

V. 02 - N. 03 - JULHO A DEZEMBRO - 2010 - ISSN 1981-1454

UNIVERSO JURÍDICO



UNIVEN

Faculdade do Grupo Univix



UNIVERSO
JURÍDICO

UNIVEN
FACULDADE DE NOVA VENEZIA

ISSN 1981-1454

UNIVERSO JURÍDICO

Faculdade Capixaba de Nova Venécia – UNIVEN
v. 02 n. 03 Jul/Dez – 2010 - Semestral

Diretor Executivo

Tadeu Antônio de Oliveira Penina

Diretora Acadêmica

Eliene Maria Gava Ferrão

Diretor Geral/Coordenador Financeiro/Administrativo

Fernando Bom Costalonga

Coordenadora Acadêmica

Kessya Pinitente Fabiano Costalonga

Coordenadores de Curso Administração

Jaqueline Guimarães

Coordenadores de Curso Ciências Contábeis/Petróleo e Gás Natural

Alcione Cabaline Gotardo

Direito

Maxwilian Oliveira

Engenharia da Produção/Engenharia Civil/Engenharia Ambiental

Giuliana Ferrari

Enfermagem

Ivan Paulino

Educação Física

Dayane Graciele Miranda

Pedagogia / Letras

Manuela Tiburtino Camata

Psicologia

André Mota do Livramento

Serviço Social

Cristiane Olios

Bibliotecária

Alexandra Barbosa Oliveira

Presidente da Comissão Editorial

Eliene Maria Gava Ferrão

Comissão Editorial

Eliene Maria Gava Ferrão

Kessya Pinitente Fabiano Costalonga

Viviane Dias de Carvalho Pontes

Endereço para correspondência

Biblioteca Pe. Carlos Furbetta

Rua Jacobina, 165 – Bairro São Francisco

29830-000 – Nova Venécia – ES

e-mail: alexandrao@univen.edu.br

Capa

Alex Cavalini

Universo Jurídico / Faculdade Capixaba de Nova Venécia / – Nova Venécia:
Cricaré, (jul/dez. 2010).

Semestral
ISSN 1981-1454

1. Produção científica – Faculdade Capixaba de Nova Venécia. II. Título

UNIVERSO JURÍDICO

SUMÁRIO

ARTIGOS

REFLEXÕES SOBRE A INDENIZAÇÃO PUNITIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	05
Elizete Neitzel	
EFEITO REPRISTINATÓRIO DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FRENTE À COISA JULGADA.....	15
Jhulian Pablo Rocha Faria	
A SUBTRAÇÃO DE COISA ALHEIA MÓVEL PREVIAMENTE VIGIADA TRATA-SE DE TENTATIVA DE FURTO OU CRIME IMPOSSÍVEL?.....	29
Aisllania Tassinari	
O PRINCÍPIO DA INDIVISIBILIDADE NA AÇÃO PENAL PÚBLICA E O POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES.....	40
Leidianne Silva Dalmaso	
A INCOSTITUCIONALIDADE DO ENUNCIADO 135 DO FONAJE.....	45
Gustavo Antonio de Aguiar	

REFLEXÕES SOBRE A INDENIZAÇÃO PUNITIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Elizete Neitzel¹

RESUMO

O presente trabalho visa apreciar o instituto da Indenização Punitiva/Punitive Damages, passando pelo conceito e sua origem nos países filiados ao sistema do *Common Law*, entendendo dentro de um contexto histórico-social a finalidade deste instituto que atribui à responsabilidade civil, outros fins que não somente a função de compensar os prejuízos sofridos, tendo também a função pedagógico-sancionadora, no sentido de se impedir que a prática delitativa se repita. Também analisa a possibilidade da indenização punitiva no ordenamento jurídico brasileiro, já que para alguns ela é cabível e para outros o seu emprego feriria o Princípio da Legalidade adotado pela Constituição de 1988. Foi empregada a metodologia da pesquisa bibliográfica, qualitativa de caráter teórico, onde se buscou em diversas referências o embasamento necessário para a fundamentação teórica das idéias argumentadas na pesquisa.

PALAVRAS-CHAVE: Indenização Punitiva, Reparação, responsabilidade Civil.

ABSTRACT

This paper aims to examine the institution of Indemnity Punitive Damages, passing the concept and its origin in countries affiliated to the system Common Law, understood within a socio-historical context for the purpose of this institute it attaches to civil liability, purposes other than only the function of compensating the losses suffered, also having the function pedagogical-punitive, in order to prevent the practice offense is repeated. It also examines the possibility of punitive damages in the Brazilian legal system, since for some it is appropriate and others their jobs would hurt the Principle of Legality adopted by the 1988 Constitution. It was used the methodology of literature research, Qualitative theoretical, where we seek in several references needed for the foundation of the theoretical ideas argued in the research.

KEY WORDS: punitive damages, repairs, liability.

1 INTRODUÇÃO

Quando se questiona qual a função da responsabilidade civil, remonta-se a idéia tradicional que esta, limita-se à reparação do dano. Porém, quando a reparação *in natura* do dano não for possível, busca-se ressarcir o prejuízo sofrido pela vítima, compensando o dano por meio de um equivalente ou pecúnia suficiente capaz de substituir a ofensa. De igual modo o artigo

¹ Licenciada em Pedagogia, pela UNIVEN, Especialização em Gestão Escolar com habilitação em Administração e Supervisão, UNIVEN. Especialização em Educação Infantil e Anos Iniciais do Ensino Fundamental pela Universidade Castelo Branco. Especialização em Filosofia e Sociologia educacional pelo Instituto Vale do Cricaré. Aluna do curso de Direito da UNIVEN.

944, caput, do Código Civil Brasileiro (2002) estabelece: “a indenização mede-se pela extensão do dano”.

Antes, porém, de ser interpretado tal dispositivo, faz-se necessário descrever a noção do termo “dano”. De acordo com o Dicionário Aurélio: 1. Dano é todo mal ou ofensa pessoal. 2. Prejuízo que sofre quem tem seus bens deteriorados ou inutilizados. 3. estrago, deterioração.

Também o renomado Cavalieri Filho (2008, p. 71) conceitua dano como:

Sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral.

De acordo com o artigo 186 CC, dano é o reflexo de um ato ilícito na esfera de outrem, desse modo aquele que pratica o dano tem o dever de repará-lo, com o fim de restabelecer o “*status quo ante*”.

Feita a descrição do termo, voltemos ao artigo 944 onde notamos uma visão clássica da responsabilidade civil no ordenamento brasileiro, dando-se exclusiva preocupação em relação a vítima, pois se busca apagar ou amenizar os danos sofridos por esta (restituir, indenizar), não importando a gravidade e desvalor da conduta do ofensor, a intensidade de sua culpa, o seu patrimônio, as vantagens e proveito por ele adquiridos com a prática do ilícito. Deste modo, fixa-se o valor da indenização somente pela extensão do dano ou prejuízo, pois de acordo com esse posicionamento, cabe ao Direito Civil cuidar da indenização e ao Direito Penal punir o responsável, mas é importante lembrar que o prejuízo imposto ao particular também afeta o equilíbrio social e, então, a distinção entre responsabilidade civil e penal se faz na medida em que a sociedade, através do Estado, toma, ou não, conta do dano que lhe atinge. Reis (2003, p. 48) salienta que, modernamente, a indenização não mais, é restrita ao interesse particular da vítima, mas sim de toda sociedade, qual tem interesse ainda maior no restabelecimento do equilíbrio social. Nesse sentido, destaca que “atrás do ofendido se encontra um conjunto de regras e pessoas interessadas no equacionamento dos delitos, que ferem a sua estabilidade e contribuem para o desequilíbrio da ordem”.

Assim, esta visão tradicionalista de interpretar a responsabilidade civil como sendo unicamente reparadora ou compensatória do dano, tem sofrido divergências e se mostrado ineficaz diante de inúmeras situações conflitantes. Diante disso, o direito tem tido significativas mudanças principalmente depois da constituição de 1988 (mesmo que seja de forma reflexa), não no sentido do abandono da teoria da reparação, mas em seu redimensionamento, uma visão abrangente da responsabilidade civil, uma postura moderna que atende a evolução da sociedade na justa medida em que apresenta soluções pertinentes às novas necessidades sociais, sem que para isso ofenda seus próprios limites e princípios.

A partir disso, crescem as idéias de prevenção de danos, (tanto do ponto de vista da vítima quanto do possível responsável, que a prevenção do dano é sempre preferível à sua reparação) e função punitiva da responsabilidade civil, sob o pretexto de se defender a dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade.

Os adeptos dessa opinião buscam prevenir as condutas danosas marcadas por grave negligência, malícia ou dolo, por meio da idéia de indenização punitiva, que atinja de modo exemplar, particular o causador do dano, pelo menos em situações especiais nas qual a reparação do dano é impossível, ou não constitui resposta jurídica satisfatório-desejável, como é o caso, por exemplo, quando o causador do dano obtém benefício econômico com a prática delituosa, mesmo depois de reparados e compensados os danos, ou ainda, quando o ofensor mostra-se indiferente à sanção imposta, entendendo-a como um preço que se paga para cometer o ilícito ou continuar a praticá-lo. A sociedade deste modo é ambiente favorável para práticas causadoras de dano, pois mesmo a lei sendo devidamente aplicada, cria oportunidades para novas práticas delitivas. Assim lançada breve consideração do assunto, faz-se necessário entender melhor o instituto da indenização punitiva ou ainda, *punitive damages*.

2 BREVE HISTÓRICO DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA OU *PUNITIVE DAMAGES*

A indenização punitiva é a teoria seguida pelos países filiados ao sistema do *Common Law*². Encontra origem em Roma e, posteriormente, no século XVIII, adentra as terras do Reino Unido, porém ganha notoriedade e reiterada aplicação no direito norte-americano. Este sistema apresenta características bem particulares, pois baseia-se primordialmente em estudos de casos, já que nestes países é marcante a ausência de compilação de suas leis de forma tão detalhista. Ao contrário, o Brasil adotou o sistema do *Civil Law*³, onde se busca compilar as leis, na tentativa de se regularem todos os fatos da vida possíveis de demanda.

A fonte principal da Indenização Punitiva, também chamado de, *Punitive Damages*, *Exemplary Damages*, *Vindictive damages* ou *Smart Money*, foi à atividade desproporcional dos júris, onde estes a partir de 1760, passaram a contestar que o exagero das sentenças justificava-se como forma de compensar os abalos psicológicos, as ofensas à dignidade e sentimentos dos autores.

De acordo com o exposto, Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler (2010, p. 18) observam que:

No modelo então construído, o autor do dano era castigado pela imposição de reparação equivalente a um múltiplo do valor do dano sofrido pela vítima que tinha, ao seu dispor, a previsão de ação civil justamente com tal finalidade. [...] Aí está a raiz de uma tradição que veio a ser especialmente desenvolvida no séc. XVIII, quando se criou a doutrina dos *exemplary damages* como um meio para justificar a atribuição de indenização quando não havia prejuízo tangível, ou seja, no caso de danos extrapatrimoniais.

² Nos sistemas de *common law*, o direito é criado ou aperfeiçoado pelos juízes: uma decisão a ser tomada num caso depende das decisões adotadas para casos anteriores e afeta o direito a ser aplicado a casos futuros. Nesse sistema, quando não existe um precedente, os juízes possuem a autoridade para criar o direito, estabelecendo um precedente. O conjunto de precedentes é chamado de *common law* e vincula todas as decisões futuras.

³ É a estrutura jurídica oficialmente adotada no Brasil. O que basicamente significa que as principais fontes do Direito adotadas aqui são as Leis, o texto racionalmente agrupado em códigos escritos. Os juízes não têm poderes para alterar, adicionando ou subtraindo conceitos às normas. Sua função essencial é interpretar a Lei e aplicá-la ao caso concreto.

Assim a Indenização Punitiva adquiriu atributo de punir, além do dano observado, a conduta do agente causador é criteriosamente analisada.

Segundo Bassan (apud JONES, 1987, P.37),

O conceito tradicional é que os Punitive Damages objetivam a punição desestímulo das futuras condutas danosas, o montante dos Punitive Damages é elevado e somente permitido nos casos de substancial má-fé, fraude, condutas opressivas e dolosas. É uma forma de punição civil.

Ainda acrescentam Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler (2010, p. 21),

Com o passar dos anos, as finalidades precípua da responsabilização em sede civil passaram a ser prevenir e, também punir o ofensor, destarte, o foco passou a incidir não sobre a espécie do dano, mas sobre a conduta do seu causador.

Nessa esteira, Fábio Ulhoa Coelho (2005, p. 432) aduz que:

[...] O objetivo originário do instituto é impor ao sujeito passivo a majoração do valor da indenização, com o sentido de sancionar condutas específicas reprováveis. Como o próprio nome nos indica, é uma pena civil, que reverte em favor da vítima dos danos. [...]

Logo, importa esclarecer que essa sanção pecuniária imposta ao causador do dano deve ser fixada levando-se em consideração a conduta do ofensor, seja pela sua intenção ao praticar o ilícito, seja pela gravidade do seu comportamento à ofensa a direito personalíssimo. Mas há situações que mesmo lesando esse direito, o ofensor, apesar de ter causado o dano e estar obrigado a indenizar não é merecedor de sanção de caráter retributivo ou de punição, são os casos resultantes de culpa leve, dano independente de culpa e sem culpa comprovada.

Nesse ponto, tem-se uma relevante distinção em relação às indenizações compensatórias, haja vista que estas últimas são estabelecidas de acordo com a extensão do dano suportado pela vítima, conforme se esclareceu em explicação anterior. Desse modo, é possível constatar que, na aplicação das indenizações punitivas, o foco da responsabilidade civil se volta para o ofensor, e não mais para a vítima. Isso possibilita que as indenizações sejam arbitradas segundo um juízo de valor em relação ao comportamento reprovável do agressor, resultando em indenizações em valores diferenciados de acordo com o grau de censura atribuído a cada caso concreto.

Diante disso, podemos exemplificar com um notório caso descrito por Russo (2009, p.27)⁴, talvez o principal para a utilização do Punitive damages nos EUA, também apelidado de *Pinto Case* ou *exploding Pinto*, tem início quando, em meados do mês de maio de 1968, a *Ford Motor Company*, decidiu introduzir um novo carro no cenário automobilístico, denominado *Ford Pinto*. O intuito do projeto era criar um conforto interno maior e, com isso,

⁴ Aplicação Efetiva dos punitive damages no atual Ordenamento Jurídico Brasileiro. Disponível em :<<http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhosconclusao/2semestre2009/trabalhos22009/RafaeldosSantosRamosRusso.pdf>>.

posicionaram o tanque de combustível situado atrás do eixo traseiro, ao invés de acima. O problema com esse projeto se tornou evidente, tendo em vista que o *Pinto* se tornou vulnerável a uma colisão traseira.

