

# Revista Jurídica

volume 7 - março de 1989

FACULDADE DE DIREITO - PUCCAMP

# Revista Jurídica

volume 7 - março de 1989

FACULDADE DE DIREITO - PUCCAMP

## SUMÁRIO

### Artigos

<b>Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica</b> Roberto Chiminazzo Júnior. . . . .	5 — 27
<b>Da Competência dos Estados para Desapropriação por Interesse Social</b> Mônica Castagna Molina . . . . .	28 — 42
<b>Possibilidade Jurídica da Transferência de Imóvel Hipotecado ao Sistema Financeiro da Habitação sem Anuência do Agente Financeiro</b> Marília L. Cavagnari. . . . .	43 — 64
<b>Obrigações Voluntárias e Legais no Direito Tributário</b> Alpheu Júlio. . . . .	65 — 69
<b>Contribuição Social sobre o lucro das Empresas — Institucionalidade da Lei 7.689/88</b> José Antonio Minatel. . . . .	70 — 81
<b>Contrato Preliminar: Inadimplemento da obrigação de contratar soluções para a questão</b> Cláudio Augusto Pedrassi . . . . .	82 — 117
<b>Do Crime Omissivo</b> Sheila Kleinsinger . . . . .	118 — 139
<b>A Legítima Defesa da Honra</b> Silvio Artur Dias da Silva . . . . .	140 — 143
<b>Do Objeto do Processo</b> José Raul Gavião de Almeida. . . . .	144 — 145
<b>Acórdão</b> Jorge Almeida. . . . .	146 — 148

### Noticiário

Professores da Faculdade de Direito da PUCAMP. . . . .	149 — 150
--	-----------

## SUMÁRIO

### Artigos

<b>Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica</b> Roberto Chiminazzo Júnior. . . . .	5 — 27
<b>Da Competência dos Estados para Desapropriação por Interesse Social</b> Mônica Castagna Molina . . . . .	28 — 42
<b>Possibilidade Jurídica da Transferência de Imóvel Hipotecado ao Sistema Financeiro da Habitação sem Anuência do Agente Financeiro</b> Marília L. Cavagnari. . . . .	43 — 64
<b>Obrigações Voluntárias e Legais no Direito Tributário</b> Alpheu Júlio. . . . .	65 — 69
<b>Contribuição Social sobre o lucro das Empresas — Institucionalidade da Lei 7.689/88</b> José Antonio Minatel . . . . .	70 — 81
<b>Contrato Preliminar: Inadimplemento da obrigação de contratar soluções para a questão</b> Cláudio Augusto Pedrassi . . . . .	82 — 117
<b>Do Crime Omissivo</b> Sheila Kleinsinger . . . . .	118 — 139
<b>A Legítima Defesa da Honra</b> Silvio Artur Dias da Silva . . . . .	140 — 143
<b>Do Objeto do Processo</b> José Raul Gavião de Almeida. . . . .	144 — 145
<b>Acórdão</b> Jorge Almeida. . . . .	146 — 148

### Noticiário

Professores da Faculdade de Direito da PUCAMP. . . . .	149 — 150
--	-----------

## TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Roberto Chiminazzo JÚNIOR

Este tema embora antigo na sua gênese, só recentemente nas últimas décadas tem atraído os juristas brasileiros para um estudo mais profundo, havendo poucas obras específicas acerca do tema, que é tratado basicamente em artigos e pareceres.

É inegável que o direito comercial assim como o tributário, são os que mais tem sentido a necessidade de desenvolver-se, atendendo às exigências que as alterações sociais lhes impõe, seja através de mudanças legislativas nem sempre tão rápidas quanto necessário, seja através de doutrina e das construções jurisprudenciais, mais sensíveis e mais rápidas na resposta aos estímulos sociais.

Para a análise da desconSIDERAÇÃO da personalidade jurídica nada mais lógico do que antes fazermos uma breve análise da própria personalidade jurídica que vai ser objeto da desconSIDERAÇÃO, pois da própria análise da evolução do conceito de personalidade jurídica, chega-se ao entendimento da desconSIDERAÇÃO.

Após analisar a evolução da personalidade jurídica, vamos analisar o conceito da desconSIDERAÇÃO, a origem da teoria, as características da desconSIDERAÇÃO, os princípios elaborados por um de seus melhores expositores, **ROLF SERICK**; a desconSIDERAÇÃO em alguns outros ramos do direito, o direito estrangeiro e a forma que abordam a matéria, o projeto de Código Civil e a jurisprudência.

### PERSONALIDADE JURÍDICA: EVOLUÇÃO

Ao folharmos as obras que tratam da personalidade jurídica, no Brasil, vamos encontrar, especialmente nas mais tradicionais um conceito que tende ao absolutismo do direito da personalidade jurídica. Cite-se por exemplo a definição de **FRAN MARTINS**<sup>1</sup> que proclama entender-se

por pessoa jurídica "o ente incorpóreo que como as pessoas físicas pode ser sujeito de direitos. Não se confundem assim as pessoas jurídicas com as pessoas físicas que deram lugar ao seu nascimento, pelo contrário delas se distanciam, adquirindo patrimônio autônomo e exercendo direitos em nome próprio. Por tal razão, as pessoas jurídicas tem nome particular, como as pessoas físicas, domicílio e nacionalidade, podem estar em juízo como autoras ou como ressem que isso reflita na pessoa daqueles que as constituíram".

Este conceito distinguindo absolutamente a sociedade e as pessoas de seus sócios válido como regra geral, nega em princípio a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica. Mas tal negação é apenas aparente, desde que se considere tal assertiva como regra geral sujeita a exceções, como de resto tem admitido os autores mais recentes, como ressalta **RUBENS REQUIÃO**<sup>2</sup> em comentário como completado por **CARLOS RENATO DE AZEVEDO FERREIRA**<sup>3</sup> nestes termos:"

"Essa concepção antropomórfica, que corporifica os órgãos da sociedade à semelhança de órgãos humanos, pode ter sabor didático, mas é destituída de qualquer valor científico. Ora a doutrina da desconsideração nega precisamente, o absolutismo do direito da personalidade jurídica."

Pode-se dizer que o conceito de personalidade jurídica distinta da dos sócios, "passou do ponto", isto, é, em sua evolução tornou-se tão absoluta no Brasil, que passou a permitir fraudes e abusos como ensina **MARÇAL JUSTEN FILHO**<sup>4</sup>, a generalização da personalidade societária se acentuou no século XIX, após a consagração da sociedade anônima se especialmente porque a Revolução Industrial exigia a concentração de grandes capitais para o êxito empresarial. A responsabilidade subsidiária ilimitada até então existente era risco a que não se eventuravam os que detivessem tamanha riqueza. Explica ele que:

"A distinção entre a pessoa dos sócios e a pessoa da corporação está no cerne do conceito de personificação. Mas a grande dificuldade residia na justificação dogmática para tal fenômeno, especialmente tendo em vista o conceptualismo vigente no continente. Pôs-se em questão a natureza jurídica da pessoa jurídica, especialmente na Alemanha exatamente porque ali se polarizara a jurisprudência dos conceitos. Não é por casualidade que a polêmica tradicional se desenvolveu na Alemanha e entre alemães. Foi muito menor a repercussão da discussão no restante do continente europeu e quase nenhum reflexo teve a polêmica nos países do sistema anglo saxão."

Sem entrar na crítica ou análise de méritos das inúmeras teorias sobre a natureza jurídica da pessoa jurídica, pois como já observaram alguns<sup>5</sup> cada uma tem seu valor constituindo valiosa contribuição para um completo entendimento do instituto, é necessário observar que com a mudança social, política e econômica foi surgindo uma concepção absolutista do conceito de pessoa jurídica. Este absolutismo que predominou durante muito tempo no Brasil e ainda hoje é muito encontrado é muito bem visualizado pelo autor supra citado<sup>6</sup> que verifica especialmente quatro manifestação deste absolutismo assim expresso:

"A primeira reside no pensamento de que a pessoa jurídica é expressão que corresponde a algo existente (ainda que abstratamente) um objeto cognoscível. Poderia chamar-se a essa tendência de hipostasia da pessoa jurídica." (pág. 30).

"A segunda manifestação da crença no absolutismo da pessoa jurídica reside na identificação entre pessoa jurídica e pessoa física, o que poderia ser identificado como antropomorfismo da pessoa jurídica (pág. 31)";

"A terceira manifestação de crença no absolutismo da pessoa jurídica reside na fé acerca da imutabilidade da pessoa jurídica que se manifesta tanto no entendimento da imutabilidade no tempo como na imutabilidade no espaço." (pág. 34).

"Finalmente a quarta exteriorização da fé no absolutismo do conceito reside no entendimento de que a pessoa jurídica é conceito único dentro de um mesmo ordenamento jurídico. E a afirmação da identidade das pessoas jurídicas. Portanto a pessoa jurídica de uma sociedade anônima seria conceptualmente idêntica à pessoa jurídica de uma fundação. Todas estas figuras -- sociedades fundações associações, municípios, autarquias, etc. seriam meras manifestações vivenciáveis de uma única entidade: a **pessoa jurídica**."

Como já foi afirmado este conceito de pessoa jurídica foi abandonado com as modificações sociais, políticas e econômicas, etc.

Já no fim do século XIX surgiu uma reação contra os direitos subjetivos absolutos, e isto foi sentido em especial no campo do direito de propriedade. A vontade humana individual foi cedendo terreno para o interesse coletivo. Houve uma alteração na concepção da função do direito, que deixou de ter uma função meramente protetora da liberdade individual contra a interferência dos outros e do estado e passou a defender os interesses sociais, o interesse coletivo, com o conceito de função social do direito. Conforme comenta **SERPA LOPES**<sup>7</sup>:

"Coube a **Josserand** a tarefa de unir ao conceito de propriedade a noção de abuso de direito. Para **Josserand**, o abuso de direito consiste no seu desvio em relação a sua função. Os direitos subjetivos encontram limites no seu próprio objetivo de modo a se configurar um abuso de direito todas as vezes em que esse objeto é ultrapassado. Considera os direitos subjetivos numa sociedade como direitos função; devem permanecer no plano da função a eles correspondente, pois do contrário seu titular perpetra um desvio, um abuso do seu direito, o ato abusivo é ato contrário ao bem da instituição, ao seu espírito e finalidade. Coloca o direito de propriedade na classe dos direitos de caráter egoístico em razão do que se tal direito for exercido sem utilidade, caracteriza-se o abuso, **por se encontrar o direito desviado de sua distinção econômica e social**. . . . .

"Consoante o pensamento de **Duguit**, a propriedade não é um direito do indivíduo, senão uma função social. Os indivíduos recebem do direito subjetivo a possibilidade de se comportarem como senhores em face das coisas. Trata-se de um possibilidade plenamente subordinada ao interesse social em razão do que, desaparece se o indivíduo age de modo contrário à esse mesmo interesse."

E completa **Duguit** afirmando que:

"É de notar que hoje em dia os mais ardentes defensores da propriedade individual, os economistas mais ortodoxos, se veem obrigados a reconhecer que a afetação da coisa é utilidade individual está protegida, deve-se antes de tudo à utilidade social dela resultante." (apud. **SERPA LOPES** ob. cit.).

"Essa profunda alteração ideológica e política produziu o desaparecimento dos direitos subjetivos absolutos ou seja de direitos sem limites ou cujos limites, se identificassem com a extensão da vontade individual. A existência, o conteúdo, e o exercício do direito subjetivo não mais são produtos da arbitrariedade humana. Daí o aparecimento da categoria abuso de direito<sup>8</sup>."

"os reflexos desse fenômeno de funcionalização e da socialização do direito não podiam deixar de operar-se também sobre a pessoa jurídica<sup>9</sup>."

Esta alteração da forma de pensar justifica plenamente a concepção de desconsideração da personalidade jurídica. Assim como o direito

de propriedade que passou de um caráter absoluto para se justificar em função de interesses coletivos, também a personalidade jurídica passou de um caráter absoluto para o entendimento de que ela tem uma tenção dentro da sociedade e que não pode utilizar-se dela para perpetrar abusos. Um instituto que como afirma **SÍLVIO RODRIGUES**<sup>10</sup> surgiu para suprir a própria deficiência humana, não pode ser utilizado para lesar a coletividade contrariando sua vocação social.

Como o direito objetivo não se alterou neste assunto, coube à jurisprudência e à doutrina criar os meios para coibir estes abusos. Assim, embora a distinção entre pessoa física e jurídica, e a definição desta última continue vazada em termos absolutos, a sua interpretação atual é outra, sendo entendida aquela definição como regra geral, sujeita a exceções, e interpretados nos seus termos com mais flexibilidade com um relativismo mais próprio dos tempos atuais.

O que foi até aqui exposto, é sintetizado pelo prof. **JOÃO CASILLO**<sup>11</sup> em seu trabalho sobre o tema, ao afirmar:

“A posição doutrinária e jurisprudencial que se dogmática que vê a completa separação entre a pessoa jurídica e os membros que a compõem-sócios-sofre à algum tempo algumas reações. Pouco à pouco, em evolução, foi tomando corpo a idéia de que em determinadas situações não é possível manter-se a distinção clássica entre a pessoa jurídica e as pessoas físicas que dela fazem parte.

Este movimento vem se alastrando sendo tratado em vários países e destinado à entrar e ficar nos próprios textos legais como ainda veremos neste trabalho”.

Como demonstraremos adiante, sem fulminar o instituto da personalidade jurídica como temiam alguns, vem se firmando a teoria da desconsideração como forma de controlar os abusos perpetrados como sua utilização, mas é necessário cuidados para não cair no extremo oposto, pois também a desconsideração tem seus limites que são muitos e que devem ser rigidamente seguidos sob pena de provocar grande insegurança social.

Vista rapidamente esta evolução do conceito de personalidade jurídica, desde quando não era aceita a personificação das sociedades, a necessidade de personificação no século XIX, o seu fortalecimento, sua supervalorização absolutista, a evolução social e funcionalista com a quebra do seu absolutismo, vamos analisar propriamente a desconsideração ou superamento da personalidade jurídica.

## TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO

### a) Conceito:

Variados são os nomes que se tem atribuído à teoria que ora estudamos, todas querendo significar o mesmo: **Teoria da desconsideração da personalidade jurídica**, **Teoria do superamento da personalidade jurídica**, **Teoria da penetração**, *disregard doctrine*, *lifting the corporate veil*, etc.

Poderíamos adotar, para início de estudo, a definição do jurista norte americano **WORSER**, citado por **RUBENS REQUIÃO** (ob. cit. pág. 14), que afirma que:

“quando o conceito de pessoa jurídica (“corporate entity”) se emprega para defraudar os credores, para subtrair-se à uma obrigação existente, para desviar a aplicação de uma lei, para constituir ou conservar um monopólio, ou para proteger velhacos ou delinquentes os tribunais poderão prescindir da personalidade jurídica e considerar que a sociedade é um conjunto de homens que participam ativamente de tais atos e farão justiça entre pessoas reais”.

Acrescenta o citado autor que os tribunais americanos estenderam o conceito para atingir quaisquer finalidades injustas ou quando ocorrer o abuso de direito. Como veremos adiante é muito difícil a fixação da abrangência da aplicação da teoria. Vamos antes analisar a origem da teoria no tempo.

### b) Origem da Teoria:

Embora **RUBENS REQUIÃO**<sup>12</sup> aponte, apoiado no trabalho do prof. **PIERO VERRUCOLI**, a origem da teoria na jurisprudência inglesa, em 1987 na apreciação do caso “**Salomon v S Salomon e Co**” o prof. **JOÃO CASILLO**<sup>13</sup> aponta julgado mais antigo encontrado no direito norte americano, datado de 1809, apreciando o caso “**Bank of the United States vs Deveaux**”, embora não se trate neste último caso de configuração própria da teoria. De qualquer forma pode-se verificar que há muito tempo vem tomando corpo a teoria. No caso apontado por **Requião**, o comerciante **AARON SALOMON** constituiu uma sociedade comercial com seus parentes, cedendo o seu fundo de comércio à sociedade assim formada e recebendo 20.000 ações, enquanto os outros parentes receberam uma ação cada, recebendo ainda Salomon, obrigações garantidas de dez mil libras esterlinas. A sociedade naufragou e, em um ano entrou em liquidação e verificando-se que os seus bens eram insuficientes para satisfazer as obrigações garantidas, o liquidante sustentou que a atividade da sociedade era a atividade da sociedade era a atividade pessoal de **Salomon** para limitar a

própria responsabilidade e em conseqüência deveria ser ele condenado a pagar os débitos da sociedade. Embora vencido em primeira instância e na apelação, **Aaron Salomon** teve seu recurso acolhido pela **Casa dos Lordes**. Mas embora vencida, a teoria teve repercussão e passou a ser aplicada com sucesso em outros casos.

c) **Características da Desconsideração:**

Conforme ensina **Mauro Rodrigues Penteadó**<sup>14</sup>, a desconsideração possui vários aspectos que não podem ser esquecidos.

O primeiro é o de que a aplicação da teoria só deve ser feita em casos excepcionais, casiusticamente, quando ficar comprovado sem sombra de dúvida a fraude ou o abuso de direito. Este aspecto é ressaltado também por **Carlos Renato de Azevedo Ferreira** (ob. cit.) ao afirmar que:

“Apenas no caso em que a fraude ou o abuso de direito se revelam à calva, é que suspendem o véu da personalidade jurídica para colher a pessoa do sócio ou os bens envolvidos para não se consumir a iniquidade.”

E o próprio **RUBENS REQUIÃO**<sup>15</sup> alerta para este aspecto, nos seguintes termos:

“Há, pois, necessidade de se atentar com muito agudeza para a gravidade da decisão que pretender desconsiderar a personalidade jurídica. Que nos sirva de exemplo, oportuno de edificante, a cautela dos juizes norte-americanos na aplicação da “disregard doctrine” tantas vezes ressaltada em seus julgados, de que tem ela aplicação nos casos e efetivamente excepcionais.”

O segundo aspecto a ser ressaltado é o dos limites da desconsideração que deve “cingir-se a certos e determinados efeitos num caso concreto.” Assim, não se dissolve ou liquida a sociedade, não deixa ela de ter existência à partir dali, mas tão somente ocorre uma desconsideração para o caso específico, continuando a sociedade normalmente nas demais relações jurídicas. “Toda vez que o julgador tenha de apreciar um caso onde se pretenda que a pessoa seja desconsiderada, se for este o caso, a decisão apenas vale para aquele caso, não implicando a extinção da entidade” (**João Casillo** ob cit. pág. 24/25).

Ainda dentro deste aspecto, o prof. **Marçal Justen Filho**<sup>16</sup> coloca o problema da intensidade da desconsideração, que segundo ele, pode ser máxima, média e menos intensa ou mínima. A máxima seria a total ignorância da existência da pessoa jurídica, considerando-se os atos e as relações jurídicas como imputados diretamente à pessoa dos sócios ou vice-versa.

A desconsideração de intensidade média seria na hipótese em que haja identificação entre sócio e sociedade, isto é, “não se ignora a existência da sociedade, mas se toma como se houvesse uma única e só pessoa, ou, mais precisamente, duas pessoas com posição jurídica idêntica, compartilhando dos mesmos deveres e responsabilidades.”

A desconsideração de grau mínimo, seria, por fim, “**a ignorância do regime jurídico personificatório**. Isto se passa quando não se desconsidera a personificação societária, nem a distinção entre sociedade e sócio — mas se considera que sócio ou sociedade (**conforme o caso**) tem uma responsabilidade subsidiária pelos efeitos dos atos praticados pela sociedade ou pelo sócio (**respectivamente**)”.

O terceiro aspecto diz respeito aos fatores que justificam a desconsideração e que são o abuso de direito e a fraude.

Quanto ao abuso de direito já mencionamos as lições de **Josserand** e **Duguit** quando tratamos da evolução do conceito de pessoa jurídica. Requião, no artigo citado, também comenta longamente a oportunidade da aplicação da teoria do abuso de direito. O prof. **MARÇAL JUSTEN FILHO**, levanta curiosa questão quanto ao regramento ético para a conduta da pessoa jurídica (ob. cit. pág. 119).

A fraude, no ceneito do projeto de Código das obrigações e adotado por Requião para o presente caso, constituiria o negócio jurídico tramado para prejudicar credores em benefício do declarante ou de terceiro. Pode constituir na fraude à lei (**conforme casos que analisaremos adiante**), fraude ao contrato, fraude contra credores, etc.

#### **d) Princípios (Rolf Serick)**

O jurista alemão **Rolf Serick** foi um dos que de maneira mais completa analisou a teoria da desconsideração, na obra “**Rechts form und Realitat juristischer personem**” que teve grande repercussão e pode ser considerada a mais importante sobre o tema. Aponta ele, quatro princípios<sup>18</sup> para a desconsideração, que podem ser assim resumidos: **Primeiro Princípio** se a personalidade jurídica é utilizada de forma abusiva, o juiz poderá desconsiderá-la para que não tenha sucesso a intenção contrária ao direito, prescindindo da radical separação entre a sociedade e os sócios. E explica o autor que existe abuso quando, com ajuda de uma pessoa jurídica há a tentativa de burlar a lei, descumprir obrigações contratuais e prejudicar fraudulentamente a terceiros; numa enumeração que lembra a de **Wormser** — acima citada. Só quando ocorrem as hipóteses de abuso assinaladas poder-se à

pleitear a desconsideração, por haver atentado à boa-fé. **Segundo Princípio:** Não basta alegar que se não se desconsiderar a pessoa jurídica não poder-se-à obter a finalidade de uma norma ou de um negócio jurídico. Por outro lado, quando se tratou de aplicação de uma norma do direito das sociedades de valor tão fundamental que não deva encontrar obstáculos nem de maneira indireta, a regra acima deve sofrer exceção. **Terceiro Princípio:** As normas que se baseiam em qualidades ou capacidades humanas ou que consideram valores humanos também devem aplicar-se às pessoas jurídicas quando a finalidade da norma corresponda à desta classe de pessoas. Neste caso poderá penetrar-se ali atingindo os homens situados atrás da personalidade jurídica para comprovar se concorre a hipótese de que depende a eficácia da forma. **Quarto Princípio:** Se utiliza da pessoa jurídica para ocultar que de fato existe identidade entre as pessoas que intervém num ato determinado pode haver desconsideração desta pessoa, quando a norma que se deva aplicar pressuponha que a identidade ou diversidade dos sujeitos interessados não seja puramente nominal mas efetiva.

#### e) A desconsideração e os outros ramos do direito:

A desconsideração e o direito do trabalho:

O parágrafo 2º do artigo 2º da Consolidação das leis do trabalho tem sido considerado como o dispositivo legal brasileiro que mais expressamente adota a teoria da desconsideração<sup>19</sup>. Diz tal dispositivo que:

“Sempre que uma ou mais empresas, tendo embora cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle, administração de outra constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas”.

O prof. **MARÇAL JUSTEN FILHO**<sup>20</sup> comenta tal relação em lição que transcrevemos:

“É que o direito do trabalho reputa que as faculdades jurídicas atribuídas ao empregado não podem ser sacrificadas por qualquer outra faculdade reconhecida pelo direito — tanto pelo próprio direito do trabalho como por outros ramos do direito..

.....

Tudo isto se faz, enfim, para evitar que a faculdade jurídica outorgada pelo direito, consistente na criação de pessoas jurídicas e na efetivação de contratos, possa conduzir aos sacrifícios das faculdades jurídicas que o direito do trabalho assegurou aos empregados.

Como se observa, a desconsideração da personalidade societária é não apenas admitida como postulada pelo direito do trabalho. O instituto que começa a difundir-se nos demais ramos do direito, é velho conhecido do direito do trabalho. Tão conhecido, aliás, que passa despercebido aos cultores desse ramo, que nele não vêem nada de especial. A diferença de abordagem entre o direito privado e o direito do trabalho é que produz tão nitido distarciamento”.

Dentro daquela classificação da desconsideração pela intensidade, supra apontada, a prevista no artigo 2º § 2º da CLT pode ser considerada como de intensidade média, pois há uma identificação entre as várias pessoas interligadas. O grupo de sociedades é considerado como uma única pessoa.

O fato de haver o dispositivo legal, não impede a aplicação da teoria da desconsideração fora dos limites do disposto na lei dentro do direito do trabalho, pois não existe a necessidade de prévia fixação legislativa dependendo da necessidade de proteger o interesse do trabalhador.

Outra hipótese no próprio direito do trabalho lembrada pelo autor supra é a da desconsideração no caso da pessoa jurídica “**empregada**”. Desconsidera-se a eficácia da pessoa jurídica intermediária para, no tocante à relação do trabalho considerar diretamente a pessoa do empregado perante a pessoa do beneficiário da atividade. Este seria um caso de desconsideração máxima da personalidade jurídica, pois é ignorada a pessoa jurídica intermediária e o vínculo se forma diretamente entre o empregado pessoa física e a beneficiária da prestação do serviço.

Neste sentido, o enunciado nº 256 do TST assim delineado: “Salvo nos casos previstos nas leis 6019/74 e 7102/83, é ilegal a contratação de trabalhadores por uma empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços”.

Grande foi a controvérsia que deu-se em virtude deste enunciado, tanto pela contrariedade ao ordenamento jurídico vigente como pelos problemas processuais que dela resultam. No entanto, nos termos em que está colocada, não nos parece ser caso de desconsideração para um ato específico como exige a doutrina, mas uma colocação da sociedade dentro do campo do ilegal. Diferente seria se não houvesse esta menção à ilegalidade.

Pode-se concluir, seguindo-se ainda o prof. **JUSTEM FILHO**, que a desconsideração da personificação societária no direito do trabalho tem por pressuposto a verificação de sacrifício de faculdade assegurada ao trabalhador. Basta tal fato para que se produza a desconsideração. Enquanto não ocorrer risco de sacrifício a personalidade é plenamente eficaz.

## A DESCONSIDERAÇÃO E O DIREITO TRIBUTÁRIO

A aplicação da desconsideração no direito tributário esbarra no princípio da legalidade, previsto até na Constituição Federal, só decorren-

do a obrigação tributária de expressa definição legislativa. Repudiada a sua aplicação, sem base em texto expresso de lei; a legislação tributária começou a adotar regras destinadas à evitar o êxito da utilização abusiva das sociedades personificadas, chegando-se à falar em **"transparência tributária da pessoa jurídica"**. Pode-se citar os artigos 134 VII e 135 II do Código Tributário Nacional, art. 61 § 1º do decreto lei 1598/77 e decreto lei 2065/83.

Com relação aos textos legais apontados, há críticas por não se considerar propriamente caso de descon sideração. Parte destas críticas provém do citado **JOÃO CASILLO** (ob. cit. pág. 35) que distingue:

"Quando a lei brasileira, como nos exemplos acima citados (arts./134 e 135 do CTN) impõe ao sócio gerente ou administrador a responsabilidade por dívidas da sociedade, o faz porque uma dessas pessoas agiu de maneira contrária à lei ou ao contrato, mas como pessoa integrante da pessoa jurídica. Não foi a pessoa jurídica que teve a sua finalidade desvirtuada não foi a pessoa jurídica como ser que foi manipulado, mas sim o diretor, o gerente, ou o sócio que na sua atividade ligada a empresa que andou mal".

"Quando se fala, por outro lado, em descon sideração da pessoa jurídica, é porque a própria entidade é que foi desviada da rota traçada pela lei e pelo contrato. A sociedade é usada em seu todo para mascarar uma situação e ela serve como véu para encobrir uma realidade".

Encontramos decisões de nossos tribunais acatando a teoria para fins tributários. Confira-se os acórdãos abaixo:

"Sociedade Comercial — Responsabilidade limitada — sócio gerente titular de 99,2% do CAPITAL, PERTENCENDO OS RESTANTES 0,8% A SUA MÃE E A UM CUNHADO — SOCIEDADE FICTÍCIA = EXECUÇÃO FISCAL — PENHORA DE BENS PARTICULARES DO SÓCIO MAJORITÁRIO — ADMISSIBILIDADE — EMBARGOS DE TERCEIRO REJEITADO — APELAÇÃO PROVIDA".

(Ap. 583018577 — 1ª Ca. TJRS — Rel. Des. **ATHOS GUSMÃO CARNEIRO** RT 592/173).

Diz a emenda oficial, que:

"A assertiva de que a pessoa da sociedade não se confunde com a do sócio é um princípio jurídico básico e não um tabu, e merece ser descon siderada. Quando a **"sociedade"** é apenas um **"alterego"** de seu controlador, em verdade comerciante em nome individual **Lição de Konder Comparato**".

"EXECUÇÃO FISCAL – SOCIEDADE ENTRE CÔNJUGES – ABUSO EM SUA UTILIZAÇÃO – APLICAÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – VALIDADE DA PENHORA – RECURSO NÃO PROVIDO".

(Ap. 62344-2 Piraju 16ª C. TJSP – Rel. Des. Mariz de Oliveira – RT 586/91).

#### A desconsideração e o direito civil:

Entendemos ser perfeitamente possível a aplicação da desconsideração às sociedades civis, personalizadas. Até com maior razão, calcado na idéia de que tal teoria surgiu de uma quebra na concepção absolutista da personalidade, com a idéia de função social dos direitos, pois as sociedades civis tem importante função social e quando passa a ser utilizadas como escudo para atos vedados à seus membros – sócios – devem ser desconsideradas para atingir diretamente aquelas, e muitos são os tipos de abuso e fraude que se pode perpetrar com a personalidade jurídica não comercial.

#### A disregard doctrine no direito estrangeiro:

Vamos analisar brevemente a teoria da desconsideração em alguns outros países. Neste sentido, presta-se como base o trabalho do Prof. **JOÃO CASILLO**<sup>20</sup> que analisa separadamente em alguns países a aplicação da teoria.

O direito norte-americano pode ser citado como o berço desta teoria. Todos os trabalhos que tratam do tema partem das decisões jurisprudenciais americanas e inglesas. Assim sendo, naquele país, não só é aplicada, como é onde é mais profundamente estudada a teoria. O autor acima citado, aponta como o mais antigo julgado "desconsiderado" a pessoa jurídica, a decisão da suprema corte dos Estados Unidos no caso "**Bank of the United States X Deneaux**" em 1809. No entanto tal decisão ainda está muito longe da desconsideração propriamente dita. Alguns outros casos lá encontrados e mencionados no trabalho do prof. **JOÃO CASILLO** são os seguintes:

"O Hepbutrin act de 1906 proibia que uma companhia ferroviária de um estado viesse a transportar à outro carvão ou derivados procedentes de uma mina pertencente à própria companhia. Ocorre que uma empresa ferroviária passou a transportar carvão extraído de uma mina que pertencia a uma outra empresa cujas ações eram todas suas. Julgando a questão o tribunal decidiu que a lei estava sendo fraudada, pois as duas companhias confundiam-se numa só (**United States Vs. Lehigh**

**Valley Railroad Co".** 1910). Outro caso citado encontrado no direito norte-americano, foi o "**Luckenbach SS co. inc: us. W.R. Grace and co. inc**" "no qual uma companhia deixou de cumprir um contrato e a ação de perdas e danos foi proposta contra a inadimplente e outra companhia que não participara do contrato. Esta última foi condenada a pagar a indenização porque o Tribunal verificou que as duas companhias tinham os mesmos administradores e diretores do mesmo modo que 85% das ações de uma e de outra pertenciam a mesma pessoa e porque, ainda, os barcos que seriam utilizados pela contratante devedora (era um contrato de transporte marítimo denitrato do Chile para os Estados Unidos) eram da outra companhia. A identificação das duas companhias estava de tal forma patente que havia uma verdadeira confusão entre uma e outra, permitindo que se disconsiderasse a forma da inadimplente insolvente para que as perdas e danos por inexecução contratual fossem exigidas da outra".

Assim como as decisões citadas, farto é o repertório de jurisprudência americana sobre o tema, pois como já foi dito é o país onde é mais divulgada e aplicada esta teoria. Cite-se as decisões apontadas por **MÁRIO FUQUIM FILHO**<sup>21</sup> **LAURO LIMBORÇO**<sup>22</sup> observa que "nos EUA, sendo a disregard doctrine prevista em lei, existe toda uma sistematização, inclusive de ordem processual em torno dela, daí a razão porque é aplicada em casos concretos com rapidez e eficiência".

O direito inglês embora citado, juntamente com o direito norte americano como berço de teoria, inclusive sendo citado por **Requião** como a primeira decisão a do caso "**Salomon X Salomon e Co**" no direito inglês, os autores apontam a pouca atenção da doutrina inglesa para o tema (Piero Verrucolli" le superamento della personalità guiridica dele sovetá di capitali nella "common law e nella "Civil law")<sup>23</sup>.

No entanto, embora a doutrina não dedique muitas obras ao tema, os tribunais tem aplicado amiude. Além do caso "**Salomon vs Salomon e (Co)**" citados em todas as obras sobre o tema, pode ser citado como de grande repercussão, os casos "**Daimles**" (1916) desconsiderou a personalidade de sociedade que, embora formada na Inglaterra e formada de acordo com as leis inglesas, tinha a quase totalidade de suas ações nas mãos de alemães e assim foi considerada de nacionalidade alemã. Na Inglaterra há leis específicas tratando do tema.

O direito alemão, sobre o tema é constantemente lembrado e citado, devido ao trabalho de **ROLF SERICK** considerado o mais completo sobre o tema. O trabalho de **SERICK** traz várias decisões de tribunais

alemães sobre o tema, donde se conclui a aplicação desta teoria ser verificada na Alemanha, inclusive, conforme ensina o Prof. CASILLO, a orientação do Tribunal Federal Alemão é a de que **“toda vez que houver abuso do instituto, e este abuso é verificado pelo critério objetivo** (contradição entre a forma do ato e a finalidade do instituto), aplica-se a teoria da desconsideração.

Na Argentina, segundo HECTOR MASNATA<sup>24</sup>, a doutrina teve boa acolhida da doutrina, a doutrina é vacilante havendo decisões por dois sentidos e a legislação trata em alguns temas restritos admitindo a possibilidade, mas sem o caráter genérico.

