haja vista los siguientes factores: las fronteras permeables entre derecho privado e derecho público; ruptura de los paradigmas liberales de lo estado como lugar de la identidad cultural, da, de la suficiencia de lo derecho codificable, e de la identidad única, indivisible e racional de lo sujeto.

Palabras-claves: Posmodernidad – Nuevas contiendas – Derecho.

Sumário:

1. DELITOS DE POSSE DE ARMA PREVISTOS NO ESTATUTO DO DESARMAMENTO 1.1. Breves linhas sobre os delitos de posse de arma 1.2. Posse de armas: delicto de perigo abstrato 1.3. Constitucionalidade do delicto de posse de armas
2. DESCRIMINALIZAÇÃO DO DELITO DE POSSE DE ARMAS 2.1. Campanhas de regularização e do desarmamento 2.2. Repercussão das campanhas de regularização e do desarmamento no delicto de posse de armas
3. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. Delitos de posse de arma previstos no estatuto do desarmamento

1.1. Breves linhas sobre os delitos de posse de arma

A conduta inculpada no art. 12 do Estatuto do Desarmamento prevê basicamente a proibição de se possuir¹ ou manter sob sua guarda², no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda, no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa, arma de fogo, munição ou acessório sem a devida autorização³. Se uma pessoa mantiver arma de fogo, munição ou acessório de uso permitido **sem autorização** dentro de sua residência, ou de seu local de trabalho, desde que seja o responsável legal pelo negócio, pratica o crime previsto no art. 12 da Lei 10.826/03. Lado outro, se essa mesma pessoa mantiver arma, munição e acessório de uso permitido em residência alheia ou local de trabalho, desde que não seja o responsável legal pelo estabelecimento, comete o crime de **porte** previsto no art. 14 da Lei 10.826/03. Caso a arma, munição ou acessório seja de uso restrito, o delicto será o de porte irregular de arma de fogo de uso restrito previsto no art. 16 do Estatuto do Desarmamento, que será comentado adiante.

Primus ictus oculi, verifica-se a distinção realizada pelo Estatuto entre posse de arma de fogo de uso permitido e de uso restrito. O Decreto nº. 5.123/04, que

regulamenta a Lei nº 10.826/03, estabelece em seu artigo 10 que “arma de fogo de uso permitido é aquela cuja utilização é autorizada a pessoas físicas, bem como a pessoas jurídicas, de acordo com as normas do Comando do Exército (...)”⁴. Já as armas de uso restrito são aquelas de “uso exclusivo das Forças Armadas, de instituições de segurança pública e de pessoas físicas e jurídicas habilitadas, devidamente autorizadas pelo Comando do Exército”⁵. A norma do Comando do Exército que regulamenta a matéria consiste no Decreto nº 3.665, de 20 de novembro de 2000, que prevê nos artigos 16 e 17 quais os produtos controlados, de uso permitido e restrito.

Quando o indivíduo estiver na posse de arma de fogo de uso restrito estará cometendo o crime previsto no artigo 16 da Lei nº 10.826/03. Veja que a posse e o porte de armas de fogo, acessório e munição de **uso restrito** foram previstos no mesmo tipo penal, ao contrário do que ocorreu com os delitos previstos no artigo 12 e 14 do Estatuto.

O bem jurídico protegido nesses tipos penais é a incolumidade pública e o controle da propriedade das armas de fogo. Tratam-se, portanto, de crimes de perigo abstrato e de mera conduta, pois dispensa a ocorrência de qualquer resultado naturalístico.

As condutas de **adquirir e receber** armas de fogo, acessório e munição **não configuram** receptação como entendem alguns, mas sim figuras penais específicas (princípio da especialidade) previstas nos artigos 14 (em relação aos artefatos de uso permitido) e 16 (em relação aos artefatos de uso restrito) da Lei 10.826/03. A aquisição ou recebimento realizados no interesse de prática comercial ou industrial configuram o delito do art. 17 do Estatuto.

Os crimes de posse de arma de uso permitido e de uso restrito são normas penais em branco visto que necessitam de complementação. Observe que tais dispositivos prescrevem a conduta de possuir arma de fogo, munição ou acessório **em desacordo com determinação legal ou regulamentar** (elemento normativo do tipo).

Nesses delitos, é imprescindível que a arma esteja apta a efetuar disparos, pois do contrário tratar-se-á de crime impossível⁶. Não é por outro motivo que, por ocasião das apreensões, as autoridades policiais requisitam laudo pericial indagando aos *experts* se o artefato é capaz de produzir disparos.

1.2 Posse de armas: delito de perigo abstrato

Os delitos de posse de armas *sub examen* são classificados como de perigo abstrato, ou seja, o perigo é presumido, tendo em vista a simples infringência da

norma. Nesse diapasão, o legislador penal antecipa a barreira de proteção legal, não exigindo a lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico protegido. Portanto, reputa-se que a posse de armas produz perigo presumido à incolumidade pública, pelo que a norma proíbe tal conduta evitando que a vida, a saúde, a integridade física e a segurança sejam maculadas. Assinale-se, ainda, o crime de posse de arma como um delito de “mera conduta”, visto que nele não há resultado naturalístico.

Os delitos de perigo abstrato são amplamente reconhecidos pelos tribunais pátrios, conforme se pode verificar do julgado abaixo:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 14 DA LEI Nº 10.826/03. DELITO DE PERIGO ABSTRATO.

*Na linha de precedentes desta Corte o porte de munição é **delito de perigo abstrato**, sendo, portanto, em tese, típica a conduta daquele que é preso portando munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. (Precedentes). Recurso provido⁷.*

Entretanto, parcela da doutrina e da jurisprudência questiona a constitucionalidade dos delitos de perigo abstrato alegando que eles ofendem os princípios constitucionais da ofensividade ou lesividade, à taxatividade e presunção de inocência. Em relação ao princípio da ofensividade, adverte-se que o direito penal só pode atuar quando determinado bem jurídico sofra alguma lesão ou perigo de lesão. No tocante à taxatividade, argumenta-se que alguns tipos penais são redigidos de forma extremamente genérica, como o previsto no parágrafo único do artigo 4º. da Lei 7.492/86⁸, impossibilitando o exercício da ampla defesa por parte do acusado. Relativamente à presunção da inocência, questiona-se a presunção do perigo criado ao bem jurídico, que geraria uma espécie de inversão do ônus da prova na ação penal.

Fernando Capez, a seu turno, leciona que o princípio da ofensividade não pode ser levado às últimas conseqüências, sob pena de se ocorrer o dano, quando se podia reprimir a conduta criminosa em seu estágio embrionário, *verbis*:

Não há dúvida de que um fato para ser típico necessita produzir um resultado jurídico, qual seja, uma lesão ao bem jurídico tutelado. Sem isso não há ofensividade, e sem esta não existe crime. Nada impede, no entanto, que tal lesividade esteja ínsita em determinados comportamentos. Com efeito, aquele que se dispõe a circular pelas vias públicas de uma cidade

ilegalmente armado ou dispara uma arma de fogo a esmo está reduzindo o nível de segurança da coletividade mesmo que não exista uma única pessoa por perto. A lei pretende tutelar a vida, a integridade corporal e a segurança das pessoas contra agressões em seu estágio embrionário.(...)

Não se desconhece o princípio da ofensividade ou lesividade, segundo o qual todo crime exige resultado jurídico, ou seja, lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico. Ocorre que comportamentos ilícitos, como o de possuir uma arma de fogo municiada dentro de casa ou sair pelas ruas com arma de fogo sem ter autorização para portá-la, ou ainda disparar arma de fogo em plena via pública, por si sós, já induzem à existência de risco à coletividade. Não se pode alegar que tais condutas não diminuíram o nível de segurança dos cidadãos apenas porque não se logrou encontrar ninguém por perto quando de sua realização⁹.

Alguns julgados, ainda que de forma minoritária, vêm rechaçando a aplicabilidade dos delitos de perigo abstrato:

A infração penal não é só conduta. Impõe-se, ainda, o resultado no sentido normativo do termo, ou seja, dano ou perigo ao bem juridicamente tutelado. A doutrina vem, reiterada, insistentemente renegando os crimes de perigo abstrato. Com efeito, não faz sentido punir pela simples conduta, se ela não trazer, pelo menos, probabilidade (não possibilidade) de risco ao objeto jurídico. (...) A relevância criminal nasce quando a conduta gerar perigo de dano. Até então, a conduta será atípica¹⁰.

Segundo a tese nº 125 do Ministério Público de São Paulo, Setor de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais, “o legislador penal brasileiro não está proibido de prescrever crimes e contravenções penais de perigo abstrato”¹¹.

1.3 Constitucionalidade do delito de posse de armas

O crime de posse de arma, consignado no artigo 12 do Estatuto do Desarmamento, foi questionado no Supremo Tribunal Federal por meio das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3.586 e 3.112. Em síntese, combateu-se o referido dispositivo alegando-se, no âmbito da inconstitucionalidade material, ofensa aos princípios da intervenção mínima, proporcionalidade, devido processo legal e dignidade da pessoa humana. Vale destacar que o delito previsto no artigo 16, *caput* do Estatuto não foi questionado.

No que tange à intervenção mínima, aduz-se que o direito penal somente deve ocupar-se da proteção dos bens jurídicos mais caros à sociedade, não merecendo reprimenda penal a mera posse de armas de uso permitido.

Questionou-se, também, naquela assentada, se o princípio da proporcionalidade não estaria maculado, visto que a reprovabilidade social da conduta de posse de arma não pode ser equiparada com aquelas que efetivamente lesam bens jurídicos como vida, saúde, patrimônio e integridade física das pessoas. Não se poderia, nessa visão, criminalizar o direito do cidadão à legítima defesa. Defendendo a inconstitucionalidade do delito de posse de armas Gilberto Thums asseverou:

Ao proteger a segurança pública ou a incolumidade pública ou a segurança coletiva, o legislador elege condutas que podem colocar em perigo o bem jurídico, conforme já fora visto anteriormente. É necessário, portanto, um controle rígido sobre as armas de fogo e explosivos.

É lícito ao legislador criminalizar as condutas que geram o mencionado perigo - o risco ao bem jurídico - que não se encontra presente no art. 12. quem mantém sob a guarda na sua casa arma de fogo de uso permitido tem o único objetivo: proteger seu patrimônio, sua família e a si próprio. É inaceitável que a guarda deste objeto de defesa possa representar uma ameaça à segurança pública. É inconcebível que o cidadão que quer se proteger diante da ineficiência do Estado em garantir sua segurança, esteja ameaçando a coletividade.

A criminalização do art. 12 não passa de paranóia legislativa¹².

Os contrários à criminalização do delito de posse de armas de uso permitido alegam, ainda, que a falta de razoabilidade da sobredita criminalização viola o princípio do devido processo legal material, consoante jurisprudência do Pretório Excelso consagrada na ADI 1158-8/AM, onde se afirmou que “a essência do *substantive due process of law* reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou, como no caso, destituída do necessário coeficiente de razoabilidade”¹³.

Enfim, o julgamento do Supremo Tribunal Federal acabou por rejeitar a argüição de inconstitucionalidade do art. 12 da Lei 10.826/03. Cumpre trazer à baila manifestação incisiva do relator Min. Ricardo Lewandowski, quando do julgamento da ADI nº 3.112:

Considero este art. 12 constitucional, porque me parece que o Estado pode regulamentar a posse de arma de fogo, seja ela de uso permitido ou não permitido, submetendo o postulante ás exigências que a própria lei estabelece¹⁴.