Essa vulnerabilidade foi reforçada por outros fatores, como a distância entre o tanque de gasolina e o eixo traseiro, separados por apenas nove polegadas, tanto quanto o posicionamento dos parafusos, que ameaçavam o compartimento de combustível. Ademais, a mangueira que alimentava o tanque de gasolina continha grande probabilidade de se romper diante da ocorrência de eventual acidente, provocando o derramamento de combustível, aumentando, assim, a chance da ocorrência de um fatídico incêndio.

Devido a essas inúmeras falhas de projeto, surgia a polêmica em torno do *Ford Pinto*. Em maio 1972, *Lily Gray* acompanhada de *Richard Grimshaw* viajavam em um *Ford Pinto*, quando um outro carro colidiu em sua traseira. O impacto provocou um incêndio no *Ford Pinto*, ocasionando a morte de *Lily Gray*, bem como sérios ferimentos em *Richard Grimshaw*. Durante o processo, foi apurado que esses fatos eram de conhecimento da empresa condenada, a qual tinha encomendado um estudo para analisar o problema e apurar o montante que seria necessário despende para resolvê-lo.

Porém, a *Ford* não o solucionou, mantendo o *design* original e, por consequência, comercializando-o. Posteriormente, semelhantes casos surgiram, sendo estimado um número final de aproximadamente 500 óbitos decorrentes da falha de produção do automóvel. Como justificativa, alegou que o custo-benefício de não adequar o veículo às regras de segurança a pagar as eventuais indenizações pelos danos causados que poderiam surgir; e, de fato, surgiram, seria compensatório, pois os lucros seriam bem maiores que os prejuízos.

Esta tese aduzida em juízo demonstra a banalização da vida humana, em detrimento das cifras astronômicas advindas da política adotada pela empresa. Com efeito, nem a sociedade nem o direito suportariam essa desvalorização humanística. Assim, o Tribunal da Califórnia proferiu sentença condenando a empresa *Ford* fixando uma quantia indenizatória à família de *Lilian Gray* e a título de danos compensatórios a *Richard Grimshaw*. Contudo, o ponto surpreendente veio quando a citada Corte condenou a empresa automobilística ao pagamento de numerosa quantia a títulos de danos punitivos, em face ao descaso que tratava o bem maior⁵.

Assim, para evitar que tal instituto fosse equivocadamente utilizado, a jurisprudência norte-americana passou a distinguir o Punitive damages/Indenização Punitiva das demais situações causadoras de danos morais. Com isso atribuiu-se ao lado da punição o caráter preventivo do instituto, possibilitando o impedimento reiterado de condutas gravosas que atinjam a dignidade da pessoa humana.

As hipóteses de indenização punitiva não estão expressas em dispositivos legais norte-americanos, mas para que as indenizações atingissem a essência do instituto sem com tudo ferir os limites da razoabilidade a suprema corte americana instituiu as demais cortes

⁵ Este caso é considerado paradigmático da atribuição de *punitive damages* em casos de responsabilidade civil do produtor. Nº. do processo 20095 – Tribunal de Apelação da Califórnia, Distrito de Apelação Quarto, da Segunda Divisão – 29 de maio de 1981.

estaduais a observarem três diretrizes na fixação da indenização punitiva e a utilizarem em julgamentos de casos futuros:

I. O grau de reprovação da conduta do réu. Mas para determinar esse grau na conduta é necessária a observância de alguns fatores.

- a) Se o prejuízo causado foi físico ou meramente econômico;
- b) Se o ato ilícito causador do dano foi praticado com indiferença ou total desconsideração com a saúde ou a segurança dos outros;
- c) Se o alvo da conduta é uma pessoa com vulnerabilidade financeira;
- d) Se a conduta envolveu ações repetidas ou foi incidente isolado;
- e) Se o prejuízo foi o resultado de uma ação intencional ou fraudulenta, ou foi um mero acidente.

II. A desigualdade entre o dano efetivo ou potencial sofrido pelo autor e os punitive damages;

III. A diferença entre os punitive damages concedidos pelo júri e as multas civis autorizadas ou impostas em casos semelhantes.

Assim, para que o indivíduo seja punido com a indenização punitiva é necessário que ele se enquadre nas situações acima, ou seja, o presente instituto não pode ser aplicado indistintamente, pois isso acarretaria abusos nas decisões proferidas, faz-se necessário que sejam verificadas situações que não oferecem dúvidas quanto ao dolo do infrator, caso contrário ele responderá pela simples reparação que possibilitará a pacificação do conflito.

3 A POSSIBILIDADE DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Tanto no ordenamento jurídico brasileiro, como na maioria dos países integrantes do sistema do civil law, a indenização punitiva não encontra expressa previsão legal no âmbito do dano material, já que o artigo 944, caput, do Código Civil Brasileiro (2002) estabelece: “a indenização mede-se pela extensão do dano.” Surge então, grande controvérsia e até teses e teorias que tentam desqualificar a validade jurídica de tal instituto nas leis brasileiras.

Opositores sustentam a idéia que não pode a indenização na sentença civil ter caráter de pena, ou seja, ser direcionada ao causador do dano, pois afeta a garantia constitucional do nulla poena sine lege, disciplinada no art. 5º, XXXIX, CF/88, “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Nas palavras de Theodoro Junior (2007, p. 82),

Não cabe ao juiz transmudar o julgamento da ação de responsabilidade civil num instrumento de aplicação de pena ao infrator, se nenhuma lei expressamente autorizou a tanto. Em nosso sistema constitucional só a lei pode instituir pena aplicável ao agente de ato ilícito. Se nenhuma norma legal cogita de instituir ou cominar pena para determinado ato lesivo, ao juiz civil somente toca impor ao agente o dever de indenizar o prejuízo acarretado à vítima. Nada mais.

Aqui, renomado autor defende a prévia regulamentação das leis, pois seria violação direta ao texto constitucional, pois em nosso sistema a lei deve ser aplicada em caso concreto não podendo o aplicador fazer alterações ou inovando com interpretações desproporcionais.

Também outro aspecto levado em consideração por esta corrente é o parágrafo único do artigo 944 que reza, “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”. Assim, para eles, o fato do dispositivo só trazer a expressão “reduzir” e nada mencionar a respeito de aumentar ou punir, estaria configurada a não aceitação da aplicação de indenizações punitivas.

Porém, em se tratando de reparação dos danos morais, podemos perceber o caráter punitivo da indenização, pois o grau de culpa é considerado pretexto para ampliar o valor indenizatório, no intuito de se punir o causador do dano. Então na fixação de reparação por dano moral, não há necessidade de expressa disposição legal, pois essa somente é exigida quando a pena tiver sua natureza de restrição da liberdade.

É necessário ressaltar ainda, que no direito civil não se aplica a noção rígida de tipicidade, tal como ocorre no direito penal, uma vez que a ilicitude prevista nesta esfera é uma cláusula aberta geral de ilicitude.

Baseados nisso, alguns defendem a idéia que a indenização punitiva encontra seu fundamento, no ordenamento pátrio, na própria Constituição Federal de 1988, mais especificamente nos direitos personalíssimos, no direito à indenização por danos morais e no princípio da dignidade humana.

Este também é o entendimento de André Gustavo Corrêa de Andrade (2009, p. 237) que disciplina:

É no princípio da dignidade humana, estabelecido no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, que a indenização punitiva encontra sua base lógico-jurídica. A aplicação dessa forma especial de sanção constitui, também, consectário lógico do reconhecimento constitucional dos direitos da personalidade e do direito à indenização do dano moral, encartados no art. 5º, incisos V e X, da Constituição brasileira.

Os princípios constitucionais são entendidos como mandados de otimização, pois integram o ordenamento jurídico como normas e determinam que algo seja realizado dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes, incentivando o operador do direito a buscar resolver os conflitos de abusos contra os direitos de personalidades e materias, que não conseguem ter fim devido a uma interpretação literal de seus dispositivos legais, que na maioria das vezes servem como uma autorização, ou melhor, um preço que se paga para continuar a prática delituosa. Assim o instituto da indenização punitiva poderia servir como uma medida eficaz a evitar lesão ou ameaça de lesão a direitos.

Ainda, de acordo com os defensores da indenização punitiva, ressalva-se que a pena como sanção não é um vocábulo exclusivo do direito penal, já que existem penas civis e também administrativas. O Código Civil de 2002 prevê algumas penalidades com caráter aflitivo em função de desobediência de seus comandos, inclusive usa a palavra pena, é o que observamos nos artigos 408 e seguintes do referido código. Nos artigos 939 e 940 CC o legislador usou o intuito punitivo para regular situações em que o credor demanda por dívida ainda não vencida,

ou por dívida já paga e atribui ao artigo 941 o caráter punitivo, por meio da palavra pena para disciplinar tal ofensa aos artigos antecedentes.

Art. 939. O credor que demandar o devedor antes de vencida a dívida, fora dos casos em que a lei o permita, ficará obrigado a esperar o tempo que faltava para o vencimento, a descontar os juros correspondentes, embora estipulados, e a pagar às custa em dobro.

Art. 940. Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição.

Art. 941. As penas previstas nos arts. 939 e 940 não se aplicarão quando o autor desistir da ação antes de contestada a lide, salvo ao réu o direito de haver indenização por algum prejuízo que prove ter sofrido.

De igual modo ocorre com o artigo 1.992, que comina a perda do direito ao herdeiro sobre os bens a herança por ele sonegados.

Art. 1.992. O herdeiro que sonegar bens da herança, não os descrevendo no inventário quando estejam em seu poder, ou, com o seu conhecimento, no de outrem, ou que os omitir na colação, a que os deva levar, ou que deixar de restituí-los, perderá o direito que sobre eles lhe cabia.

Neste caso também fica clara a idéia que o legislador tem o intuito de punir o herdeiro que tenta enriquecer-se indevidamente à custa dos outros. E este caráter punitivo é bem demonstrado nos artigos onde é empregado o termo pena.

Art. 1.993. Além da pena cominada no artigo antecedente, se o sonegador for o próprio inventariante, remover-se-á, em se provando a sonegação, ou negando ele a existência dos bens, quando indicados.

Art. 1.994. A pena de sonegados só se pode requerer e impor em ação movida pelos herdeiros ou pelos credores da herança.

Importante também dizer, que existe no direito brasileiro, decisões judiciais em vários tribunais, inclusive no STJ, que aceitam o caráter punitivo da responsabilidade civil em matérias de indenização por danos morais e assim expressando total aceitação ao instituto e se opondo a maioria da doutrina que é contra a introdução do mesmo nas ceiras civis.

Com o intuito de acabar com a polêmica nulla poena sine lege, foi proposto o projeto de Lei nº 276/2007, elaborado pelo deputado Leonardo Alcântara, que pretendia a inclusão da indenização punitiva por danos morais no § 2º do artigo 944 do Código Civil de 2002, que passaria a vigorar com a seguinte redação:

Art.944. A indenização mede-se pela extensão do dano. § 1º Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização;

§ 2º A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante.

Porém, o PL encontra-se arquivado, mas recebeu um parecer elaborado pelo Deputado Vicente Arruda da Comissão da Constituição e Justiça, onde apresenta algumas preocupações com a função punitiva atribuída por danos morais:

Art. 944 – a doutrina define danos morais de várias formas. Todas as definições, entretanto, são coincidentes no que diz respeito a ser referente ao dano de bens não-patrimoniais ou não-econômicos do lesado. Em nenhum lugar a indenização por dano moral é relacionada à pena. É justamente este caráter de pena que ora se pretende dar quando o PL diz: “adequado desestímulo ao lesante”. Além do mais, confere-se ao juiz um arbítrio perigoso porque não delimita a fronteira entre o dano efetivo e o adequado desestímulo ao cometimento de futuros atos ilícitos. Cria também um duplo critério de avaliação da indenização. O critério para o cálculo do valor da indenização do dano, tanto para o material como para o moral, deve ser o da sua extensão.

Assim podemos concluir que a faceta punitiva no Código Civil existe, inclusive de forma reflexa, porém ela foge aos parâmetros estabelecidos em nossa constituição, uma vez que desrespeita o princípio da legalidade por não estar devidamente codificada em nossos instrumentos legais.

4 CONCLUSÃO

Com o desenvolvimento do presente artigo, notamos que a Indenização Punitiva consiste em um acréscimo econômico na condenação imposta ao sujeito ativo do ato ilícito, em razão da sua conduta. Deste modo, no Direito brasileiro, a aceitação de importação da teoria da Indenização Punitiva não se mostra pacífica, já que a nossa legislação prega que a indenização se mede pelo dano causado, não levando em consideração a conduta delitiva. Todavia, a Jurisprudência tem, de certo modo, admitido a incidência das indenizações punitivas nas ações envolvendo responsabilidade civil, entendendo o instituto como um possível mecanismo para garantir a efetividade do direito constitucional à dignidade da pessoa humana e aos princípios personalíssimos, através da punição e, inclusive, da prevenção de lesões a esses direitos. Também traz o questionamento de se atribuir o caráter punitivo à responsabilidade, já que para os tradicionalistas essa função caberia ao Direito Penal, mas em contra resposta, apresenta alguns dispositivos legais no Código Civil de 2002 que atribui penalidades aos delituosos, e deste modo constatando existir fins punitivos na responsabilidade civil brasileira, porém não com as mesmas características dos países de origem, mas com algumas similaridades.