#### **A desconsideração e as decisões judiciais:**

A caso se tornou mais conhecido no Brasil de discussão da desconsideração da personalidade jurídica, com vários pareceres sobre o tema, foi questão que se resolveu no campo administrativo, mas é conveniente uma análise pelos fundamentos jurídicos nele expostos.

A sociedade de mineração VALE DO SÃO JOÃO LTDA., pleiteou perante o Conselho de Segurança Nacional, a exploração de recursos minerais na chamada **“faixa de fronteira”** ou seja, a faixa interna de 150 km de largura paralela à linha divisória terrestre do território nacional. Ocorre que a lei 6634 de 02-05-1979 exige que para tal exploração é necessária aprovação do Conselho de Segurança Nacional (e as empresas interessadas tem necessariamente que possuir pelo menos 51% do capital pertencente à brasileiros, que pelo menos 2/3 dos trabalhadores sejam brasileiros, e que a administração caiba à maioria de brasileiros. O Conselho de Segurança Nacional, solicitou então, parecer ao então Consultor Geral da República, CLÓVIS RAMALHETE.

A sociedade pleiteante tinha 51% das quotas em que estava dividido o seu capital social, em poder de companhia brasileira (Siderúrgica HIME S/A) ao passo que as quotas restantes (49%) figuram em nome de empresa com capital 100% estrangeiro.

Em seu parecer, o Consultor Geral da República entendeu que, no caso, deveria ser desconsiderada a pessoa jurídica, como de caráter nacional, pela participação indireta de empresas estrangeiras acabarem por somar mais de 49%.

As cotas da sociedade, estavam assim dividida.

**51% – Siderúrgica HIME S/A – empresa brasileira.**

**49% – SOPEMI S/A – capital 100% estrangeiro.**

Ocorre que a Siderúrgica HIME S/A embora fosse brasileira, com 51% de capital nacional, 49% por capital era estrangeiro. Assim, o gráfico constante do parecer assim dispõe.

51% Siderúrgica HIME S/A – 51% de capital 100% nacional.

**MINERAÇÃO VALE DO SÃO JOÃO LTDA. 49% de capital 100% estrangeiro**

49% SOPEMI S/A – capital 100% estrangeiro.

Da conjugação das participações minoritárias, atingimos o percentual de 74,5% de Capital estrangeiro. Assim, desconsiderando a pessoa jurídica das sociedades formadoras do capital do Vale do São João e analisando a pessoa dos seus sócios optou o Consultor Geral da República pelo indeferimento do pedido.

**Afirmou o parecerista que:**

“A despersonalização da sociedade mercantil é efeito da aplicação do direito a certos casos. Visa a desvendar os sócios na Pessoa Jurídica e a desconsiderá-lo como dominantes da sociedade, uma entidade ostensiva por eles constituída. A formação da vontade dos sócios equivale à vontade manifesta da Pessoa Jurídica, dominada pelo **GRUPO ECONÔMICO**. E se a vontade ou objetivo dos sócios é ilícito, esta ilicitude contamina a atividade da sociedade, conseqüente a esta vontade ilícita. Mediante a “**desconsideração da personalidade**” é que se torna possível obstar a eficácia do ilícito, o do nulo ou do anulável, e esta construção tem apoio no sistema legal vigente”.

E

**E opina contrariamente concluindo que:**

“A numeração Vale do São João Ltda. é pessoa jurídica regularmente constituída, mas integra conhecidamente um grupo Econômico no qual prevalecem grandemente capitais em mãos de estrangeiros, e são estes na realidade, que buscam, através dela, obter autorização para a atividade de mineração na área em faixa de fronteira, requerida neste processo”.

Tal ponto de vista foi contestado, entre outros, por **MAURO RODRIGUES PENTEADO**<sup>25</sup> em artigo publicado na Revista de Direito Mercantil (51/127) e **MÁRIO FUQUIM FILHO**<sup>26</sup> em artigo Publicado no Jornal o Estado de São Paulo de 16 de agosto de 1981.

Outras decisões a respeito da teoria desconsideração podem ser citadas.

O professor **LAURO LIMBORÇO**<sup>27</sup> cita decisão do Supremo Tribunal Federal, que ao decidir controvérsia sobre o poder da holding em

relação à alienação de ações da subsidiária, invocou a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica (R.E. nº 88.591 —, RTJ vol. 93 pág. 320).

**CLÓVIS RAMALHETE**, em seu parecer supra citado, menciona duas decisões sobre o tema. A primeira, da 8ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro ao apreciar a apelação Cível nº 90.170, decidiu a **“desconsideração da personalidade de certa sociedade mercantil**. Verificando o fim ilícito que levara os sócios a constituí-la, desconsiderou a pessoa jurídica. Nesta decisão é citado e transcrita lição de **TÚLIO ASCARELLI** nos seguintes termos:

“A constituição da sociedade e a teoria da pessoa jurídica não devem constituir um meio para iludir o funcionamento normal das normas jurídicas. A jurisprudência francesa fala, justamente, em **“abus de la notion de personnalite Sociale”** e justamente visa combater este abuso, quer no domínio do direito internacional privado, quer no direito interno, por seu turno, na jurisprudência americana (...) afirma-se: **“Nós temos desde algum tempo, nos recusando ser sempre e de modo completo envolvidos por uma lógica, derivada da existência de uma sociedade, onde ela sirva somente para distorcer ou esconder a verdade.”** (T. Ascarelli, **“problemas das Sociedades Anônimas, Ed. Saraiva, p. 140**).

O Tribunal de Justiça de São Paulo, ao apreciar o mandado de segurança 247.914, em 19-03-1976 acolheu a desconsideração da personalidade de sociedade mercantil, devido à predominância irresistível do controle financeiro, afirma o aresto que:

“Quando, por sua posição acionária, um diretor, teve controle da sociedade a ponto de tornar-se ela mera expressão de sua pessoa física; quando (...) sob o véu da personalidade jurídica abriga-se a pessoa física (...), não há como ressuscitar ultrapassada inteligência que atribuía prestígio de tabu à indevassabilidade da escrita comercial”.

**RUBENS REQUIÃO**<sup>29</sup> aponta decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo (Ap. 9.247) numa execução em que **SARAIVA S/A** movia contra **HOSPITAL CORAÇÃO DE JESUS S/A**. Afirma o julgado (RT 238/394) que:

“Há, no caso, sustenta o acórdão relatado pelo desembargador **EDGARD DE MOURA BITTENCOURT**, completa confusão de patrimônio de pessoa física do executado como o do embarcante, o que resultou evidente prejuízo para quem contratou com aquele. . . . .

A embargante se organizou em sociedade Anônima, cujo patrimônio se confunde com o do executado, que não quis provar nem dizer quantas ações tem e quem é o maior acionista. . . .

A assertiva de que a sociedade não se confunde com a pessoa dos sócios é um princípio jurídico, mas não pode ser um tabu e entrar a própria ação do estado na realização da perfeita e boa justiça. . . . ”.

Em outra hipótese trazida por **REQUIÃO**<sup>30</sup> a questão versava sobre doação de pais à filhos, através de personalidade jurídica, que o primeiro constituíra com alguns de seus filhos menores, a cuja sociedade foram transferidos bens imóveis. Os filhos não contemplados na sociedade, posteriormente se opuseram com base no art. 1132 C.C., que contém a regra de que os ascendentes não podem vender aos descendentes, sem que os outros descendentes expressamente consentam.

Alegou-se em defesa da técnica usada que sendo a sociedade pessoa jurídica distinta da dos sócios, em tal comportamento não houve ofensa ao preceito proibitivo da lei civil. A sentença de primeira instância em consonância com a doutrina desconsiderou a pessoa jurídica e anulou a venda, sendo, no entanto tal decisão reformada pelo Tribunal.

#### **Outras decisões encontradas sobre o tema:**

**“SOCIEDADE COMERCIAL – CRISE DE FUNÇÃO DA PESSOA JURÍDICA – CONTROLE EXERCIDO PELO SÓCIO SOBRE A SOCIEDADE DESCONSIDERAÇÃO DA SEPARAÇÃO ENTRE SOCIEDADE E SÓCIO – PARTE LEGÍTIMA.**

Tendo em vista, na espécie, o controle exercido pelo sócio sobre a sociedade, desconsidera-se a separação entre ambos, admitindo-se consequentemente aquele como parte legítima”.

(Ac. unânime da 2ª Cam. do 1º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo na Ap. 287.896 – j. 17-03-1982 – Rel., Juíz **RENAN LOTUFO** – RT 568/108).

**“EMBARGOS DE TERCEIRO – EXECUÇÃO = PENHORA DE BENS DE PESSOA JURÍDICA – DÉBITO DE UM DE SEUS SÓCIOS – CONLUÍO ENTRE ELE E A SOCIEDADE PARA FRAUDAR JUSTIÇA – INADMISSIBILIDADE.**

Pertencendo à pessoa jurídica, que é terceiro embargante, os bens penhorados, mas vendo-se aí forma fraudulenta com que ela e o devedor tentam impedir que o processo executivo pro-

duza seu resultado útil, nega-se provimento à apelação interposta. (Ap. nº 288.904 2ª Câm. do 1º T.A.C., u.v., 3 de março de 1982, rel. **RANGEL DINAMARCO** RT 560/109).

Extrai-se do acórdão, o seguinte trecho, do ilustre relator, prof.

**RANGEL DINAMARCO:**

“É sedutora e convincente a linha doutrinária que hoje vai alviando a desconsideração da personalidade jurídica para os casos em que, atrás dela procurem as pessoas dissimular uma fraude, a separação entre a personalidade da sociedade e a dos seus sócios deixa de ser absoluta e, através do manto diáfano deste engodo, a nova doutrina permite se possa sentir melhor a realidade econômica que procuram disfarçar”.

“SOCIEDADE COMERCIAL – RESPONSABILIDADE LIMITADA – SÓCIO GERENTE TITULAR DE 99,2% DO CAPITAL PERTENCENDO OS RESTANTES 0,8% A SUA MÃE E UM CUNHADO – SOCIEDADE FICTÍCIA – EXECUÇÃO FISCAL – PENHORA DE BENS PARTICULARES DO SÓCIO MAJORITÁRIO – ADMISSIBILIDADE EMBARGOS DE TERCEIRO REJEITADOS – APELAÇÃO PROVIDA.

Emenda Oficial . . . . .

A assertiva de que a pessoa da sociedade não se confunde com a do sócio é um princípio jurídico básico, não um tabu, e merece ser desconsiderada quando a “sociedade” é apenas um alter ego de seu contralador, em verdade comerciante em nome individual. Lição de londer Comparato. (Ap. 583018577 – 1ª Cam. TJRS - j. 08-05-1984 – Rel. Des. Athos Gusmão Carneiro, v. u. RT 592/172).

Além dessas, outras decisões podem ser encontradas, como as citadas **JOÃO CASILLO** (ob. cit. pág. 32 e seguintes), **RUBENS REQUIÃO**, e ar. da RT 459/153, 484/149, 492/216, 500/194, 418/213, 586/90, etc.

Embora possa-se perceber todas estas opiniões doutrinárias e jurisprudenciais sobre a doutrina, não está ela acima das críticas, existindo autores que a rejeitam em nosso país. Um de seus opositores é **MÁRIO FURQUIM FILHO**<sup>31</sup>, que assim expressa sua repugnância à “disregard doctrine”:

“Mas nem sempre a doutrina do disregard é aplicada, mesmo nos E.E.U.U. Isto porque, o juiz, lá, é um autêntico “criador do direito”, para usar a expressão de **FÁBIO R. COMPARATO**. O juiz norte-americano examina, caso por caso, na ausência de lei específica ou codificada, e julga conforme lhe são apresen-

tados os fatos, criando a norma jurídica e aplicando-a ao caso concreto, na linha de influência da equity . . . . .

“Ora, é fácil perceber que tal casuísmo é inaceitável para o nosso sistema jurídico, ou mesmo para qualquer sistema que repouse nos princípios romano — germânicos. Os fatos e as circunstâncias no Brasil, há de ser sempre considerados, não em termos de equity ou da *comon law*, mas dentro do sistema legal; todo ele regulado por normas escritas onde **“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”**. (Const. Fed. art. 153 § 2º). O juiz no Brasil aplica a lei e não cria a lei, sendo defeso aos magistrados inovar em termos de norma jurídica. Mesmo quando tiver que decidir por equidade, a própria lei (art. 127 do Cód. de Processo Civil) lhe impõe o dever de assim proceder somente **“nos casos previstos em lei”**”

#### **E conclui ele afirmando que:**

“Tal fato (a aplicação da doutrina sem apoio legal) se ocorrer, será intolerável e virá subverter, consfureando, todo o ordenamento jurídico brasileiro, desde suas nobres raízes latino germânicas até suas sólidas bases liberais que informaram o nosso Código Civil de 1916, bem como sua tradição quadricentenária herdada das mais puras fontes do direito romano. Todos os atos praticados com uso da doutrina do **“disregard”** sem apoio na lei, estarão arruinados justamente pela falta de norma legal que os sustente.” *Actus consuit ommissa forma legis*”.

Apoia-se ainda o citado autor, na opinião de **PONTES DE MIRANDA**, assim exposta:

“O desprezo das formas de direito das pessoas jurídicas, o **“o disregard of legal entity”**, provém de influências, conscientes ou inconscientes, do capitalismo cego, que chegando à negar por vezes a pessoa jurídica privada, prepara o caminho negar a pessoa do Estado. Tal internacionalismo voraz e a metafísica da extrema esquerda empregam, de lados opostos as mesmas pica-retas...” (Tratado de Direito Privado, Ed. Bolshoi, 1965, tomo 50, pág. 303).

Ao que parece as opiniões dos mestres acima, especialmente a de **PONTES DE MIRANDA**, não vingou neste particular, sendo a tendência predominante contrária aos seus ensinamentos.

Tanto assim, que no projeto de Código Civil, ainda em tramitação, e acatando a sugestão do professor **RUBENS REQUIÃO**, foi incluída expressamente a teoria da desconsideração, em seu artigo 48 e parágrafo, do seguinte teor:

**“Artigo 48** — A pessoa jurídica não pode ser desviada dos fins estabelecidos no ato constitutivo, para servir de instrumento ou cobertura à prática de atos ilícitos ou abusivos, como em que poderá o juiz, a requerimento de qualquer dos sócios, ou do **Ministério Público** decretar a exclusão do sócio responsável, ou tais sejam as circunstâncias, a dissolução da entidade.

**Parágrafo Único** — Neste caso, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, responderão conjuntamente com os da pessoa jurídica, os bens do administrador ou representante que dela houver se utilizado de maneira fraudulenta e abusiva, salvo se norma especial determinar a responsabilidade solidária de todos os membros da administração”.

Tal solução, não escapou das críticas do próprio **REQUIÃO**<sup>32</sup> que ao se ver deu ao tema **“Tratamento que não se compatibiliza com a pureza e elegância da doutrina da desestimação da personalidade jurídica”**.

Já o ato do **MARÇAL JUSTEN FILHO** (ob. cita. pág. 152) também crítica o dispositivo acima afirmando que **“Tal proposta só pode compatibilizar-se com uma concepção ultrapassada da própria função do direito vinculada à idéia de Estado Gendarme**. Trata-se de concepção permanente repressiva do direito, quando a atualidade exige uma atuação proventiva e funcional para ele”.

## CONCLUSÃO:

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica, foi o meio encontrado pela jurisprudência e doutrina, inicialmente estrangeiros e ultimamente também a nacional, para enfrentar as fraudes e abusos perpetrados sob o escudo da personalidade jurídica.

Historicamente podemos fixar três momentos em relação à personalidade jurídica. No início não era distinta a sociedade e a pessoa dos sócios que se confundiam nas obrigações. Depois, condições sociais e econômicas já apontadas foram exigindo a separação que foi criando raízes e fortalecendo-se, chegando a transformar-se num verdadeiro **“tabu”**.

Graças à isso, algumas pessoas passaram a utilizar-se deste verdadeiro **“escudo”** que lhes proporcionava a personalidade jurídica para cometer fraudes e abusos.

Assim, numa reação para conter esses abusos, houve a quebra desta separação absoluta entre a sociedade e seus formadores, e surgiu a teoria da desconsideração para conter abusos e fraudes.

Esta teoria tem ganho desenvolvimento tendo sido inclusive incluída no projeto de Código Civil, no entanto de forma imprópria, o que a tornou alvo de muitas críticas.

Concluindo, há que se observar a importância que já possui entre nós tal teoria, e que tende a aumentar cada vez mais o que exige um estudo cada vez maior e mais aprofundado para evitar-se aplicações impróprias da teoria que por vezes vem ocorrendo.

#### “Obras Citadas”

- (1) **FRAN MARTINS** “Curso de Direito Comercial”, 8ª Ed, Forense, pág. 217.
- (2) **RUBENS REQUIÃO** “Abuso de Direito e Fraude através da Personalidade Jurídica” RT 410/14.
- (3) **CARLOS RENATO DE AZEVEDO FERREIRA** “A Pessoa Jurídica e sua Desconsideração” Art. Publ. no DCI.
- (4) **MARÇAL JUSTEN FILHO** “Desconsideração da personalidade Societária no Direito Brasileiro” Ed. Rev. dos Tribunais — 1987 — pág. 23/25.
- (5) **SÍLVIO RODRIGUES** “Direito Civil” vol I, 12ª Ed., pág 69.  
**MARÇAL JUSTEN FILHO** ob. cit. pág. 27.
- (6) **MARÇAL JUSTEN FILHO** (ob. cit. pág. 30 e seguintes).
- (7) **SERPA LOPES** “Curso de Direito Civil” (vol. VI, 2ª Ed. 1962 pág. 240).
- (8) **MARÇAL JUSTEN FILHO** (ob. cit. pág. 41).
- (9) idem pág. 43.
- (10) ob cit. pág. 66.
- (11) **JOÃO CASILLO** “Desconsideração da Pessoa Jurídica” (RT 528/ 24).
- (12) Curso de Direito Comercial pág. 271.
- (13) ob. cit. pág. 25.
- (14) **MAURO RODRIGUES PENTEADO** “Aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica” “Revista de Direito Mercantil 51/127.
- (15) ob. cit. pág. 24.
- (16) ob. cit. pág. 61.
- (17) ob. cit. pág. 16.
- (18) apud. **JOÃO CASILLO** (ob cit. pág. 30).
- (19) Ver RT 586/09 — art. do Min. **CLÓVIS RAMALHETE** “Sistema da Legalidade na Desconsideração da Personalidade Jurídica”.
- (20) ob. cit. pág. 25 e seguintes.
- (21) **MÁRIO FURQUIM FILHO** “Piercing the corporate veil” art. publicado no Estado de São Paulo de 16 de agosto de 1981, pág. 56.
- (22) **LAURO LIMBORÇA** “Disregard of legal Entity” art. publ. no Jornal “O Estado de São Paulo em 21-11-1982.
- (23) apud. **JOÃO CASILLO** ob. cit.
- (24) idem.
- (25) **MAURO RODRIGUES PENTEADO** ob. cit.
- (26) **MÁRIO FURQUIM FILHO.**

- (27) LAURO LIMBORÇA ob. cit.  
 (28) ob. cit. pág. 23.  
 (29) idem.  
 (30) MÁRIO FURQUIM FILHO.  
 (31) RT 477/11.

## BIBLIOGRAFIA

Para a feitura do presente trabalho foram consultadas as seguintes obras, artigos e pareceres:

- ANTUNES**, Oswaldo Moreira: "Aplicação da Teoria" Disregard Doctrine" art. publ. no Jornal o Estado de São Paulo em 16/11/86.
- CAMPOS BATALHA**, Wilson de Souza: "Comentários à Lei de Registros Públicos" vol. I-II, 3ª Ed, Forense, Rio de Janeiro, 1984.
- CASILLO**, João: "Desconsideração da Pessoa Jurídica" art. Publ. RT. 528/24.
- FERREIRA**, Carlos (Paulo) Renato de Azevedo, "A desconsideração da pessoa jurídica", artigo publ. no Diário Comércio e Indústria e Jornal "O Estado de São Paulo" de 24-04-1983.
- FURQUIM FILHO**, Mário: "Piercing the corporate veil" art. publ. no Jornal o Estado de São Paulo em 16-08-81, pág. 56.
- JUSTEN FILHO**, Marçal: "Desconsideração da personalidade societária no Direito Brasileiro", 1ª Ed. 1987. Ed. Revista dos Tribunais.
- LIMBORÇO**, Lauro: "Disregard of legal Entity" art. publ. no Jornal O Estado de São Paulo em 21 de novembro de 1982.
- MARTINS**, Fran: "Curso de Direito Comercial", 8ª Ed., Forense, 1981.
- MIRANDA**, Pontes de: "Tratado de Direito Privado" 3ª Ed., São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 1984.
- MORAES**, Walter: "Sociedade Civil Estrita" E. A. Revista dos Tribunais, 1987.
- PENTEADO**, Mauro Rodrigues: "Aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica" art. publ. na Revista de Direito Mercantil nº 51 pág. 127.
- PINHEIRO FRANCO**, Antonio Celso de: "Anotações sobre a teoria da desconsideração da pessoa jurídica" artigo Publicado no Jornal O Estado de São Paulo de 20 de agosto de 1986.

**RAMALHETE, Clóvis:** "Sistema de legalidade na Desconsideração da Personalidade Jurídica" artigo RT 586/09.

**RAMALHETE, Clóvis:** Parecer nº 63 publicado no Diário Oficial da União, seção I pág. 5.231. em 18-03-1981.

**REQUIÃO, Rubens:** "Curso de Direito Comercial", 1ª vol., 13ª Ed. Saraiva, 1982.

**REQUIÃO, Rubens:** "Abuso de direito e fraude através da Personalidade jurídica", art. publ. na RT 410/11.

**REQUIÃO, Rubens:** "As tendências atuais da Responsabilidade dos sócios nas sociedades comerciais" art. publ. na RT 511/11.

**RODRIGUES, Sílvio:** "Direito Civil" parte geral, vol I, 12ª Ed., Saraiva, 1981.

**SERRA LOPES, Miguel Maria de** "Curso de Direito Civil", volume VI, 2ª Edição, 1962.

# DA COMPETÊNCIA DOS ESTADOS PARA DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL

Mônica Castagna MOLINA\*

## I – INTRODUÇÃO

Acreditamos ser importante a abordagem desta questão, não só em função dos graves conflitos pela propriedade da terra, ocorridos em Salto do Jacuí, em março p.p., no Rio Grande do Sul, onde se cogitou a possibilidade do Estado efetuar a Desapropriação por Interesse Social de algumas áreas para amenizar o conflito, mas também porque, consideramos que, após o advento da nova ordem institucional, de 05-10-1988, a Desapropriação por Interesse Social merece uma nova avaliação.

Gostaríamos de considerar que o conteúdo deste trabalho não se apresenta como definitivo, mas apenas como uma investigação preliminar a respeito do tema, que não tem a pretensão de abordar exaustivamente todos os tópicos da questão.

O fato de se propor a avaliar um instituto que “aparentemente” não sofreu grandes alterações na nova Constituição Federal, está diretamente ligado à idéia de um estudo do Direito enquanto fenômeno social, que não está a buscar apenas a coerência lógica das regras, mas, as relações sociais que se traduzem em normas jurídicas.

Não se contentando com a resposta dada pelo positivismo jurídico, que se propõe a avaliar normas de origens históricas e funções sociais diferentes como um todo, esta avaliação da Desapropriação por Interesse Social que ora se coloca pretende levar em conta que, algumas vezes, apesar da manutenção formal de conceitos e normas, a função desempenhada por estes conceitos está alterada devido à própria diferença da realidade social e do processo de elaboração do qual são frutos.

Através de um exercício de coordenação das diversas disposições constitucionais tentaremos obter referências que demonstrem qual foi

---

(\*) Estudante de Direito – PUCCAMP.

o caminho seguido pela Constituição para resolução do antigo conflito centralismo/descentralização de Poder da União frente aos outros membros da Federação.

Buscaremos, através da conjugação de vários dispositivos alocados em títulos diversos da nova Carta, demonstrar que foram oferecidas novas soluções para o problema da centralização de poder na União, através da redistribuição de competências para outros entes da Federação atuarem em algumas áreas. Trabalharemos com o problema da competência na área que envolve os conflitos relacionados ao interesse social, tentando explicitar que foi atribuída forte capacidade de atuação aos Estados, no âmbito de sua jurisdição, para resolução de problemas sociais.

Com isso objetiva-se evidenciar a competência dos Estados para utilização de uma modalidade de ato administrativo, que é o ato da intervenção do poder público no patrimônio privado, através da Desapropriação por Interesse Social.

Esta competência teria sido conferida aos Estados pela Constituição Federal como uma forma de instrumentalizá-los no cumprimento das novas atribuições que lhes foram delegadas pela própria Carta Constitucional.

## II – ANÁLISE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 05-10-1988

A Constituição Federal de 1988 contempla o instituto da desapropriação em três artigos: artigo 5º, inciso XXIV, que trata da desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, artigo 22, inciso II, que trata da competência da União para legislar sobre a desapropriação; e finalmente, artigo 184, que trata da desapropriação por Interesse Social para fins de Reforma Agrária.

Trataremos dos três tópicos, conforme a ordem em que estão dispostos no texto constitucional.

Vejamos primeiramente o artigo 5º:

**“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:**

\*

**XXIV — A lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição.**

Antes de examinarmos o inciso XXIV, faremos duas rápidas observações a respeito do "caput" do artigo, mas que merecem uma avaliação profunda em um outro momento.

A afirmação de que "todos são iguais perante a lei", merece, a nosso ver, contínua discussão, pois, o fato de se declarar a igualdade legal de desiguais econômica e socialmente pode acabar cristalizando essa desigualdade ao invés de combatê-la. As pessoas e os grupos marginalizados necessitam de um tratamento diferenciado, isto é, desigual, até que possam realmente se tornar "iguais".

Uma outra observação diz respeito à equiparação do direito de propriedade a direitos como, à vida e à liberdade, o que acaba reafirmando a posição da propriedade como um dos núcleos do direito burguês e capitalista.

Voltemos então, ao inciso XXIV do referido artigo:

**"A lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição."**

Desta leitura extraímos que a desapropriação pode se fundar em necessidade ou utilidade pública ou interesse social; que, a desapropriação que se fundar em um destes pontos deverá indenizar o expropriado de maneira prévia, justa e em dinheiro; que, não há nenhuma discriminação no inciso quanto ao órgão competente para realizar o ato expropriatório.

Se a questão em foco é exatamente a competência dos Estados Federados para realizarem a Desapropriação por Interesse Social, pagando preço justo, previamente e em dinheiro, devemos nos reportar ao artigo da Constituição Federal que trata e delimita a competência dos Estados.

Estabele o artigo 25:

**"Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.**

1º — São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição."

Pois bem, vimos que o artigo 5º, em seu inciso XXIV, não estabelece qualquer ressalva quanto aos sujeitos expropriantes (e nem quanto à espécie de bens sobre os quais pode incidir) não vedando por-

tanto esta competência aos Estados. Logo, não há, a nível constitucional, nenhum impedimento para que os Estados desapropriem propriedades por interesse social, **desde que**, paguem previamente, de maneira justa e em dinheiro.

Verificando que não há nenhum dispositivo na Constituição Federal que explicitamente proíbe os Estados de atuarem na resolução de conflitos que se dêem em seu âmbito de intervenção jurídica, através do desenvolvimento de ações na área de interesse social, vamos recorrer a outros dispositivos do texto constitucional que revelam a legitimidade dos Estados para atuarem nesta área.

No Título dos Princípios Fundamentais, que abrem a Constituição, encontra-se no artigo 1º, a manutenção da forma federativa de Estado.

Dentro destes princípios fundamentais, que devem servir de norte para todos os planos de governo e para todas as iniciativas administrativas, está estabelecido no artigo 3º, os objetivos fundamentais da República Federativa, ou seja, os objetivos fundamentais de todos os entes que compõem a Federação, dentre eles, os Estados.

Estabelece o artigo 3º:

**“Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:**

**I — Construir uma sociedade livre, justa e solidária**

**II — Garantir o desenvolvimento.**

**III — Erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.**

**IV — Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”**

Sendo um dos **objetivos fundamentais** da República Federativa, a erradicação da pobreza e da marginalidade e a redução das desigualdades sociais e regionais, não teria nenhum sentido que os conflitos que põem em pauta o interesse social estivessem com suas soluções reservadas à atuação privativa da União. A inclusão da erradicação da pobreza e da redução das desigualdades sociais e regionais nos objetivos fundamentais da República, passa a se constituir em permanente orientação dos planos de governo em todos os níveis do poder público.

Reforçando esta idéia, o artigo 23º da Constituição Federal de 1988 estabelece:

**“É de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:**

\*

**VIII – Fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar.**

\*

**X – Combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos.”**

É a própria Constituição, portanto, que estabelece a competência dos Estados para desenvolverem ação na faixa representativa dos interesses sociais, quando lhes compete o combate à pobreza e a promoção da integração de setores marginalizados. Reforçando esta competência, coube também aos Estados, o fomento da produção agropecuária e a organização do abastecimento alimentar.

Ainda na área da competência dos Estados para atuarem na esfera do Interesse Social, podemos citar também os incisos VI e VII do artigo 23º:

**“É de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:**

\*

**VI – Proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas.**

**VII – Preservar as florestas, a fauna e a flora.”**

Todos estes incisos encontram a mais ampla ressonância na definição do que vem a ser o **próprio Interesse Social**, estabelecido no artigo 2º<sup>1</sup>, da lei 4.132, de 10-09-1962, que dispõe sobre a aplicação desta modalidade expropriatória.

Pode-se relacionar, por exemplo, o estabelecido no inciso VII, do artigo segundo, da lei 4.132, que considera de interesse social:

**“a proteção do solo e a preservação de cursos e mananciais de água e de reservas florestais”.**

com o estabelecido no artigo vinte e três da Constituição Federal citado a pouco, que em seus incisos VI e VII, dispõe respectivamente a competência comum dos Estados para proteger o meio ambiente e preservação das florestas, da fauna e da flora.

Clara conexão há também, entre o que o artigo 2º da lei 4.132, considera como sendo de interesse social, em seu inciso V, que dispõe sobre a

**“construção de casas populares”**

com o disposto no artigo vinte e três, da Constituição Federal, que estabelece competência comum dos Estados, em seu inciso IX, para

**“promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico”.**

Podemos relacionar ainda o artigo segundo da lei 4.132, que considera de interesse social, em seus incisos I e III respectivamente, o

**“aproveitamento de todo bem improdutivo ou explorado sem correspondência com as necessidades de habitação, trabalho e consumo dos centros de população a que deva ou possa suprir por seu destino econômico” e**

**“o estabelecimento e a manutenção de colônias ou cooperativas de povoamento e trabalho agrícola”**

com o disposto no artigo vinte e três da Constituição Federal, incisos VIII e X, que dispõem ser de competência comum dos Estados, respectivamente:

**“fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar” e**

**“combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração dos setores desfavorecidos.”**

Verifica-se, portanto, que as atribuições delegadas através da competência comum aos Estados, pela Constituição Federal de 1988, são consideradas pela própria lei 4.132 como sendo de interesse social.

Com estes exemplos, demonstramos que a Constituição dotou os Estados da mais plena legitimidade e competência para agir na esfera do interesse social, não havendo sentido nenhum em retirar dos Estados um importante instrumento, qual seja, a competência para desapropriar áreas por interesse social, para atingir os objetivos que a própria Constituição lhes delegou.

Desta maneira, fica claro que compete aos Estados intervir na propriedade, através da Desapropriação por Interesse Social, mediante pagamento prévio, justo e em dinheiro, valendo-se assim, desta modalidade de ato administrativo, para por fim a graves conflitos sociais.

Tanto compete aos Estados intervir prontamente na resolução de conflitos graves, urbanos ou agrários, evitando que eles tomem uma dimensão incontrolável e comprometam a ordem pública, que, caso não o façam, a União poderá intervir nos Estados para pôr fim ao comprometimento da ordem pública, conforme estabelece o artigo 34º da Constituição Federal em seu inciso III.<sup>2</sup>

Há que se notar que a própria situação já estabelece grande distinção entre a modalidade expropriatória que visa a solução de um grave conflito agrário, local e emergente, no caso, a desapropriação, por interesse social, da expropriação que se destina a instrumentalizar o Programa Nacional de modificações no regime de posse e uso da terra, qual seja, a desapropriação por interesse social para fins de Reforma Agrária.

O Plano Nacional de modificações na estrutura fundiária "deveria" caracterizar-se por ser um programa estável, massivo, contínuo e definido, não podendo ser confundido com uma intervenção pontual e esporádica na propriedade, para a resolução de um grave conflito local. Tais espécies de intervenção não têm a mínima condição de atingir os objetivos do Programa Nacional de Reforma Agrária.

A título de ratificação do que afirmamos, transcrevemos aqui os objetivos gerais do PNRA:

**"Promover melhor distribuição de terra, mediante modificação no regime de sua posse e uso, adequando-as às exigências de desenvolvimento do País, através da eliminação progressiva do latifúndio e do minifúndio de modo a permitir o incremento da produção e da produtividade, atendendo em consequência, os princípios da justiça social e o direito de cidadania do trabalhador rural."**

Ora, é claro que a desapropriação efetuada pelos Estados, de maneira pontual e esporádica, não é capaz de mudar a estrutura fundiária do país, muito menos, de eliminar o latifúndio.

### III – LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA

Entendendo que, a nível constitucional os Estados têm competência para desapropriar por interesse social, pagando previamente de maneira justa e em dinheiro, vejamos agora se a nível legal, o tema assume as mesmas características.

O inciso XXIV do artigo 5º da Constituição Federal fala que a lei estabelecerá o procedimento das desapropriações de que trata. Na ausência de uma nova lei sobre desapropriações, pós-Constituição de 1988, tem vigência as leis anteriores sobre o tema, pois, vigora o princípio da recepção: o direito novo recebe do velho tudo aquilo que não seja incompatível entre eles.

Desta forma, o diploma legal que regulamenta a Desapropriação por Interesse Social é a lei 4.132, de 10-09-1962.