Ainda nesse sentido o Ministro Marco Aurélio ponderou:

A partir do momento em que existe a disciplina exigindo que armas em geral sejam registradas, pouco interessa haver o porte, em si, ou a guarda dessa mesma arma, que, a qualquer momento, poderá ser portada. Não vejo como encontrar na Constituição Federal dispositivo que, cotejado com o artigo 12, conduza à conclusão sobre a pecha de inconstitucional¹⁵.

Portanto, além da presunção de constitucionalidade das leis, nossa Corte Constitucional posicionou-se pela validade do dispositivo inscrito no artigo 12 da Lei 10.826/03.

2. Descriminalização do delito de posse de armas

2.1. Campanhas de regularização e do desarmamento

Dentre as metas almejadas pelo Estatuto do Desarmamento está a retirada de circulação do maior número de armas de fogo possível, visando à redução dos índices de violência e o fortalecimento do sentimento de segurança social. Nesse sentido já apontava o item 9 da exposição de motivos nº 293, de 24 de maio de 1999:

*9. Para impedir que a violência continue grassando, não suficiente apenas proibir a venda de arma de fogo. Necessário, que haja um posicionamento legal sobre as **armas que estão em poder de particulares**, na forma do art. 2º, no sentido de determinar aos proprietários das armas que as recolham às unidades das Forças Armadas, da Polícia Federal ou da Polícia Civil, garantindo-lhes a indenização decorrente desse recolhimento.¹⁶*

Nesse íterim, a Lei 10.826/03 previu nos artigos 30, 31 e 32 algumas formas de retirar armas de fogo de circulação, assim como regularizar aquelas que permaneceriam em poder da sociedade civil.

Em seu artigo 30, o Estatuto dispõe sobre a possibilidade de os possuidores e proprietários de armas de fogo **não registradas** solicitarem o registro perante o órgão competente.

Este dispositivo consagrou uma espécie de anistia irrestrita que motivou a aquisição pela população de armas **não registradas**, principalmente de origem estrangeira, para regularizá-las posteriormente. Ciente dessa repercussão social que a regulamentação legal ocasionou, o legislador, com a edição da Medida Provisória nº 417/2008, alterou a redação do citado artigo para prever que somente as armas de fogo de fabricação nacional, de uso permitido e não registradas, assim como as de procedência estrangeira, de uso permitido e fabricadas anteriormente ao ano de 1997 (ano de promulgação da Lei 9.437/97) é que estarão sujeitas à regularização, *verbis*:

Art. 30. Os possuidores e proprietários de armas de fogo de fabricação nacional, de uso permitido e não registradas, deverão solicitar o seu registro até o dia 31 de dezembro de 2008, apresentando nota fiscal de compra ou comprovação da origem lícita da posse, pelos meios de prova em direito admitidos, ou declaração firmada na qual constem as características da arma e a sua condição de proprietário. (Redação dada pela Medida Provisória nº 417, de 2008)

Parágrafo único. Os possuidores e proprietários de armas de fogo de procedência estrangeira, de uso permitido, fabricadas anteriormente ao ano de 1997, poderão solicitar o seu registro no prazo e condições estabelecidos no caput. (Incluído pela Medida Provisória nº 417, de 2008)¹⁷.

O artigo 31 prevê a possibilidade de uma arma **registrada** ser entregue a qualquer tempo à Polícia Federal, mediante indenização:

Art. 31. Os possuidores e proprietários de armas de fogo adquiridas regularmente poderão, a qualquer tempo, entregá-las à Polícia Federal, mediante recibo e indenização, nos termos do regulamento desta Lei.

Já o artigo 32 da redação original do Estatuto previa a hipótese de entregar a arma de fogo **não registrada**, no prazo de 180 dias, à Polícia Federal, desde que presumida a boa-fé do possuidor ou proprietário.

Art. 32. Os possuidores e proprietários de armas de fogo não registradas poderão, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias após a publicação desta Lei, entregá-las à Polícia Federal, mediante recibo e, presumindo-se a boa-fé, poderão ser indenizados, nos termos do regulamento desta Lei. Parágrafo único. Na hipótese prevista neste artigo e no art. 31, as armas recebidas constarão de cadastro específico e, após a elaboração de laudo pericial, serão encaminhadas, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, ao Comando do Exército para destruição, sendo vedada sua utilização ou reaproveitamento para qualquer fim¹⁸.

Vale dizer que a referida boa-fé é presumida desde que não conste no SINARM nenhum dado que aponte a origem ilícita da arma (apreendida, furtada, roubada etc)¹⁹.

Devido ao sucesso da campanha de regularização e do desarmamento o prazo de 180 dias fixado no Estatuto, cujo início deu-se em 23/12/2003, teve seu termo *ad quem* estendido, por meio das Leis n.ºs 10.884/04, 11.118/05 e 11.191/05, até a data de 23/10/2005.

Em pesquisas da área de segurança pública resta evidente o contínuo incremento das mortes por armas de fogo, que só sofreu decréscimo após os esforços empreendidos na campanha do desarmamento que se deu entre os anos 2004 e 2005:

Em estudo divulgado em 2005²⁰, concluiu-se que, entre 1979 e 2003, morreram mais de 550 mil pessoas vítimas de armas de fogo. Atualizando esse registro até 2006, teríamos que incluir acima de 100 mil mortes, acontecidas só nesses três anos, totalizando 648 mil vítimas de armas de fogo nos 27 anos dos quais temos dados disponíveis sobre o tema. A partir desse ano, as taxas começam a cair ano a ano. Entre 2003 e 2004 a queda foi de 5,5%, no ano seguinte foi de 2,8%, e em 2006, de 1,8%. Os dados estão a indicar que as estratégias de desarmamento (estatuto e campanha), implementadas em 2003, conseguiram reverter um processo que vinha se agravando drasticamente ao longo do tempo, mas não foram suficiente para originar quedas sustentáveis e progressivas ao longo do tempo, como a situação estava a demandar. A disponibilidade de armas de fogo não é o único componente que explica os elevados índices de violência letal existentes no país. Estão começando a incidir outros fatores, segundo apontamos no capítulo referente a homicídios. Além do desarmamento, na

diminuição da violência letal estão políticas de segurança pública de cunho federal, estadual e/ou municipal. Mas também parece inegável que ainda exista ampla margem de atuação no campo do desarmamento, no qual os índices de mortalidade por armas de fogo são ainda extremamente elevados. Com os quantitativos acima apontados, e apesar das quedas recentes, a taxa brasileira de mortes por armas de fogo continua elevada: 19,3 óbitos em 100.000 habitantes, ocupando ainda lugar de destaque no contexto internacional²¹.

Os resultados da campanha do desarmamento nos índices de violência e a pressão da sociedade, principalmente através das ONG's, levou o legislador a novamente conceder prazo de regularização das armas, assim como reestabelecer a campanha do desarmamento, agora de forma perene.

Tal movimento culminou com a edição da Medida Provisória nº 417/2008 que alterou as condições para a regularização das armas **não registradas**, conforme já destacamos, e estabeleceu uma **permanente** campanha do desarmamento:

Art. 32. Os possuidores e proprietários de armas de fogo poderão entregá-las, espontaneamente, mediante recibo e, presumindo-se de boa fé, poderão ser indenizados. (Redação dada pela Medida Provisória nº 417, de 2008) Parágrafo único. O procedimento de entrega de arma de fogo de que trata o caput será definido em regulamento. (Incluído pela Medida Provisória nº 417, de 2008)²².

Por meio da Exposição de Motivos nº 09 – MJ, de 30 de janeiro de 2008 o Sr. Ministro da Justiça assim motivou a necessidade da implementação da campanha do desarmamento sem definição de prazo para término:

*4. A urgência da medida também se manifesta por meio da alteração que se pretende ao artigo 32 do Estatuto do Desarmamento, que a partir da edição desta medida provisória **não mais definirá um prazo final para a entrega, mediante indenização, de armas não registradas**. Essa alteração viabilizará a retomada das campanhas de entrega de armas que, por meio da conscientização e mobilização da sociedade retirará milhares de armas de fogo das mãos dos cidadãos. Segundo o Mapa da Violência dos Municípios Brasileiros 2008, a campanha de desarmamento promovida em 2004 foi diretamente responsável pela redução do número de homicí-*

*dios em 5,5% em relação a 2003. Por estarmos tratando de salvar a vida de milhares de pessoas, não há como afastarmos a urgência e relevância desta medida provisória*²³.

A alteração legislativa imbuída de notável espírito humanitário acabou por acarretar, ainda que não fosse esse o objetivo, grande impacto nas normas incriminadoras do Estatuto do Desarmamento, gerando ineficácia de dispositivos penais, como o delito de posse de armas, que também contribuem para a diminuição da violência e proporcionam o controle e a redução do número de armas em circulação.

2.2. Repercussão das campanhas de regularização e do desarmamento no delito de posse de armas

A partir de 2005, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que as benesses consagradas nos artigos 30 e 32 do Estatuto do Desarmamento promoveram uma descriminalização temporária (“*abolitio criminis temporalis*”), ou ainda uma *vacatio legis* indireta, durante o prazo definido em lei, no que concerne aos delitos de posse de armas de uso permitido e de uso restrito previstos nos artigos 12 e 16 da Lei 10.826/03. Referido entendimento está consolidado na linha do seguinte julgado:

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. POSSE DE ARMA DE FOGO. ABOLITIO CRIMINIS. OCORRÊNCIA SE A ARMA ESTIVER NA RESIDÊNCIA OU NO TRABALHO DO ACUSADO. TRANSPORTE DE ARMA NO VEÍCULO. PORTE ILEGAL. CONDUTA TÍPICA.

1. Esta Corte firmou entendimento no sentido de ser atípica a conduta de posse irregular de arma de fogo, tanto de uso permitido (art. 12) quanto de uso restrito (art. 16), no período referido nos artigos 30 e 32 da Lei nº 10.826/2003, em razão da descriminalização temporária.

*2. Caracteriza-se o delito de posse irregular de arma de fogo apenas quando ela estiver guardada no interior da residência (ou dependência desta) ou no trabalho do acusado, evidenciado o porte ilegal se a apreensão ocorrer em local diverso. (...)*²⁴.

Observe-se que o entendimento acima esposado não contempla outras figuras típicas previstas no Estatuto do Desarmamento, mas tão-somente as condutas de posse irregular de arma de fogo, *verbis*:

HABEAS CORPUS. PENAL. ESTATUTO DO DESARMAMENTO. FORNECIMENTO ILEGAL DE ARMA DE FOGO (ART. 14 DA LEI 10.826/03). ABOLITIO CRIMINIS TEMPORÁRIA NÃO-OCORRÊNCIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE.

I. Diante da literalidade dos dispositivos legais relativos ao prazo legal para regularização do registro da arma (arts. 30, 31 e 32 da Lei n.º 10.826/03), esta Corte tem entendido que houve sim a descriminalização temporária, mas tão-somente no que diz respeito à posse de arma de fogo, a qual não se confunde com as demais figuras típicas, tais como o porte, a aquisição e o fornecimento de arma de fogo. (...)»²⁵.

