

JUS SCRIPTUM

Boletim do Núcleo de Estudantes Luso-Brasileiro

ANO I - Nº 01 - MARÇO-ABRIL-MAIO DE 2005 - TIRAGEM: 200 EXEMPLARES

EDITORIAL



NÚCLEO DE ESTUDANTES LUSO-BRASILEIRO

N.E.L.B. – NÚCLEO DE ESTUDANTES LUSO-BRASILEIRO
Fundado em 07/06/2001

Diretoria do Biênio 2004/2005

Presidente: Juliana Gomes Miranda
Vice-presidente: Rodrigo Santos Masset Lacombe
Secretário Geral: Laerte de Castro Alves
Diretor Científico: Guilherme Guimarães Feliciano
Diretor-Tesoureiro: Flávia Bianco
Diretor Social: Eloy Pereira Lemos Junior
Secretário de Divulgação e Eventos: Michele Morrone
Secretário de Assuntos Institucionais: Elayne Koussawa
Conselho Fiscal: Elton Stolf, Aline Risso, Fernando Salgado, Leandro Magaldi, Maria de Jesus Hellman

Editor "Jus Scriptum": Guilherme Guimarães Feliciano

Jornalista responsável: Amauri Campos Junior

Correspondência: Faculdade de Direito – Alameda da Universidade, Cidade Universitária - CP 1649014 - Lisboa – Portugal

Para contato/publicação: darkggf@uol.com.br

"As opiniões expressas nos artigos e comentários não representam necessariamente a opinião do Núcleo"

É com grande júbilo e indisfarçável expectativa que o **Núcleo de Estudantes Luso-Brasileiros "NELB"** apresenta ao público acadêmico e à comunidade jurídica, ao cabo de quatro anos de existência associativa, o seu primeiro periódico jurídico – o **Jus Scriptum** – que, a bem sentir, já tardava algo a aparecer.

O **Jus Scriptum** vem a lume como órgão oficial de comunicação social do **NELB**, colimando divulgar mais amplamente as suas atividades institucionais, consolidar o seu tradicional papel acadêmico nos domínios da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e contribuir para a divulgação do pensamento jurídico em solo brasileiro e português, notadamente por meio da publicação de textos doutrinários e reflexões jurídicas dos docentes e discentes da FDL. Paralelamente a esses escopos, o **Jus Scriptum** ainda divulgará os textos legislativos mais relevantes promulgados no Brasil e em Portugal, selecionará jurisprudência qualificada desses países para fins de cotejo temático e promoverá debates periódicos em torno das questões mais candentes do cenário jurídico contemporâneo.

Neste primeiro número, o **Jus Scriptum** apresenta, na seção "Doutrina", contribuições brasileiras ao estudo da teoria do domínio do fato em Direito Penal, da arguição de descumprimento de preceito fundamental e do contrato de *franchising* – três temas de atualidade indiscutível, cujas balizas teóricas ainda reclamam contornos seguros na doutrina universal. Na seção "Jurisprudência", publica-se uma seleção de julgados do Supremo Tribunal de Justiça (Portugal), do Supremo Tribunal Federal (Brasil) e do Tribunal Superior do Trabalho (Brasil), a respeito do polêmico problema da imunidade de jurisdição de Estados estrangeiros. Na seção "Legislação" publicam-se o inteiro teor da Reforma do Judiciário e os primeiros excertos da nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas brasileira (Lei 11.101, de 09.02.2005).

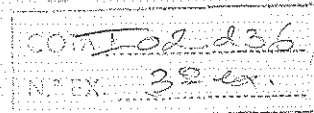
De resto, o **NELB** convida a todos, associados, professores e leitores em geral, a participarem ativamente do **Jus Scriptum**, encaminhando críticas, sugestões e textos científicos para a sua sede, a/c Guilherme Guimarães Feliciano (Diretor Científico), ou ainda para endereço eletrônico darkggf@uol.com.br. Os textos científicos, que deverão ser preparados em tipo *times new roman* n. 12 (rodapé em n. 10), espaçamento simples, máximo de vinte laudas, serão submetidos à Comissão Editorial para fins de eventual publicação. Poderão ser redigidos segundo as regras ortográficas vigentes no Brasil ou em Portugal, segundo a proveniência do autor, e assim serão publicados, dada a natureza eclética e promocional do **Jus Scriptum**.

Da participação e do envolvimento de todos dependerá, doravante, o êxito e os rumos deste Boletim, que emerge como primeiro veículo acadêmico dedicado à manifestação do **pensamento jurídico luso-brasileiro**, que – acreditamos – paulatinamente se constrói, na FDL e em outros centros de excelência científica deste país, em face do intercâmbio cultural e das levas discentes que todos os anos desembarcam em Portugal e ocupam os bancos de suas faculdades.

Vida longa, então, ao **Jus Scriptum**. Que seja para a comunidade jurídica um repertório qualificado do "Jus", tal como se estuda e professa nesta Casa. E que, "Scriptum", faça escrever no futuro a sua história.

Lisboa, março de 2005.

GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO
Diretor Científico



OFERTA

Jus Scriptum





jusscriptum.pt

REVISTA JURÍDICA
NÚCLEO DE ESTUDO LUSO-BRASILEIRO
FACULDADE DE DIREITO DA ULISBOA
EDIÇÃO ESPECIAL DOS VOLUMES 1 A 5
Lisboa – Portugal
Periodicidade Trimestral
ISSN 1645-9024

Diretor da Revista – Editor-In-Chief
Cláudio Cardona

Conselho Editorial – Editorial Board

André Brito, Presidente do NELB
Cláudio Cardona, Diretor da JusScriptum
Paulo Rodrigues, Diretor Científico do NELB
Laura Viana, Diretora Científica interina do NELB
Thiago Santos Rocha, Observador Externo

Conselho Científico – Scientific Advisory Board

Ana Rita Gil
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

André Saddy
Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense

Edvaldo Brito
Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia

Eduardo Vera-Cruz Pinto
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Fernanda Martins
Universidade do Vale do Itajaí

Francisco Rezek
Francisco Resek Sociedade de Advogados

Janaina Matida
Faculdade de Direito da Universidade Alberto Hurtado

Lilian Márcia Balmant Emerique
Faculdade Nacional de Direito - UFRJ

Luciana Costa da Fonseca
Universidade Federal do Pará

Maria Cristina Carmignani
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Maria João Estorninho
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Paula Rosado Pereira
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Paula Vaz Freire
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Pedro Romano Martinez
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Rute Saraiva
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Sergio Torres Teixeira
Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco

Susana Antas Videira
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Corpo de Avaliadores – Review Board

Camila Franco Henriques
Eduardo Alvares de Oliveira
Francine Pinto da Silva Joseph
Isaac Kofi Medeiros
J. Eduardo Amorim
José Antonio Cordeiro de Oliveira
Leonardo Bruno Pereira de Moraes

Marcelo Ribeiro de Oliveira
Marcial Duarte de Sá Filho
Maria Vitoria Galvan Momo
Plínio Régis Baima de Almeida
Rafael Vasconcellos de Araújo Pereira
Rafaela Câmara Silva
Silvia Gabriel Teixeira

Revista Jurídica
NELB
Jus
Scriptum

NELB
Núcleo de Estudo
Luso-Brasileiro


FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

REVISTA JURÍDICA
NÚCLEO DE ESTUDO LUSO-BRASILEIRO
FACULDADE DE DIREITO DA ULISBOA

Ano 1 • Volume 1 • Número 1
Mar/Maio 2005 • Lisboa – Portugal
Periodicidade Trimestral
ISSN 1645-9024

NELB – Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro
Fundado em 07/06/2001
Diretoria do Biênio 2004/05

Juliana Gomes Miranda, Presidente
Rodrigo Santos M. Lacombe, Vice-Presidente
Laerte de Castro Alves, Secretário-Geral
Guilherme Guimarães Feliciano, Diretor Científico
Eloy P. Lemos Junior, Diretor Social
Flávia Bianco, Diretora Financeira
Michele Morrone, Secretária de Divulgação e Eventos
Elayne Koussawa, Secretária de Assuntos Institucionais

Conselho Editorial:
Adriano Marteleto Godinho
Aiston Henrique de Souza
Ana Cláudia Redecker

Conselho Deliberativo:
Alexandra Barbosa Campos
Gabriela Paes de Carvalho Rocha
Dra. Josyleny Menezes C. Barros

Jornalista responsável:
Amauri Campos Júnior

Colaboradores:
Álvaro Regueira
Bruno Pereira

Correspondência: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade, Cidade Universitária - CP 1649014 - Lisboa - Portugal



LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45, DE 08 DE DEZEMBRO DE 2004 (REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO)

AS MESAS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS E DO SENADO FEDERAL, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º Os arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 5º.....

LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.” (NR)

“Art. 36.....

III de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII, e no caso de recusa à execução de lei federal.

IV (Revogado).

.....” (NR)

“Art. 52.....

II processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade;

.....” (NR)

“Art. 92.....

I-A o Conselho Nacional de Justiça;

§ 1º O Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça e os Tribunais Superiores têm sede na Capital Federal.

§ 2º O Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores têm jurisdição em todo o território nacional.” (NR)

“Art. 93.....

I ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação;

II-.....

c) aferição do merecimento conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento;

d) na apuração de antigüidade, o tribunal somente poderá recusar o juiz mais antigo pelo voto fundamentado de dois terços de seus membros, conforme procedimento próprio, e assegurada ampla defesa, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação;

e) não será promovido o juiz que, injustificadamente, reter autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão;

III o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antigüidade e merecimento, alternadamente, apurados na última ou única entrância;

IV previsão de cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados, constituindo etapa obrigatória do processo de vitaliciamento a participação em curso oficial ou reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados;

VII o juiz titular residirá na respectiva comarca, salvo autorização do tribunal;

VIII o ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, fundar-se-á em decisão por voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada ampla defesa;

VIIIA a remoção a pedido ou a permuta de magistrados de comarca de igual entrância atenderá, no que couber, ao disposto nas alíneas a, b, c e e do inciso II;

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas

todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

X as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros;

XI nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antiguidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno;

XII a atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedado férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, juízes em plantão permanente;

XIII o número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população;

XIV os servidores receberão delegação para a prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório;

XV a distribuição de processos será imediata, em todos os graus de jurisdição.”(NR)

“Art. 95.
Parágrafo único. Aos juízes é vedado:

IV receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei;

V exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.”(NR)

“Art. 98.

§ 1º (antigo parágrafo único)

§ 2º As custas e emolumentos serão destinados exclusivamente ao custeio dos serviços afetos às atividades específicas da Justiça.”(NR)

“Art. 99.

§ 3º Se os órgãos referidos no § 2º não encaminharem as respectivas propostas orçamentárias dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual,

os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados na forma do § 1º deste artigo.

§ 4º Se as propostas orçamentárias de que trata este artigo forem encaminhadas em desacordo com os limites estipulados na forma do § 1º, o Poder Executivo procederá aos ajustes necessários para fins de consolidação da proposta orçamentária anual.

§ 5º Durante a execução orçamentária do exercício, não poderá haver a realização de despesas ou a assunção de obrigações que extrapolem os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais.”(NR)

“Art. 102.

I-.....

h) (Revogada)

.....
r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público;

III-.....

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

.....
§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.”(NR)

“Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

.....
IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

.....
§ 4º (Revogado).”(NR)

“Art. 104.

Parágrafo único. Os Ministros do Superior Tribunal de Justiça serão nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo:

....." (NR)

"Art. 105.

I -

i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias;

III -

b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;

Parágrafo único. Funcionário junto ao Superior Tribunal de Justiça:

I a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, cabendo-lhe, dentre outras funções, regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira;
II o Conselho da Justiça Federal, cabendo-lhe exercer, na forma da lei, a supervisão administrativa e orçamentária da Justiça Federal de primeiro e segundo graus, como órgão central do sistema e com poderes correicionais, cujas decisões terão caráter vinculante." (NR)

"Art. 107.

§ 1º (antigo parágrafo único)

§ 2º Os Tribunais Regionais Federais instalarão a justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções da atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários.

§ 3º Os Tribunais Regionais Federais poderão funcionar descentralizadamente, constituindo Câmaras regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo." (NR)

"Art. 109.

as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo;

§ 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de

deslocamento de competência para a Justiça Federal." (NR)

"Art. 111.

§ 1º (Revogado).

§ 2º (Revogado).

§ 3º (Revogado)." (NR)

"Art. 112. A lei criará varas da Justiça do Trabalho, podendo, nas comarcas não abrangidas por sua jurisdição, atribuí-la aos juízes de direito, com recurso para o respectivo Tribunal Regional do Trabalho." (NR)

"Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II as ações que envolvam exercício do direito de greve;

III as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores;

IV os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição;

V os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o;

VI as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;

VII as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;

VIII a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir;

IX outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

§ 1º

§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

§ 3º Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito." (NR)

"Art. 115. Os Tribunais Regionais do Trabalho compõem-se de, no mínimo, sete juízes, recrutados, quando possível, na respectiva região, e nomeados pelo Presidente da República dentre brasileiros com mais de trinta e menos de sessenta e cinco anos, sendo:

I um quinto dentre advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e membros do Ministério Público do Trabalho com mais de dez anos de efetivo exercício, observado o disposto no art. 94;

II os demais, mediante promoção de juízes do trabalho por antiguidade e merecimento, alternadamente.

§ 1º Os Tribunais Regionais do Trabalho instalarão a justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções de atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários.

§ 2º Os Tribunais Regionais do Trabalho poderão funcionar descentralizadamente, constituindo Câmaras regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo." (NR)

"Art. 125.

§ 3º A lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar estadual, constituída, em primeiro grau, pelos juízes de direito e pelos Conselhos de Justiça e, em segundo grau, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo militar seja superior a vinte mil integrantes.

§ 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.

§ 5º Compete aos juízes de direito do juízo militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares.

§ 6º O Tribunal de Justiça poderá funcionar descentralizadamente, constituindo Câmaras regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo.

§ 7º O Tribunal de Justiça instalará a justiça itinerante, com a realização de audiências e

demais funções da atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários." (NR)

"Art. 126. Para dirimir conflitos fundiários, o Tribunal de Justiça proporá a criação de varas especializadas, com competência exclusiva para questões agrárias.

....." (NR)

"Art. 127.

§ 4º Se o Ministério Público não encaminhar a respectiva proposta orçamentária dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados na forma do § 3º.

§ 5º Se a proposta orçamentária de que trata este artigo for encaminhada em desacordo com os limites estipulados na forma do § 3º, o Poder Executivo procederá aos ajustes necessários para fins de consolidação da proposta orçamentária anual.

§ 6º Durante a execução orçamentária do exercício, não poderá haver a realização de despesas ou a assunção de obrigações que extrapolem os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais." (NR)

"Art. 128.

§ 5º

I-.....

b) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, assegurada ampla defesa;

.....

II-.....

e) exercer atividade político-partidária;

f) receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei.

§ 6º Aplica-se aos membros do Ministério Público o disposto no art. 95, parágrafo único, V." (NR)

"Art. 129.

§ 2º As funções do Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, que deverão residir na comarca da respectiva lotação, salvo autorização do chefe da instituição.

§ 3º O ingresso na carreira do Ministério Público far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e observando-se, nas nomeações, a ordem de classificação.

§ 4º Aplica-se ao Ministério Público, no que couber, o disposto no art. 93.

§ 5º A distribuição de processos no Ministério Público será imediata." (NR)

"Art. 134.

§ 1º (antigo parágrafo único)

§ 2º As Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º." (NR)

"Art. 168. Os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, ser-lhes-ão entregues até o dia 20 de cada mês, em duodécimos, na forma da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º." (NR)

Art. 2º A Constituição Federal passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A:

"Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou

cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso."

"Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de quinze membros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e seis anos de idade, com mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo:

I um Ministro do Supremo Tribunal Federal, indicado pelo respectivo tribunal;

II um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal;

III um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal;

IV um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal;

V um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal;

VI um juiz de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;

VII um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;

VIII um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho;

IX um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho;

X um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República;

XI um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual;

XII dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

XIII dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

§ 1º O Conselho será presidido pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, que votará em caso de empate, ficando excluído da distribuição de processos naquele tribunal.

§ 2º Os membros do Conselho serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

§ 3º Não efetuadas, no prazo legal, as indicações previstas neste artigo, caberá a escolha ao Supremo Tribunal Federal.

§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

I zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

II zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;

III receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

IV representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade;

V rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano;

VI elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário;

VII elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa.

§ 5º O Ministro do Superior Tribunal de Justiça exercerá a função de Ministro-Corregedor e ficará excluído da distribuição de processos no Tribunal, competindo-lhe, além das atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura, as seguintes:

I receber as reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos magistrados e aos serviços judiciários;

II exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e de correição geral;

III requisitar e designar magistrados, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de juízos ou tribunais, inclusive nos Estados, Distrito Federal e Territórios.

§ 6º Junto ao Conselho oficialarão o Procurador-Geral da República e o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 7º A União, inclusive no Distrito Federal e nos Territórios, criará ouvidorias de justiça, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, ou contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional de Justiça.

“Art. 111-A. O Tribunal Superior do Trabalho compor-se-á de vinte e sete Ministros, escolhidos dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, nomeados pelo Presidente da República após aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo:

I um quinto dentre advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e membros do Ministério Público do Trabalho com mais de dez anos de efetivo exercício, observado o disposto no art. 94;

II os demais dentre juízes dos Tribunais Regionais do Trabalho, oriundos da magistratura da carreira, indicados pelo próprio Tribunal Superior.

§ 1º A lei disporá sobre a competência do Tribunal Superior do Trabalho.

§ 2º Funcionarão junto ao Tribunal Superior do Trabalho:

I a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho, cabendo-lhe, dentre outras funções, regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira;

II o Conselho Superior da Justiça do Trabalho, cabendo-lhe exercer, na forma da lei, a supervisão administrativa, orçamentária, financeira e patrimonial da Justiça do Trabalho de primeiro e segundo graus, como órgão central do sistema, cujas decisões terão efeito vinculante.”

“Art. 130-A. O Conselho Nacional do Ministério Público compõe-se de quatorze membros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, para um

mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo:

I o Procurador-Geral da República, que o preside;

II quatro membros do Ministério Público da União, assegurada a representação de cada uma de suas carreiras;

III três membros do Ministério Público dos Estados;

IV dois juízes, indicados um pelo Supremo Tribunal Federal e outro pelo Superior Tribunal de Justiça;

V dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VI dois cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

§ 1º Os membros do Conselho oriundos do Ministério Público serão indicados pelos respectivos Ministérios Públicos, na forma da lei.

§ 2º Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe:

I zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

II zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público da União e dos Estados, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência dos Tribunais de Contas;

III receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Ministério Público da União ou dos Estados, inclusive contra seus serviços auxiliares, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional da instituição, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

IV rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de membros do Ministério Público da União ou dos Estados julgados há menos de um ano;

V elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias sobre a

situação do Ministério Público no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar a mensagem prevista no art. 84, XI.

§ 3º O Conselho escolherá, em votação secreta, um Corregedor nacional, dentre os membros do Ministério Público que o integram, vedada a recondução, competindo-lhe, além das atribuições que lhe forem conferidas pela lei, as seguintes:

I receber reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos membros do Ministério Público e dos seus serviços auxiliares;

II exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e correição geral;

III requisitar e designar membros do Ministério Público, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de órgãos do Ministério Público.

§ 4º O Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil oficiará junto ao Conselho.

§ 5º Leis da União e dos Estados criarão ouvidorias do Ministério Público, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Ministério Público, inclusive contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional do Ministério Público."

Art. 3º A lei criará o Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas, integrado pelas multas decorrentes de condenações trabalhistas e administrativas oriundas da fiscalização do trabalho, além de outras receitas.

Art. 4º Ficam extintos os tribunais de Alçada, onde houver, passando os seus membros a integrar os Tribunais de Justiça dos respectivos Estados, respeitadas a antiguidade e classe de origem.

Parágrafo único. No prazo de cento e oitenta dias, contado da promulgação desta Emenda, os Tribunais de Justiça, por ato administrativo, promoverão a integração dos membros dos tribunais extintos em seus quadros, fixando-lhes a competência e remetendo, em igual prazo, ao Poder Legislativo, proposta de alteração da organização e da divisão judiciária correspondentes, assegurados os direitos dos inativos e pensionistas e o aproveitamento dos servidores no Poder Judiciário estadual.

Art. 5º O Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público serão instalados no prazo de cento e oitenta dias a

contar da promulgação desta Emenda, devendo a indicação ou escolha de seus membros ser efetuada até trinta dias antes do termo final.

§ 1º Não efetuadas as indicações e escolha dos nomes para os Conselhos Nacional de Justiça e do Ministério Público dentro do prazo fixado no caput deste artigo, caberá, respectivamente, ao Supremo Tribunal Federal e ao Ministério Público da União realizá-las.

§ 2º Até que entre em vigor o Estatuto da Magistratura, o Conselho Nacional de Justiça, mediante resolução, disciplinará seu funcionamento e definirá as atribuições do Ministro-Corregedor.

Art. 6º O Conselho Superior da Justiça do Trabalho será instalado no prazo de cento e oitenta dias, cabendo ao Tribunal Superior do Trabalho regulamentar seu funcionamento por resolução, enquanto não promulgada a lei a que se refere o art. 111-A, § 2º, II.

Art. 7º O Congresso Nacional instalará, imediatamente após a promulgação desta Emenda Constitucional, comissão especial mista, destinada a elaborar, em cento e oitenta dias, os projetos de lei necessários à regulamentação da matéria nela tratada, bem como promover alterações na legislação federal objetivando tornar mais amplo o acesso à Justiça e mais célere a prestação jurisdicional.

Art. 8º As atuais súmulas do Supremo Tribunal Federal somente produzirão efeito vinculante após sua confirmação por dois terços de seus integrantes e publicação na imprensa oficial.

Art. 9º São revogados o inciso IV do art. 36; a alínea h do inciso I do art. 102; o § 4º do art. 103; e os §§ 1º a 3º do art. 111.

Art. 10. Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, em 8 de dezembro de 2004.

Mesa da Câmara dos Deputados

Mesa do Senado Federal

LEI Nº 11.101, DE 9 DE FEVEREIRO DE 2005

Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO I DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Art. 1º Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor.

Art. 2º Esta Lei não se aplica a:

I – empresa pública e sociedade de economia mista;

II – instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.

Art. 3º É competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar a falência o juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil.

Art. 4º (VETADO)

CAPÍTULO II DISPOSIÇÕES COMUNS À RECUPERAÇÃO JUDICIAL E À FALÊNCIA

Seção I Disposições Gerais

Art. 5º Não são exigíveis do devedor, na recuperação judicial ou na falência:

I – as obrigações a título gratuito;

II – as despesas que os credores fizerem para tomar parte na recuperação judicial ou na falência, salvo as custas judiciais decorrentes de litígio com o devedor.

Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor,

inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.

§ 1º Terá prosseguimento no juízo no qual estiver se processando a ação que demandar quantia ilíquida.

§ 2º É permitido pleitear, perante o administrador judicial, habilitação, exclusão ou modificação de créditos derivados da relação de trabalho, mas as ações de natureza trabalhista, inclusive as impugnações a que se refere o art. 8º desta Lei, serão processadas perante a justiça especializada até a apuração do respectivo crédito, que será inscrito no quadro-geral de credores pelo valor determinado em sentença.

§ 3º O juiz competente para as ações referidas nos §§ 1º e 2º deste artigo poderá determinar a reserva da importância que estimar devida na recuperação judicial ou na falência, e, uma vez reconhecido líquido o direito, será o crédito incluído na classe própria.

§ 4º Na recuperação judicial, a suspensão de que trata o **caput** deste artigo em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias contado do deferimento do processamento da recuperação, restabelecendo-se, após o decurso do prazo, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial.

§ 5º Aplica-se o disposto no § 2º deste artigo à recuperação judicial durante o período de suspensão de que trata o § 4º deste artigo, mas, após o fim da suspensão, as execuções trabalhistas poderão ser normalmente concluídas, ainda que o crédito já esteja inscrito no quadro-geral de credores.

§ 6º Independentemente da verificação periódica perante os cartórios de distribuição, as ações que venham a ser propostas contra o devedor deverão ser comunicadas ao juízo da falência ou da recuperação judicial:

I – pelo juiz competente, quando do recebimento da petição inicial;

II – pelo devedor, imediatamente após a citação.

§ 7º As execuções de natureza fiscal não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial, ressalvada a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica.

§ 8º A distribuição do pedido de falência ou de recuperação judicial previne a jurisdição para qualquer outro pedido de recuperação judicial ou de falência, relativo ao mesmo devedor.

(Continua)

DOCTRINA

AUTORIA E PARTICIPAÇÃO DELITIVA: DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO À TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

Guilherme Guimarães Feliciano

1. Autoria, co-autoria e participação (1): a leitura clássica. O Código Penal brasileiro

Na conhecida dicção de S. Soler¹, *autor*, em Direito Penal, é quem executa a ação expressa pelo verbo típico da figura delituosa. Na preleção de von Liszt² — que designava pela expressão “*ato principal*” (“*Täterschaft*”), em oposição a *participação* (“*Teilnahme*”), toda realização iniciada ou terminada do(s) ato(s) de execução da infração penal³ — *autor* é aquele executa, por si

mesmo, o ato de execução do ilícito penal definido na lei (*autor único*), assim como o é aquele que se serve, como instrumento de ação, de outro homem — quiçá a própria vítima — e que comete, mediante esse, o ato de execução (*autor mediato*, falando-se, nesse caso, de *ato principal mediato* ou de *atos do autor intelectual* — “*intellektuelle Urheberchaft*”).

fato, limitando sua intervenção ao elo intermediário da cadeia, como no caso Eichmann (cfr. Claus Roxin, *Autoria y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p.274, citando Servatius). Eichmann, criminoso nazista, foi responsabilizado pelo extermínio de incontáveis judeus durante a 2ª Guerra Mundial; oficial intermediário, recebia ordens de instâncias superiores e as fazia cumprir, mas também emanava ordens a seus subordinados, não sendo mero executor. Alegara, em sua defesa, que ainda se houvesse recusado as ordens superiores, seu ato em nada aproveitaria aos judeus, já que o aparato estatal as faria cumprir por intermédio de outrem; “*frente à ordem do todo-poderoso coletivo*”, concluía, “*o sacrifício carece de sentido*”, vez que, ali, o crime não seria obra do indivíduo, mas do próprio Estado (Claus Roxin, *Autoria y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, pp.271-272). Diante da declarada dificuldade em definir, tecnicamente, quem havia auxiliado quem, os juízes do tribunal qualificaram de *crimes de massa* os delitos em questão, de molde a excluir a aplicação das categorias normais de participação.