Em seu corpo legal não se encontram referências às pessoas competentes para realização deste ato expropriatório, sendo que a referida

lei dispõe expressamente em seu artigo 50<sup>4</sup> que em tudo o que ela for omissa, inclusive no tocante ao processo e à justa indenização, dever-se-á recorrer às normas reguladoras da desapropriação por utilidade pública.

Como a lei 4.132 é omissa quanto aos sujeitos com poder para realização do ato expropriatório, tem-se então que recorrer ao Decreto-Lei 3.365 de 21 de junho de 1941, que regula a desapropriação por utilidade pública e que reza em seu artigo segundo:

**“Mediante declaração de utilidade pública, todos os bens podem ser desapropriados pela União, pelos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios.**

Ora, se a Lei 4.132 remeteu-se expressamente ao Decreto-Lei 3.365 para regular seus casos omissos e a questão da competência é um destes casos de omissão no seu texto legal, vale então a disciplina do Decreto-Lei 3.365, que diz serem competentes para o ato expropriatório a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. **Não se pode negar, portanto, a competência dos Estados para realizar a Desapropriação por Interesse Social, visto que lhes compete a mais ampla legitimidade constitucional e legal para tal ato expropriatório.**

Vejamos agora o artigo 22, que é o segundo no texto constitucional a tratar da desapropriação:

**“Compete privativamente a União legislar sobre:**

\*

## **II – Desapropriação.”**

Relativamente a esta disposição constitucional é interessante observar o que diz Helly Lopes Meirelles, notadamente porque essas palavras estão também intrinsecamente relacionadas com o ponto que trataremos a seguir:

**“Não confundir, portanto, a competência para elaborar a norma autorizadora da intervenção, com a competência para praticar o ato de intervenção, ou a medida simplesmente condicionadora do uso da propriedade ao bem estar social...”**

**As normas de intervenção na propriedade são privativas da União; os atos executivos ou regulamentadores do uso da propriedade podem ser do Estado-Membro ou do Município, nos limites de sua competência territorial e institucional.”**

Por fim, a desapropriação recebe tratamento no artigo 184<sup>o</sup>, que estabelece:

**“Compete à União desapropriar por Interesse Social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo a sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.**

1º — As benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro.

2º — O decreto que declarar o imóvel como de interesse social, para fins de reforma agrária, autoriza a União a propor a ação de desapropriação.”

\*

Verificamos que esta modalidade expropriatória peculiar, que se destina especificamente para fins de reforma agrária deverá também ter indenização prévia e justa, efetuada porém, em títulos da dívida agrária, sendo as benfeitorias úteis e necessárias indenizadas em dinheiro.

Convém observar que, ao contrário do inciso XXIX do artigo 5º, que trata da desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, que não estabelece nenhum sujeito expropriante, o artigo 184, ao tratar da desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária estabelece a União como sujeito expropriante.

Porém, deve-se também notar o fato do artigo 184 não ter estabelecido explicitamente esta competência exclusiva da União para realizar esta desapropriação, conforme estabelecia o artigo 161 da Carta Constitucional anteriormente em vigor.

A título de comparação, recordemos:

161º — **“A União poderá promover a desapropriação da propriedade territorial rural, mediante pagamento de justa indenização, fixada segundo critérios que a lei estabelecer, em títulos especiais da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária, resgatáveis no prazo de vinte anos, em parcelas anuais sucessivas, assegurada a sua aceitação, a qualquer tempo, como meio de pagamento de até cinquenta por cento do imposto territorial rural e como pagamento do preço de terras públicas.**

1º — A lei disporá sobre o volume anual ou periódico das emissões dos títulos, suas características, taxas dos juros, prazo e condição do resgate.

2º — A desapropriação de que trata este artigo é de competência exclusiva da União e limitar-se-á às áreas incluídas nas zonas prioritárias, fixadas em decreto do Poder Executivo, só recaindo sobre pro-

priedades rurais cuja forma de exploração contrarie o acima disposto, conforme estabelecido em lei.

\*

Comparando os dois artigos, vemos claramente que em nenhum momento o artigo 184 da atual Constituição Federal fala na exclusividade da competência da União para realizar a desapropriação de que trata.

Se retomarmos o artigo 25º, que trata da competência dos Estados Federados, encontraremos o seguinte:

**“Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.**

**1º – São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.”**

Não tendo o artigo 184 da Constituição estabelecido competência privativa da União para Desapropriação por Interesse Social para fins de Reforma Agrária, não restringiu só para si esta capacidade, de forma que questionamos a possibilidade de serem os Estados competentes para realizarem esta modalidade expropriatória, já que o próprio artigo 184 não lhes vedou esta competência e, segundo o artigo 25º, as competências que não foram vedadas aos Estados, lhes são reservadas.

Não existem dúvidas porém, quanto a plena competência dos Estados e Municípios para desapropriarem áreas por interesse social, pagando-as previamente, de maneira justa e em dinheiro.

Esse é o entendimento unânime da doutrina a que recorreremos para ilustrar e concluir este trabalho. Vale notar que estas manifestações são, em sua maioria, anteriores à Constituição Federal de 1988.

#### IV – DOCTRINA

O nosso entendimento coincide com a opinião de Rubens Pestana de Andrade, quando diz:

**“O fato de haver o Estatuto da Terra, em seu artigo 22º, estabelecido que é o IBRA autorizado para todos os efeitos legais a promover as desapropriações necessárias ao cumprimento da presente lei, não quer dizer, entretanto, que, para todos os efeitos, os demais poderes públicos, Estado ou Município, estejam proibidos de desapropriar imóveis rurais, em se tratando de necessidade ou utilidade pública ou interesse social que não vise a Reforma Agrária. (RDA, RJ 130:379 – out./dez. – 1977).**

Também de forma semelhante, manifesta-se José Carlos de Moraes Salles, em "A Desapropriação à Luz da Doutrina e Jurisprudência", às páginas 735, quando diz que o artigo 161, da Constituição Federal de 69, cuida somente de "uma das duas espécies em que pode se dividir a expropriação por interesse social.

Esta é da competência exclusiva da União, sendo disciplinada pelo Estatuto da Terra, lei 4.504, de 30-11-1964 e pelo decreto-lei 554, de 25-04-1969.

A outra modalidade de desapropriação, por interesse social, é regulada pela lei 4.132 de 10-09-62 e pode ser efetuada pela União como pelos Estados e Municípios."

Emílio Alberto Maya Gischkow confirma esta orientação quando afirma:

"Tenho que somente os dispositivos que contrariam o Estatuto da Terra teriam sido revogados por esta última lei. Significa que os dispositivos da lei 4.132 que não dizem respeito à desapropriação da propriedade rural, relacionados com outros casos de interesse social, continuam em vigor, implicando que os respectivos processos expropriatórios possam ser promovidos pelos Estados, Municípios e Distrito Federal.

Efetivamente a competência privativa da União para desapropriação por interesse social diz respeito apenas aos casos relacionados conforme estabelece ao artigo 161 da Constituição Federal."

Continua ainda Alberto Maya:

"Decorrentemente, outros casos de desapropriação por interesse social, de áreas caracterizadoras da propriedade territorial rural, fora dos casos de Reforma Agrária, seriam disciplinados pela lei 4.132/62, significando que o processo de desapropriação seria regulado pelo Decreto-lei 3.365/41, conforme dispõe o artigo 5º daquela lei" (Princípios de Direito Agrário: Desapropriação e Reforma Agrária, São Paulo, Saraiva, 1988).

Reafirmando o mesmo entendimento, manifesta-se Arthur Pio dos Santos:

"Pode-se afirmar que existem aqueles dois tipos de desapropriação a saber:

a) a desapropriação por interesse social lato sensu, com fundamentos em dispositivos constitucionais (artigo 141, parágrafo 16º da Constituição Federal de 67 e artigo 153, parágrafo 22º da emenda de 69) cujos casos e procedimentos estão regulados pela lei 4.132 de 1962.

b) a desapropriação por interesse social para fins de Reforma Agrária, também alicerçada em dispositivos constitucionais (parágrafos 1º

a 6ª do artigo 147, da Constituição Federal de 1946, Emenda 10-1964; artigo 157 e parágrafos da Constituição de 1967 e artigo 161 e parágrafos da Emenda nº 1/69), e que foi regulamentada substantivamente pela lei 4.504/64 e legislação complementar e, adjetivamente, pelo Decreto-Lei 554, de 25 de abril de 1969.

Na primeira hipótese são competentes a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal para proceder à desapropriação por interesse social (artigo 2º do Decreto-Lei 3.365, aplicável à espécie pelo artigo 5º da Lei 4.132).

Na última, específica para fins de Reforma Agrária somente a União é competente". (Curso de Direito Agrário – Desapropriação, vol. 3 – Brasília, Fundação Pretônio Portela, 1982).

Comunga também com esta opinião Carlos Mário da Silva Velloso:

"Pensamos que há duas espécies de desapropriação por interesse social: uma, com sentido mais largo, tem seus casos e pressupostos na Lei 4.132, de 10-09-62; outra, a específica para fins de Reforma Agrária, assenta-se no Decreto-Lei nº 554, de 25-04-69. No primeiro caso, na desapropriação fincada na lei 4.132 de 62, parece-nos que a competência não é só da União, mas também dos Estados e Municípios. No segundo, a desapropriação que tem por finalidade a Reforma Agrária, a competência é exclusiva da União."

Coincidente com este entendimento, manifesta-se Helly Lopes Meirelles:

"A desapropriação por interesse social é aquela que se decreta para promover a justa distribuição da propriedade, ou condicionar seu uso ao bem estar social (Lei 4.132, artigo 1º). A primeira hipótese é privativa da União e específica da Reforma Agrária, a segunda, é permitida a todas as entidades constitucionais – União, Estados-Membros, Municípios, Distrito Federal e Territórios – que têm a incumbência de adequar o uso da propriedade em geral às exigências da coletividade. Portanto, nos limites de sua competência, cada entidade estatal pode desapropriar por interesse social, desde que o objeto da expropriação e a sua destinação se contenham na alçada da Administração expropriante." (Direito Administrativo Brasileiro, 8ª Edição atualizada, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1981).

Ainda no campo doutrinário, citamos Adilson Abreu Dallari:

"... reafirmamos nossa opinião no sentido de que a competência constitucionalmente atribuída aos Estados e Municípios lhes permite efetuar desapropriação por interesse social de imóveis urbanos e ru-

rais, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, tendo em vista que o texto constitucional reservou à União apenas a desapropriação extraordinária por interesse social, para fins de Reforma Agrária, mediante indenização em títulos da dívida pública." (Desapropriações para Fins Urbanísticos — Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1981).

Por fim, reproduzimos a opinião de Daniel Rech, expressa em seu trabalho: "Reforma Agrária — Alternativas e impasses na nova Constituição".

"Os Estados, como já se disse, não podem desapropriar terras para fins de Reforma Agrária, mas podem desapropriar por utilidade pública ou por interesse social, só que neste caso entra a determinação do pagamento "prévio e justo", isto é: na desapropriação em dinheiro e pelo preço de mercado. Ou seja: cumprindo estes requisitos, o Estado pode desapropriar qualquer terra, mesmo a propriedade produtiva."

## V — JURISPRUDÊNCIA

Além destes entendimentos doutrinários, encontramos também na jurisprudência, anterior a Constituição Federal de 1988, julgados que creditam competência aos Estados para efetuar a Desapropriação por Interesse Social. Porém, não há uniformidade da jurisprudência quanto a este entendimento.

Vale citar o julgado do Supremo Tribunal Federal, de 10 de junho de 1966, que consagrou a constitucionalidade da lei 4.132, no que tange a Desapropriação por Interesse Social realizada pelos Estados. Decidiu o Supremo neste julgado que, os Estados Federados têm competência para decretar a Desapropriação por Interesse Social, observados os preceitos legais. (Cópia do julgado em anexo, nº 1)

Há ainda o "Recurso Extraordinário nº 73.446 — PR" através do qual o Supremo Tribunal Federal decidiu ação de desapropriação, pela qual o Estado do Paraná desapropriou uma gleba de 4.000 alqueires de terra, declarada de utilidade pública e interesse social. Traçando um paralelo com a situação vivida há alguns meses em Salto do Jacuí, RS, e recentemente em Andradina, São Paulo, é interessante notar que a área citada foi declarada daquela forma considerando-se "a situação daquelas áreas e das dezenas de famílias que as povoam, bem como o clima de tensão reinante naquele município e originado pelo problema da terra, capaz de se transformar em disputa sangrenta."

Como último exemplo da jurisprudência favorável a esta competência dos Estados, mencionamos o julgado do Supremo Tribunal Federal que estabelece que:

"... só é privativa da União a desapropriação de imóvel rural por interesse social mediante pagamento em títulos especiais da dívida pública, não a que se faz com pagamento em dinheiro. "STF, Pleno RTJ nº 106/937-942, e DJU de 23-11-73, fls. 4)

## VI – CONCLUSÃO

Ao longo do texto constitucional, aparecem vários artigos que explicitamente demonstram a delegação de competência, aos entes da Federação, para o desenvolvimento de ações na esfera do interesse social. Como, por exemplo, o **combate a pobreza, a promoção da integração social dos setores marginalizados, a proteção ao meio ambiente, a preservação das florestas, da fauna e da flora, o fomento da produção agropecuária, a organização do abastecimento alimentar, etc.**

A Constituição Federal de 05-10-1988, oferece aos membros da Federação, a possibilidade de utilização de uma espécie de ato administrativo capaz de instrumentalizá-los no cumprimento das atribuições que ela própria lhes delegou: a Desapropriação por Interesse Social.

Sendo os Estados membros unidades administrativas que compõem a Federação, e de acordo com as atribuições a eles delegadas pela Constituição não haveria sentido que houvesse no texto constitucional qualquer disposição que **explicita ou implicitamente, vedasse competência aos Estados para a utilização desta modalidade de ato administrativo.** De fato, constatamos a inexistência de qualquer disposição neste sentido ao longo da Constituição Federal de 1988.

**Diante disto, e de acordo com a Lei 4.132, de 10 de setembro de 1962, entendemos que os Estados Federados e os Municípios são amplamente competentes para efeturem a Desapropriação por Interesse Social, de áreas urbanas e rurais, pagando esta Desapropriação de maneira prévia, justa e em dinheiro, conforme o disposto no artigo 5º, inciso XXIV, da Constituição Federal de 05 de outubro de 1988.**

### NOTAS

(1) Art. 2º – "Considera-se de interesse social:

I – O aproveitamento de todo bem improdutivo ou explorado sem correspondência com as necessidades de habitação, trabalho e consumo dos centros de população a que deva ou possa suprir por seu destino econômico;

II – A instalação ou a intensificação das culturas nas áreas em cuja exploração não se obedeça plano de zoneamento agrícola; (vetado)

III — O estabelecimento e a manutenção de colônias ou cooperativas de povoamento e trabalho agrícola;

IV — A manutenção de posseiros em terrenos urbanos onde, com a tolerância expressa ou tácita do proprietário, tenham construído sua habitação, formando núcleos residenciais de mais de 10 (dez) famílias;

V — A construção de casas populares;

VI — As terras e águas suscetíveis de valorização extraordinária pela conclusão de obras e serviços públicos, notadamente de saneamento, portos, transporte, eletrificação, armazenamento de água e irrigação no caso em que não sejam ditas áreas socialmente aproveitadas;

VII — A proteção do solo e a preservação de cursos e mananciais de água e reservas florestais.

(2) Art. 349 — “A União não intervirá nos Estados-Membros, nem no Distrito Federal exceto para:

III — Por termo a grave comprometimento da ordem pública.”

(3) Art. 5º — “No que esta lei for omissa aplicam-se as normas legais que regulam a desapropriação por utilidade pública, inclusive no tocante ao processo e à justa indenização devida ao proprietário.”

# POSSIBILIDADE JURÍDICA DA TRANSFERÊNCIA DE IMÓVEL HIPOTECADO AO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO SEM ANUÊNCIA DO AGENTE FINANCEIRO\*

Marília L. CAVAGNARI

## TEMA

Pode o mutário transferir, legalmente, imóvel hipotecado à entidade do Sistema Financeiro de Habitação com a discordância expressa do agente financeiro?

## INTRODUÇÃO

Responder se existe ou não a possibilidade legal de transferência de imóvel, hipotecado com cláusula de inalienabilidade à entidade do S.F.H., com a discordância expressa do agente financeiro, é a meta deste trabalho.

Dada a complexidade do tema, o enfocaremos sob três aspectos: social, técnico e jurídico.

Foram ouvidos, para tal, os representantes dos agentes financeiros, que defendem a intransferibilidade do imóvel hipotecado sem a anuência da entidade; e, na área do Direito, os representantes da corrente oposta, que permitem e ou advogam a possibilidade de tal transferência.

Pesquisa ampla foi feita na legislação em vigor, na doutrina, na história e na jurisprudência, para avaliar, nas duas posições, os fundamentos legais de tais opiniões.

Salientamos que essa problemática afeta apenas os contratos de financiamento de imóveis firmados depois de 30 de junho de 1985, visto os anteriores estarem amparados na Resolução de Diretoria nº 42 do Banco Central do Brasil, que no seu item 12 estabelece o seguinte:

---

(\*) Trabalho apresentado ao Curso de Direito Civil, ministrado pelo Meritíssimo Juiz Prof. Clóvis Elias Thomé.

“Aos contratos regidos pelo Plano de Equivalência Salarial aplicar-se-ão as disposições desse item até 30 de junho de 1985.”

Diz, ainda, a Resolução nº 42 do B.C.B.:

12.1 – “Na substituição do devedor sem desembolso adicional de recurso por parte do agente financeiro, o novo devedor subrogar-se-á nos direitos e obrigações do alienante.”

### POSIÇÃO DOS AGENTES DO S.F.H.

Baseiam os agentes financeiros a sua opinião e procedimento, principalmente, nas Resoluções nº 1310 e 1448/88 e na Circular nº 1.161 todas do Banco Central do Brasil, nos artigos 292 e 293 da Lei de Registros Públicos e na R.D. 10/77.

Transcreveremos alguns desses documentos, para esclarecer em que se firma o posicionamento dos supracitados agentes.

Resolução nº 1448/88 do B.C.B.

“IV – A transferência de saldos devedores de contratos de financiamento de unidades residenciais, enquadrados nas condições do item II, dar-se-á mediante a concessão de novo financiamento ao comprador, obedecidas as condições vigentes, com as exceções previstas no item VII, ficando assegurado o desconto previsto no item I desta Resolução”.

R.D. 10/77

“9.4 – Os contratos poderão prever que as obrigações assumidas pelos financiamentos terão o seu vencimento antecipado:

- a) pelo não pagamento de 3 (três) prestações consecutivas;
- b) pela cessão dos direitos e obrigações do devedor, sem prévio e expresso consentimento do credor”.

Lei 6.015/75 – alterada pela Lei 6.941 de 14/9/81, Lei de Registros Públicos

“Art. 292 – É vedado aos tabeliões e aos Oficiais de Registro de Imóveis, sob pena de responsabilidade, lavrar ou registrar escritura ou escritos particulares autorizados por lei, que tenham por objetivo imóvel hipotecado à entidade do Sistema Financeiro da Habitação, ou direitos a ele relativos, sem que conste dos mesmos, expressamente, a menção ao ônus real e ao

credor, bem como a comunicação ao credor, necessariamente feita pelo alienante, com antecedência de, no mínimo, 30 (trinta) dias”.

“Art. 293 — Se a escritura deixar de ser lavrada no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da data da comunicação do alienante, esta perderá a validade”.

“Parágrafo único. A ciência da comunicação não importará consentimento tácito do credor hipotecário”.

Questionados à respeito dos contratos de financiamento do imóvel, hipotecados e gravados com cláusula de inalienabilidade, penalizados com vencimento antecipado da dívida, no caso de transferência do mesmo, afirmam os agentes financeiros:

“A adesão ao contrato é livre. O contrato é soberano. A assinatura do contrato pelo mutuário atesta a sua aquiescência a tal cláusula, e ao contrato em geral, não existindo, por isso, razão para que o procedimento do agente financeiro seja diferente do que é”.

Deduzimos, pois, que o mutuário, para transferir a terceiros o seu imóvel hipotecado e financiado, deve: ou “quitar a hipoteca”, ou transferir seu “saldo devedor” para o novo comprador, que receberá “novo financiamento”, nas condições estabelecidas pelo agente e por ele aceitas contratualmente. Somente sob esta condição o agente financeiro “anuirá” nessa transação, permitindo assim que seja feito o registro do imóvel, no Registro de Imóveis, condição para legalização do ato.

O cálculo feito sobre o “saldo devedor, para quitar a hipoteca ou refinarciar o imóvel, pelos agentes do S.F.H., é de tal forma esdrúxulo, que preferimos exemplificar, deixando que os fatos falem por si:

“A Itaú Sul S/A — Crédito Imobiliário para transferir ou anuir na transferência de um financiamento concedido a SEIJI IWAKURA, com prazo de 15 (quinze) anos, prestação atual de aproximadamente Cz\$4.000,00 (quatro mil cruzados), faltando 4 (quatro) anos para o seu termo (48 meses vezes Cz\$4.000,00 igual a Cz\$192.000,00), propôs o valor à vista de Cz\$1.400.000,00 (um milhão e quatrocentos mil cruzados) para quitar a hipoteca, ou alternativamente, um refinanciamento de mais de 15 (quinze) anos, com prestação inicial de Cz\$15.000,00 (quinze mil cruzados), totalizando, hoje, um valor nominal de Cz\$2.700.000,00 (dois milhões e setecentos mil cruzados)”.

Pronunciamento do Juiz Corregedor do Foro Extra-judicial, Nelson João Klas, à respeito do exemplo supracitado:

“Não senti embaraço em qualificar a proposta de juridicamente duvidosa e comercialmente inaceitável, por chegar às raízes da espoliação”.

Comungamos da opinião do ilustre magistrado, que, em prosseguimento, no mesmo parecer, declara e ensina:

“O ilustre magistrado Doutor Michel Elias Faraht Neto, exarando entendimento de que havendo discordância expressa dos agentes financeiros nas transferências de unidades imobiliárias, vinculadas ao Sistema Financeiro da Habitação, não podem viabilizar-se as transmissões; contudo, **não trouxe qualquer fundamento jurídico de sua conclusão**, e, ao meu ver, **imolou os princípios que hoje regem o instituto da inalienabilidade**, que também historicamente, remontando ao direito romano e depois às Ordenações do Reino de Portugal, somente para exemplificar, sempre foram de aplicação restrita; entretanto, o ilustre e respeitado juiz auxiliar da Corregedoria admitiu o entendimento unilateral do agente financeiro, **contrário à doutrina e à lei**, de que os imóveis financiados pelo S.F.H., garantidos por hipoteca, são no caso de discordância expressa, inalienáveis”. (os grifos são nossos)

Com voto vencido, em Florianópolis, na 2ª Vara Cível, pronunciando-se contrário à permissão de registro de venda de imóvel hipotecado ao S.F.H., pronunciou-se o Juiz Ivo Gabriel da Cunha:

“Naturalmente, a existência de ônus real de garantia sobre o imóvel adquirido não gera indisponibilidade. Mas a alienação da *res*, no caso dos mútuos do sistema financeiro habitacional, tem sido erigida como razão de vencimento antecipado da dívida, uma vez que realizada sem o consentimento do credor. Foi o que aconteceu na espécie e não se pode desconhecer, como se não escrita fosse, a condição posta no contrato. A presunção de que as partes não saibam o que estão assinando, ao contratar o mútuo hipotecário, não se pode transformar em panegírico geral tendente ao descumprimento das obrigações contratuais. Ao contrário, tratando-se de condição comum e corriqueira nos contratos de mútuo, desde o advento do sistema de aquisição da casa própria, a cláusula de vencimento antecipado em caso de alienação não consentida não era estranha aos mutuários”.

Esclarecemos, para melhor avaliação do problema, que o mutuário, ao término do seu financiamento, terá ainda por pagar um "resíduo", que segundo o maior representante do S.F.H., a CEF, corresponde ao "principal" da dívida, pois, os 15 ou 20 anos de pagamentos parcelados, efetuados, referem-se somente aos juros e à correção monetária; ao custo do dinheiro. Esse "resíduo", que antigamente era coberto pelo Fundo de Variações Salariais, com a extinção da mesma, será agora refinanciado em prazo e condições ainda desconhecidas.

Ora, pelo contrato feito, com garantia hipotecária e aquiescência do mutuário a todas as condições acima descritas, já tem a CEF totais garantias sobre o negócio e estará a coberto de quaisquer prejuízos.

Logo, ao impor a execução de "novo contrato", para aceitar a transferência de imóvel, em termos "inomináveis", em nossa opinião, estará ela cobrando, na verdade, **2 vezes a mesma coisa**, pois não desembolsa nada nesse novo contrato, e ainda o onera, com taxas de juros e cálculos "inconfessados pelos agentes" ou "inconfessáveis", talvez, sem razão alguma, e sem respaldo legal para tanto.

Esclarecemos, ainda, que até 30-6-85, na substituição do devedor sem desembolso adicional de recurso do agente financeiro, o novo devedor sub-rogava-se, simplesmente, nos direitos e obrigações do alienante, conforme expusemos na **Introdução**, conduta que sempre havia sido tomada até então.

## NULIDADE E INEFICÁCIA DA CLÁUSULA

Conforme o exposto no título anterior, apóiam-se os agentes financeiros para respaldar seu posicionamento em legislação interna, na interpretação questionável da Lei de Registros Públicos e na cláusula de inalienabilidade, barreira intransponível para a transmissão do imóvel, que, se infringida, acarretará a rescisão do contrato e a execução do saldo devedor denominado "estado de dívida".

Podemos afirmar, entretanto, apoiados na legislação federal, na doutrina e na jurisprudência, que ditas cláusulas proibitivas da transferência de imóvel, nos contratos de compra e venda gravados de hipoteca, "são nulas" e "ferem princípios legais", sendo, por isso, "inefcazes", como exporemos a seguir:

## CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Art. 649 — "caput"

**“São absolutamente impenhoráveis;**

**I — Os bens inalienáveis e os declarados, por ato, voluntário, não sujeitos à execução;**

**II — .....**”

### CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Art. 756 — “caput”

**“Só aquele que pode alienar poderá hipotecar, dar em anticrese, ou empenhar.**

**“Só as coisas que se podem alienar poderão ser dadas em penhor, anticrese ou hipoteca”.**

Art. 1676 — “caput”

**“A cláusula de inalienabilidade temporária, ou vitalícia, imposta aos bens pelos testadores ou doadores...”**

Art. 524 — “caput”

**“A lei assegura ao proprietário o direito de usar gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua”.**

Art. 815 — “caput”

**“Ao adquirente do imóvel hipotecado cabe igualmente o direito de remí-lo”.**

Art. 762 — “caput”

**“A dívida considera-se vencida:**

**I — .....**”

**V — Se se desapropriar a coisa dada em garantia, depositando-se a parte do preço que for necessária para o pagamento integral do credor”.**

**(os grifos são nossos)**

Face à clareza da lei, facilmente constatamos que, a hipoteca tem características semelhantes ao penhor e à anticrese; que como únicas exceções à livre disponibilidade dos bens temos o “bem de família”, Art. 70.C.C., e os atos gratuitos de transmissão de propriedade, a doação e o testamento, que são passíveis de serem gravados com cláusulas de inalienabilidade, ainda assim “relativa”.

O contrato de compra e venda, que é ato oneroso, “não comporta tal cláusula”, pois a mesma seria conflitante com o instituto da hipoteca.

A hipoteca e a inalienação são institutos antagônicos, excluídos um do outro, conforme impõe o C.C.B. e o C.P.C. e nos ensina a doutrina.

Concluimos com a lição de Caio Mário da Silva Pereira:

“É a nulidade a sanção para a ofensa à predeterminação legal”.<sup>1</sup>

## DOUTRINA

**Serpa Lopes**, in Tratado dos Registros Públicos, vol. 3/295, pergunta e responde:

“Pode um imóvel transformar-se em bem inalienável, por força de convenção? — Fora de dúvida que, nas doações e testamentos, a cláusula de inalienabilidade é perfeitamente admissível. Mas se-lo-á igualmente, nos atos inter vivos à título oneroso? O princípio doutrinário, sem discrepância consagrado pelos autores, é o ser impotente a vontade do homem para atribuir às coisas o caráter de inalienáveis, de modo a tornar nulo qualquer ato de disposição. Uma cláusula nesse sentido seria considerada juridicamente impossível”.

**Antonio Ferreira Inocêncio**, in Restrições de Direito à propriedades, ao tratar das fontes da inalienabilidade por convenção ou ato voluntário bilateral, ensina:<sup>2</sup>

“A convenção aqui tem de nascer de um ato manifestamente expresso e formal, isto é, por título escrito (público ou particular) não podendo de forma alguma contrariar o preceito da lei; convencionando-se nos contratos as condições que melhores parecerem às partes, produzirão elas todos os seus efeitos legais, constituindo destarte um ato jurídico perfeito e acabado. Acompanhando o princípio geral dos contratos de que uma vez perfeitos e acabados são irretiráveis, não podem ser desfeitos nem alterados “ex motu proprio”, senão por novo acordo, pode também a doação ser revogada à vontade das partes, por mútuo consenso e por outros modos por que se desfazem os contratos. Desse modo, revogada a doação ou rescindido o contrato, produzindo efeitos no futuro, subsistem todos os efeitos que tenham produzido no passado.

A convenção de “não alienar” não se presta, contudo, ao contrato de compra e venda, porque isso seria juridicamente impossível.

Conseqüentemente, inútil pactuar-se uma tal restrição ao direito de propriedade, fora dos casos considerados, por lei, suscetíveis de tais disposições; de modo nenhum poderia figurar numa transcrição ou inscrição, e nenhuma eficácia comunicaria se realizado”.

Nas conclusões do capítulo da Inalienabilidade diz:

“A cláusula de inalienabilidade somente pode ser admitida, de modo exclusivo, em contratos gratuitos: doações ou testamentos”.

**Orlando Gomes**, in *Direitos Reais*, tratando da inalienabilidade e após afirmar que o sistema econômico do capitalismo conta entre seus princípios básicos com o da livre circulação dos bens, conclui:<sup>3</sup>

“Compreende-se, por outro lado, que tal limitação somente possa ser imposta nas transmissões a título gratuito. Quem adquire uma coisa a título oneroso não pode sujeitar-se a uma restrição dessa ordem. Por isso, a cláusula de inalienabilidade é estipulada unicamente nos testamentos e doações.”

**Walter Ceneviva**, in *Lei dos Registros Públicos Comentada*, e agora no seu *Manual do Registro de Imóveis*, edição 1988, referencia claramente a dispensabilidade do credor hipotecário intervir no instrumento, ensinando:<sup>4</sup>

“O imóvel hipotecado pode ser alienado, assim como podem ser transacionados pelo devedor os direitos a ele referentes, sem que o credor intervenha no instrumento negociável, desde que satisfeitas as exigências deste dispositivo: devem constar, expressamente, a menção ao ônus real e ao credor, bem como a comunicação ao credor, necessariamente feita pelo alienante, com antecedência de, no mínimo, 30 (trinta) dias (art. 292 da Lei 1.015/73 com a redação da Lei 6.941, de 14-09-81).

Temos, pois, que o consentimento do credor não se presume. A lei impõe que a alienação ou a transação de direitos lhe sejam comunicados. Entretanto, com essa providência ou pré-requisito específico está satisfeito”.

O Juiz de Direito **Narciso Orlandi Neto**, in *Revista de Direito Imobiliária*, nº 11/159, sobre o art. 292 da Lei de Registros Públicos, diz:

“O art. 292 da Lei 6.015/73, com a redação dada pela Lei 6.941/81, não exige anuência do credor hipotecário, (o destaque é nosso) mas prévia comunicação, nos prazos previstos, da alienação de imóvel dado em hipoteca a agente

financeiro do Sistema Financeiro da Habitação em garantia de financiamento de casa própria”.

Resta inconteste que mesmo com a discordância expressa do agente financeiro, o mutuário pode transferir a unidade hipotecada, satisfeitas as exigências dos artigos 292 e 293 da Lei de Registros Públicos.<sup>5</sup>

Concluimos, pois, que só em transmissões não onerosas como a doação e o testamento caberá cláusula de inalienabilidade, ou, ainda, no bem de família, casos em que, ainda assim, a inalienabilidade será relativa.

## JURISPRUDÊNCIA

Vimos, até o momento, que do questionamento sobre a possibilidade legal da transferência de imóvel hipotecado ao S.F.H., com cláusula de inalienabilidade, surgem dois problemas: a alienação em si e a legalização do ato — o registro público.

Face às dúvidas surgidas, dos mutuários, dos agentes do S.F.H. e dos Cartórios em geral sobre esses dois aspectos, e ainda sobre a legalidade de cláusula de inalienabilidade em contrato de compra e venda gravado de hipoteca, vem a justiça, ao longo do tempo, se pronunciando:

— Revista dos Tribunais 403/186

“Vínculo — o Código Civil não autoriza a instituição de vínculos em contrato de compra e venda”.

No exemplo que se segue, os pais gravaram com cláusula de inalienabilidade e impenhorabilidade temporárias um imóvel comprado para os filhos. Morreu o pai; os herdeiros apelaram de decisão desfavorável aos seus interesses.

Mereceu provimento o recurso:

“Toda a matéria legal referente a vínculos constitui direito estrito, não comportando interpretação analógica ou extensiva”.

“Pelo CC, art. 1.676, permite-se ao testador e aos doadores sujeitar as cláusulas restritivas da disponibilidade nos bens deixados por sucessão “causa mortis” ou transmitidos pela liberalidade. O vínculo recai sobre o próprio bem transmitido.

Não autorizou o Código criarem-se vínculos em outros tipos de contrato, como por exemplo, na compra e venda”.

Foi dado provimento ao apelo e determinado o cancelamento total dos vínculos pelo Juiz Sylos Cintra, em São Paulo — 24-10-1968.