A *abolitio criminis temporalis* não alcança o delito de **porte** de armas consoante posicionamento uníssono do Superior Tribunal de Justiça. Alguns doutrinadores entendem que o transporte da arma de fogo para regularização ou entrega ao órgão competente faz presumir a boa-fé do possuidor e afastar o dolo, não incidindo o delito de **porte** de armas. Contudo, o melhor entendimento aponta no sentido de se presumir a boa-fé do possuidor somente quando este esteja portando a Guia de Trânsito²⁶ expedida pela Polícia Federal. No caso de estar portando a citada guia o fato será atípico:

CRIMINAL. HC. PORTE DE ARMA DE FOGO. ESTATUTO DO DESARMAMENTO. FLAGRANTE LAVRADO EM SUA VIGÊNCIA. POSSIBILIDADE DE REGULARIZAÇÃO DA POSSE OU DE ENTREGA DA ARMA. VACATIO LEGIS INDIRETA E ABOLITIO CRIMINIS TEMPORÁRIA. EFEITOS QUE NÃO ALCANÇAMA CONDUTA DE “PORTAR ARMA DE FOGO”. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. CONDUTA TÍPICA. ORDEM DENEGADA.

I. A Lei n.º 10.826/03, ao estabelecer o prazo de 180 dias para que os possuidores e proprietários de armas de fogo sem registro regularizassem a situação ou as entregassem à Polícia Federal, criou uma situação peculiar, pois, durante esse período, a conduta de possuir arma de fogo deixou de ser considerada típica.

II. A vacatio legis indireta – assim descrita na doutrina – criada pelo legislador tem aplicação, tão-somente, para os delitos de posse de arma de fogo.

III. A conduta de portar arma de fogo não se inclui na abolitio criminis temporária.

IV. O agente que for surpreendido portando arma de fogo, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, incorre nas sanções do art. 14 ou art. 16 do Estatuto do Desarmamento.

V. Somente estaria acobertado pela “abolitio criminis” temporária o portador de arma de fogo de uso permitido, munido com a Guia de Trânsito expedida pelo Departamento da Polícia Federal, em conformidade com a Instrução Normativa n.º 001-DG/DPF, de 26 de fevereiro de 2004, que não é a situação dos autos.

VI. Ordem denegada²⁷.

A descriminalização do delito de **posse** de armas, segundo o Superior Tribunal de Justiça, abrange até mesmo aquela arma que esteja com o número de série raspado tendo em vista a autonomia entre o procedimento de regularização da arma e a faculdade de entregá-la à Polícia Federal, *verbis*:

*É oportuno lembrar que a conduta de **posse** de arma de fogo com numeração CRIMINAL. HC. RECEPÇÃO. POSSE DE ARMAS DE FOGO E DE MUNIÇÕES. FLAGRANTE LAVRADO NA VIGÊNCIA DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO. POSSIBILIDADE DE REGULARIZAÇÃO DA POSSE OU DE ENTREGA DAS ARMAS. VACATIO LEGIS INDIRETA E ABOLITIO CRIMINIS TEMPORÁRIA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ORDEM CONCEDIDA.*

I. A Lei n.º 10.826/03, ao estabelecer o prazo de 180 dias para que os possuidores e proprietários de armas de fogo sem registro regularizassem a situação ou as entregassem à Polícia Federal, criou uma situação peculiar, pois, durante esse período, a conduta de possuir arma de fogo deixou de ser considerada típica.

II É prescindível o fato de se tratar de arma com a numeração raspada e, portanto, insuscetível de regularização, pois isto não afasta a incidência da vacatio legis indireta, se o Estatuto do Desarmamento confere ao possuidor da arma não só a possibilidade de sua regularização, mas também, a de simplesmente entregá-la à Polícia Federal.(...)²⁸.

É oportuno lembrar que a conduta de **posse** de arma de fogo com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado (artigo 16, IV, Lei 10.826/03) não se confunde com a conduta de efetivamente suprimir ou alterar marca, numeração ou qualquer sinal de identificação de arma de fogo ou

artefato (artigo 16, I, Lei 10.826/03). Consoante o posicionamento da jurisprudência somente a conduta de **posse** de arma com numeração raspada, suprimida ou adulterada estaria abarcada pela *abolitio criminis* temporária.

Questão controvertida diz respeito ao conflito de leis penais no tempo, haja vista a possibilidade de retroatividade da aludida *abolitio criminis* temporária aos delitos cometidos sob a égide da Lei 9.437/97. O Superior Tribunal de Justiça também já enfrentou essa questão e manifestou-se no sentido da retroatividade dessa descriminalização, vejamos:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 1º, CAPUT, DA LEI Nº 9.437/97. ARTIGOS 30, 31 E 32, DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. FATO ANTERIOR AO INÍCIO DO PRAZO PARA A REGULARIZAÇÃO DA ARMA.

I - A Lei nº 10.826/03, em seus artigos 30 a 32, estipulou um prazo para que os possuidores de arma de fogo regularizassem sua situação ou entregassem a arma para a Polícia Federal. Dessa maneira, até que findasse tal prazo, que se iniciou em 23/12/2003 e que teve seu termo final prorrogado até 23/10/2005 (cf. Lei 11.191/2005), ninguém poderia ser processado por possuir arma de fogo.

*II - A nova lei, ao menos no que tange aos prazos dos artigos 30 a 32, que a doutrina chama de *abolitio criminis* temporária ou de *vacatio legis* indireta ou até mesmo de *anistia*, deve retroagir, uma vez que mais benéfica para o réu (APn nº 394/RN, Corte Especial, Rel. p/ Acórdão Min. José Delgado, j. 15/03/2006).*

*III - O período de indiferença penal (lex mitior), desvinculado para os casos ali ocorridos, dado o texto legal, alcança situações anteriores idênticas. A permissão ou oportunidade da regularização funcionaria como incentivo e não como uma obrigação ou determinação vinculada. A *incriminação* (já, agora, com a *novatio legis in peius*) só vale para os fatos posteriores ao período da “suspensão”. Recurso ordinário provido²⁹.*

Os entendimentos supra colacionados foram sedimentados à luz dos artigos 30 e 32 do Estatuto do Desarmamento, em sua redação original, que previam prazos de 180 dias para regularização e entrega voluntária das armas de fogo. Vale lembrar que tal prazo, cujo início deu-se em 23/12/2003, teve seu termo final estendido, por meio das Leis n.ºs 10.884/04, 11.118/05 e 11.191/05, até a data de 23/10/2005.

Em recente julgamento, o Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, decidiu que o caráter temporário das normas consignadas nos artigos 30 a 32 do Estatuto do Desarmamento não lhe conferiam a aptidão para retroagir e alcançar condutas realizadas antes de sua vigência:

EMENTA Habeas Corpus. Posse ilegal de arma de fogo de uso restrito cometida na vigência da Lei nº 9.437/97. Lei nº 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento). Vacatio legis especial. Atipicidade temporária. Abolitio criminis. 1. A vacatio legis especial prevista nos artigos 30 a 32 da Lei nº 10.826/03, conquanto tenha tornado atípica a posse ilegal de arma de fogo havida no curso do prazo assinalado, não subtraiu a ilicitude penal da conduta que já era prevista no artigo 10, § 2º, da Lei nº 9.437/97 e continuou incriminada, até com maior rigor, no artigo 16 da Lei nº 10.826/03. Ausente, portanto, o pressuposto fundamental para que se tenha por caracterizada a abolitio criminis. 2. Além disso, o prazo estabelecido nos referidos dispositivos expressa, por si próprio, o caráter transitório da atipicidade por ele criada indiretamente. Trata-se de norma que, por não ter ânimo definitivo, não tem, igualmente, força retroativa. Não pode, por isso, configurar abolitio criminis em relação aos ilícitos cometidos em data anterior. Inteligência do artigo 3º do Código Penal. 3. Habeas corpus denegado³⁰.

A interpretação do Pretório Excelso, trazendo à baila o argumento da norma penal temporária³¹, afastou a possibilidade de retroação da lei, mas admitiu a atipicidade das condutas perpetradas (*abolitio criminis temporalis*) no período inicialmente previsto nos artigos 30 e 32 do Estatuto.

Ocorre que com o advento da Medida Provisória nº. 417/2008, de 31 de janeiro de 2008, o artigo 32, que reestabelece a Campanha do Desarmamento, teve sua redação alterada não especificando prazo para término da campanha. Esta alteração foi propositada tendo em vista o item 4 da exposição de motivos retro citada que acompanhou a medida provisória.

Considerando a tese da *abolitio criminis temporalis* adotada pelo Superior Tribunal de Justiça e que, atualmente, a lei não prevê qualquer prazo para entrega espontânea de armas de fogo à Polícia Federal, conclui-se que ocorreu uma *novatio legis in melius* que irradiando pelo sistema jurídico acarretará a descriminalização dos delitos de posse de armas de uso permitido e de uso restrito.

Na dicção de Fernando Capez os artigos 30 e 32 da Lei 10.826/03 estabeleceram um “paradisíaco período de atipicidade”³². Por outro lado, é dizer

que a novidade legislativa introduzida pela Medida Provisória nº 417/08 criou uma infernal e irrestrita descriminalização no tocante à posse de armas.

Pode-se dizer que o legislador “atirou no que viu e acertou no que não viu” visto que desejava colocar “restrições à comercialização, à **posse** e ao porte de armas de fogo”³³ e acabou por descriminalizar o delito de posse de armas de fogo por via da campanha do desarmamento de prazo indeterminado.

A nova redação do artigo 32 prevê que a entrega da arma de fogo deve ser feita “espontaneamente” induzindo a que alguns operadores do direito entendam que o cidadão surpreendido na posse da arma, p. ex. durante uma diligência de busca e apreensão, estaria incidindo no delito de posse de armas. Ocorre que isto por si só, ainda que tenha sido a intenção do legislador, não tem o condão de afastar o entendimento já desenvolvido, visto que o dispositivo que prevê a entrega de armas mediante indenização não prevê prazo para fazê-lo.

Importa notar que não houve a promulgação de nova lei deixando de considerar o delito de posse de armas como crime, mas sim uma derrogação implícita pela norma que institui a campanha permanente de desarmamento.

Ainda que se propugne nova alteração legislativa para retificar essa, em nossa opinião, equivocada política criminal, a medida provisória alcançará as condutas perpetradas antes de sua vigência, haja vista o disposto no art. 5º, XL, da Constituição Federal e nos artigos 2º. e 107, III, do Código Penal Brasileiro.