5 REFERÊNCIAS

- 1 ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva: Os Punitive Damages** na Experiência do *Common Law* e na Perspectiva Do Direito Brasileiro. 2. ed. atual. ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

- 2 BASSAN, Marcela Alcazas. **As funções da indenização por danos morais e a prevenção de danos futuros**. São Paulo, 2009, 136 p. dissertação (mestrado em Direito Civil) – USP, São Paulo, 2009.
 - 3 BRASIL. **Código civil (2002)**. Brasília: Secretaria Especial de editoração e Publicações. 1995.
 - 4 CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8ª ed., revista, aumentada e atualizada. São Paulo: MLheiros, 2008.
 - 5 COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 2.
 - 6 MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e abusos da função punitiva: *Punitive damages* e o Direito brasileiro**. 2005. REVISTA CEJ, América do Norte, n. 28, p. 15-32, jan./mar, 2005. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/revista/numero28/artigo02.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2010.
 - 7 REIS, Clayton. **Os novos rumos da indenização do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
 - 8 RUSSO, Rafael dos Santos Ramo. **Aplicação Efetiva dos *Punitive Damages* no atual Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Rio de Janeiro, 2009, 27 p. Artigo científico (escola de Magistratura do Rio de Janeiro) – escola de Magistratura do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009. Disponível em : <<http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhosconclusao/2semestre2009/trabalhos22009/RafaeldosSantosRamosRusso.pdf>> Acesso em: 18 de agosto de 2011.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. **Dano Moral**. 5. ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007

EFEITO REPRISTINATÓRIO DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FRENTE À COISA JULGADA

Jhulian Pablo Rocha Faria⁶

RESUMO

Na busca de se fazer valer a força constitucional amparada pelo controle de constitucionalidade concentrado, está o efeito repristinatório da decisão que declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Pela aplicação deste efeito, deve-se reconhecer a vigência de uma lei revogada, por ter sido a lei revogadora declarada inconstitucional, tendo em vista que esta, por ser nula, nunca teve o condão de revogar a primeira. Tal parâmetro tem sido utilizado com base no princípio da nulidade da norma inconstitucional, que estabelece uma nulidade radical para a inconstitucionalidade declarada. Diante desse aspecto do controle de constitucionalidade, a coisa julgada fundada em lei inconstitucional deve ser desfeita, haja vista que o seu fundamento está eivado de nulidade. No entanto, vem sendo admitida a modulação dos efeitos retroativos da declaração de inconstitucionalidade, entendendo-se esta, pelo poder conferido ao Supremo Tribunal Federal para limitar a eficácia retroativa da decisão, com o intuito de resguardar a segurança jurídica e o interesse social, mitigando, desta maneira, o efeito repristinatório e o princípio da nulidade, caso em que, poderá ser mantida a coisa julgada baseada em lei inconstitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Inconstitucionalidade; Nulidade; Modulação; Retroatividade.

ABSTRACT

In the search to enforce the constitutional strength sustained by the control of concentrated constitutionality, is the revigoration effect of the decision which declares the unconstitutionality of law or normative act. By the application of this effect, it must recognize the validity of a revoked law because the revoker law is declared unconstitutional, in view of this, by being null, never had the privilege to revoke the first. Such parameter has been utilized based in the principle of nullity of the unconstitutional rule, that establishes a radical null to the declared unconstitutionality. Faced this aspect of the constitutionality control, the res judicata based on unconstitutional law should be undone, considering that its foundation is riddled with nullity. However, it has been admitted modulation of the retroactive effects of the declaration of unconstitutionality, it is understood that, by the conferred power to the Federal Supreme Court (STF) to limit the retroactive effect of the decision, in order to protect the legal security and social interest, thereby mitigating the revigoration effect and the principle of nullity, in which case, may be carried on res judicata based on unconstitutional law.

KEY-WORDS: Unconstitutionality; Nullity; Modulation; Retroativity.

⁶ Bacharel em Direito; Assessor de Juiz de 1º Grau pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo; Professor de Direito Constitucional I e II, do Curso de Direito da Faculdade Capixaba de Nova Venécia-ES.

1 INTRODUÇÃO

Os efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade, por vezes, tem sido objeto de grandes debates, sobretudo pelas diferentes interpretações e polêmicas sobre sua aplicação no tempo.

O controle de constitucionalidade foi implementado pelo legislador originário como meio de domínio dos atos normativos, corroborando seu respeito aos preceitos estabelecidos pela Carta Magna, uma vez que fora adotado como um dos princípios básicos a Supremacia da Constituição. A Constituição Federal está acima de todas as demais normas existentes no âmbito do ordenamento jurídico acolhido. Destarte, as normas que não forem harmônicas com ela, são nulas, por serem incompatíveis.

Cabe destacar, que a proteção constitucional por meio do controle pode ser efetuada de duas formas, quais sejam, pelo controle intitulado difuso (aquele realizado por qualquer juízo ou tribunal) e pelo controle concentrado, este verificado na Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica, Interventiva, Por Omissão, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ou Ação Declaratória de Constitucionalidade.

Detendo-se ao Controle de Constitucionalidade Concentrado, mais especificamente na Ação Direta de Inconstitucionalidade, conhecida como ADIN ou ADI, que tem como objetivo principal apurar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, surge a questão dos efeitos decorrentes.

Desta forma, *a priori*, a decisão declaratória de inconstitucionalidade por meio do controle concentrado terá efeito *erga omnes*, aplicando-se a todos, produzindo ainda, efeito retroativo, ou seja, *ex tunc*, tendo em vista o caráter nulo da lei ou ato declarado inconstitucional.

Posto isto, quando declarada a inconstitucionalidade, proclama-se a nulidade da norma atacada, e por derradeiro, todos os atos abrangidos por ela são nulos, visto que inexistiu carga de eficácia jurídica. Desta forma, a declaração de inconstitucionalidade, com efeito retroativo, de uma norma que revogou outra norma, promove a restauração da norma anterior.

Neste diapasão, a coisa julgada acaba sendo atingida pelo efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade, pois, estando esta, fundada na lei ou ato inconstitucional convém que também seja nula por ser fruto de afronta à Carta Magna.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal pode limitar a aplicação do efeito repristinatório, excluindo-o, ou fixando um ponto até onde retroagirá, acolhendo e protegendo a coisa julgada, podendo-se chamar tal limitação de modulação dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade.

Neste sentido, pode-se considerar como regra, que a declaração de inconstitucionalidade por meio do controle concentrado, atinge de forma incisiva a coisa julgada, tendo em vista a nulidade e conseqüente invalidade da lei ou do ato normativo. Porém, poderá ser aplicada a modulação dos efeitos desta declaração, limitando ou excluindo sua retroatividade, por razões de segurança jurídica ou interesse social.

2 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - ADI

A Ação Declaratória de Inconstitucionalidade é parte do controle de constitucionalidade concentrado, que busca a declaração da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo estadual ou federal em abstrato, estando em lado diverso do controle difuso.

O Objeto da ADI, como já está exposto através de sua própria aplicação, é a lei ou o ato normativo que estiverem em desacordo com o texto constitucional.

Quando se fala em lei, tem-se como base o conteúdo do art. 59 da Constituição Federal de 1988, como segue:

Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

- I - emendas à Constituição;
- II - leis complementares;
- III - leis ordinárias;
- IV - leis delegadas;
- V - medidas provisórias;
- VI - decretos legislativos;
- VII - resoluções.

Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

De outra banda, pode-se entender como atos normativos qualquer ato revestido de caráter normativo. Convém destacar a nobre doutrina de Moraes (2003, p. 608):

Consideram-se atos normativos, por exemplo, a resolução administrativa dos Tribunais de Justiça, bem como deliberações administrativas de outros órgãos do Poder Judiciário, inclusive dos Tribunais Regionais do Trabalho, salvo as convenções coletivas de trabalho.

Consoante o art. 103 da Constituição Federal, os Legitimados para propor ADI são o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Na esfera estadual, a legitimidade para propor ADI de lei ou ato normativo estadual ou municipal que estejam contrários à Constituição Estadual, serão estabelecidos pela própria Constituição Estadual.

A ADI possui um caráter duplo, visto que, com o seu julgamento procedente, a lei ou o ato normativo será considerado inconstitucional. Caso o julgamento seja pela improcedência, a lei ou ato normativo atacado será considerado constitucional, vale dizer, absolutamente, pois não será objeto de novo controle, conforme inteligência do art. 24 da Lei 9.868/99, exposto a diante:

Art. 24. Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a

inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória.

A declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado produz efeitos *erga omnes*, ou seja, contra todos, e de regra, terá efeito *ex tunc* (retroativo), que serão melhor apresentados no decorrer do presente estudo.

3 SÍNTESE DA COISA JULGADA

A priori, de acordo com os novos entendimentos já consagrados no direito brasileiro, acertadamente, acredita-se que a coisa julgada é uma qualidade da sentença representada pela imutabilidade do julgamento e de seus efeitos.

Em sendo assim, a matéria posta em juízo para ser apreciada pelo Poder Judiciário, é analisada com resolução (procedente ou improcedente) ou sem resolução do mérito, neste último caso, quando lhe falta requisitos para a apreciação do *meritum causae*.

Diante do julgamento prolatado, na grande maioria dos casos, a decisão que julga tal demanda poderá ser atacada através de recursos postos à disposição tanto do requerente, quanto do requerido.

No entanto, seria até leviano a falta de limites às impugnações das decisões judiciais, tendo em vista que se deve resguardar a estabilidade destas decisões, para que a nova discussão da matéria não se torne eterna, o que geraria incerteza da resolução das demandas propostas em juízo.

Partindo deste prisma e de uma análise geral, atualmente, os ordenamentos jurídicos mundiais vêm admitindo o reexame das decisões de seus juízes e tribunais, porém, sempre impondo limites, de forma que, findas as peças recursais cabíveis ou na falta de requisitos para processamento do recurso (p. ex.: expirado o prazo do recurso), considera-se por encerrada a discussão sobre a matéria demandada e o julgamento proferido torna-se imutável, não podendo ser questionada novamente.

Destarte, feita esta prévia, cabe trazer à baila ilustre doutrina sobre o tema, como adiante exposto:

A coisa julgada é instituto jurídico que integra o conteúdo do direito fundamental à segurança jurídica, assegurado em todo Estado Democrático de Direito, encontrando consagração expressa, em nosso ordenamento, no art. 5º, XXXVI, CF. Garante ao jurisdicionado que a decisão final dada à sua demanda será definitiva, não podendo ser rediscutida, alterada ou desrespeitada – seja pelas partes, seja pelo próprio Poder Judiciário (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 478).

No mesmo passo, o seguinte entendimento:

A nosso juízo a coisa julgada se revela como uma *situação jurídica*. Isto porque, com o trânsito em julgado da sentença, surge uma nova

situação, antes inexistente, que consiste na imutabilidade e indiscutibilidade do conteúdo da sentença, e a imutabilidade e a indiscutibilidade é que são, em verdade, a autoridade de coisa julgada. Parece-nos, pois, que a coisa julgada é esta nova situação jurídica, antes inexistente, que surge quando a decisão judicial se torna irrecorrível (CÂMARA, 2003, p 468).

Ao tecer comentários sobre a coisa julgada, é imprescindível estabelecer um paralelo entre a coisa julgada formal e a coisa julgada material.

Neste compasso, dentro da coisa julgada existem dois planos, um mais amplo e outro mais restrito, de forma que o absolutismo da coisa julgada poderá ser desconsiderado de acordo com o caso.

Assim, quando da ocorrência da coisa julgada formal, resta impedido o reexame acerca do objeto no mesmo processo, de forma que a discussão poderá ressurgir normalmente em outro processo.

A definição cristalina esclarece este plano:

A coisa julgada formal é a imutabilidade da decisão judicial dentro do processo em que foi proferida, porquanto não possa mais ser impugnada por recurso – seja pelo esgotamento das vias recursais, seja pelo decurso do prazo do recurso cabível. Trata-se de fenômeno endoprocessual, decorrente da irrecorribilidade da decisão judicial. Revela-se, em verdade, como uma espécie de preclusão – instituto já devidamente estudado em capítulo respectivo no v. 1 deste curso -, constituindo-se na perda do poder de impugnar a decisão judicial no processo em que foi proferida. Seria a *preclusão máxima* dentro de um processo jurisdicional. Também chamada de “Trânsito em julgado” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 479).

Por outro lado, quando se trata de coisa julgada material, a imutabilidade e indiscutibilidade amparam o conteúdo, não podendo ser posta novamente em juízo qualquer questão que se refira ao mérito da demanda já decida, mesmo que em outro processo. Neste sentido, cabe destacar:

Por tal motivo, as sentenças definitivas, as quais contêm resolução do objeto do processo (*Streitgegenstand*, na linguagem dos doutrinadores alemães), devem alcançar também a *coisa julgada material* (ou substancial). Esta consiste na imutabilidade e indiscutibilidade do conteúdo (declaratório, constitutivo, condenatório) da sentença de mérito, e produz efeitos para fora do processo. Formada esta, não poderá a mesma matéria ser novamente discutida, em nenhum outro processo (CÂMARA, 2003, p 469).

Para que ocorra a coisa julgada material, necessário se faz a presença de quatro requisitos, quais sejam: decisão judicial, resolução de mérito, cognição exauriente e preclusão absoluta.

Muito embora a coisa julgada tenha a força de tornar imutável a matéria decidida, o Código de Processo Civil abre a oportunidade de rescisão da sentença, conforme redação do art. 485. Deste modo, poderá o autor propor a devida Ação Rescisória, desde que possua os requisitos exigidos pelo art. 485 do CPC, devendo propô-la no prazo de dois anos, contados do trânsito em julgado da decisão.

4 REPRISTINAÇÃO DA NORMA E EFEITO REPRISTINATÓRIO

Para se ter uma clara compreensão do que seja o efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade, não se pode confundi-lo com o instituto da repristinação, que é aplicado como forma de exceção no nosso ordenamento jurídico.

4.1 REPRISTINAÇÃO DA NORMA

Quando se fala em repristinação na norma, surge logo a disposição existente no § 3º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil (Lei nº 4.657/42), onde é estabelecido que, “Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência”.

No ordenamento jurídico brasileiro, como é possível perceber no dispositivo colacionado acima, a repristinação da norma não foi acolhida como regra, todavia, poderá ser usada como exceção, caso a nova lei traga expressamente esta determinação em seu bojo.

Em relação à aplicação da repristinação, assevera Gonçalves (2007, p 46) o seguinte:

Não há, portanto, o efeito repristinatório, restaurador, da primeira lei revogada, salvo quando houver pronunciamento expresso do legislador nesse sentido. Assim, por exemplo, revoga a Lei n. 1 pela Lei n. 2, e posteriormente revogada a lei revogadora (n. 2) pela Lei n. 3, não se restabelece a vigência da Lei n. 1, salvo se a n. 3, ao revogar a revogadora (n. 2), determinar a repristinação da n.1.

Claro está que a repristinação da norma, aqui retratada, não está ligada com a aplicação do controle de constitucionalidade da norma, sendo assim, a norma revogadora não está sendo declarada nula, mas tão somente sendo revogada por outra lei que determina a repristinação.