¹ *Derecho Penal argentino*, Buenos Aires, TEA, 1978, t. 2, p.244.

² *Tratado de Derecho Penal*, Trad. Luis Jimenez de Asúa, 4ª ed., Madrid, Reus, 1999, tomo III, pp.71 e ss.

³ A doutrina mais recente controverte a premissa e o conceito de Liszt, observando que é possível o encadeamento concreto de uma série de “*autores por trás de autores*”, reconhecendo-se no intermédio a *autor* da ação típica, ainda quando o sujeito não tenha cooperado *nem no princípio e tampouco no final do*

A autoria mediata, ainda no magistério de von Liszt, dá-se quando o instrumento não é imputável (e.g., alienado mental ou pessoa menor ante a lei penal), quando atua sem liberdade (e.g., na coação moral irresistível — artigo 22, 1ª parte, do Código Penal brasileiro), quando não age dolosamente (e.g., na indução a erro de tipo ou de proibição escusável), quando o delito exige uma intenção ou qualidade determinada que não se encontra no instrumento (e.g., nos tipos penais que encerram dolo específico) ou ainda quando o instrumento está obrigado a executar o ato, por deveres de serviço ou disposição legal (e.g., na obediência hierárquica: artigo 22, 2ª parte, do Código Penal brasileiro).

Autor é também aquele que, em colaboração consciente com outros, inicia ou termina um ato de execução da infração penal; dão-se, nesse caso, os atos do co-autor ("*Mittäterschaft*"), que pressupõem a *intervenção direta no ato de execução*. Já os executantes de atos meramente acessórios, não descritos no tipo penal, seriam simplesmente *participes*. A diferença entre *autoria* e *participação* estabelecer-se-ia, pois, *objetivamente*.

Nas infrações penais complexas, basta para a co-autoria a realização de um dos atos de execução — *ato principal* — que integram a descrição típica; assim, se "A" emprega violência contra a mulher "C" ou ameaça "D" com perigo atual para sua pessoa, mas é "B" quem mantém conjunção carnal com "C" ou que subtrai a carteira de "D", serão ambos, "A" e "B", co-autores dos delitos de estupro e roubo, pois a violência e a ameaça são, respectivamente, elementares dos crimes citados, assim como o são a própria relação sexual e a subtração patrimonial. Já se "A" permanece em vigilância e "B" emprega violência e subtrai o bem alheio, o primeiro não é co-autor, por não ser a vigilância ato de execução do roubo; haverá, pois, *participação* ou, mais especificamente, *cumplicidade*, vez que "A" não realizou um ato principal. Dessarte, os atos do co-autor não são uma forma de participação acessória na conduta do outro, senão ação própria, independente.

A participação, para Liszt, corresponde ao *fato de tomar parte no ato de execução iniciado ou terminado por outro*⁴; o partícipe não realiza o ato principal, mas seus atos a ele acedem. Liszt referia duas modalidades de participação, a saber,

a *instigação* (determinação dolosa de outrem a um ato doloso punível) e a *cumplicidade* (auxílio doloso prestado a outrem em infração penal intencionalmente praticada por esse último)⁵. Daí a máxima segundo a qual *somente a instigação ou a cumplicidade dolosas para um ato doloso são participação no sentido jurídico-penal*⁶, traduzindo a *inadmissibilidade da participação dolosa em ato culposo* ou da *participação culposa em ato doloso*. Vê-se, pois, que a máxima em comento é mera derivação das noções originais de participação acessória.

O pensamento de von Liszt, que sedimentou as elucubrações até então cogitadas, espalhou-se pela doutrina universal, chegando aos dias de hoje; a teoria respectiva — *teoria objetivo-formal da autoria* — alicou, em meio aos doutos, foros de hegemonia⁷. Daí a referência freqüente, na doutrina pátria, às teorias sobre a autoria — uma *restritiva*, pela qual autor é quem realiza a conduta tipicamente descrita, e outra *extensiva*, pela qual autor é quem dá causa ao evento, determinando, por seu comportamento, uma modificação no mundo exterior (não o seria apenas aquele que realiza a conduta tipicamente descrita, mas também aquele que, de qualquer modo, contribui para a produção do resultado) — e ao acolhimento, pela legislação vigente, da *teoria restritiva*; com efeito, o artigo 29 do Código Penal brasileiro, em seu "*caput*" e parágrafos, distinguiu nitidamente as figuras do autor e do partícipe⁸. Assim, "*na co-autoria, os vários agentes realizam a conduta descrita pela figura típica. Na participação, os agentes não cometem o comportamento positivo ou negativo descrito pelo preceito primário da norma penal incriminadora, mas concorrem, de qualquer modo, para a realização do delito*"⁹.

O Código Penal brasileiro acatou, ainda, a *teoria monista* da co-delinquência, reconhecendo, a despeito da pluralidade de condutas, um único delito, sem prejuízo do caráter acessório da

⁴ *Idem*, p.87.

⁵ O autor não distingue entre induzimento e instigação. Na mesma linha, em obra mais recente, Julio Fabbrini Mirabete (*Manual de Direito Penal, Penal*, 6ª ed., São Paulo, Atlas, 1991, v. 1, p.222), analisando que, se variadas as formas de participação (ajuste, determinação, instigação, organização e hegemonia, auxílio moral, adesão sem prévio acordo etc), a doutrina atém-se a duas espécies básicas, a saber, a instigação e a cumplicidade.

⁶ *Idem*, p.92.

⁷ Contrapõem-se a ela a *teoria objetivo-material* e a *teoria subjetiva*, a que faremos referência, *en passant*, adiante.

⁸ Damásio E. de Jesus, *Direito Penal*, 15ª ed., São Paulo, Saraiva, 1991, v. 1, p.355.

⁹ *Idem*, p.356.

participação¹⁰, que acede à conduta principal (autoria); nesse sentido, os artigos 26, 27, 45 e 48 da Parte Geral de 1940 e, com o advento da Lei 7.209/84, o artigo 29, que emprega a expressão "crime" no singular, em clara alusão à unidade do fato típico em relação a todos os concorrentes. Pontifica a doutrina, portanto, serem os seguintes os requisitos para a configuração do concurso de agentes: (1) *pluralidade de condutas*; (2) *identidade de infração para todos os participantes*; (3) *relevância causal de cada conduta*; (4) *liame intersubjetivo de natureza volitivo-cognitiva, orientado para o resultado danoso* (nos contextos dolosos, que são a regra), *ou de natureza normativa* (nos contextos culposos, de formulação praticamente acadêmica; e.g., "suponha-se o caso de dois pedreiros que, numa construção, tomam uma trave e a atiram à rua, alcançando um transeunte. (...) Para ambos houve vontade atuante e ausência de previsão"¹¹).

A participação, estribada no artigo 29 do Código Penal brasileiro, é uma modalidade de *adequação típica de subordinação mediata por extensão espacial e pessoal*, uma vez que, "com o auxílio do art. 29, há ampliação espacial e pessoal da figura típica, abrangendo ela não somente os fatos definidos no preceito primário da norma, mas também aqueles que, de qualquer modo, concorrem para a realização do crime"¹². Diz-se, entre nós, da adoção da *teoria da*

acessoriedade limitada, com respeito à natureza da participação. Listam-se quatro teorias, a saber, *teoria da acessoriedade mínima* (basta, para a participação, que a conduta do partícipe aceda a um comportamento principal que constitua fato típico), *teoria da acessoriedade limitada* (a conduta principal à qual acede a ação do partícipe deve ser típica e antijurídica), *teoria da acessoriedade extrema* (o comportamento principal, ao qual acede a conduta do partícipe, deve ser típico, antijurídico e culpável) e *teoria da hiperacessoriedade* (devem concorrer, em relação ao partícipe, as mesmas circunstâncias de agravamento e atenuação que existem em relação ao autor principal). A opção pela acessoriedade limitada encontra-se no magistério de Hans Welzel¹³, patriarca da teoria finalista da ação, para quem o fundamento da punibilidade da participação, no âmbito interno da acessoriedade, está em provocar ou favorecer a prática de uma ação típica e antijurídica, e no âmbito externo, em ter ao menos iniciado sua execução; encontra-se, ainda, na grande maioria dos autores contemporâneos¹⁴.

2. Participação (2): modalidades. A figura do ajuste

Também quanto às modalidades de participação, a despeito da evolução doutrinária, seguem-se ainda os passos de Liszt, aprimorando-se-lhe a terminologia.

Distingue-se entre participação moral e participação material: na primeira, o partícipe incute na mente do autor principal o propósito criminoso (*determinação ou induzimento*), ou reforça o desiderato preexistente (*instigação*); na segunda, o partícipe insinua-se no processo de

¹⁰ José Frederico Marques, *Tratado de Direito Penal*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1965, v. II, p.309. Note-se que o ajuste, como prévio acordo de vontades, é dispensável na co-autoria: basta que haja em cada um dos concorrentes o conhecimento de concorrer à ação de outrem (Francisco de Assis Toledo, *Princípios Básicos de Direito Penal*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 1991, p.305). Assim, e.g., há co-autoria na ação de serviçal que, ciente da presença de um ladrão nas imediações, escancara portas e janelas do imóvel à espera do larápio, na intenção de prejudicar o empregador.

¹¹ E. Magalhães Noronha, *Do Crime Culposos*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1974, p.105. Essa concepção é refutada por segmento expressivo da doutrina alemã, que nega a possibilidade da co-autoria em delitos culposos, por incorrente, na espécie, o domínio do fato; cada pedreiro, no exemplo citado, seria autor acessório ou paralelo e não co-autor do delito; cfr., por todos, Hans-Heinrich Jescheck (*Tratado de Derecho Penal: Parte General*, trad. José Luiz Manzanares Samaniego, 4ª ed., Granada, Comares, 1993, p.617), "in verbis": "No hay, consecuentemente, coautoría alguna en los hechos por imprudencia, puesto que falta entonces la resolución común. Si varias personas cooperan de modo imprudente, cada uno de los que intervienen es autor paralelo y las diversas contribuciones al hecho tienen que ser examinadas por separado en cuanto a su contenido de imprudencia". Isso se deve, na correta ilação de Cezar Roberto Bitencourt (*Manual de Direito Penal*, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000, v. I, p.391), à adoção da *teoria do domínio do fato*, que a seguir destrincharemos.

¹² Damásio E. de Jesus, *Direito Penal*, v. I, p.360.

¹³ *Derecho penal alemán*, 12ª ed., trad. Bustos Ramírez e Yáñez Perez, Santiago, Jurídica de Chile, 1987, pp.161-165.

¹⁴ Na doutrina alemã, confira-se Hans-Heinrich Jescheck (*Tratado de Derecho Penal*, p.419), em alusão "a latere" no discurso sobre discriminantes putativas (erro sobre causas de justificação ou erro indireto de proibição): "La doctrina dominante y la jurisprudencia (...) adoptan una posición ecléctica que desemboca en una conclusión similar a la de la doctrina de los elementos negativos del tipo, si bien la fundamentan de otro modo (teoría restringida de la culpabilidad). Ciertamente, el error vencible sobre los presupuestos de una causa de justificación no se considera error de tipo, pero se aplica analógicamente el § 16, porque la semejanza estructural con el auténtico error de tipo parece decisiva. Se exclui así el injusto del hecho doloso, de forma que desaparece también la posibilidad de la participación" (g.n.). Noutras palavras, coarctada a ilicitude da conduta principal, não se reconhece participação penalmente relevante na conduta adesiva (teoria da acessoriedade limitada).

causalidade física, auxiliando materialmente o autor principal (*auxílio*).

Francesco Carrara¹⁵ traz minudência à terminologia, distinguindo ainda outras modalidades de participação moral: o *mandato* (acomete-se a perpetração da infração penal a outrem, em proveito e utilidade do partípe), o *conselho* (acomete-se a perpetração da infração penal a outrem, em proveito e utilidade de quem a executará), a *ordem* (mandato imposto pelo superior hierárquico ao seu subordinado, com *abuso de autoridade*¹⁶), a *coação* (mandato imposto por meio de ameaça de grave mal) e a *sociedade* (pacto entre várias pessoas para a perpetração da infração penal, em utilidade e proveito comuns e privativos dos associados), também dita *ajuste*.

O artigo 31 do Código Penal brasileiro alude, incidentalmente, a essa última modalidade de participação, que aqui merecerá tratamento apartado por predispor o texto à introdução coerente do tema seguinte.

O *ajuste*, ali referido textualmente, é definido como o acordo que entre si fazem dois ou mais indivíduos para praticarem a ação criminosa, pressupondo em todos uma resolução determinada e consubstanciada na promessa de ajuda material e/ou moral ao executor após o delito¹⁷. Em face da teoria acolhida pelo direito positivo brasileiro (*monista*), o partípe, nesse caso, poderá ser condenado à mesma pena impingida ao executor; nada obstante, à luz dos conceitos clássicos de von Liszt, terá sido *partípe* e não co-autor¹⁸, ainda que a cogitação do delito e a iniciativa de procurar e contratar o executor tenham sido exclusivamente

sua (como, e.g., no homicídio mercenário), o que arrefece inegavelmente, do ponto de vista jusfilosófico e sociológico, a carga de desvalor que informa a sua conduta¹⁹: não terá ele praticado o *ato principal*, mas apenas concorrido para sua realização, porquanto o ato de execução foi realizado pelo agente contratado. Nada obstante, não fosse a iniciativa do partípe em firmar o ajuste com terceiro, a lesão ao bem jurídico jamais se teria verificado, o que demonstra que, em circunstâncias tais, o aspecto *psicológico* prepondera sobre o aspecto causal, no que diz respeito à *configuração semântica* da atividade de cada qual, i.e., ao seu *significado contextual*.

Partindo dessa observação (com inglório registro na história recente alemã, sob os auspícios do nacional-socialismo hitlerista, em que agentes políticos e militares comandavam o extermínio de pessoas sob suas ordens hierárquicas, exercendo o domínio da organização e dirigindo o curso dos fatos, em toda a sua extensão, sem praticar qualquer ato executório, o que lhes carregou a alcunha de "*assassinos de escrivania*"²⁰), como de outras similares, a doutrina germânica contemporânea reformulou as teorias de concurso de agentes, concebendo diversas construções alternativas, dentre as quais se celebrou a *teoria do domínio do fato*, sobre a qual passamos a discorrer²¹.

3. A teoria do domínio do fato

A noção de *domínio do fato* é contemporânea ao finalismo de Hans Welzel (1939), que propugnava ser autor, nos crimes dolosos, aquele que detém o *controle final do fato*.

¹⁵ *Programma del corso di diritto criminale: del delitto, della pena*, Bologna, il Mulino, 1993, pp.278-283.

¹⁶ Hipótese diversa daquela alhures referida, de autoria mediata, em que a ordem emanada não é manifestamente ilegal, não havendo, portanto, *abuso* (cfr. Damásio E. de Jesus, *Direito Penal*, 1ª v., p.363). Carrara observa que o mandato e sociedade podem ser punidos como delitos autônomos (é o caso, no Brasil, do crime de bando ou quadrilha: artigo 288 do Código Penal), mas é um erro crasso reconhecer na hipótese a *forma tentada* da infração penal à qual se destinam, porque a tentativa pressupõe, como condição essencial de existência, o *início da execução da infração colimada* (prática de atos preparatórios ou executórios), o que poderá não ocorrer no mandato ou no ajuste (*op.cit.*, p.280, nota n. 1).

¹⁷ José Frederico Marques, *Tratado de Direito Penal*, v. II, pp.318-319.

¹⁸ Nesse sentido, José Frederico Marques (*Tratado de Direito Penal*, v. II, p.319), ilustrando a figura da participação com "*a coação de outrem a execução material do crime é forma de participação*" e, a seguir, com a "*execução mercenária por paga ou promessa de recompensa*".

¹⁹ "Nem sempre os tipos penais descrevem com clareza o injusto da ação, dificultando a distinção entre a autoria e participação, especialmente nos crimes de resultado. A teoria objetivo-material procurou suprir os defeitos da formal-objetiva, considerando a maior perigosidade que deve caracterizar a contribuição do autor em comparação com a do partípe; em outras palavras, considerando a maior importância objetiva da contribuição do autor em relação à contribuição do partípe" (Cezar Bitencourt, *Manual de Direito Penal*, p.380 - g.n.). Nos casos de autoria intelectual, a contribuição do mentor, *partípe* na construção clássica, é usualmente superior, em importância, à do executor.

²⁰ Johannes Wessels, *Direito Penal: Parte Geral*, trad. Juarez Tavares, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris, 1976, p.124.

²¹ A teoria equaciona o problema jurídico dos criminosos nazistas, ante a figura do *domínio de vontade por estruturas organizadas de poder*; não soluciona a contento, porém, a questão da execução mercenária, ao menos na concepção de seu maior idealizador, Claus Roxin (para quem o mandante é mero partípe).

Superando as teorias puramente objetivas (objetivo-formal, pela qual é autor aquele cujo comportamento amolda-se ao círculo abrangido pela descrição típica, e objetivo-material, que privilegia a maior perigosidade que caracteriza a contribuição do autor) e a teoria subjetiva (aliada ao conceito extensivo de autor, que não distingue objetivamente autoria de participação; a diferença estaria em que o autor quer o fato como próprio, agindo com "*animus auctoris*", enquanto que o partícipe quer o fato como alheio, agindo com "*animus socii*"), a teoria do domínio do fato parte do conceito restritivo de autor para sintetizar os aspectos objetivos e subjetivos da conduta, tal qual teoria eclética, de ordem objetivo-subjetiva²². Antes de Claus Roxin, porém, não havia propriamente uma teoria, senão um cipoal de postulados de conteúdos amiúde contraditórios e raquíticos²³, que seriam sistematizados pelo catedrático de Munique e condensados em quatro critérios: *domínio da ação* (para casos de autoria direta e infrações penais de mão própria²⁴),

domínio de volição e cognição (para casos de autoria mediata como, respectivamente, coação e erro; aglutinadamente, diz-se *domínio de vontade*) e *domínio funcional* (para a co-autoria em geral).

O *domínio do fato* pressupõe, em suma, o *controle final* do ponto de vista subjetivo, mas não lhe basta a finalidade, própria de toda ação propriamente humana (Nikolai Hartmann); é necessário, ainda, que a *posição objetiva* do sujeito determine o efetivo domínio das circunstâncias. Desse modo, *autor* não é apenas aquele que executa o ato principal de Liszt (conduta típica), mas também aquele que se utiliza de outrem, como instrumento, para a execução da infração penal (autoria mediata), ou aquele que controla o curso dos fatos mediante planificação e gestões intelectuais (autoria intelectual), como no caso, já mencionado, dos "*assassinos de escrivania*". A importância material de cada interveniente no contexto fático não se resume à realização dos atos preparatórios ou executórios, abrangendo outros aspectos igualmente relevantes, como o planejamento, a determinação, a organização e a funcionalidade. Daí seus principais consectários:

(1) a realização *pessoal e plenamente responsável* de todos os elementos do tipo fundamentam, sempre, a autoria (*domínio da ação*);

(2) também é autor quem executa o fato empregando outrem como instrumento (autoria mediata — *domínio de volição e/ou de cognição*);

(3) é autor, enfim, aquele que realiza uma parte necessária do plano global, desde que o faça predisposto à resolução delitiva comum, e *ainda*

²² Cezar Roberto Bitencourt, *Manual de Direito Penal*, pp.379-381. Cfr. também Claus Roxin (*Autoria y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, trad. Joaquín Cuervo Contreras, José Luis Serrano Gonzáles de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1998, pp.51-77), mais exaustivo, refere a *teoria objetivo-formal* de Beling, Mayer e Liszt, as *teorias objetivo-materiais* (*teoria da necessidade do aporte causal*, de Baumgarten, Liepmann e Kohlrausch; *teoria da cooperação anterior e simultânea ao fato*, ou *teoria da simultaneidade*, de Fuchs, reconhecendo a participação na cooperação anterior aos atos de execução e a co-autoria na cooperação simultânea; *teorias de causalidade físico-psíquica*, arrimadas em Feuerbach e divulgadas por Horn; *teoria da supremacia do autor*, de Dahm e Schmidt, distinguindo entre a co-autoria e a participação com fulcro, respectivamente, na nota de coordenação ou da subordinação), as *teorias subjetivas* (*teorias do dolo*, que distinguem entre a vontade do autor e a vontade do partícipe, como em Wachter; *teorias do interesse*, de Feuerbach, Henke e Geib, que distinguem entre o interesse autônomo do autor e o interesse acessório do partícipe, que não pode ter interesse independente na causação do resultado) e *teorias mistas* ou *subjetivo-objetivas* (Haupt e Tjaben; esse último propôs considerar *autores* os que executam uma ação típica — teoria objetivo-formal — assim como todos os cooperadores imbuídos de "*animus auctoris*").

²³ Manuel Cobo del Rosal, no *Prólogo* à obra de Claus Roxin (*Autoria y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p.03).

²⁴ Damásio E. de Jesus (*Direito Penal*, 1º v., p.166) conceitua os crimes de *mão própria*, de *conduta infungível* ou de *atuação pessoal* como sendo os que só podem ser praticados pelo sujeito ativo em pessoa; são exemplos a contravenção penal de direção perigosa, os crimes de falso testemunho, de prevaricação e de deserção e o delito de incesto, nos países que o admitem. A testemunha notificada a depor não pode pedir a terceiro que deponha falsamente em seu lugar, assim como o funcionário público não pode solicitar a terceiro que deixe de realizar ato de ofício em seu lugar e o condutor não pode fazer com que outrem dirija perigosamente em seu lugar ou divida consigo a condução simultânea do veículo. Os "*extranei*", nos crimes de *mão própria*, podem intervir como partícipes, jamais como autores; daí a ilação, na teoria do

domínio do fato, de que o sujeito ativo, nos crimes de *mão própria*, é invariavelmente o "*dominus*" da ação. Rolf-Dietrich Herzberg (*apud* Claus Roxin, *Autoria y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p.712) divisa, entre os delitos de *mão própria*, *delitos referidos ao próprio autor* (o tipo penal apresenta, em primeiro plano, uma conduta típica voltada ao próprio corpo do agente, como na contravenção de direção perigosa), *delitos em que a possível consumação por terceiros não pode encarnar a lesão ao bem jurídico* (prevaricação, gestão fraudulenta) e *delitos de própria mão dependentes do direito processual* (falso testemunho, perjúrio). Roxin denomina de *delitos de mão própria inautênticos* aqueles que consubstanciam a desobediência a um dever institucional (*delitos de infração de dever*), porque o aspecto decisivo para a aferição da autoria não é a constatação de um determinado comportamento, mas a vulneração de um dever especial extrapenal (caso da deserção, do perjúrio, do falso testemunho etc); o conjunto de tais delitos tem sido designado, didaticamente, de *direito penal administrativo ou de ordenação*.

quando não descrita a sua conduta no preceito penal primário (co-autoria — domínio funcional).

No escólio de Claus Roxin, o domínio do fato pode ser escalonado em *graus*, conforme a natureza e a intensidade da dominação (adiante, citar-se-ão exemplos de dominação de primeiro, segundo, terceiro e quarto graus). Fala-se em **domínio da ação** na determinação da autoria de quem realiza a conduta tipicamente descrita pessoalmente, dolosamente e sem estar sob coação; recusa ainda, nesse particular, relevância à subordinação da vontade como critério de aferição da modalidade concursal (i.e., reconhecimento da participação quando a vontade do agente está subordinada à de outrem, ou da autoria quando a vontade do agente atua com supremacia): assim é que, "*verbi gratia*", o indivíduo que, sob estado de necessidade, vê-se compelido à realização da conduta típica, não por coerção humana mas pela premência das circunstâncias objetivas, não deixa de ser, apenas por isso, *autor* da conduta, que é obra *sua* (ainda que lhe tenha sido arrancada por compulsão factual, com elisão da antijuridicidade da conduta). A análise não há de ser distinta em se tratando de compulsão *pessoal*, proveniente de terceiro coator: se o executor não detém o *domínio da vontade*, detém o *domínio da ação*, sendo ambas manifestações do domínio do fato que, em concorrendo, determinam a prelação do domínio da ação, que sobrepuja o domínio da vontade²⁵. Daí se reconhecer, no agente coator, a figura do *autor mediato*; nada obstante, também o coagido é *autor* (imediato), conquanto inculpável (entre nós, artigo 22, 1ª parte, do Código Penal — *causa legal de exculpação*, por elidir a exigibilidade de conduta diversa²⁶), não se justificando atribua-se-lhe a condição de *partícipe*, como pretendia Hans Welzel. A hipótese abarca, ainda, todas as modalidades de *infrações penais de mão própria*.

O chamado **domínio de vontade** alcança todas as hipóteses conhecidas de *autoria mediata*:

(a) *Domínio de vontade em virtude de coação*. Atribui-se ao agente coator o domínio da vontade, pelo princípio da responsabilidade²⁷, quando o

legislador exime o executor, em virtude da coerção exercida, da responsabilidade penal pelos atos típicos praticados.

(b) *Domínio da vontade em virtude de erro ou domínio do conhecimento*. O executor, incorrendo em erro, atuará conforme uma das seguintes contextualizações²⁸: realização de conduta isenta de dolo ou culpabilidade²⁹; realização do tipo com culpa inconsciente; realização do tipo com culpa consciente; realização dolosa do tipo, sem consciência da antijuridicidade³⁰; realização dolosa do tipo, com convicção errônea de coexistência de causa dirimente de culpabilidade; realização intencional, sob erro, de determinada conduta, que todavia é atípica ou lícita; realização típica, antijurídica e culpável da conduta, a despeito do erro³¹.

(c) *Domínio da vontade no emprego de menores e inimputáveis em geral*³². A esse

consignado no texto principal. Atribui-se, todavia, a condição de titular do domínio da vontade (e, por extensão, do domínio do fato) àquele que influi na ação de outrem de maneira que o agente próximo "*de jure*" veja-se exonerado de responsabilidade penal (cfr. Claus Roxin, *Autoria y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p.170).