— Revista dos Tribunais 169/129

“Inalienabilidade — A cláusula de inalienabilidade é sempre estabelecida em relação a terceiros, pois a ninguém é dado vincular os próprios bens. Assim, a **inalienabilidade, estatuida** nos estatutos da autora, **o foi ilegalmente**, não podendo, assim, prevalecer.

Os bens que passaram para o seu patrimônio em 1.861 e 1.870, foram por **compra e permuta**, sem nenhuma restrição de poder ou não dispô-los, e **já na vigência de leis que vedavam a cláusula da inalienabilidade**”. (os grifos são nossos).

Sentença proferida em São Paulo, 12-6-47, pelo Juiz Almeida

Ferrari:

— Revista dos Tribunais 113/601

“Inalienabilidade — Somente o alienante, e não terceiro que haja fornecido ou pago o preço da coisa, é que pode estabelecer cláusulas restritivas da propriedade adquirida.”

Sentença do Juiz A. Casar Whitaker, em São Paulo, 29-10-37.

A propósito da não anuência expressa do credor hipotecário, nas transferências de imóvel hipotecado, nos termos dos já citados contratos do S.F.H., e da dúvida dos cartórios em registrá-los, colhemos os mais recentes e significativos pronunciamentos da justiça, que aqui transcreveremos.

Julgando improcedente a dúvida suscitada sobre o registro de escritura de compra e venda nos supracitados termos, pronunciou-se o Juiz Aliatar Farias de Medeiros, em Florianópolis, SC, em 18 de junho de 1987:

“Pelo que se depreende do direito substantivo civil pátrio, em circunstâncias normais, não há qualquer impedimento que imóveis hipotecados sejam objeto de transação. Tanto assim é, que nos artigos 815/816 do Código Civil está consagrado o direito de remissão conferido ao adquirente de imóveis gravados com ônus hipotecário”.

“Por sua vez, a escritura originadora da dúvida, que merece fé pública (fls. 5/6), foi lavrada conforme as normas dos artigos 292 e 293 da lei específica (Lei nº 6.015/73).

Com efeito, não vislumbro prejuízo algum ao credor hipotecário, que eventualmente venha a decorrer da transcrição da escritura de compra e venda no registro imobiliário; eis que a hipoteca permanece íntegra e, em princípio, não se extingue a relação jurídica entre o alienante e o titular do direito real.

Ante o exposto, por entender viável e até imperativo legal, ex vi do artigo 167c/c 169 da LRP, julgo improcedente a dúvida suscitada, para determinar seja efetuado pelo Primeiro Ofício do Registro de Imóveis desta Comarca, o registro da escritura...”

Corroborando os entendimentos já existentes sobre a matéria, temos o claro e preciso parecer do Juiz Leonardo Alves Nunes:<sup>6</sup>

“O contrato hipotecário, como se sabe, proporciona ao credor hipotecário o direito de seqüela, isto é, o de procurar e perseguir a coisa onde se encontra ou em poder de quem quer que esteja, perseguindo-a na forma da lei”.

“Com efeito, não vislumbro algum prejuízo no credor hipotecário, que eventualmente venha a decorrer de transcrição da escritura pela Lei 6.015”.

Em provimento da Corregedoria, o Juiz da Vara de Registros Públicos de Porto Alegre, Dr. Paulo Heerd, em entendimento semelhante aos supracitados, determinou o registro de contrato de promessa de compra e venda de imóvel hipotecado a agente financeiro pelo Sistema Financeiro da Habitação, julgando improcedente a dúvida suscitada pelo Oficial de Registros Públicos:

“O Ministério Público manifestou-se favoravelmente ao pedido, citando lição de Walter Ceneviva, “in” Lei de Registros Públicos Comentada, p. 610, onde afirma: “O consentimento do credor não se presume. A lei impõe que a alienação ou a transação de direitos lhe sejam comunicados. Entretanto, com essa providência o pré-requisito está satisfeito”.

“Sobre a matéria, decidiu a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do mesmo Estado na AC nº 187.028.675: “Não havendo proibição legal ou convencional de os mutuários cederem ou transferirem a terceiros direitos e obrigações, ou venderem ou prometerem vender a unidade imobiliária por eles adquirida, a cessão de direitos e obrigações efetuada com os autores é lícita e, porque lícita, válida e eficaz até em relação ao agente do Sistema Financeiro da Habitação em razão do instituto da subrogação, já que o ônus da hipoteca foi mantido em sua integralidade originária, ficando, portanto, assegurados todos os direitos do vendedor mutuante”. Salienta ainda o acórdão que a lei geral ou especial não veda a transferência de imóvel hipotecado, através de contrato de cessão de direito e obrigação ou mesmo compra e venda, seja por instrumento

público, seja por instrumento particular, desde que permaneça a garantia real do credor hipotecário”.

**“Basta pois, a comunicação, desnecessário o consentimento do credor hipotecário.**

Na lição de Mario Aguiar Moura, “os interesses do prominente não ouvido estarão perfeitamente resguardados pelo direito real que lhe resta. Sua oposição soará caprichosa. Como deve receber dinheiro, obrigação de dar coisa fungível, deve ser-lhe indiferente juridicamente que o receba do compromissário comprador ou do cessionário. Não há, assim, causa jurídica para que a cessão do contrato dependa da anuência do promitente vendedor, nem mesmo para impor-se legalmente a solidariedade que atinja o cedente” (Revista Ajuris, 39/190-191)”.

“O Inf. ADV, à pág. 078, publicou matéria análoga, focando julgado da 2ª Vara Cível de Florianópolis, que proclamou igualmente a improcedência da dúvida do Oficial de Registro de Imóveis, considerando que não há nenhum impedimento a que imóveis hipotecados sejam objeto de transação, determinando o registro, independentemente de constar o estado de débito.

A questão, por ser polêmica e contraditória, ensejou que a Corregedoria da Justiça do Rio Grande do Sul baixasse igualmente Provimento, considerando a necessidade de uniformizar a aplicação dos arts. 292 e 293 da Lei de Registros Públicos, resguardados, concomitantemente, os interesses dos adquirentes e das entidades financiadoras do Sistema Financeiro da Habitação.

Acrescentou-se, portanto, no Capítulo XV, Seção III, das Normas de Serviços da Corregedoria, o item 23, 23.1, com a seguinte redação:

**23. As escrituras públicas ou escritos particulares, que tenham por objeto imóveis hipotecados a entidades do Sistema Financeiro da Habitação, somente serão registrados depois de comprovada a expressa, prévia e formal comunicação ao credor hipotecário, observados os prazos de validade dos artigos 292 e 293 da Lei de Registros Públicos”.**

“Finalmente a ainda sobre a interpretação dos arts. 292 e 293 da Lei de Registros Públicos, com a redação dada pela Lei nº 6.941, de 1981, a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada, na AC 187.062.039, Rel. Juiz Elvio Schuch Pinto, asseverou que

não há de ser interpretada como acrescentando mais uma restrição à negociabilidade dos bens adquiridos através do S.F.H.; e como se a mesma fizesse pressupor necessário consentimento do credor hipotecário aos atos de livre disposição do imóvel inerentes à titularidade do domínio nos termos da lei civil. Dessas normas da Lei de Registros Públicos, de que são destinatários os tabeliães e oficiais do registro imobiliário, não decorre qualquer restrição ao exercício do direito de propriedade”.

Importante e límpida visão, norteadora do assunto, teve o Desembargador Cláudio Nunes do Nascimento, Corregedor da Justiça do Estado do Paraná, no Provimento nº 32/88:

“CONSIDERANDO o contido nos autos de consulta 383-A/87;

CONSIDERANDO a necessidade de uniformizar a aplicação dos artigos 292 e 293 da Lei de Registros Públicos, resguardados, concomitantemente, os interesses dos adquirentes e das entidades financiadoras do Sistema Financeiro da Habitação.

EDITA o presente provimento para acrescentar no Capítulo XV, Seção III, das Normas de Serviço desta Corregedoria da Justiça, o item 23, 23.1, com a seguinte redação:

23. As escrituras públicas ou escritos particulares, que tenham por objeto imóveis hipotecados a entidades do Sistema Financeiro da Habitação, “somente serão registrados depois de comprovada a expressa, prévia e formal comunicação ao credor hipotecário”, **observados os prazos de validade** dos artigos 292 e 293 da Lei de Registros Públicos.

23.1 A comunicação não implica consentimento tácito, mas não é exigível consentimento expresso ou interveniência do credor hipotecário para convalidar o instrumento negocial, do qual, entretanto, deverá sempre constar a menção ao ônus real existente”.

Processo nº 63/88

Cartório da Corregedoria Permanente.

Pronúncia do Juiz de Direito Luís Arlindo Feriani, em Campinas, a 14 de setembro de 1988, julgando improcedente a dúvida sobre o registro da escritura de um imóvel hipotecado ao S.F.H., só com a comunicação da alienação e também aclarando sobre o disposto nos arts. 292 e 293 da Lei de Registros Públicos:

**"este Juízo, melhor refletindo sobre a questão, após analisar outras decisões em casos semelhantes, entende que o posicionamento adotado no procedimento nº 17/88 não deve prevalecer".**

**"O artigo 292 da L.R.P. veda o registro de escrituras ou escritos particulares de imóvel hipotecado a entidade do Sistema Financeiro da Habitação, ou direitos a eles relativos, sem que conste dos mesmos, expressamente, a menção do ônus real e ao credor, bem como a comunicação ao credor, necessariamente feita pelo alienante, com antecedência mínima de trinta dias.**

**O § único do art. 293 visa que à ciência da comunicação não importará consentimento tácito do credor hipotecário.**

**Literalmente "constata-se que não é exigida a anuência como requisito do registro". O silêncio do credor hipotecário, ou mesmo a sua não anuência expressa, não obsta o registro, uma vez que lhe está reservada a possibilidade de discutir em juízo a alienação.**

**Ademais, pelo fato da hipótese não fica o particular sem poder sobre a coisa, não lhe estando vedado aliená-la, assim como constituir nova hipoteca, sem degradar a garantia. (os grifos são nossos).**

**O Eminentíssimo Juiz Dr. José Roberto Nalini, ao julgar dúvida nº 100/88, suscitada pelo Sr. Oficial Substituto do 3º C.R.I. da Capital, sem sentença prolatada aos 14-03-88, com propriedade, assentou que: "A proteção ao sistema financeiro da habitação faz com que o legislador exigisse a ciência ao credor hipotecário, mais nada. Assim não fora e a exigência deveria estar integralmente contida no art. 292 da Lei 6015/73, acrescentando-se a anuência do credor como condição à lavratura ou registro". (os grifos são nossos)**

**Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTE a presente dúvida para ordenar o registro da escritura".**

Face ao Provimento nº 32/88 de 24-6-88, supracitado, de caráter normativo, da Corregedoria de Justiça do Estado do Paraná, perquiriu a C.E.F., diretamente, se o Provimento agasalhava em seu conteúdo a hipótese da discordância expressa do agente financeiro.

Preferimos dar a palavra ao eminente jurista Dr. Nelson João Klas, que em seu parecer diz:

“Salvo outra interpretação da norma declarativa, cujo autor e signatário é o eminente Desembargador Cláudio Nunes do Nascimento, vejo cristalinamente manifesta a hipótese aventada, contida na expressão constante no item 23.1 — “mas não é exigível consentimento expresso ou interveniência do credor hipotecário para convalidar o instrumento negocial, do qual, entretanto, deverá sempre constar a menção ao ônus real existente”. — A norma é abrangente, apreende a essência e é completa no fundamental, atingindo a ventilada hipótese da discordância expressa. Digo até que não há dificuldade na interpretação: “se fosse necessária a concordância expressa do agente financeiro, tanto a Lei, como o Provimento, a referenciariam; por isso a discordância é juridicamente inconseqüente”.

A comunicação assegura ao agente financeiro o conhecimento da transação; como a Lei limita o tempo de sua validade, fácil constatar no registro imobiliário, pela publicidade do ato, se houve ou não a concretização da intenção propositada na comunicação.

O Legislador quando criou a obrigação da comunicação não visou, como quer a Caixa Econômica Federal, dar oportunidade para o agente financeiro discordar do negócio, já que o imóvel hipotecado, como demonstrado ficou, nunca pode ter o concomitante gravame da inalienabilidade, tanto assim é que houve até a ressalva do parágrafo único do artigo 293 da Lei de Registros Públicos: “A ciência da comunicação não importará consentimento tácito do credor hipotecário”.

Causa indiscutível desconforto consignar a voracidade e avidez dos agentes financeiros, quando o mutuário pretende transferir legalmente a unidade imobiliária financiada, através de escritura pública e conseqüente registro; como já disse em resposta a outra consulta, até parece que as autoridades do Sistema Financeiro da Habitação tem interesse em estimular contratos lavrados em escritórios de fundo de quintal por pessoas inabilitadas, expondo a grande risco quem vende e quem compra; mas esses documentos de juridicidade inconsistente tem sido a válvula de escape e única forma de defesa dos mutuários para fugirem ao esbulho do refinanciamento”.

“Concordo com a argumentação da Caixa Econômica Federal de que a finalidade do Sistema Financeiro da Habitação é proporcionar moradia própria aos brasileiros que não a têm, devendo o candidato preencher determinadas condições que

específica; porém, não é admissível que o agente possa executar o contrato com garantia hipotecária somente porque houve a alienação, pois como já evidenciado, não se compatibilizam no contrato de compra e venda a garantia hipotecária e o gravame da inalienabilidade; caracterizada a mora, ou se outra condição contratual for violada, então, sim, pode o agente financeiro exercer o direito a execução do contrato.

Ressalto que a constatação de uma transferência de imóvel se faz através do Registro de Imóveis, ofício competente para praticar a inscrição dos direitos e lhes dar publicidade.

Nicolau Balbino Filho, in Registro de Imóveis, ed. 1982, lembra:

“A publicidade é a alma dos Registros Públicos; por meio dela dá-se firmeza às aquisições, o que facilita as transmissões; e a propriedade proporciona assim o máximo de utilidade a seu dono, assegurando-lhe as vantagens econômicas, derivadas da certeza do domínio. É ela que põe a coberto a fraude da boa fé de terceiros, impedindo as transmissões fraudulentas”.

Por isso não acredito que as autoridades responsáveis pelo Sistema Financeiro da Habitação continuem a ignorar os negócios paralelos feitos através de documentos, se assim posso chamar, de validade jurídica duvidosa, deixando intransigente quem compra por ter em mãos um papel irregistrável, e de quem vende, porque não sabe se o comprador vai honrar o compromisso assumido às ocultas; a visão das autoridades que manipulam o sistema habitacional, ditando regras através de resoluções e portarias, distanciam-se dia a dia da realidade social que vivem os mutuários, parcela expressiva da família brasileira, e como bem disse o Doutor Takaioshi Ota, gerente de Habitação e Hipoteca da Caixa Econômica Federal no Paraná, em entrevista publicada ontem, 23 de junho, no jornal Gazeta do Povo, Curitiba-PR, “tais decisões da Justiça fatalmente acabarão pressionando as autoridades financeiras do Brasil que terão que rever esta situação” ou como reconhece o próprio Advogado-Chefe da Divisão Jurídica da CEF no Paraná “à Justiça cabe evitar lesões de direito e interesse dos envolvidos”.

## ENRIQUECIMENTO ILÍCITO – EMPOBRECIMENTO INDEVIDO

Decorrente da conduta dos órgãos do Sistema Financeiro da Habitação, da impossibilidade da existência legal da cláusula de inalienabi-

lidade, concomitante à hipoteca e da interpretação errônea da L.R.P. surge importante aspecto a ser levantado: o do enriquecimento ilícito com o correspondente empobrecimento indevido.

Ao impor a execução de novo contrato para aceitar a transferência de imóvel, sem se onerar mas onerando, o S.F.H. incide num **bis in idem**, ou seja: cobra duas vezes pela mesma coisa, conforme já demonstramos no título referente à posição do agente financeiro.

Cobra, pois, duas vezes, **sem causa** que justifique o ato: todo enriquecimento deve ter uma causa justificada.

Pontes de Miranda, in **Tratado de Direito Privado**, nos ensina:

“Cada pessoa tem o seu patrimônio, que é a soma dos bens da vida, de valor econômico, que lhe pertencem. Se um retira, por ato seu, ou de terceiro, ou do seu próprio para o de outrem, algum bem da vida, ou parte dele, há de haver justificação para isso, ou o enriquecimento é Injustificado.

De ordinário, quem atribui o faz conscientemente, ou faz por erro, com causa, ou sem causa; quem retira ou o faz com poder para isso, fundado em lei, ou faz contra a lei, ou ocorre que o bem foi retirado. Há duas linhas que separam o enriquecimento Permitido e o enriquecimento não Permitido (contrário ao direito); a linha em que se confina a Illicitude e a linha do Injustificado, dentro de cujo setor está, como espécie a **Sine Causa**”.<sup>7</sup>

Segundo a **Enciclopédia Saraiva do Direito**, o Enriquecimento é assim explicado:

“O ato de enriquecer, acumular riqueza, aumentar o próprio patrimônio, pela integração de bens ou valores que não lhe pertenciam. Juridicamente o enriquecimento pode ser: lícito (quando opera com justa causa, dentro dos princípios básicos do **SUUM CUIQUE TRIBUERE** e do **NEMINEM LAEDERE**) ou lícito (quando se opera sem justa causa”.<sup>8</sup>

Ainda, sobre o assunto, e principalmente, temos a lição de Clóvis Beviláqua:

“não existindo título justo, uma razão jurídica servindo de base à aquisição, o direito não a protege, não a defende. Ao contrário, arma o prejudicado, pelo enriquecimento injusto, de uma ação contra o favorecido por ele”.

Diz e nos ensina De Plácido e Silva, à respeito:

"O enriquecimento ilícito gera o locupletamento à custa alheia; é o enriquecimento indevido, sem amparo legal, porque se gera da "Ofensa ao patrimônio alheio". (os grifos são nossos).

Justifica a ação **IN REM VERSO** promovida pelo empobrecido injustamente".

Face ao exposto, vemos que os órgãos do S.F.H. incidem em mais um ilícito: o locupletamento à custa alheia; a ofensa ao patrimônio alheio.

Cometem enriquecimento ilícito por não ter causa justa para tal; ensejando o direito de agir àquele que empobreceu indevidamente.

## CONCLUSÃO

Ao término deste trabalho, cremos haver provado, sobejamente, que as normas emitidas pelo Banco Central do Brasil, norteadoras dos agentes financeiros nas transferências de imóveis hipotecados são nulas; ferem princípios de lei; e são, por isso, ineficazes; que o mutuário pode transferir seu imóvel sem a aquiescência do agente, dada a nulidade da cláusula de inalienabilidade e, ainda, conforme a L.R.P.

Cremos, haver provado, também, que é errônea a interpretação da Lei de Registros Públicos feita pelos órgãos do S.F.H. e, *data venia*, dos ilustres magistrados que comungam de tais opiniões.

Face à situação econômica, caótica, por que passa o país, podemos constatar, ainda, que a autonomia da vontade do comprador, pressuposto da aceitação do contrato pelo mesmo, é relativa, pois o contrato é de adesão — ou é aceito na íntegra, ou não é realizado — é condição *sine qua non*.

Ao pretendente tal dilema significa: ter ou não ter casa própria. Na realidade, não há opção!

Torna-se evidente, também, que a transferência do imóvel não onera o agente financeiro; que enriquece-o ilicitamente e que a hipoteca garante-o completamente, pois lhe confere o direito de seqüela, não havendo razão alguma que justifique a "reforma" das condições financeiras do contrato só pela simples transferência, legal, do imóvel financiado. Também o sentido social do financiamento da casa própria está sendo desvirtuado, com a oneração excessiva e indevida e as dificuldades impostas.

O argumento do agente financeiro de que as normas adotadas devem ser de molde a permitir que o financiamento de unidades para uns

não inviabilize os financiamentos subseqüentes também não é válido, pois estamos tratando não de condições de financiamento, e sim de repasse de imóvel "já financiado"; é algo posterior aos trâmites da compra e venda; é o exercício do direito à propriedade privada, assegurado constitucionalmente ao cidadão, e consagrado pela lei e pela doutrina. É o âmago desta questão. São duas coisas absolutamente distintas. Se o S.F.H. acha injusta a transferência do imóvel financiado, deve negar, simplesmente, um 2º financiamento a quem se desfizer do imóvel. Cremos que a razão é outra.

Na verdade, o B.C.B. é o representante máximo do governo na economia do país. Suas atitudes refletem decisões políticas. A chantagem burocrático-administrativa contida nesse contrato de adesão visa suprir o déficit orçamentário gerado por resíduos de contratos de financiamento de casa própria, regidos por contratos paternalísticos, antítese dos atuais, havidos em anos passados e do problema gerado com a extinção do F.C.V.F. (Fundo de Compensação de Variação Salarial). Não há verba para pagar o "resíduo" desses contratos. Foi, então, criado esse "mecanismo" para pagá-lo. Está o justo pagando pelo pecador.

A história, entretanto, nos diz que a origem do problema é antiga...

Em 1964, em inquérito policial militar, em agência estadual da CEF, constatou-se que 60% dos financiamentos para casa própria tinham sido feitos para funcionários da mesma, que pagavam preço irrisório por elas, gozando de taxas de juros inferiores às oferecidas à população.

Há mais ou menos cinco anos atrás é que os funcionários da C.E.F. começaram a pagar juros iguais aos demais usuários do sistema. Também houve problemas com a listagem dos imóveis de inadimplentes do sistema, que iam a leilão por preço também irrisório...

Constatamos desolados, que o maior "saldo devedor" existente é o da ingerência e da falta de ética na administração do dinheiro público. Esse saldo não pode ser debitado na conta errada. A situação é delicada — necessária e urgente se faz a regulamentação dessas transações e dessas cláusulas contratuais, para que o S.F.H. continue a cumprir sua função social e possa garantir a casa própria a um número sempre maior de brasileiros.

Que o faça, porém, dentro dos limites da lei. A burla à lei não pode ser admitida por mais nobre que seja o pretexto.

Concluimos, também, que a diferença de conduta e decisões, dos mutuários e da justiça, a parte as naturais divergências de idéias, é, ainda, reflexo do autoritarismo, gerador de uma sensação de impotência diante do arbítrio e inibidor do espírito crítico.

A perspectiva de liberdades democráticas tem levado o povo a procurar a justiça, a lutar pelos seus direitos feridos, a questioná-los, a ver na justiça o caminho para tal. E a justiça buscou o Direito, maior, dentro e acima da normal! Questionou a validade da norma — sua legalidade e juridicidade e o fez bem! Não se posicionou só normativamente, kelsenianamente, mas egologicamente, na visão da conduta de Carlos Cossio!

O volume de pronunciamentos, sentenças e provimentos favoráveis ao mutuário tem crescido cada vez mais, progressivamente, forçando mudanças. — “a justiça só se move quando provocada” — e o foi! Está dando a sua resposta.

Se, ao iniciarmos este trabalho, por uma questão de sensibilidade social e senso comum, tínhamos entendimento contrário à existência de cláusula de inalienabilidade, draconiana, nos contratos em questão, agora, ao concluí-lo, por tudo o que foi demonstrado, confirmamos nossa opinião, respaldados na lei, e confiantes na justiça deste país, que ainda exerce o seu papel de “balança” entre os três Poderes desta República Federativa do Brasil.

## CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

“Art. 5º

-----

XXII — é garantido o direito de propriedade;  
 XXIII — a propriedade atenderá a sua função social;  
 XXXVI — a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

-----

“Art. 170 “caput”

A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I -----
- II — propriedade privada;  
 III — função social da propriedade;”

Promulgada em 5 de outubro de 1988.

## NOTAS

- (1) Caio Mário da Silva Pereira. **Instituições de Direito Civil**, v. 1, 10 ed. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1987, p. 439.
- (2) Juiz Nelson João Klas. "Pronunciamento da Corregedoria de Justiça do Estado do Paraná". Curitiba, 24-6-88, p. 2.
- (3) Juiz Nelson João Klas, op. cit., p. 3.
- (4) Juiz Nelson João Klas, op. cit., p. 4.
- (5) Juiz Nelson João Klas, op. cit., p. 4.
- (6) Juiz Leonardo Alves Nunes. "Sentença de 19-8-87. 2ª Vara Cível. Florianópolis - SC".
- (7) Pontes de Miranda. **Tratado de Direito Privado**, v. 26, 3 ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1971.
- (8) **Enciclopédia Saraiva de Direito**, v. 2-3 - 32. São Paulo, 1977.

## BIBLIOGRAFIA

**CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil - Promulgada em 05 de outubro de 1988.**

**LEI 3.071 de 19-01-1916**, 2 ed. atualizada. São Paulo, Editora Saraiva, 1987.

**CÓDIGO de Processo Civil**, 17 ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1987.

BEVILACQUA, Clóvis. **Direito das Obrigações**. Edição histórica, 1977.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos Registros Públicos Comentada**, 4 ed. São Paulo, Editora Saraiva, 1983.

CENEVIVA, Walter. **Manual do Registro de Imóveis**. São Paulo, Editora Saraiva, 1988.

COSSIO, Carlos. **La plenitud del orden jurídico**. Buenos Aires, Losada, 1939.

DINIZ, Maria Helena. **Teoria geral das obrigações**, 2v., 4 ed. São Paulo, Editora Saraiva, 1988.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1986.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Cambiário**, v. 1, 2 ed. São Paulo, Max Limonad, 1954.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**, 26 ed. São Paulo, Editora Saraiva, 1986.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**, 3v., 10 ed. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1987.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**, 7 ed. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1982.

KELSEN, Hans. **La teoria pura del derecho**. Buenos Aires, Losada, 1941.

SERPA, Lopes. **Tratado dos Registros Públicos**, v. 3/295.

NASCIMENTO, Cláudio Nunes do. "Provimento 32/88 – Corregedoria de Justiça do Estado do Paraná".

KLAS, Nelson João. "Pronunciamento sobre o Provimento 32/88, Curitiba, 24-06-88".

FERIANI, Luis Arlindo. "Parecer nº 63/88 – Corregedoria Permanente, Campinas – SP, 13-09-88".

REVISTA dos Tribunais 403/186; 169/128; 113/601.

COAD – Centro de Estudos Superiores.

ADV – Advocacia Dinâmica – Informativo 158.1987.

ADV – Advocacia Dinâmica – Informativo 312.1988.

BDI – Boletim do Direito Imobiliário – 1 Decênio, Dezembro 1987.

## OBRIGAÇÕES VOLUNTÁRIAS E LEGAIS NO DIREITO TRIBUTÁRIO

Prof. Alpeu JÚLIO

O problema acerca da natureza obrigacional da exigência tributária ainda hoje é objeto de controvérsia entre os estudiosos, valendo mencionar que expressiva maioria se inclina por admiti-la em contraste com os defensores da chamada relação de poder, sustentada por parte da escola italiana.

Por af se pode sentir, desde logo, a aspereza do tema em exame. A propósito, para realçá-la, não se poderá deixar de mencionar o magistério de WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO que sequer reconhece a exigência de pagar imposto, em sentido técnico, caráter obrigacional, assimilando-a à obrigação de prestar serviço militar, posto que a compreende como "ônus público, destinado a atender as necessidades públicas".

Registrado esse particularismo magisterial e reduzindo a questão à sua expressão dilemática, parece-nos irrecusável o sufrágio à tese obrigacional, como produto genuíno do Estado de Direito. Se a relação fosse de poder não poderia, com efeito, ser produzida pelo Estado de Direito, por absoluta incompatibilidade lógica. Historicamente, equivaleria a um retrocesso multiseclular a ignorar as mais caras conquistas da civilização no plano político e social, refletidas nos modernos diplomas básicos que iluminam toda ordem jurídica atual e que encontraram nascedouro na celebrada Magna Carta, de 1.215.

Vencidas estas questões preambulares, vamos ao de que se trata, segundo sugere o título. É sabido que corrente das mais acatadas entre nós é favorável à classificação das obrigações tributárias em "voluntárias" e "legais". Um dos prosélitos modernos, reconhecido pelo rigor científico que imprime aos seus trabalhos, é GERALDO ATALIBA (Hipótese de Incidência Tributária, 1973, pg. 125, Rev. Trib.), que enfaticamente assevera:

"Em termos rigorosamente técnicos, é tributo a obrigação "ex lege", que não se constitui em sanção por alto ilícito posta a cargo de alguém submetido à lei, em favor de alguém designado pela lei".

E com o Dr. ATALIBA muitos autores defendem essa classificação, máxima, como não poderia deixar de ser, aqueles que integram a prestigiosa escola chefiada por esse insigne Mestre. Para ilustrar, não poderíamos deixar de reproduzir a respeito o pensamento do ilustre pioneiro da disciplina jurídico-tributária, que outro não é que o saudoso Juspublicista ALIOMAR BALEIRO (Direito Tributário Brasileiro, 10ª edição, pg. 451, Forense), como segue:

“IV – Obrigação ‘ex-lege’ – Principal ou acessória é sempre ‘obligatio ex lege’. Nasce da lei e só dela. A lei é causa da obrigação fiscal (D.F. arts. 19, I; 153, § 29). Dela nasce a relação jurídica tributária”.

Todavia, o assunto não comporta essa conclusão de maneira pacífica, harmoniosa e incontrastável. Senão vejamos.

Voltando ao estudo teórico da matéria obrigacional, que encontra seu campo próprio no Direito Civil, e socorrendo-nos do citado WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO (Direito das obrigações, 1ª parte, 5ª edição), constatamos que perante o Código Civil Brasileiro, três são as fontes obrigacionais:

- a) obrigações decorrentes de contratos;
- b) obrigações por declaração unilateral de vontade;
- c) obrigações provenientes de atos ilícitos.

Parece-nos pacífico reconhecer a existência no diploma civil pátrio de obrigações estruturalmente similares às tributárias, sobretudo no que se refere ao fenômeno da formação da vontade dos vinculados. Nem por isso, porém, a doutrina inclui entre as fontes obrigacionais a lei. O autor retro citado (pg. 45) critica essa possibilidade assim:

“Dizer-se, portanto, que a lei constitui fonte das obrigações é mostrar-se inconcludente, porquanto, num certo sentido, ela representa a fonte primordial, a fonte suprema, de todas as obrigações, sem qualquer exceção. Nenhuma relação obrigacional se concebe que se não funde, precipuamente, na própria lei, que nesta não encontre seu suporte lógico, natural e necessário.”

A despeito disso, contudo, o autor acaba por admitir a classificação em causa, ainda que de forma resignada, tendo em conta a dificuldade de tratamento sistemático ao assunto. Na mesma página, “*in fine*”, encontramos:

“Preferível, por isso, que o legislador pátrio houvesse retornado à classificação tripartida do direito romano ‘*ex contractu*’,

“ex delictu” e “ex viriis causarum figuris”, ou então, ainda mais simplesmente, à classificação das obrigações em voluntárias e legais.”

Nos domínios tributários a situação não se passa de modo diferente. Tanto é verdade que FÁBIO FANUCCHI, prematuramente subtraído ao nosso convívio, terminantemente não aceitava a denominação de legal à obrigação tributária. Em abono à sua posição mencionava a doutrina de ORLANDO GOMES (Curso de Direito Tributário Brasileiro, 1971, pg. 110/111, Edit. Res. Tribut.), que reproduzimos:

“... há certas relações decorrentes de fatos materiais que a lei regula, impondo obrigações a uma ou às duas partes. Como são situações de fato, as obrigações que se condicionam à sua existência são chamadas por alguns obrigações legais, no pressuposto de que derivam imediatamente da lei. Trata-se, porém, de generalizado equívoco, por isso que, para surgirem, exigem que esteja configurada a situação de fato, que é assim, o fato condicionante, e, portanto, a fonte. Em rigor, por conseguinte, não há obrigações “ex lege”.

A controvérsia a esse respeito é viva e não apresenta indícios de superação, tanto mais pela pobreza de espaço destinado a seu exame. Daí nossa preocupação em aflorar o assunto e pô-lo à consideração dos estudiosos.

De qualquer sorte, a classificação dicotômica parece — nos não divorciada da realidade, visto que consulta parte da estrutura fenomênica obrigacional. Nesse passo, sobretudo, é inegável reconhecer-lhe utilidade pedagógica. Haveremos, todos, de convir que na formação inaugural da vontade é perceptível, sem margem a disceptação, maior ou menor liberdade de sua manifestação, tratando-se de uma ou de outra obrigação. A assertiva ganha cores mais fortes quando consideramos a relação obrigacional no campo hipotético, na sua formulação abstrata. De fato, nesses lindes, na chamada obrigação legal, a vontade já vem previamente manifestada no texto.

Contudo, o enfoque obrigacional não pode contemplar apenas o seu nascimento, mas haverá de estender-se, outrossim, à sua vida e até à sua extinção. Abarcar, enfim, todos seus elementos; incluir toda sua fenomenologia.

Se tomarmos em consideração esse aspecto, o assunto ganhará outra feição e fatalmente conduzirá à conclusão de que a indigitada classificação deve ser repensada, pois não preenche toda a latitude do instituto.

É típico na chamada obrigação legal de índole tributária a esta-tuição que dado determinado comportamento da pessoa surgirá para ela a obrigação de pagar tributo. Assim, adquirir a disponibilidade de renda, pos-suir determinados bens, fazer circular mercadorias, são comportamentos eleitos como geradores de determinados impostos. É precisamente, pois, essa espécie de tipicidade legal previamente manifestada que está à base da classificação, constituindo-se a sua "ratio essendi".

Mas o recorte legal, manifestando a vontade soberana do Esta-do (lato sensu) não é, por virtude própria, capaz de criar o liame obrigacio-nal. Indispensável, para tanto, é que ocorra empiricamente, concretamente, o comportamento tipificado. E, para isso, para o perfazimento do vínculo obrigacional, não poderá de ser cogitada a adesão do sujeito pasviso, o conteúdo de sua vontade. Afinal, este é senhor de seu comportamento.