4.2 EFEITO REPRISTINATÓRIO

O efeito repristinatório está totalmente vinculado ao controle de constitucionalidade, sendo efeito emanado do controle concentrado. Partindo do pressuposto que a lei ou o ato declarado inconstitucional é nulo, haja vista não ter passado pelo plano da validade, surge então a questão da repristinação aplicada dentro do controle de constitucionalidade.

Para melhor expor a questão, ressalta-se a seguinte situação hipotética: Se a Lei A for revogada pela Lei B, e esta for declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, considera-se que ela é nula e que nunca esteve em vigor, bem como que ela nunca teve força para revogar a Lei A, nunca deixando esta de vigorar. Neste sentido, diz-se o efeito

repristinatório quando a lei revogada volta a vigorar por ter sido a lei revogada declarada inconstitucional, ou seja, nula.

Sobre o tema discorre claramente Lenza (2008, p. 200-201):

Não se pode confundir (muito embora o STF utilize sem muito critério as expressões), **“efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade”** com **“repristinação da norma”**. No primeiro caso temos o restabelecimento da lei anterior porque, se a lei objeto do controle é inconstitucional e, assim, nula, ela nunca teve eficácia, assim, nunca revogou nenhum outro ato normativo. No segundo, qual seja, na repristinação, nos termos do art. 2.º, § 3.º, da LICC (Lei de introdução ao Código Civil Brasileiro, Decreto-lei n. 4657/42), salvo disposição em contrário a lei revogada não se restaura por ter a lei revogada perdido a vigência, ou seja, precisa de pedido expresso desta terceira lei (que revoga a lei revogada da lei inicial).

O efeito repristinatório é aplicado como regra e não em forma de exceção como na repristinação da norma que depende de expressa determinação.

Finalmente, não há o que se confundir entre repristinação da norma e efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade, principalmente pelo âmbito de aplicação de cada uma e pelo fato de a norma voltar à vigência por ter a lei revogada sido revogada ou declarada inconstitucional.

5 PRINCÍPIO DA NULIDADE DO ATO INCONSTITUCIONAL

Para uma melhor compreensão do efeito repristinatório emanado da decisão que declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, faz-se imprescindível explanar, mesmo que brevemente, o princípio da nulidade do ato inconstitucional.

Por esse princípio, considerando que a lei dita inconstitucional não passou pelo plano de validade, imputa-se à norma incompatível com a Constituição o efeito da nulidade absoluta e ineficácia plena.

Neste mesmo sentido, Viera (2007) discorre com precisão:

Em face da adoção pelo Judiciário brasileiro do princípio da nulidade da lei inconstitucional, a lei declarada inconstitucional é nula desde sua origem – *ab initio*. Daí se exigir eficácia *ex tunc* à decisão que a declare, porquanto a observância de uma norma inconstitucional importaria na suspensão provisória ou parcial da Constituição. Nesse caso, os termos “inconstitucionalidade” e “nulidade” são empregados como sinônimos, possuindo o caráter de sanção. Leva o ato ferido pela pecha de inconstitucionalidade a ser “declarado nulo *ipso jure* não mais podendo ser aplicado, seja no âmbito do comércio jurídico privado, seja na esfera estatal”.

Esse princípio é derivado do controle difuso de constitucionalidade, sendo implementado ao controle concentrado com a evolução do mecanismo do controle de constitucionalidade. Desta forma, a aplicação também fica estendida ao Supremo Tribunal Federal através do controle concentrado, consolidando a idéia de nulidade absoluta da norma defeituosa e retroatividade radical dos efeitos da decisão declaratória.

Versando sobre as influências trazidas pelo direito americano, Vieira (2007) ainda explana sobre o famoso caso de *Marbury vs. Madison*, como segue:

O julgamento do caso *Marbury vs. Madison* pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1803 foi fato determinante para a solidificação desse entendimento. Naquela oportunidade, concluiu-se que, se a decisão que declara a inconstitucionalidade de uma norma recebesse apenas a atribuição de eficácia *ex nunc*, desconstituindo os fatos decorrentes da norma impugnada somente a partir do momento de sua declaração, tal fato importaria em reconhecimento da validade dos efeitos da lei inconstitucional. Em outras palavras, durante certo período de tempo a norma infraconstitucional se sobrepôs à Constituição, haja vista ter contrariado seus preceitos e permanecido impune. Assim, a inconstitucionalidade é a expressão da existência de um vício capital, ínsito à lei defeituosa, o qual exige do Judiciário seja declarada a invalidez do ato impugnado.

No entanto, tal princípio foi mitigado, principalmente pelas questões relativas a julgamentos já realizados (como é o caso da coisa julgada), direitos adquiridos e fatos jurídicos perfeitos, deixando de ser aplicada a rigidez absoluta da nulidade para abrir espaço para segurança jurídica e o interesse social.

Neste parâmetro de abrandar o princípio da nulidade, Vieira (2007) Dispõe:

[...] Ademais, se o princípio da nulidade da lei inconstitucional funda-se na Constituição, e, levando-se em consideração o princípio da unidade da Constituição, é adequado ter-se presente que não há princípios constitucionais absolutos, nem hierarquia entre as normas constitucionais; logo, havendo concorrência entre essas normas a solução da preponderância há de ser resolvida pela percepção do peso de cada qual para a solução do caso concreto.

Diante da colisão de princípios de igual hierarquia, da existência de fatos jurídicos que não podem ser desconsiderados e da possibilidade do agravamento da situação que se busca ver protegida, o dogma da nulidade não pode ser tomado por absoluto. Portanto, cabe ao Judiciário demandar esforço no sentido de harmonizar e sopesar a importância de cada fator inserto na demanda, mitigando o princípio da nulidade absoluta, que cede ante a preponderância de outros valores levados à consideração.

Destarte, é visível que o ordenamento jurídico brasileiro não exclui o princípio da nulidade do ato inconstitucional, aplicando-o como regra. No entanto, aceita sua mitigação para proteger a ordem jurídica, devendo-se assim, analisar o caso concreto para visualizar de forma clara a sua aplicação.

6 EFEITO RETROATIVO DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

Cumprido destacar que, quando uma lei é declarada inconstitucional via controle concentrado de constitucionalidade, mais precisamente no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade (ADI), tem-se que a lei é nula, por não ter passado pelo plano da validade. Neste diapasão, de regra, caso a lei defeituosa seja revogadora de outra lei, esta voltará a vigor por ter sido aquela declarada inconstitucional, ou seja, sendo nula, nunca teve a força de revogar qualquer lei.

No âmbito da jurisprudência, esse tem sido o entendimento do Supremo Tribunal Federal, valendo destacar o acórdão que segue:

"Fiscalização normativa abstrata — Declaração de inconstitucionalidade em tese e efeito repristinatório. A declaração de inconstitucionalidade *in abstracto*, considerado o efeito repristinatório que lhe é inerente (RTJ 120/64 — RTJ 194/504-505 — ADI 2.867/ES, v.g.), importa em restauração das normas estatais revogadas pelo diploma objeto do processo de controle normativo abstrato. É que a lei declarada inconstitucional, por incidir em absoluta desvalia jurídica (RTJ 146/461-462), não pode gerar quaisquer efeitos no plano do direito, nem mesmo o de provocar a própria revogação dos diplomas normativos a ela anteriores. Lei inconstitucional, porque inválida (RTJ 102/671), sequer possui eficácia derogatória. A decisão do Supremo Tribunal Federal que declara, em sede de fiscalização abstrata, a inconstitucionalidade de determinado diploma normativo tem o condão de provocar a repristinação dos atos estatais anteriores que foram revogados pela lei proclamada inconstitucional. Doutrina. Precedentes (ADI 2.215-MC/PE, Rel. Min. Celso de Mello, *Informativo/STF* n. 224, v.g.). Considerações em torno da questão da eficácia repristinatória indesejada e da necessidade de impugnar os atos normativos, que, embora revogados, exteriorizem os mesmos vícios de inconstitucionalidade que inquinam a legislação revogadora. Ação direta que impugna, não apenas a Lei estadual n. 1.123/2000, mas, também, os diplomas legislativos que, versando matéria idêntica (serviços lotéricos), foram por ela revogados. Necessidade, em tal hipótese, de impugnação de todo o complexo normativo. Correta formulação, na espécie, de pedidos sucessivos de declaração de inconstitucionalidade tanto do diploma ab-rogatório quanto das normas por ele revogadas, porque também eivadas do vício da ilegitimidade constitucional. Reconhecimento da inconstitucionalidade desses diplomas legislativos, não obstante já revogados." ([ADI 3.148](#), Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 13-12-06, *DJ* de 28-9-07). No mesmo sentido: ([ADI 2.903](#), Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 1º-12-05, *DJE* de 19-9-08).

Esse ressurgimento da lei, *a priori*, revogada pela lei declarada inconstitucional, é conhecido como o efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade, como já fora retratado em tópicos anteriores, podendo ainda ser interpretado através do § 2º, do art. 11, da Lei 9.868/99, adiante exposto:

§ 2º A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário.

A partir da incidência desse efeito, surgiram questões complexas no mundo jurídico, como é notoriamente percebido no caso da coisa julgada que se fundamenta na lei declarada inconstitucional. Deste modo, surge a seguinte proposição: se o fundamento da coisa julgada é uma lei dita nula, a coisa julgada também seria nula, em detrimento do preceito constitucional previsto no art. 5º XXXVI da Constituição Federal de 1988.

Importante trazer à baila a garantia constitucional estabelecida no inciso XXXVI, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, que dispõe: a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a *coisa julgada*.

É neste ponto que paira a nulidade radical, sendo interpretada como aquela que considera absolutamente nulo tudo aquilo que emana da lei declarada inconstitucional, não havendo qualquer válvula de escape, mesmo diante do abalo da segurança jurídica.

Entretanto, em busca de uma interpretação baseada nos princípios constitucionais, ou seja, fundada no real escopo da Constituição da República de 1988, o Supremo Tribunal Federal, guardião da Lei Maior, tem entendido pela não aplicação da nulidade radical, em guarida à segurança jurídica e o interesse social.

É neste viés, que se pode perceber que o efeito repristinatório tem o poder de atacar a coisa julgada baseada em lei declarada inconstitucional, uma vez que a nulidade abrange seu espaço de aplicação, não podendo a coisa julgada ser maior que a Constituição. No entanto, esta regra não é absoluta, apesar de ser a medida que decorre da lógica dos fatos.

Neste sentido, quando a ordem jurídica se encontrar ameaçada, para garanti-la, o Supremo Tribunal Federal poderá atribuir limitações ao efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade, caso em que coisa julgada não será prejudicada, fenômeno este conhecido com modulação de efeitos.

Valiosa e imprescindível é a compreensão de que com a aplicação da referida modulação, não se está colocando a coisa julgada em patamar mais elevado do que a Constituição Federal, pois, o verdadeiro escopo da modulação é realmente garantir os fundamentos constitucionais básicos, onde em busca do bem da sociedade é mantida intacta a coisa julgada baseada em lei defeituosa.

Sobre a modulação dos efeitos retroativos da decisão que declara a inconstitucionalidade, brilhante é o ponto de vista de Lenza (2008, p. 201):

Para recordar, os efeitos gerais da declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado, por meio de ADI, são: *erga omnes*, *ex tunc* e vinculante, podendo ser dado efeito *ex nunc*, ou a partir de outro momento que venha a ser fixado (exceção à regra geral do princípio da nulidade), desde que a votação tenha sido por 2/3 dos Ministros, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

Deste modo, em caso de ameaça à segurança jurídica ou por razões de excepcional interesse social, o Supremo Tribunal Federal, desde que por maioria de dois terços de seus membros, poderá modular os efeitos retroativos da decisão de inconstitucionalidade, conforme prevê a redação do art. 27 da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, sendo essencial destacá-lo:

Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Assim, quando ocorre a modulação dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei, além de poder resguardar a firmeza e credibilidade da coisa julgada, ponto especial em apreço, revela-se cristalino que a lei dita inconstitucional teve sua incidência (eficácia) no mundo jurídico, malgrado seja defeituosa, e, por consequência, caso seja uma lei revogadora, teve a força de revogar a lei anterior, que de fato, não voltará a vigor no período em que for concedida vigência à lei imperfeita.

É neste sentido que se manifesta Lenza (2008, p. 201):

Ocorrendo a **modulação dos efeitos da decisão**, neste caso, parece que a lei (objeto do controle) vai sim ter a eficácia de revogar anterior. Isto porque, se a decisão reconhece efeitos da referida norma, temos que aceitar a sua existência, validade e durante o período que o STF determinar, a sua **eficácia**, gerando, dentre tantos efeitos, a natural revogação da lei em sentido contrário ou se expressamente assim estabelecer.

De fato, tratando-se dos planos do mundo jurídico, ou seja, existência, validade e eficácia, vê-se que a norma inconstitucional defeituosa não passa pelo plano da validade, por não poder se esquivar de seu caráter de nulidade. No entanto, quanto ao plano da eficácia, *a priori*, a lei deficiente só deveria incidir se mantivesse apenas conteúdo meramente de norma de estrutura (norma processual), como exposto no tópico 2.5.2.2, porém, ocorrendo a modulação de efeitos, surge uma exceção a esta regra, onde deve-se considerar que a lei objeto do controle de constitucionalidade existe, é válida e é eficaz, seja ela de estrutura ou de conduta, conquanto, sua eficácia será determinada pelo Supremo, que especificará até onde a lei retroagirá ou, se retroagirá.

Nesta linha de intelecção, mesmo sendo modulados os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, existe ainda a possibilidade de a coisa julgada ser atacada pelo efeito repristinatório, uma vez que o Supremo Tribunal Federal poderá especificar qualquer momento retroativo para a incidência da lei dita inconstitucional e, se a partir do ponto especificado houver coisa julgada baseada na lei dita inconstitucional, está coisa julgada não prevalecerá, por expresse vício de nulidade contido em seu alicerce.

Claro é o ensinamento de Moraes (2003, p 626) sobre os limites temporais:

Em relação aos limites temporais da declaração de inconstitucionalidade temos a seguinte situação:

REGRA: efeitos ex tunc, ou seja, retroativos;

PRIMEIRA EXCEÇÃO: efeitos ex nunc, ou seja, não retroativos, à partir do trânsito em julgado da decisão em sede de ação direta de inconstitucionalidade, desde que fixados por 2/3 dos Ministros do STF;

SEGUNDA EXCEÇÃO: efeitos à partir de qualquer momento escolhido pelo Supremo Tribunal Federal, desde que fixados por 2/3 de seus Ministros. Essa hipótese de restrição temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade tem limites lógicos. Assim, se o STF entender pela aplicação dessa hipótese excepcional, deverá escolher como termo inicial da produção dos efeitos, qualquer momento entre a edição da norma e a publicação oficial da decisão. Desta forma, não poderá o STF estipular como termo inicial para a produção dos efeitos da decisão, data posterior à publicação da decisão no Diário Oficial, uma vez que a norma inconstitucional não mais pertence ao ordenamento jurídico, não podendo permanecer produzindo efeitos.