Note-se que temos neste caso uma medida provisória tratando de matéria penal, sendo certo que isso é vedado pela Constituição da República. No entanto, alguns defendem que medida provisória pode disciplinar matéria penal, desde que beneficie o réu:

Como ensinam Celso Delmanto et al., à regra segundo a qual a medida provisória não pode ser aplicada no campo penal, “deve-se abrir exceção quando for favorável ao acusado”. Assim também, prosseguem: o decreto-lei “embora inconstitucional, pode e deve ser aplicado em matéria penal (STJ, RHC n. 3.337, j. em 20.9.1994, DJU de 31.10.1994)”. (...) No mesmo sentido, Fernando Capez ensina que, não obstante o impedimento constitucional, não se justificam as restrições materiais da Carta Magna, as quais só foram estabelecidas para impedir que medida provisória defina crimes e imponha penas.³⁴

Outros doutrinadores, como Damásio Evangelista de Jesus, entendem que a medida provisória não pode tratar de matéria penal, ainda que beneficie o acusado:

Como diz González Macchi, de acordo com o princípio de reserva legal ou da legalidade, “corresponde exclusivamente à lei penal tipificar os fatos puníveis e as conseqüências jurídicas que eles geram. Nesse sentido, somente uma lei emanada do Poder Legislativo pode proibir as condutas consideradas puníveis e impor-lhes uma sanção, em virtude do princípio constitucional que regula o sistema de separação e equilíbrio de poderes”. (...) Não podemos nos esquecer de que a finalidade da restrição a que a medida provisória reine sobre Direito Penal diz respeito a não se permitir que a vontade única de uma pessoa, qual seja o Presidente da República, determine regras sobre direitos fundamentais(...). A admissão da analogia ‘in bonam partem’ também não serve de argumento contrário. Ocorre que nela há uma lei penal regendo matéria similar, ao contrário do que acontece com a medida provisória, a qual não é lei.³⁵

Confirmando-se a descriminalização anunciada pode-se vislumbrar não só a *abolitio criminis* do delito de **posse** de armas, mas também a de **posse** de munições e acessórios tendo em vista a analogia *in bonam partem*³⁶.

3. Conclusão

Todo o arcabouço jurídico estudado revela o recrudescimento da legislação penal pátria no que tange aos delitos envolvendo armas de fogo. Indubitavelmente essa evolução legislativa se deu em face da crescente violência e dos altos índices de mortes por arma de fogo.

Houve, contudo, aqueles que se posicionaram desfavoravelmente às severas punições cominadas àqueles que fossem flagrados na posse e porte de armas de fogo. Alegou-se que o Estado não podia restringir o direito do cidadão de possuir armas sem prestar-lhe um eficiente serviço de segurança pública.

Ultrapassados os questionamentos quanto à constitucionalidade das normas inscritas na Lei 10.826/03, verificou-se uma sucessão de reformas pontuais que acabaram por desfigurar em parte o intuito repressor deste diploma legal.

Um dos pontos altos da Lei de Desarme atual refere-se à campanha de entrega voluntária de armas que possibilitou a retirada de circulação de mais de 464.000 armas de fogo entre 2004 e 2005.

No intuito de perpetuar essa experiência positiva, que foi elogiada em todo o mundo, o legislador brasileiro resolveu instituir, por meio da Medida Provisória nº 417/2008, a campanha do desarmamento de forma permanente, ou seja, sem prazo final.

Ocorre que na esteira do entendimento jurisprudencial firmado pelos Tribunais Superiores as normas que concediam o direito à regularização de armas não registradas ou sua entrega à Polícia Federal, à luz da redação original, acarretaram a *abolitio criminis* temporária dos delitos de posse de armas.

Portanto, considerando a tese da *abolitio criminis temporalis* adotada pelo Superior Tribunal de Justiça e que, atualmente, a lei não prevê qualquer prazo para entrega espontânea de armas de fogo à Polícia Federal, conclui-se que ocorreu uma *novatio legis in melius* que acarretará a descriminalização dos delitos de posse de armas de uso permitido e de uso restrito.

Notas

¹ Significa ser proprietário ou possuidor da arma, acessório ou munição; ter em seu poder.

² Representa a detenção da arma, acessório ou munição em nome de terceiro.

³ Vide Capítulo II da Lei 10.826/03.

⁴ Idem, ibidem, Art. 11.

⁵ BRASIL. Decreto nº 5.123, de 1º de julho de 2004, art. 11.

⁶ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7/12/1940. Art. 17 - *Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.*

⁷ BRASIL. STJ, Recurso Especial nº 883824/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, DJ 03.09.2007, p. 215.

⁸ BRASIL. Lei nº 7.492, de 16/06/1986, Art. 4º, Parágrafo único. *Se a gestão é temerária.*

⁹ CAPEZ, Fernando. *Estatuto do Desarmamento: comentários à Lei 10.826, de 22-12-2003.* 4 ed. atual., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 45-46

¹⁰ BRASIL. STJ, Recurso Especial nº 34.322-0/RS, Rel. Ministro Vicente Cernicchiaro, DJU 2.8.93, p. 14.

¹¹ SÃO PAULO, MPSP, Tese 125, DOE 12.06.2003, p. 32.

¹² THUMS, Gilberto. *Estatuto do Desarmamento - Fronteiras entre racionalidade e razoabilidade.* Rio de Janeiro. Lúmen: Juris, 2005, p. 77.

¹³ BRASIL. STF, ADI 1158-8/AM, DJ 26.05.1995.

¹⁴ BRASIL. STF, ADI 3.112/DF, DJ 26.10.2007.

¹⁵ Idem, ibidem.

¹⁶ Exposição de Motivos nº 293, de 24 de maio de 1999 *apud* FIGUEIREDO, Igor Nery. Estatuto do Desarmamento: Constitucionalidade do tipo penal de posse irregular de arma de fogo de uso permitido. Revista da AGU, Brasília, Ano VI, nº 52, mai. 2006.

¹⁷ BRASIL. Lei 10.826/03, art. 30 com redação dada pela Medida Provisória nº 417/08.

¹⁸ BRASIL. Lei 10.826/03, art. 32.

¹⁹ BRASIL. Decreto 5.123/04. Art. 69. *Presumir-se-á a boa-fé dos possuidores e proprietários de armas de fogo que se enquadrem na hipótese do art. 32 da Lei nº 10.826, de 2003, se não constar do SINARM qualquer registro que aponte a origem ilícita da arma.*

²⁰ WASELFISZ, Julio Jacobo. *Mortes matadas por armas de fogo no Brasil. 1979/2003*. Brasília: UNESCO, 2005.

²¹ WASELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência dos Municípios Brasileiros 2008*. Brasília: RITLA, 2008.

²² BRASIL. Lei 10.826/03. art. 32.

²³ Exposição de Motivos nº 09 – MJ, de 30 de janeiro de 2008.

Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/_Ato2007-2010/2008/Exm/EM-9-MJ-MPV-417.htm. Acesso em: 02/03/2008.

²⁴ BRASIL. STJ, HC 83680/MS, Relator Ministro PAULO GALLOTTI, DJ 19.12.2007, p. 1237. No mesmo sentido, entre outros, RHC 19466/RS, Ministro PAULO GALLOTTI, DJ 26.02.2007 p. 641.

²⁵ BRASIL. STJ, HC 75517/MS, Relatora Ministra LAURITA VAZ, DJ 14.05.2007, p. 360. No mesmo sentido: HC 90027/MG, Relatora Ministra LAURITA VAZ, DJ 19.11.2007, p. 267; AgRg no REsp 763840/RN, Relator Ministro HAMILTON CARVALHIDO, DJ 25.06.2007, p. 313.

²⁶ BRASIL. Decreto nº 5.123, de 1º de julho de 2004. Art. 28. *O proprietário de arma de fogo de uso permitido registrada, em caso de mudança de domicílio, ou outra situação que implique no transporte da arma, deverá solicitar à Polícia Federal a expedição de Porte de Trânsito, nos termos estabelecidos em norma própria.*

²⁷ BRASIL. STJ, HC 57818/SP, Relator Ministro GILSON DIPP, DJ 11.09.2006, p. 331.

²⁸ BRASIL. STJ, HC 42374/PR, Relator Ministro GILSON DIPP, DJ 01.07.2005, p. 586.

²⁹ BRASIL. STJ, RHC 21271/DF, Relator Ministro FELIX FISCHER, DJ 10.09.2007, p. 245. No mesmo sentido: BRASIL. STJ, Resp 895093/RS, Relatora Ministra LAURITA VAZ, DJ 06.08.2007, p. 679.

³⁰ BRASIL. STF, HC 90995/SP, Relator Ministro MENEZES DIREITO, DJ 07.03.2008

³¹ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7/12/1940. Art. 3º - *A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência.*

³² CAPEZ, Fernando. *Estatuto do Desarmamento: comentários à Lei 10.826, de 22-12-2003*. 4 ed. atual., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 190.

³³ Exposição de Motivos nº 293, de 24 de maio de 1999 apud FIGUEIREDO, Igor Nery. *Estatuto do Desarmamento: Constitucionalidade do tipo penal de posse irregular de arma de fogo de uso permitido*. Revista da AGU, Brasília, Ano VI, nº 52, mai, 2006.

³⁴ Idem, ibidem.

³⁵ JESUS, Damásio E. de. *Estatuto do desarmamento: medida provisória pode adiar o início de vigência de norma penal incriminadora?* Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 349, 21 jun. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5357>>. Acesso em: 12 mar. 2008.

³⁶ BRASIL. Constituição Federal de 1988, art. 5º., XL c/c Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, art. 4º.

Referências Bibliográficas

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal – parte geral*, vol. 1, 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal – parte geral*, vol. 1, 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

CAPEZ, Fernando. *Estatuto do Desarmamento: comentários à Lei 10.826, de 22-12-2003*. 4 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

FIGUEIREDO, Igor Nery. *Estatuto do Desarmamento: Constitucionalidade do tipo penal de posse irregular de arma de fogo de uso permitido*. Brasília: Revista da AGU, Ano VI, nº 52, mai, 2006.

FRANÇA, Júnia Lessa; VASCONCELLOS, Ana Cristina de (col.); MAGALHÃES, Maria Helena de Andrade (col.); BORGES, Stella Maris (col.). *Manual para normalização de publicações técnico-científicas*. 6. ed. ver. e ampl. Belo Horizonte. Ed: UFMG, 2003.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal – parte geral*, vol. 1, 6. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Legislação penal especial*. São Paulo: Saraiva, 2005.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

JESUS, Damásio E. de. *Estatuto do desarmamento: medida provisória pode adiar o início de vigência de norma penal incriminadora*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 349, 21 jun. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5357>>. Acesso em: 12/03/2008.

- SILVA, César Dario Mariano da. *Estatuto do desarmamento: de acordo com a Lei 10.826/2003*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- THUMS, Gilberto. *Estatuto do Desarmamento - Fronteiras entre racionalidade e razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- WAISELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência dos Municípios Brasileiros 2008*. Brasília: RITLA, 2008.

Resumo

Trata-se de estudo destinado a investigar as normas incriminadoras da Lei 10.826/03, conhecida como Estatuto do Desarmamento, mormente quanto ao delito de posse de armas. Para tanto, procedeu-se à divisão do tema em dois momentos. A primeira parte os elementos objetivos, subjetivos e normativos dos tipos penais previstos nos artigos 12 e 16 da Lei 10.826/03. A segunda parte debruça-se sobre as alterações sofridas pela legislação do desarmamento, concernente às campanhas de regularização e de desarmamento, que ocasionaram a descriminalização da conduta de posse de armas de fogo de uso permitido e de uso restrito. Outrossim, destaca-se, sobremaneira, a abordagem do tema sob o prisma dos princípios constitucionais que visam conter o aparelho estatal repressor, funcionando como uma forma de controle da atuação do direito penal. Por fim, diante do amplo estudo da referida temática e dos diplomas legais pertinentes, tecem-se considerações acerca da necessidade de alterações na regulamentação da campanha do desarmamento de modo a evitar o efeito reflexo de acarretar a *abolitio criminis* nos delitos de posse de armas de uso permitido e de uso restrito.

Palavras chaves: Estatuto do Desarmamento - Normas incriminadoras - Elementos dos tipos penais - Posse de arma de fogo.