Na prática ocorre que o Estado sabiamente escolhe comporta-mentos que, segundo a pirâmide de valores sociais, são quase unanimemen-te acalentados pelas pessoas, usualmente atrelados a signos presuntivos de estado de fortuna. Nesse passo, não será ilógico concluir que a vontade do sujeito passivo, sua emanação mais ativa, estará voltada ao comportamen-to, geralmente negocial, que lhe venha trazer um "plus" patrimonial, como não será irreal vislumbrar, no mesmo ato/fato, como consequência dele, um consentimento desse mesmo sujeito à concretização da hipótese tribu-tária. Há, em nosso modo de ver, muitos pontos de contacto entre as obrigações tributárias e as decorrentes de contratos de adesão, sobretudo quanto ao mecanismo de formação e constituição das vontades.

Desse modo, entendemos que não poderá haver obrigações legais genuínas, puras, com exclusividade. Ainda que um grau mitigado, conquanto indispensável, deverá ser considerada a vontade do sujeito passivo. Sem o concurso dela não se estabelece o vínculo obrigacional definitivamente.

Dentro de uma linha de raciocínio somos levados a concluir que não existem obrigações voluntárias, em sentido igualmente puro, genuíno, exclusivo. O primado da vontade das partes perdura até a cons-tituição do vínculo e, a partir daí, ela perde sua autonomia, sua identida-de subjetiva, passa a integrar o ordenamento jurídico estatal, só que sob conformação concreta.

É bastante difundido entre nós que o contrato faz lei entre as partes parêmia que encontra ampla fonte de sustentação nas disposi-ções sobre os atos jurídicos encontradas em nosso Direito Civil. Pode-mos observar, face a isso, que a vontade livre das partes que existia na formação do liame obrigacional, imantada pela lei, consolida os com-

portamentos eleitos e faz com que eles sejam realizados compulsoriamente. A vontade subjetiva, voluntária, cede lugar à vontade objetiva, à vontade da lei.

A propósito, releva observar que até mesmo a renúncia à prestação somente poderá se dar se nisso o devedor consentir. Não concedendo prevalecerá a "voluntas lege". O enunciado, a seu turno, deixa claro que a vontade original das partes poderá ser recuperada, especialmente nos casos de direitos disponíveis, por consentimento mútuo, com o que ficaria deslocada a vontade objetiva da lei.

Nem poderia ser diferente, à evidência. O direito não persegue fins próprios, operando apenas como instrumento da vontade social. Nesse particular, ao desconsiderar ou nulificar a vontade individual, nos termos examinados, não procede também por mero capricho. É condição para que assegure a paz social e a segurança individual.

Ao encerrar, admitindo a limitação especulativa, não poderíamos deixar de reconhecer o forte sabor acadêmico do assunto, circunstância que não o desqualifica para estudo. Em sumã, estamos convencidos de que se os problemas científicos não podem ser resolvidos em definitivo por simples apuro taxionômico, podem e devem começar por ele.

# CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO DAS EMPRESAS – INSTITUCIONALIDADE DA LEI 7.689/88

José Antonio MINATEL

## I – INTRODUÇÃO

“A regra jurídica é um instrumento e a sua criação uma Arte. Hoje, ou o Estado quebra o instrumental jurídico que se tornou impraticável, ou é este instrumental absoluto que fere as mãos do Estado. Para fugir a esta alternativa o Estado constrói atabalhoadamente quantidade enorme de novas leis de tão péssima qualidade que revela ignorância de troglodita na arte de criar o instrumento apropriado. Em construção de regras jurídicas tributárias, apenas se começou a sair da idade da pedra lascada... O sofrimento dos contribuintes não é tanto pela amputação em sua economia; o tipo de instrumento cirúrgico é que o faz soltar berros pré-históricos (ALFREDO AUGUSTO BECKER, in “Teoria Geral do Direito Tributário”, pág. 9 e 10-2ª Edição – 1972 – Editora Saraiva).

Essa crítica contundente de Becker, apesar de proferida há muitos anos atrás, parece dirigida ao nosso sistema jurídico atual.

Nem bem respiramos os ares de uma sonhada nova ordem jurídica, com a promulgação da Constituição Federal de 05 de outubro de 1988 e já experimentamos a continuidade do hábito, até então consagrado, do desrepeito às instituições, da frustração dos direitos individuais, do aniquilamento da ordem jurídica, procedimentos estes que esperamos sejam repudiados por todos aqueles que só concebem o verdadeiro Estado de Direito quando o próprio Estado se submete às regras fundamentais da sua concepção. Tarefa maior, acreditamos, estará reservada ao Poder Judiciário, guardião da Constituição, que não poderá contemplar, complacente, a degradação de valores erigidos à categoria de princípios constitucionais, que são mais que normas, a ponto de constituírem-se em verdadeiros vetores ou diretrizes indicadoras da vontade legislativa.

Urge conscientização no sentido de que o legislador, especialmente no âmbito tributário, não pode ultrapassar o estreito campo de ação que lhe foi reservado pela Constituição. Se experimentar alguma criatividade-

de, certamente estará fadado a esbarrar em inconstitucionalidades impostas pela rigidez do nosso atual sistema, repleto de particularidades e restrições. Aqui reside o alvo da nossa especulação jurídica: mostrar o descompasso da atividade legislativa ao criar a contribuição social prevista na lei nº 7.689/88, face ao novo sistema constitucional instaurado com a CARTA MAGNA de 05-10-88.

## II – UNICIDADE DO SISTEMA JURÍDICO:

O Direito é, por excelência, um conjunto de regras sistematizadas que se harmonizam, visando regular as relações de interação na sociedade, com a perspectiva de comandos lógicos que corporificam o chamado sistema-jurídico de um determinado Estado.

O sistema jurídico é uno, indivisível e bastante em si para disciplinar qualquer fato, situação ou comportamento, porque no sistema não podemos encontrar lacunas. Haverão normas que não estarão expressas no sistema, mas, certamente, serão aplicáveis como preceitos implícitos que decorrem de princípios maiores erigidos à categoria de verdadeiros comandos a orientar a produção legislativa. Se lacunas existem, estarão nas normas, não no sistema que é pleno, tanto que uma lei tem aptidão para inaugurar ou inovar a ordem jurídica, pelo seu caráter geral e abstrato, mas, nem assim, poderíamos afirmar que o novo ato legal produzido amplia ou restringe o sistema jurídico. Ela permanece sem abalos na sua dimensão e plenitude.

É assim que o intérprete deve enxergar o Direito, buscando solução para os aparentes conflitos e regras na unidade do sistema jurídico do qual fazem parte. No sistema não há conflitos: existem normas que exercem supremacia sobre outras pela posição hierárquica; normas outras que se sobrepõe por se constituírem em princípios constitucionais; há ainda aquelas que particularizam um preceito legal e outras que ingressaram, legitimamente; no sistema, exatamente para contrariar normas precedentes. Nem assim haverá conflito; cabe ao intérprete aplicar o preceito no sentido de que norma posterior revoga a anterior quando for com ela incompatível, preservando, com esse procedimento, a estrutura lógica do sistema normativo.

## III – DO NOVO SISTEMA CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO

A Carta promulgada em 05-10-88 não trouxe profundas alterações estruturais no sistema de normas constitucionais que regem a ação de

tributar, em relação ao conjunto de regras da Constituição anterior. As maiores inovações ficaram por conta do aumento das competências tributárias dos Estados e Municípios em relação a alguns impostos e, sem sombra de dúvidas, a limitação ainda maior da atividade legislativa em matéria tributária, pela excessiva rigidez do texto constitucional que se preocupou em particularizar, caso a caso, as materialidades possíveis de serem colhidas via tributo, suas bases de cálculo, sujeitos passivos e até alíquotas em alguns casos.

Na sua estrutura, ao inaugurar o capítulo destinado ao Sistema Tributário Nacional, indica a Constituição, as espécies tributárias consagradas no novo texto, consoante se vê do art. 145, "verbis":

"Art. 145 — a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

I — impostos;

II — taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição.

III — contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.  
(grifo nosso)

A par dessas três espécies já consagradas no nosso sistema, o Texto Maior atribui competência exclusiva à União para instituir, ainda, os empréstimos compulsórios (Art. 148) e as contribuições sociais ou especiais (Art. 149), o que, para aqueles que adotam a classificação jurídica dos tributos, atribuída ao nosso mestre GERALDO ATALIBA, em **VINCULADOS** e **NÃO VINCULADOS**, teriam que essas duas atribuições se acomodam na dimensão tripartite consagrada no art. 145 atrás reproduzido.

No âmbito restrito da proposta inicial deste trabalho, é irrelevante o questionamento acerca de quantas espécies tributárias trata a Constituição: Se 3 (Impostos, Taxas e Contribuições), 4 (Impostos, Taxas, Contribuições de Melhoria e Contribuições Especiais) ou 5 (Impostos, Taxas, Contribuição de Melhoria, Empréstimos Compulsórios e Contribuições Especiais). Já advertia Giuliani Fonrouge: "É quase um lugar comum dizer que existem tantas classificações quanto autores. A predominante é a tripartida (Impostos, Taxas e Contribuições Especiais)... "(in "Conceitos de Direito Tributário" — Edições Lael — 1972).

Sobreleva deixar registrado, de antemão, que a exação pretendida pelo Estado não assume feições desta ou daquela espécie tributária, pela simples menção inserida pelo legislador.

É princípio já assente no Direito e estampado no art. 4º do Código Tributário Nacional, que o intérprete deve perquirir a materialidade de incidência de cada obrigação para poder atestar a sua verdadeira natureza jurídica, sendo irrelevantes a denominação e o destino atribuído ao produto arrecadado.

Apartaremos, assim, as **contribuições** do art. 149 da Constituição Federal, excluindo as **DE MELHORIA**, para ali centrarmos nossa análise, sem o risco de extravios em digressões doutrinárias, ainda porque essa tarefa é reservada aos doutos.

#### IV – DA NATUREZA JURÍDICA DAS CONTRIBUIÇÕES

A Constituição Federal de 1988 vem espancar, de vez, toda a controvérsia travada em torno da natureza jurídica das **contribuições** ditas especiais ou **contribuições sociais**.

Ao Atribuir competência exclusiva à União, para instituir tais contribuições, pretendeu o legislador, de imediato, assegurar que as exigências pecuniárias a esse título ficassem vinculadas ao **regime tributário**, consoante se vê da inserção do art. 149 no Capítulo reservado ao SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL. E, foi mais além, ao estabelecer, expressamente, que essas contribuições só podem ser instituídas com estreita obediência às normas gerais tributárias baixadas através de Lei Complementar (Art. 146-III) e, em redundância enfática, respeitados os princípios constitucionais da **legalidade tributária** (Art. 150-I) e da **anterioridade da lei** (Art. 150-III).

A partir do novo texto Constitucional não há mais dúvidas de que as contribuições se constituem em crédito público e, por sua vez, de **espécie tributária**, cuja clareza da norma impõe a sua reprodução, "verbis":

"Art. 149 – Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195 § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo".

A ênfase atribuída aos princípios constitucionais da **legalidade** e **anterioridade** tem como mister recharçar toda e qualquer pretensão do Estado na manutenção de sua antiga tese, desgraçadamente acatada por corrente do Judiciário naquela época, no sentido de que as contribuições

sociais escapavam da obediência a tais princípios, por não se caracterizarem como tributos.

O simples fato da Constituição Federal atribuir natureza tributária a tais exigências já bastaria para se concluir, de pronto, que a elas se aplicam **TODOS** os princípios constitucionais tributários e não só os da legalidade e anterioridade enaltecidos pelo **TEXTO MAIOR**.

Aplicar todos os princípios significa submeter a tarefa criadora dessa exação ao crivo de **todas** as limitações constitucionais impostas à vontade do legislador ordinário, que se constituem em garantias dos administrados contra a voraz ação Estatal, e que devem estar harmonizadas no **TEXTO MAGNO**, de onde a norma inferior deve, necessariamente, haurir o seu fundamento de validade.

Nesse particular, a interpretação não pode ser superficial e apressada, devendo merecer análise sistêmica do texto Constitucional. A propósito, prevê o art. 195 da C. F. que a Seguridade Social será financiada através de **contribuições** dos empregadores o que poderia precipitar conclusão de que estas exigências não integrariam o gênero do tributo, ainda mais por estarem referidas fora dos arts. 145 a 169 que disciplinam o Sistema Tributário.

Nada mais enganoso. A própria Constituição se a pressa em desmascarar a idéia ao explicitar que a essas contribuições não se aplica o "disposto no artigo 150-III, "b", que é um princípio exclusivo do sistema tributário. A contrário sensu, diz a Constituição que se aplicam **TODOS** os princípios tributários, exceto o da anterioridade do exercício financeiro (art. 150-III, "b"), posto que, para aquelas contribuições a **NORMA** reservou anterioridade estipulada em novo prazo (art. 195, § 6º).

## V – CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS – ESPÉCIES:

Para demonstrar a inconstitucionalidade objeto de nossa proposta inicial, torna-se irrelevante o questionamento acerca da classificação dos tributos e suas espécies, como também se as contribuições se constituem em espécie autônoma, ou estão atreladas ao regime jurídico dos impostos, em função da materialidade de cada incidência.

A tarefa atribuída ao intérprete, parece-nos ir mais além, para buscar a harmonia das normas numa estrutura sistêmica, valorizando o esmêro do legislador contribuinte e, ao mesmo tempo, aplicando o preceito consagrado na hermenêutica de que "a lei não contém palavras inúteis".

Partindo desta premissa, enxergamos no art. 149 da C.F., reproduzido linhas atrás, 3(três) espécies possíveis de contribuições sociais, **todas com natureza tributária**:

- 1ª) Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico;
- 2ª) Contribuição de Interesse das Categorias Profissionais ou Econômicas; e
- 3ª) Contribuição para a Seguridade Social (art. 195).

Essa divisão tripartite das contribuições é que permite harmonizar a interpretação do novo Texto Constitucional, especialmente dos seus arts. 149 e 195, no tocante à sua sujeição das contribuições ao princípio da anterioridade consagrado no art. 150-III da MAGNA CARTA.

Prescreve o Texto Constitucional, no Capítulo reservado à Seguridade Social:

“Art. 195 — A Seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e das seguintes **contribuições sociais**:

- I — dos empregadores, incidente sobre a folha de salários, o faturamento e o **lucro**;

.....

§ 6º: As contribuições sociais de que trata este artigo só poderão ser exigidas **após decorridos noventa dias da data da publicação da lei** que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150-III, “b” (grifamos).

Duas perguntas se apresentam, de imediato, para reflexão do intérprete.

- 1ª) Há conflito na Constituição entre o comando do art. 149 que veda a cobrança das contribuições sociais no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que as tenha instituído, com o disposto no § 6º do art. 195 retro transcrito que excepciona a observância desse prazo?
- 2ª) Quando se aplica o prazo do art. 150-III, “b” (exercício financeiro) e quando deve-se observar o prazo do § 6º do art. 195 (90 dias)?

Tendo presente o postulado da ciência hermenêutica de que não há conflito de normas ao nível das regras constitucionais, ou seja, não haveriam normas inconstitucionais dentro da própria constituição, a res-

posta à primeira indagação é negativa, o que permite passar à segunda questão, valorizando a acuidade do legislador constituinte na exceção inserida no art. 195, § 6º, atrás transcrito.

Longe de se confrontarem, os questionários dispositivos legais se harmonizam no sistema para consagrar as três espécies de contribuições já referidas, prevendo o constituinte que só uma dessas espécies, as contribuições sociais destinadas à Seguridade Social, é que escapa da observância da anterioridade em relação ao exercício financeiro.

No entanto, a exclusão dessa garantia constitucional não deixa ao arbítrio do legislador ordinário a possibilidade de exigência imediata dessa exação, submetendo a eficácia da nova lei a uma anterioridade mínima de 90 (noventa) dias para garantia dos sujeitos passivos, na eliminação do elemento surpresa.

Em apertada síntese, respondendo objetivamente a segunda questão proposta, temos que as contribuições de intervenção no domínio econômico e as de interesse das categorias profissionais ou econômicas se submetem ao princípio da **anterioridade** prescrito no art. 150-III, "b" (exercício financeiro), enquanto que as contribuições da seguridade social ficam jungidas à **anterioridade** mínima do art. 195, § 6º) (90 dias).

## VI – DA INCONSTITUCIONALIDADE DA CONTRIBUIÇÃO INSTITUIDA PELA LEI 7.689/88 (D.O.U. DE 16.12.88)

A digressão desenvolvida nas linhas precedentes permite, de plano, rotular a exação nascida na Lei nº 7.689/88 como da 3ª espécie atrás identificada, qual seja, contribuição para a **Seguridade Social**, não obstante o silêncio e omissão do texto legal. Reforça essa inteligência o fato de o legislador ordinário ter colhido como materialidade de incidência o LUCRO das empresas, hipótese elencada no art. 195 do TEXTO MAIOR.

Em se tratando de incidência criada ao abrigo do novo Texto Constitucional, resta perquirir sobre as limitações constitucionais impostas à vontade do legislador ordinário, para garantia daqueles que irão compor o polo passivo da relação jurídica a ser desencadeada no acontecimento dos fatos. Do cotejo da Lei sob análise com a NORMA que a fundamenta (Constituição), temos que a Lei 7.689/88 padece de vícios insanáveis de inconstitucionalidades que devem ser repudiados pelo crivo soberano do Judiciário, quais sejam:

## VI - 1 – OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE:

Ressalta a C. F. ser vedada a instituição de tributo que não seja através do **império da lei**, entendendo a melhor doutrina que há necessidade de lei em sentido formal, alcançando-se, com este procedimento, a harmonia do ato com o **princípio republicano** valorado na CARTA MAGNA.

E, apesar de ter sido aprovada pelo Congresso Nacional, tal exigência resulta da conversão da Medida Provisória nº 22/88, instrumento inábil para inaugurar a ordem jurídica em matéria tributária, sem ofensa ao disposto no art. 150-I, da Constituição. A complacência do Judiciário com tal procedimento fará com que a Constituição se revele, mais uma vez, letra morta ou Carta a ser **usada** segundo as conveniências do Executivo que passa a fazer uso de instrumento legislativo autônomo (medidas provisórias), como sinônimo ou com função de mero projeto de lei, de apreciação e votação rápida pelo Congresso (30 dias). Essa prática inibe a ampla discussão da matéria tributária pretendida pela Constituição e, portanto, merece ser repudiada.

## VI - 2 – NECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR:

Ainda que se busque o saneamento do vício formal indicado no item precedente, a exigência consubstanciada na Lei nº 7.689/88 não transita sem ofensa ao disposto no art. 149 da C. F. que prevê, expressamente, a necessidade de prévia edição de lei complementar para estabelecer as normas gerais tributárias (art. 146-III), especialmente no tocante à fixação da base de cálculo, fato gerador e contribuintes das novas exações a serem criadas, inobstante as críticas atribuídas ao esvaziamento da função da lei complementar, tendo em vista que a C. F. já indica, de plano, as materialidades de incidências e, por consequência as bases de cálculo e as pessoas envolvidas na relação jurídica.

Formalmente, essa providência é vital e impede se atribua eficácia à norma ordinária não escorada em lei complementar, vale dizer, apesar da C. F. se constituir em fundamento de validade para edição das normas inferiores, em relação aos novos tributos nela previstos, tal competência fica adstrita ao prévio desenho de seus contornos gerais pelo legislador complementar.

Neste sentido o magistério do Prof. IVES GANDRA MARTINS:

“A evidência, uma nova contribuição tera que ser definida primeiramente por lei complementar, por força do art. 146-III, visto que é uma espécie tributária...” (“SISTEMA TRIBUTÁ-

RIO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 — pág. 124 — Editora Saraiva — 1989).

Até que advenha a Lei complementar reclamada, a UNIÃO tem vontade legislativa pendente de concreção, o que obsta a eficácia da norma que visou a criação da Contribuição questionada.

### VI-3 — OFENSA AO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE:

Ainda que a lei nº 7.689/88 preenchesse os requisitos já questionados, o que só se admite "ad argumentandum", não resistiria a mais um teste de constitucionalidade.

Em se tratando de contribuição, **de natureza tributária**, como já restou demonstrado, incidente sobre o lucro das empresas, deve conformar-se com a nova estrutura do Sistema Constitucional Tributário que, para assegurar o cumprimento do postulado da **segurança jurídica**, prevê que as normas criadoras de tais exações só ganharão eficácia depois de observado o prazo mínimo estabelecido na REGRA MAIOR.

Neste sentido, o § 6º do art. 195 é taxativo no sentido de que as contribuições para a seguridade social "só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, "b". No entanto, apesar da clareza da garantia constitucional, a Lei nº 7.689/88, publicada em 16.12.88, já alcança o lucro apurado quinze dias após (31.12.88), em flagrante inconstitucionalidade que se extrai do seu art. 8º, "verbis":

"Art. 8º — A contribuição social será devida a partir do resultado apurado no período-base a ser encerrado em 31 de dezembro de 1988."

Não há razão ou explicação suficiente que atenuie a voracidade do Estado na busca desenfreada de receitas, ao arrepio das garantias constitucionais. Mais uma vez, a defesa da Fazenda Pública, certamente passará pela distorção de princípios ao talante do produtor da norma, como se a Constituição do país devesse se amoldar às pretensões do Fisco e não o contrário.

Dirá a autoridade administrativa que o prazo do art. 195, § 6º, está sendo regamente respeitado, mostrando que o vencimento fixado para pagamento da contribuição é **28 de abril de 1989**. Neste sentido, na busca de salvar a constitucionalidade da esdrúxula exigência e evitar contradição no seu comportamento, foi muito sintomático o procedimento do Executivo nas mudanças processadas pela Medida Provisória nº 38/39

(Lei 7.738/89), no tocante a base de cálculo e indexação após o denominado Plano Verão. Com efeito, na redação original da questionada lei (art. 5º) a contribuição era apurada em OTN de dezembro de 1988 o que implicava reconhecer o nascimento da obrigação na mesma data. Com a alteração processada, a contribuição é apurada em cruzados novos e permanece sem qualquer indexação até o mês de abril de 1989, e **só no ano de 1989**, pois, nos subsequentes, é indexada a partir de seu nascimento que se dá, notoriamente, em dezembro de cada ano.

Nada mais absurdo! O artifício da fixação do vencimento e a indexação da exigência para abril de 1989 não elimina a questão constitucional da anterioridade. Não elimina, tampouco a mascara; pelo contrário, a torna mais evidente diante de uma espécie de defesa prévia e desesperada.

O princípio da **anterioridade** se materializa por preceito inibidor da vontade do Estado de criar obrigação no espaço de tempo assegurado na Constituição. No prazo de 90 (noventa) dias após a publicação da norma (art. 195, § 6º), ou no exercício financeiro da sua edição (art. 150-III, b) não serão colhidos os fatos tributáveis, diz a Constituição. Por conseqüência, não haverá nascimento de obrigação tributária naquele período.

Se assim não fosse, não haveria preceito constitucional que pudesse resistir à vontade estatal, pois bastaria o legislador ordinário dirigir o vencimento da obrigação para além do prazo constitucional fixado, para que a norma pudesse iniciar sobre o fato imediato à sua publicação. Não haveria qualquer garantia, nem mesmo com a fixação de prazos largamente ampliados de 2, 3 ou 5 anos, se a sua refiribilidade ficasse condicionada ao momento do cumprimento da obrigação e não ao do seu nascimento. O vencimento é mero atributo temporal da obrigação já nascida, perfeita e acabada.

#### VI - 4 – OFENSA AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE:

Não bastassem as inconstitucionalidades já apontadas, a nova incidência afronta, ainda, outra garantia constitucional que é a irretroatividade das normas.

Quando o § 6º do art. 195, da C. F., diz em linguagem negativa que não se aplica às contribuições para a seguridade social e disposto no art. 150-III, "b", está a regra afirmando, em linguagem positiva, que se aplicam **todos** os demais princípios constitucionais, além de indicar a **natureza tributária** de tais exações.

Expressa o art. 150-III, "a", que é vedado cobrar tributos "em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado", dispositivo este que estampa preceito já consagrado em Direito, no sentido de que as normas são postas para regular atos ou fatos futuros.

No entanto, merecem destaque duas colocações:

Primeiramente, o fato do art. 34 das Disposições Transitórias da C. F. de 1988 prever, expressamente, que "o sistema tributário nacional entrará em vigor a partir do primeiro dia do quinto mês seguinte ao da promulgação da Constituição ...", o que, na prática, desloca a vigência e do novo sistema para 01.03.89, vigorando até lá o sistema anterior.

Se esta data é o ponto de partida para aplicação do novo Sistema Constitucional que coloca, expressamente, as **Contribuições submissas ao regime tributário**, a Lei nº 7.689/88 que nutre sua validade na nova Constituição, só passa a ter eficácia reconhecida a partir da mesma data, e ainda, a partir de 01.03.89, respeitando-se os 90 dias do art. 195, § 6º para eleição dos fatos tributáveis. Essa interpretação encontra guarida nos próprios §§ 3º e 4º do citado art. 34 que confirma:

"§ 3º — Promulgada a Constituição, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios **poderão editar as leis** necessárias à aplicação do sistema tributário nacional nela previsto".

"§ 4º — As leis editadas nos termos do parágrafo anterior **produzirão efeitos a partir da entrada em vigor do sistema tributário nacional** previsto na Constituição". (grifamos).

Se as leis editadas só vão produzir efeitos a partir de 01.03.89, não podem, jamais, colher fatos ou situações consumadas antes desta data, como fez a indigitada Lei 7.689/88, sob pena de extravagante **retroatividade** coibida pelo Direito.

Em segundo lugar, mesmo que admitisse a eficácia da Lei 7.689/88 a partir de sua publicação em 16.12.88, o que já vimos ser impraticável, ainda assim, ao tributar o lucro apurado em 31.12.88 estaria retroagido para colher fatos já acontecidos antes de sua edição, pois é pacífico na doutrina ser o **lucro** exteriorização de uma série de fatos acontecidos num determinado lapso temporal, valendo lembrar, pela similitude, a conclusão exarada no XI Simpósio de Direito Tributário por tributaristas de nomeada:

"A vista da irretroatividade da Lei impositiva, o preceito legal novo não pode ser aplicado a fatos ou atos anteriores à data da vigência — da norma, ainda que eles se conjuguem com outros, posteriores à norma, para o aperfeiçoamento do fato gerador

periódico do imposto de renda". "in Caderno de Pesquisas Tributárias nº 12 — pág. 414 — Ed. Resenha Tributária).

## VII — CONCLUSÃO:

Sintetizando as considerações desenvolvidas nas linhas precedentes temos que:

- a) dada a rigidez do nosso atual sistema constitucional tributário, não pode o legislador ordinário inovar a ordem jurídica sem cumprir, fielmente, os comandos constitucionais;
- b) a União tem competência constitucional para instituir tributo sobre o lucro das empresas, no interesse da seguridade social, desde que respeitados os princípios constitucionais;
- c) a exação prevista na lei 7.689/88 tem natureza tributária e como tal, deve conformar-se às limitações impostas ao exercício do poder de tributar;
- d) a exigência da chamada "contribuição social" sobre o lucro das empresas, apurado em 31-12-88, contraria princípios fundamentais de Direito, merecendo destaque: a ofensa ao princípio da legalidade estatuído no art. 150-I, da C.F., a necessidade de prévia lei complementar prevista no art. 149 e 146-III da C.F.; o desrespeito ao princípio da anterioridade da Lei tributária, in casu, art. 195, § 6º da C.F. e a retroatividade vedada pelo art. 150-III da nossa CARTA MAGNA.

## **CONTRATO PRELIMINAR: INADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO DE CONTRATAR SOLUÇÕES PARA A QUESTÃO \***

**Cláudio Augusto PEDRASSI**

### **1. INTRODUÇÃO**

Neste trabalho, procuraremos abordar a execução específica da obrigação de contratar, ou seja, a possibilidade de execução direta dos contratos preliminares.

Para isso, deveremos examinar brevemente, o que é o contrato preliminar, seus requisitos e elementos. Teremos que retratar, ainda, as relações do contrato preliminar com o definitivo, bem como outras questões correlatas.

Com efeito, necessário será analisar e enfrentar o problema da possibilidade de execução desta obrigação de contratar, pois esta nada mais é, do que uma manifestação de vontade. Seria possível o Estado, através do juiz, suprir esta declaração?

Além disso, outros pontos deverão ser enfocados, caso a resposta a indagação acima formulada seja positiva, quais sejam: como se daria este provimento pelo Estado? como se completaria ou celebraria este contrato definitivo?

Poderiam os contratos preliminares, não adimplidos serem resolvidos por outras formas?

Procuraremos das respostas a todas estas questões, focalizando sempre as posições existentes na doutrina e emitindo a nossa opinião pessoal.

Necessário se faz ressaltar a escassa bibliografia nacional sobre o tema. Que, aliás, também não é tratado com freqüência em outros países.

---

(\*) Monografia apresentada na matéria de Direito Civil I, sob a orientação do Prof. Dr. Nelson Nery Jr.

## 2. DOS CONTRATOS

O direito, na sua função de regular a conduta humana possibilitando a coexistência social, atua basicamente através da lei ou da norma.

Contudo, é dado aos indivíduos o poder, ou melhor, a capacidade para criar situações jurídicas, as quais o direito empresta relevância. Assim, podem os membros do grupo social produzir, modificar ou extinguir relações jurídicas, que são tuteladas e garantidas pelo próprio ordenamento vigente.

Logo, como se vê, ao homem é facultado, através da autonomia da vontade, criar obrigações, ou seja, relações jurídicas bipolarizadas, entre dois ou mais indivíduos, onde um dos polos tem o dever de dar, fazer ou não fazer algo, cabendo a outra a faculdade de exigir tal prestação. Via de regra, como destaca Clóvis Bevilacqua<sup>1</sup>, estas obrigações tem um conteúdo economicamente apreciável.

A definição de obrigação supramencionada, como o já citado Clóvis colocava, deriva do direito romano, mais precisamente das Institutas, III, 13.

A este fenômeno de criação, modificação ou extinção de direitos e obrigações, por iniciativa e força da autonomia da vontade dos indivíduos, se dá o nome de negócio jurídico<sup>2</sup>. Dentre as espécies de negócios jurídicos existentes, se destacam os contratos.

O contrato pode ser conceituado como o acordo de duas ou mais pessoas (físicas ou jurídicas), com a finalidade de criar, modificar ou extinguir direitos, mais especificamente, obrigações.<sup>3</sup> Franco Carresi, em sua obra, destaca o conteúdo patrimonial dos contratos, como uma de suas características fundamentais<sup>4</sup>.

Os contratos, com o desenvolvimento da sociedade, passaram a ser um componente indispensável da vida, tanto sob seu aspecto social, como político e econômico.

### 2.1 A Evolução dos Contratos

Quando o surgimento das primeiras teorias para explicar os contratos, na sua formação ou gênese, finalidade e estrutura, este era concebido como um acordo de vontades, onde se pressupunha uma posição de equilíbrio entre as partes contratantes, que dentro do contrato estaria refletida através da comutatividade.

Devia-se observar, no mais das vezes, a intenção das partes (art. 85 do Código Civil Brasileiro), a livre negociação do conteúdo do contrato, a inserção ou não de condições, garantias, etc. Ou seja, vigorava a ampla liberdade em matéria contratual, com a supremacia da autonomia da vontade<sup>5</sup>, inclusive com a possibilidade de arrependimento (modificação da vontade expressa no contrato).

Contudo, dada a relevância que os contratos ganharam na vida do homem, condicionando toda ordem econômica e, conseqüentemente, a política e a social; o Estado passou a interferir nestas relações contratuais, procurando garantir, através deste intervencionismo, o desenvolvimento econômico e social. Tal fenômeno é denominado intervencionismo ou dirigismo contratual, conforme a denominação dada por Josseland.<sup>6</sup>

Porém, outras evoluções ocorreram, e mais especificamente, em termos de contratos. Gerárd Farjat, assinala outras mudanças ou evoluções jurídicas do direito dos contratos, destacando:

“A) Les grands axes de l'évolution juridique. Si on vent se limiter aux grands axes de l'évolution, on peut en relever quatre:

- une evolution de l'abstrat au concret;
- une colectivisation du droit des contrats;
- une objectivisation des obligations contractuelles;
- **une diminution du role des volontés individuelles.**”<sup>7</sup>

Estas mudanças foram motivadas pela própria evolução da sociedade, tanto em termos econômicos, como sociais.

Assim, estas modificações fizeram com que novas formas e tipos de contrato surgissem, como contratos normativos, contratos de adesão, contratos standard, etc.

Ante estas novas figuras, se impôs uma necessária revisão das doutrinas e dos ordenamentos existentes com relação ao direito dos contratos, surgindo novas teorias e textos legais a respeito.

Com relação ao nosso tema, especificamente, a doutrina, a jurisprudência e posteriormente os legisladores, passaram a admitir a execução forçada e específica das obrigações de contratar e de prestar declaração de vontade.

Esta possibilidade deriva da evolução, acima destacada, segundo a qual a vontade das partes passou a ser analisada com reserva, como assinalou Gerárd Farjat.

O papel da vontade nos contratos teve sua relevância diminuída em dois aspectos. Num primeiro momento, a autonomia da vontade

foi restringida a mera adesão (contratos tipo, standard, etc.), perdendo seu papel de criação, com relação ao conteúdo do contrato.

Num segundo aspecto, a autonomia inividual se viu cristalizada, imobilizada, sem a possibilidade de modificação segundo o livre arbítrio de seu emitente. A possibilidade de arrependimento, mesmo mediante a reparação, através de indenização por perdas e danos, sofreu limitações; se passou a admitir, então, a execução específica da obrigação de prestar declaração de vontade, por intermédio de vários mecanismos jurisdicionais que possibilitam o cumprimento da obrigação, ou melhor, a satisfação do credor, como veremos adiante.

### 3. CONTRATO PRELIMINAR

#### 3.1 Conceito/Natureza Jurídica

O contrato preliminar é aquele que tem por objeto, ou melhor, por conteúdo obrigacional, a celebração de outro contrato.

Neste sentido, estão as definições da maioria dos autores, como Alcides Tomasetti Jr.<sup>6</sup>, Caio Mário da Silva Pereira<sup>9</sup>, Raffaele Rascio<sup>10</sup>, Vidigal<sup>11</sup>, Gabrielli<sup>12</sup>, Ascensão Barbosa<sup>13</sup>, Abel Delgado<sup>14</sup>, etc.