Há, ainda, a possibilidade de o autor legitimado da Ação Direta de Inconstitucionalidade requerer que o Supremo Tribunal Federal aprecie a inconstitucionalidade da lei revogada, que viria a ter vigência face ao controle de constitucionalidade da lei revogadora, sobretudo pela existência do efeito repristinatório, devendo, no entanto, requer, haja vista a impossibilidade de o Supremo agir de ofício neste caso, como bem assevera Lenza (2008, p. 201):

Por fim, destacamos um aspecto formal importante. Se o autor da ADI objetivar que o STF analise a inconstitucionalidade da lei que vai voltar a produzir efeitos (em razão do efeito repristinatório da decisão), terá que, expressamente, fazer o pedido de apreciação pelo STF em relação a esta outra lei, sob pena de o STF não poder, de ofício, apreciá-la.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é uníssona neste aspecto, como adiante é colacionado:

“Controle normativo abstrato de constitucionalidade e efeito repristinatório. A questão do efeito repristinatório indesejado. Necessidade, em tal hipótese, de formulação de pedidos sucessivos de declaração de inconstitucionalidade tanto do diploma ab-rogatório quanto das normas por ele revogadas, desde que também eivadas do vício da ilegitimidade constitucional. Ausência de impugnação, no caso, do diploma legislativo cuja eficácia restaurar-se-ia em função do efeito repristinatório. Hipótese de incognoscibilidade da ação direta. Precedentes. Ação direta não conhecida.” ([ADI 2.215-MC](#), Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 17-4-01, *DJ* de 26-4-01).

Isto posto, resta tão somente o fato de que a coisa julgada, de regra, está à mercê do efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade, uma vez que a lei declarada

inconstitucional não possui eficácia derogativa. Entretanto, de outra sorte, o Supremo Tribunal Federal pode limitar a retroatividade dos efeitos da decisão que declara, em sede abstrata, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, na forma do art. 27 da Lei 9.868/99, deixando intacta a coisa julgada.

7 CONCLUSÃO

Como visto no decorrer do presente estudo, de fato, é perceptível a complexidade do tema, bem como é notória a indispensabilidade de sua compreensão, haja vista que estabelece aspectos que explicam e resolvem diversas incógnitas normativas, como é o caso da situação em que se encontrará a coisa julgada face ao efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade.

De acordo com os preceitos tragos pela Constituição Federal de 1988, assenta-se que a Ação Direta de Inconstitucionalidade é o instrumento utilizado para a aplicação do efeito repristinatório, haja vista que este efeito lhe é inerente. Desta forma, a Ação Direta de Inconstitucionalidade proclamada pelo controle concentrado, de regra, produz efeitos *erga omnes e ex tunc* (retroativo).

Concernente à coisa julgada, é pacífico concluir-se que a mesma pode ser fixada em dois aspectos distintos, quais sejam: coisa julgada material e coisa julgada formal. A primeira considerada como aquela que não pode ser revista, e a segunda como aquela passível de revisão, evitando somente o reexame acerca do objeto no mesmo processo, não impedindo, porém, que a discussão retorne em outros autos.

Em se tratando da coisa julgada material, infere-se, ainda, que a sua manutenção além de poder se esbarrar no controle de constitucionalidade concentrado, pode ser relativizada quando houver decisão judicial injusta ou inconstitucional, entretanto, esse entendimento ainda vem sendo difundido, encontrando forte resistência no meio da doutrina.

Malgrado a coisa julgada material não possa ser revista, com a incidência do controle de constitucionalidade, em caso de declaração de inconstitucionalidade sem modulação dos efeitos da decisão, tem-se que a coisa julgada não poderá ser mantida, caso fundada na inconstitucionalidade declarada, conforme o princípio da nulidade.

Após fazer todo o aparato de idéias e fundamentos, deduz-se que é perfeitamente cristalina a elucidação do tema, uma vez que o efeito repristinatório da decisão que declara a inconstitucionalidade, de regra, não encontra barreiras para retroagir e atacar a coisa julgada, haja vista que o princípio da nulidade da norma inconstitucional foi acatado como regra no ordenamento jurídico brasileiro.

Destarte, se a decisão de inconstitucionalidade declara a nulidade da lei, caso esta lei seja revogadora de outra, não haverá o que se falar em eficácia derogativa, pois, se considera que um ato nulo não tem o condão de revogar qualquer ato que seja, sendo assim, a lei *a priori* revogada pela lei declarada inconstitucional, estará em vigor por nunca ter sido revogada. De fato, isto é o que se pode chamar de efeito repristinatório.

Por fim, assenta-se que o ordenamento jurídico vigente conferiu ao Supremo Tribunal Federal a possibilidade de limitar o efeito repristinatório para resguardar a segurança jurídica e o

interesse social, podendo, neste caso, anunciar guarida à coisa julgada. Com esta prerrogativa, impõem-se restrições à retroatividade da decisão de inconstitucionalidade (modulação de efeitos), mitigando, desta forma, o efeito repristinatório e o princípio da nulidade da norma inconstitucional.

8 REFERÊNCIAS

1. BRASIL, Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
 2. _____. Lei n. 4.657, de 04 de Setembro de 1942. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Rio de Janeiro, 09 set. 1942.
 3. _____. Lei n. 9.868, de 10 de Novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, 10 nov. 1999.
 4. _____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.215, Rel. Min. Celso de Mello, Julgamento em 17 Abril de 2001**. Diário da Justiça. Brasília, DF, 26 Abr. 2001.
 5. _____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.148, Rel. Min. Celso de Mello, Julgamento em 13 Dezembro de 2006**. Diário da Justiça. Brasília, DF, 29 set. 2007.
 6. CÂMARA. Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
 7. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Bahia: Juspodivm, 2007.
 8. GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito Civil Brasileiro**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
 9. LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 12 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.
 10. MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- VIEIRA, Guaraci de Sousa. **O princípio da nulidade da lei inconstitucional e sua aplicação**. Rio Grande: Âmbito Jurídico, 2007. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2333. Acesso em 29/10/2009

A SUBTRAÇÃO DE COISA ALHEIA MÓVEL PREVIAMENTE VIGIADA TRATA-SE DE TENTATIVA DE FURTO OU CRIME IMPOSSÍVEL?

Aisllania Tassinari⁷

RESUMO

Neste artigo, são analisadas algumas questões doutrinárias e jurisprudências referente à subtração de coisa alheia móvel previamente vigiada, constantes dos Artigos 155, 17 e 14, inciso II do Código Penal. Desse modo, inicia-se o estudo verificando a conceituação de furto e crime impossível; na seqüência, abordando as hipóteses de crime impossível e as teorias acerca do tema, enfocando em seguida, o objetivo fundamental desta pesquisa, ou seja, analisar e indicar a partir da legislação, da doutrina e da jurisprudência pátria se a subtração de coisa alheia móvel previamente vigiada trata-se de tentativa de furto ou crime impossível. Para tanto utilizou-se a pesquisa exploratória com a técnica de pesquisa bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Furto; Crime Impossível; Sistema de Vigilância.

ABSTRACT

In this article, we analyze some doctrinal issues and jurisprudences referring to subtraction of something alien mobile previously guarded, contained in Articles 155, 17 and 14, section II of the Criminal Code . In this manner the study verifying the concept of theft and crime impossible, in sequence, approaching the hypotheses of impossible crime and the theories on the subject, focusing then, the basic objective of this research, that is, analyze and display from the legislation, to the doctrine and the native jurisprudence if the subtraction of something alien mobile previously guarded it's attempted theft or crime impossible. For this we used the exploratory research with the technical literature search.

KEY-WORDS: Theft; Crime Impossible; Surveillance System.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda a questão que se coloca em discussão acerca da subtração de coisa alheia móvel previamente vigiada.

Visando aquilatar se a inviabilidade de subtração de coisa alheia móvel em circunstância antecipadamente vigiada, trata-se de tentativa de furto ou crime impossível, torna-se imprescindível a análise das teorias adotadas na legislação penal brasileira, bem como as posições doutrinárias e jurisprudenciais.

No que tange à tentativa, o Código Penal acolheu como regra a teoria objetiva, realística ou dualista, que considera o crime tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade (art. 14, II, CP), ou seja, incide na efetivação inacabada da conduta típica, punindo-se tanto a ação quanto o resultado contrário ao direito; nesse aspecto

⁷ Graduada em Direito pela Faculdade Capixaba de Nova Venécia – UNIVEN. Pós-Graduada em Direito com Ênfase na Didática do Ensino Superior, Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade Capixaba de Nova Venécia – UNIVEN.

o agente suporta punição mais branda, ante ao menor desvalor do resultado se comparado ao crime consumado.

Note-se que a tentativa começa com o início da implementação do núcleo do tipo penal, em que o agente pretende um resultado, mas não o almeja, embora o elemento subjetivo da tentativa seja o dolo de delito consumado, porque o desígnio esperado é a consumação do crime.

De outra parte, sabe-se que não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime; isso é o que a legislação pátria define como “crime impossível” (art. 17 CP), considerado uma das causas de exclusão da tipicidade, vez que o bem juridicamente protegido não sofre qualquer risco. Saliente-se que a teoria objetiva temperada ou intermediária foi à consagrada pelo art. 17 do Código Penal, de acordo com decisão do Superior Tribunal de Justiça. Senão Vejamos:

O crime impossível somente se caracteriza quando o agente, após prática do fato, jamais poderia consumir o crime pela ineficácia absoluta do meio empregado ou pela absoluta impropriedade do objeto material, nos termos do art. 17 do Código Penal. A ação externa alheia à vontade do agente, impedindo a consumação do delito após a execução, caracteriza a tentativa (art. 14, II do CP). (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 45.615, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, julgamento 09/08/2007).

Segundo Calegari (1988), a jurisprudência distingue a tentativa, de crime impossível, partindo do pressuposto de que, na tentativa, o resultado se apresenta como possível de verificar-se, enquanto que, no crime impossível, o evento mostra-se como impossível de ser atingido.

A relevância desse tema se prende ao fato de que, com as novas tecnologias de segurança hoje utilizadas pelos estabelecimentos e residências com câmeras de vigilância, permite monitorar, sem perder de vista a coisa ou o infrator, fato que tem suscitado a discussão sobre a possibilidade ou não da ocorrência do delito de furto em que o infrator tem sua conduta vigiada desde o início.

Partindo das premissas acima elencadas, entra-se no cerne do tema demonstrando a aplicação ou não do Direito Penal, na conduta inerente a inexecutabilidade de subtração de coisa alheia móvel previamente vigiada, seja por meio de câmeras de segurança, etiquetas magnéticas, alarme antifurto ou outro sistema preventivo de segurança.

Insta salientar que há divergências quanto à consumação do crime de furto, porquanto os tribunais brasileiros entendem que basta a posse tranqüila da coisa subtraída para a caracterização do delito. De outra parte, o Código Penal, que adotou a teoria objetiva aduz que somente se pune a tentativa se houver possibilidade da produção do injusto.

Portanto este artigo tem por escopo uma explanação sobre este tema, que é de grande relevância no Direito Penal, na medida em que apresenta certa especificidade na sua compreensão, contribuindo sobremaneira para enriquecer o estudo ora apresentado.

Para tanto, utilizou-se de uma pesquisa exploratória com a técnica de pesquisa bibliográfica por meio de livros, revistas, internet, etc. para fundamentar o tema em questão.

Gil (2002, p.41), descreve a pesquisa exploratória como:

Esta pesquisa tem como objetivo proporcionar maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito ou a constituir hipótese. Pode-se dizer que estas pesquisas têm como objetivo principal o aprimoramento de idéias ou a descoberta de intuições. Seu planejamento é, portanto, bastante flexível, de modo que possibilite a consideração dos mais variados aspectos relativos ao fato estudado.

Segundo Andrade (2001, p. 42), “todos os documentos bibliográficos constituem-se em fontes primárias ou secundárias”.

Fontes primárias são constituídas por obras ou textos originais, materiais ainda não trabalhados, sobre determinado assunto. As fontes primárias, pela sua relevância, dão origem a outras obras, que vão formar uma literatura ampla sobre aquele determinado assunto. (ANDRADE, 2001, p. 43).

E as fontes secundárias para Andrade (2001, p. 43), “refere-se a determinadas fontes primárias, isto é, são constituídas pela literatura originada de determinadas fontes primárias e constitui-se em fontes de pesquisas bibliográficas”.

Nesse panorama, necessário se faz uma ampla pesquisa, sempre ratificados por transcrições doutrinárias e jurisprudências, concatenados de forma lógica e coerente, de modo a buscar uma estrutura que facilite a compreensão sobre a subtração de coisa alheia móvel previamente vigiada, conforme adiante demonstrado.

2 SUSTENTAÇÃO TEÓRICA

2.1 FURTO TENTADO *VERSUS* CRIME IMPOSSÍVEL

O Decreto Lei 2.848, de 7.12.1940, Código Penal, em seu art. 155, tipificou o que vem a ser furto. Consoante descrito no dispositivo, considera-se furto a subtração de coisa alheia móvel para si ou para outrem com ânimo de se apoderar de modo definitivo da coisa.

Segundo Nucci (2007, p. 665), “furtar significa apodera-se ou assenhorear-se de coisa pertencente a outrem, ou seja, tornar-se senhor ou dono daquilo que, juridicamente, não lhe pertence”.

Trata-se de tema polêmico e de difícil visualização na prática. Em tese, no entanto, o furto está consumado tão logo a coisa subtraída saia da esfera de proteção e disponibilidade da vítima, ingressando na do agente. É imprescindível, por tratar-se de crime material, que o bem seja tomado do ofendido, estando, ainda que por breve tempo, em posse mansa e tranqüila do agente.

Já o crime impossível está previsto no caput do Artigo 17 do Código Penal, não punindo a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.

É a tentativa não punível, porque o agente se vale de meios absolutamente ineficazes ou volta-se contra objetos absolutamente impróprios, tornando impossível a consumação do crime.

Nesse aspecto o instituto ao que se denomina crime impossível apresenta-se algumas hipóteses consagradas na doutrina, a absoluta ineficácia do meio, meio relativamente ineficaz, absoluta impropriedade do objeto e objeto relativamente impróprio.