²⁸ Claus Roxin, *Autoria y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p.192.

²⁹ "A" pede a "B" que acenda as luzes pressionando o interruptor, no que é inocentemente atendido por "B", que deflagra inadvertidamente explosivo que, noutro local, dá a morte a "C". "A" não agiu com dolo ou culpa e tampouco se lhe exigiria agir de outro modo; remanesce evidente, pois, a autoria mediata de "A", assim como a sua responsabilidade penal exclusiva (Claus Roxin, *Autoria y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p.193).

³⁰ Erro de proibição próprio ou erro sobre os pressupostos materiais de causas de justificação, com exclusão da culpabilidade (Claus Roxin, *Autoria y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, pp.216-231).

³¹ A hipótese subdivide-se: *erro sobre o sentido concreto da ação* (e.g., "*error in persona*"; para Roxin, o sujeito que induz ao erro o executor é *autor mediato*, exercitando domínio do fato de quarto grau) e *erro sobre o risco* (e.g., "A" e "B" encontram em sótão granada não detonada, desejando o primeiro desfazer-se imediatamente do artefato para preservar a integridade do último piso; teme, porém, lançá-la ao jardim, já que ali vê "C" trabalhando; delibera, porém, fazê-lo porque "B", desafeto de "C" e *expert* em explosivos, assevera ser pequeno o risco da detonação com a queda, conquanto o saiba elevado). Também nesse último caso, entende Roxin haver *autoria mediata*, baseada no engano sobre a probabilidade de produção do resultado lesivo, *causal* (do ponto de vista psíquico) para a decisão do executor; a criação ou o aproveitamento do erro alheio o tornam *autor mediato*, não se justificando a qualificação de *partícipe* (ainda mais porque haveria, nesse caso, participação dolosa em conduta culposa). Cfr. Claus Roxin, *Autoria y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, pp.235-249.

³² Esse "*modus operandi*" tomou-se contraditório nas capitais brasileiras, sobretudo na última década, como forma de elisão ou atenuação da responsabilidade penal em quadrilhas e, notadamente, no tráfico de entorpecentes, em que os menores

²⁵ Claus Roxin, *Autoria y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, pp.675-676.

²⁶ Cfr., sobre culpabilidade e liberdade, Francisco de Assis Toledo, *Princípios Básicos de Direito Penal*, pp.242-250.

²⁷ O princípio da responsabilidade, haurido por Roxin do ordenamento legal alemão, não reconhece o domínio do fato, em sentido jurídico, àquele que simplesmente exerce sobre o agente próximo (executor) influência mais ou menos intensa, desde que se mantenha a responsabilidade penal do executor; prevalece, aqui, o domínio da ação, como

respeito, a doutrina vem distinguindo, no pólo ativo da execução, entre a inimizabilidade e a imimizabilidade diminuída³³; entre crianças e adolescentes³⁴; entre autolesão e lesão a outrem³⁵.

são empregados como "vapor". Vicejando, com efeito, a teoria mais ortodoxa (teoria formal-objetiva, de von Liszt), os mentores intelectuais da ação criminosa, se identificados, responderiam como meros partícipes, sendo inimputáveis os executores.

³³ A expressão "imimizabilidade diminuída", para significar *semi-imimizabilidade*, é acertadamente criticada por Damásio E. de Jesus (*Direito Penal*, 1º v., p.442), sob o argumento de que "a expressão é incorreta, pois o agente é imimizável. Há diminuição de responsabilidade (a pena é diminuída) e não de imimizabilidade. Assim, podemos falar em responsabilidade diminuída e não em imimizabilidade diminuída". Voltando a Roxin, se o agente próximo, no instante do fato, é incapaz de compreender o caráter ilícito da conduta ou de se determinar por essa compreensão, o terceiro que o predispõe — agente remoto — detém o domínio do fato, em qualquer sorte de cooperação. Se, por outro lado, o agente próximo não percebe com clareza a ilicitude do ato, mas age com dolo no sentido da teoria da culpabilidade e com domínio do fato de primeiro grau (domínio da ação), pode ser considerado autor, ainda que não se lhe aplique pena (e.g., artigo 98 do Código Penal brasileiro); nada obstante, o agente remoto será, ainda aqui, autor mediato. De outra parte, se o agente remoto, imimizável, incorre em erro sobre o injusto material do fato, será reputado *partícipe*, ainda quando o agente próximo seja inimputável, porque tampouco o primeiro detinha, na hipótese, a compreensão de sentido necessária para o domínio do fato em segundo grau (Claus Roxin, *Autoria y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p.259).

³⁴ Pela Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), são crianças as pessoas com até doze anos de idade incompletos; adolescentes são as pessoas cuja idade está entre doze e dezoito anos (artigo 2º). Para Hans Welzel, apenas na ação preordenada de crianças, que executam a vontade alheia sem manifestação paupável de vontade própria, dar-se-ia a autoria mediata; já em relação aos adolescentes, capazes de auto-determinação, a atuação do agente remoto configuraria tão somente a participação. Já para Roxin, nos atos de menores de catorze anos o agente remoto seria, em qualquer circunstância, autor mediato; já nos atos de adolescentes, a autoria mediata verificar-se-ia apenas quando o executor não fosse penalmente responsável, consoante o parágrafo 3º da JGG (*Jugendgerichtsgesetz* — Lei dos Tribunais para a Juventude — de 11.12.1974). A distinção tem espeque na política criminal tedesca de prevenção e repressão à delinqüência juvenil, que concebe a imimizabilidade relativa do menor em determinados contextos; no Brasil, a absoluta inimimizabilidade do menor de dezoito anos, prevista no artigo 27 do Código Penal, alcançou "status" constitucional em 1988 (artigo 228 da CRFB), sugerindo-se até mesmo a sua natureza pétrea, em doutrina como em jurisprudência (cfr. STF, ADIn 939-07/DF, in RDA 198/123 e RTJ 151/755, reconhecendo no princípio da anterioridade tribuária uma garantia fundamental do indivíduo e, por conseguinte, admitindo a existência de direitos e garantias individuais, para os fins do artigo 60, §4º, IV, fora do rol do artigo 5º — direitos sociais, direitos de nacionalidade). Consequentemente, a solução jurídica para a "vexata quaestio" admite, no âmbito doméstico, notória simplificação em comparação ao caso germânico: sendo inimimizável a criança como o adolescente, o agente remoto será sempre, à luz da teoria do domínio do fato, *autor mediato*.

³⁵ No primeiro caso (autolesão), "cabe aseverar em general: como autor mediato es punible todo aquel que posibilita que otro se autodañe o le determina a hacerlo, siempre que a éste le falte la comprensión del significado moral y social del hecho" (Claus Roxin, *Autoria y Dominio del Hecho en*

(d) *Dominio da vontade em virtude de mecanismos de poder organizados*. Dá-se nas hipóteses relacionadas com o crime organizado, com os crimes societários ou, genericamente, com instituições fortemente hierarquizadas³⁶. A idéia deve-se à extensa casuística, recolhida na Alemanha do pós-guerra, em que se constatou a disponibilidade, ao agente remoto, de *aparatos de controle* pessoais, organizados institucionalmente, com cujo auxílio o mandante estava apto a perpetrar ilícitos penais sem condicioná-los à decisão autônoma do executor. O dado diferencial dessa figura está na *fungibilidade do executor*, uma vez que a hesitação de um dos órgãos de execução no cumprimento da ordem superior não prejudica, em absoluto, o plano global (como ocorreria, p. ex., no domínio em virtude de erro ou coação); outro órgão de cooperação, integrado à estrutura organizacional, tende a suprir-lhe a falta, automática e imediatamente³⁷. Assim, a recusa de um executor não tem o condão de impedir o resultado desvalido, pois há sempre um "executor de reserva".

Em suma: o *domínio da vontade* do agente remoto baseia-se, em contextos de coação, no controle da formação de vontade do executor e, em contextos de erro, na capacidade de dirigir o evento em virtude da supradeterminação configuradora de sentido³⁸; já nas estruturas de poder organizadas,

Derecho Penal, p.262). Nas lesões praticadas por intermédio de inimimizáveis em detrimento de outrem, valem as ilações já consignadas nas notas anteriores.

³⁶ Claus Roxin, *Autoria y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p.679.

³⁷ *Idem*, p.270. Caso rumoroso da jurisprudência alemã (BGH 18, 87 (95)) remonta à década de sessenta, em que o agente Staschynskij foi processado pela morte de dois políticos exilados no território tedesco, assassinados mediante veneno, pessoalmente e sem auxílio direto de outrem, por ordem de uma potência estrangeira. Conquanto negados os requisitos do estado de necessidade penal, além de factível e exigível a conduta diversa (o acusado poderia, desde logo, entregar-se às autoridades alemãs, antecipando-se à prática do fato e reclamando proteção e asilo político), foi condenado como mero partícipe, em consideração ao reconhecimento de que seus superiores estrangeiros, desconhecidos, seriam os verdadeiros autores do delito. O desate judicial, insatisfatório, contrapôs as então recentes elucubrações da doutrina sobre o domínio da vontade em virtude de mecanismos organizados de poder (a primeira edição da obra de Roxin data de junho de 1963; o julgado é de outubro de 1962), o que levou à afirmação de que "la penetración de la idea objetiva del dominio del hecho en la jurisprudencia no va a pasar de ser episódica" (*Autoria y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p.125, nota 52). Nada obstante, "la jurisprudencia más reciente ha entreverado con criterios objetivos la anterior teoría puramente subjetiva, acudiendo para ello a una valoración global en la que interesan como 'puntos de referencia' el interés y el dominio del hecho o, al menos, la voluntad orientada a dicho dominio. Así se ha logrado un compromiso utilizable en la práctica" (Hans-Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, p.595).

³⁸ Claus Roxin, *Autoria y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p.267.

os conceitos ortodoxos de autoria mediata e participação não têm guarida, recorrendo-se a um conceito aberto de domínio do fato³⁹, adequado aos escopos de política criminal: embora não falte ao executor nem a liberdade e tampouco a responsabilidade penal (trata-se, pois, de autor culpável), ainda assim o agente remoto assume o papel de **autor mediato**, porquanto o agente próximo não se apresenta, no contexto organizacional, como individualidade livre e responsável, mas como figura anônima e substituível⁴⁰.

O domínio do fato funcional, enfim, diz respeito ao elenco de hipóteses jungidas à zona periférica das regiões até aqui exploradas (*domínio da ação* — conduta exterior — e *domínio da vontade* — predisposição psíquica), alcançando o espectro de atividades delitivas nas quais o agente não detém uma ou outra classe de domínio e, não obstante, deve ser considerado autor da infração penal⁴¹; distinguem-se, nesse interim, a *cooperação em fase executiva* e a *cooperação em fase de preparação*.

Na primeira espécie (cooperação em fase executiva), cada agente pode, separadamente, comprometer o plano comum, desde que retire, na fase executiva do delito, seu aporte causal; por outro lado, só podem realizar o plano comum atuando conjuntamente. A co-autoria identifica-se, pois, pela *"posição-chave"* de cada interveniente, que confere a cada qual o domínio do fato. Essa posição evoca noções de *divisão de trabalho*, caras também à teoria da imputação objetiva (mormente na leitura de Günther Jakobs): atendendo à *divisão de papéis* mais apropriada à consecução do fim proposto, haverá co-autoria ainda quando uma dada contribuição não ingresse formalmente no marco da ação típica, desde que se trate de uma parte *necessária* da execução do plano global, consoante os ajustes comuns de divisão de trabalho⁴². Assim, *e.g.*, se "A" não imobilizar os funcionários do banco, esses investirão contra "B" e impedirão o acesso ao cofre; da mesma forma, se "B" não subjugar o funcionário responsável pela abertura do cofre e não providenciar o transporte do numerário subtraído, os esforços de "A" serão inúteis, já que não pode, a um tempo, manter rendidos os demais funcionários e transportar o enorme volume de cédulas. Da mesma forma, a ação de "C", que

interfere nos sistemas de comunicação e segurança da agência para evitar o alarme silencioso acionado pela abertura extemporânea do cofre, é fundamental para a execução do plano global, ainda que sua conduta não esteja descrita no tipo penal respectivo (não está, com efeito, empregando violência ou ameaça, e tampouco está subtraindo; nada obstante, é co-autor). O co-autor tem consigo mais que o domínio sobre sua porção do fato, porque o dirige, em sua integralidade, conjuntamente com os demais⁴³. O mesmo não ocorre com o partícipe, uma vez que seu aporte causal não é imprescindível ao êxito do plano comum (ações secundárias, como a monitoração das rotinas do estabelecimento bancário ou o muniamento prévio das armas). Nesse contexto, a subordinação interna de um co-autor aos desígnios de outro, no sentido da teoria do dolo, é absolutamente irrelevante; interessa, tão-somente, a cooperação essencial na fase executiva.

Já na segunda espécie (fase dos atos preparatórios, logicamente anteriores aos atos de execução), a equação é ligeiramente diversa. No centro do evento tipicamente relevante, encontram-se os atos de execução; portanto, a figura central do evento — o autor — não pode ser alguém que não tenha tomado parte na realização daqueles atos, atendo-se à criação de condições prévias para o ilícito; tampouco é razoável afirmar esteja aquele que apenas cooperou na preparação do delito *dominando* o curso dos eventos. Na ilustração de Bockelmann, é partícipe o bancário que subministra ao ladrão profissional dados sobre as datas em que o cofre está repleto e os horários de ronda do vigilante, estando, a partir de então, eliminado do contexto; o que irá ocorrer e como se haverá de executar a subtração deve deixar a critério do ladrão, sob pena de se agregar ao plano global como *"posição-chave"* e assumir a condição de co-autor⁴⁴.

Hans-Heinrich Jescheck⁴⁵ analisa que os preceitos penais primários da Parte Especial do *StGB* — assim como, de regra, dos códigos penais em geral — descrevem geralmente condutas de uma só pessoa (exceto nas chamadas *infrações penais de concurso necessário*, como é o crime de quadrilha ou bando do artigo 288 do Código Penal brasileiro, e nos crimes *bilaterais*, como a bigamia e o adultério — artigos 235 e 240), sendo o autor

³⁹ *Idem*, p.277.

⁴⁰ *Idem*, p.271.

⁴¹ *Idem*, p.303.

⁴² Hans-Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, p.595.

⁴³ *Idem*, pp.304-310.

⁴⁴ Claus Roxin, *Autoria y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, pp.323-324.

⁴⁵ *Tratado de Derecho Penal*, pp.585-586; 594-595.

o anônimo “quem” (“wer”) encontradiço no começo da maioria das descrições delitivas. E sendo o autor o sujeito que realiza, por si mesmo, todos os elementos típicos da ação punível, convém reconhecer que a teoria da autoria e da participação constitui uma *parte* da teoria do tipo penal; essa é, com efeito, a tese dominante (Hans Welzel, Johannes Wessels, Hermann Blei, Peter Cramer, Rolf-Dietrich Herzberg). Nada obstante, o conceito de autoria não se limita ao autor individual que realiza a conduta típica por si mesmo; abrange, ainda, aquele que realiza o delito por intermédio de outrem (*autoria mediata* — § 25, 1, do StGB), todos os que colaboram como autores em um mesmo fato (*co-autoria* — § 25, 2) e todos os que intervêm em um mesmo fato como autores, embora com recíproca independência (*autoria paralela*, gênero abrangente da *autoria incerta* e da *autoria colateral*⁴⁶). Já o *indutor*, que determina dolosamente a realização dolosa do fato típico pelo terceiro (participação moral “*lato sensu*”), assim como o *cúmplice*, que dolosamente presta auxílio a outrem no fato típico doloso de sua realização (participação material), não atendem à descrição típica, sendo contemplados por preceitos penais específicos (respectivamente, no StGB, §§ 26 e 27).

Jescheck pondera ainda, com todo acerto, que a classificação das manifestações de intervenção na ação punível não é algo que esteja sujeito ao livre talante do legislador ou do juiz; trata-se, ao contrário, da *descrição de processos vitais* que, providos de *sentido social* próprio, encontram-se completamente determinados para o juízo jurídico. Dessarte, conceitos como autoria, autoria mediata, co-autoria e participação aparecem cunhados de antemão pela natureza das coisas, devendo ser intuídos pelo operador jurídico de molde a conservar, na leitura legal ou judicial, um conteúdo que corresponda à sua compreensão natural. Nesse diapasão, sobressai a excelência da teoria do domínio do fato, que atende melhor ao sentido social dos processos vitais de cooperação

⁴⁶ Modalidades usualmente citadas pela doutrina pátria: a autoria colateral “*ocorre quando os agentes, desconhecendo cada um a conduta do outro, realizam atos convergentes à produção do evento a que todos visam, mas que ocorre em face do comportamento de um só deles*”; já a autoria incerta dá-se quando, “*na autoria colateral, não se apura a quem deva atribuir a produção do evento*”. Assim, se dois sujeitos postam-se de emboscada, ignorando cada um o comportamento do outro, e deflagram simultaneamente projéteis contra a vítima que vem a cair morta, e em não se apurando qual dos projéteis provocou o evento letal, cabe “*puni-los como autores de tentativa de homicídio, abstraindo-se o resultado, cuja autoria não se apurou*” (Damásio E. de Jesus, *Direito Penal*, 1º v., pp.368-378).

ao privilegiar a *configuração material das relações sociais*, em detrimento do tecnicismo formal da teoria de von Liszt ou da precariedade das teorias subjetivas; assim, quem executa pessoalmente uma pessoa é autor do assassinato e não cúmplice, ainda que atue por determinação de um serviço secreto estrangeiro. Compreender diversamente — como fez o Supremo Tribunal Federal alemão no caso Staschynskij, com espeque na teoria subjetiva — é vilipendiar o sentido social da conduta, negando a ordem lógica dos processos vitais envolvidos⁴⁷.

De um modo geral, a *realização pessoal e plenamente responsável de todos os elementos do tipo* fundamenta, sempre, a autoria; entretanto, a teoria formal-objetiva tende a engessar o processo cognitivo do intérprete por circunscrevê-lo à literalidade da lei, enquanto que as teorias subjetivas relegam o arbítrio judicial ao sabor das circunstâncias e ideologias, com prejuízo à segurança jurídica. A interpretação mais adequada dos tipos penais revela que, no concurso de agentes, a descrição da ação penal típica deve ser entendida de um modo material que flexibilize o seu sentido literal. Daí concluir-se que o tipo penal, sob certas condições, pode ser realizado também por quem, posto não execute uma ação típica em sentido formal, *possui o domínio do fato* ou o *compartilha com outrem*⁴⁸; confirmam-se, a propósito, os exemplos de *ajuste*).

A teoria do domínio do fato está circunscrita ao âmbito das infrações penais dolosas, eis que os ilícitos culposos caracterizam-se, justamente, pela perda do domínio factual; daí porque a construção alemã tende a manejar dois conceitos distintos de autor, a saber, um restritivo para as infrações penais dolosas (desafiando os postulados da teoria do domínio do fato) e outro, mais *amplo e unitário*, para as infrações penais culposas, em que não se admite a teoria do domínio do fato, não se concebe o concurso de agentes e não se distingue autoria de participação. Essa cisão compromete a coerência insita à teoria do concurso de agentes, pelo que não atende, em nossa concepção, ao desiderato de unidade científica do Direito Penal, alvitrado desde os escritos de Liszt⁴⁹; nessa medida, parece-nos que a teoria do domínio do fato, se por um lado engenhosa e operacional, opõe-se por outro à

⁴⁷ A menção crítica ao caso Staschynskij é de Jescheck (*Tratado*, p.586).

⁴⁸ *Tratado*, pp. 594-595.

⁴⁹ *Tratado de Derecho Penal*, tomo I, p.06: “*Como ciencia eminentemente práctica que trabaja continuamente para satisfacer las necesidades de la administración de justicia, creando siempre nuevos frutos, la ciencia del Derecho es y debe ser una ciencia propiamente sistemática; pues*

tendência universal de simplificação e unificação teórica, de que a teoria da imputação objetiva é a manifestação mais convincente e atual. Demanda, por isso, reformulação e elastecimento, talvez para reconhecer, nos ilícitos penais culposos, o domínio factual da ação corrente *sem* o elemento teleológico preordenado ao resultado lesivo (discrepando, desse modo, as violações do dever objetivo de cuidado, com a conseqüente imputação objetivo-subjetiva da conduta ao tipo penal culposos, das hipóteses em que o agente não deteve qualquer domínio da ação corrente — *caso fortuito e/ou força maior*)⁵⁰.

Vê-se, pois, que o *domínio do fato* é um conceito aberto, como alhures pontificado. Dele não se espera, por isso, a mesma consistência cartesiana da teoria formal-objetiva, de von Liszt. Com efeito, a expressão “domínio do fato” não admite uma definição conceitual exata em sentido técnico, indicativa do “*genus proximum*”

solamente la ordenación de los conocimientos, en forma de sistema, garantiza aquel dominio seguro y diligente sobre todas las particularidades, sin el que la aplicación del Derecho, entregada al arbitrio o al azar, no pasaría de ser un eterno diletantismo.”

⁵⁰ Cfr. Claus Roxin, *Autoria y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, pp.397-399, “in verbis”: “si el sujeto de detrás entrevé el hecho, no es posible imaginar la inducción a un delito no doloso, puesto que en este caso nos encontramos ante un autor que, por falta de dominio final del curso del suceso, precisamente no puede ser autor, según se desprende de la definición; junto a él está un partícipe que es señor del hecho, y por tanto, a partir de los principios de esta teoría en ningún caso puede ser partícipe. Lo inadmisibile de una construcción en tal sentido no se deduce, pues, de la ‘naturaleza de las cosas’, sino de la lógica de la formación razonable de conceptos”. O argumento é irrefutável; daí compreendermos que, tal como outrora pontificado pelos séquitos da teoria formal-objetiva, não há participação dolosa em delito culposos ou vice-versa, ao contrário do que propugna Günther Jakobs (cfr. Claudia López Díaz, *Introducción a la imputación objetiva*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, p.94). Não obstante, a teoria da dominabilidade pode ser manejada de maneira a acolher a figura da co-autoria nas infrações culposas (domínio funcional), reconhecendo-se a “posição-chave” de cada sujeito na ação corrente (*domínio factual*), com abstração do elemento teleológico; aproximar-se-iam, desse modo, as doutrinas espanhola e germânica sobre concurso de agentes, imprimindo-se à teoria do domínio do fato a desejável universalidade. Confira-se em Günther Jakobs (*La imputación objetiva en Derecho penal*, trad. Manuel Cancio Meliá, Madrid, Civitas, 1996, p.165): “(...) cuando al poner orden en una habitación uno de los participantes abre la ventana para que otro pueda lanzar fuera una tabla, alcanzando ésta de modo imprevisto a un peatón, ambos intervinientes han organizado la lesión imprudente del peatón en régimen de reparto de trabajo, porque al lanzar fuera la tabla de modo descuidado han llevado a cabo, a través de una organización común, un comportamiento que constituye un riesgo no permitido”.

(conceito genérico superior) e da “*differentia specifica*” (diferença caracterizadora da espécie). Antes, remete a uma **construção descritiva**, baseada em elencos contextuais não-exaustivos. A construção descritiva é privilegiada por Roxin, por ser “*sensiblemente más próxima a la vida que una meramente abstracta*”⁵¹. Doutra feita, se por um lado a descrição delimita com precisão diversos casos típicos de intervenção de agentes múltiplos em uma mesma ação delitiva (permitindo, assim, a formulação de juízos genéricos), por outro não oferece uma solução generalizadora, cabendo-lhe, como conceito aberto, a função de subministrar ao julgador **princípios reguladores** que o orientem, por indução, no vácuo dos modelos de conduta. Eis, pois, os dois elementos do **conceito aberto**, na preleção de Claus Roxin: o *procedimento descriptivo* e os *princípios reguladores informativos*.

4. Teoria do domínio do fato e teoria da imputação objetiva: confluências

Como se sabe, a teoria da imputação objetiva foi paulatinamente desenvolvida pela doutrina alemã — a partir das construções de Karl Larenz para o Direito Civil e do seu traslado, por Honig, para o Direito Penal — com vistas à revitalização da ciência jurídico-penal, contaminada por excessivas doses de subjetivismo que já comprometiam a segurança do tipo. Para tanto, lançou mão de conceitos como a criação do risco permitido, o incremento e a diminuição do risco proibido e a esfera de proteção da norma penal, concretizando uma abordagem *funcional* do Direito Penal. No escólio de Günther Jakobs, determinada conduta carece de imputação ao tipo penal se, apesar da lesão ao bem jurídico-penal, não frustrou as legítimas expectativas sociais que se impunham ao sujeito em face de seu rol pessoal de deveres e obrigações (assim, e.g., quando o *boxer* golpeia e fere seu oponente).

Mas apresentar ao leitor a teoria da imputação objetiva não é o objetivo deste artigo, que pressupõe o conhecimento básico de seus termos. O que interesse saber, nos restritos limites deste artigo, é se os elementos teóricos que informam a teoria do domínio do fato são compatíveis com a teoria do domínio do fato.

A exposição até aqui empreendida revela, desde logo, os pontos de confluência entre a teoria

⁵¹ Claus Roxin, *Autoria y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, p.145.

da imputação objetiva e a teoria do domínio do fato. Destaquemo-los, porém, para efeitos didáticos.

A. Os princípios reguladores da teoria do domínio do fato são, inegavelmente, *critérios de imputação pessoal* (imputa-se o fato típico ao agente na condição de autor, co-autor ou partícipe).

B. O rol de deveres e obrigações que acede a cada cidadão, segundo as expectativas sociais criadas em torno de suas competências (em virtude de instituição e/ou em virtude de organização), tem esteio nos *papéis* que ocupa em sociedade, i.e., na *divisão social do trabalho*, fenômeno sociológico universal que espraia desdobramentos em praticamente todos os setores do conhecimento humano. Essa percepção, de dimensão macrossocial, devemos-la a Günther Jakobs, que enuncia o princípio da confiança como pressuposto de existência daquela divisão⁵². No plano microssocial, o fenômeno da divisão social do trabalho ganha novo fôlego na teoria do domínio do fato, como fundamento remoto da autoria e de suas modalidades; com efeito, "*a participação consiste exatamente naquilo que, nos demais casos, pode-se denominar repartição de trabalho: o trabalho para obter uma obra única é partilhado entre várias pessoas, cada uma das quais aportando sua contribuição*" — observando-se que, no Direito Penal, "*a obra cuja realização é objeto de divisão constitui um delito*"⁵³.