Obviamente, que no conceito destes autores há pequenas variações, em relação ao por nós acima dado.

Para outros doutrinadores, ainda, como Barassi<sup>15</sup>, o contrato preliminar tem um conceito amplo, abrangendo todas as convenções e acordos preparatórios do contrato definitivo.

Não concordamos, porém, com o conceito dado pelo ilustre mestre italiano, pois nem todos estes contratos tem por objeto a obrigação de celebrar o contrato definitivo.

Os exemplos citados por Barassi são os contratos normativos, regulamentares e outros, onde estaria íncita a preliminariedade.

Porém, conforme já colocamos, estes não tem por objeto a obrigação de contratar, que é a marca característica dos contratos preliminares.

A natureza jurídica do contrato preliminar é de negócio jurídico obrigacional, ou seja, um direito pessoal.

Isto porque, por este contrato, duas ou mais pessoas criam uma dada relação jurídica, que as obriga pessoalmente; na hipótese, a celebrar um outro contrato.

Mesmo que este outro contrato definitivo verse sobre um direito real, não perderá o contrato preliminar seu aspecto de direito pessoal (obrigacional).

É verdade que algumas legislações, como o Decreto-Lei nº 58/37 e a Lei 6.766/79, atribuem força de direito real ao compromisso de compra e venda inscrito no Cartório de Registro de Imóveis. Contudo, estes textos legais fazem tal atribuição impropriamente, pois juridicamente, o compromisso reflete uma obrigação de celebrar a venda definitiva, não podendo, por si só, gerar ou transferir direito real. Porém, o caso do compromisso de compra e venda no Brasil é especial, e existem raízes históricas e sociais que levaram o legislador a esta solução<sup>16</sup>.

Melhor solução, na nossa opinião, adotou o legislador português, que não descaracterizou a natureza obrigacional do contrato preliminar, mas permitiu que as partes dessem a este **eficácia real**, como se vê pelo art. 413 do Código Civil Português. Tal eficácia, porém, diferentemente da nossa legislação, não é obrigatória e a sua inexistência, bem como a do registro, não maculam ou tornam inválida a avença.<sup>17</sup>

Assim, podemos colocar que os contratos preliminares tem natureza obrigacional, ou seja, pessoal, tendo por objeto a obrigação de contratar ou celebrar contrato definitivo.

### 3.2 Requisitos/Elementos (características)

O contrato preliminar, como qualquer espécie de contrato, exige para sua existência legal, o concurso de alguns requisitos e elementos fundamentais.

Os elementos básicos e necessários a qualquer contrato são: as partes, o objeto, no qual está íncito o acordo de vontades e a forma prevista ou não defesa em lei.

O contrato preliminar não se furta a estes requisitos, que serão examinados logo a seguir:

Antes porém, convém abordar a causa, ou seja, a razão da existência dos negócios jurídicos preliminares.

Como bem assinala Alcides Tomasetti Jr.<sup>18</sup> em sua monografia, a principal razão desta modalidade de contrato é garantir às partes a conformação básica de um contrato a ser celebrado, cuja obrigação de conclusão já fica desde logo acertada.

## — Partes (acordo de vontades)

Para que possa ser celebrado um contrato preliminar é necessário que existam partes, e mais, que estas sejam capazes, pois só assim pode existir validamente o acordo de vontades.

A princípio esta matéria se insere na teoria geral dos contratos, não cabendo o exame da mesma neste pequeno trabalho.

Porém, com relação as partes e a sua capacidade nos contratos preliminares, seria interessante colocar a questão referente a capacidade específica e a legitimidade da parte.

Seria necessário que, já no contrato preliminar a parte tivesse a capacidade específica e a legitimidade necessária para o contrato definitivo?

Esta questão é intrincada e envolve, também, o problema da relação do contrato preliminar com o definitivo, que abordaremos mais adiante.

O Prof. Caio Mário, pelo que se depreende de sua obra<sup>19</sup>, entende que é necessário que para a validade do contrato preliminar, a parte tenha a capacidade específica para firmar o contrato definitivo, sob pena de invalidade do contrato preliminar.

Outros autores compartilham desta posição, como Leduc<sup>20</sup>, considerando que a falta de capacidade específica de um dos contratantes, contaminaria o objeto deste contrato preliminar, pois este tem por objeto a celebração de outros contratos, para o qual a parte estaria incapacitada, o que tornaria ilegal o objeto do contrato preliminar.

Diferentemente, se posicionam Göppert<sup>21</sup> e Ascensão Barbosa<sup>22</sup>, que consideram que para os contratos preliminares, não é necessária a capacidade específica para celebrar o contrato definitivo. Estes autores fundamentam sua posição, tendo em vista que o objeto do contrato preliminar é a obrigação de contratar, o que, a princípio, é sempre legal e possível.

Concordamos com estes últimos autores. Realmente, a capacidade geral já é suficiente para a celebração do contrato preliminar e sua validade.

A distinção que fazemos, é a de que, se uma das partes não tiver capacidade específica para o contrato definitivo, o contrato preliminar não ensejará a execução específica, mas tão somente perdas e danos.<sup>23</sup>

Ademais, como acentua Ascensão Barbosa, uma das partes pode ter a capacidade geral quando da celebração do contrato preliminar, para futura conclusão do contrato definitivo, quando então, terá

capacidade para este. A eficácia da obrigação, nesta hipótese, fica sujeita a uma condição suspensiva.

Assim, para os contratos preliminares se exige apenas a capacidade geral, não se podendo exigir a capacidade específica, desde logo, para o contrato definitivo. Esta questão, como já colocamos, terá reflexos quando do eventual inadimplemento, para nortear a forma de resolução do contrato.

Outro aspecto interessante, com relação as partes do contrato preliminar, é a transmitibilidade deles, que é plenamente possível. Neste sentido, também, se posicionam Caio Mário<sup>24</sup> e Abel Delgado<sup>25</sup>.

### – Objeto/Conteúdo (causa)

O objeto, como já colocamos acima, é a principal marca dos contratos preliminares.

A obrigação de prestar declaração de vontade, mais especificamente, a de contratar, é que constitui o objeto desta espécie de avença.

Para que seja válido qualquer contrato, seu objeto deverá ser lícito e possível.<sup>26</sup>

A princípio, o objeto do contrato preliminar é sempre possível e lícito, pois, em tese, a possibilidade de celebrar-se um contrato sempre existe.

A questão que se coloca, é a de que, se o objeto do contrato definitivo ou sua causa, como prevêm algumas legislações (Código Civil Francês, Código Civil Italiano e Código das Obrigações da Suíça), forem ilícitos ou impossíveis, será ilícito ou impossível o contrato preliminar?

A resposta que nos parece correta é a afirmativa.

Nessa medida, o objeto do contrato definitivo, dada a ligação existente entre este e o contrato preliminar, apesar da autonomia deste último, irá contaminar o objeto do contrato preliminar.

Este posicionamento não conflita com a posição por nós assumida, em relação a desnecessidade de capacidade específica para o contrato definitivo, quando da celebração do contrato preliminar, isto porque, capacidade geral sempre terá que estar presente. Além disso, a falta de capacidade específica poderá ser até um dos motivos que levaram as partes a celebrar o contrato preliminar, e não o definitivo, desde logo.

A única exceção que podemos fazer, é aventada por Ascensão Barbosa, que destaca que o objeto do contrato preliminar nunca poderá ser considerado fisicamente impossível, o do preliminar será sempre,

legalmente impossível, pois é a lei que considera nulo o contrato que tem por objeto prestação juridicamente impossível<sup>27</sup>.

Assim, como se vê, também os contratos preliminares, quanto ao seu objeto tem que apresentar os requisitos de possibilidade e licitude, para a validade do contrato.

A distinção, é que sempre dever-se-á levar em consideração o objeto do contrato definitivo, para que se possa aferir estes requisitos de validade no contrato preliminar.

## — Forma

O contrato preliminar se sujeita, como os demais contratos, a regra geral, de que pode ser celebrado por qualquer forma não defesa em lei.<sup>28</sup>

A questão que se deve enfrentar é a de que, teria o contrato preliminar que, necessariamente, ter a mesma forma que o definitivo.

As legislações, com relação a esta matéria se dividem, o Código Civil Italiano, em seu art. 1.351<sup>29</sup> e expresso ao afirmar que o contrato preliminar deverá ter a mesma forma que o definitivo. Na mesma linha o Código das Obrigações da Suíça<sup>30</sup>.

Diferentemente, a parte final do art. 410 do Código Civil Português, prevê que os contratos-promessa, não estão sujeitos a mesma forma dos contratos definitivos.

Entre nós, o decreto-lei nº 58/37<sup>31</sup> e a lei 6.766/79<sup>32</sup>, prevêem que o compromisso de compra e venda não necessita de escritura pública, podendo ser celebrado por instrumento particular.

Na nossa opinião, o contrato preliminar, como acertadamente dispôs o Código Civil Português, não deve se prender a mesma forma que o contrato definitivo. Apesar, como já colocamos, de haver uma ligação entre ambos, o contrato preliminar é autônomo.

A obrigação do contrato preliminar é pessoal, é a obrigação de contratar, para a qual, via de regra, não se exige contrato com forma especial.

Assim, a própria jurisprudência tem admitido que se intente ações fulcradas no art. 639 do C.P.C., para que se obtenha sentença equivalente a vontade não manifestada, em caso de compromisso de compra e venda por instrumento particular, não registrado, o que seria um defeito de forma, ante as previsões dos arts. 11 e 26, respectivamente, do Decreto-Lei nº 58/37 e da Lei nº 6.766/79. Tal posição é acertada na nossa opinião, tendo em vista o acima exposto.<sup>33</sup>

### 3.3 Relação entre o Contrato Preliminar e o Contrato Definitivo

Já colocamos, neste trabalho, que o contrato preliminar goza de autonomia, tendo por objeto a obrigação de contratar, de celebrar um contrato denominado de definitivo.

O contrato preliminar é autônomo,<sup>34</sup> tendo que preencher requisitos que lhe são próprios.

Contudo, é forçoso reconhecer que o contrato preliminar de algum modo está ligado ou vinculado ao contrato definitivo. Qual seria, então, a relação existente entre estes dois contratos?

Além desta questão, outra se apresenta, com bastante pertinência, a que diz respeito sobre o que deve conter o contrato preliminar do contrato definitivo, que elementos deste último devem estar presentes naquele, e quais as conseqüências da falta deste ou daquele elemento?

À primeira questão, não enfrentada pela maioria da doutrina, Ascensão Barbosa responde, afirmando que o contrato preliminar faz parte de um procedimento para se chegar a um definitivo.<sup>35</sup>

O contrato-promessa, como colocam os portugueses, seria um "motivo-típico", que as partes tem de constituir a obrigação de contratar.

O contrato preliminar, segundo esta concepção, seria um componente de uma série de atos ligados entre si.

Para nós, o contrato preliminar é autônomo em relação ao definitivo. Está ligado ao contrato definitivo por um nexo de finalidade, de resultado.

O contrato definitivo, sua celebração, nada mais é do que a execução natural do contrato preliminar.

Se utilizarmos a concepção acima colocada de Ascensão Barbosa, poderíamos afirmar que o contrato de compra e venda é um motivo-típico, um ato do procedimento para a entrega da coisa. Não que esta concepção esteja equivocada, apenas não pode, segundo nossa modesta opinião, ser entendida da maneira enfocada pelo brilhante autor português.

A concepção de Ascensão Barbosa só pode ser considerada verdadeira, se examinada a questão como ele faz, ou seja, sob o prisma da causa geradora do contrato preliminar (a parte firma este contrato tendo em vista o definitivo).

Porém, tecnicamente, as figuras são autônomas, sendo a celebração do contrato definitivo a execução natural do contrato preliminar.

Dentro do problema da relação entre estes contratos, devemos analisar se há ou não um condicionamento do contrato definitivo pelo preliminar.

Para nós, a princípio, o contrato preliminar condiciona o contrato definitivo, determinando seu conteúdo e tudo o mais que já estiver estipulado no preliminar em relação a este último.

É claro que, se as partes convencionarem diferentemente, poderá não ocorrer este condicionamento.

Para nós, com a celebração do contrato definitivo, o preliminar se dissolve, se exaure pela execução.

Se eventualmente as partes adotarem as cláusulas constantes do contrato preliminar no contrato definitivo, isto não significará que o preliminar substituiu o definitivo, mas que se tornou o definitivo, deixando de existir como preliminar, pois não mais existiria a obrigação de contratar.

### 3.3.1 Elementos do Contrato Definitivo que devem estar presentes no Contrato Preliminar

Esta é a resposta a segunda questão que formulamos no início do item 3.3.

Para a solução deste problema, existem na doutrina algumas posições.

Três situações podem existir em relação ao conteúdo dos contratos: A primeira delas, é aquela em que o conteúdo do contrato definitivo já está totalmente definido no contrato preliminar.

Nesta hipótese, ocorre a identidade do conteúdo do contrato preliminar com o contrato definitivo<sup>36</sup>.

Na prática, podemos identificar como exemplo, os compromissos de compra e venda regidos pelo Decreto-Lei nº 58/37 e pela Lei nº 6.766/79.

Consideramos, como Coviello (citado por Ascensão Barbosa — pág. 34) que, nestes casos, a função do contrato preliminar fica esvaziada, pois todo o contrato definitivo, ou seja, a substância dele já foi acertada, perdendo o contrato preliminar sua força e utilidade.

Outra situação que é considerada típica dos contratos preliminares, é aquela onde neste estão presentes os **elementos essenciais** do contrato definitivo, havendo, como colocam Nicoletti<sup>37</sup> e Tomasetti Jr.<sup>38</sup> uma **reserva de complementação**, que deverá constar do contrato definitivo ou de outros contratos regulamentares. Neste sentido, colocando tal situação, estão também Barassi<sup>39</sup>, Rascio<sup>40</sup> e Gabrielli<sup>41</sup>.

Além destas possibilidades, pode o contrato preliminar não conter sequer os elementos essenciais do contrato definitivo. Alguns autores, com relação a este fato, consideram que o contrato preliminar estaria desfigurado, e não ensejaria, de forma alguma, a execução específica.

Outros autores, porém, sustentam que mesmo faltando os elementos essenciais do contrato definitivo, o preliminar é válido, podendo gerar direitos a perdas e danos.

Para Ascensão Barbosa, o contrato preliminar não precisa ter em seu bojo todos os elementos do contrato definitivo. Os elementos essenciais do contrato definitivo tem que ser **determináveis**, através do estatuído no contrato preliminar, não necessitando que estejam **determinados**<sup>42</sup>.

Assim, através do próprio contrato definitivo e de outros contratos, este conteúdo determinável, se torna determinado, chegando-se ao contrato definitivo.

A grande importância da colocação das posições acima, é com relação as conseqüências jurídicas possíveis, ante o inadimplemento do contrato. Ou seja, sobre a possibilidade da execução específica da obrigação de contratar. Seria possível cogitar-se da execução específica ou não, em todas as situações? Aplicar-se-ia perdas e danos? Poderia o juiz complementar o contrato?

As questões são pertinentes e deverão ser enfrentadas e respondidas no próximo item (nº 4), que trata especificamente do inadimplemento dos contratos preliminares.

### 3.4 Figuras semelhantes aos Contratos Preliminares

Deveremos, agora, examinar figuras afins ao contrato preliminar e, ainda, nos perquirir sobre a possibilidade da existência de certos contratos preliminares.

#### — **Tratativas Preliminares**

As tratativas preliminares não podem ser confundidas com o contrato preliminar, nelas há apenas um acerto, um ajuste. As partes procuram tão somente ajustar os termos e as cláusulas de um negócio que se pretende realizar.

Assim, as tratativas preliminares não tem força obrigatória, não vinculam as partes a obrigações, diferentemente do que ocorre com os contratos preliminares.

Da mesma forma que as tratativas preliminares, a minuta do contrato, a proposta pura e simples, excetuadas as hipóteses dos arts. 1.080 a 1.087 do Código Civil, que tratam da proposta e sua **aceitação**, estas figuras, também, não se confundem com os contratos preliminares.

### — Arras

As arras são tidas como garantia para a realização dos negócios jurídicos.

Desde sua acepção etimológica, oriunda do grego, latim e egípcio, tem o significado acima colocado.

Como colocam vários autores, as arras assumem duas funções<sup>43</sup>, a confirmatória, ou seja, provam que o contrato está sendo concluído (art. 1.094 do Código Civil), considerando-se este sinal, como princípio de pagamento (art. 1.096 do Código Civil). Além desta, assume esta figura função penitencial, ou seja, a perda do valor dado como arras, em caso de arrependimento (art. 1.095 do Código Civil).

A primeira função é a originária das arras, que servem para a confirmação dos negócios celebrados desde o direito romano. Sua segunda função já é mais atual, aparecendo com o advento do Código Civil Francês, e o crescimento do liberalismo, da autonomia da vontade (na hipótese, o direito de arrependimento).

Em qualquer uma das duas funções, as arras nada tem em comum com os contratos preliminares, pois já são início de execução do contrato. Assim, as arras podem, inclusive, estar presentes, como componentes do contrato preliminar.

### — Contrato a termo/contrato condicional/Compra e venda de coisa futura

Não se pode confundir os contratos supramencionados com o contrato preliminar.

Poder-se-ia imaginar que são da mesma espécie, porque não há execução imediata, mas sim, diferida destes contratos.

Contudo, não basta observarmos a forma da execução, mas também a natureza da obrigação que está encerrada em cada um destes contratos. Com a análise destas obrigações, poderemos identificar a diferença existente entre os contratos.

A natureza da obrigação contida no contrato preliminar, como já dissemos, é a obrigação de contratar ou de prestar declaração de vontade

de, nos demais, não é esta a obrigação, mas sim a que estiver estipulada na avença, qual seja, a entrega da coisa, etc.

Nos contratos a termo, verificada a ocorrência deste, sem que haja nova declaração de vontade ou outro consentimento, o contrato se executa e reputa perfeito<sup>44</sup>.

Da mesma forma ocorre com os contratos condicionais, sujeitos a condição suspensiva. No dizer de Coviello, nestes contratos há um "direito ao direito"<sup>45</sup>, cuja eficácia ocorre, com o implemento da condição, automaticamente.

O contrato de compra e venda de coisa futura é uma espécie de contrato a termo e condicional, aplicando-se a ele, o que acabamos de expor.

Diferentemente dos contratos acima elencados, o contrato preliminar é, em si mesmo, perfeito e acabado. Não se pode ter a visão de que este seria condicional em relação ao contrato definitivo.

O contrato definitivo, em verdade, é a **execução** do contrato preliminar.

É óbvio, que como os acima, o termo ou a condição suspensiva podem ser componentes do contrato preliminar. Ex.: posso compromissar a venda uma coisa futura, um apartamento a ser construído, ou ainda, condicionar este compromisso.

## — Contrato tipo/Condições Gerais dos Contratos<sup>46</sup>

As condições Gerais dos contratos são condições gerais e abstratas, predispostas por um dos contratantes, de maneira a regular de forma uniforme, determinadas relações contratuais de idêntico teor, quase sempre celebrados por modelos ou formulários.

Estas condições são detectadas nos contratos standard, tipo, de adesão, etc., onde geralmente a parte mais forte estipula todo o conteúdo do contrato.

Porém, como coloca Ascensão Barbosa, estas espécies de contrato são diferentes dos contratos preliminares<sup>47</sup>, pois naqueles, uma das partes estipula prévia e isoladamente as cláusulas do contrato **definitivo**, que é assinado pelas partes. O objeto destes contratos tipo, não é a celebração de um outro contrato; não se pode confundir a prévia estipulação de cláusulas por um dos contratantes, com o contrato preliminar.

## — Pacto Comissório e a Retrovenda

Alguns autores, como Nicoletti<sup>48</sup> colocam duas situações e as comparam com os contratos preliminares, é a do pacto comissório e a retrovenda.

O pacto comissório está previsto no ordenamento jurídico brasileiro, no art. 1.163 do Código Civil. É uma espécie de cláusula resolutiva, que pode ser inserida nos contratos de compra e venda, e que ocasiona a resolução do negócio, com a exigência do pagamento integral do preço ou a restituição da coisa.<sup>49</sup>

Para nós, o pacto comissório não pode ser considerado um contrato preliminar, tem a natureza de cláusula ou pacto, como coloca Nicoletti, não retratam obrigação de contratar, sua execução não implica na celebração de um contrato definitivo, mas sim, na simples resolução do negócio jurídico já celebrado.

Quanto a retrovenda, esta é definida como uma condição resolutiva protestativa, a ser exercida pelo vendedor, na forma estipulada no contrato. Com o exercício da retrovenda, a compra e venda se resolve. Neste sentido, a opinião majoritária da doutrina.<sup>50</sup>

Alguns autores, contudo, identificam na retrovenda uma condição suspensiva, como Ennecerus, Josserand e outros.

Alguns até identificam uma espécie de direito real limitado, como Gorla.<sup>51</sup>

Larenz, porém, coloca que a retrovenda é um direito de transformação, com a finalidade de realizar uma relação contratual futura, que se acha predeterminada no contrato de venda.<sup>52</sup>

Nesta linha de raciocínio, de Larenz, consideramos que a retrovenda é uma espécie de contrato preliminar, que apresenta duas faces. Em relação a compra e venda celebrada, funciona como condição resolutiva. Porém, em sua natureza jurídica própria, é condição suspensiva.

A retrovenda para nós, é contrato preliminar, que se insere no bojo de um contrato definitivo, sujeito a uma condição suspensiva protestativa, como o próprio art. 1.140 do nosso Código Civil deixa claro ("o vendedor pode reservar-se...").

A retrovenda tem por objeto a execução de um outro contrato definitivo, ou seja, a compra e venda do imóvel, novamente, para que a situação retorne ao "status quo ante".

O próprio Código Civil na disposição do art. 1.140 e seguintes, estipula as cláusulas para o contrato de revenda, de caráter definitivo.

O próprio Nicoletti, apesar de não ser claro e preciso, coloca que este pacto pode assumir as vestes de contrato preliminar.<sup>53</sup>

## — Noivado

O noivado ou a promessa de casamento, também não pode ser considerada um contrato preliminar, isto porque, o consentimento dos cônjuges deve ser manifestado livremente, quando do casamento, não podendo ser comprometido antes, e muito menos possibilitar a execução específica.

Neste sentido, a opinião de Luís Eulálio Bueno Vidigal<sup>54</sup>.

## — Promessa de Doação

Dentro da sistemática do Código Civil Brasileiro, a doação, que é uma espécie de contrato, está fulcrado na liberalidade, como coloca Clóvis Beviláqua, num animo liberal<sup>55</sup>, onde se deve observar sempre observar este ato de liberalidade como tal.

Assim, seria insuscetível e inexecutível o contrato de promessa de doação, dada a natureza da obrigação de doar. Este ato por ser de liberalidade, não admite promessa, pois esta não teria valor.

O art. 1.165 do Código Civil é claro ao dispor ("... por liberalidade...").

Luís Eulálio Bueno Vidigal, também, nega a qualidade de contrato preliminar a promessa de doação.<sup>56</sup>

Alguns autores portugueses, como Abel Delgado<sup>57</sup>, apesar de definição semelhante de doação que há no Código Civil Português (art. 940), consideram possível a existência de promessa de doação. Como acima já colocamos, não concordamos com esta posição.

## 4. A EXECUÇÃO FORÇADA

A clássica definição de tutela jurisdicional executiva é dada por Chiovenda, como sendo:

"la actuación práctica, por parte de los órganos jurisdiccionales de una voluntad concreta de lei que garantice a alguno un bien de la vida y que resulta de una declaración;"<sup>58</sup>

Nesta linha de raciocínio, Zanzucchi coloca que ações executivas são:

"quelle che tedono ad ottenere l'applicazione di misure o mezzi esecutivi diretti a soddisfare la pretesa dell'avente diritto (c.d. creditore)."<sup>59</sup>

Assim, a tutela executiva procura, através de atos coativos, satisfazer um credor. A satisfação se justifica e é fulcrada num título executivo, reconhecido pela lei como tal.

Difere a tutela jurisdicional executiva das tutelas de conhecimento e da cautelar, tendo em vista a natureza dos provimentos obtidos, bem como da situação envolvida.

Através da tutela de conhecimento, ou de accertamento, como preferem os italianos, o que se pretende é a definição do direito. A tutela jurisdicional atua então num universo jurídico (provimentos declaratórios, constitutivos e condenatórios).

A tutela jurisdicional, contudo, não é prestada imediatamente, como seria o desejável. Tanto assim, que criaram-se mecanismos para se tentar tornar o mais atual possível o efeito da sentença. Procura-se, desta forma, levar a eficácia da sentença à data da propositura da ação, tenta-se uma "retrodatazione", como colocam os doutrinadores italianos<sup>60</sup>.

Para dar esta eficácia a sentença é que se possibilita a aplicação de mecanismos como a correção monetária, por exemplo, bem como juros de mora, etc.

Mas tais mecanismos são insuficientes para assegurar a prestação e a efetividade da prestação jurisdicional. Assim, como um contraveneno do tempo<sup>61</sup>, surgiu a tutela jurisdicional cautelar, para garantir o resultado útil ou o desenvolvimento válido de outra tutela jurisdicional. Esta tutela se exerce provisoriamente, mediante uma cognição sumária, apenas para garantir a efetividade dos provimentos satisfativos (de conhecimento e executivo). Atua a tutela cautelar no mundo jurídico (definição sumária e provisória do direito) e no mundo empírico (para garantir a permanência da situação fática, o que possibilitará a incidência do direito decidido).

A tutela executiva, diferentemente das outras atua quase que exclusivamente, no mundo empírico, e procura concretizar neste, o direito já definido, constante de um título executivo. Por isso, nesta tutela não há uma definição jurídica, mas apenas atos coativos e constritivos, tendentes a satisfação do direito.

Algumas tutelas jurisdicionais de conhecimento, por si só bastam, ou seja, já geram a satisfação do direito, ou seja, não necessitam de atos coativos para sua concretização. Existem, desta forma, as ações de execução imprópria ou "latu sensu". Nestas hipóteses, a simples decisão de conhecimento já é capaz de produzir os efeitos desejados, sendo apenas necessário um simples ato (ex.: a expedição de um mandado). Tais provimentos são, via de regra, os provimentos jurisdicionais constitutivos, que

independentem, portanto, de processo de execução posterior. Como exemplo destes provimentos temos as ações de rescisão de contrato em geral (nas quais se incluem as ações de despejo), reintegração de posse, reivindicatória, etc.

#### 4.1 As Espécies de Execução Forçada, como se realizam

Chiovenda coloca em sua obra, da mesma forma que Vidigal<sup>62</sup>, que a execução forçada pode se dar por dois modos, através de coação ou subrogação.

A primeira forma é aquela através da qual os órgãos jurisdicionais forçam, por atos constritivos e coativos, o devedor a satisfação da obrigação; ou seja, exige a participação do devedor, como exemplo, temos a cominação de multa (astreintes), o arresto pessoal, a prisão.

Esta forma também é denominada de execução indireta.

Além desta, há a subrogação; quando o órgão jurisdicional proporciona ao credor a satisfação de seu direito independentemente da atuação do devedor (ex.: penhora, execução das obrigações de fazer fungíveis, etc.). A execução através de subrogação é chamada de execução direta.

Existe, ainda, outra classificação, quanto a tutela executiva, a que divide a execução em específica e genérica.

A primeira é aquela na qual se objetiva o cumprimento exato e determinado da obrigação. Ex.: obrigação de construir um muro — a execução específica é a feitura da obra.

Por outro lado, a execução genérica é através de expropriação. Ex.: obrigação de dar, obrigações fungíveis, cumpridas pelo credor ou por terceiro, hipótese em que há a conversão em execução por quantia certa.

Como coloca Crisanto Mandrioli<sup>63</sup>, a execução específica deve ser regra, e a expropriação, como forma genérica, a exceção. Esta idéia está baseada em Chiovenda, e tem razão de ser, na medida em que o órgão jurisdicional deve garantir a aplicação da vontade contida na lei, a fiel realização do que determina a lei ou o julgado.

#### 4.2 A Execução Forçada da Obrigação de Prestar Declaração de Vontade/de Contratar

A atuação da Jurisdição, com relação a fixação do direito (tutela de conhecimento) e sua realização no mundo fático (tutela executiva), enfrenta, algumas vezes, problemas em decorrência do direito que se pretende fazer valer.

Uma destas situações problemáticas, é a execução das obrigações de contratar.

Seria possível executar forçosamente esta obrigação? Se positiva a resposta, de que forma.

De início, na época do surgimento do Código Civil Francês, vigorava o liberalismo exacerbado. A autonomia da vontade era suprema e inabalável. Os indivíduos podiam, da forma que bem lhes aprouvesse, realizar e deixar de cumprir seus negócios jurídicos.

É óbvio, que do inadimplemento destas obrigações adviriam conseqüências, como a necessidade de reparação das perdas e danos causados pelo inadimplemento.

Tanto assim, que o Código Civil Francês, em seu art. 1.142, é claro ao dispor que:

*"Art. 1.142. Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur."*

Assim, ante o próprio dispositivo legal e as idéias que vigoravam na época, a doutrina considerava impossível a execução específica da obrigação de prestar declaração de vontade ou de contratar. Consideravam a declaração de vontade obrigação totalmente infungível, não se poderia constranger alguém a, mediante multas ou sanções, contratar, ou seja, a cumprir sua obrigação, pois isto seria contra a liberdade humana, contra a autonomia da vontade.

Com efeito, a doutrina era uníssona em defender esta posição, como se vê pelos ensinamentos de Pothier<sup>64</sup> e Baudry-Lacantinerie e Barde:

*"Nous estimons même que les juges doivent condamner le débiteur à exécuter directement l'obligation de faire ou de ne pas faire, sauf à prononcer una condamnation subsidiaire à des dommages-intérêts, ou même en ajoutant simplement que, dans le cas d'inexécution, il sera fait droit."*

432. Que signifie donc l'art. 1142? Tout simplement que, si un acte personnel du débiteur est indispensable pour que l'obligation puisse être exécutée en nature, le créancier ne peut pas, en cas de résistance du débiteur, obtenir l'exécution manu militari et qu'il doit, en conséquence, se contenter d'une exécution par équivalent, c'est-à-dire de dommages-intérêts."<sup>65</sup>

Dentre os autores nacionais, sustentam esta posição Teixeira de Freitas<sup>66</sup> e Carvalho Santos<sup>67</sup>.

Contudo, a doutrina, a jurisprudência e os textos legais começaram a modificar-se, pois, apesar das perdas e danos, "oficializou-se", admitiu-se legalmente o inadimplemento das obrigações.

Desta situação, verificou-se que haviam dois pólos, ou princípios que se contrapunham, a autonomia da vontade e o respeito às obrigações assumidas (cumprimento da vontade já assumida / segurança das relações jurídicas). Esta observação é feita por Luigi Ferrara, quando trata da execução específica.<sup>68</sup>

Assim, começou a evolução, passando-se a admitir a cominação de multa ou sanção, para forçar o devedor ao cumprimento da obrigação de prestar declaração de vontade.

Porém, com Chiovenda, Calamandrei e outros, veio a evolução maior.

Com estes doutrinadores, surgiu a distinção entre obrigações juridicamente infungíveis e naturalmente infungíveis. A infungibilidade jurídica é supérflua e a natural não.

Nos casos de infungibilidade natural, o não cumprimento da obrigação só pode resultar em perdas e danos. Ex.: um pintor famoso que se recusa a pintar o quadro, conforme o contratado.

Por outro lado, a infungibilidade jurídica é supérflua, por um provimento jurisdicional **equivalente**. Assim, a vontade humana foi incluída neste campo, ou seja, realmente há uma infungibilidade jurídica da vontade. Não pode o juiz manifestar a vontade pela parte, que se recusa a prestá-la. Contudo, pode o juiz dar uma sentença, um provimento jurisdicional **equivalente**. A infungibilidade, neste caso, é meramente jurídica (decorre de princípio jurídico, e não da natureza dos fatos). O provimento jurisdicional nesta hipótese, não substitue a declaração, pois não pode ser caracterizado como tal, pois é um ato estatal, que, no entanto, produzirá praticamente os mesmos efeitos.

O Prof. Caio Mário, impropriamente, na sua opinião, coloca que se obtém do juiz "uma declaração de vontade"<sup>69</sup>, o que não é verdade. Se consegue sim, uma sentença com efeitos equivalentes, mas de qualquer forma, uma decisão judicial. O juiz não substitue o devedor, mas pronuncia uma decisão do Estado, ante o litígio que as partes lhe encaminham.

Neste sentido, mais ou menos, a posição de Barassi (in "La Teoria Generale delle Obligazioni", vol. III, pág. 44), que coloca que a sentença judicial subroga a vontade do devedor que não quer exprimi-la.

Luís Eulálio Bueno Vidigal, critica inclusive, as concepções tradicionais, de infungibilidade da vontade:

“A vontade humana em si não merece proteção apenas por ser vontade humana. Protege-a o Estado quando ela é conforme o direito. Não se compreende em virtude de que princípio devesse ser protegida a vontade que se obstina em não cumprir a obrigação.”<sup>70</sup>

Chiovenda, com relação a esta questão é incisivo:

“Non già che il giudice contratti in luogo e rappresentanza dell’obbligato, vecchia concezione ultra-privatistica, che la dottrina moderna ha bandito dal processo. Ma il giudice, como attuatore della volontà concreta della legge, ha bene il potere di realizzare l’effetto giuridico che le parti si sono obbligate a produrre, indipendentemente dal contratto.”<sup>71</sup>

Logo, após o surgimento deste último entendimento mais moderno, surgiram três possibilidades para a satisfação do credor, ante a inadimplência do devedor da obrigação de prestar declaração de vontade.

Pode recorrer-se ao Estado, através do processo<sup>72</sup>, para a satisfação de seu direito, nestes casos, pleiteando:

- resolução do contrato com perdas e danos; ou,
- a execução forçada, mediante coação (cominação de multa – “astreintes”); ou ainda,
- a execução específica, direta da obrigação (provimento jurisdicional equivalente).