Abstract

The text inquires the incriminatory norms of Act 10.826/03, also known as The Disarmament Statute, specifically the crime of arms possession. The text is divided in two parts: the first considers the objective, subjective and normative elements of the penal types as envisaged in Articles 12 and 16 of Act 10.826/03. The second focuses on the changes introduced in the legislation concerning disarmament as a

consequence of regularization and disarmament campaigns which decriminalized the possession of permitted and restricted use guns. The issue is approached from the prism of constitutional principles that aim at restraining the repressive state thus functioning as a form of control of the penal law. Finally, several arguments are rendered concerning necessary changes as to the regulation of disarmament campaign in order to avoid the reflexive effect of causing an *abolition criminis* in the crimes of possession of permitted use guns and of restricted use guns.

Key words: The Disarmament Statute - Incriminatory norms - Elements of the penal types - Fire arms possession.

Resumen

El texto discute las normas criminales de la Ley 10.826/03, conocida como Estatuto del Desarme, con énfasis en el delito de la posesión de armas. El texto está organizado en dos partes. En la primera, están considerados los elementos objetivos, subjetivos y normativos de los tipos penales contemplados en los Artículos 12 y 16 del la Ley 10.826/03. La segunda aborda los cambios introducidos en la legislación sobre desarme, asociados a las campañas de regularización y de desarme, y que llevaron a la descriminalización de la posesión de armas de uso permitido y de uso restringido. El tema es abordado desde la perspectiva de los principios constitucionales que objetivan restringir el aparato represivo del estado, operando así como una forma de control del derecho penal. Finalmente, son analizados diversos argumentos favorables a la promoción de cambios en la reglamentación de la campaña de desarme a fin de evitar el efecto reflexivo de causar una *abolición criminis* en los delitos de posesión de armas de uso permitido y de uso restringido.

Palabras-claves: Estatuto del Desarme - Normas criminales - Elementos de los tipos penales - Posesión de armas.

Sumário: 1 – Da legitimação ativa para as ações executivas. 2 – Fundamentos da cumulação de demandas (em particular na execução). 3 – Litisconsórcio ativo (na execução) com fundamento na unidade da relação de direito material e na legitimidade superveniente comum. Superação do óbice à “coligação”.

1) Da legitimação ativa para as ações executivas

Conforme lecionou Humberto Theodoro Júnior¹, o título executivo, como forma de representação da obrigação sobre a qual se funda a ação, assume tríplice função “no processo de realização coativa do direito do credor”, quais sejam: (i) de autorizar a execução; (ii) de definir o fim da execução; e (iii) de fixar os limites da execução. De igual forma, afirmou Liebman que no título “se encontra agora a indicação do resultado a que deve tender a execução e, portanto, a sua legitimidade, seu objeto e seus limites”².

Nesse contexto, haverá a legitimação ordinária (ativa e passiva) no processo executivo quando se identificar simultaneamente “o credor a quem a lei confere título executivo” (CPC, art. 566, I) e “o devedor, reconhecido como tal no título executivo” (CPC, art. 568, I); será extraordinária a legitimidade (ativa ou passiva) “atribuída pela lei a alguém que não integra a situação conflituosa, para figurar em nome próprio na relação processual que terá por objeto tal conflito”³, como aduzem Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini.

Por outro lado, haverá também a legitimidade originária e derivada (ou “superveniente”) nas situações “formadas posteriormente à criação do título [executivo] e que se verificam nas hipóteses de sucessão tanto *mortis causa* como *inter vivos*”⁴. Em outras palavras, “No processo executivo, a legitimação é originária quando surge simultaneamente com a identificação das condições de credor e devedor no título; é derivada ou superveniente quando advém de posterior transferência dessa condição”⁵.

Prevêem os arts. 566 e 567 do CPC que são legitimados para promover a execução, ou nela prosseguir: (i) o credor a quem a lei confere título executivo; (ii) o Ministério Público, nos casos prescritos em lei; (iii) o espólio, os herdeiros ou os

sucessores do credor, sempre que, por morte deste, lhes for transmitido o direito resultante do título executivo; (iv) o cessionário, quando o direito resultante do título executivo lhe foi transferido por ato entre vivos; e (v) o sub-rogado, nos casos de sub-rogação legal ou convencional.

Em decorrência da verificação da legitimidade de parte – seja ela ordinária ou extraordinária, originária ou derivada – existirá a possibilidade de que se constate em um ou em ambos os pólos da relação jurídica processual uma “pluralidade de pessoas”⁶, a caracterizar o cúmulo subjetivo ou litisconsórcio. É disso que se passa a tratar.

2) Fundamentos da cumulação de demandas (em particular na execução)

Não há dúvida sobre a possibilidade do cúmulo objetivo de demandas no âmbito executivo, conforme, aliás, admite expressamente o art. 573 do CPC.

Conforme lição de Alcides de Mendonça Lima,

O preceito se funda, evidentemente, nos princípios da economia do juízo e, até, no da probidade processual, em consonância, até com o espírito do art. 620 atual. A ‘cumulação de execuções’, seja qual for a natureza do título e a espécie da medida coativa, é em benefício do devedor, pois terá de se suportar menos encargos para ser obtido o mesmo resultado, se várias fossem as execuções, além de liberar-se o mais rapidamente das diversas obrigações, cujo cumprimento foi exigido de uma vez só.

Segundo referido processualista,

O Código não obriga o credor a cumular execuções. Dá-lhe uma ‘faculdade’ (termo empregado aliás pelo art. 53, n° 1 do Código de Processo Civil português). E o devedor não pode impugnar a diversidade de execuções, como também a cumulação desde que lícita: no primeiro caso, porque não tem direito subjetivo para sua objeção; no segundo, porque ao credor se concede direito subjetivo por uma ou outra solução (cumulação ou separação)⁷.

Nas palavras de Leonardo Greco,

A cumulação de ações é a reunião de duas ou mais ações em um mesmo processo. Tal cumulação pode ocorrer por uma multiplicidade de autores,

ou por uma multiplicidade de réus, ou por uma multiplicidade de pedidos, ou ainda, pela multiplicidade de dois ou até dos três elementos indicados. Pode também ocorrer a cumulação de ações pela multiplicidade de causas de pedir ou de fundamentos, mas tal fenômeno, embora comum, em geral é processualmente irrelevante, o que leva a que normalmente a cumulação objetiva de ações se refira apenas à cumulação de pedidos. Todas as modalidades de cumulação de ações se justificam pela dupla finalidade de atender à economia processual e evitar decisões contraditórias⁸.

A bem da verdade, conforme lembrou Nelson Rodrigues Netto, a possibilidade de cumulação de demandas resulta do princípio dispositivo, isto é,

Da liberdade de que dispõe a parte de ajuizar, ou não, sua pretensão, mormente por poder dispor do mérito material que se encontra à base de sua ação (arts. 2º e 262 do CPC), o que se reflete, na mesma medida, na faculdade processual do autor em cumular mais de um pedido em sua ação. Assim, a par da disponibilidade que possui o autor em provocar a jurisdição por intermédio de uma demanda, a possibilidade de cumulação de pedidos em processo unitário evoca o princípio da economia processual. É de clareza meridiana que, se o autor, em vez de propor duas ou mais ações distintas, movimentando vários juízos e juízes, reunir todos os pedidos em face de um dado réu, num só processo estará obtendo o máximo rendimento no plano do direito material com um mínimo de esforço no plano do direito processual⁹.

Com base em tais premissas, reconhece a doutrina ser possível inclusive que simultaneamente se verifiquem tanto a cumulação subjetiva e objetiva. Sobre isso, Nelson Rodrigues Netto observou que:

No nosso sistema processual não existe proibição da ocorrência concomitante dos fenômenos analisados: é juridicamente possível haver em uma só execução cumulação objetiva (mais de um pedido) e cumulação subjetiva (pluralidade de credores e/ou devedores), excluindo-se apenas a coligação¹⁰.

A cumulação de demandas, por outro lado, não é exclusiva do processo de conhecimento, sendo que, com as ressalvas feitas mais adiante, admite-se a aplicação

das regras do litisconsórcio à execução. Nesse sentido, José Frederico Marques ensinou que:

Na execução forçada, é possível o processo cumulativo, e isto quer no plano objetivo, quer naquele da cumulação litisconsorcial ou subjetiva. Ainda que sem texto legal expresso, como no caso da cumulação objetiva, “admissível é também a cumulação subjetiva. Incidem, no caso, desde que cabíveis, as normas previstas para o processo de conhecimento, uma vez que o art. 598 assim preceitua: Aplicam-se subsidiariamente à execução as disposições que regem o processo de conhecimento”¹¹.

De forma análoga, Ernane Fidélis dos Santos registrou que:

A cumulação subjetiva ativa, isto é, a de credores, pode também ocorrer nas execuções que mantiverem ponto comum de fato ou de direito (art. 46, IV), resguardados os mesmos limites de competência e procedimento. Dois credores por títulos cambiais, por exemplo, ou mesmo por títulos judiciais para pagamento de quantia certa, podem promover execução conjunta contra o devedor”¹².

Assim também Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini escreveram que:

Além disso, nosso sistema admite a cumulação subjetiva, quando o título faz menção a vários credores ou devedores (exemplos: execução proposta em face das várias pessoas que firmaram a promessa de pagamento na mesma nota promissória; execução da sentença condenatória proferida em favor de inúmeras pessoas e contra outras tantas etc.). Como se vê por esse segundo exemplo, a cumulação subjetiva é possível mesmo no âmbito do ‘cumprimento da sentença’, instituído pela Lei 11.232/2005”¹³.

Certo que referidos autores reconhecem que:

Discutível, porém, é a possibilidade de dupla cumulação, quando diferentes pedidos executivos são formulados por vários credores, ou (...) em face de vários devedores, com base em diferentes títulos executivos (exemplo: cumulação de um pedido executivo contra A, fundado em cheque, com

outro contra B, fundado em promissória). Essa hipótese não foi aventada pelo art. 573 do CPC, razão pela qual muitos consideram vedada. Parece possível, no entanto, a aplicação das regras gerais sobre litisconsórcio (especialmente o art. 46). Desse modo, embora os pedidos executivos sejam feitos em face de diferentes devedores e com base em títulos distintos, eles poderiam ser reunidos na mesma execução, desde que todos os títulos tivessem origem na mesma relação de direito material, ou houvesse alguma afinidade de questões etc. (art. 46). Esse mesmo raciocínio autorizaria que diversos credores, com base em diversos títulos, cumulassem seus pedidos executivos. Seria imprescindível, ademais, que o juiz detivesse competência absoluta para todos os pedidos e que todos eles se sujeitassem à mesma forma de processo executivo – requisitos aplicáveis a todas as hipóteses de cumulação de demandas¹⁴.

Há, a propósito, entendimento jurisprudencial a prestigiar a admissibilidade do litisconsórcio na execução, ainda que diferentes credores estejam fundados em diferente título. confira-se decisão do TJMG:

No que tange à alegada ilegitimidade ativa, também não vejo como prosperar.

Isso porque há aqui dois contratos sendo executados: um celebrado por Cariobing do Brasil Organização de Eventos Ltda. e Guilherme Prandi Bueno com Afonso Henrique Rosa e Maria Catarina Rosa Lanna; e outro, de prestação de serviços, entre Cariobing S/A e Afonso Henrique Rosa e Maria Catarina Rosa Lanna.

(...)

E nem se argumente seja inviável o litisconsórcio aqui formado, ao argumento de que os contratos celebrados separadamente não podem ser pleiteados em conjunto.