Tal cotejo demonstra que há um imo sociológico comum a ambas as teorias, a saber, a *divisão social do trabalho*: no âmbito macrossocial, engendra e justifica as expectativas sociais, de ordem geral (institucional e/ou organizacional), que constituem o rol de deveres e obrigações de cada cidadão; no âmbito microssocial, engendra e justifica a imputação objetiva do fato ao agente, na condição de *autor*, diante das expectativas sociais, de ordem local (interativa), nutridas pelos demais agentes no contexto do plano global ajustado. O fundamento

remoto comum exsurge, pois, como fator indiciário da compatibilidade teórica.

C. Ambas as construções repudiam, na teoria do crime como na teoria do concurso de agentes, a retórica fria e cartesiana do discurso jurídico. Esse discurso, sob o pálio do tecnicismo formal, reconhece, ali, fato típico na ação do sobrinho que convence seu tio, com "*animus necandi*", a embarcar em avião cujo voo é adiante tolhido por acidente absolutamente fortuito; aqui, nega a condição de autor a quem não realizou atos compreendidos no marco da descrição típica, mas os determinou com absoluto controle do curso causal. Pela teoria da imputação objetiva, a morte do tio não se imputa ao nefasto sobrinho, por não ter ele criado ou incrementado, com sua conduta, risco juridicamente reprovado; pela teoria do domínio do fato, o fato típico imputa-se ao agente remoto, na condição de autor, por deter o domínio da volição e/ou da cognição no contexto delitivo.

Privilegia-se, em ambas as teorias, o *sentido social* da conduta e a percepção *objetiva* dos processos vitais envolvidos; privilegia-se, ainda, o elemento *nomológico-abstrato* em detrimento do elemento *causal* (na primeira ilustração, conquanto a ação determinante do sobrinho seja causa-condição para o evento morte, recusa-se-lhe, pela teoria do risco, o nexó jurídico-normativo com o resultado; na segunda ilustração, malgrado a atuação do agente remoto seja meramente intelectual, reconhece-se-lhe, à luz da teoria do domínio e da interpretação flexível dos respectivos preceitos legais — parágrafo 25, 1, 2ª parte, do StGB; artigo 29 do Código Penal brasileiro —, a condição de *autor do fato*). Na metodologia jurídica, doutra feita, ambas as teorias primam pelo método *indutivo*, partindo do dado empírico e de seu sentido social para consolidar casuísmos e emitir postulados; abdicam, nesse passo, das inflexões dedutivas que partem de premissas teóricas incensuráveis mas que conduzem a juízos injustos. Ambas dão guarida, portanto, à conhecida máxima alemã, cara ao patrimônio cultural daquele povo: "*Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*"⁵⁴.

D. A *imputação objetiva*, assim como o *domínio do fato*, é um **conceito aberto**. Não admite um conceito técnico, parametrado pelo "*genus proximum*" e pela "*differentia specifica*".

⁵² "El principio de confianza está destinado a hacer posible la división del trabajo; por consiguiente, concluye cuando el reparto de trabajo pierde su sentido, especialmente, cuando puede verse que la otra parte no hace, o no ha hecho, justicia a la confianza de que cumplimentará las exigencias de su rol. En tales casos, ya no resulta posible repartir el trabajo para alcanzar un resultado exitoso" (Günther Jakobs, *La imputación objetiva en Derecho penal*, p.106).

⁵³ *Idem*, p.149.

⁵⁴ "Ainda se correto em teoria, não serve, porém, para a prática".

mas apenas uma *noção* consistente e uma *ubicação* (em ambos os casos, no âmbito do **fato típico penal**); os autores, com efeito, evitam defini-la. A *noção*, por sua vez, é haurida, por indução, da casuística; fia-se, pois, em um *procedimento descritivo* para operacionalizar a teoria a partir de elencos contextuais não exaustivos. Para as hipóteses, enfim, que não admitem adequação aos casuísmos mais freqüentes, a noção subministra *princípios reguladores* que iluminam os juízos autorizados (diminuição, criação e incremento do risco, âmbito de proteção da norma, princípio da confiança etc.). Daí representar, tal qual o domínio do fato, um *conceito aberto* no sentido proposto por Roxin (*supra*).

São, pois, teorias tecnicamente **compatíveis**; mais que isso, **reclamam-se** reciprocamente, dadas as similitudes apontadas (fundamento sociológico, elisão da forma com vistas ao justo material, metodologia, natureza conceitual).

Esse diagnóstico, todavia, não é compartilhado pela doutrina majoritária.

Em sentido contrário, Günther Jakobs preconiza a incompatibilidade entre as teorias, vaticinando, em contrapartida à adoção da teoria da imputação objetiva, o abandono do domínio do fato como critério para delimitação concreta de autoria, co-autoria e participação, uma vez que o domínio do fato, enquanto teoria mista de autoria, está baseado em um conceito *final* de ação, insustentável para os padrões da imputação objetiva, em que o conceito de ação compreende um esquema de interpretação do evento determinado pela sociedade e não pela valoração individual que dele tem o autor; mais além, observa que a acessoriedade na participação independe da existência de um fato principal doloso, preconizando a reconstrução da teoria da acessoriedade com autonomia em relação ao dolo; a máxima, acima reportada, de que somente haveria participação no favorecimento doloso da ação dolosa de outrem, não resistiria à nova perspectiva, em que tanto se admitem as formas clássicas de participação (determinação e cumplicidade) no delito culposos — possibilidade visceralmente refutada pelos fautores da teoria do domínio do fato — como a participação culposa no delito doloso⁵⁵. O eixo central da acessoriedade não seria o dolo, mas sim a *teoria da proibição de regresso*, pela qual “um comportamento que de

modo estereotipado é inócuo não constitui participação em uma organização não permitida”⁵⁶ (assim, e.g., o taxista que transporte indivíduo imbuído de ânimo assassino até o local em que comete o crime, ainda quando saiba ou cogite das intenções do passageiro, não responde pelo delito na condição de partícipe, por excluída a imputação).

Aduza-se ainda, aos argumentos de oposição, as críticas de Reyes Alvarado⁵⁷ ao conceito de dominabilidade. Contrapondo Karl Larenz e Richard Honig, Alvarado observa que, para a imputação objetiva, não é relevante se os eventos poderiam ser dominados ou conduzidos pelo autor, isto é, se o sujeito poderia ou não ter evitado o resultado desvalido. Importa saber, tão-somente, como deveria ter se comportando diante das circunstâncias concretas, enquanto abstrato portador de funções sociais (o *rol* de Günther Jakobs); interessa, pois, o que *deve fazer* e não simplesmente o que *lhe é possível* realizar. Os conceitos de evitabilidade, dominabilidade e conducibilidade teriam importância como pressupostos teóricos ou empíricos para a consolidação normativa das expectativas de comportamento cuja defraudação cria riscos juridicamente reprovados, mas não desempenhariam qualquer função na ulterior etapa de realização dos riscos.

5. À guisa de conclusão: superação da crítica

O viés crítico, todavia, não convence.

Por primeiro, cremos não sejam conflitantes o conceito *final* de ação — exercício de atividade finalista, qualificada pela colimação de um fim⁵⁸ — e a teoria de imputação objetiva, que não pretende construir um novo conceito jusfilosófico de ação, mas subministrar, a partir do reconhecimento de um nexa nomológico-abstrato entre o fato e a norma penal, instrumentos formalmente seguros e materialmente justos para a imputação de condutas desvalidas. A teoria final da ação e a teoria da imputação objetiva — que *não é* uma teoria da ação — podem, em síntese,

⁵⁶ Günther Jakobs, *La imputación objetiva en Derecho penal*, p.107.

⁵⁷ Yesid Reyes Alvarado, *Imputación Objetiva*, 2ª ed., Santa Fé de Bogotá, Temis, 1996, p.265.

⁵⁸ Francisco de Assis Toledo, *Princípios Básicos de Direito Penal*, p.97.

⁵⁵ Claudia López Díaz, *op.cit.*, pp.94-95.

conviver⁵⁹. Nessa ordem de idéias, a objeção de Jakobs à teoria do domínio do fato queda falaciosa: ainda que o domínio do fato esteja imbricado com o conceito final de ação, não restará desde logo excluído, se esse último convive com a teoria da imputação objetiva.

Por segundo, insta reconhecer, com fidelidade à própria natureza da teoria do domínio do fato, que as modalidades concursuais — autoria imediata, autoria mediata, co-autoria e participação — ostentam um aspecto objetivo e outro subjetivo, qual dupla face da mesma moeda; isso porque ao intérprete não é dado imputar a tal ou qual o fato na condição de autor ou partícipe sem antes formular, na sua completude, o *juízo de imputação* — objetiva e subjetiva. Para o desate condenatório, assim como a conduta increpada deve estar referida ao tipo penal objetivo (imputação objetiva), há de ser também referida ao tipo subjetivo (imputação subjetiva), culminando com a emissão do juízo positivo de imputação plena, em que se reconhece configurado o *fato típico*; agregam-se-lhe, em seguida, os juízos de antijuridicidade, de culpabilidade e de punibilidade (todos de natureza negativa ou impeditiva), para a prestação íntegra da jurisdição penal. Da mesma forma, uma vez reconhecido o crime (fato típico, antijurídico e culpável) e à vista da conduta compartilhada, parte-se à consideração das responsabilidades compartilhadas, tomando-se em consideração os aspectos objetivos e subjetivos da atuação conjunta, à mercê dos princípios retores do domínio do fato — que incluem, a seu modo, a teoria de proibição de regresso⁶⁰. Sobre a possibilidade jurídica da participação em delitos culposos, manifestei-me alhures, introduzindo a idéia de domínio factual da ação corrente sem

⁵⁹ Cfr. Damásio E. de Jesus, *Imputação Objetiva*, São Paulo, Saraiva, 2000, p.150: “A adoção da imputação objetiva não significa abandono da teoria finalista da ação, de modo que continuamos finalistas (...) As duas teorias podem coexistir, tanto que muitas regras, métodos e critérios da imputação objetiva têm fundamento no finalismo, como a inobservância do cuidado objetivo necessário, que corresponde à realização de conduta criadora de risco juridicamente reprovado”.

⁶⁰ No exemplo do taxista, não há qualquer aporte causal relevante ao evento delitual e tampouco lhe cabe qualquer forma de domínio do fato (ação, vontade ou função); não há, pois, elementos factuais indicativos de autoria ou co-autoria. De outra parte, tampouco remanesce a condição de partícipe, eis que o taxista não defraudou, com sua conduta, qualquer expectativa de comportamento (ao taxista cabe, mesmo, conduzir o passageiro de um ponto a outro, a despeito de suas boas ou más intenções), além de não aderir ao propósito criminoso. Por essa via, como pela de Günther Jakobs (proibição de regresso), chega-se à mesma conclusão: irresponsabilidade penal do condutor.

preordenação ao resultado desvalido; de qualquer modo, razão assiste a Jakobs, merecendo a teoria do domínio do fato, nesse particular, reformulação pontual⁶¹ (o que não lhe priva, porém, dos demais méritos).

Por terceiro, a propósito das críticas de Reyes Alvarado (que não denega importância ao conceito de dominabilidade, mas o expurga, por prejudicial, da teoria da imputação objetiva), consideramos que, a par da reconhecida utilidade no processo de elaboração legislativa, a dominabilidade recupera significância hermenêutica após completado o juízo de imputação da conduta ao tipo penal, ganhando relevo no âmbito da responsabilidade penal compartilhada (com vista à distinção entre autores, co-autores e partícipes, com reflexos legais na esfera da punibilidade). Para além disso, a dominabilidade poderá ter, ocasionalmente, papel fundamental na própria imputação da conduta, se por ela couber neutralizar todas as formas possíveis de atribuição ao sujeito remoto (porque recusar-lhe, a um tempo, a condição de autor, co-autor e partícipe significará excluí-lo do pólo de imputação⁶²).

Dessarte, rechaçadas as críticas mais veementes que profligam a convivência teórica, é de rigor admitir, pelas razões apontadas, que os princípios retores da teoria do domínio do fato são *compatíveis* com os postulados da teoria da imputação objetiva e, mais que isso, que *os complementam*. Daí porque nada tolhe à boa doutrina o caminho da *convergência*, propiciando tratamento mais adequado e unívoco aos supostos da co-delinquência. Afinal, não é apenas na Física

⁶¹ Não por outra razão, a doutrina espanhola, que acolhe a teoria do domínio do fato, critica a resistência germânica à admissão da participação em infrações penais culposas (cfr., por todos, Santiago Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, PPU, 1985, pp.316-317).

⁶² Assim, e.g., ainda no caso do taxista que conduz o delinqüente ao local do crime, *supra*. Presumindo-se que as condutas de autor, co-autor e partícipe sejam sempre objeto de um mesmo processo (*conexão* ou *continência*: artigos 76, I, e 77, I do Código de Processo Penal), o juiz cuidará de aferir, primeiramente, a natureza do fato principal, reconhecendo-lhe ou não o caráter delitivo, para somente então analisar o fato acessório (mormente porque, para reconhecer relevância à participação, deverá ter formulado juízos prévios a propósito da *tipicidade* e da *ilicitude* do fato principal, em face da teoria da acessoriedade limitada, que reputamos válida ainda quando acolhida a teoria do domínio do fato). Nesse estágio, ao negar a relevância causal, normativa ou subjetiva da conduta acessória, estará automaticamente isentando de imputação o sujeito remoto, por via oblíqua (conquanto possa ser necessário, no contexto, o emprego de rudimentos da teoria da imputação objetiva para excluir, pela via objetiva, a mera participação).

que certos modelos⁶³, quando aparentam repelir-se, funcionam melhor em conjunto. Isso se dá também no Direito – e, no Direito Penal, este é um exemplo propício.

6. Bibliografia.

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. I.
- CARRARA, Francesco. *Programma del corso di diritto criminale: del delitto, della pena*. Bologna: il Mulino, 1993.
- JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en Derecho penal*. Trad. Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 1996.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. José Luiz Manzanares Samaniego. 4ª ed. Granada: Comares, 1993.
- JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991. v. I.
- _____. *Imputação Objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- LISZT, Franz von. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. Luis Jimenez de Asúa. 4ª ed. Madrid: Reus, 1999. t. I e III.
- LÓPEZ DÍAZ, Claudia. *Introducción a la imputación objetiva*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.
- MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1965. v. II.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. Barcelona: PPU, 1985.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 1991. v. I.

NORONHA, E. Magalhães. *Do Crime Culposos*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

REYES ALVARADO, YESID. *Imputación Objetiva*. 2ª ed. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1996.

ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1998.

SOLER, S. *Derecho Penal argentino*. Buenos Aires: TEA, 1978. t. 2.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. 12ª ed. Trad. Bustos Ramírez, Yáñez Perez. Santiago: Jurídica de Chile, 1987.

WESSELS, Johannes. *Direito Penal: Parte Geral*. Trad. Juarez Tavares, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1976.

GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO é juiz do Trabalho e professor universitário no Brasil, Doutor em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e doutorando pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

DOUTRINA

A CLÁUSULA DA SUBSIDIARIEDADE NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

Caroline Corrêa de Almeida

Ao adentrar em qualquer tema referente ao controle de constitucionalidade, deve-se, inicialmente, ressaltar a supremacia da Constituição, enquanto instrumento normativo mor do ordenamento jurídico, a quem todas as demais normas do sistema, legais ou não, deverão guardar o mais estrito respeito. Deve-se citar também a teoria pura do direito, em especial a teoria da construção escalonada da ordem jurídica, traçadas por Hans Kelsen. O ordenamento jurídico configura-se “como uma pirâmide hierárquica de normas, garantindo-se a hierarquia normativa através do controle da conformidade de normas de grau inferior com as determinantes normativas de grau superior” (CANOTILHO, 1991, p. 976).

⁶³ Veja-se, e.g., o caso da teoria geral da relatividade, de Albert Einstein, e da física quântica, de Max Plank.

A Constituição Federal se encontra no topo de uma ordem escalonada de normas, é pressuposto de validade e de eficácia de toda a ordem normativa instituída pelo Estado. Com o fito de realizar a supremacia constitucional, Kelsen defendeu que a guarda desta deveria ser deferida a um tribunal constitucional, que apreciaria as questões jurídico-constitucionais. É que “uma constituição, na qual não exista a garantia de anulabilidade dos atos inconstitucionais não é plenamente obrigatória em sentido técnico” (apud VELLOSO [s.d.], p.1).

Aceitar a idéia de controle de constitucionalidade é reverenciar, também, a proteção dos direitos fundamentais e a rigidez constitucional, para a qual se exija um processo legislativo de mudança mais solene e complexo do que o existente para a edição das demais espécies normativas. “A idéia de intersecção entre o controle de constitucionalidade e constituições rígidas é tamanha que o Estado onde inexistir o

controle, a Constituição será flexível, por mais que a mesma se denomine rígida, pois o Poder Constituinte ilimitado estará em mãos do legislador ordinário" (MORAES, 2002, p. 577). Portanto, vê-se que tal controle, além de configurar limites ao poder do Estado, o legitima, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de Direito.

Na doutrina se distinguem dois tipos de órgãos a exercerem o controle constitucional, quais sejam, o político (ou preventivo) e o repressivo jurídico. O controle preventivo, realizado pelos Poderes Executivo e Legislativo, segundo José Cretella Júnior: "*É o controle de constitucionalidade confiado a órgão de avaliação, mas, na prática, esse tipo de controle tem sido desvirtuado, porque suas integrantes passam a examinar as leis, que lhes são submetidas a controle, pelo prisma da conveniência e de oportunidade, esquecendo-se do enfoque do texto sob a luz da adequação à Constituição*" (1998, p. 96).

No controle repressivo, realizado pelo Poder Judiciário, existem dois sistemas para o seu exercício: o difuso (ou aberto, ou via de exceção ou defesa) e o concentrado (ou via de ação, ou abstrato, ou direto). Por ocasião do controle difuso, qualquer juiz ou tribunal, diante de um caso concreto, em julgamento *incidenter tantum*, decidirá sobre a inconstitucionalidade de lei ou de ato, enquanto questão prévia imprescindível ao julgamento da lide. A decisão judicial, com eficácia *ex tunc*, fará coisa julgada *inter partes* e restrita ao litígio em que houve a citada declaração, não vinculando outras decisões, exceto quanto à previsão do parágrafo único do artigo 481 do Código Processual Civil. Entretanto, terá efeitos *erga omnes*, porém, *ex nunc*, a resolução senatorial editada com vistas a suspender a execução da lei ou ato normativo declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 52, X).

Por sua vez, no controle concentrado de constitucionalidade busca-se, junto ao Supremo Tribunal Federal, obter a declaração de inconstitucionalidade (formal ou material) de uma lei ou ato normativo federal ou estadual visando à preservação da integridade da ordem constitucional e da segurança jurídica, independentemente da existência de uma lide (processo objetivo). Nesta via de controle, o pedido da ação intentada será a declaração de inconstitucionalidade do ato, que ocorrerá no dispositivo da sentença, em julgamento

principaliter. A eficácia da sentença é *erga omnes*, pela natureza objetiva do processo, e possui efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública (art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99).

Observe-se que o Brasil (CF/88) adotou tanto o controle preventivo, realizado por meio das Comissões de Constituição e Justiça (art. 58) e do veto presidencial (art. 66, §1º), quanto o controle repressivo, conferido ao Poder Judiciário (controles difuso e concentrado). O exercício do controle direto de constitucionalidade, ocorre por meio de três instrumentos: a ação direta de inconstitucionalidade (genérica – art. 102, I, *a* –, interventiva – art. 36, III – e por omissão – art. 103, §2º), a ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, *a*, *in fine*; EC nº 03/93) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, §1º).

Com efeito, verifica-se que a ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) vem somar-se aos mecanismos assecuratórios do princípio da supremacia constitucional, com a particularidade de tutelar, com especificidade, a supremacia dos preceitos fundamentais decorrentes da Constituição Federal.

Por oportuno, ressalte-se que, quanto ao Direito Constitucional comparado, arguição de descumprimento de preceito fundamental é inspirada tanto no direito espanhol (recurso de amparo), quanto no direito alemão (recurso constitucional – *Verfassungsbeschwerde*) (MENDES, 2000 (b), p. 1). Entretanto, Peter Häberle cita a queixa constitucional alemã, conforme o art. 93, § 1º, nº 4, *a*, da Constituição alemã (*apud* MORAES, 2003, p. 281).

A Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999, publicada onze anos após sua previsão constitucional, veio conferir eficácia plena ao art. 102, § 1º, da CF/88 e trouxe profundas inovações em matéria de controle de constitucionalidade. Entretanto, a doutrina tem debatido sobre a efetividade desse instrumento de controle de constitucionalidade, bem como, acerca da (in)constitucionalidade e da aplicabilidade de certos institutos e dispositivos introduzidos por esta lei, podendo-se citar, a título de exemplo, o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade (ADIn 2.231/DF, ajuizada pela OAB – Conselho Federal) suscitando sua inconstitucionalidade.

Em meio à ampla discussão existente, um tópico merece destaque, em razão de sua crucial importância na garantia da aplicação e da efetividade da arguição de descumprimento de preceito fundamental. A amplitude e os limites da norma prevista no artigo 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, a qual exige a demonstração de inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesividade, deve ser melhor tratada pela doutrina – não da maneira como tem ocorrido atualmente, enquanto concretização do princípio da subsidiariedade, a partir da interpretação literal – sob pena de a ADPF vir a ser um instrumento inútil na garantia da ordem constitucional, tal qual está ocorrendo com o mandado de injunção.

Nesse diapasão, o Supremo Tribunal Federal assume posição vital no processo interpretativo da legislação ordinária, qual seja, a de construir a jurisprudência da arguição de descumprimento de preceito fundamental com vistas a não esvaziá-la de conteúdo prático aos operadores do direito.

Partindo-se de uma ampla e superficial abordagem da arguição de descumprimento de preceito fundamental, conforme regulamentada pela Lei nº 9.882/99, a presente monografia pretende retratar a discussão doutrinária existente acerca da interpretação do art. 4º, §1º, trazendo alguns argumentos elencados por ambas as correntes doutrinárias – a defensora da aplicabilidade do princípio da subsidiariedade e a contrária a esta aplicação – e fornecer subsídios, a fim de garantir a aplicabilidade do instituto no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

2. Aspectos gerais da arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF

2.1. Processo legislativo da Lei nº 9.882/99

No Brasil, a jurisdição constitucional foi ampliada significativamente. Tal fato pode ser constatado a partir da síntese, realizada pelo Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, acerca da evolução no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro.

A Constituição do Império, de 1824, consagrava o controle político. Com a República (CF/1891), foi adotado o controle jurisdicional difuso, portanto. A Carta de 1934 introduziu a ‘ação direta interventiva’, forma de controle de constitucionalidade que se aproxima do modelo

concentrado, vez que o único foro competente para julgá-la era o STF, estabeleceu que a decisão de inconstitucionalidade seria tomada pelo voto da maioria absoluta dos membros dos Tribunais e atribuiu, ao Senado, competência para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. A Carta de 1937, por sua vez, trouxe retrocesso. A Constituição de 1946 restaurou o controle de constitucionalidade. A Emenda Constitucional 16, de 1965, criou a ação direta de inconstitucionalidade genérica e prescreveu, outrossim, que a lei poderia estabelecer processo de competência originária dos Tribunais de Justiça para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato municipal em face da Constituição do Estado. Este foi o termo inicial da presença dos dois tipos de controle, o difuso e o concentrado de lei ou ato normativo federal ou estadual em face da Carta Magna. A de 1967 manteve o sistema.

Já a Constituição de 1988 previu o controle difuso e ampliou o controle concentrado – criou a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, alargou a legitimação ativa para a ação direta de inconstitucionalidade e instituiu a arguição de descumprimento de preceito constitucional fundamental. A Emenda Constitucional 3/93 trouxe a ação declaratória de constitucionalidade, aumentando e fortalecendo o controle concentrado (op. cit., p.2).

As mudanças supracitadas alteraram sobremaneira a relação existente entre os controles concentrado e difuso. A ampliação do direito de propositura da ação direta (ADIN) e a criação da ação declaratória de constitucionalidade vieram reforçar o controle concentrado em detrimento do difuso. Não obstante, subsistiu um espaço residual expressivo para o controle difuso relativo às matérias não suscetíveis de exame no controle concentrado (interpretação direta de cláusulas constitucionais pelos juízes e tribunais, direito pré-constitucional, controvérsia constitucional sobre normas revogadas, controle de constitucionalidade do direito municipal em face da CF). E, como ressalta Hely Lopes Meirelles, “*é exatamente esse espaço, imune à aplicação do controle abstrato, que tem sido responsável pela repetição de processos, pela demora na definição das decisões sobre importantes controvérsias constitucionais e pelo fenômeno social e jurídico chamado “guerra de liminares”*” (2003, p. 397).

Como já mencionado, a Constituição Federal em seu artigo 102, § 1º, previu a ação, que ficou

pendente de regulamentação. E o início desta regulamentação decorreu em uma conversa entre Gilmar Ferreira Mendes e Celso Ribeiro Bastos, que, em resposta ao quadro de incompletude descrito retro, buscavam o instrumento adequado a combater a chamada "guerra de liminares". Nesta ocasião, conforme relata Gilmar F. Mendes, concluíram que a própria Carta de 1988 oferecia um instrumento adequado, disposto no art. 102, § 1º e lembraram que este poderia "contemplar, adequadamente, o incidente de inconstitucionalidade" (2000 (a), p. 1).

Em julho de 1997 o Ministro da Justiça Iris Resende cria uma comissão composta por Celso Ribeiro Bastos, Gilmar Ferreira Mendes, Arnaldo Wald, Ives Gandra Martins e Oscar Dias Corrêa, destinada a elaborar os estudos e o anteprojeto de lei que disciplinasse a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Entretanto, desde março daquele ano tramitava no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 2.872, da deputada Sandra Starling, visando à regulamentação do instituto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, sob o *nomen juris* de "reclamação". O Deputado Prisco Vianna, relator do projeto da deputada, emitiu parecer favorável pela aprovação do projeto na forma de substitutivo, de sua autoria. Ressalte-se que o Substitutivo Prisco Viana ofereceu disciplina ao instituto bastante semelhante àquela contida no Anteprojeto de Lei da Comissão Celso Bastos.