#### 4.2.1 A Resolução Cumulada com Perdas e Danos

Nos vários ordenamentos existentes, há a possibilidade, tanto da execução específica da obrigação de prestar declaração de vontade, de contratar, como a de resolver o contrato e requerer a condenação do inadimplente em perdas e danos.

Tal solução é possível, dentro do direito italiano, francês, português e brasileiro, por exemplo.

No direito francês, há a disposição do art. 1.142 do Código Civil, a facultar e embasar o exercício desta pretensão.

No direito português, apesar da previsão do art. 830, que possibilita a execução específica, o art. 442, nº 2, combinado com o art. 441<sup>73</sup>, possibilita a resolução do contrato e a condenação em perdas e danos.

No direito brasileiro, há a possibilidade de execução específica, como veremos mais adiante; contudo, fulcrado no art. 880<sup>74</sup> do Código

Civil, é lícito ao credor da obrigação de contratar, ante a inadimplência, pleitear a indenização em perdas e danos.

Em qualquer ordenamento jurídico, a resolução cumulada com a condenação em perdas e danos, será exercitada em juízo através de ação de conhecimento.

Nesta ação estarão encerradas duas espécies de tutela de conhecimento, a constitutiva negativa, pois haverá a resolução do contrato, e a condenatória, pois é um dos objetivos da ação a fixação e a condenação do devedor nas perdas e danos, ou seja, a uma indenização.

A resolução, por ser constitutiva, produz efeitos desde logo e por si só. Já a condenação, em não havendo cumprimento espontâneo pelo Requerido, ensejará a execução por quantia certa contra devedor solvente. A primeira ação se processará pelo procedimento ordinário ou sumaríssimo (ação de conhecimento) e a outra pelo rito executivo.

#### 4.2.2 A Execução Forçada, mediante Coação (Cominação de Multas, Astreintes)

Antes de se considerar infungível apenas juridicamente a obrigação de contratar, a doutrina e a jurisprudência passaram a adotar uma outra solução, para que as obrigações assumidas fossem efetivamente cumpridas, procurando, desta forma, evitar a resolução do negócio através das indenizações por perdas e danos.

Fundados no princípio do "pacta sunt servanda" e para segurança das relações jurídicas, estabeleceu-se meios de coação, para que o devedor cumprisse e prestasse a declaração de vontade.

Assim, surgiu, na França, as figuras das "astreintes", ou seja, a possibilidade de pleitear-se a comunicação de multa ao devedor, até que este cumpra a obrigação.

Obviamente, as "astreintes" só são aplicáveis às obrigações de fazer e não fazer.

Hão de ser pedidas num prévio processo de conhecimento, de cunho condenatório, sendo que, na sentença, ficará cristalizada a obrigação de fazer ou não fazer e a cominação de multa diária (no caso da lei brasileira — art. 644 do C.P.C.), até que se cumpra a obrigação.

No Código de Processo Civil, há disposição expressa, que permite a utilização das "astreintes" e que definem a forma e o momento em que elas devem ser requeridas, como já colocamos acima.

Os arts. 644 e 645 do C.P.C., rezam:

“Art. 644. Se a obrigação consistir em fazer ou não fazer, o credor poderá pedir que o devedor seja condenado a pagar uma pena pecuniária por dia de atraso no cumprimento, contado o prazo da data estabelecida pelo juiz.

Art. 645. A condenação na pena pecuniária deverá constar da sentença que julgou a lide.”

Assim, como se vê, pode-se, por este meio de coação (execução indireta) obter-se a prestação.

No início, quando do surgimento das “astreintes”, a doutrina se insurgiu, considerando-a uma violência contra o devedor. Contudo, este entendimento mudou, sendo esta figura adotada por quase todos os sistemas jurídicos existentes.

### 4.2.3 A Execução Específica e Direta da Obrigação de Contratar

A obrigação de contratar, constante de contrato preliminar, pode ser executada de forma direta e específica.

Já colocamos anteriormente que esta denominação é tecnicamente imprópria, pois não se executa esta obrigação propriamente, ou seja, não se obtém a satisfação deste direito por processo de execução, mas sim pela tutela jurisdicional de conhecimento.

No direito comparado, temos várias disposições legais que autorizam a execução da obrigação de contratar diretamente. O Código Civil italiano tem dispositivo a respeito, consubstanciado no art. 2.932. Já a ZPO alemã, tem o texto do parágrafo 894, que diz:

“§ 894. Si el deudor hubiere sido condenado a la emisión de una declaración de voluntad, ésta se considerará emitida al ser firme la sentencia. Si la declaración de voluntad dependiere de la realización de una contraprestación, el efecto indicado se producirá con la concesión, conforme a los §§ 726 y 730, de la cláusula ejecutiva para la sentencia.”

No mesmo sentido, a disposição do art. 830 do Código Civil Português, que prevê:

“Artigo 830º (Contrato-promessa)

1. Se alguém se tiver obrigado a celebrar certo contrato e não cumprir a promessa, pode a outra parte, em qualquer caso e desde que a isso não se oponha a natureza da obrigação assumida, obter sentença que produza os efeitos da declaração negocial do faltoso; a requerimento deste, a mesma sentença

poderá ordenar a modificação do contrato, nos termos do artigo 437º."

Como se vê, todos os dispositivos legais tratam de sentença equivalente a declaração da vontade, a obrigação de contratar.

No direito brasileiro, a situação não é diferente.

O primeiro diploma nacional a possibilitar a execução direta e específica da obrigação de contratar, foi o Decreto-Lei nº 58, de 1.937, que em seu artigo 16, previu a hipótese da ação de adjudicação compulsória, desde que o compromisso não contivesse cláusula de arrependimento e estivesse registrado.<sup>75</sup>

Após este texto, o Código de Processo Civil de 1.939, em seu art. 1.006, § 2º, retratou a seguinte disposição:

"Art. 1.006. Condenado o devedor a emitir declaração de vontade, será havida por enunciada logo que a sentença de condenação passe em julgado.

...

§ 2º. Nas promessas de contratar, o juiz assinará prazo ao devedor para executar a obrigação, desde que o contrato preliminar preencha as condições de validade do definitivo."

Consideramos imprecisos os termos do artigo supracitado e equivocada a tutela jurisdicional outorgada, para a hipótese de obrigação de contratar (§ 2º).

O "caput" do artigo fala em sentença condenatória. Porém, se a sentença por si só valerá pela declaração, esta não encerrará condenação alguma (o "caput" fala em obrigação de prestar declaração de vontade — idêntico ao atual art. 641 do C.P.C.).<sup>76</sup>

A sentença do § 2º seria condenatória, impingindo ao devedor a contratar. Em caso de inexecução do julgado, aplicaria-se o art. 999 do próprio C.P.C. de 1.939, segundo o qual o exequente poderia requerer o pagamento da multa ou perdas e danos, convertendo-se a execução em por quantia certa.

O C.P.C. de 1.973, na nossa opinião, evoluiu, inspirado nas legislações estrangeiras mais avançada.

O art. 639 retrata a situação da obrigação de contratar e dispõe:

"Art. 639. Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso

possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a, ser firmado.”

O dispositivo é preciso ao afirmar e dar a sentença força equivalente ao contrato definitivo, que acaba por não acontecer, por não cumprimento da obrigação de uma das partes em prestar a declaração de vontade, de contratar, obrigação esta objeto de um contrato preliminar.

A crítica que podemos fazer a disposição legal é a localização dela, pois obviamente, não há na hipótese, como já dissemos, processo de execução.

#### 4.2.3.1 A Natureza do Provimento Jurisdicional

A sentença, ou seja, o provimento jurisdicional que, nos termos do art. 639, equivale a um contrato, tem que ser fruto de um processo de conhecimento, por isso criticamos a topografia do dispositivo legal.

Através de uma tutela jurisdicional de conhecimento, é que o Estado juiz vai proferir uma decisão que será equivalente a declaração não prestada.

Assim, na nossa opinião, a ação de que trata o art. 639, para a obtenção de uma sentença. Ora, em processos de execução não se pretende uma sentença, mas sim atos do Estado (ex.: penhora), para a satisfação de um direito já obtido. A tutela a ser prestada nestes casos, portanto, é a de conhecimento, a ser obtida através de ação que se processa pelo procedimento ordinário ou sumaríssimo (observadas a previsão do art. 275).

A doutrina, com relação a natureza jurídica deste provimento jurisdicional é muito dividida, existindo várias posições a respeito.

Calamandrei, por exemplo, considera que a sentença que atende a pretensão de cumprimento da obrigação de contratar e equivale a esta declaração, tem natureza juridicamente complexa. Para ele, esta é uma espécie de execução forçada, que contém a um só tempo aspectos de conhecimento e execução.<sup>77</sup>

Outros autores, como Sydney Sanches<sup>78</sup>, Pontes de Miranda<sup>79</sup> e Lopes da Costa<sup>80</sup>, consideram a sentença condenatória.

Chiovenda<sup>81</sup> e Luís Eulálio Bueno Vidigal<sup>82</sup>, consideram a referida decisão constitutiva.

Para James Goldschmidt<sup>83</sup>, a sentença é condenatória, mas tratada como constitutiva.

Para nós, a posição do mestre Calamandrei não parece ser a melhor. Não se pode considerar a sentença, nos moldes do art. 639 do

C.P.C., que equivale a obrigação de contratar, ou melhor, a um contrato não firmado espontaneamente, tutela executiva. É tutela de conhecimento, pois o provimento dá por concluído o contrato, estabelece uma relação jurídica, nada tendo de atos tendentes a satisfação de um direito já fixado por um título executivo.

Também os doutos que consideram condenatória a sentença, "data venia", na nossa opinião, estão equivocados. Na tutela jurisdicional condenatória há a fixação de um dever, uma obrigação ao devedor, ao condenado. Para que o julgado se concretize no mundo fático é necessária, obrigatoriamente, a participação do devedor.

Contudo, não é isso que ocorre nos provimentos desta natureza. A sentença valerá, na hipótese do art. 639, por si só, nenhum ato do devedor será necessário para que se repete concluído o contrato.

Assim, a posição de Vidigal e Chiovenda é a que nos parece correta e acertada.<sup>84</sup>

A sentença proferida criará uma relação jurídica nova, extinguindo resolutivamente a relação contratual preliminar. Haverá uma mudança nas relações jurídicas, propiciada pela decisão judicial, mudança esta oriunda do provimento judicial, e que independerá de qualquer ato do devedor inadimplente.

Como já salientamos várias vezes, não é propriamente uma execução forçada. Há um direito a consumação, a celebração de um contrato, e dada a inadimplência do devedor desta obrigação de celebrar contrato, se recorre ao Judiciário, que dará um provimento equivalente, que independe de posterior adimplência do devedor.

Em suma, para nós, a sentença de que trata o art. 639 do C.P.C., é constitutiva. Discordamos, ainda, da classificação dada por Alcides Tomasetti Jr.<sup>85</sup>, que classifica o provimento jurisdicional, considerando-os diferentemente para cada caso, conforme a variação e a necessidade de complementação do contrato preliminar.

Este tema será tratado, a seguir, mas desde logo deixamos consignado que, em qualquer caso, segundo nossa posição, a sentença judicial será constitutiva.

#### **4.2.3.2 O alcance e os limites da sentença (possibilidade de sentença determinativa)**

Seria possível a execução específica dos contratos preliminares em todos os casos?

E se o contrato preliminar não contiver todos os elementos do contrato definitivo? Pode o juiz preencher a reserva de complementação, de que tratam Nicoletti e Tomasetti Jr. (já citados por nós anteriormente)?

Com relação as questões acima, os próprios textos legais já prevêm que a execução específica é possível desde que o título não exclua esta possibilidade.

O que significaria esta exclusão pelo título?

A resposta a estas questões já foram parcialmente tratadas, quando abordamos a relação do contrato preliminar com o definitivo (item 3.3.1.).

O primeiro item que exclui o título da possibilidade de outorga de provimento judicial equivalente ao contrato definitivo, é a cláusula expressa (apesar do que dispõe o art. 1.088 do Código Civil consideramos que a cláusula deve ser expressa) de arrependimento. Obviamente, ante esta faculdade do devedor, não se pode cogitar da sentença equivalente a celebração do contrato, obrigação esta que não teria sido adimplida espontaneamente.

A maioria da doutrina considera que o título hábil a possibilitar a execução direta, é aquele contrato preliminar onde estão definidos todos os elementos essenciais do contrato definitivo. Neste sentido, as opiniões de Nicoletti, Barassi, Rascio e outros.<sup>86</sup>

Apesar das posições destes autores, ficamos com a postura adotada por Ascensão Barbosa, de que os elementos essenciais do contrato definitivo não precisam estar definidos ou determinados no contrato preliminar. Tais elementos tem que ser **determináveis** através do contrato preliminar.

A respeito, Ascensão Barbosa coloca:

"Mas, será necessário determinar, no contrato-promessa, todos os elementos essenciais do contrato definitivo?

Se se tivesse como necessário determinar, no contrato-promessa, todos os elementos essenciais do contrato definitivo — diz Coviolo, muito justamente — "quase todos os contratos-promessa seriam nulos e cessaria a sua utilidade prática.""

(...)

"É que não se deve confundir-se o contrato de conteúdo verdadeiramente indeterminado com o contrato de conteúdo ainda não determinado mas determinável, no fundo. o nos afigura

como absolutamente necessário é que as obriga a surgir, no contrato definitivo, sejam juridicialmente determináveis, tendo por base o contrato-promessa. Apenas esta determinabilidade constitui o "quid" que não pode faltar no contrato-promessa.

De resto, se assim não sucedesse, qual seria a utilidade prática deste contrato? !

De modo que, em doutrina e em geral, a determinação dos "essenciais negotii" não é indispensável; basta que, no contrato, se forneça a possibilidade dessa determinação."<sup>87</sup>

Logo, para nós, basta que o conteúdo do contrato definitivo seja determinável, com base na avença preliminar, para que o título não exclua a possibilidade da sentença equivalente ao contrato definitivo.

Superada esta primeira questão, surge a segunda. Quem complementaria o contrato e determinaria os elementos do contrato definitivo?

Para nós, uma vez submetido o litígio ao Estado, cabe a este, através do Juiz, complementar o conteúdo do contrato definitivo e dá-lo por celebrado.

Como se sabe, uma das principais características e princípios da jurisdição, é seu aspecto substitutivo da vontade das partes.

Assim, é possível ao Juiz complementar e determinar o conteúdo do contrato.

Esta idéia sofre a repugnância de parte da doutrina, que não concebe a atividade jurisdicional como criativa e criadora de direitos.

Porém, qualquer manifestação jurisdicional é sempre criação de direito mediante uma situação concreta. O próprio Kelsen é incisivo ao afirmar que toda sentença produz uma certa novidade no mundo jurídico. Para ele não existe declaratividade pura no direito, tendo a sentença declaratória, inclusive, função constitutiva<sup>88</sup>.

A idéia de que a jurisdição é inerte, deve ser analisada com cuidado. Obviamente, por princípio, até a provocação das partes nada pode fazer o juiz, mas uma vez provocado, há de atuar da melhor forma possível para a solução dos litígios, mantendo a ordem e a paz social, sempre tendo por prisma os princípios da segurança jurídica, do estado de direito, bem como os princípios processuais pertinentes.

Assim, consideramos plenamente aceitável, esta sentença que determina o conteúdo do contrato, que ocorrem também em outras hipóteses. Há um dispositivo no Código Civil Português (art. 437), e decisões jurisprudenciais no Brasil, onde, com base na teoria da imprevisão, se

possibilita a revisão judicial dos contratos, e não só a resolução. Ante esta necessária revisão ou modificação, o Judiciário é chamado a inovar, criar e modificar as cláusulas dos contratos, para manter a comutatividade destes.

Alessandro Raselli, escreveu obra clássica, onde defende a possibilidade do juiz civil determinar o conteúdo das relações jurídicas na sentença. O citado autor classifica estas sentenças como de uma classe especial, como sentenças **determinativas**.

O juiz deve ter o poder discricionário, para que possa adequadamente, executar e prestar a jurisdição que lhe é solicitada. Alessandro Raselli coloca:

“Quando invece il giudice esercita un potere discrezionale, deve determinare che cosa importino le esigenze cui la legge si è riferita, per dare un contenuto alla volontà espressa nella legge stessa: egli deve scegliere, tra i vari comportamenti possibili, quello che meglio risponde a dette esigenze.

Nell’interpretazione il giudice, muovendo da una manifestazione di volontà, ricostruisce quella scelta che ha motivata e determinata questa volontà e perciò la sua funzione è essenzialmente intelletiva e conoscitiva. Nel potere discrezionale il giudice fa egli stesso una scelta, sia pure secondo dati e criteri obiettivi che gli vengono indicati: la sua attività, in quanto implica una scelta, attiene alla sfera della volontà, né può essere diversamente perchè egli deve completare il contenuto della volontà di legge. Questo deve infatti essere formato con un’attività che abbia la “stessa natura della volontà da completarsi. E tali sono appunto quelle valutazioni che, per gli organi legislativi, avrebbero costituito la determinante del comando, se essi avessero formulada una norma imperativa. L’attività del giudice non è tutta una volizione completa, perchè a determinazione finale di imporre un dato comportamento è già presa dal legislatore: essa rappresenta, a dir così, la prima parte della volizione cioè quelle valutazioni che sarebbero state gli antecedenti del comando, se l’attività volitiva non fosse stata divisa in due parti.”<sup>89</sup>

Agora, outra questão que se põe, é como deve o juiz determinar o conteúdo em aberto do contrato, ou o conteúdo determinável do contato definitivo?

O juiz para poder completar o contrato deve se utilizar de todos os métodos interpretativos existentes<sup>90</sup>, dos princípios<sup>91</sup> e dos

textos legais para, da melhor forma possível, dissecar o contrato preliminar, para fixar os termos do contrato definitivo, na sentença. Deve observar a vontade e a situação das partes contratantes, quando da celebração do contrato preliminar, nunca deixando de considerar as circunstâncias supervenientes e pertinentes para a fixação deste conteúdo.

Sem dúvida, esta decisão, como coloca Alessandro Raselli, terá um conteúdo discricionário muito grande, e dependerá muito das circunstâncias e peculiaridades dos casos concretos.

## 5. CONCLUSÕES

Nestas conclusões, procuraremos alinhar as principais idéias por nós defendidas durante o transcurso do trabalho. Algumas delas estão em consonância com a doutrina e outras não. Contudo, refletem nossa posição com relação a este tema, que é pouco enfrentado pela doutrina nacional:

a) Contrato é o acordo de vontades de duas ou mais pessoas, com a finalidade de criar, modificar ou extinguir direitos (relações jurídicas).

b) Os contratos, anteriormente, como expressão da autonomia da vontade, não podiam ser alterados pelo Estado, eram equivalentes ao texto legal.

c) Com a evolução e a relevância que os contratos ganharam, surgiu o dirigismo contratual. O Estado passou a interferir nas relações contratuais, para manter a ordem jurídica e econômica.

d) Contrato preliminar é aquele que tem por conteúdo obrigacional a celebração de outro contrato, dito definitivo.

e) A natureza jurídica do contrato preliminar é de negócio jurídico obrigacional (direito pessoal).

f) O contrato preliminar tem os elementos essenciais de todos os contratos em geral (partes/acordo de vontades, objeto/conteúdo/ causa e forma).

g) O contrato preliminar se relaciona com o contrato definitivo, por um nexo de finalidade. Apesar de seu autônomo, condiciona o contrato definitivo e tem este como seu objeto.

h) O contrato preliminar deve possibilitar a determinação dos elementos essenciais do contrato definitivo, ou seja, estes elementos essenciais do contrato definitivo tem que ser determináveis, através do contrato preliminar, não precisam já estar determinados.

i) A execução forçada é uma das espécies de tutela jurisdicional, tendente a satisfação do credor, através da prática de certos atos coativos e de subrogação pelo Estado.

j) A execução forçada pode ser classificada como: por coação/subrogação, direta/indireta e específica genérica.

l) A obrigação de contratar pode ser resolvida ("executada") por várias formas: resolução cumulada com perdas e danos, execução forçada mediante coação/cominação de multa ("astreintes" e execução específica, direta (sentença equivalente ao contrato definitivo).

m) A execução específica da obrigação de contratar se faz através de processo de conhecimento, onde se obtém sentença de mérito, de natureza constitutiva (executiva "latu sensu"), que independe de qualquer atuação do devedor para a satisfação do credor. Esta sentença cria uma nova relação jurídica, mediante a resolução da anterior (contrato preliminar), que determina e condiciona a relação criada (contrato definitivo).

n) A sentença proferida e que dá por concluído o contrato definitivo, não substitui propriamente a atuação do devedor. É um provimento equivalente, mas que é diferente da vontade que deveria ter sido manifestada, pois é ato estatal, resultante de processo judicial.

o) Não será possível a execução direta se o contrato preliminar contiver cláusula expressa de arrependimento ou não possibilitar a determinação dos elementos essenciais do contrato definitivo.

p) O juiz ao proferir a sentença equivalente a declaração de vontade, que dá por concluído o contrato definitivo, pode inovar, criar direitos, determinando o conteúdo deste contrato definitivo.

q) Obviamente, o juiz para esta determinação deverá observar o conteúdo do contrato preliminar, os princípios gerais de direito e dos contratos, e utilizar todos os métodos interpretativos existentes. Terá esta sentença, sem dúvida, um conteúdo discricionário, não podendo, por isso, deixar de ser racionalmente fundamentada.

## 6. BIBLIOGRAFIA

ALVIM, José Manoel de Arruda; artigo na REPRO nº 2, "Sentença no Processo Civil", Editora RT, 1976.

ANDRADE, Manuel A. Domingues; "Teoria Geral da Relação Jurídica", vol. II, Coimbra, Livraria Almedina, ed. 1983.

- BARASSI, Ludovico; "La Teoria Generale delle Obligazioni", vols. II e III, Milão Giuffrè, 1948.
- BARBOSA, Pedro de Ascensão; "Do Contrato-Promessa", Coimbra, Coimbra Editora, 1956.
- BARDA, Ernest; "L'Exécution Spécifique des Contrats", Paris, Librairie Dalloz, 1928.
- BAUDRY-LACANTINERIE, G., e BARDE, L.; "Traité Théorique et Pratique de Droit Civil" – Des Obligations, tomo I, Paris, L. de La Société du Recueil Gal. del Lois et des Arrêtes, 1897.
- BEVILÁQUA, Clóvis; "Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado", vol. IV, São Paulo, Livraria Francisco Alves, 1943.
- CARRESI, Franco; "Il Contratto", vols. 1 e 2, Giuffrè, Milão, 1987.
- CASTRO Y BRAVO, Federico; "El Negocio Jurídico", Madrid, Editorial Civitas S/A, 1985.
- CHIOVENDA, Giuseppe; "Instituciones de Derecho Procesal Civil", vol. I, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1948.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida, e CORDEIRO, A. M.; "Cláusulas Contratuais Gerais", Coimbra, Livraria Almedina, ed. 1986.
- DELGADO, Abel; "Do Contrato-Promessa", Lisboa, Livraria Petrony, 3ª edição, 1985.
- DENTI, Vittorio; "L'Esecuzione Forzata in Forma Specifica", Milão, Giuffrè, 1953.
- DINAMARCO, Candido Rangel; "Execução Civil", vol. 1, São Paulo, Ed. RT, 2ª edição, 1987.
- FARJAT, Gerard; "Droit Privé de L'Economie – 2 – Theorie des Obligations", Paris, Presses Universitaires de France, 1975.
- FERRARA, Luigi; "Il Negózio Giuridico nel Diritto Privato Italiano", Nápoles, Morano Editore.
- GABRIELLI Giovanni; "Il Contratto Preliminare", Milão, Giuffrè, 1970.
- GHESTIN, Jacques; "Traité de Droit Civil – Les Obligations – Le Contrat", II, Paris, Editora L.G.D.J., ed. 1980.
- GOLDSCHMIDT, James; "Derecho Procesal Civil", Madrid, Editorial Labor S/A, 1936.
- GOMES, Orlando; "Contratos", Rio-São Paulo, Ed. Forense, 10ª edição, 1984.

- GOMES, Orlando; "Transformações Gerais do Direito das Obrigações", São Paulo, Ed. RT, 2ª edição, 1980.
- MANDRIOLI, Crisanto; "L'Esecuzione Forzata in Forma Specifica", Milão, Giuffrè, 1953.
- MESSINEO, Francesco; "Trattato di Diritto Civile e Commerciale", vol. XXI, tomo I e II, Milão, Giuffrè, 1973.
- MIRANDA, Pontes de; "Comentários ao Código de Processo Civil", Rio-São Paulo, Ed. Forense, ed. 1975.
- NICOLETTI, Carlo A.; "Sul Contatto Preliminare", Milão, Giuffrè, 1974.
- NISS, Pedro Henrique Távora; "Da Sentença Substitutiva da Declaração de Vontade", São Paulo, Ed. Saraiva, 2ª edição, 1982.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva; "Instituições de Direito Civil", vol. III, Rio-São Paulo, Ed. Forense, 5ª edição, 1981.
- PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges e BOULANGER, Jean; "Traité Élémentaire de Droit Civil", Paris, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence", 5ª edição, 1949.
- POTHIER; "Tratado das Obrigações Pessoais e Recíprocas", tomos I e II, Rio de Janeiro, H. Garnier Livreiro Editor, 1906.
- PROENÇA, José Carlos Brandão; "Do Incumprimento do Contrato-Promessa Bilateral", Coimbra, Edição da Faculdade de Direito de Coimbra, Livraria Almedina, 1987.
- RASCIO, Raffaele; "Il Contratto Preliminare", Nápoles, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1967.
- RASELLI, Alessandro; "Studi sul Potere Discrezionale del Giudice Civile", Milão, Giuffrè, 1975.
- ROPPO, Enzo; "Contratti Standar", Milão, Giuffrè, 1975.
- RUGGIERO, Roberto; "Instituciones de Derecho Civil", vol. I, tomo II, Madrid, REUS S/A, 1977.
- SANCHES, Sydney; "Execução Específica", São Paulo, Ed. RT, 1978.
- SCONAMIGLIO, Renato; "Commentário del Codice Civile – Contratti in Generale" – art. 1.321-1.352, Bolonha-Roma, Nicola Zanichelli Editore – Soc. Ed. Del Foro Italiano, 1970.
- SILVA, José Galvão da; "Sinal e Contrato-Promessa", Coimbra, 1988.
- TOMASSETI JR., Alcides; "Execução do Contrato Preliminar", São Paulo, trabalho do curso de pós-graduação da USP, 1982.

VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno; "Da Execução Direta das Obrigações de Prestar Declaração de Vontade", São Paulo, Editora RT, 1940.

ZANZUCCHI, Marco Tullio; "Diritto Processuale Civile", Milão, Giuffrè, vol. I, 1947.

ZAVALLIA, Fernando J. Lopez de; "Teoria de los Contratos/Parte General", Buenos Aires, Victor P. de Zavalia Editor, 1971.

## NOTAS

- (1) cf. "Direito das Obrigações", ed. 1957, pág. 14.
- (2) A respeito do conceito de negócio jurídico, vide: Manuel Domingues de Andrade (in "Teoria Geral da Relação Jurídica", vol. II, pág. 25); Federico Castro y Bravo (in "El Negocio Juridico", pág. 34); Luigi Ferrara (in "Il Negozio Giuridico Nel Diritto Privato Italiano", pág. 74); Orlando Gomes (in "Introdução ao Direito Civil", pág. 249 e segs.), etc.
- (3) Neste sentido, também, as definições de: Marcel Planiol (in "Traité Élémentaire de Droit Civil", vol. 2, pág. 15); Jacques Ghestin (in "Traité de Droit Civil — Les Obligations — Le Contrat", tomo II, pág. 1); Francesco Messineo (in "Tratatto di Diritto Civile e Commerciale", vol. XXI, tomo I, pág. 67 e 80); Fernando Lopes Zavalia (in "Teoria de Los Contratos — Parte Geral", pág. 9 e segs.); Caio Mário da Silva Pereira (in "Instituições de Direito Civil", vol. III, pág. 10).
- (4) cf. "Il Contratto", vol. XXI, tomo I, do "Trattato di Diritto Civile e Commerciale", ed. 1987, pág. 2.
- (5) Sobre autonomia da vontade ou vontade privada, vide: Orlando Gomes (in verbete "Autonomia Privada", Enciclopédia Saraiva, vol. 9/258); Federico Castro y Bravo (in "El Negocio Juridico", pág. 11); Jacques Ghestin (in "Traité de Droit Civil — Les Obligations — Le Contrat", tomo II, pág. 18 e segs.).
- (6) Sobre Dirigismo Contratual, vide: Federico Castro y Bravo (in "El Negocio Juridico", pág. 11/16); Jacques Ghestin (in "Traité de Droit Civil — Les Obligations — Le Contrat", pág. 33 e segs.); Gerárd Farjat (in "Droit Privé de L'Economie", vol. 2, pág. 57/65 e segs.).
- (7) in "Droit Privé de l'Economie", pág. 65. grifo nosso.
- (8) cf. "Execução do Contrato Preliminar", pág. 5.
- (9) cf. "Instituições de Direito Civil", vol. III, pág. 70.
- (10) cf. "Il Contratto Preliminare", pág. 5 e segs.
- (11) cf. "Da Execução Direta das Obrigações de Prestar Declaração de Vontade", pág. 96.
- (12) cf. "Il Contratto Preliminare", pág. 1.
- (13) cf. "Do Contrato-Promessa", pág. 8.
- (14) cf. "Do Contrato-Promessa", pág. 14.
- (15) cf. "La Teoria Generale delle Obligazioni", vol. II, pág. 134.
- (16) O compromisso de compra e venda, como representativo de direito real, surgiu com o decreto-lei nº 58/37, e veio, como também a posterior lei nº 6.766/79, para evitar o abuso de certos loteadores, como fica evidenciado pelos "Considerando" que prefaciam o decreto-lei nº 58/37.  
Além disso, o compromisso de compra e venda, no Brasil, na nossa opinião, perdeu praticamente, as características de contrato preliminar típico (a seguir examinadas neste trabalho), posto que ele contém **todos** os elementos do contrato definitivo,

tanto essenciais, como naturais e acidentais. Há, em verdade, a transferência da substância do contrato definitivo para o compromisso de compra e venda. Obviamente, para nós, os contratos preliminares não se destinam a isto (conter todos os elementos do contrato definitivo), pois, neste caso, seriam, como assinala Coviello, inuteis e desnecessários.

(17) O art. 413 do Código Civil Português diz: Artigo 413º (Eficácia real da promessa)

À promessa de alienação ou oneração de bens imóveis, ou de móveis, sujeitos a registro, quando conste de escritura pública, podem as partes atribuir eficácia real; mas, neste caso, a promessa só produz efeitos em relação a terceiros depois de registrada”.

(18) cf. “Execução do Contrato Preliminar”, pág. 9.

(19) cf. “Instituições de Direito Civil”, vol. III, págs. 79/80.

(20) cf. Ascensão Barbosa, in “Do Contrato-Promessa”, pág. 51.

(21) cf. Ascensão Barbosa, in “Do Contrato-Promessa”, pág. 50.

(22) cf. Ascensão Barbosa, in “Do Contrato-Promessa”, pág. 52.

(23) Mesmo que a parte prejudicada tenha conhecimento da incapacidade específica.

(24) cf. “Instituições de Direito Civil”, vol. III, pág. 82.

(25) cf. “Do Contrato-Promessa”, págs. 39 e segs.

(26) cf. Código Civil Brasileiro, art. 82; Código Civil Italiano, art. 1.346; Código Civil Português, art. 398 e 401; Código Civil Francês — art. 1.131 (fala em causa ilícita, como também o italiano, nos arts. 1.343 e 1.345); e, Código das Obrigações da Suíça, art. 20.

(27) cf. “Do Contrato-Promessa”, pág. 65.

(28) cf. Código Civil Brasileiro, art. 129; Código Civil Português, arts. 219, 220 e, especialmente o art. 410; Código Civil Italiano, art. 1.350 (observar, contudo, o art. 1.351); Código Civil Suíço, art. 11 (observar, porém, o art. 22).

(29) esta disposição do Código Civil Italiano é específica para os contratos preliminares.

(30) art. 22 (específico para os contratos preliminares).

(31) vide art. 11.

(32) vide art. 26.

(33) Neste sentido: RTJ 88/908, RT 591/94, 610/100, RJTJESP 96/60, 103/77.

(34) Neste sentido, as opiniões de Gabrielli (in “Il Contratto Preliminare”, pág. 2); Alcides Tomasetti Jr. (in “Execução do Contrato Preliminar”), Ascensão Barbosa (in “Do Contrato-Promessa, pág. 46) e outros.

(35) cf. “Do Contrato-Promessa”, págs. 46 e seguintes.

(36) vide, a respeito, págs. 22 e 27 de “Execução do Contrato Preliminar”, do Prof. Alcides Tomasetti Jr.

(37) cf. “Sul Contratto Preliminare”, pág. 28 e segs.

(38) cf. “Execução do Contrato Preliminar”, pág. 35/36 e segs.

(39) cf. “La Teoria Generale delle Obligazioni”, vol. II, pág. 139.

(40) este autor fala que o contrato preliminar tem que fixar apenas o conteúdo do conteúdo do contrato definitivo — cf. “Il Contratto Preliminare”, pág. 130 e segs.

(41) cf. “Il Contratto Preliminare”, pág. 1.

(42) cf. “Do Contrato-Promessa”, pág. 33 e segs.

(43) neste sentido, Caio Mário da Silva Pereira, in “Instituições de Direito Civil”, vol. III, pág. 82 e segs.

(44) Neste sentido, vide Ascensão Barbosa, in “Do Contrato-Promessa”, pág. 98.

(45) cf. coloca Ascensão Barbosa, in “Do Contrato-Promessa”, pág. 102.