Em relação à “Absoluta Ineficácia do Meio”, considera crime impossível quando o agente, depois de dar início aos autos de execução tendentes a consumir a infração penal, só não alcança o resultado por ele inicialmente pretendido porque utilizou meio absolutamente ineficaz. Considera-se “meio” tudo aquilo utilizado pelo agente capaz de ajudá-lo a produzir o resultado por ele pretendido.

No mesmo sentido, o apontamento de Hungria (apud GRECCO, 2005, p. 324), “dá-se a ineficácia absoluta do meio quando este, por sua própria essência ou natureza, é incapaz, por mais que se reitere o seu emprego, de produzir o evento a que está subordinada a consumação do crime”.

Nessa situação, por mais que o agente se esforce na utilização dos meios absolutamente ineficazes, a consumação do crime, como diz a parte final do artigo 17 do Código Penal, tornar-se-á impossível.

Acerca do Meio Relativamente Ineficaz, frise-se que somente quando o meio for absolutamente ineficaz é que poderemos falar em crime impossível; caso contrário, quando a ineficácia do meio for relativa, estaremos diante de um crime tentado. O fato de ser relativamente ineficaz, o meio utilizado pelo agente pode vir ou não a causar o resultado.

Na lição de Hungria (apud GRECCO, 2005, p. 325), “dá-se a inidoneidade relativa do meio quando este, embora normalmente capaz de produzir o evento intencionado, falha no caso concreto, por uma circunstância acidental na sua utilização”.

No que se refere à Absoluta Impropriedade do Objeto, não só a absoluta ineficácia do meio inibe a punição pelo crime tentado, como também a absoluta impropriedade do objeto. Objeto pode ser entendido como tudo aquilo contra o qual se dirige a conduta do agente. Nesse caso, por ser o objeto absolutamente impróprio, não se fala em tentativa. A consumação dos crimes pretendidos seria, portanto impossível.

Sobre o Objeto Relativamente Impróprio, caracteriza quando a pessoa ou a coisa contra a qual recai a conduta do agente é colocada efetivamente numa situação de perigo, ou seja, está apta a sofrer com a conduta do agente, que pode vir a alcançar o resultado por ele pretendido inicialmente.

Várias teorias surgiram com o escopo de elucidar o crime impossível. Dentre elas, podemos destacar a teoria subjetiva e teoria objetiva.

Segundo a Teoria Subjetiva, de Von Buri, não importa se o meio ou o objeto são absolutamente ou relativamente ineficazes ou impróprios, pois para a configuração da tentativa, basta que o agente tenha agido com vontade de praticar a infração penal. Ressalta-se que o agente, para essa teoria é punido pela sua intenção delituosa, mesmo que no caso concreto bem algum se colocasse em situação de perigo.

Em lado diametralmente oposto se encontra a Teoria Objetiva Pura, para essa teoria, não importa se o meio ou o objeto eram absoluta ou relativamente inidôneos para que se pudesse chegar ao resultado cogitado pelo agente, uma vez que em nenhuma dessas situações responderá ele pela tentativa.

Em situação intermediária encontra-se a Teoria Objetiva Temperada, moderada ou matizada, que entende somente puníveis os atos praticados pelo agente quando os meios e os objetos são relativamente eficazes ou impróprios, isto é, quando há alguma possibilidade de o agente alcançar o resultado pretendido, sendo essa teoria adotada pelo direito pátrio.

Em relação ao caso em que a conduta do agente é previamente vigiada por câmeras de segurança, há teorias divergentes na doutrina.

Para a corrente que adota a teoria subjetiva, prevalece o entendimento haver tentativa, haja vista que para os doutrinadores basta à vontade, contrária ao Direito de subtrair coisa alheia móvel, aliada ao animus furandi. Logo, trata-se de tentativa.

Noutro giro, aqueles que adotam a teoria objetiva, a tentativa só é punida por haver grande probabilidade da produção do ilícito. Logo, a tentativa absolutamente inidônea simplesmente afasta a punibilidade. Portanto, a ação do indivíduo em estabelecimento vigiado por câmeras de segurança, por não apresentar perigo concreto ao bem jurídico, nem retirar o bem da esfera de vigilância e disponibilidade da “vítima”, configuraria crime impossível.

Portanto, nessa parte é que a celeuma se instala, visto que é notória a ocorrência de fatos envolvendo a apropriação de coisa alheia móvel no interior de estabelecimentos comerciais, dotados de sistema de vigilância por monitoramento e outros, tendo por escopo inviabilizar a incidência de delitos dessa natureza.

Nesse aspecto, uma primeira corrente destaca que nem todos os meios eletrônicos de vigilância à disposição são absolutamente eficazes, pois se assim o fosse dificilmente haveria o êxito nas ações criminosas. Por isso, o disposto no art. 17 CP, é imperativo ao dizer que não se pune à tentativa se evidenciado a “ineficácia absoluta do meio”, logo, num primeiro momento, seria imprudente afirmar que a hipótese em comento configura crime impossível.

A propósito diferenciando os casos de crime impossível e de tentativa de furto, com propriedade ensina o Professor Fernando Capez, que estaria consumada a tentativa de furto, na medida em que o autor estando no interior do estabelecimento comercial, com sistema antifurto, sendo surpreendido por seguranças, na saída, na posse de algum objeto:

Loja com sistema antifurto ou com fiscalização de seguranças: indivíduo que se apodera de mercadorias de um supermercado e as esconde sob as vestes, mas, ao sair, despertar suspeitas no segurança, que o aborda; agente que, ao realizar a apreensão de mercadorias, tem a sua ação desde o início acompanhada pelos seguranças do estabelecimento; sujeito que se apropria de mercadorias com etiqueta antifurto. Em todas essas hipóteses há tentativa de furto (CAPEZ, 2009, p. 405-406).

No mesmo sentido entende Cezar Roberto Bitencourt, que caracteriza furto tentado quando o crime não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do autor:

Caracteriza-se o furto tentado simples quando o crime material não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente, não chegando a *res furtiva* a sair da esfera de vigilância do dono e, conseqüentemente, não passando para a posse tranqüila daquele (BITENCOURT, 2009, p. 16).

De outra parte, de forma diversa Rogério Sanches Cunha, assevera que nos casos de estabelecimentos com monitoramento eletrônico, poderá caracterizar o crime impossível ou a tentativa de furto, devendo ser avaliado o caso concreto. Vejamos:

A tipificação (crime impossível ou tentativa de furto) nos casos de estabelecimento com vigilância (física e eletrônica) depende da avaliação do caso concreto (para apurar se absoluta (ou relativa) a ineficácia do meio): Pensar que o sistema de vigilância, por si só, exclui o crime, é fomentar a sorte dos delinqüentes que farão desses locais seus preferidos para a prática da subtração, pois, na pior das hipóteses, terão que devolver o que apoderado antes de sair do estabelecimento (eis o castigo..). (CUNHA, 2008, p. 120).

Na lição de André Luís Callegari, divergindo do entendimento dos demais doutrinadores, destaca que adotando a teoria objetiva, na qual somente são puníveis os atos praticados pelo agente quando os meios e os objetos são relativamente eficazes, isto é, quando há alguma possibilidade de o agente alcançar o resultado pretendido, sendo os meios utilizados absolutamente ineficazes, não há que se punir com tentativa, devendo reconhecer o crime impossível:

Com a adoção da teoria objetiva as situações analisadas (agente previamente vigiado desde o início da sua conduta e sistema de alarme por etiqueta magnética) devem ser reapreciadas, pois para essa teoria a razão da punibilidade está no perigo próximo da realização do resultado típico. (CALLEGARI, 1998).

A jurisprudência do STF - Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre a questão, repelindo a tese de crime impossível pela só existência de sistema de vigilância instalado em estabelecimento comercial, vistos que estes dispositivos apenas dificultam a ação dos agentes. Ainda que a conduta delituosa tenha sido acompanhada por sistema de vigilância, não se pode concluir que o meio empregado tenha sido absolutamente ineficaz, podendo mesmo assim, empreender a fuga com os bens furtados. *In verbis*:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TENTATIVA DE FURTO. CRIME IMPOSSÍVEL, FACE AO SISTEMA DE VIGILÂNCIA DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL. INOCORRÊNCIA. MERCADORIAS DE VALOR INEXPRESSIVO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE.

1. O pleito de absolvição fundado em que o sistema de vigilância do estabelecimento comercial tornou impossível a subtração da coisa não pode vingar. As partes poderiam, em tese, lograr êxito no intento delituoso. Daí que o meio para a consecução do crime não era absolutamente ineficaz. 2. A aplicação do princípio da insignificância

há de ser criteriosa e casuística, tendo-se em conta critérios objetivos. 3. A tentativa de subtração de mercadorias cujos valores são inexpressivos não justifica a persecução penal. O Direito Penal, considerada a intervenção mínima do Estado, não deve ser acionado para reprimir condutas que não causem lesões significativas aos bens juridicamente tutelados. 4. Aplicação do princípio da insignificância justificada no caso. Ordem deferida a fim de declarar a atipicidade da conduta imputada às pacientes, por aplicação do princípio da insignificância. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Matéria Penal. Habeas Corpus 97129-RS. 2ª Turma. Relator: Ministro Eros Grau, julgamento 11/05/2010).

A propósito, o Supremo Tribunal Federal, apreciando situação semelhante decidiu no Habeas Corpus 95613-RS:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TENTATIVA DE FURTO. ABSOLVIÇÃO FUNDADA EM VÁRIOS FUNDAMENTOS. RECURSO ESPECIAL DA ACUSAÇÃO INTERPOSTO SOB FUNDAMENTO ÚNICO. INOCORRÊNCIA. RESTABELECIMENTO DA CONDENAÇÃO. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APELATUM. CRIME IMPOSSÍVEL, FACE AO SISTEMA DE VIGILÂNCIA DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL. INOCORRÊNCIA.

1. Tendo o Ministério Público impugnado todos os fundamentos pelos quais a paciente foi absolvida, restabelecendo-se a condenação em recurso especial, não procede a alegação de ofensa ao princípio tantum devolutum quantum apelatum. 2. O pleito de absolvição fundado em que o sistema de vigilância do estabelecimento comercial tornou impossível a subtração da coisa não pode vingar. A paciente e seu comparsa deixaram o local do crime, somente sendo presos após perseguição, restando, assim, caracterizada a tentativa de furto. Poderiam, em tese, lograr êxito no intento delituoso. Daí que o meio para a consecução do crime não era absolutamente ineficaz. Ordem indeferida. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Matéria Penal. Habeas Corpus 95613-RS. 2ª Turma. Relator Ministro Eros Grau, julgamento 11/11/2008).

No Superior Tribunal de Justiça - STJ o tema também foi objeto de discussão. Do voto do Ministro Felix Fischer no Habeas Corpus 103.609-SP, afastando a configuração de crime impossível, pois o sistema de vigilância ostensiva dificulta, mas não afasta a viabilidade do fato delituoso apto a ensejar a configuração de crime impossível. Transcrevemos:

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 155, CAPUT, C/C O ART. 14, INCISO II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. CRIME IMPOSSÍVEL. NAO CONFIGURAÇÃO. ESTABELECIMENTO COM APARATO DE SEGURANÇA. INEFICÁCIA RELATIVA DO MEIO EMPREGADO.

I - A existência de aparato de segurança no estabelecimento comercial, como regra, não ilide, de forma absolutamente eficaz, a consumação do delito de furto (Precedentes). II - In casu, a vigilância atenta dos seguranças contratados pelo estabelecimento comercial não afasta, de forma absoluta, a possibilidade de consumação do crime de furto. Ordem denegada. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Matéria Penal. Habeas Corpus 103.609-SP, 5ª Turma. Relator: Ministro Felix Fischer, julgamento 21.08.2008.

Em vertente oposta, encontra-se a ementa do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, em que foi relator Luís Carlos Ávila de Carvalho Leite, considerando crime impossível o agente que se encontra em estabelecimento com vigilância, pela absoluta ineficácia do meio utilizado:

EMENTA: FURTO. CRIME IMPOSSÍVEL. Precariedade da Prova. Agente que, em supermercado, atenta a vigilância, e mantido sob total controle, só sendo interceptado depois de passar pelo caixa, portando produtos que não pagou, não comete furto tentado, pela absoluta ineficácia do meio utilizado, não tendo o bem sofrido qualquer risco, caracterizando-se ao crime impossível. Somente o caso concreto é que vai indicar tratar-se de absoluta ou relativa ineficácia do meio, mas existentes duas versões nos autos, cada uma em um sentido, a prova mostra-se precária para embasar juízo condenatório. Apelo ministerial desprovido, modificado tão-só o fundamento legal da absolvição (ART. 386 VI, CPP). (Apelação Crime Nº 297032773, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Alçada do RS, Relator: Luís Carlos Ávila de Carvalho Leite, Julgado em 27/11/1997).

Nesse aspecto o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no julgamento da apelação n.º 1.0317.07. 072058-4/001 decidiu que o fato de o agente ter seus passos monitorados, resta claro que jamais conseguiria chegar a subtração:

PENAL. RECURSO DE APELAÇÃO. FURTO. MONITORAMENTO DE TODA A AÇÃO POR CIRCUITO INTERNO DE TV. CRIME IMPOSSÍVEL. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. “Estando o agente sendo observado e seus passos, desde o início, monitorados pelo circuito interno de TV e pelos seguranças da loja, os quais inclusive, aguardaram o momento apropriado para detê-lo e acionar a polícia, forçoso concluir que este jamais conseguiria chegar à consumação de subtração, tornando a tentativa em crime impossível, já que o meio empregado revelou-se absolutamente incapaz de produzir o resultado almejado” (TJMG -3ª Câmara. Apelação 1.0317.07. 072058-4/001(1) – Relator Paulo Cesar Dias. Julgamento. 27.01.2009).

Após a explanação de vários posicionamentos doutrinários e jurisprudências sobre a subtração de coisa alheia móvel previamente vigiada, verifica-se que é possível ocorrer à hipótese descrita no art. 17 do Código Penal, crime impossível, ou seja, o sujeito eleger um meio absolutamente ineficaz ou voltar-se contra um objeto absolutamente impróprio no cometimento do furto. Haveria, nesse caso, tentativa inidônea ou quase crime, que não é

punida. O importante é analisar se o meio eleito é, de fato, absolutamente ineficaz para a prática do crime, no caso concreto e não simplesmente em tese. O mesmo se diga de o objeto ser absolutamente impróprio, no caso concreto. Se um indivíduo é vigiado num supermercado o tempo todo por seguranças e câmeras internas, de modo a tornar, naquela situação concreta, impossível a consumação do delito de furto, trata-se da hipótese do artigo 17 do Código Penal. Mas se a vigilância for falha ou incompleta, será cabível falar em tentativa.