Esse projeto com o substitutivo foram aprovados pelo Congresso, tendo sido sancionado em 03 de dezembro de 1999 pelo Presidente, com veto ao inciso II do parágrafo único do art. 1º; ao inciso II e § 2º, ambos do art. 2º; ao § 4º do art. 5º; aos §§ 1º e 2º do art. 8º e ao art. 9º.

2.2. Aspectos relevantes da ADPF na Lei nº 9.982/99

A Constituição Federal de 1988 previu, no parágrafo único do artigo 102, depois transformado em § 1º, pela EC 3/93, a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição, a ser apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

A norma constitucional retro é norma não auto-executável, ou não auto-aplicável, ou,

consoante as lições de José Afonso da Silva¹, norma constitucional de eficácia limitada ou reduzida, haja vista a dependência de normatividade ulterior. A Lei nº 9.882/99 veio conferir eficácia plena à citada norma constitucional.

Dispõe o artigo 1º, *caput*, da lei em comento: "*A arguição prevista no §1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público*".

Muito se tem discutido na doutrina acerca da noção precisa da expressão "preceito fundamental" constante no *caput* do art. 1º. Contudo, não se pôde alcançar qualquer resposta conclusiva ao debate. Isto porque a Constituição Federal, em todo o seu texto, só a menciona uma única vez, justamente no art. 102, § 1º. Outro fator que aquece e instiga ao debate é a ausência de pronunciamento do Supremo Tribunal Federal em relação ao entendimento firmado por esta Corte — no exercício da função de Guardião da Constituição (a guarda do conteúdo (material), da ordem constitucional (institucional) e da efetividade da Constituição (pragmático)).

Assim sendo e, considerando-se que o foco desse estudo não é a análise conceitual de preceito fundamental decorrente da Constituição, toma-se como base inicial para o entendimento e delimitação do conceito a conclusões alcançadas por Helder Martinez Dal Col:

(...) preferimos a concepção mais ampla, que conceda ao instituto da arguição de descumprimento de preceito fundamental um espectro de aplicabilidade abrangente, capaz de assegurar um controle efetivo da constitucionalidade, mesmo onde outras medidas, a despeito de previstas, não lograram tal êxito, podendo ser cabível tanto em situações de ameaça ou violação de qualquer preceito fundamental, assim entendidos tanto aqueles de maior conteúdo axiológico, quanto todos os demais previstos no bojo da Constituição e dela decorrentes, aqui incluindo-se os demais direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios por

¹ Consoante as lições de José Afonso da Silva, "*A norma constitucional dependente de legislação também entra em vigor na data prevista na constituição. Sua eficácia integral é que fica na dependência da lei integrativa. A distinção não é acadêmica. Tem consequências práticas de relevo. Pois tais normas, desde que entram em vigor, são aplicáveis até onde possam, devendo notar-se que muitas delas são quase de eficácia plena, interferindo o legislador ordinário tão-só para aperfeiçoamento de sua aplicabilidade*". (1999, p. 130).

ela adotados, ou dos tratados internacionais, agasalhados pelo artigo 5º, § 2º (2001, p. 6/7).

No entanto, há uma expressiva corrente doutrinária que não enfoca a questão sob esse prisma. Preceitos fundamentais, decorrentes da Constituição, segundo esta corrente, não estariam situados no exterior da Carta, mas em seu bojo. Outrossim, defendem que se trata de proteger os preceitos constitucionais fundamentais, e não meros preceitos constitucionais, já que nem toda norma constitucional seria passível de ser denominada preceito fundamental.

Nesse diapasão, pode-se citar como inclusos no elenco dos preceitos fundamentais, a título de exemplo, os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, os direitos e garantias fundamentais, inclusive, neste particular, aqueles decorrentes de convenções e tratados internacionais (art. 5º, § 2º, CF), direitos sociais, direitos políticos, direitos da nacionalidade e os chamados 'princípios sensíveis' (art. 34, VII), os quais, inclusive, refletem-se protegidos pelas denominadas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, CF), sendo possível, logicamente, uma ampliação vinculada à própria evolução dos direitos fundamentais.

Mostram-se apropriadas, neste momento, a indagação e a assertiva de Walter Claudius Rothenburg, assim formuladas:

Fez bem o constituinte em não estabelecer desde logo quais os preceitos que, por serem fundamentais, poderiam ser tutelados pela arguição de descumprimento de preceito fundamental? E o legislador, deveria tê-lo seguido? Sim, agiram ambos com acerto: somente a situação concreta, no momento dado, permitiria uma adequada configuração do descumprimento a preceito fundamental da Constituição. Qualquer tentativa de prefiguração seria sempre parcial ou excessiva; e a restrição seria agravada pela interpretação restritiva que um rol taxativo recomenda (2001, p. 212)

Pelo exposto, verifica-se não haver consenso acerca do significado da expressão "preceito fundamental". As controvérsias operam-se desde a localização geográfica dos preceitos fundamentais decorrentes da Constituição, havendo quem os entenda situados no exterior da Carta, outros em seu bojo e outros em ambos.

Além de "*evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público*", a arguição de descumprimento de

preceito fundamental também poderá ser invocada quando for "*relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição*" (art. 1º, caput e § 1º, da Lei nº 9.882/99).

Verifica-se, *prima facie*, que a ADPF tem objeto distinto das ações declaratória de constitucionalidade e direta de inconstitucionalidade. Enquanto estas podem ser propostas para declarar a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal e com base na alegação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, respectivamente (art. 102, I, *a*, da CF/88), a ação de arguição deve ser ajuizada a fim de evitar ou reparar lesão a preceito fundamental decorrente de ato do Poder Público, bem como, quando houver relevante controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição. Quanto a este último ponto, constata-se a sustentação na doutrina do cabimento da arguição em relação a preceito contido em redação anterior de norma reformada da Constituição vigente – artigo constitucional emendado (BERNARDES, 2000, p. 2).

Utilizando-se da interpretação conforme a Constituição do caput desse art. 1º, Walter C. Rothenburg defende a expansão do objeto da arguição para incluir também, quando violador de preceito fundamental, ato de particular em condições de equiparação a ato do Poder Público (op. cit., p. 217). Neste sentido, Daniel Sarmento recomenda a compreensão *lato sensu* da expressão "ato do Poder Público", a fim de alcançar "*os atos de particulares que agem investidos de autoridade pública, como os praticados por empresas concessionárias e permissionárias de serviço público*" (2001, p. 91/92).

Em resumo, por Poder Público se entendem todas as autoridades públicas e todos os órgãos da administração pública direta e indireta, vale dizer, as pessoas jurídicas do direito público interno (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e seus respectivos órgãos (Ministérios, Secretarias, Agências Reguladoras etc.), as entidades da administração indireta em todos os níveis de governo, além do particular em exercício de função pública ou delegada pelo Poder Público (serviços notariais e registrários, serviços públicos de transporte, ensino superior, telefonia etc.) (NERY JUNIOR; NERY, 2003, p. 1444).

É certo que inúmeros e variados atos não normativos estão suscetíveis de ser objeto da ADPF que, por a Lei nº 9.882/99 não ter especificado a natureza do ato lesivo, pode-se abranger também os atos omissivos (BERNARDES, op. cit., p. 11).

Assim sendo, o objeto da ação de arguição é assaz amplo, uma vez que não se limita a apreciar atos normativos federais ou estaduais (ou só federais, como na ação declaratória de constitucionalidade). Abrange todos os atos do Poder Público, normativos ou não, incluindo-se uma decisão judicial (ato do Poder Judiciário), uma lei (ato do Poder Legislativo), um decreto (ato do Poder Executivo) etc., não só os da União e dos Estados, mas também dos Municípios. No mesmo sentido, a previsão de cabimento da arguição nas hipóteses do inciso I do parágrafo único amplia sobremaneira os limites de atuação da Corte Constitucional.

Com base na doutrina já produzida sobre a lei em comento, é possível extrair do art. 1º, *caput*, e seu § 1º uma classificação da arguição em autônoma (direta ou principal) e incidental (paralela ou incidente processual de constitucionalidade).

A arguição autônoma possui características semelhantes às de outros mecanismos que suscitam uma fiscalização concentrada e abstrata de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Nesta espécie de arguição o que se busca, essencialmente, é a defesa da ordem jurídica constitucional em tese, a partir da instauração de um processo objetivo.

A arguição incidental, por sua vez, pressupõe a existência de um processo anterior, submetido a qualquer juízo ou tribunal, envolvendo questão constitucional. Esta modalidade proporcionaria um controle abstrato de constitucionalidade a partir da controvérsia ocorrida em um caso concreto. A primeira implicação, de "*natureza endoprocessual*" (ibid., p. 2), faz com que o desfecho da arguição constitua antecedente lógico do julgamento da lide a qual surgiu o incidente, vinculando tanto as partes como o juízo ordinário. A segunda possui conotação extraprocessual, porque os efeitos da decisão do STF são *erga omnes*, atingindo aqueles que sequer participaram da relação processual, bem como vinculantes em face dos demais órgãos do Poder Público (§ 3º do art. 10).

Por oportuno, cumpre reportar à lição de Gilmar F. Mendes sobre o efeito vinculante na ADPF: "*se entendermos, como parece recomendável, que o efeito vinculante abrange também os fundamentos determinantes da decisão, poderemos dizer, com tranquilidade, que não apenas a lei objeto da declaração de inconstitucionalidade no município "A", mas toda e qualquer lei municipal de idêntico teor não mais poderão ser aplicadas*" (2001, p.142).

A Lei nº 9.882/99 não previu prazo fatal para o ajuizamento da ação em questão.

Com o veto presidencial ao inciso II do artigo 2º da Lei nº 9.882/99, o qual permitia o ajuizamento da arguição a qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público, o pólo ativo ficou reservado aos co-legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade (art. 2º, I, da Lei nº 9.882/99, c/c art. 103 da CF), quais sejam, o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa, o Governador de Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Em contrapartida, foi mantido o §1º do art. 2º, que, trazendo preceito dependente do inciso II supracitado, faculta a qualquer interessado, "*mediante representação, solicitar a propositura de arguição de descumprimento de preceito fundamental ao Procurador-Geral da República, que, examinando os fundamentos jurídicos do pedido, decidirá do cabimento do seu ingresso em juízo*". No entanto, a despeito da dependência normativa apontada, esse preceito continua eficaz, até porque o direito de petição está consagrado (CF/88, art. 5º, XXXIV, a).

Os artigos 3º e 4º elencam questões procedimentais, de forma que se inserem, no bojo da lei, os requisitos da petição inicial, bem como a determinação de que a exordial será indeferida quando não for "*o caso de arguição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou for inepta*". Em caso de indeferimento da inicial o recurso cabível é o agravo interno, com prazo de 05 (cinco) dias, a ser interposto nos próprios autos e tem como condão levar o indeferimento da petição inicial ao colegiado para que o mesmo se

pronuncie acerca da regularidade do ato de indeferimento (NERY JUNIOR; NERY, op. cit., p. 1450).

É cabível a concessão de medida liminar, mediante o voto da maioria absoluta dos membros do Tribunal (art. 5º, *caput*). Vale dizer que esse *quorum* especial pode ser dispensado em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou, ainda, quando em recesso o STF, hipóteses em que decisão monocrática encontra-se sujeita ao referendo do Tribunal Pleno (§1º do art. 5º). É facultada a prévia oitiva dos órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como do Advogado-Geral da União ou do Procurador-Geral da República, no prazo comum de cinco dias, antes da decisão liminar (art. 5º, §2º).

Na forma do artigo 5º, § 3º, em sede de cognição sumária, é possível suspender o andamento e os efeitos de decisões judiciais, funcionando o instituto como prejudicial de mérito e assemelhando-se à “declaração incidental” (art. 325, CPC) (ROCHA, [s.d.], p. 4), guardadas as devidas proporções, onde temos por ampliado os limites objetivos da coisa julgada, isto é, espalhando-se os efeitos da parte dispositiva da sentença à fundamentação.

A interveniência da Procuradoria-Geral da República é obrigatória (CF/88, art. 103, §1º, e art. 7º, parágrafo único, da Lei nº 9.882/99).

Consoante disposto no artigo 10, *caput* e §§ 1º e 2º, julgada a arguição, as autoridades responsáveis pela prática do ato impugnado serão comunicadas da decisão, que poderá ainda fixar as condições e o modo de aplicação e interpretação do preceito fundamental. A decisão é imediatamente auto-aplicável, antes mesmo da lavratura do acórdão. Transitada em julgado, a parte dispositiva da decisão, em razão de seus efeitos *erga omnes* e vinculantes, deverá ser publicada no Diário da Justiça e Diário Oficial da União.

Outro ponto de discussão na doutrina é a constitucionalidade do § 3º do art. 10. Segundo Roberto Mendes Mandelli Junior (2003, p. 239) esse dispositivo é de constitucionalidade duvidosa, ao argumento de que os efeitos da decisão do controle de constitucionalidade devem ser extraídos do texto constitucional e não de lei ordinária que, sem critérios objetivos, possibilita a um órgão – o STF – determinar as consequências das suas decisões de inconstitucionalidade.

Entretanto, o Ministro Nery da Silveira, Relator na ADInMC 2.231-DF (05.12.2001), assim votou: “*cuidando-se de processo de natureza objetiva, não há norma constitucional que impeça o legislador ordinário autorizar o STF a restringir, em casos excepcionais, por razões de segurança jurídica, os efeitos de suas decisões*” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2001, p. 2).

O artigo 11 da multicitada lei, permitiu ao Supremo Tribunal Federal a manipulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, seja em relação ao conteúdo e a sua amplitude, seja em relação a seus efeitos temporais, desde que presentes dois requisitos, o formal – *quorum* de maioria de dois terços dos Ministros (num total de oito) – e o material – por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social. Destarte, verifica-se que a decisão na arguição poderá ter, segundo previsão legal, efeitos *erga omnes*, efeito vinculante e efeitos *ex tunc* ou *ex nunc* (ou *pro futuro*).

Ressalte-se que, observado o *quorum* do art. 8º – presença de pelo menos dois terços dos Ministros – e, proferida a decisão, acatando ou não o descumprimento de preceito fundamental (inclusive no que toca a controvérsia constitucional), temos a sua irrecorribilidade e a impossibilidade do manejo da ação rescisória, (art. 12), seguindo a tradição jurisprudencial e legislativa (art. 26 da Lei nº 9.868/99) do controle abstrato.

Espera-se que ao retomar o julgamento da ADIn 2.231-DF, venha o Supremo Tribunal Federal devolver à arguição de descumprimento de preceito fundamental o poderoso caráter de impugnação dos atos que contravenham aos valores maiores da ordem constitucional, os preceitos fundamentais decorrentes da Constituição Federal.

3. Cláusula de subsidiariedade

Outra discussão, além das apresentadas acima, que se avoluma na doutrina e se desmembra em consequências relevantes – eis a razão ensejadora deste estudo – é a interpretação do § 1º do artigo 4º da citada lei, *in verbis*, “*não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade*”.

Pergunta-se, então, se este dispositivo consagra o princípio da exaustão das instâncias ou

da subsidiariedade, ou seja, a arguição de descumprimento de preceito fundamental só será admitida em casos de inaplicabilidade de qualquer outra medida constitucionalmente prevista? Se afirmativa a resposta, isso não condenaria o processo de arguição à inutilidade e à inviabilidade prática, posto que sempre haverá um mecanismo aplicável, de controle da constitucionalidade?

Na tentativa de solucionar as questões apresentadas, bem como de viabilizar o debate, pretendemos trazer, em suma, alguns dos argumentos defendidos tanto pela corrente preconizadora da interpretação literal do dispositivo, quanto pela corrente contrária, o qual abranda os limites da cláusula de subsidiariedade, na busca de uma solução plausível e satisfatória ao sistema pátrio de controle de constitucionalidade.

Zeno Veloso trata a arguição de descumprimento de preceito fundamental como um *"remédio excepcional, último, extremo"* (2000, p. 306). Considera amplo, complexo, e abrangente o nosso sistema de controle de constitucionalidade e, em sendo a ADPF uma ação supletiva, subsidiária, *"não há como deixar de concluir que sua utilização será possível em casos muito raros e limitados"* (ibid. p. 306).

A Lei nº 9.882/99, para Dimitri Dimoulis, ao mesmo tempo em que conferiu à ADPF a densidade normativa necessária a se tornar ação principal, impossibilitou esta pretensão ao prever o princípio da subsidiariedade (2003, p. 91).

A argumentação desenvolvida por Flávia Piovesan e Renato Stanzola Vieira (2003, p. 116) merece destaque, tendo em vista a conclusão antagônica à defendida nesse estudo (que será explicitada abaixo). Alegam não ser possível afirmar que a ação de arguição seja subsidiária às ações diretas do controle concentrado. Esta alegação decorre da premissa de que o instituto em comento assume a função de tutelar, *prima facie*, situações nitidamente subjetivas, pois violados foram os direitos fundamentais dos cidadãos, e não, situações objetivas (*"puramente de Direito"*) – posição assente na doutrina. E continuam elucidando que *"antes mesmo de tutela objetiva da ordem constitucional, preocupa-se a arguição em garantir o direito fundamental dos cidadãos"* (ibid., p. 116).

Ante a essas constatações, perscrutam como um instrumento previsto para a tutela de preceitos "fundamentais" poderia ser tratado como supletivo no sistema concentrado de controle se este sistema, *"como se sabe, não exige tradicionalmente uma fundamentalidade da norma constitucional atacada?"* (ibid., mesma página).

De certo, não é possível elucubrar, no presente estudo, acerca da premissa utilizada pelos autores, nem mesmo, da ausência de resposta à indagação ou de sua possível solução. Entretanto, mister ressaltar que o perfil objetivo da arguição, versado na doutrina, decorre da natureza do processo – "sem partes" – no qual se discute amplamente, e com eficácia contra todos, a tutela do interesse público de forma geral (e não, matérias *"puramente de Direito"*). De fato, o objeto da ADPF é o preceito fundamental constitucional, que pode consistir ou não em direito fundamental do cidadão, mas, inicialmente, não se vislumbra qualquer base jurídica a corroborar com o entendimento dos autores de que o processo instaurado com a arguição é subjetivo, com eficácia entre as partes.

A vedação legal expressa da possibilidade de arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade é defendida por Alexandre de Moraes. Continuando, argumenta que esse mecanismo não substitui as demais ações constitucionais com a finalidade semelhante – *habeas corpus, habeas data*, mandado de segurança (individual e coletivo), mandado de injunção, ação popular, ações diretas de inconstitucionalidade genérica, interventiva e por omissão e ação declaratória de constitucionalidade (2002, p. 642).

Com o intuito de reafirmar seu posicionamento – de que é necessário o esgotamento das vias judiciais ordinárias – Alexandre de Moraes cita as lições de Konrad Hesse, em situação análoga do recurso constitucional alemão: *"(...) o princípio geral da subsidiariedade do recurso constitucional (...) só é admissível se o recorrente não pôde eliminar a violação de direitos fundamentais afirmada por interposição de recursos jurídicos, ou de outra forma, sem recorrer ao Tribunal Constitucional federal"* (apud MORAES, 2003, p. 2450).

Esse princípio também é visto como uma forma de conter o excesso de ações que seriam

ajuizadas caso não houvesse tal previsão (CAMPO, 2001, p. 39). Jungido a este argumento está o que garante que a arguição se converteria numa espécie de preliminar, recursal ou não, em face da ausência de delimitação legal do conceito de preceito fundamental (GRECO FILHO, 1989, p. 117).

Depreende-se de tais assertivas, que a vingar a interpretação literal e restrita da cláusula da subsidiariedade, a arguição de descumprimento de preceito fundamental destinar-se-ia tão somente ao controle da constitucionalidade em tese da lei municipal e do regulamento, hipóteses não alcançadas pelas demais ações constitucionais, em especial a ação declaratória de constitucionalidade e a ação de inconstitucionalidade, haja vista que, para todas as demais situações hipotéticas de ofensa ao texto constitucional, é cabível ação ou recurso próprio, seja no controle concentrado, seja no controle difuso de constitucionalidade.

Portanto, tem-se como desnecessário o instituto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, bastando que o Supremo Tribunal Federal estendesse ao regulamento a possibilidade de controle direto da constitucionalidade e a lei municipal permaneceria tal como se encontra, sujeita à revisão apenas em sede de recurso, não passível de controle abstrato.

Entretanto, não parece razoável, em relação ao sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, a consequência inferida supra. Percebe-se, claramente, que uma leitura excessivamente literal dessa norma acabaria por extirpar desse instituto qualquer significado prático.

Se o preceito fundamental se caracteriza pela superlativa importância a merecer tutela constitucional, não pode ficar restrito na sua aplicação à condição de inexistência de outro meio jurídico. O caráter meramente subsidiário não se amolda à natureza fundamental do preceito constitucional (SLAIBI FILHO, 2004, p. 336).

Nelson Nery Junior observa, com bastante propriedade, a importância do termo “eficaz”. Caso a outra medida processual cabível se mostre ineficaz para os fins colimados pelo autor da arguição, é admissível, desde logo, a utilização da ADPF, sem o esgotamento das vias recursais ordinárias ou de outros meios processuais (op. cit., p. 1450).

Como bem ressalta Gilmar Ferreira Mendes (2000 (b), p. 1), partindo-se de uma perspectiva estritamente subjetiva, a ação somente poderia ser proposta após a exaustão de todos os meios eficazes de afastar a lesão no âmbito judicial – seja no controle concentrado seja no difuso – o que confirma a aplicação estrita da cláusula de subsidiariedade. Todavia, não se pode olvidar que deve predominar o enfoque de proteção da ordem constitucional objetiva na análise da eficácia da tutela do preceito fundamental, a fim de compreendê-lo no contexto da ordem constitucional global.

O caráter objetivo da arguição de descumprimento decorre de três fatores. Primeiro, a ação é instrumento parte do controle abstrato de constitucionalidade. Segundo, conforme explicitado retro, a ação de arguição dá início a um processo objetivo, visando à manutenção da ordem constitucional, sem qualquer vinculação ao interesse subjetivo das partes, mesmo porque neste tipo de processo não há partes interessadas. O terceiro, de ordem prática, verifica-se a partir do veto presidencial ao inciso II do art. 2º da Lei nº 9.882/99, com o fundamento de ser incompatível com o controle concentrado de constitucionalidade o acesso irrestrito, direto e individual ao STF, o qual acarretaria o pleito de julgamento de questões de ordem estritamente subjetiva, para as quais está previsto o controle difuso de constitucionalidade.

Com efeito, tendo em vista o caráter objetivo da arguição de descumprimento, o juízo de subsidiariedade, previsto no § 1º do art. 4º, deve ser procedido a partir dos demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional. Nesse diapasão, não se verificando a existência de “*meio apto para solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla e geral e imediata*” (ibid. p. 2), ou seja, não sendo admitida a utilização de ações diretas de inconstitucionalidade (*lato sensu*) ou declaratória de constitucionalidade é viável o manejo da ADPF, em especial, quando se busca o controle de legitimidade do direito pré-constitucional, do direito municipal em face da Carta Magna e nas controvérsias sobre direito pós-constitucional revogado ou cujos efeitos se exauriram.

Corroborando com a posição defendida a decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello, Relator na ADPF 17-AP (20/09/2001):

(...) É claro que a mera possibilidade de utilização de outros meios processuais não basta, só por si, para justificar a invocação do princípio da subsidiariedade, pois, para que esse postulado possa legitimamente incidir, revelar-se-á essencial que os instrumentos disponíveis mostrem-se aptos a sanar, de modo eficaz, a situação de lesividade. Isso significa, portanto, que o princípio da subsidiariedade não pode - e não deve - ser invocado para impedir o exercício da ação constitucional de arguição de descumprimento de preceito fundamental, eis que esse instrumento está vocacionado a viabilizar, numa dimensão estritamente objetiva, a realização jurisdicional de direitos básicos, de valores essenciais e de preceitos fundamentais contemplados no texto da Constituição da República. Se assim não se entendesse, a indevida aplicação do princípio da subsidiariedade poderia afetar a utilização dessa relevantíssima ação de índole constitucional, o que representaria, em última análise, a inaceitável frustração do sistema de proteção, instituído na Carta Política, de valores essenciais, de preceitos fundamentais e de direitos básicos, com grave comprometimento da própria efetividade da Constituição. Daí a prudência com que o Supremo Tribunal Federal deve interpretar a regra inscrita no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, em ordem a permitir que a utilização da nova ação constitucional possa efetivamente prevenir ou reparar lesão a preceito fundamental, causada por ato do Poder Público. (STF, 2001, p. 7)

Acrescentem-se as lições de Luiz Flávio Gomes, a respeito do Estado Democrático de Direito:

(...) faz-se justiça não somente na medida em que o julgador seja capaz de tomar uma decisão consistente com o Direito vigente, mas para isso ele tem que ser igualmente capaz de se colocar no lugar de cada um desses envolvidos, de buscar ver a questão de todos os ângulos possíveis e, assim, proceder racional ou fundamentadamente à escolha da única norma plenamente adequada à complexidade e à unicidade da situação de aplicação que se apresenta (1997, p. 22/23).

Portanto, quando da apreciação da existência de outro meio judicial capaz de sanar a lesividade, não devem os Ministros do STF ater-se à literalidade da norma do § 1.º do art. 4.º da Lei nº 9.882/1999, mas se colocarem no lugar da parte arguinte, e perguntarem-se: poderá eventual medida judicial de cunho incidental gerar os mesmos efeitos de saneamento efetivo da lesividade?

Evidente que não. Lembre-se que a existência dos processos ordinários e dos recursos extraordinários não deve excluir, em princípio, o manejo da ADPF, além do que, em regra, aqueles não se mostram aptos a resolver a controvérsia constitucional de forma definitiva e imediata - com eficácia *erga omnes*. Aliás, o excesso de recursos extraordinários, versando sobre a mesma matéria constitui ameaça ao funcionamento do STF e acarreta um duplo efeito negativo - a sobrecarga do Tribunal e dá azo às incongruências hermenêuticas e confusões jurisprudenciais - que infringem os preceitos fundamentais do amplo acesso à tutela jurisdicional e da segurança jurídica (GRANZOTI, 2002, p. 4).