De curial saber que a figura do litisconsórcio ocorre quando há a presença em um dos pólos da demanda de mais de uma parte, sendo que essa pluralidade de partes somente poderá ocorrer se observadas as hipóteses legais de seu cabimento.

O art. 46 do CPC disciplina as hipóteses de cabimento do litisconsórcio facultativo, ou seja, aquele que poderá ser formado pelas partes, não sendo, portanto, obrigatório para a correta formação da relação jurídica.

O inciso IV do supracitado artigo prevê a possibilidade do cabimento do litisconsórcio facultativo quando há ‘afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito’. Tal dispositivo tem em vista a economia processual, já que com base nele se pode reunir em um só processo pretensões de autores diferentes contra um ou vários réus, desde que estejam ligadas por questão de fato ou de direito comuns a todos.

In casu, os apelados são comuns credores dos apelantes, havendo, portanto, um ponto comum de fato entre as questões, pouco importando tenha o débito sido originado de contratos distintos.

Assim, possível é a pluralidade de autores verificada no pólo da presente demanda, tendo em vista o artigo 46, IV, do CPC.

Neste tempo, trago à baila lição de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

‘Tecnicamente, questão é o ponto que se tornou controvertido. O termo, aqui, quer significar que o fundamento da causa se dá por um ponto comum de fato ou de direito (Arruda Alvim, CPC, II, 359). É o caso, por exemplo, de vários funcionários públicos reclamarem da administração a concessão do mesmo benefício funcional; de vários credores demandarem seus créditos contra devedor comum; de prejudicados por uma inundação promoverem ação contra várias seguradoras fundada em apólices distintas, etc. A lei prevê a possibilidade deste litisconsórcio por medida de economia processual.’ (Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante, 7ª ed., RT, nota 11 ao art. 46 do CPC, p. 411).

Mais especificamente no que toca à execução:

‘Parece possível, no entanto, a aplicação das regras gerais sobre litisconsórcio (especialmente o art. 46). Desse modo, embora os pedidos executivos sejam feitos em face de diferentes devedores e com base em títulos distintos, eles poderiam ser reunidos na mesma execução, desde que todos os títulos tivessem origem na mesma relação de direito material, ou houvesse alguma afinidade de questões etc. (art. 46). Esse mesmo raciocínio autorizaria que diversos credores, com base em diversos títulos, cumulassem seus pedidos executivos.’ (Luiz Rodrigues Wambier e outros, Curso Avançado de Processo Civil, vol. 2, 5ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, p. 73).¹⁵

Também na jurisprudência do STJ se pode encontrar precedente que admite a citada cumulação:

A embargada exeqüente realmente aparelhou a execução com base em dois cheques, um da emissão da embargante, outro da emissão de Mizael Soares de Brito. O Acórdão recorrido, todavia, admitiu a cumulação no caso, sob o fundamento de que os títulos, embora emitidos por pessoas diversas, resultaram de um mesmo negócio jurídico. A asserção produzida pela devedora em sentido contrário, ou seja, de que, no leilão público realizado, os executados adquiriram lotes diferentes, sem nenhum vínculo entre si, esbarra no enunciado do verbete sumular nº 7 desta Corte. Prevalence, com efeito, em matéria de apreciação dos elementos fático-probatórios, a versão carreada pela decisão recorrida. De outro lado, não logrou a embargante – ora recursante – evidenciar em que aspecto a cumulação lhe teria acarretado algum gravame. Pas de nullité sans grief. Inexiste, portanto, a alegada ofensa ao art. 573 do CPC, tampouco é passível de aperfeiçoar-se no ponto o dissídio pretoriano, não somente em face do descumprimento das prescrições legais e regimentais, mas também diante da manifesta dessemelhança entre as situações de fato retratadas no decissum recorrido e no Aresto ofertado como paradigma.¹⁶ STJ – 4ª T, REsp 181.000/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 16/10/03.

3) Litisconsórcio ativo (na execução) com fundamento na unidade da relação de direito material e na legitimidade superveniente comum. Superação do óbice à “coligação”.

As lições invocadas a propósito da admissibilidade do litisconsórcio ativo na execução sugerem o exame da situação particular em que a pluralidade de credores está fundada em títulos diversos. O tema, conforme acima indicado, pode e deve ser tratado à luz da relação de direito material em que constituído o crédito que se pretende cobrar, quer pelo ângulo de sua unidade, quer pela análise da respectiva titularidade.

Assim deve ser porque, nada obstante os subsídios já invocados acerca da admissibilidade do litisconsórcio ativo na execução, parte expressiva da doutrina lhe opõe obstáculo: embora admitindo o litisconsórcio, nega-se o que seria a “coligação” de credores.

Ilustrando esse entendimento, Alcides de Mendonça Lima ensinou que:

No Código Lusitano, porém, por disposição expressa, podem vários credores comuns coligar-se contra o mesmo devedor ou contra diversos deve-

dores obrigados no mesmo título, quando as execuções tenham por fim o pagamento de quantia certa, não se estendendo às demais. O nosso sistema, contudo, na ausência de norma, não autoriza esta coligação nem mesmo aplicando-se os dispositivos que regem o litisconsórcio (arts. 46 a 49), dados os termos restritivos do art. 573, ora analisado. A ‘pluralidade’ de credores em torno de uma só dívida (como unidade jurídica), sim; a ‘coligação’ de credores, porém, não”. Assim, “não se pode recorrer a regras do litisconsórcio (arts. 46 a 49) invocando-se a incidência subsidiária das disposições que regem o processo de conhecimento (art. 598). Quando há norma especial, no processo de execução, afasta-se a analogia baseada no processo de conhecimento, que é supletivo e não retificativo daquele¹⁷.

Nessa linha, outras autorizadas vozes preconizam que a cumulação subjetiva na execução está condicionada à existência único título, ratificando, como dito, a vedação à chamada “coligação” de credores fundados em diferentes títulos. A propósito, Humberto Theodoro Júnior asseverou que:

Para a admissibilidade da unificação das execuções, exigem-se os seguintes requisitos: a) Identidade do credor nos diversos títulos. O Código não permite a chamada ‘coligação de credores’ (reunião numa só execução de credores diversos com base em títulos diferentes) a não ser na execução do devedor insolvente. Não impede, porém, o litisconsórcio ativo no caso em que o título executivo conferir o direito de crédito a mais de uma pessoa¹⁸.

Da mesma forma, Araken de Assis escreveu que:

Em diversas situações práticas, realmente, ao autor parecerá cômodo e útil cumular ações executórias no mesmo processo. Exemplos: a) um único credor pode ter vários títulos, representando o mesmo ou diferentes créditos, nos quais figura o mesmo obrigado; b) dois ou mais sujeitos podem ser credores de um ou mais devedores. Ora, a simples pluralidade de partes, ocorrente nesta última hipótese, flui da admissibilidade do litisconsórcio na execução. E o primeiro caso recordado se respalda na Súmula 27 do STJ: Pode a execução fundar-se em mais de um título extrajudicial relativo ao mesmo negócio. Mas o referido art. 573 erige trans-

cedentes limitações ao processo cumulativo. Partindo da premissa de que toda execução se baseia em título executivo (art. 583), o regime vigente exige o preenchimento de três requisitos: identidade de sujeitos, de juízo e meio executório.

Segundo o processualista gaúcho,

Conseqüência inicial desta rígida disciplina é a exclusão da chamada coligação de partes. Em outras palavras: aceitando a pluralidade de créditos entre as mesmas partes, o art. 573 permite que o credor reúna, num único processo, títulos diversos; porém, rejeita a cumulação subjetiva, que ocorre quando dois ou mais credores diferentes promovem execuções contra um ou mais devedores comuns. Diversamente dos laços mais tênues previstos no art. 46, que amparam a cumulação subjetiva simples de outras classes de ações, a lei brasileira instituiu a unidade subjetiva dos créditos em excussão como requisito de admissibilidade da reunião de ações executórias. E isso, porque o desaparecimento da exigência criaria uma nova espécie de concurso particular de credores.

E mais:

A lei proibiu a coligação de credores contra o mesmo devedor. Pela mesma razão, duvida-se da possibilidade de cumulação sucessiva. Admitiu, portanto, forma restrita de cumulação, defendida ao tempo do CPC abrogado. A unidade subjetiva representa a vantagem do regime. Reclama o art. 573, considerando a hipótese de o credor exhibir títulos diferentes, que, em todos eles, os sujeitos da relação creditícia sejam os mesmos. Por conseguinte, o dispositivo veda a coligação passiva ou ativa, mas não exclui que haja multiplicidade subjetiva nesses pólos, ou seja, que uma ou mais pessoas sejam titulares do mesmo crédito ou obrigados pela mesma dívida¹⁹.

A questão é deveras relevante porque eventualmente ajuizada a execução por dois credores e suposto a “coligação” não seja admitida, a conseqüência seria possivelmente a da extinção do processo sem julgamento do mérito. Essa a lição de Araken de Assis:

(...) no direito tedesco, preconiza-se a separação das ações, ressalvando-se que a falta dos pressupostos ínsitos à demanda conjunta não implica a sua rejeição, em que pese a pouca clareza, também existente entre os alemães, dos textos legais. Por sua vez, o art. 116, segunda parte, do Código de 1939 dispunha explicitamente em torno da separação. Mas, ao lado de inúmeras dúvidas que a regra suscitava, forçoso convir que ela não se dirigia especialmente ao litisconsórcio. Além do campo reservado aos pressupostos processuais, a falta de outro requisito importa, no Código vigente, sentença terminativa: a inadequação procedimental. O art. 295, V, primeira parte, autoriza ao juiz indeferir a petição inicial, e extinguir o processo (art. 267, I), se o tipo de procedimento não corresponder à natureza da causa. Nada obstante a segunda parte do dispositivo, contemplando a adequação à forma legal, exsurge claramente que, inadapável a ação, o seu forçado destino leva-a à extinção.

Donde concluir:

Em síntese, o sistema atual, não restando, propriamente, a 'separação' das ações, toda vez que uma delas for aproveitável, e obedecido o princípio da demanda, limite expresso ao impulso oficial, se inclina à extinção da ação material. Às vezes, tendo em vista que ao juiz não se mostra lícito, ao seu próprio talante, escolher uma das ações, e, portanto, resta um único caminho, a extinção total da demanda.

(...)

Controlando tal requisito, nenhuma diferença separa a espécie ativa da passiva: desprezada a oportunidade para corrigir a errônea inicial, extinguir-se-á, de pronto, a relação processual. Não cabe ao juiz, escolher, entretanto, o autor ou o réu a ser preservado no processo, haja vista o princípio da demanda, ou venceria os limites da própria iniciativa das partes.²⁰

Contudo, a hipótese da chamada “coligação” parece ser efetivamente distinta da situação na qual, havendo diferentes credores portadores de títulos executivos diversos, (i) estes têm origem em uma relação obrigacional única ou (ii) na qual essa diversidade resulta de uma legitimação superveniente, por força de transmissão operada no direito material. Nessas circunstâncias, apesar da diversidade formal e aparente de títulos, está-se diante de um único negócio no plano material a justificar a cumulação subjetiva ativa.