Pelo exposto, conclui-se que a impossibilidade de subtração de coisa alheia móvel previamente vigiada, caracteriza “tentativa de furto” se restar demonstrado que o meio empregado é relativamente ineficaz. Noutra giro, será “crime impossível” se ficar comprovada a ineficácia absoluta do meio ou impropriedade do objeto, até porque conforme assevera Zaffaroni (1998), “não há tentativa, quando não se pode começar a executar o que não é possível”. Em síntese: será tentativa ou crime impossível somente após a análise acurada do caso concreto.

3 CONCLUSÃO

Analisando as divergências contidas na doutrina e jurisprudência, verifica-se que a subtração de coisa alheia móvel previamente vigiada, pode configurar crime impossível ou mesmo tentativa.

Portanto, das considerações empreendidas no trabalho, infere-se que crime impossível, é aquele em que o objeto material por sua total impropriedade é inidôneo para que o ilícito se consuma ou o meio de execução empregado pelo agente no cenário fático é absolutamente despido de força para produzir o efeito e o resultado almejado.

A terminologia "Absoluta" utilizada pelo Código Penal, o que torna necessária a existência de tal característica no caso concreto para que reste configurada a conduta típica do Art. 17 do CP, crime impossível.

No que diz respeito ao furto, não há que se questionar quanto à impropriedade do objeto, pois se trata de coisa alheia móvel, objeto literal do crime de furto. Toda a questão está em se aferir à absoluta ineficácia do meio empregado pelo agente.

Em face ao questionamento proposto no que tange a subtração de coisa alheia móvel, por conta de estar previamente vigiada, e sua possível consequência no mundo jurídico-penal, entende-se ser coerente o seu enquadramento na figura da tentativa de furto.

Esse posicionamento sustenta-se, tendo em vista que o agente previamente vigiado, ao tentar subtrair coisa alheia móvel, não ilide, de forma absolutamente eficaz, a consumação do delito de furto, pois existiu o risco, ainda que mínimo, de que o agente lograsse êxito na consumação do furto e causasse prejuízo à vítima, restando frustrado seu intento por circunstâncias alheias à sua vontade.

Todavia, como regra, considerando especialmente a possibilidade de falha da segurança ou de enganar os seguranças, deve ser afastado o crime impossível previsto no Art. 17 do Código Penal, pois o sistema de vigilância não configura a ineficácia absoluta do meio.

A propósito, os referidos sistemas de vigilância são utilizados somente para dificultar o cometimento deste tipo de crime. E, não havendo a absoluta impossibilidade de consumação do delito, não se caracteriza a hipótese de crime impossível, figurando assim a modalidade tentada.

Resta caracterizada a tentativa, uma vez que iniciada a execução o crime não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente. O bem jurídico tutelado sofreu risco de lesão. Risco de que o furto se consumasse com conseqüente prejuízo para a vítima, se não existisse o sistema de vigilância o crime se consumaria.

Por essa razão, conclui-se que embora possa haver interpretações variadas, perfilhamos o entendimento de que o agente percebido pelo sistema de vigilância antes mesmo do cometimento da subtração da coisa alheia móvel, comete tentativa de furto, não havendo que se cogitar como crime impossível pela absoluta ineficácia do meio utilizado.

4 REFERÊNCIAS

1. ANDRADE, Maria Margarida de. **Introdução à Metodologia do Trabalho Científico**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
2. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**. 5. ed. Volume III. São Paulo: Saraiva, 2009.
3. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 45.615. 5ª Turma. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, julgamento 09 de agosto de 2007. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>
4. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Matéria Penal. Habeas Corpus 97129-RS. 2ª Turma. Relator: Ministro Eros Grau, julgamento 11 de maio de 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>
5. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Matéria Penal. Habeas Corpus 95613-RS. 2ª Turma. Relator: Ministro Eros Grau, julgamento 11 de novembro de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>
6. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Matéria Penal. Habeas Corpus 103.609-SP. 5ª Turma. Relator: Ministro Felix Fischer, julgamento 21 de agosto de 2008. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>
7. BRASIL. Terceira Câmara Cível, Tribunal de Alçada do RS. Apelação Crime nº 297032773. Relator: Luís Carlos Ávila de Carvalho Leite, julgamento 27 de novembro de 1997. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>
8. BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação 1.0317.07. 072058-4/001(1). 3ª Câmara. Relator: Paulo Cesar Dias, julgamento 27 de janeiro de 2009. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/>

9. CALIXTO, Fernanda Karoline Oliveira; ANJOS, Ladislau Cordeiro dos. **Furto em estabelecimento vigiado por câmeras**. Disponível em: <<http://mens-et-manus.blogspot.com/search?q=furto>>. Acesso em: 21/06/2010.
 10. CALLEGARI, André Luís. **A tentativa e o crime impossível no código penal brasileiro**. Volume 755. s.I. Revista dos Tribunais, 1988.
 11. _____, André Luís. **Crime impossível: furto em estabelecimento vigiado ou com sistema de segurança**. s.I. s.ed.1998.
 12. CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 9. ed. Volume. II. São Paulo: Saraiva, 2009.
 13. CUNHA, Rogério Sanches. **Direito penal: parte especial**. Volume. III. São Paulo: RT, 2008.
 14. Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**.
 15. DELMANTO, Celso et al. **Código penal comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
 16. GIL, Antonio C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
 17. GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 5. ed. Volume I. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.
 18. INFANTE, Christiane de O. Parisi. **Coisa vigiada: tentativa de furto ou crime impossível?** Disponível em <<http://www.lfg.com.br> >. Acesso em: 21/06/2010.
 19. JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Elementos do direito**. 7. ed. São Paulo: Premier, 2008.
 20. MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**, 25. ed. Volume II: parte especial. São Paulo: Atlas, 2007.
 21. NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 7. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Da tentativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais: doutrina e jurisprudência, 1998.

O PRINCÍPIO DA INDIVISIBILIDADE NA AÇÃO PENAL PÚBLICA E O POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Leidianne Silva Dalmaso⁸

RESUMO

O presente estudo visa trazer considerações gerais sobre a aplicação do princípio da indivisibilidade na ação penal pública, que tem sido objeto de muitas discussões em nossos Tribunais Superiores. Analisa-se, assim, a posição desses Tribunais quanto à adoção ou não de tal princípio, tendo em vista, em especial, o princípio da obrigatoriedade, em que se deve pautar o Ministério Público. Foi utilizada a análise bibliográfica, analisando-se livros que tratam do tema em questão, escritos por renomados autores e das jurisprudências do Supremo Tribunal Federal, bem como a análise documental, fazendo uma observação nos artigos do Código de Processo Penal que tratam sobre o tema em debate. Observa-se um equívoco quando da aplicação do princípio em tela, em que os Tribunais Superiores o admite na ação penal pública.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio. Indivisibilidade. Tribunais Superiores. Ação penal. Pública

ABSTRACT

This study aims to bring general considerations about the principle of the indivisibility of the public prosecution, which has been the subject of much discussion in our Superior Courts. We analyze therefore the position of those courts as to whether or not adoption of this principle in view, in particular the principle of obligation, which should guide prosecutors. We used a literature review, analyzing the books that deal with the topic, written by renowned authors and jurisprudence of the Supreme Court, as well as document analysis, making an observation in the articles of the Constitution and the laws that deal with the topic under discussion. There is a misconception in the application of the principle on screen, in the Superior Courts admits in public prosecution.

KEY WORDS: Principle. Indivisibility. Courts. Superiors. Prosecution. Public

1 INTRODUÇÃO

Muito se discute na doutrina e jurisprudência se a ação penal pública é ou não indivisível. Sendo deste modo deve abranger todos aqueles que cometeram a infração penal.

A posição majoritária na doutrina é no sentido da indivisibilidade, enquanto nos Tribunais Superiores vigora o argumento de que a ação penal pública é divisível, só se aplicando tal princípio quanto à ação penal privada.

Se o Ministério Público é movido pelo princípio da obrigatoriedade da ação penal, em que, uma vez identificada a hipótese de atuação, não pode recusar-se a dar início à ação penal, não podem querer o argumento de que o mesmo pode escolher dentre os indiciados qual será

⁸ Graduada em Direito pela UNIVEN – Faculdade Capixaba de Nova Venécia-ES, Advogada

denunciado, a não ser que faltem os elementos de autoria e participação. Aí sim poderá esperar que surjam novas informações para poder processar algum indiciado que não tenha sido denunciado devido à falta daqueles elementos.

Realizando-se uma pesquisa exploratória devido ao objetivo primordial de conhecer o assunto e a opinião dominante sobre ele, percebe-se que a adoção da divisibilidade na ação penal pública pelos Tribunais Superiores não deve prevalecer, pois resta clara afronta aos princípios que norteiam o processo penal.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 O PRINCÍPIO DA INDIVISIBILIDADE DA AÇÃO PENAL

O princípio da indivisibilidade dispõe que a ação penal deve abranger todos aqueles que cometeram a infração.

Tal princípio vem expresso no Código de Processo Penal apenas em relação à ação penal privada, que em seu artigo 48 assevera que *“a queixa contra qualquer dos autores do crime obrigará ao processo de todos, e o Ministério Público velará pela sua indivisibilidade”*.

O fato de não haver menção expressa em relação à ação penal pública não significa que o princípio da indivisibilidade não deve ser a ela aplicada. Sabe-se que, quando o Ministério Público oferece a denúncia, dando início, assim, à ação penal, ele denuncia um fato, daí decorre logicamente que a peça acusatória deve trazer todos aqueles que participaram do dito fato. Basta isso para se considerar a aplicação do princípio em tela na ação penal pública.

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2010, p. 151), escrevendo sobre o assunto, asseveram:

A ação penal deve estender-se a todos aqueles que praticaram a infração criminal. Assim, o *parquet* tem o dever de ofertar a denúncia em face de todos os envolvidos. Neste sentido, a doutrina majoritária, nos ensinamentos de José Antônio Paganella Boschi, Luiz Flávio Gomes, Tourinho Filho, dentre outros.

Há posição contrária na doutrina a esse entendimento, ao argumento de que o que vigora quanto à ação penal pública é o princípio da divisibilidade. É o que aduz a doutrina de Mirabete (apud ALENCAR; TÁVORA, 2010, p. 152):

Fala-se também no princípio da divisibilidade, oposto ao princípio da indivisibilidade da ação privada. Por esse princípio, o processo pode ser desmembrado, o oferecimento da denúncia contra um acusado não exclui a possibilidade de ação penal contra outros, permite-se o aditamento da denúncia com a inclusão de co-réu a qualquer tempo ou a propositura de nova ação penal contra co-autor não incluído em processo já sentenciado.

Frise-se que a adoção do princípio da divisibilidade na ação penal é da doutrina minoritária.

2.2 A OBRIGATORIEDADE E A INDISPONIBILIDADE DA AÇÃO PENAL

Outro aspecto a ser ressaltado é a relação do princípio da indivisibilidade com os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal. O primeiro decorre do fato de que se o crime é uma lesão irreparável ao interesse coletivo o Estado tem o dever de aplicar as regras jurídicas. Capez (2009, p. 115) aduz que:

Identificada a hipótese de atuação, não pode o Ministério Público recusar-se a dar início à ação penal. Há, quanto à propositura desta, dois sistemas diametralmente opostos: o da legalidade (ou obrigatoriedade), segundo o qual o titular da ação está obrigado a propô-la sempre que presentes os requisitos necessários, e o da oportunidade, que confere a quem cabe promovê-la certa parcela de liberdade para apreciar a oportunidade e a conveniência de fazê-lo. No Brasil, quanto à ação penal pública, vigora o princípio da legalidade, ou obrigatoriedade, impondo ao órgão do Ministério Público, dada a natureza indisponível do objeto da relação jurídica material, a sua propositura, sempre que a hipótese preencher os requisitos mínimos exigidos. Não cabe a ele adotar critérios de política ou utilidade social.

Assim sendo, se o Ministério Público é obrigado a propor a ação penal quando há os elementos necessários, não poderá escolher dentre os indiciados quais serão denunciados.

Já o segundo princípio vem expresso no artigo 42 do Código de Processo Penal que diz “o Ministério Público não poderá desistir da ação penal”. Decorre logicamente do primeiro, pois se o parquet é obrigado a intentar a ação penal quando houver indícios de autoria e materialidade, dela não poderá desistir.

Diante da impossibilidade de poder optar no que tange aos aspectos mencionados, é equivocada a afirmação de que o Ministério Público pode escolher, diante de um mesmo fato e diversos envolvidos, quais destes irá denunciar.

Evidentemente, se, ao receber o relatório final e os autos do Inquérito Policial instaurado contra duas pessoas, o Promotor de Justiça não encontrar respaldo probatório contra uma delas, ou seja, não houver indícios suficientes de autoria e participação, nada o impede de promover a ação penal em relação somente àquele cuja responsabilidade estiver esclarecida, e, tão logo surjam informações quanto à responsabilidade do outro indiciado, aditar a denúncia em relação a este.

2.3 A POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

O Supremo Tribunal Federal, bem como o Superior Tribunal de Justiça, entendem que o princípio da indivisibilidade só se aplica à ação penal privada, não havendo que se falar em nulidade do processo por ofensa a tal princípio quando a ação for pública, pois o oferecimento da denúncia contra uns acusados não impossibilita o oferecimento posterior contra os outros.

Tal entendimento pode ser observado no julgamento do Habeas Corpus n. 96700, do Supremo Tribunal Federal, cuja ementa segue:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL PÚBLICA. PRINCÍPIO DA INDIVISIBILIDADE. INAPLICABILIDADE. PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL. OFENSA. INEXISTÊNCIA. 1. O princípio da indivisibilidade não se aplica à ação penal pública. Daí a possibilidade de aditamento da denúncia quando, a partir de novas diligências, sobrevierem provas suficientes para novas acusações. 2. Ofensa ao princípio do promotor natural. Inexistência: ausência de provas de lesão ao exercício pleno e independente de suas atribuições ou de manipulação casuística e designação seletiva por parte do Procurador-Geral de Justiça. Ordem indeferida.