A pendência de recurso extraordinário sobre a matéria constitucional não constitui, por si só, óbice ao ajuizamento da arguição. Ainda que decidido pelo STF, esse acórdão produzirá efeitos *inter partes* e a extensão *erga omnes* dos efeitos do julgado dependerão da resolução, a ser ou não emitida pelo Senado Federal, suspendendo a execução da lei ou do ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo. Assim, o interesse processual no ajuizamento e prosseguimento da arguição subsistirá enquanto o Senado não emitir a resolução nos termos da CF, art. 52, X. Enquanto existir apenas a decisão da Suprema Corte (com a coisa julgada operando entre as partes da lide), é cabível a ADPF, para que a decisão do STF tenha caráter geral (NERY JUNIOR; NERY, op. cit., p. 1450).

Lembra também Daniel Sarmento:

(...) que um dos objetivos que inspirou a criação da ADPF foi o de possibilitar a antecipação de decisões do Supremo Tribunal Federal sobre temas constitucionais relevantes, que, antes desta ação, só poderiam ser examinados pelo Supremo depois de muito tempo, após longas batalhas judiciais, quando já instalado um deletério clima de insegurança jurídica. Essa finalidade seria frustrada se fosse conferida interpretação puramente literal ao art. 4.º, § 1.º, da Lei nº 9.882/99, para obstar o cabimento das arguições incidentais sempre que existisse algum recurso disponível contra a decisão judicial (op. cit., p. 104).

Outrossim, observe-se que a aplicação literal do princípio da subsidiariedade na ação de arguição sob uma perspectiva subjetiva, tal como pretende a primeira corrente doutrinária, acarretará a eliminação das hipóteses de

propositura desse instrumento e, conseqüentemente, a inconstitucionalidade do dispositivo em comento, por violação ao artigo 102, § 1º, da Constituição Federal (FERREIRA; FERNANDES, 2002, p. 12).

Nesse diapasão e considerando-se o perfil objetivo da arguição de descumprimento de preceito fundamental e a mesma legitimação ativa prevista para a ação de inconstitucionalidade, dificilmente poder-se-á vislumbrar uma autêntica relação de subsidiariedade entre esse instituto e as formas ordinárias de controle de constitucionalidade do sistema difuso.

Ademais, a eficácia *erga omnes* da sentença na ação de arguição garante a segurança jurídica das relações, em contraposição à instabilidade gerada pelas incongruências hermenêuticas e variedade jurisprudencial decorrentes dos pronunciamentos dos vários órgãos e tribunais em cada ação individual.

Tal situação se agrava sobremaneira quando se trata dos processos em massa, a depender das decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade. A utilização exclusiva do sistema difuso de controle de constitucionalidade nessa hipótese não se revela plenamente eficaz, em razão do limitado efeito do julgado nele proferido – eficácia *inter partes*.

Por fim, retomando as questões propostas no início deste capítulo, pode-se inferir que a cláusula da subsidiariedade contida no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99 não consagra a aplicação do princípio da exaustão das instâncias na forma “radical” ou literal preconizada por parte da doutrina brasileira – entendimento este que, certamente, acarretaria a inutilidade, a inviabilidade prática e, quiçá, a inconstitucionalidade deste dispositivo.

Coadunamos com o entendimento de que a existência de ações ou de outros recursos processuais – vias processuais ordinárias do controle concreto – não constitui óbice à formulação da arguição de descumprimento em razão da diferença de perfis, pois enquanto esta ação possui perfil eminentemente objetivo, aquelas têm perfil subjetivo – processo com vistas ao julgamento de conflito intersubjetivo de interesses das partes.

Por outro lado, tal como explicitado, a multiplicidade de processos e decisões sobre um

dado tema constitucional reclama, muitas vezes, a utilização de um único instrumento de feição concentrada, que permita a solução definitiva e abrangente da controvérsia, com eficácia contra todos e efeito vinculante.

Destarte, o Supremo Tribunal Federal poderá conhecer da arguição de descumprimento toda vez que o princípio da segurança jurídica restar seriamente ameaçado, especialmente em razão de conflitos de interpretação ou de incongruências hermenêuticas causadas pelo modelo pluralista de jurisdição constitucional.

4. Considerações finais

O controle de constitucionalidade abstrato no Brasil, a partir de 1988, passou a ter um tratamento singular, em razão da inclusão da arguição de descumprimento de preceito fundamental, da ação direta de inconstitucionalidade, bem como da ação declaratória de constitucionalidade pela Emenda Constitucional nº 3/1993.

Esse instituto serve como instrumento processual de inigualável relevância no direito brasileiro a ser utilizado pelo Supremo Tribunal Federal no exercício de sua função de Guardião da Constituição. Tal relevância decorre da demonstrada capacidade de sanar ou prevenir lesões, de forma geral, definitiva e imediata, ao que há de mais relevante à Constituição – os preceitos fundamentais – em consonância com os princípios do real Estado Constitucional e Democrático de Direito.

Verifica-se que, com a regulamentação pela Lei nº 9.882/99, os órgãos do poder político responsáveis pela elaboração da lei pretenderam concentrar o controle de todos os atos do Poder Público no Supremo Tribunal Federal, reduzindo de certa forma o espaço para o exercício do controle difuso de constitucionalidade.

A arguição, ao autorizar a apreciação direta, pelo Supremo Tribunal, de questão constitucional vinculada a caso concreto – seja por intermédio de ação direta, seja por meio de um incidente – racionaliza a prestação jurisdicional eis que interliga o sistema difuso e o concentrado de controle, haja vista a incidência da decisão proferida sobre os diversos processos em curso. Com isso, permite-se antecipar o deslinde de uma questão que percorreria a *via crucis* do sistema

difuso até chegar ao Supremo Tribunal Federal (BASTOS; VARGAS, p. 70).

A ADPF está inserida em um sistema de fiscalização de constitucionalidade e deve ser interpretada e aplicada em cotejo com os demais instrumentos existentes no direito brasileiro que buscam a efetividade de uma Constituição normativa, encontrando um ambiente favorável para sua realização.

Como bem observa Gilmar Ferreira Mendes (2000 (a), p. 6) o instituto regulamentado pela Lei nº 9.882/99 alterou sobremaneira o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. Primeiro, porque viabilizou a antecipação de decisões sobre controvérsias constitucionais relevantes, garantindo a vigência da “interpretação autêntica” do STF. Segundo, porque poderá ser manejado para solver controvérsia relevante sobre a legitimidade do direito ordinário pré-constitucional, estendendo-se ao artigo constitucional emendado, e do direito municipal em face da Constituição vigente, o que somente poderia ocorrer via controle difuso.

E, terceiro, porque, devido à eficácia *erga omnes* e ao efeito vinculante, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal fornecerão a diretriz segura aos demais juízos e Tribunais acerca da legitimidade ou não de atos de idêntico teor editados pelos diversos entes do Poder Público. Tal consequência certamente acarretará uma relativa celeridade aos provimentos jurisdicionais emitidos pelo STF, tendo em vista a sensível diminuição dos recursos extraordinários, em especial quanto à ocorrência dos processos em massa.

A partir do momento que se concebe a ADPF, inclusive a incidental, como instrumento destinado à garantia objetiva da ordem constitucional, não há dúvidas de que a via ordinária não é suficiente para sanar a controvérsia constitucional ou a lesividade do preceito fundamental violado. Tal constatação depreende-se da comparação entre os efeitos produzidos por ambas as decisões.

Enquanto o objetivo almejado pela arguição é o de reparar ou evitar a lesão à ordem jurídica globalmente considerada, o recurso extraordinário visa à solução de um conflito de interesses intersubjetivos levado ao Poder Judiciário. Portanto, vê-se que a eficácia, restrita ao caso concreto, do recurso extraordinário não tem o

condão de atingir terceiros alheios ao processo, fato que se espera quando a questão posta em discussão é a garantia da ordem constitucional do país, e que requer a eficácia da decisão contra todos, não apenas entre as partes.

A situação é agravada quando o objeto de litígio passa a ser alvo de jurisdição de massa, em que os milhares de processos idênticos versam sobre a mesma questão jurídica. Pode-se afirmar que um dos fatores geradores do colapso no sistema jurisdicional é o sem-número de recursos “idênticos” (entendidos como os desafiadores da mesma questão jurídica) a serem julgados pelos Tribunais, em especial, pelo Supremo Tribunal Federal.

É indubitável que se fosse garantida, por intermédio da ação de arguição, a vigência da “interpretação autêntica” emanada pela Suprema Corte – com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante – como forma de restringir a proliferação das ações em massa e de inibir a atuação daqueles que relutam em postergar o cumprimento da decisão judicial (o que infelizmente é uma realidade crescente), o Poder Jurisdicional do Estado seria aplicado com maior celeridade, fato garantidor de credibilidade na Justiça.

Por outro lado, não se pode olvidar que a doutrina é assente no sentido de que quando a matéria versada na arguição de descumprimento for de interesse geral, não é razoável exigir o prévio esgotamento das instâncias ordinárias, o que representa uma exceção ou abrandamento da cláusula de subsidiariedade.

O fundamento jurídico desse posicionamento é a acentuada dimensão objetiva da arguição de descumprimento de preceito fundamental, devido a três aspectos: (i) ser um instrumento do controle concentrado de constitucionalidade, no qual é instaurado processo objetivo, com o fito de defender a ordem jurídica em tese e não interesses particulares, (ii) a sua legitimidade ativa restrita, a mesma prevista para a ação de inconstitucionalidade, e (iii) a eficácia *erga omnes* da decisão.

Tendo em vista o caráter objetivo da arguição de descumprimento, o juízo de subsidiariedade, previsto no § 1º do art. 4º, deve ser procedido a partir dos demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional. Não existindo meio jurídico apto para solver a

controvérsia de forma ampla e imediata, ou seja, não sendo admitida a utilização de ações diretas de inconstitucionalidade (*lato sensu*) ou declaratória de constitucionalidade é viável o manejo da ADPF.

Não se pode coadunar com a interpretação extensiva pretendida pela corrente doutrinária que preconiza o efetivo esgotamento de todos os meios disponíveis para sanar o alegado descumprimento, sem excluir os mais lentos, onerosos e complexos recursos. Esta interpretação certamente condenaria o processo de arguição à inutilidade e à inviabilidade prática, posto que sempre existirá um mecanismo cabível dentro do sistema de controle da constitucionalidade.

Em síntese: a relação de subsidiariedade da arguição de descumprimento é estabelecida entre os instrumentos de proteção do sistema objetivo. Todavia, em relação ao recurso extraordinário e à via ordinária, já não existe este óbice, de maneira que, sendo relevante a controvérsia constitucional, o Supremo Tribunal Federal poderá (poder-dever) processar e julgar a arguição incidental.

5. Bibliografia consultada

- BASTOS, Celso Ribeiro; VARGAS, Alexis Galiás de Souza. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: **Revista de direito constitucional e internacional**, n. 30. São Paulo, jan./mar. 2000, p. 69-77.
- CAMPO, Hélio Márcio. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**. São Paulo : Editora Juarez de Oliveira, 2001.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra : Livraria Almedina, 1991.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Elementos de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- DIMOULIS, Dimitri. Redundâncias e silêncios constitucionais no exemplo da arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: TAVARES, A. R.; ROTHENBURG, W. C. (Orgs.). **Aspectos atuais de constitucionalidade no Brasil : recurso extraordinário e arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Rio de Janeiro : Forense, 2003. p. 79-99.
- GOMES, Luiz Flávio. **A dimensão da magistratura no estado constitucional e democrático de direito : independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997.
- GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo : Saraiva, 1989.
- MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. Arguição de descumprimento de preceito fundamental : em defesa do Estado Social Democrático de Direito. In: TAVARES, A. R.; ROTHENBURG, W. C. (Orgs.). **Aspectos atuais de constitucionalidade no Brasil : recurso extraordinário e arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Rio de Janeiro : Forense, 2003. p. 223-243.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Sétima parte – arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental**. 26. ed. atual. por WALD, Arnold; MENDES, Gilmar Ferreira. São Paulo : Malheiros Editores, 2003. p. 395-454.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: parâmetro de controle e objeto. In: TAVARES, A. R.; ROTHENBURG, W. C. (Orgs.). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n.º 9.882/99**. São Paulo : Atlas, 2001, p. 128-149.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 11. ed. São Paulo : Atlas, 2002.
- _____. Anexo B – Lei n.º 9.882, de 3 de dezembro de 1999. In: **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 2. ed. São Paulo : Atlas, 2003. p. 2433/2459.
- MORAES, Guilherme Peña de. Capítulo XII – Arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: **Direito Constitucional : Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro : Editora Lumen Júris, 2003. p. 281-294.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Arguição de descumprimento de preceito fundamental In: **Código de processo civil comentado : e legislação extravagante : atualizado até 7 de julho de 2003**. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 1443-1454.
- PIOVEZAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanzziola. Arguição de descumprimento de preceito fundamental : inovações a aspectos polêmicos. In: TAVARES, A. R.; ROTHENBURG, W. C. (Orgs.). **Aspectos atuais de constitucionalidade no Brasil : recurso extraordinário e arguição**

de descumprimento de preceito fundamental. Rio de Janeiro : Forense, 2003. p. 101-132.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: TAVARES, A. R.; ROTHENBURG, W. C. (Orgs.). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n.º 9.882/99.** São Paulo : Atlas, 2001, p. 198-238.

SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: TAVARES, A. R.; ROTHENBURG, W. C. (Orgs.). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n.º 9.882/99.** São Paulo : Atlas, 2001, p. 85-108.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 3. ed. São Paulo : Malheiros, 1999.

SLAIBI FILHO, Nagib. Capítulo VII – Arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: **Direito constitucional.** Rio de Janeiro : Forense, 2004. p. 333-347.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade.** 2. ed. Belo Horizonte : Del Rey, 2000.

OUTRAS FONTES

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, promulgada em 05/10/1988.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, LEI Nº 5.869, de 11/01/1973.

LEI Nº 9.868, de 10/11/1999.

LEI Nº 9.882, de 03/12/1999.

BERNARDES, Juliano Taveira. Lei 9882/99: arguição de descumprimento de preceito fundamental. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 4, n. 39, fev./2000. Disponível em:

<<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=237>>. Acesso em: 10/02/2004.

DAL COL, Helder Martinez. O significado da expressão “preceito fundamental” no âmbito da arguição de descumprimento de preceito fundamental, prevista no artigo 102, § 1º, da CF. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 52, nov./2001. Disponível em:

<<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2322>>. Acesso em: 12/03/2004.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; FERNANDES, Rodrigo Pieroni. A arguição de descumprimento de preceito fundamental e a manipulação dos efeitos de sua decisão. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 54, fev./2002. Disponível em:

<<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2596>>.

Acesso em: 01/03/2004.

GRANZOTI, Fernando de Miranda. A arguição de descumprimento de preceito fundamental e o papel do Supremo Tribunal Federal no Estado Democrático de Direito. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 7, n. 60, nov./2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3353>>. Acesso em: 11/02/2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º, CF). **Jus Navigandi**, Teresina, a. 4, n. 38, jan./2000 (a). Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=235>>. Acesso em: 10/02/2004.

_____. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: demonstração de inexistência de outro meio eficaz. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 4, n. 43, jul./2000 (b). Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=236>>. Acesso em: 10/02/2004.

ROCHA, Mauro Sérgio. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental e o aprimoramento do controle brasileiro da constitucionalidade.** [s.d.]. Disponível em : <www.conamp.org.br/eventos/teses/tese199.htm>. Acesso em: 06/03/2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **Informativo STF**, n. 243. Brasília, set./2001 (a). Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/anteriores/info243.asp>>. Acesso em 09/04/2004.

_____. **Informativo STF**, n. 253. Brasília, dez./2001 (b). Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/anteriores/info253.asp>>. Acesso em: 09/04/2004.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **A arguição de descumprimento de preceito fundamental.** Disponível em: <http://gemini.stf.gov.br/netathtml/discurso_home_nagem.htm>. Acesso em: 28/02/2004.

ZAINAGHI, Maria C. Arguição de preceito constitucional. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 7, n. 64, abr./2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3932>>. Acesso em: 01/04/2004.

CAROLINE CORRÊA DE ALMEIDA é advogada no Brasil, especialista em Direito Processual Civil pelo Uniceub e mestranda em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

O CONTRATO DE FRANQUIA

Eloy Pereira Lemos Junior

Há quem atribua as origens mais remotas do *franchising*, da forma como é conhecido e praticado atualmente, às expedições ou aventuras marítimas dos diversos reinos existentes à época em que eles se lançavam ao mar em busca de novas terras e riquezas.

Conforme ensina o autor Luiz Felizardo Barroso:

"Naquele tempo, reis (franqueadores) 'franqueavam' navios (o estabelecimento) e os apresentavam (os aprestos, ou apetrechos eram as respectivas instalações) para que, em nome do reino, sob suas armas (suas marcas), os navegadores (comandantes - master franqueados ou sob franqueadores) buscassem novas terras (hoje novas unidades franqueadas para incorporação à rede - isto é, ao reino), novos produtos (especiarias) e, por fim, mais riquezas (a lucratividade sempre tão almejada por qualquer empreendimento)"¹.

Sem dúvida, a força maior da Igreja Católica também se fazia sentir, pois, para que agissem em seu nome, cobrando e coletando impostos devidos à ela, concedia autorização aos Senhores feudais, que ficavam com uma parte do valor coletado como forma de remuneração, enviando o restante à Igreja.

Tratava-se, como se pode ver, de uma atividade bem rudimentar, longe de ser como é hoje a franquia atualmente praticada, e que será objeto de estudo desta pesquisa jurídica.

Quando se trata de estudar a origem e a evolução da franquia, no setor público falando da Igreja Católica, cujos poderes, à época, confundiam-se com os do próprio Estado, devemos considerar que, até hoje existiriam no Reino Unido, sob a forma de concessões de serviços públicos, certas franquias outorgadas para serem realizadas exposições, feiras,

fornecimento de serviços de balsas, ou construção de pontes e passagens sobre rios e córregos.

Ainda sob os auspícios do citado autor Luiz Felizardo Barroso, "o termo *"franquia"*, atualmente conhecida em todo o mundo, pelo termo *franchising*, tem sua origem mais remota no idioma francês, com a expressão *franchisage*"².

Com efeito, no francês antigo, *franc* significava a outorga de um privilégio ou de uma autorização. As cidades franqueadas eram as que podiam usar, em seu benefício, uma vantagem ou privilégio até então reservado aos senhores feudais.

Assim é que, na Idade Média, cidade *franche* ou *franchisée* (franqueada) era a que oferecia livre circulação de pessoas e de bens, que por ela transitassem.

O verbo *franchiser*, franquear, significava mesmo dar um privilégio ou conceder uma autorização de abandono de uma servidão. Neste sentido, os senhores feudais concediam *lettres de franchise* a algumas pessoas (principalmente ligadas à área financeira), outorgando-lhes certa liberdade, em detrimento de sua própria autoridade.

Ao fim da Idade Média, a palavra e a própria prática da franquia, como descrita, simplesmente desapareceram na França.

Representando, hoje, 50% das franquias na Europa, tendo desenvolvido suas próprias redes, a *franchise française* ocupa o primeiro lugar em termos europeus, quer na qualidade dos produtos que oferece e dos serviços que presta, quer no número de unidades franqueadas (25.700), quer em milhões de euros que movimenta, quer, finalmente, no número de empregos que tem gerado (319.000).

Mesmo assim, tendo em torno de 6% de todo o movimento realizado no comércio de varejo e serviços na França, os franqueadores franceses, ainda não descobriram o Brasil, em seus planos de expansão além fronteiras. O que pela lógica não se justifica, pois, em outros setores da economia, os franceses estão em plena concordância e entrosamento com o Brasil.

¹ BARROSA, Luiz Felizardo. *Franchising e direito*. São Paulo: Atlas, 1997. p. 27.

² BARROSA, Luiz Felizardo. Op. cit. p. 28.

A expressão *franchise* só veio reaparecer no fim da Segunda Guerra Mundial, em 1950, nos Estados Unidos da América do Norte, agora apresentando-se como *franchise* ou *franchising*, com outra conotação, porém, mais econômica e indicando a criação de um novo sistema de distribuição, fundando sobre a integração parcial em uma entidade privada de natureza econômica e aparência única, embora constituída por comerciantes empresários independentes entre si, que adquiriam de um líder e contra uma remuneração, o privilégio de explorar localmente seu sistema de comercialização.

Indiscutivelmente, em termos empresariais, como o conhecemos e o praticamos hoje, nos principais países capitalistas do mundo, como no Brasil, França, Inglaterra, Espanha, bem como os outros países da Europa e Japão, a franquia nasceu nos Estados Unidos da América do Norte em 1860, ano em que a *Singer Sewing Machine* resolveu ampliar sua participação no mercado, atingindo, em termos de varejo, um território mais amplo, com poucos investimentos, somente aqueles necessários a sua estruturação como franqueadora.

Estabelecidos alguns padrões de desempenho, a indústria em questão criou o que resolveu denominar de Lojas Singer, convocando alguns comerciantes independentes e oferecendo-lhes uma série de franquias para que eles, utilizando a marca Singer, passassem a comercializar os produtos de marca, em lojas por eles próprios implantadas, a suas próprias expensas, seguindo um padrão único de arquitetura interior e de utilização de marca, e por fim, comprando, com seu próprio capital, os produtos que iriam revender mais tarde.

Foi um sucesso nacional estrondoso, graças à publicidade institucional em termos de rede e, principalmente, a sua técnica de venda no varejo e transferência de todo *know-how* do franqueador e seus franqueados, que cuidavam pessoalmente de seu negócio; fórmula esta bem simples, aliás, mas que explica o sucesso do *franchising* até nossos dias.

Vista a questão internacional, passamos ao terreno do direito pátrio e da visão de economia que dele resultam.

O vocabulário *franchising* é um substantivo que significa, de forma genérica, o sistema no qual os agentes econômicos atuam.

Em sentido escrito, retrata o instituto jurídico, hoje, perfeitamente definido e caracterizado.

Já o verbete *franchise* exprime o direito ou o conjunto de direitos a serem outorgados, significando, ao mesmo tempo, a unidade empresarial, o estabelecimento comercial, industrial ou prestador de serviços, podendo, ainda, expressar, dentro da mesma acepção, porém mais simplesmente, o ponto de venda a ser operado.

Como o verbo, *franchise* denota o ato de conceder o direito, ou o conjunto de direitos respectivos.

Assim, o conceito de *franchise* que possa contemplar os principais elementos elencados por alguns juristas de renome, como Caio Mário, Fran Martins e Orlando Gomes e pelo art. 2 do Projeto de Lei n. 318/91, estão atualmente transformados na Lei n. 8.955, de 15-12-94 publicada no Diário Oficial da União em 16-12-94.

Resta, por ora conceituar o tema.

Para o melhor entendimento e estudo do *franchising*, vamos, de agora em diante tratá-lo, por um termo equivalente em português, utilizado na Lei Magalhães Teixeira: "Franquia empresarial", que designa o sistema como um todo.

Segundo a obra de Geraldo Magela Alves:

*"Franchising ou franquia, em vernáculo, é o contrato pelo qual uma das partes (franqueador ou franchisor) concede, por certo tempo, a outra (franqueado ou franchise) o direito de comercializar, com exclusividade, em determinada área geográfica, serviços, nome comercial, título do estabelecimento, marca de indústria ou produto que lhe pertence, com assistência técnica permanente, recebendo, em troca, certa remuneração"*³.

Conforme as palavras do autor Marcelo Raposo Cherto, outro conceito de franquia é: "a relação entre o franqueador e o franqueado; a somatória

³ ALVES, Geraldo Magela. *Manual prático dos contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 297.

dos direitos e obrigações que resultam dessa relação; ou a unidade (...) operada e administrada pelo franqueado, por licença do franqueador"⁴.

Franquia Empresarial, destarte, consiste em uma autorização para uso de nome e de marca, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional, desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, que uma empresa faz a outra, com prestação de serviços e assistência permanente, mediante o recebimento de certa quantia e sob determinadas condições, conservando esta última sua individualidade jurídica sem, contudo, manter individualização mercadológica própria, que é do franqueador.

Novos termos foram acrescentados ao jargão das franquias.

O jornal "Folha de São Paulo" classificou os seguintes:

"MASTER FRANQUEADO: dono da franquia responsável pelo desenvolvimento do 'franchising' de um determinado negócio fora do país de origem; TAXA de FRANQUIA: valor pago pelo franqueado quando adere à rede. Em alguns casos, essa taxa também é cobrada a cada renovação do contrato de franquia; TAXA de PROPAGANDA: valor pago mensalmente pelos franqueados - em geral, cobrado a partir de um percentual sobre o faturamento bruto - para a manutenção de um fundo de marketing da rede; UNIDADE PILOTO: unidade implantada e administrada pelo próprio franqueador para a realização de testes e avaliação de riscos do negócio a ser franqueado; PRAZO de RETORNO: tempo médio para a recuperação do total de capital investido pelo franqueado" ⁵.

A reportagem foi realizada para dar publicidade ao evento denominado "ABF FRANCHISING SHOW". Trata-se de uma feira de negócios e oportunidades, destinado às pessoas interessadas em investir e trabalhar neste novo segmento conhecido como franquia.

O mesmo jornal, ainda esclarece dúvidas para que o futuro franqueado não faça um mau negócio.

"Cuidados antes de adquirir uma franquia: Solicite a Circular de Oferta do Franqueador. Procure se informar sobre o franqueado. Consulte a ABF (Associação Brasileira de Franchising) e o Instituto Franchising. Evite fechar negócio por meio de intermediários. Veja se você possui afinidade com o ramo escolhido e como é o mercado na região de seu interesse. Verifique a estrutura organizacional do franqueador. Pergunte: Qual o faturamento anual? Como é o treinamento oferecido ao franqueado? Há registro no Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) e um conselho de franqueados? Quanto à operação, veja se: É exigida dedicação integral? Como é a comunicação do franqueador com a rede? Na hora de assinar o contrato, atente para: Duração, limite de território, restrições ao número de unidades, direitos e obrigações do franqueado e do franqueador e termos para rescisão, renovação e alteração. Veja se ele prevê sucessão, venda ou transferência da franquia. Submeta-o a um advogado. Quanto ao investimento, pergunte: Qual é a taxa de franquia? Qual é valor dos royalties? Qual a reserva de caixa necessária e o prazo de retorno do investimento? É cobrada taxa de publicidade? Seja cauteloso com franquias que não cobram taxas. É sempre bom conversar com outros franqueados da rede para saber quais as condições atuais do negócio e como é o trabalho" ⁶.