Quanto ao primeiro aspecto supra mencionado, Paulo Henrique dos Santos Lucon bem lembrou que:

O legislador brasileiro, tendo por objetivo a efetividade do processo de execução e a economia processual, instituiu a cumulação de execuções. Assim, o art. 573 do Código de Processo Civil dispõe que é lícito ao credor, sendo o mesmo devedor, cumular várias execuções, ainda que fundadas em títulos diferentes, desde que para todas elas seja competente o juiz e idêntica a forma do processo. Assim, “na cumulação de execuções, o litisconsórcio é permitido desde que as partes estejam numa mesma posição jurídica no plano do direito material. O litisconsórcio ativo ocorreria, por exemplo, na hipótese do ajuizamento de demanda executiva, por herdeiros, fundada em títulos executivos extrajudiciais, como notas promissórias relacionadas a obrigações comuns. Da mesma forma, em relação ao litisconsórcio facultativo passivo, esse ocorreria no caso de pluralidade de executados responsáveis no título ou nos títulos pela mesma obrigação. O Código de Processo Civil não permite a reunião de credores ou devedores distintos no direito material, num único processo de execução fundado em títulos executivos diferentes²¹.

De forma análoga, Nelson Rodrigues Netto ponderou que:

A Lei prevê, tanto no art. 292 como no art. 573, que a cumulação de pedidos deva ser realizada entre um autor em face de um dado réu. A mera leitura dos preceptivos legais e sua respectiva interpretação literal poderiam sugerir a impossibilidade de haver uma pluralidade de partes, ativa ou passiva. Contudo, “ao estatuir que a cumulação de pedidos deve ser realizada por um autor em face de um réu, a lei disse mais do que pretendia exprimir (potius dixit quam voluit), pois a vedação é, única e exclusivamente, da coligação de pretensões”. E, invocando a doutrina portuguesa, referido autor concluiu que “existindo uma unidade de obrigação implicando numa unidade ideal de credores e/ou devedores, estar-se-á, segundo o direito pátrio, diante do instituto do litisconsórcio.

E mais:

Quer-nos parecer mais acurado afirmar existir uma unidade de negócio jurídico, cujos titulares, ativos e ou passivos, mesmo que oriundos de diversas relações jurídicas, estão todos referenciados no título exequiêdo e, por conseguinte, rendendo ensejo ao litisconsórcio.

(...)

*O que a lei veda, ao dizer que deverá haver um credor em face de um devedor, como vimos, é a coligação de execuções, ou seja, uma pluralidade de exeqüentes e/ou executados, cada qual possuindo uma pretensão executiva não formando uma unidade de negócio jurídico.*²²

Mesmo Teori Albino Zavascki, autor que, como visto, enfatizou a vedação à “coligação” de credores na execução, observou que:

*Cumular execuções significa promover, numa única relação processual, medidas executivas tendentes à satisfação coativa de duas ou mais prestações correspondentes a distintas obrigações. Tal cumulação – que é facultativa, e não obrigatória – tem em mira a economia processual e supõe a concorrência de três requisitos básicos: (a) serem as mesmas partes, (b) ser o mesmo juiz competente e (c) ser o mesmo procedimento. A falta de qualquer destes requisitos impede que o credor exerça aquela faculdade, hipótese em que as execuções deverão ser promovidas em ações distintas, embora possivelmente simultâneas. Não se confunde cumulação de execuções com litisconsórcio. Neste, há pluralidade de credores ou de devedores, mas unidade jurídica de obrigações e identidade de devedor (...).*²³

A bem da verdade, a unidade da relação obrigacional sugere mesmo que todos os titulares, mais do que podem, devem estar em juízo ao mesmo tempo, para que o tratamento que lhes seja dado pela sentença seja unitário. Esse aspecto foi bem destacado por Araken de Assis, outro autor que, como dito, opõe-se à coligação de credores:

Questão muito diversa, por óbvio, consiste em descobrir por que, afinal, várias pessoas se envolvem com semelhante situação. Esta pergunta transcende ao processo, embora o fenômeno nele suceda. Impõe-se um desvio prolongado nos terrenos do direito material. Ele preside às hipóteses em que os laços das ações dos litisconsortes se revelam de tal índole que a demanda conjunta se torna conveniente, e, mesmo, rigorosamente indis-

*pensável. Nesta última hipótese, aliás, existe uma única ação. Disto resulta a singela e relevantíssima diferença entre o cúmulo subjetivo, ou cumulação de ações em consequência da pluralidade de partes, e o litisconsórcio: a simples e formal pluralidade de sujeitos não implica, tout court, cúmulo subjetivo, que só ocorre quando cada um deduz direitos subjetivos autônomos.*²⁴

Aliás, a distinção entre “coligação” e litisconsórcio resultante da unidade da relação obrigacional no plano material foi bem destacada pela doutrina portuguesa (em cujo direito, é certo, admite-se até mesmo a coligação tantas vezes aqui mencionada). Assim, José Alberto dos Reis distinguiu a

coligação da simples pluralidade de exeqüentes ou de executados. A coligação, do mesmo modo que a simples cumulação regulada no art. 53, pressupõe uma multiplicidade de execuções, no sentido que já definimos. Se a execução é uma só, embora provida por mais de um credor ou contra mais do que um devedor, estamos longe da figura da coligação; em tal caso há uma simples pluralidade de exeqüentes ou de executados, que nada tem que ver com o disposto nos artigos 53 e 58. Suponhamos que Primus é credor de Secundus por uma letra do montante de 20.000\$; morre Primus e deixa três herdeiros. Se os herdeiros promoverem execução contra Secundus para pagamento da importância da letra, não pode falar-se de coligação de exeqüentes, porque o processo destina-se a obter o pagamento de uma única dívida. O caso é de simples pluralidade de exeqüentes.

E mais:

Se em vez de morrer Primus, morrer Secundus, sucedendo-lhe três herdeiros, pode Primus mover contra os três herdeiros execução para pagamento da letra, sem que seja lícito caracterizar o caso como coligação de executados. Imagine-se agora que, tendo falecido o originário credor e o originário devedor, os herdeiros do primeiro instauram execução contra os herdeiros do segundo; há uma pluralidade de exeqüentes, uma pluralidade de executados mas uma só execução, e por isso não pode invocar-se o artigo 58 para se sustentar que não é admissível a junção dos herdeiros do credor contra os herdeiros do devedor. Há que levar mais longe a

*discriminação. A frase ‘contra o mesmo devedor’, que se lê nos artigos 53 e 58, deve ser entendida em termos convenientes, no sentido de unidade jurídica, e não no sentido de unidade material.*²⁵

Ainda no direito português, Fernando Amâncio Ferreira ratificou essa lição:

Diversamente da coligação, o litisconsórcio executivo implica sempre unidade de obrigação, a que corresponde unidade ideal de credor ou devedor. ‘Processualmente é como se houvesse, não vários exequentes e executados, mas um só grupo credor ou um só grupo devedor’. Há litisconsórcio necessário, quando a lei ou o negócio exigem a intervenção de todos os credores ou de todos os devedores (artº 28º); há litisconsórcio voluntário, quando a lei permite, mas não obriga, que se peça a mesma prestação a várias pessoas conjuntamente, ou que ela seja pedida por mais que uma”. Assim, prosseguiu, “Há coligação de execuções, quando o mesmo credor promove contra o mesmo devedor mais do que uma execução no mesmo processo. Há coligação, quando um credor ou uma pluralidade de credores promovem contra um devedor ou uma pluralidade de devedores, no mesmo processo, uma pluralidade de execuções.

E ainda:

Têm assim as duas figuras como traços comuns, a unidade de processo e a pluralidade de execuções. A distingui-las a unidade de exequente e de executado, na cumulação, e a pluralidade de exequentes ou de executados, na coligação.

Mas tanto a cumulação de execuções como a coligação comportam a figura do litisconsórcio sempre que sejam os mesmos o grupo credor ou o grupo devedor (unidade ideal de credor ou de devedor). É o que ocorre quando são executados os vários herdeiros do devedor originário, marido e mulher, ou quaisquer devedores solidários.

*Quer a cumulação de execuções quer a coligação assentam no princípio da economia processual, de harmonia com o qual se deve alcançar em juízo o máximo resultado com o mínimo esforço.*²⁶

Tais lições nos levam ao segundo dos aspectos retro mencionados, que permite a superação dos óbices opostos pela doutrina para um cúmulo subjetivo

ativo na execução mediante a legitimação superveniente. Lembrando a lição de Alcides de Mendonça Lima tem-se que não se deve pensar que o Código, usando a palavra no singular, para indicar legitimado ativo, impede o litisconsórcio. Nada mais falso. A lei autoriza a ‘pluralidade de credores’, mas não a ‘coligação de credores’. Se A era credor de B por várias sentenças condenatórias de quantia certa ou por várias notas promissórias, e A falece deixando três filhos (C, D e E), não obsta que os herdeiros movam contra B uma execução por cada título (extrajudicial e judicial) ou, se quiserem, cumulem as execuções, unindo vários títulos, sem qualquer influência quanto à origem de cada grupo. É a lição de José Alberto dos Reis: ‘Se os herdeiros promoverem execução contra *Secundus* para pagamento da importância da letra, não pode falar-se de coligação de exeqüentes’. O mestre lusitano adverte ainda, que deve haver, apenas, ‘*unidade jurídica*’ e não no sentido de ‘*unidade material*’”. E mais:

Pode haver ‘pluralidade de devedores’ (não ‘coligação’), da mesma forma como ocorre com os credores, em situação inversa, naturalmente: A é credor de B, por um ou vários títulos, iguais ou diferentes, mas ensejando execuções da mesma natureza. Falecendo B e deixado C, D e E, como herdeiros, estes poderão ser executados por A, que, se quiser, poderá cumular as execuções. Os argumentos são os mesmos usados em relação ao credor, pela existência da ‘unidade jurídica’ em torno dos legitimados passivos.²⁷

De forma análoga, Pontes de Miranda:

Credores litisconsortes podem cumular ações executivas de títulos judiciais, ou extrajudiciais, uma vez que se atenda aos pressupostos exigidos pelo art. 573. O devedor tem de ser um só, salvo se ação executiva é de título judicial ou extrajudicial contra dois ou mais devedores, porque, aí, a despeito da pluralidade subjetiva, há a unidade objetiva. Pode mesmo ocorrer que isso se passe, distintamente, com duas ou mais ações cumuláveis. Outra espécie de pluralidade subjetiva é a da sentença ou de título extrajudicial contra uma só pessoa, que faleceu, e as pessoas que a substituíram, pela superveniência, sejam herdeiros ou outros sucessores. Assim, se adveio sucessão do legitimado passivo por duas ou mais pessoas, a dívida é uma só, mesmo porque a execução vai contra os bens do sucedido, e não se fazem distinções que afetem o crédito. (Tem-se de ter cuidado

*com os que dizem que as ações executivas contra os sucessores são ações cumuláveis. Aí, a ação é uma só).*²⁸

A matéria, sob o enfoque da legitimação superveniente mediante sub-rogação, não é, aliás, desconhecida da jurisprudência:

Processual Civil. Ação de execução. Inclusão do garante no pólo ativo. Sub-rogação parcial do crédito executado após a propositura da ação. Cumulação de execuções fundadas em igual título originário da dívida. Possibilidade. Exegese do artigo 573 do CPC.