E o Superior Tribunal de Justiça comungou com o mesmo entendimento no julgamento do Habeas Corpus n. 79673, cuja transcrição segue:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO. DENÚNCIA. PRINCÍPIO DA INDIVISIBILIDADE DA AÇÃO PENAL. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. ARQUIVAMENTO IMPLÍCITO. INOCORRÊNCIA.

I - A eventual inobservância ao princípio da indivisibilidade da ação penal não gera nulidade quando se trata de ação penal pública incondicionada (Precedentes).

II - "A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido da inaplicabilidade de tal princípio à ação penal pública, o que, aliás, se depreende da própria leitura do artigo 48 do Código de Processo Penal" ([Inq 2.245/MG](#), Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJU de 09/11/2007).

III - In casu, o não oferecimento imediato da exordial acusatória pelos fatos ocorridos no dia 13/08/1997 não implica em renúncia tácita ao direito de ação, como ocorre na ação penal privada, não gerando, dessa forma, nulidade a ser reclamada. Ordem denegada.

Eis o posicionamento dos nossos Tribunais Superiores, excluindo o princípio da indivisibilidade quando se tratar de ação penal pública.

3 CONCLUSÃO

Ante o exposto, verifica-se, na posição dos Tribunais Superiores quanto ao princípio da divisibilidade por eles adotado, uma incoerência, tendo em vista o princípio da obrigatoriedade em que se deve pautar o Ministério Público, pois se deve propor a ação penal, não pode escolher contra quem irá propor.

O mais correto seria falar que o princípio da indivisibilidade está como regra, e a divisibilidade como exceção. Assim, o Ministério Público ao oferecer a denúncia, deve fazê-lo contra todos os envolvidos no fato, e, caso não haja suporte probatório suficiente contra alguns deles, aí sim poderá deixar de oferecer denúncia contra estes, aguardando que surjam novos elementos, para, só depois, processá-los.

4 REFERÊNCIAS

1 ALENCAR, R.; TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. Salvador: Juspodivm, 2010.

2 BRASIL. **Código de processo penal**. 10. ed. São Paulo: Rideel, 2010

3 CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=princ%EDpio%20indivisibilidade&base=baseAcordaos>. Acesso em 23/12/2010

http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=princ%EDpio+indivisibilidade&processo=79673&b=ACOR. Acesso em 23/12/2010

A INCOSTITUCIONALIDADE DO ENUNCIADO 135 DO FONAJE

Gustavo Antonio de Aguiar⁹

RESUMO

O presente artigo científico tem por objetivo subsidiar o estudo relativo à inconstitucionalidade do enunciado 135 do FONAGE. Dessa forma, procura-se dizer o conceito desse mecanismo e sua aplicabilidade. Por isso, preocupa-se citar os problemas da atualidade jurídica com relação à sua prevalência frente a decisões polêmicas proferidas pela magistratura no Estado do Espírito Santo. Conquanto abstrato ainda seja este tema é extremamente necessário pesquisarmos sua aplicabilidade no direito brasileiro, uma vez, aparentemente está ao livre arbítrio dos magistrados que exercem sua judicatura nos Juizados Cíveis.

PALAVRAS-CHAVE: Aplicabilidade. Juizados. Magistratura.

ABSTRACT

This scientific article aims to support the study of unconstitutionality of the statement 135 of FONAGE. In this way, it tries to tell the concept of this mechanism and its applicability. Therefore, it's concerned in mentioning the problems of the current legal in relation to its prevalence against controversial decisions by magistrates in the State of Espírito Santo. While this subject is still abstract, it is extremely necessary to search its applicability in the Brazilian law, once that apparently is free will of the magistrates who exert their judicature in Civil Courts.

KEY-WORDS: Applicability. Courts. Magistrates.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa subsidiou o estudo a cerca da “inconstitucionalidade do enunciado 135 do FONAGE”. Neste contexto, procuramos dizer o conceito desse instituto enfatizando os principais aspectos relacionados ao mesmo. Preocupamos-nos em citar que a utilização desse mecanismo em casos isolados vem afetando diretamente os princípios basilares previstos de forma explícita e implícita no seio de nossa Magna Carta, dos quais, apontamos o princípio da razoabilidade, da proporcionalidade, da ampla defesa, do contraditório, do acesso à justiça e por fim o da pacificação social.

2 PRINCIPAIS ASPECTOS RELACIONADOS AO FONAJE.

É certo afirmar que os enunciados do FONAJE são de grande valia para a solução das lides, principalmente em relação aos Juizados Especiais Cíveis. Mas, devemos atentar que tal enunciado não tem características de lei, ou seja, vincular o juiz, mas tem a característica de orientá-lo tão somente.

⁹ Graduando em Direito pela Faculdade Capixaba de Nova Venécia

Abrimos um parêntese aqui para explicar superficialmente o que é o FONAJE, este se trata de um Fórum Nacional dos Juizados Especiais. Participam deste Fórum os coordenadores dos Juizados Especiais de todo o país, por duas vezes ao ano, tais coordenadores são os magistrados que atuam na área dos Juizados Especiais.

Assim, ao concluir a breve explanação sobre o Fórum Nacional dos Juizados Especiais, passamos a enfrentar o tema argüido em nosso debate científico. A súmula ou o enunciado servem para expressar a um posicionamento uníssono de determinados julgadores sobre um tema que gera várias interpretações, ou seja, um tema controvertido, contribuindo assim para a resolução do conflito. Mesmo assim é plausível fixar que enunciados ou súmulas não possuem o “reconhecimento” de Lei.

Assim explica Douglas Fernandes (2009):

Os enunciados tratam-se tão somente de orientações procedimentais com o fim maior de padronização e uniformização nacional dos atos processuais praticados em todos os Juízos, não podendo, por conseguinte, sobrepor as legislações formais, tampouco o princípio da legalidade. A relevância dos Enunciados do FONAJE não deve passar de orientações procedimentais, entendimentos comuns entre os juizados dos estados sobre a aplicação técnico-jurídica de determinados dispositivos, sejam da lei especial seja da lei dos códigos de processos, no âmbito dos juizados especiais, para o deslinde dos casos.

Em nosso sistema jurídico, só se verifica a existência dessa eficácia vinculativa quando se trata das súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal.

Há, entretanto, alguns magistrados que aplicam os enunciados como forma de integralização da norma nos juizados. Este posicionamento adotado por alguns operadores do direito, apesar de válido, não pode afrontar os ditames da lei processual civil.

Há o grande problema quanto a sua utilização, em alguns casos, pois, contraria a observância dos princípios da legalidade e segurança jurídica, mas é inegável a importância de tal fonte de integralização da norma.

Sendo assim, partimos em direção ao foco de nossa explanação, que é o Enunciado 135 do FONAJE, que vem causando alguns desconfortos aos advogados e empresários, pois, causa uma sensação de impunidade e enriquecimento ilícito em favor dos consumidores inadimplentes. “Enunciado 135 (substitui o enunciado 47) - O acesso da microempresa ou empresa de pequeno porte no sistema do juizado especial depende da comprovação de sua qualificação tributária atualizada e documento fiscal referente ao negócio jurídico objeto da demanda”.

É bem lógico e plausível quanto à necessidade de comprovação da qualificação tributária atualizada de tais pessoas jurídicas. Entretanto grande transtorno que vem sendo causado, diz respeito ao documento fiscal referente ao negócio jurídico ocorrido entre as partes.

Imediatamente é de se notar que a nota fiscal não é o único meio de prova da relação “compra e venda”, especialmente em pequenos empresários ou sociedades empresárias de menor porte.

Este enunciado, ao invés de trazer celeridade e eficiência, ao contrário, trouxe transtornos e de forma alguma conclui a finalidade de ajudar a solução das lides e a buscar a boa-fé dos fatos para se provar a realidade, tornando assim muito dificultosa o acesso das microempresas e empresas de pequeno porte ao recebimento dos valores que lhe são devidos, o índice de inadimplência aumenta e dá-se ao consumidor de má-fé, interpretar que poderá comprar e não efetuar pagamentos, pois a sensação de impunidade fica estampada na face de tal enunciado. Causa-se ainda desrespeito ao princípio da função social da justiça, que é de ser pago o que é devido.

Assim leciona Éderson Ribas Basso e Silva (2009):

Vale observar que determinada decisão em nada contribui para a melhor solução dos litígios e para a busca da verdade real, apenas servindo para tornar ainda mais difícil a vida das empresas de pequeno porte ou microempresas neste país, bem como fomentar a ação malévola dos maus pagadores.

[...]

Sob esta ótica, creio que a decisão que extingue o processo sem resolução do mérito, sob a batuta da não emissão da nota fiscal, é completamente equivocada, pelos seguintes motivos: 1.º se o reclamado for regularmente citado e não comparecer em audiência, não se defender e não pagar a dívida, é evidente sua revelia e a procedência da reclamação; 2.º se trata de matéria de direito disponível e direito privado, cabendo a parte contrária argumentar tal desiderato, no caso, o devedor; 3.º não é condição de procedibilidade para se ingressar com reclamação no Juizado Especial, a apresentação da nota fiscal, face a possibilidade da comprovação dos negócios jurídicos através de outros meios legais e idôneos; 4.º há outros meios de prova que podem ser perfeitamente produzidos (art. 401 do CPC e art. 32 da Lei 9.099/95), especialmente a produção da prova testemunhal, máxime em casos cujo valor da causa é baixíssimo e permitido pelo Juizado Especial (art. 3.º, inciso I da Lei 9.099/95); 5.º a exigência de nota fiscal é atribuição do Fisco Estadual ou Fisco Federal, dependendo do caso, e não do Poder Judiciário em casos desse jaez, e 6.º exigir a juntada da nota fiscal em casos como o alinhado acima, seria o mesmo que ceifar o Livre Acesso ao Poder Judiciário, Cercear o Direito de Defesa da parte lesada, no caso, a credora, que está apenas tentando buscar seus direitos da maneira mais correta, legal e justa possível, bem como agredir os Princípios da Informalidade e Simplicidade.

Breve explanação e em perfeita sincronia com a legislação e princípios do pátrio direito. A nosso entender, pode-se ainda dizer em inconstitucionalidade de tal enunciado, pois atinge diretamente e de maneira grotesca à nossa Lei Maior, pois nesta Magna está frisado o direito do contraditório e a ampla defesa e do livre acesso ao Judiciário e tal enunciado acaba sendo um empecilho e, em maioria dos casos, impedindo tal defesa da quantia que lhe é devida por parte dos empresários.

Além do que foi acima exposto, o Código de Processo Civil trás as condições da ação, e até então, não se é verificado a apresentação da nota fiscal como condição da ação.

Traz-se ainda ao que se é questionado quanto aos indeferimentos em títulos executivos extrajudiciais, pois estes possuem características e qualidades autônomas, mas por interpretação errônea e aplicabilidade de tal enunciado, estão sendo deixadas de lado essas características pétreas que tais títulos possuem e de forma esdrúxula aplicando o enunciado, assim tira-se o caráter da lei que definiu prerrogativas pra tais títulos e trazendo a total aplicação do enunciado que não tem caráter normativo e muito menos vinculativo.

Deve ser revisto o enunciado e sua aplicabilidade pelos ilustres magistrados, pois acompanhando tal enunciado acabou-se por deixar de lado os princípios básicos dos Juizados Especiais Cíveis e ponto principal de diferença da justiça comum, que é o princípio da simplicidade e informalidade, pois tais exigências são ainda maiores do que a justiça comum.

Sendo assim, deve-se pesar o princípio da razoabilidade quanto os indeferimentos despachados por alguns operadores do direito extinguindo sem resolução de mérito as ações ajuizadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte pela ausência de nota fiscal, pois estes empresários não podem “pagar o preço” do grande acúmulo de litígio, e a adoção de tal princípio acaba sendo muito mais rápida à decisão dos processos, mas deve ser lembrado que a celeridade processual visa resolver os litígios de forma rápida e trazendo a lume o que é a jurisdição, pacificação dos litígios sociais, ou seja, é a honestidade para as partes, decidindo o certo para quem fez o certo e sucumbindo aquele que agiu de má-fé. Logo, essa celeridade processual que está sendo adotada através deste enunciado, não atinge o verdadeiro sentido do princípio da celeridade processual.

Entendemos que o enunciado contribui para a incidência de violação da boa-fé objetiva, corolário do princípio do devido processo legal, que deve ser aplicada em qualquer relação jurídica, vinculando principalmente o juiz. A propósito a jurisdição é universal e o enunciado viola também o princípio da inafastabilidade do poder judiciário (art. 5º, xxxv, CF/88), porquanto todos devem ter acesso aos tribunais, vez que representa uma garantia da tutela preventiva.

Sabe-se ainda que nenhuma lesão ou ameaça deixará de ser apreciada pelo Judiciário. Aliás, exigência de regularidade tributária e de documento fiscal do negócio jurídico não tem o condão de afastar a garantia constitucional, principalmente porque a autonomia privada transcende esses requisitos, eis que há contrato verbal ou por gesto. Não obstante, entende-se que aferir regularidade fiscal e tributária é função administrativa executivo, que não permite ao judiciário agir *ex officio*.

Finalizamos afirmando que os enunciados ajudam e possuem grande importância para as resoluções do litígio, mas este enunciado em tela, não está cooperando com os princípios do nosso ordenamento jurídico, causando assim gravames maiores, e afetando diretamente os princípios basilares previstos de forma explícita e alguns de forma implícita em nossa Magna Carta, sendo eles, da razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, acesso a justiça e pacificação social.

Esclarecemos por fim, que nossa pesquisa não teve como não tem, decerto o propósito de esgotar o estudo do tema posto em análise. Muito longe disso. Nosso objetivo, em verdade, foi apenas contribuir para a análise e estudo de um tema de grande relevância para o meio jurídico moderno. Neste sentido, sim, esperamos ter logrado êxito

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. FERNANDES, Douglas. **APLICAÇÃO DOS ENUNCIADOS FONAJE NOS JUIZADOS ESPECIAIS ESTADUAIS** Disponível em: <http://www.webartigos.com/articles/17019/1/APLICACAO-DOS-ENUNCIADOS-FONAJE-NOS-JUIZADOS-ESPECIAIS-ESTADUAIS/pagina1.html> Acesso em 06/07/2011 às 14:00h.
2. SILVA, Éderson Ribas Basso. **A prova exclusivamente testemunhal no Juizado Especial Cível.** Disponível em <http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/364607/?noticia=A+PROVA+EXCLUSIVAMENTE+TESTEMUNHAL+NO+JUIZADO+ESPECIAL+CIVEL>. Acesso em 06/07/2011 às 14:00h.