Marcelo Cherto conceitua "franqueador" como:

"... dono da marca ou do sistema, que autoriza terceiros franqueados- a fazerem uso do seu sistema operacional. São fornecedores, só para citar alguns exemplos: o Mc Donald's, que concede franquias de restaurantes que operam (funcionam) sob sua marca e de acordo com seus padrões que ele impõe, a AC (empresa que é franqueadora do conceito de loja de cosméticos e perfumes Água de Cheiro)" ⁷.

⁴ CHERTO, Marcelo R. O franchising e a lei. São Paulo: Instituto Franchising Comércio Eventos, 1996. p.09

⁵ FOLHA DE SÃO PAULO. São Paulo, 31 de maio de 1998. Cad. 6, Caderno Sua Vez, p.16.

⁶ FOLHA DE SÃO PAULO. São Paulo, 31 de maio de 1998. Cad. 6, Caderno Sua Vez, p.17.

⁷ CHERTO, Marcelo R. Op. cit. p. 09.

A relação jurídica estabelecida entre franqueador e franqueado não é portanto, absolutamente de emprego, não existindo um vínculo ténue sequer de natureza empregatícia entre os dois, pelo contrário, a franquia pressupõe um relacionamento de parceria entre duas empresas independentes, conservando cada uma sua individualidade jurídica, assumindo cada uma todo o risco de seus respectivos, empreendimentos, responsabilizando-se por todas as despesas de seu pessoal e de manutenção do próprio estabelecimento.

Por outro lado, robustecendo ainda mais esta assertiva, temos que a noção pura de vínculo empregatício requer para seu aperfeiçoamento, necessariamente, a existência, de um lado, de uma pessoa jurídica, como empregador e, de outro, de uma pessoa natural ou física, como empregado, prestando serviços de natureza não eventual, ao empregador, sob a dependência deste e mediante salário (CLT, art.3).

Mesmo que do lado do franqueado ainda não exista uma pessoa jurídica, mesmo assim o franqueado não é funcionário, empregado de categoria.

Este relacionamento, entre franqueador e franqueado, deve manter-se em perfeito estado de equilíbrio, correspondendo as prestações de uma parte às contraprestações da outra, obrigações e ônus respectivos, compensando-se com vantagens e benefícios, de parte a parte. Cada uma das obrigações impostas, portanto, tem como contrapartida outra obrigação da parte que as impõe.

Jamais uma parte, geralmente o franqueador, tolhendo a liberdade do franqueado, por exemplo, a observar os preços finais ao consumidor que lhe forem impostos pelo franqueador, acatar as condições e local de trabalho que lhe forem determinados pelos franqueador e, ainda por cima, dentro de um gerenciamento que não seja o seu. Se todos esses fatores estiverem conjugados, o conceito de franquia estará conspurcado.

Aliás, diga-se de passagem, por mais que um contrato de franquia afirme que o franqueado não é empregado do franqueador, por mais que suas cláusulas alardeiem a inexistência do vínculo empregatício entre ambos, é imprescindível que, na prática, o franqueado fique livre para dirigir, administrar seus próprios fundos e assumir os riscos inerentes a toda sua atividade mercantil,

enfim que tenha plena independência econômica, como aliás, é de essência do instituto de *franchising*.

A estratégia a ser empregada para a obtenção de lucros é só e exclusivamente do franqueado. A única perda de individualização própria que se admite é a mercadológica que é do franqueador; assim mesmo, em termos institucionais, nacionais e regionais, restando ainda, ao franqueado a estratégia mercadológica local ou setorial, em termos táticos, com a ciência prévia do franqueador.

Conquanto no Brasil já exista uma lei específica sobre *franchising*, vários diplomas legais genéricos, como os Códigos Civil e Comercial e mesmos outros dirigidos especialmente à defesa do consumidor, ao registro da marca, inibidores dos abusos de poder econômico, podem, devem e são regularmente aplicados ao *franchising*.

Isto sem falarmos nos padrões éticos de conduta que devem possuir as partes, antes da assinatura do contrato de franquia e mesmo após a sua elaboração e, que são exigidos de qualquer empresário, em particular aos franqueados, tendo em vista as particularidades da função que desempenham.

Estes padrões éticos da conduta empresarial fazem parte do Código de Auto-Regulamentação em *Franchising*, ou Código de Ética, como acostumamos chamá-lo, que é recomendado pela Associação Brasileira de *Franchising* e observado por todos os integrantes do Sistema de *Franchising* no Brasil, sejam eles franqueadores, franqueados, consultores ou simplesmente fornecedores de bens ou serviços ao Sistema.

Segundo a abalizada opinião do citado autor Luiz Felizardo Barroso:

“É óbvio que padrões éticos de conduta podem e devem ser exigidos de qualquer pessoa. É evidente, também, que se pode recomendar e/ou até exigir a observância do Código de Auto Regulamentação em franchising aos sócios da Associação Brasileira de Franchising ou aos franqueadores e franqueados de modo geral. Mas é um sonho acreditar que se vá contar com a obediência ao Código de Ética por parte de quem não esteja vinculado ao

sistema, daí a necessidade de um diploma legal específico, para regulá-lo"⁸.

Sempre que um fato econômico se torna fator de atingimento do bem comum, o direito confere-lhe determinado valor, definindo-lhe a própria existência e regulando-lhe o funcionamento, por meio de determinado diploma legal, para melhor atendimento das necessidades sociais.

Podemos concluir que franqueado é aquele que adquire a franquia, o que instala, opera e administra a empresa, por exemplo: os possuidores de restaurantes do Mac Donald's no Rio de Janeiro, São Paulo, bem como o dono e operador de uma loja da Água de Cheiro da cidade de Ribeirão Preto.

Marcelo Cherto define franqueador como: "... (pessoa física ou jurídica) que adquire a franquia, o que instala, opera e administra a loja"⁹.

Expostas as conceituações e idéias iniciais sobre o tema, passamos a cuidar do contrato que regulamenta o *Franchising*.

O *franchising*, por sua natureza jurídica trata-se de contrato atípico, bilateral, consensual, oneroso e de execução continuada.

Assim, no que concerne a sua natureza jurídica, o *franchising* se constitui em figura distinta de outros institutos, formado por meio de contrato bilateral híbrido.

Assim como dispõe o doutrinador Adalberto Simão Filho:

"Fazem parte da composição do Instituto diversas outras figuras conhecidas do Direito, como a licença para o uso de sua marca, cessão de direitos, prestação de serviços, compra e venda, distribuição, contribuindo para a seguinte classificação: o franchising forma-se por contrato, tendo-se em conta a sistematização a Lei n. 8.955/94 que o estruturou e o regulamentou no campo legal. Esse contrato é misto por se utilizar de diversos contratos nominados ou inominados para sua estruturação. Bilateral por só poder ser formado com a concorrência de outros participantes além do franqueador, que em geral são pessoas jurídicas ou físicas que se obrigam a criar pessoas jurídicas com o fim

de explorar o contrato firmado. Inerentes a este contrato existem prestações recíprocas a serem cumpridas pelas partes, com direitos e obrigações de ambos os lados, com o fim de se atingir o objeto do contrato consubstanciado na distribuição ou comercialização de produtos, mercadorias ou serviços"¹⁰.

Em suma, que o *franchising* em sua natureza jurídica seja um contrato típico, misto, bilateral, de prestações recíprocas e sucessivas com o fim de se possibilitar a distribuição, industrialização ou comercialização de produtos, mercadorias ou prestação de serviços nos moldes e forma previsto em contrato de adesão.

Entre os documentos que são necessários para que um franqueador ingresse, atualmente nos quadros associativos da ABF está a Circular de Oferta de Franquia, que é um documento legal nos países mais adiantados, como EUA, França e Canadá, e que aliás, já constitui uma das exigências que a lei brasileira sobre o *franchising* (Lei n. 8.955, de 15-12-94) faz ao franqueador, em sua atividade de prospecção de novos franqueados.

Ao ser redigido o anteprojeto, respectivo, da Lei n. 8.955/94, a ABF, teve o cuidado de apoiar a inserção da exigência de apresentação da Circular de Oferta de Franquia, justamente para pessoas leigas terem mais segurança na contratação de seu novo negócio.

Assim é que todo franqueado em potencial pode e deve exigir de seu futuro franqueador - com base naquela Circular - que ele lhes preste as informações elencadas, sem que isto se constitua absolutamente em uma garantia de lucros futuros. Aliás, nenhum franqueador deve prometer nada a seus franqueados. Todo franqueado, pois, a seu turno, corre riscos e, por isso mesmo, precisa ser suficientemente esclarecido, para poder avaliar cuidadosamente seu empreendimento.

Segundo Luiz Felizardo Barroso, com base no princípio do *disclosure* - revelação sincera, total e ampla dos dados empresariais - que preside a criação da Circular de Oferta de Franquia, os franqueadores devem seguir os seguintes procedimentos:

⁸ BARROSO, Luiz Felizardo. Op. cit. p. 43.

⁹ CHERTO, Marcelo R. Op. cit. p. 09.

¹⁰ SIMÃO FILHO, Adalberto. *Franchising: Aspectos jurídicos e contratuais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997. p. 42.

*"que lhes apresente um histórico de sua empresa, de seus negócios correlatos e, até, de suas vidas pessoais; que lhes exiba seus balanços e suas demonstrações financeiras dos últimos três anos; que lhes apresente a situação do registro de sua marca perante o INPI. Requisito preliminar e judicial a qualquer tipo de contratação ou licenciamento, como vimos anteriormente; que lhes trace um perfil do franqueado ideal que desejam, para que os franqueados em potencial possam enquadrar-se nele; que lhes prestem informações fidedignas de como está sua franquia no mercado, situações macro e microeconômicas, inclusive quanto à concorrência; que lhes diga quais os investimentos necessários à implantação do negócio e qual o capital de giro adequado, inclusive para seu sustento pessoal, até que a franquia comece a dar lucros, que lhes informem sobre quais os valores envolvidos, inclusive na aquisição do ponto, aproximadamente é claro, mas tendo em vista a região e a área necessárias à exploração do negócio, isto é o tamanho da loja; também, quais os direitos e obrigações dele franqueador e quais os que esperam os franqueados em potencial; e, igualmente, quais as consequências que advirão se os franqueados em potencial quiserem deixar o negócio; isto porque ninguém deve entrar em negócio algum sem saber como e quanto lhe custará dele sair; isto sem esquecer de mencionar, da mesma forma, quais as consequências que advirão da rescisão do contrato, de parte a parte e qual o valor das multas previstas"*¹¹.

Para finalizar, todo franqueado em potencial deve solicitar a seu futuro franqueador que lhe forneça um modelo de contrato, a fim de que possa analisá-lo, prévia e cuidadosamente, em presença de seu advogado.

Fran Martins, sobre o contrato de franquia, diz que:

"É contrato que liga uma pessoa a uma empresa para que esta, mediante condições especiais, conceda à primeira o direito de comercializar marcas ou produtos de sua propriedade sem que, contudo, a essas esteja ligada por vínculo ou subordinação. O franqueado, além dos produtos que vai

*comercializar, recebe do franqueador permanente assistência técnica e comercial, inclusive no que se refere à publicidade dos produtos"*¹².

Já Nelson Abrão ensina que o contrato de franquia:

*"É um contrato pelo qual o título de uma marca de indústria, comércio ou serviço (franqueador), concede seu uso a outro empresário (franqueado), posicionado no nível de distribuição, prestando-lhe assistência no que concerne aos meios e métodos para viabilizar a exploração dessa concessão, mediante o pagamento de uma entrada e um percentual sobre o volume dos negócios realizados pelo franqueado"*¹³.

Waldirio Bulgarelli preleciona que:

*"Operação pela qual um comerciante, titular de uma marca comum, concede o uso desta, num setor geográfico definido, a outro comerciante. O beneficiário da operação assume integralmente o financiamento de sua atividade e remunera seu contratante com uma porcentagem calculada sobre o volume do negócio; a operação de franchising, repousa sobre a cláusula de exclusividade, garantindo ao beneficiário, em relação aos concorrentes, o monopólio da atividade"*¹⁴.

Por sua vez Orlando Gomes ensina: *"Operação pela qual um empresário concede a outro o direito de usar a marca de um produto seu com assistência técnica de sua comercialização, recebendo, em troca, determinada remuneração"*¹⁵.

Como esta é a primeira legislação brasileira que trata da matéria específica de *franchising*, de início, antes mesmos da conceituação do instituto, pretendeu o legislador atingir seu interior, com fins disciplinatórios, toda e qualquer relação jurídica travada em território brasileiro sobre a forma de franquia empresarial.

¹¹ BARROSO, Luiz Felizardo. Op. cit. p. 35.

¹² MARTINS, Fran. Contratos e obrigações comerciais. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 567.

¹³ ABRÃO, Nelson. Da franquia comercial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 10.

¹⁴ BULGARELLI, Waldirio. Contratos mercantis. São Paulo: Atlas, 1986. p. 484.

¹⁵ GOMES, Orlando. Contratos. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 528.

A dificuldade maior, para o intérprete, é analisar, em face de um censo concreto, se realmente a relação em desenvolvimento se adequa ao que a lei nominou de "Sistema de Franquia Empresarial".

Neste caso, no entender de Marcelo Raposo Cherto, *"há que se aprofundar na natureza jurídica de determinada operação, para fins de adequação ou não aos termos da lei"*¹⁶.

Podem ocorrer situações em que o contrato firmado com a parte possua até outra designação que não há de Franquia Empresarial ou *Franchising*, mas, em uma investigação aprofundada de todos seus elementos, nota-se que se está diante de um verdadeiro sistema em que todas as características principais traduzem as idéias e espírito do *franchising*. Neste ponto, há que também se investigar a origem das relações das partes; em que situação o contrato ingressou neste negócio jurídico, quais foram as promessas feitas pelo contratante etc.

Enfim, o ordenamento positivo brasileiro apresenta as possíveis soluções para a interpretação dos contratos, que podem ser utilizadas de forma conjugada ou específica, dependendo da formação do vínculo contratual e da relação até então existentes entre as partes.

Contrato de franquia é um contrato padrão, também chamado de contrato por adesão, com cláusulas gerais previamente estabelecidas e imutáveis. Será que essas cláusulas imutáveis conviram mesmo ao candidato à determinada franquia?

Todo franqueado em potencial não deve deixar de solicitar a seu futuro franqueador, por último, uma relação de seus franqueados, com nome e endereço dos respectivos titulares das franquias, para que possa dirigir-se a cada um deles e perguntar-lhes se seu franqueador lhes está dispensando toda a atenção e todo o apoio de que carecem e dos quais são merecedores por força do contrato que assumiram. De capital importância é, também, como é fácil entender, a lista dos ex-franqueados da rede pelo candidato à determinada franquia.

Depois de mais de 3 anos de discussões, marchas e contramarchas, a Lei Federal n. 8.955, também denominada Lei Magalhães Teixeira em

homenagem ao seu autor, o então Deputado José Roberto Magalhães Teixeira, do PSDB de São Paulo, foi finalmente aprovada, sancionada e publicada no dia 16/12/94, para entrar em vigor 60 dias depois, ou seja, no dia 16/02/95.

A Lei nasceu da idéia que seu autor tinha de que algo precisava ser feito para proteger aqueles que adquirem franquias na base do impulso, os quais, na visão do Parlamentar, são muitas vezes iludidos por franqueadores inescrupulosos, que se aproveitam de sua boa-fé e de sua predisposição para acreditar em qualquer coisa.

Segundo exposição de Marcelo Raposo Cherto:

*"... tudo começou nos idos de 1989, quando, num seminário promovido pelo ex-governador e depois senador André Franco Montoro em seu ILAM - Instituto Latino Americano, o então candidato a deputado federal José Roberto Magalhães Teixeira se encontrou comigo, palestrante naquele evento, e me pediu ajuda para, se eleito, elaborar um projeto de lei objetivando regulamentar o relacionamento entre franqueador e franqueado, especialmente no que se referisse ao processo de "venda" ou concessão da franquia. O Projeto acabou sofrendo várias emendas, ao longo de sua tramitação. Que foi um tanto demorada, diga-se de passagem"*¹⁷.

A Lei Magalhães Teixeira traz mais efeitos positivos do que entraves. Principalmente por não ser intervencionista, apesar de todas as críticas, o texto acabou sendo aprovado, por ter resultado de um amplo debate, altamente democrático, que envolveu as principais entidades e os principais profissionais diretamente envolvidos com o mercado de *Franchising*.

A Lei já está contribuindo para elevar o nível de transparência no relacionamento entre franqueadores e franqueados, o que gera e deve continuar a gerar benefícios, não apenas para os interessados em adquirir uma franquia, mas também para os franqueadores que se preocupam com a ética e o profissionalismo e que, por isso mesmo, querem manter o mercado o mais livre possível de malandros e amadores.

Conforme disposto acima, o contrato de *franchising* é um contrato por adesão, com

¹⁶ CHERTO, Marcelo R. Op. cit. p. 26.

¹⁷ CHERTO, Marcelo R. Op. cit. p. 29.

cláusulas gerais, uniformes, abstratas e imutáveis, às quais o franqueado adere ou não, ao assiná-lo. Deve o contrato de franquia ser, também, comutativo, sendo oneroso e sinalagmático, uma vez que ele se aperfeiçoa só e exclusivamente pelo assentimento de ambas as partes, pela convergência das vontades do franqueador e do franqueado.

Comutativo em sua redação e principalmente na prática, em sua observância e cumprimento diuturno, assegurando-se uma equivalência de valores nas prestações e nas contraprestações recíprocas de ambas as partes, como se disse, atingindo-se um equilíbrio, tanto quando possível, perfeito.

A franquia também não se confunde com a "prestação de serviços" que faria o franqueado ao franqueador; pelo contrário. Se serviços são prestados na relação estabelecida, eles o são pelo franqueador ao franqueado: serviços de assistência na implantação e contínua administração do negócio ou sistema operacional desenvolvido ou detido por ele franqueador.

O projeto de Lei n. 318/91, do Deputado Magalhães Teixeira (PSDB/SP), que se transformou na Lei n. 8.955, de 15-12-95, repousava em três grandes pilares: a Circular de Oferta de Franquia, a possibilidade de o franqueado passar a deduzir de seu imposto de renda, como despesa operacional, tudo que houvesse pago a seu franqueador e a obrigatoriedade do Contrato Escrito.

Como se sabe, perante o Direito brasileiro, nada obrigava que o contrato de franquia fosse escrito. Algumas franquias, entre elas, uma multinacional bem conhecida, funcionaram no Brasil sem qualquer documento contratual formal, durante muitos anos, a não ser mera troca de correspondência.

Repousando em uma relação de parceria e de absoluta lealdade e camaradagem, a franquia pôde dar-se ao luxo de funcionar, até, sem contrato escrito.

Tem toda procedência, portanto, a assertiva de que não haverá contrato escrito perfeito para quem não tiver capacidade de confiar e ser confiado, pois, contrato nada mais é do que a prática vivencial da confiança, cristalizada em um documento escrito.

Descontando-se os exageros e a liberdade poética do consagrado autor, ficamos com a certeza de que, infelizmente, o mundo econômico-financeiro é uma selva, onde todos precisamos viver e nos resguardamos dos predadores.

De uma forma ou de outra e, quando mais não fosse, há sempre o "viver e morrer". Ademais, quando as relações entre particulares ou determinados fatos econômicos se sofisticam a tal ponto que passam a interessar à coletividade e ao próprio sistema, urge que eles sejam normatizados, pois passam a ser fator de atingimento do bem comum.

E, como o contrato faz lei entre as partes, urge, também, que regulemos suas relações para preservar, no mínimo, a integridade do pactuado e traçar os parâmetros do tão apregoadado equilíbrio entre os direitos e as obrigações de ambos os contratantes.

Como vimos, o contrato de franquia é um contrato sinalagmático e comutativo. Sinalagmático por prever e reciprocidade na manifestação de ambas as partes para seu aperfeiçoamento; e comutativo por preservar a equivalência de valores nas prestações recíprocas, sendo, também, atípico e multifacial ou misto.

Por ser atípico e misto, o contrato de franquia pode portar em seu bojo a comissão mercantil, a compra e venda, o comodato, a prestação de serviços de organização, a transferência de tecnologia, o *know-how* e os métodos de venda.

Sendo atípico e misto, o contrato de franquia compreende, ainda, *engineering*: instalações, padronização e procura do local, *management*, administração e contabilidade, adestramento e assistência jurídica etc. E, por fim, marketing, com estudos de mercado, vendas promocionais, publicidade, lançamento de novos produtos etc.

Não há modelos adrede preparados que possam ser utilizados para todas as franquias, devendo ser redigido um contrato para cada hipótese concreta, daí seu caráter de multifacial.

Ele é um misto de vários modelos de contrato, sendo, portanto, híbrido e uninominado, utilizando-se, porém, dos elementos de contratos nominados e uninominados conforme disposição do artigo 6º da Lei n. 8.955/94.

Ele é também, *intuitu personae*, isto é, personalista, sendo fator determinante as características do franqueado para sua eleição pelo franqueador, em que pese ser por adesão, possuindo cláusulas uniformes e abstratas às quais deve o franqueado em potencial aderir ou não, não podendo modificá-las a não ser em situação e peculiaridades muito restritas.

Caracterizam o contrato de *franchising*, segundo Geraldo Magela Alves e Jônatas Milhomem, os seguintes elementos:

*"a) concurso de vontade de duas pessoas (franqueador e franqueado); b) exploração de marca ou produto, mediante assistência técnica do Franqueador; c) autonomia do franqueador, uma vez que a relação oriunda do franchising não é empregatícia, mas independentemente, sem subordinação; d) montagem da rede de distribuição por franquia e, condições favoráveis para o franqueador; e) exclusividade do franqueador para explorar o produto na região ajustada; f) obrigação do franqueado-distribuidor de manter a reputação dos produtos; g) onerosidade do contrato, uma vez que o franqueado deverá pagar, além da taxa de filiação oriunda da concessão da franquia, também quantias a títulos de suplementação, ou seja, percentual sobre o lucro na venda dos produtos, o que, em última análise, representa a remuneração devida ao franqueador pela exploração da marca"*¹⁸.

Quanto as espécies, os citados autores classificam os contratos de *franchising* como:

a) industrial - especialmente empregado na indústria alimentícia e automobilística, consiste no contrato de franquia através do qual o franqueador, além de colaborar na construção da unidade industrial, cede o uso a marca, transfere a tecnologia utilizada na fabricação do produto e fornece assistência técnica;

b) de distribuição - ou franquia de comércio, desenvolve-se através de rede de lojas-piloto que, sob determinado símbolo, farão experimentos de comercialização com produtos de consumo;

c) de serviço - abrangendo a franquia de serviços propriamente considerada, ou seja, reprodução e venda, pelo franqueado, das

prestações de serviços idealizadas pelo franqueador, e a tipo hoteleiro, conglobando o oferecimento de serviços, à clientela de escolas, restaurantes, lanchonetes e clubes.

O contrato de franquia pode ser único, um só contrato, ou mais de um, desdobrados e separados em contratos estanques, porém interligados, como, por exemplo, contrato de franquia, de licenciamento da marca, de comodato etc.

O contrato de franquia não retrata, apenas, o início da operação; ele é de trato continuado, vai reger toda convivência entre ambas as partes, como, aliás, se verifica no casamento civil, com o contrato nupcial.

Aliás, o bom contrato de franquia, é aquele que, embora regendo a convivência diuturna das partes, não deve sair da gaveta para ser consultado a toda hora. Se isto estiver ocorrendo, a relação entre franqueador - franqueado estará indo muito mal, a ponto de se extinguir.

Não havendo modelos universais e sendo o espelho fiel do acordo entre as partes, deve o contrato de franquia apresentar seu elementos básicos ou essenciais a seguir mencionados: figura do franqueador, titular da marca, o licenciamento desta (no bojo do contrato de franquia ou em documento à parte), a figura do franqueado e a concessão da franquia, e/ou o franqueamento do negócio propriamente dito (seu objeto).

São ainda elementos essenciais do contrato de franquia, além de sua onerosidade, a transferência do *know-how* desenvolvido ou detido pelo franqueador e seu acompanhamento ao longo da duração do contrato, com a introdução de novos métodos, evoluindo o conceito, o que é direito do franqueador.

Outro elemento básico ou essencial do contrato, são duas condições financeiras representadas pela retribuição pecuniária direta, que faz o franqueado ao franqueador, por meio do pagamento de uma taxa para ingresso em seu sistema; pagamento das taxas contínuas ou *royalties* mensais, calculados, geralmente em percentual sobre o faturamento do franqueado, além das taxas de propaganda igualmente calculadas em um percentual sobre seu movimento.

A retribuição ou remuneração paga pelo franqueador ao franqueado pode, ainda, ser indireta e estar embutida na compra de instalações

¹⁸ ALVES, Geraldo Magela, MILHOMEN, Jônatas. Op. cit. p. 297/299.

ou equipamentos, ou na própria mercadoria fabricada ou distribuída pelo franqueador, em que pese o inconveniente existente de, em se cobrando adiantado, sem que haja correspondência sobre as vendas, o franqueado tender a desinteressar-se do sistema.

Como outro elemento da relação de franquia, podemos citar também as condições dentro das quais se vai operar o treinamento do franqueado e de seus funcionários.

Da mesma forma, no contrato de franquia, deverá estar explícito se o franqueado será o operador de sua franquia, o que toca de perto no próprio conceito de *franchising*, ou quem o será, na hipótese de o franqueado vir a construir uma firma ou pessoa jurídica, com um ou mais sócios. A franquia deve ser administrada e gerenciada de perto pelo próprio franqueado.

As circunstâncias em que poderão ocorrer a cessação, ou transmissão dos direitos decorrentes do contrato de franquia, sejam por ação *inter vivos*, ou *causa mortis* e as condições do exercício, nesses casos, do direito de preferência pelo franqueador deverão estar, igualmente, presentes no referido contrato. Da mesma forma, com respeito às cláusulas de não-concorrência, de confidencialidade, sigilo por parte do franqueado, e rescisão bilateral, bem como às exigências para a renovação do contrato.

Não devem ser esquecidas, ainda, as condições de utilização por parte do franqueado dos elementos identificadores do conceito do negócio do franqueador, como marcas, logotipos e outros símbolos.