A sub-rogação parcial do crédito bancário submetido a execução judicial por parte do garante assegura o seu ingresso como litisconsorte ativo na execução em curso pelo valor pago a este título. Hipótese em que o credor primitivo e o sub-rogado em parte do crédito estão a demandar com base em igual título originário da dívida contra o devedor comum. (art. 46, IV, CPC). Noticiam os agravantes que a ação de execução foi proposta no dia 3/11/1999 e, após a propositura da ação, o SEBRAE, 2º agravante, sub-rogou-se na metade dos direitos de crédito do Banco do Brasil, pagando 50% (cinquenta por cento) do valor total do quantum perseguido.

Por conseguinte, a hipótese que se afigura nos autos é que parte do débito advém do crédito originário representado pela Cédula de Crédito Comercial nº 97/00022-1, firmada entre o Banco do Brasil e os agravados, sendo que outra parcela funda-se no crédito decorrente do cumprimento da garantia parcial pelo SEBRAE, por força do Convênio de Cooperação Técnica – Financeira e da cláusula de garantias complementares existente na Cédula susomencionada.

Portanto, o crédito sub-rogado que se deseja cobrar na mesma via executiva tem origem no título que motivou a execução.

*No caso em tela, trata-se do mesmo devedor, com ação já em curso, sendo competente o mesmo julgador para dirimir a vexata quaestio o que leva a proceder-se a execução em mesmo processo; tal autoriza a inclusão do garante (SEBRAE) no pólo ativo da execução já em andamento, em face de ter-se operado a sub-rogação.*²⁹ *TJDF – 5ª Câm. Cível, AI 2000.00.2.001471-3, Rel. Des. Dácio Vieira, DJ 24/9/01.*

Finalmente, convém também refutar o argumento da impossibilidade do cúmulo de execuções por credores fundados em títulos diversos dado que isso

representaria forma não prevista pela lei de concurso de credores. Embora tal assertiva impressione, ela seguramente não pode ser tida como absoluta, devendo ser entendida com um grão de sal. É que tal vedação parte da premissa de que, no concurso, haja conflito de interesses entre os credores. Vale dizer: a senso contrário, não havendo esse conflito – até mesmo pela já destacada unidade no plano material – então forçoso é convir que aquele obstáculo não se apresenta.

Vale, a propósito, lembrar a lição de Enrico Tullio Liebman, segundo o qual

As partes do concurso são do lado ativo os credores concorrentes, do lado passivo o executado. Constitui-se desse modo “verdadeiro litisconsórcio ativo (litisconsórcio concursal), caracterizado pelo fato de tenderem todos os credores a conseguir satisfação dos mesmos bens do executado: há entre eles comunhão de interesses em face do devedor comum, e ao mesmo tempo conflito de interesses no que diz respeito às recíprocas relações internas, porque a insuficiência de bens faz com que as pretensões dos credores limitem de fato para cada um deles a possibilidade de conseguir a satisfação completa. Esta dupla frente de atritos é de fundamental característica desta espécie de litisconsórcio, que difere dos vários tipos de litisconsórcio que podem surgir no processo de cognição.”³⁰

Da mesma forma, Pedro Barbosa Ribeiro asseverou que,

Com a habilitação e, por via de consequência, com a intervenção de todos os credores do devedor comum no processo de execução coletiva, forma-se anômalo e ‘sui generis’ tipo de litisconsórcio, o chamado litisconsórcio concursal. No litisconsórcio comum, isto é, aquele que existe, muitas vezes, no processo de conhecimento, as várias pessoas que se postam no mesmo pólo da relação processual digladiam, irmanados, contra a parte contrária, que objetivam derrotar, para a satisfação de seus direitos. Ao revés, no litisconsórcio concursal, as pessoas que se encontram no mesmo pólo da relação processual, vale dizer, os vários credores do devedor comum, a par de disputarem o produto dos bens do devedor comum, lutam contra as pretensões dos outros credores concorrentes, isto é, demandam entre si, procurando excluir os créditos dos demais credores, para obter maior percentual no rateio (...).³¹

Portanto, se os credores que buscam em conjunto satisfazer-se em um único processo de execução não apresentam tal ordem de conflito interno, não parece que o argumento supramencionado vigore em tais circunstâncias, não se afigurando, portanto, óbice ao cúmulo subjetivo de demandas, por diferentes credores.

Notas

¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de Direito Processual Civil*, vol. II, 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 28.

² LIEBMAN, Enrico Tullio, *Processo de Execução*, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 21.

³ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo, *Curso Avançado de Processo Civil*, vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 91.

⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto, *op. cit.*, p. 38.

⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo, *op. cit.*, p. 90.

⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DIMARCO, Cândido Rangel, *Teoria Geral do Processo*, 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 299.

⁷ LIMA, Alcides Mendonça, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VI, 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, pp. 163/São Paulo: Malheiros, 1997, p. 299.

⁸ GRECO, Leonardo, *O processo de execução*, vol. I, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 350/354.

⁹ RODRIGUES NETTO, Nelson. *Reflexões sobre a cumulação de execuções fundadas em títulos executivos judicial e extrajudicial*. in: Revista de Processo n. 107, pp. 65/66.

¹⁰ Idem, *ibidem*, p. 65/76.

¹¹ MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*, vol. IV. Campinas: Bookseller, 1997, pp. 143/144.

¹² SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*, vol. II, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 103.

¹³ WAMBIER, Luiz Rodrigues; CORREIA DE ALMEIDA, Flávio Renato; TALAMINI, Eduardo, *op. cit.*, pp. 76/77.

¹⁴ Idem, *ibidem*, pp. 76/77.

¹⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues; CORREIA DE ALMEIDA, Flávio Renato; TALAMINI, Eduardo, *op. cit.*, p. 73.

¹⁶ BRASIL. STJ – 4ª T, REsp 181.000/SP, Rel. Min. Barros Monteiro. DJ 16/10/03.

¹⁷ LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VI, 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, pp. 163/167.

¹⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. II, 31ª ed. São Paulo: Forense, 2001, p. 59.

¹⁹ ASSIS, Araken. *Manual da execução*, 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 273/277.

²⁰ ASSIS, Araken. *Cumulações de Ações*, 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 201/202.

²¹ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Embargos à Execução*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 171/172.

²² RODRIGUES NETTO, Nelson. *Reflexões sobre a Cumulação de Execuções Fundadas em Títulos Executivos Judicial e Extrajudicial*, Revista de Processo n. 107, p. 65/76.

²³ ZAVASCKI, Teori Albino, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, Revista dos Tribunais, 2000. p. 115/116.

²⁴ ASSIS, Araken, *Cumulação de Ações*, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 159/160.

²⁵ REIS, José Alberto, *Processo de execução*, vol. I, 2ª ed. Coimbra, Coimbra Editora, 1982, p. 258/271.

²⁶ FERREIRA, Fernando Amâncio, *Curso de Processo de Execução*, 2ª ed. Coimbra, Almedina, 2000, p. 56/59.

²⁷ LIMA, Alcides de Mendonça, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VI, 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 163/167.

²⁸ MIRANDA, Pontes, *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo IX. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 139/141.

²⁹ BRASIL. TJDF – 5ª Câm. Cível, AI 2000.00.2.001471-3, Rel. Des. Dácio Vieira, DJ 24/9/01.

³⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio, *Processo de Execução*, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 149.

³¹ RIBEIRO, Pedro Barbosa, *Estudos de Direito Processual Civil*, vol. VI. Bauru, 1986.

Resumo

O Autor aborda a legitimidade ativa e passiva nas ações executivas, as hipóteses de legitimação superveniente e as várias possibilidades de cumulação, salientando a viabilidade de, numa mesma ação, se verificar cumulação subjetiva e objetiva. O escopo do artigo consiste no exame da possibilidade de cumulação subjetiva ativa, para identificar as hipóteses em que é cabível e os casos em que se configura a

chamada coligação, ou seja, a reunião, numa só execução, de credores diversos no direito material, com base em títulos diferentes, inadmitida pela exegese do art. 573, do CPC, salvo na hipótese de devedor insolvente.

Palavras-chave: Cumulação – Coligação – Execução – Litisconsórcio - Legitimação superveniente.

Abstract

The Author analyses active and passive legitimacy in executive actions, the hypotheses of supervening legitimacy and the many possibilities of accumulation. He points out the viability of subjective and objective accumulation in the same action. The aims of the article is to inquire the possibility of subjective active accumulation, and to identify the hypotheses in which it is appropriate, and the cases in which coalition is shaped. Coalition means bringing together, in a single execution, different creditors in the material right, on the basis of different titles. Coalition is not accepted according to the exegesis of art. 573, of the Procedural Civil Code, except in the event of insolvent debtor.

Key words: Cummulation – Coalition – Execution - Supervenient legitimation.

Resumen

El autor analiza la legitimación activa y pasiva en acciones ejecutivas, las hipótesis de legitimación superveniente y las distintas posibilidades de comulación, poniendo en relieve la viabilidad de en una misma acción, verificarse la legitimación objetiva y subjetiva. El escopo del artículo es investigar la posibilidad de comulación subjetiva activa e identificar las hipótesis en que esta sea apropiada así como los casos en que se delinea la coalición. Coalición significa la reunión, en una única acción, de diferentes acreedores en derecho material, con base en los diferentes títulos. Esto n es aceptado según la exégesis del Art. 573 el Código Civil, excepto en el caso de deudor insolvente.

Palabras clave: Comulación – Coalición - Ejecución - Legitimación superveniente.

Normas para os colaboradores

1. Os trabalhos deverão ser encaminhados ao Conselho Editorial da Revista de Direito UPIS, para análise do conteúdo, metodologia, bem como da conveniência e oportunidade da publicação.
2. Serão aceitos prioritariamente trabalhos elaborados por membros da comunidade acadêmica do Curso de Direito da UPIS, inéditos ou apresentados em eventos públicos (congressos, simpósios, seminários etc.), referentes aos temas indicados pelo Conselho Editorial, quando for o caso.
3. Serão aceitos, excepcionalmente, a critério do Conselho Editorial, trabalhos apresentados pela comunidade em geral e/ou acerca de temas jurídicos diversos.
4. Mediante deliberação do Conselho Editorial poderão ser solicitados trabalhos a colaboradores eventuais.
5. A entrega de trabalho ou sua publicação não importará em remuneração, a qualquer título, do autor.
6. Não serão devolvidos ao autor os originais dos trabalhos entregues ou publicados.
7. Os trabalhos deverão ser redigidos em português, com no mínimo 15 (quinze), e no máximo 25 (vinte e cinco) laudas com 30 linhas de 65 toques, aproximadamente 49.000 caracteres, observando-se a ortografia oficial.
8. Os trabalhos deverão ser entregues em disquete de 3 ½", ou CD, à Secretaria do Departamento de Direito da UPIS ou enviados por correio eletrônico ao endereço direito@upis.br, com texto em fonte ARIAL, tamanho 12, entrelinhamento 1,5 cm.
9. As citações e referências bibliográficas deverão obedecer às normas técnicas da ABNT.
10. **IMPORTANTE:** Necessariamente deverão acompanhar o artigo um Resumo em português e as palavras-chave. A remessa de versões do Resumo e das palavras-chave em inglês e/ou espanhol é facultativa.

Carlos Aureliano Motta de Souza

Editor

diagramação, arte-final, impressão e acabamento

 *gráfica e editora*
inconfidência

fores:(61) 3552.4024 3552.2510 fax:(61) 3386.2350
brasilía distrito federal

Site: www.graficainconfidencia.com.br
E-mail: graficainconfidencia@terra.com.br