Por fim, deve o contrato de franquia prever a recuperação pelo franqueador de todos os elementos corpóreos ou incorpóreos que lhe pertençam, em caso de cessação do contrato, antes de seu termo final.

Outra cláusula não obrigatória, mas que contribui eficazmente para o bom relacionamento entre franqueador e franqueado, é a indicação de fornecedores, exclusivos ou não, da cadeia de franquia e suas condições de pagamento.

A cláusula indicativa do foro competente para dirimir qualquer controvérsia fecha o contrato de franquia.

No Brasil, são poucas as sentenças que põem fim à relação entre franqueador e franqueado; a maioria dos processos instaurados tem terminado por acordo, antes da decisão final.

A Comissão de Ética da Associação Brasileira de Franchising, funcionando com um Tribunal Arbitral informal, tem posto fim à maioria das desavenças entre franqueador e franqueado em seu nascedouro.

Fruto cristalizado das negociações que o precederam, o contrato de franquia deve consagrar a transparência, a sinceridade, a lealdade e o respeito mútuo, que presidiram as relações iniciais entre franqueador e franqueado.

Cada uma das partes, ao assinar o Contrato de Franquia, deve compreender, claramente, o que é que a outra está investindo na relação e o que pretende extrair dela, sem falsidades ou ilusões.

O contrato de franquia possui pontos cruciais que o caracterizam a serem abordados. São eles os direitos, as obrigações, as responsabilidades e os benefícios que são proporcionados a ambas as partes.

Assim, são direitos do franqueador, primeiro, o de selecionar seu franqueado, a seu exclusivo critério, dentro de um perfil por ele mesmo previamente traçado. Conservar o uso exclusivo da marca e dos sistemas operacionais, que tenha desenvolvido ou simplesmente detenha, e cedê-lo a terceiros, sem exclusividade, a título precário e por tempo determinado. Impor padronização do local, dos métodos de venda ou prestação de serviços. Receber do candidato a sua franquia, a taxa de ingresso a sua cadeia, ou sistema; as taxas contínuas ou *royalties* mensais, em forma de percentual sobre o movimento do franqueado, ou mesmo uma importância fixa, e um dízimo mensal do franqueado para promover a propaganda de todo o sistema; tudo esclarecido contratualmente.

Já ao franqueado cabe o direito e o privilégio ao uso de nome e de marca consagrados, beneficiando-se disso; direito à reserva de um território para o exercício de sua jurisdição de trabalho; direito a liberdade, sem tutelas, na administração dos fundos de seu negócio, com algumas restrições e renúncias, todas assumidas de bom grado e ciente de suas compensações, tal qual, ocorre no casamento civil, já mencionado. Direito ao uso de sua própria firma, como franqueado, e de exigir do franqueador assistência

permanente e técnico-operacional na gestão de seu negócio.

A esses direitos correspondem várias obrigações, como a de utilizar-se da marca cedida dentro de padrões técnicos que lhe são impostos; utilizar-se de produtos e serviços fornecidos pelo franqueador; praticar preços compatíveis, sugeridos pelo franqueador; manter absoluto sigilo sobre as informações técnicas e comerciais que lhe foram cedidas pelo franqueador; manter seus funcionários em um nível de apresentação e competência compatível com o sistema ao qual aderiu; contribuir para o fundo de propaganda e pagar, é claro, a taxa de integração na respectiva cadeia e os *royalties* mensais em percentual sobre seu faturamento.

São obrigações do franqueador, entre outras, prestar assessoramento ao franqueado na obtenção do ponto comercial, na instalação da loja ou equipamentos, na aquisição de materiais e na elaboração e execução do projeto arquitetônico.

Poderá, ainda, o franqueador prestar assistência jurídica ao franqueado na assinatura do contrato de franquia, ou na formação da firma ou sociedade do franqueado, assistência contábil e técnico-operacional no desenvolvimento amplo do negócio e em um programa de divulgação, publicidade, *merchandising* da marca e do negócio em si.

O contrato de franquia é sempre, queira ou não o franqueador, um instrumento de venda de sua própria franquia. Destarte, deve ele ressaltar os benefícios que advirão ao franqueado por seu ingresso em sua cadeia; benefícios estes que, inclusive, bem elencados no contrato de franquia, poderão ser mais bem observados por ambas as partes.

Todo franqueado, em princípio, é carente de recursos financeiros, estrutura operacional, boa tecnologia de comercialização e de prestação de serviços.

Participando da determinada cadeia, o franqueado passa a ter acesso a modernos conceitos de administração empresarial, a pesquisa científica, tecnológica e outras, a campanhas publicitárias milionárias a custos médios, e a ter certeza de que seu negócio, como toda pequena ou média empresa, não perecerá mais em seu primeiro ano de vida.

O contrato de franquia pode ser ainda por prazo determinado, prazo este que pode variar, mas não deverá ser, jamais, inferior ao do retorno do investimento feito na franquia, especificado na Circular de Oferta da Franquia. O contrato de locação do imóvel, sede da unidade franqueada, a seu turno, não deve ser por prazo muito inferior ao do contrato da franquia. Isto porque gerará instabilidade um prazo de cinco anos para um contrato de franquia quando a locação tiver sido pactuada por um ano, ou dois, por exemplo, ou qualquer outro prazo inferior a cinco.

A compatibilidade entre esses prazos no negócio de franquia é muito importante, para resguardo da unidade franqueada.

Se o contrato de franquia foi por prazo indeterminado, deve constar, em uma de suas cláusulas, um prazo para que uma das partes possa pedir a rescisão.

A renovação do contrato de franquia geralmente é automática, bastando que uma parte não notifique a outra de seu desejo de não mais continuar o pactuado. As condições para sua renovação, se existirem, deverão, também, ser mencionadas no contrato.

As possíveis alterações terão que ser objeto de proposta escrita e só de comum acordo poderão ser adotadas, desde que não firam os direitos dos demais franqueados, ou, por outro lado, possam ser incorporadas aos contratos de todos os integrantes da cadeia.

Outrossim, há ainda a observar que a Lei n. 8.955/94 ignorou a duração do contrato, portanto, em face aos benefícios que possam advir as partes envolvidas no negócio defende-se o posicionamento de que seja por tempo indeterminado.

O fim da relação contratual entre franqueador e franqueado pode dar-se por rescisão, resilição ou resolução.

Um dos modos mais comuns de ruptura do vínculo contratual por iniciativa de uma das partes, ocorre simplesmente por inadimplemento de uma das cláusulas do contrato, (desrespeito ao território, por exemplo), ou até pelo descumprimento de padrões éticos, morais, leis, regulamentos e mesmo posturas municipais que devam ser observadas.

A rescisão, dissolução do contrato pelo desejo de ambas as partes, pode acontecer findo o prazo contratual, a qualquer tempo por mútuo consentimento, ou mesmo por sentença arbitral.

A resolução, dissolução do contrato por sentença judicial, também pode por fim à relação entre franqueador e franqueado.

Da extinção conforme ensina o autor Adalberto Simão Filho, o *franchising* extingue-se-á sob uma das seguintes modalidades:

- a) distrato;
- b) término do prazo convencional;
- c) rescisão unilateral, motivada por inadimplemento contratual, de quaisquer das partes;
- d) rescisão unilateral, mesmo sem justa causa¹⁹.

Ele é, igualmente, de duração continuada, ou de trato sucessivo, a despeito de poder ter prazo determinado.

Sendo consensual e não solene, o contrato de franquia aperfeiçoa-se, apenas, com o consentimento por escrito ou formal (hoje obrigatório, art. 6 da Lei de Franquia), de ambas as partes, para a aquisição, modificação, resguardo ou extinção dos direitos nele aventados; *"tendo validade independentemente de ser lavado a registro perante cartório ou órgão público"* (art.6).

Quanto às cláusulas penais, na redação do contrato de franquia, deve ser evitada a imposição de multas pesadas, pois de nada adiantam.

Em primeiro lugar, porque sendo incompatíveis com o próprio valor do contrato, a justiça tende a diminuí-las, tornando-as harmônicas com arrecadação do franqueado, na base de um percentual.

Em segundo lugar, porque, sendo o contrato de franquia um dos "instrumentos de venda" de que dispõe o franqueador, com multas pesadas no contrato, o franqueado em potencial é afugentado, pois, em vez de se sentir seguro, acaba por não ingressar na cadeia. Da mesma forma, a proibição de não poder vir a trabalhar no mesmo ramo, uma vez tendo deixado a rede, findo o prazo contratual. Internacionalmente, este prazo é de um ano. É escusado constringir-lo a mais, no máximo a dois anos.

Se o contrato da franquia for leonino, o franqueado vai sentir-se em uma camisa de força, perdendo a liberdade na administração de seus próprios fundos, essência do *franchising*.

Deve-se, portanto, evitar a imposição de quotas mínimas de compras, pois dará a entender que o franqueador está mais interessado em passar adiante seus estoques do que prestar os serviços a que todo franqueador está obrigado, tais como treinamento do franqueado e de seus funcionários, assistência técnica permanente, visitas periódicas de assessoramento etc.

Por outro lado, não especificadas as cotas mínimas com parcimônia, poderá significar que o franqueador poderá elevá-las exacerbadamente a qualquer momento.

São partes integrantes do contrato de franquia os manuais de operação, administrativos, financeiros, arquitetônico, de *design* (uso da marca), de identidade, comunicação visual, e outros mais, como de treinamento, seleção do ponto, propaganda etc.

A loja, o estabelecimento comercial, ou ponto de venda a ser operado pelos franqueadores deve guardar as mesmas características arquitetônicas, de *layout* e decoração interna do estabelecimento piloto de propriedade do franqueador, sendo portanto, sua uniformização e padronização questão de ordem, de modo que até a mesma atmosfera, sentida ou respirada em uma das lojas, seja assegurada em todas as demais franqueadas.

Isto sem contar, que a loja é a grande embalagem do produto oferecido ao público, tendo, pois, que receber um tratamento mercadológico e não meramente arquitetônico ou de decoração interna formal.

Pode e deve ser, ainda, parte integrante do contrato de franquia o mapa ou planta geográfica, delimitando o território ou área de atuação do franqueado, posto que os limites geográficos de jurisdição dos franqueados não clareados suficientemente podem gerar inconvenientes sérios.

Deve, também, o contrato de franquia definir o que seja propaganda regional para evitar mal-entendidos.

¹⁹ SIMÃO FILHO, Adalberto. Op. cit. p. 42.

Há quem desdobre o contrato de franquia em contrato, com condições gerais e com condições especiais. Este último tende a ser específico, tangendo as bordas de um manual de operações.

Ao conceituar o instituto de franquia, o legislador optou, acertadamente, não por apresentá-lo como um simples contrato, como mencionado no art. 1 da Lei 8.955/94, ora em estudos finais neste trabalho, mas sim, como verdadeiro e absoluto sistema de franquia empresarial.

Este sistema deve ser entendido como um conjunto de partes ordenadas entre si, de modo a concorrerem para um resultado. Observa-se nele nítida aproximação com outros cuja semelhança chega, em alguns casos, a ponto de não se conseguir, em primeira análise, diferenciá-los. Entretanto, em análise posterior da natureza jurídica da franquia podemos enfatizar que este instituto se constitui em figura distinta, formado por meio de contrato bilateral híbrido.

Assim, devemos entender que franquia, é o contrato pelo qual uma das partes concede, por certo tempo, a outra o direito de comercializar, com exclusividade, em determinada área geográfica, serviços, nome comercial, título do estabelecimento, marca de indústria ou produto que lhe pertence, com assistência técnica permanente, recebendo, em troca, certa remuneração, ou ainda, por franquia empresarial, podemos entender que é uma autorização para uso de nome e de marca, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços. Eventualmente, poderá também ser o direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional, desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, que uma empresa faz a outra, com prestação de serviços e assistência permanente, sob determinadas condições e mediante o recebimento de certa quantia, conservando ambas as empresas suas identidades jurídicas.

Com relação ao princípio de parceria e reciprocidade, próprio do instituto, pode-se dizer que o juízo arbitral é o mais indicado para as resoluções das pendências entre as partes, isto não só pela possibilidade de estabelecimento do compromisso arbitral, em que todos os limites do julgamento estarão apostos, como também em função da especialidade dos árbitros escolhidos

pelas partes, o que facilita a solução dos litígios eventualmente ocorridos.

Por fim, devemos considerar que o *franchising* se constitui em mais uma forma de comercializar produtos, mercadorias e serviços, possibilitando a formação de redes de distribuição, em que deve imperar o estrito sentimento moral e ético entre os participantes, em função do estreitamento das relações obrigacionais previstas no contrato firmado entre eles, predominando um sentido de justiça que deverá lastrear sempre o relacionamento comercial das partes.

BIBLIOGRAFIA

- ABRÃO, Nelson. **Da franquia comercial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário jurídico brasileiro Acquaviva**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1996.
- ALVAREZ, Manuel S. B. **Terceirização: parceria e qualidade**. Rio de Janeiro: Campus, 2000.
- ALVES, Geraldo Magela, MILHOMENS, Jônatas. **Manual prático dos contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- ASCARELLI, Tulio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969.
- AZEVEDO, Álvaro Villaga. **Contratos inominados ou atípicos**. São Paulo: Bushatsky, 1975.
- BARROSO, Luiz Felizardo. **Franchising e direito**. São Paulo: Atlas, 2001.
- BULGARELLI, Waldirio. **Contratos mercantis**. São Paulo: Atlas, 1986.
- CARVALHOSA, Modesto. **O contrato de franchising**. Seminário Nacional sobre Contratos. Belo Horizonte: Fundação Dom Cabral, 1978.
- CHERTO, Marcelo Raposo. **O Franchising e a lei**. São Paulo: Instituto Franchising Comércio e Eventos, 1996.
- COMPARATO, Fábio Konder. **Franquia e concessão de venda no Brasil. Da consagração ao repúdio. Ensaio e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- DRUCKER, Peter F. **Fator humano e desempenho: o melhor de Peter Drucker sobre administração**. São Paulo: Pioneira, 1981.
- FOLHA DE SÃO PAULO. São Paulo, 31 de maio de 1998, Cad. 6, Caderno Sua Vez.
- GITAHY, Leda. **Inovação tecnológica, subcontratação e mercado de trabalho**. São Paulo em perspectiva. v. 8, p. 144-153, janeiro/março, 2003.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

JORNAL DO FRANCHISING. São Paulo, ano 4, n. 24, março de 1988. Instituto Franchising.

LEITE, M. Modernização tecnológica e relações de trabalho no Brasil: notas para uma discussão. **Outras falas em processo de trabalho**. Belo Horizonte: Escola Sindical, 7 de outubro de 1992.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**. 5. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1989.

MARCOVITCH, Jacques. **Tecnologia da informação e a estratégia empresarial**. São Paulo: Futura, USP, 1996.

MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

MEILER, Wilson M. **O franchising passado a limpo: uma experiência empresarial: uma lição de marketing**. Curitiba: Posigraf, 1992.

MENDELSON, Martin. **A essência do franchising**. São Paulo: Difusão de Educação e Cultura, 1999.

MILITELLI, Marco Aurélio. **Franchising: como tornar sua empresa uma franquia**. São Paulo: Sebrae, 1996.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao CPC**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

_____. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

NEGRÃO, Theotônio. **Código civil e legislação processual civil em vigor**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil**. 5. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1989.

SIMÃO FILHO, Adalberto. **Franchising: aspectos jurídicos e contratuais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **Franchising: aspectos jurídicos e contratuais**. São Paulo: Atlas, 1993.

TAFNER, José, BRANCHER, Almerindo, TAFNER, Malcon A. **Metodologia científica**. Curitiba: Juruá, 2002.

Eloy Pereira Lemos Junior é advogado e professor universitário no Brasil, mestre em direito empresarial, bolsista da CAPES na modalidade PDEE na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e doutorando na Universidade Federal de Minas Gerais.

JURISPRUDÊNCIA COMPARADA

TEMAN.1: IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO

Laerte Meyer de Castro Alves

1. SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Portugal). AGRADO n. 00706/1984. Rel. Cons. MIGUEL CAEIRO. Dgsi SJ198405110007064. **EMENTA**: O Estado goza de **imunidade** de jurisdição perante os tribunais portugueses em acção contra ele proposta por cidadão português despedido pela sua Embaixada, onde prestava trabalho subordinado.

2. SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Portugal). AGRADO n. 002927/1990 (Relação de Lisboa). Rel. Cons. ROBERTO VALENTE. Dgsi SJ1999101300029274. **EMENTA**: I - O artigo 31 da Convenção de Viena, aprovada pelo Decreto-Lei n. 48925 de 27 de Março de 1968, estabelece a imunidade de jurisdição civil mas exceptuou os casos de acções reais relativas a imóveis privados do diplomata, as referentes a actividade profissional não diplomática do agente e as referentes a actividade comercial do agente.

II - No artigo 31 pretendeu-se excluir todas as actividades praticadas fora da função diplomática do agente e entre essas a contratação de uma empregada doméstica para fazer serviço na residência particular do diplomata. III - Por consequência, os tribunais de trabalho portugueses são territorialmente competentes para conhecer de uma acção emergente de contrato individual de trabalho em que o Réu um agente diplomático.

3. SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Portugal). AGRADO n. 01S2172/2001 (Relação de Lisboa). Rel. Cons. MARIO JOSÉ DE ARAÚJO TORRES. Dgsi SJ200211130021724. **EMENTA**: I - A regra consuetudinária de direito internacional segundo a qual os Estados estrangeiros gozam de imunidade de jurisdição local quanto às causas em que poderiam ser réus não foi revogada pela Constituição da República Portuguesa de 1976, uma vez que, na sua formulação mais recente, essa regra não contraria nenhum dos preceitos fundamentais da Constituição. II - Essa formulação conforme ao sistema constitucional português é a concepção restrita da regra da imunidade de jurisdição, que a

restringe aos actos praticados *jure imperii*, excluindo dessa imunidade os actos praticados *jure gestionis*; isto é, a imunidade não abrange os actos praticados pelo Estado estrangeiro tal como o poderiam ter sido por um particular, mas apenas os que manifestam a sua soberania. III - Quer a extensão da aludida regra, quer os critérios de diferenciação entres estes tipos de actividade, não têm contornos precisos e evoluem de acordo com a prática, designadamente jurisprudencial, dos diversos Estados que integram a comunidade internacional. IV - Relativamente aos litígios laborais, designadamente acções fundadas em despedimento ilícito, essa prática não tem reconhecido a imunidade do Estado estrangeiro quando o trabalhador exerce funções subalternas, e não funções de direcção na organização do serviço público do réu ou funções de autoridade ou de representação. V - Não beneficia de imunidade de jurisdição o Estado estrangeiro contra o qual foi intentada acção de impugnação de despedimento, por empregada doméstica, que exercia a sua actividade, consistente essencialmente em tarefas de limpeza e de confecção de refeições, na residência do respectivo Embaixador, sendo essa relação laboral regulada pelo direito português em termos idênticos ao vulgar contrato de trabalho para prestação de serviços domésticos celebrado com qualquer particular.

4. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Brasil). RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL na ACi 9696/SP (São Paulo). Rel. Min. SYDNEY SANCHES. DJ 12.10.1990. **EMENTA:** ESTADO ESTRANGEIRO. IMUNIDADE JUDICIÁRIA. CAUSA TRABALHISTA. Não há imunidade de jurisdição para o Estado estrangeiro, em causa de natureza trabalhista. Em princípio, esta deve ser processada e julgada pela Justiça do Trabalho, se ajuizada depois do advento da Constituição Federal de 1988 (art. 114). Na hipótese, porém, permanece a competência da Justiça Federal, em face do disposto no parágrafo 10 do art. 27 do A.D.C.T. da Constituição Federal de 1988, c/c art. 125, II, da E.C. n. 1/69. Recurso Ordinário conhecido e provido pelo Supremo Tribunal Federal para se afastar a imunidade judiciária reconhecida pelo Juízo Federal de primeiro grau, que deve prosseguir no julgamento da causa, como de direito.

5. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Brasil). AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO n. 222368 AgR/PE

(PERNAMBUCO). Rel. Min. CELSO DE MELLO. DJ 14.02.2003. **EMENTA:** IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO - RECLAMAÇÃO TRABALHISTA - LITÍGIO ENTRE ESTADO ESTRANGEIRO E EMPREGADO BRASILEIRO - EVOLUÇÃO DO TEMA NA DOCTRINA, NA LEGISLAÇÃO COMPARADA E NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: DA IMUNIDADE JURISDICCIONAL ABSOLUTA À IMUNIDADE JURISDICCIONAL MERAMENTE RELATIVA - RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO. OS ESTADOS ESTRANGEIROS NÃO DISPÕEM DE IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO, PERANTE O PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO, NAS CAUSAS DE NATUREZA TRABALHISTA, POIS ESSA PRERROGATIVA DE DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO TEM CARÁTER MERAMENTE RELATIVO. - O Estado estrangeiro não dispõe de imunidade de jurisdição, perante órgãos do Poder Judiciário brasileiro, quando se tratar de causa de natureza trabalhista. Doutrina. Precedentes do STF (RTJ 133/159 e RTJ 161/643-644). - Privilégios diplomáticos não podem ser invocados, em processos trabalhistas, para coonestar o enriquecimento sem causa de Estados estrangeiros, em inaceitável detrimento de trabalhadores residentes em território brasileiro, sob pena de essa prática consagrar censurável desvio ético-jurídico, incompatível com o princípio da boa-fé e inconciliável com os grandes postulados do direito internacional. O PRIVILÉGIO RESULTANTE DA IMUNIDADE DE EXECUÇÃO NÃO INIBE A JUSTIÇA BRASILEIRA DE EXERCER JURISDIÇÃO NOS PROCESSOS DE CONHECIMENTO INSTAURADOS CONTRA ESTADOS ESTRANGEIROS. - A imunidade de jurisdição, de um lado, e a imunidade de execução, de outro, constituem categorias autônomas, juridicamente inconfundíveis, pois - ainda que guardem estreitas relações entre si - traduzem realidades independentes e distintas, assim reconhecidas quer no plano conceitual, quer, ainda, no âmbito de desenvolvimento das próprias relações internacionais. A eventual impossibilidade jurídica de ulterior realização prática do título judicial condenatório, em decorrência da prerrogativa da imunidade de execução, não se revela suficiente para obstar, só por si, a instauração, perante Tribunais brasileiros, de processos de conhecimento contra Estados estrangeiros, notadamente quando se tratar de

litígio de natureza trabalhista. Doutrina. Precedentes.

6. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (Brasil). RECURSO ORDINÁRIO EM AÇÃO RESCISÓRIA n. 754813/2001, (6ª Região). Rel. Min. JOSÉ SIMPLICIANO FERNANDES. DJ 05.09.2003. **EMENTA:** RECURSO ORDINÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO. ORGANISMO INTERNACIONAL. PROCESSO DE CONHECIMENTO. 1. Decisão rescindenda que afastou a imunidade de jurisdição a organismo internacional, entendendo competente a Justiça do Trabalho para processar e julgar o feito. 2. Já não há mais discussão na jurisprudência que os Estados estrangeiros e os organismos internacionais não gozam de imunidade de jurisdição no processo de conhecimento (Apelação Cível nº 9696-3, Rel. Min. Sydney Sanches, STF; ERR-189280/95, SBDI-I, Min. Rel. José Luiz Vasconcellos, TST). 3. Inexistente a violação do art. 114 da CF/88 e do art. 2º do Decreto 361/91, seja porque a Constituição Federal de 1988 em nada mudou o panorama relativo à imunidade de jurisdição, tendo apenas deslocado a competência para julgar as Reclamações Trabalhistas contra entes de direito público externo da Justiça Federal comum para a Justiça do Trabalho, seja porque a jurisprudência, em seguimento à orientação do STF, caminhou em sentido diametralmente oposto ao pretendido na presente Rescisória. Ademais, se há competência para se julgar, a questão acerca do acordo internacional positivado através do Decreto 361/91 ficaria restrita à sua interpretação, atraindo o óbice do Enunciado 83/TST. Se o Estado estrangeiro não está imune, com muito mais razão um organismo internacional, que sequer é dotado de soberania. Efetivamente, recepcionados os tratados e acordos internacionais no nosso ordenamento jurídico como normas de natureza infraconstitucional, não se podem sobrepor à Constituição Federal. 4. Recurso Ordinário a que se nega provimento.

7. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (Brasil). RECURSO ORDINÁRIO EM AÇÃO RESCISÓRIA n. 771910/2001 (10ª Região). Rel. Min. IVES GANDRA MARTINS FILHO. DJ 15.03.2002. **EMENTA:** AÇÃO RESCISÓRIA - IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO NA EXECUÇÃO - POSSIBILIDADE DE LEVANTAMENTO DO DEPÓSITO RECURSAL. O art. 114 da Carta Magna de 1988 incluiu entre as partes que podem ter demandas na Justiça do Trabalho os entes de direito público externo, a par de assegurar à Justiça especializada a apreciação dos litígios decorrentes do cumprimento de suas decisões. Já é pacífica na jurisprudência pátria, em seguimento à orientação do STF, que os Estados estrangeiros e os Organismos internacionais não gozam de imunidade de jurisdição na fase de conhecimento. No entanto, é discutível a matéria quanto à fase de execução, na medida em que não se admite penhora sobre bens pertencentes aos Estados estrangeiros, mas, por outro lado, não se pode frustrar e tornar inócua a sentença prolatada pela jurisdição nacional. "In casu", a observância do Decreto Legislativo nº 14/94 não poderia levar à nulidade integral do processo de execução. A limitação dos arts. 6º, 7º e 8º do referido decreto diz respeito exclusivamente à constrição de bens da OEA. Ora, a liberação do depósito recursal para levantamento do Exequente não constitui ato construtivo vedado pela norma, uma vez que o depósito é feito na conta vinculada do Reclamante, saindo da órbita patrimonial do Reclamado razão pela qual a decisão rescindenda, nesse aspecto, deu amplitude maior à regra de exceção da jurisdição, frustrando o pouco que o Exequente poderia obter pela via judicial em sede executória. Pode-se inclusive cogitar de renúncia à imunidade de jurisdição em relação ao depósito recursal, quando o organismo internacional o efetua espontaneamente. Recurso ordinário parcialmente provido.

LAERTE MEYER DE CASTRO ALVES é advogado no Brasil e mestrando em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.