(46) Sobre o tema, vide: Francesco Messineo (in “Trattato di Diritto Civile e Commerciale”, vol. XXI, tomo I, pág. 424 e segs.); Renato Scognamiglio (in

- "Commentario del Codice Civile – Contratti in Generale" – art. 1.321-1.352); Enzo Roppo (in "Contratti Standard", pág. 85 e segs.); Mario Julio de Almeida Costa e Antonio Menezes Cordeiro (in "Cláusulas Contratuais Gerais", págs. 10 e segs.), etc.
- (47) cf. "Do Contrato-Promessa", pág. 105/106.
- (48) cf. "Sul Contratto Preliminare", pág. 34, nota 25.
- (49) Neste sentido: Caio Mário da Silva Pereira (in "Instituições de Direito Civil", vol. III, pág. 193) e Clóvis Beviláqua (in "Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado", vol. 4, pág. 326).
- (50) Neste sentido: Roberto Ruggiero (in "Instituciones de Derecho Civil", vol. I, tomo II, pág. 327); Marcel Planiol (in "Traité Élémentaire de Droit Civil", vol. 2, pág. 803 e segs.) e Caio Mário da Silva Pereira (in "Instituições de Direito Civil", vol. III, pág. 182).
- (51) cf. coloca Caio Mário da S. Pereira, in "Instituições de Direito Civil", vol. III, pág. 182.
- (52) cf. "Derecho de Obligaciones", vol. II, § 40, "apud" Instituições de Direito Civil", vol. III, pág. 182, de Caio Mário da S. Pereira.
- (53) cf. "Sul Contratto Preliminare", pág. 34, nota 25.
- (54) cf. "Da Execução Direta das Obrigações de Prestar Declaração de Vontade", págs. 103/104.
- (55) cf. "Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado", vol. 4, pág. 330.
- (56) cf. "Da Execução Direta das Obrigações de Prestar Declaração de Vontade", pág. 104/105.
- (57) cf. "Do Contrato-Promessa, pág. 23 (vide também nota 39).
- (58) in "Instituciones de Derecho Procesal Civil", vol. 1, § 12, nº 85, pág. 292.
- (59) in "Diritto Processuale Civile", vol. 1, § 3, nº 47, pág. 163.
- (60) Neste sentido, vide REPRO nº 2, pág. 36, artigo do Prof. Arruda Alvim, "Sentença no Processo Civil".
- (61) A expressão é de Carnelutti, in seu "Sistema di Diritto Processuale", vol. IV, pág. 256.
- (62) cf. Luís Eulálio de Bueno Vidigal, in "Da Execução Direta das Obrigações de Prestar Declaração de Vontade", pág. 59; e Chiovenda, in "Instituciones de Derecho Procesal Civil", § 86, pág. 294, e seguintes.
- (63) cf. "L'esecuzione forzata in forma specifica", pág. 15.
- (64) cf. "Tratado das Obrigações Pessoais e Recíprocas".
- (65) in "Traité de Droit Civil – Des Obligations", tomo I, pág. 388.
- (66) cf. "Consolidação das Leis Cíveis", pág. 345, "apud" "Execução Específica", de Sydney Sanches, pág. 9: "é abusiva a praxe, como tenho visto, de demandar-se ao promitente para fazes escriptura com a comminação de valer a escriptura a sentença que se proferir".
- (67) cf. "Código Civil Brasileiro Interpretado", vol. XI, pág. 25.
- (68) cf. "L'esecuzione Processuale Indiretta", pág. 164, "apud", Luís Eulálio de Bueno Vidigal, in "Execução Direta das Obrigações de Prestar Declaração de Vontade", pág. 66.
- (69) cf. "Instituições de Direito Civil", vol. III, pág. 44.
- (70) in "Da Execução Direta das Obrigações de Prestar Declaração de Vontade", pág. 79.
- (71) in "Instituzioni di Diritto Processuale Civile", vol. I, pág. 187, "apud", Luís Eulálio Bueno Vidigal, "Da Execução Direta das Obrigações de Prestar Declaração de Vontade", pág. 78.
- (72) Pontes de Miranda, no "Tratado das Ações", § 43, n. 2, b, pág. 233, coloca que: "o processo nada mais é do que o corretivo da imperfeita realização automática do direito objetivo."

(73) Os arts. 441 e 442, 2, do Código Civil Português, rezam: "Art. 441. No contrato-promessa de compra e venda presume-se que tem carácter de sinal toda quantia entregue pelo promitente-comprador ao promitente-vendedor, ainda que a título de antecipação ou princípio de pagamento do preço." "Art. 442... 2. Se quem constituiu o sinal deixar de cumprir a obrigação por causa que lhe seja imputável, tem o outro contraente o direito de fazer sua a coisa entregue; se o não cumprimento do contrato for devido a este último, tem aquele o direito de exigir em dobro o que houver prestado ou..."

(74) O art. 880 diz: "Incorre também na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor, que recusar prestação a ele só imposta, ou só por ele exequível."

(75) Atualmente, consideramos que, à luz do ardenamento vigente (art. 639 do C.P.C.), se o compromisso não estiver registrado, perderá o adquirente servir-se da ação do art. 639, pelo procedimento ordinário, e não da adjudicação compulsória do art. 16 do Decreto-Lei<sup>os</sup> 58/37, pelo procedimento sumaríssimo. Neste sentido, tem decidido parte da jurisprudência: vide nota 33 deste trabalho.

(76) O próprio Código Civil prevê várias hipóteses de obrigação de prestar declaração de vontade (arts. 188, 237, 245, 941, 1.230). Difere a obrigação de prestar declaração de vontade da obrigação de contratar, que é mais complexa e é, quase sempre objeto de contrato preliminar.

(77) cf. "Da Execução Direta das Obrigações de Prestar Declaração de Vontade", de Luis Eulálio Bueno Vidigal, pág. 87/88.

(78) cf. "Execução Específica", pág. 26.

(79) cf. "Comentários ao C.P.C." de 1939, art. 346, págs. 357/358, "apud" Sydney Sanches, in "Execução Específica", pág. 25.

(80) cf. "Direito Processual Civil Brasileiro", vol. IV, pág. 272, "apud", Sydney Sanches, in "Execução Específica", pág. 44 e segs.

(81) cf. "Instituições de Direito Processual Civil", vol. I, pág. 195 e segs.

(82) cf. "Da Execução Direta das obrigações de Prestar Declaração de Vontade", § 75, pág. 91.

(83) cf. "Derecho Procesal Civil", pág. 739.

(84) Neste sentido, ainda, a posição de Zanzucchi, cf. "Diritto Processuale Civile", pág. 263, nota 1, "apud", "Execução Específica", de Sydney Sanches, pág. 43.

(85) cf. "Execução do Contrato Preliminar", pág. 253 e segs. e 273 e segs.

(86) vide notas 37 a 41 deste trabalho.

(87) in "Do Contrato-Promessa", pág. 34/35.

(88) "apud" "Sentença no Processo Civil", artigo do Prof. Arruda Alvim, publicado na REPRO nº 2, págs. 32/33.

(89) in "Studi sul Potere Discrezionale del Giudice Civile", pág. 388/389.

(90) O Código Civil Francês, por exemplo, nos arts. 1.156 a 1.164, fornece nove regras para a interpretação dos contratos.

(91) O juiz poderá ser utilizar dos princípios gerais de direitos, costumes, e até analogia, consoante determinação do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.

## DO CRIME OMISSIVO\*

Sheila KLEINSINGER

### I – CONCEITO

Poderia iniciar este trabalho dizendo que omissão e ação são conceitos antagônicos: a primeira consiste num “não fazer” e a segunda, num “fazer”. Porém, a questão não é tão simples como superficialmente aparenta ser.

Antes de mais nada, há que se considerar alguns aspectos de grande importância para se chegar a um conceito do que seja omissão.

#### A) Ação em sentido amplo ou conduta?

Temos, como um dos requisitos da tipicidade, a conduta, posto que, sem esta, não há fato típico; conduta que, diga-se de passagem, esteja descrita na lei. Portanto, todo e qualquer estudo sobre Teoria Geral do Crime, necessariamente deve ser iniciado com o estudo da conduta, sem o que, não há se falar em crime.

O conceito de conduta corresponde a comportamento humano, abrangendo tudo o que o homem **faz** ou **deixa de fazer** o que a norma determina.

O elenco de leis penais incriminadoras apresenta descrições de comportamentos, considerados pela sociedade como nocivos, e, por isso, proibidos.

A proibição está implícita, para os adeptos de Binding, na norma (entendida como a mensagem, o conteúdo da lei), que no caso de subtração de coisa alheia móvel, por exemplo, determina em seu comando: “não furtarás”. Por outro lado, lei e norma não são sinônimos, e a proibi-

---

(\*) Trabalho de Aproveitamento do Curso de Especialização – Direito Penal – da Pontifícia Universidade Católica de Campinas, sob a orientação do Prof. Doutor Feliciano Roberto da Silva.

ção é deduzida do preceito secundário, para os que discordam de Binding: "se furtar, será punido". De qualquer maneira, toda lei contém um comando positivo ou negativo. Positivo, quando consistem em ordem, em dever de agir (ex.: no art. 135-CP, o comando é para agir "deves prestar assistência"). Negativo, quando consiste em proibição (ex.: no art. 155 – CP, o comando proíbe o "agir" – "não furtarás"). No primeiro caso, é se **omitindo** que o indivíduo infringe o comando, e portanto, a norma; já no segundo, é **agindo** que infringirá a norma, ou melhor dizendo: no primeiro caso, será uma conduta negativa (omissiva); no segundo, uma conduta positiva (comissiva).

Mas, estaríamos falando de conduta ou de ação em sentido amplo?

A doutrina diverge. Para Aníbal Bruno, trata-se de ação em sentido amplo, que se divide em uma atividade positiva, "facere" que é a ação em sentido estrito, e em uma atitude negativa, "non facere", que é a omissão. No mesmo sentido, Mayer, para quem o conceito de omissão opõe-se ao de atividade (ação "stricto sensu"), mas não ao de ação (sendo uma espécie desta). Assim também pensam Graf zu Dohna, Mlaniuk, Maggiore, Florian, Bettiol, Mezger, Cuello Calón e Soler. Entre nós, encarando como ação em sentido amplo, estão Galdino Siqueira, Bento de Faria e outros.

Porém, na doutrina mais moderna, tem-se preferido usar-se como gênero, o termo conduta (como sinônimo de comportamento), que abrange as espécies – ação-e-omissão. (Grispigni, Damásio, Fragoso, Manoel Pedro Pimentel etc.)

Na verdade, o Direito Penal cuida de valores, e portanto, de **ética**.

Ora, quando se fala em ética, imediatamente vem à tona princípios de vida, normas de **conduta**, regras de **comportamento**.

Logo, não se trata de mera terminologia, mas de uma razão de ser, usar o termo conduta para a descrição de comportamento capituladas nas leis penais, posto que, encontraremos para tanto, fundamento na própria ética.

Assim o gênero **conduta** abrange as espécies **ação** e **omissão**.

## B) Seria a omissão um simples "Non Facere"?

Considerando a omissão como conduta negativa apenas, estaríamos diante de um conceito vago e portanto incompleto.

Assim, como afirma Fragoso, "omissão não é mero não fazer, mas sim, não fazer **algo** que, nas circunstâncias, era ao agente imposto pelo

direito e que lhe era possível submeter ao seu poder final de realização." (Lições, pág. 238, 10ª edição, 1986, Forense).

Este "algo" a que o insigne mestre Fragoso se refere é a essência da omissão, isto é, reside no comando positivo de uma norma. Destarte, só é punível a omissão, quando uma norma determinar uma atividade. A abstenção de tal atividade exigida pela norma torna a omissão ilícita.

Portanto, a essência da conduta omissiva não está em não fazer, mas está em não fazer algo; mais que isso: está em não fazer algo que é estabelecido em lei.

### CONCLUSÃO (Conceito):

Diante do exposto, conclui-se que: **OMISSÃO** é uma espécie de conduta, manifestada em abstenção de atividade, e portanto, conduta negativa; atividade essa, exigida por um comando positivo da norma no sentido de produzir um resultado lícito, (a mãe que satisfaz a fome do filho) ou impedir a produção de um resultado ilícito; neste último caso, a produção do resultado ilícito é indiferente, sendo que basta o "não fazer" se contrapondo com a exigência da norma no sentido de "mandar fazer".

### II – MODALIDADES:

Há duas espécies de crimes omissivos:

- A) Os omissivos próprios (propriamente ditos)
- B) Os omissivos impróprios (comissivos por omissão).

#### A – Omissivos próprios (propriamente ditos):

Segundo Wessels, são fatos puníveis, que se esgotam na infração a uma norma mandamental e na simples omissão de uma atividade exigida pela lei (J. WESSELS, p. 157).

Assim, a realização do crime omissivo próprio consiste em não fazer o que a lei manda fazer. Pressupõe um dever genérico de agir, assim como as demais normas em geral. Tem aplicação "erga omnes". Não é especificamente este ou aquele indivíduo que tem o dever de cumprir o mandamento do art. 135, por ex., mas todos indistintamente.

Outra característica é a não produção do resultado. Este não integra o tipo. A simples conduta negativa perfaz o crime; consuma-o. Em vista disso, alguns autores entendem que se trata de crime de desobediên-

cia, como BINDING. No entanto, tal afirmação diz respeito aos teóricos do totalitarismo penal, pois, se a omissão só é relevante quando se confronta com a conduta devida, o nazismo valorava como delito **qualquer** conduta diferente da devida. Daí o problema da causalidade, de que será tratado mais adiante.

A propósito, afirma Nuvolone, que se os crimes omissivos próprios continuarem a ser considerados como modalidades de crimes de mera desobediência, que se perfazem pela simples inobservância do comando jurídico-penal de agir, abre-se a oportunidade a que o Estado-todo-poderoso só se utilize da criação de delitos de omissão próprios, para a defesa de interesses indignos da tutela penal, ou seja, para a defesa de meras conveniências políticas, econômicas ou administrativas conjunturais, tudo em detrimento do "jus libertatis".

Dessa forma, como não exige resultado, a omissão própria deve ser erigida à categoria de crimes de mera conduta, e somente quando, ao tipificá-los exista uma norma mandamental de comando positivo.

São exemplos: omissão de socorro (art. 135), omissão de notificação de moléstia perigosa, 269, 299, 319, etc.

Nos tipos de ação múltipla, também chamados de conteúdo variado, ou ainda de tipos mistos alternativos, pode ocorrer crime omissivo junto a modalidades comissivas. Fragoso ilustra bem com o exemplo da prevaricação, onde o núcleo é "retardar" ou "deixar de praticar" (ato de ofício).

Quando se concretiza a tipicidade da omissão própria? — Com a simples inércia da atividade exigida pela norma.

## **B — Omissivos Impróprios (comissivos por omissão)**

São fatos puníveis que se contrapõem a um dever especial de agir no sentido de se evitar um resultado lesivo.

Na verdade, tal resultado é, via de regra, decorrente de uma ação, e por conseguinte, integrante de um tipo comissivo por excelência. Porém, é admissível a realização do tipo por omissão. Poder-se-ia dizer ser esta um "meio empregado", um "modus operandi".

Nesta modalidade de crime "o omitir-se corresponde valorativamente à realização do tipo legal através de um fazer ativo (Wessels, p. 153).

Para melhor compreensão, basta que se analise um tipo comissivo qualquer de nosso C.P. O artigo 121, que preconiza "matar alguém", em geral é violado por meio de um **fazer** (atirar, dar golpes, esfaquear, etc.). No entanto, a mãe que deixa de alimentar o filho pequeno, vindo este a morrer, também "matou alguém" e seu "modus operandi" foi a omissão. Dessa forma, ela cometeu um homicídio comissivo por omissão.

Bettiol ensina serem crimes omissivos impróprios "aqueles nos quais um evento é "conseqüência" de uma omissão".

O cerne dos omissivos impróprios, todavia, não reside na produção de um resultado como conseqüência da omissão em si, mas na inevitabilidade de um evento lesivo com um "fazer". Aliás, o garantidor do bem protegido tem, perante a norma, o dever jurídico especial de impedir a produção do evento. É o seu não impedimento mediante a omissão, que cristaliza o crime omissivo impróprio, ou seja, é a violação do dever especial de agir para evitar o resultado que perfaz tal modalidade de omissão ilícita. Assim, como afirma com muita propriedade Alcides Munhoz Netto, "a antijuridicidade destes comportamentos reside em descumprir o dever de garantidor". Omitir-se não significa "não fazer" passivo, mas a não execução de uma atividade juridicamente exigida (Wessels, p. 161).

Na nossa legislação atual, o C.P. traz em seu art. 13, § 2º, explicitamente as fontes do dever jurídico de agir para impedir o resultado. Porém, trata-se de assunto nevrálgico, de intensas discussões ao longo dos anos, e por isso, é mister que seu desenvolvimento seja feito em capítulo à parte quando expormos sobre nexos causais.

Uma vez que a essência da omissão imprópria consiste na inevitabilidade de um resultado lesivo, que cumpre ao garantidor impedi-lo, cumpre ressaltar que, se o resultado era inevitável, não há omissão imputável. Ora, não se pode atribuir responsabilidade penal a alguém, que, não obstante tivesse o dever jurídico específico de agir para impedir um resultado, este não pode ser evitado. Logo, deve-se aqui indagar sobre a exigibilidade de conduta diversa, um dos requisitos da culpa "lato sensu", para a análise do caso "in concreto". Pode, no entanto, subsistir a responsabilidade de título de culpa em sentido estrito.

## DIFERENÇA ENTRE CRIMES OMISSIVOS PRÓPRIOS E IMPRÓPRIOS

### OMISSIVOS PRÓPRIOS

1. Pressupõem um dever jurídico genérico de agir (a todos)
2. Perfazem-se com a simples inércia descrita pelo tipo.
3. Consumam-se com a omissão. Não exigem resultados.
4. Decorrem de um comando positivo da norma no sentido de **mandar fazer**

### OMISSIVOS IMPRÓPRIOS

1. Pressupõem um dever jurídico específico de agir (ao garantidor do bem tutelado).
2. Exigem o não impedimento de um resultado lesivo.
3. Consumam-se com a produção do resultado.
4. Decorrem de um comando positivo da norma no sentido de **agir para impedir a produção** do resultado.

## III – TEORIAS ACERCA DA OMISSÃO

### A – Teoria Naturalística:

A omissão se traduz num comportamento apreciado pelos sentidos, sendo desnecessário evocar a norma penal.

#### Evolução da teoria naturalística:

a) 1ª fase: — o fundamento da omissão está no “conjunto das atividades neuromusculares que o indivíduo desenvolve para evitar a prática do ato” (A. Bruno, p. 295).

b) 2ª fase: — no momento da omissão, o agente pratica ação diversa ou oposta da devida. Tal ação integra a omissão como seu elemento naturalista.

### B – Teoria Normativa:

Teoria da ação esperada — o fundamento da omissão está na ação esperada que o omitente deixou de praticar. A omissão, nada mais é

do que o juízo que alguém forma dessa inação, como não cumprimento da ação esperada. Esta teoria foi exposta por Mezger, mas na Itália, Grispigni a aperfeiçoou para torná-la mais próxima da realidade, reformulando-a como teoria da ação que era de se esperar. O grande jurista italiano assim, indicou o conteúdo normativo, pois é no "dever ser" que ele se baseou.

Dessa forma, passou-se a um plano normativo, porquanto se afirma ação **esperada** porque **devida**; devida porque implícita na norma.

No entanto, tal teoria não fez da omissão, realidade existente por si, que é o próprio comportamento omissivo. Não é a ação esperada que deve ser objeto de juízo mas o não cumprimento da ação esperada, que é o conteúdo da omissão.

Welzel afirma que a omissão não existe em si: o que existe é a omissão de uma ação determinada, e que o conceito de ação não é negativo, mas limitativo.

### CONCLUSÃO:

Não se pode encarar a omissão somente no plano naturalístico; nem tampouco somente no plano normativo. Ambos se complementam. O omitente, assim como o agente, comete crime omissivo, movido por um **querer interno**. Esse **querer** é manifestado em omissão de uma ação devida, juridicamente exigível na omissão relevante para o Direito. (A. Bruno, p. 298).

Portanto, o elemento naturalista (voluntariedade) é complementado pelo elemento normativo (omissão da ação devida), e que implica no contraste entre esse comportamento e a norma. Fora desta, que permite qualificar um comportamento, a realidade naturalista é cega.

Importante ressaltar, que é a realidade do dever jurídico de agir que dá sentido à omissão, e não o juízo da ação esperada ou que era de se esperar.

Assim, embora o primeiro momento seja naturalístico — voluntariedade —, o nexa que une a omissão ao resultado é normativo, sendo de todo inexacto falar em causar resultado por omissão, sendo esta, como realidade normativa e não naturalista.

É ela um conceito normativo e portanto teleológico, enquanto se justifica apenas em relação aos escopos que a norma persegue, impondo a uma pessoa a obrigação de atuar (**Bettioli**, p. 283-284).

#### IV – EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Até antes do século passado, muito pouco se tratou acerca da omissão. Esta, em geral, para efeitos penais, era equiparada à ação.

Só mesmo a partir do século XIX é que começou a haver uma maior preocupação com o tema, principalmente no tocante à causalidade na omissão. Na Itália, desde a época dos glosadores, à omissão era cominada pena mais branda que à comissão.

Já na Alemanha, com a influência do filósofo Wolff, a omissão era compreendida na comissão, mas em alguns casos singulares, punia-se a omissão também de forma menos severa.

E foi na Alemanha, ainda, que tiveram início as discussões sobre causalidade na omissão, assumindo grande importância para a doutrina atual, pois surgiram daí várias teorias sobre o tema. Não obstante, Liszt-Lehrbuch as criticou como das mais infecundas que até hoje surgiram na ciência do direito.

No Brasil, os doutrinadores do Código Criminal de 1830, falaram muito pouco sobre o assunto, e mesmo assim, nada falaram sobre os delitos omissivos impróprios. O primeiro a tratar mais detalhadamente do tema foi Tobias Barreto, que baseando-se na doutrina alemã, fez a diferenciação entre crimes comissivos e omissivos, e estes, subdividiu-os em próprios e impróprios, delimitando a autoria, para os impróprios, só a quem tivesse o dever especial de agir. Para ele, a resposta fundava-se na causalidade da omissão, evoluindo tal conceito somente mais tarde.

O CP de 1890 ainda aceitava a causalidade física na omissão imprópria, mas deu um grande passo no Direito Penal, pois já passou a atribuir a responsabilidade ao omitente que tivesse o dever jurídico de agir. Para Costa e Silva, fontes desse dever eram: o preceito positivo da norma, a convenção expressa e o ato anterior produtor do resultado (referência feita por Alcindo Munhoz Netto em "Os crimes omissivos no Brasil" – Revista de Direito Penal – p. 6).

Hungria que foi o primeiro a comentar o C.P. Republicano, afirmou ser relevante apenas a omissão que visasse ao descumprimento de um dever jurídico, resultante de um mandamento expresso ou **tácito** da ordem jurídica, de uma relação contratual ou de uma situação de perigo precedentemente criada, ainda que sem culpa. (Nelson Hungria, Comentário ao Código Penal, R.J. 1953, p. 66, vol. I, tomo 2).

No sentido de aperfeiçoar a doutrina, nos anos de 60 e 70, os crimes omissivos impróprios experimentaram sensíveis modificações em sua estrutura.

A partir daí, passou-se a aceitar a causalidade normativa, repelindo-se a naturalística; cogitou-se a relação entre o princípio da reserva legal e a punição da omissão imprópria. Aceitando a causalidade normativa, acentuou-se que o dever de agir decorre da posição de garantidor, que deve estar intimamente ligado ao bem protegido.

Assim, a doutrina brasileira caminhou, evoluindo do plano naturalístico da causalidade para o plano normativo e, finalmente, na Reforma Penal — Parte Geral — de 1984 (Lei 7.209), veio o art. 13 em seu § 2º discriminar de forma clara, sem dar margens a analogia, as fontes do dever jurídico especial de agir, assunto tratado a seguir.

## V — O NEXO CAUSAL E A OMISSÃO

Sendo a causalidade entendida como força física atuante, e sendo sua essência ligar a conduta ao resultado, na omissão própria não há que se falar emnexo causal, porquanto não existe resultado na estrutura típica da omissão propriamente dita, pelo que, como já vimos, tal espécie de crimes não contém em si, aquela realidade fenomênica existente nos demais crimes materiais e de evento. Por esta razão, a ausência de resultado acarreta ausência de nexo causal.

O princípio "ex nihilo nil fit", como argumento para explicar a ausência de causalidade na omissão própria, como coloca **Ricardo C. Nuñez**, (Manuel de Derecho Penal — Buenos Aires, Lerner, 1972, p. 154, e no mesmo sentido Alcindo Munhoz Netto p. 12) não pode ter valia. O Direito Penal não tem apenas a função de descrever condutas típicas, mas principalmente de valorá-las. Não podemos valorar o "nada". A omissão é uma modalidade de conduta, de comportamento, e como tal, não pode ser equiparada ao "nada". Aliás, a relevância da omissão está exatamente em não fazer algo que deveria ter sido feito, não se tratando apenas de um "não fazer". Há inclusive o dolo na estrutura do tipo omissivo, e todo dolo, de um lado, pressupõe um querer interno e de outro, é o móvel físico de um comportamento; se tal comportamento for omissivo e de relevância penal, estaremos diante de uma realidade, embora não fenomênica, mas normativa, pois a relevância existe em decorrência de uma norma.

Nos crimes omissivos impróprios, no entanto, a causalidade existe, pois nestes o "NON FACERE" corresponde substancialmente ao "FACERE", com a única diferença de que neste o resultado é produzido de forma física, e naquele a produção de um resultado que está para ocorrer, não é impedida por quem tem o dever jurídico especial de impedi-la; daí dizer-se ser a causalidade normativa. Em ambos os casos o resulta-

do existe em decorrência de uma conduta, integrando o tipo, e portanto, tal resultado só é relevado pelo Direito Penal quando a ele for ligada uma conduta através do nexa causal. A lei equipara o não impedimento à causação.

O C.P. regula a matéria da causalidade no art. 13: "O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa, a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido".

Na segunda parte do texto da lei, o Código consagrou a teoria da "Conditio sine qua non" (equivalência dos antecedentes causais) ou seja, não distingue entre condição e causa. Como diz A. Bruno, "o resultado é o termo final de uma cadeia de condições sucessivas ou concomitantes".

Na ação o nexa causal é resolvido pelo juízo hipotético de eliminação de Thyrén, onde, dentro da cadeia causal, faz-se a exclusão mental de um fenômeno; se resultar impossível a ocorrência do segundo fenômeno, houve nexa causal. Por outro lado, todo fato que, ao ser eliminado mentalmente constatar-se que o evento, muito provavelmente ocorreria, não houve nexa causal. Assim, "a conduta é causa quando, suprimida mentalmente, o evento **in concreto** não teria ocorrido no momento em que ocorreu (Damásio, p. 216).

Como o art. 13, "caput" considera causa, tanto a ação quanto a omissão, esta também é resolvida quanto à causalidade, pelo juízo hipotético de eliminação; porém, o raciocínio é outro; e para melhor entender, é mister que se analise antes o § 2º e alíneas.

§ 2º "A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

O primeiro aspecto que se deve sopesar no tocante a crimes omissivos impróprios, é a posição de garantidor do sujeito, posição esta que deriva dos casos expressamente previstos nas alíneas do § 2º, e que de modo restrito, dão à omissão o caráter de penalmente relevante."

No 1º caso, a obrigação por força de lei, refere-se a lei de qualquer natureza, e não apenas penal, bem como o dever derivado de decretos com força de lei, ordem hierárquica ou sentença judicial. No clássico exemplo da mãe que mata o filho por inanição, a obrigação violada

em razão de lei está no Código Civil, no art. 384. É a lei que determina a conduta impeditiva do resultado.

No 2º caso, basta que o próprio sujeito se coloque na posição de garantidor do bem tutelado. É aquele no qual a outra pessoa deposita confiança e proteção, como o doente no médico, o aprendiz de natação no nadador, o alpinista no guia-alpino, etc. Nestes exemplos, a responsabilidade do médico, do nadador e do guia alpino é de impedir resultado lesivo em seus dependentes. Assim, excluído ficou da doutrina o "dever contratual", devendo este ser entendido em sentido amplo, pois qualquer acordo verbal também não deixa de ser um contrato, como diz Damásio, "o importante é que o sujeito se coloque em posição de **garante** da não ocorrência do resultado, haja contrato ou não, como nas hipóteses em que voluntariamente assume encargo sem mandato ou função tutelar".

No 3º caso, o sujeito cria a situação de perigo com seu comportamento anterior. Ele pratica um resultado lesivo. Isto o faz ficar obrigado a impedir a produção do evento. Tal situação, como nos outros dois casos, acarreta no sujeito o "dever de agir".

Como já se disse, a causalidade da omissão é normativa. Para se vislumbrar o nexu causal, aqui, é preciso, tanto quanto na ação, fazer uso do procedimento hipotético. Enquanto na **ação** a indagação a ser feita é: "eliminando o fato "x", a produção do resultado teria ocorrido no momento em que ocorreu e como ocorreu?," na omissão, a indagação deve ser: "a ação omitida teria impedido o resultado?". Assim, trata-se de juízo hipotético quanto à **ação esperada** e não quanto à omissão. A resposta buscada, porém, funda-se, no máximo, em alto grau de probabilidade, nunca de certeza, e é exatamente neste aspecto que está o árduo problema de causalidade na omissão imprópria. Se, através da indagação hipotética, não podemos chegar à certeza, pode-se dar margens e injustiças, pois o tecnicismo legal, aqui, mostra-se frágil. No entanto, grandes juriconsultos do mundo todo têm insistido nesta questão, tentando aperfeiçoá-la, mas dificilmente chegaremos ao praticismo ideal. Mesmo que se afirme "com certeza", não podemos esquecer de que se trata de juízo **hipotético**.

É de se ressaltar, que não obstante haja certa dificuldade, deve-se relevar o pressuposto que a lei exige para que o omitente venha a ser punido, que é o dever de agir. Daí a importância de conhecer os casos discriminados pelo art. 13, § 2º, para bem ser aplicada a omissão imprópria. De um lado, a questão da causalidade; de outro, a relevância da omissão, decorrente do dever de agir. Conciliando os dois lados numa análise acurada de cada caso **in concreto**, há de se chegar a uma solução adequada.

## IV – ELEMENTOS

### A) Crimes omissivos próprios:

- a) voluntariedade
- b) conduta inativa
- c) dever jurídico (genérico) de agir (Alcides Munhoz Netto – Crimes Omissivos no Brasil – p. 15).

Assim, a omissão deve vir acompanhada do elemento vontade. Aquele que se omite devido a uma síncope, a uma coação irresistível, a embriaguez total (patológica), não praticará crime omissivo; é o querer interno elemento imprescindível, sem o que, não há se falar em omissão. “O dolo consiste, pois, na vontade de omitir-se, tendo representação da necessidade e da possibilidade de agir. (Alcides Munhoz Netto ob. cit. p. 15).

Conduta Inativa – não se deve esquecer que a conduta, além de inativa (omissiva), deve ser típica, ou seja, decorrente do comando positivo da norma.

O dever de agir incumbe a todos. Basta que haja norma mandamental e uma situação aplicável a esta norma. A aplicabilidade da omissão própria é “erga omnes”. O fundamento p. o dever genérico de agir é o da solidariedade humana, questão de suma importância para o bom convívio social.

### B) Crimes Omissivos Impróprios:

- a) a abstenção da atividade que a norma impõe;
- b) superveniência do resultado típico em vista da omissão;
- c) ocorrência da situação de fato de que deflui o dever de agir; (Alcides Munhoz Netto – Crimes Omissivos no Brasil – p. 15);
- d) voluntariedade.

É preciso que a ordem jurídica imponha a obrigação de impedir o resultado. Este é o principal parâmetro para se vislumbrar a omissão imprópria. Não se incluem aqui deveres morais, nem genéricos, mas tão somente os deveres jurídicos especiais de proteção ao bem tutelado, dos quais surge a qualidade do garantidor.

A omissão imprópria só é relevante se o resultado for inevitável. Assim, a superveniência do resultado típico só gera responsabilidade para o omitente que não dispôs seriamente dos meios necessários para impedi-lo. Como já exposto em ocasião anterior, pode, todavia, haver responsabilidade por culpa.

A situação de fato de que deflui o dever de agir é aquela em que um evento lesivo está por ocorrer, ou seja, é o perigo de lesão iminente e ainda passível de ser evitada. É nesta situação que o garantidor deve atuar no sentido de impedir a lesão. Não atuando, incorre em delito comissivo por omissão.

## VII – CARACTERÍSTICAS:

### A) Omissivos Próprios:

- a) inobservância de um comando positivo;
- b) resultado não faz parte do tipo;
- c) a simples possibilidade de agir converte o omitente em autor.
- d) qualquer pessoa pode ser autora.

### B) Omissivos impróprios:

- a) estrutura típica comissiva;
- b) inobservância de um comando negativo manifestada em “não fazer a ação devida”, que por conseguinte, não impede o resultado;
- c) condição de garantidor do bem penalmente protegido;
- d) dever jurídico especial de agir (não se aplica a todos; só a quem tenha obrigação legal de evitar o resultado);
- e) resultado faz parte do tipo, mas sua existência decorre do fato de não impedi-lo, e não de produzi-lo naturalisticamente.

## VIII – NATUREZA JURÍDICA:

### A) Omissivos Próprios:

São delitos de mera conduta, pois a simples abstenção de atividades perfaz o crime. Se é feita abstração de qualquer resultado segundo afirma o grande Manoel P. Pimentel (Crimes de Mera Conduta, p. 23), sua estrutura corresponde perfeitamente aos crimes de mera conduta; nesse caso “de mera conduta omissiva”. É o que ensina também Wessels (pág. 158) ... “correspondem aos delitos de mera atividade”.

São delitos de perigo, pois a norma impõe o dever de agir, não em função de um resultado concreto, mas da probabilidade de sua ocorrência; a omissão no caso, coloca o bem jurídico em posição de ameaça e é por esta razão que é capitulada como crime.

## B) Omissivos impróprios

São crimes de resultado naturalístico que está dentro de uma cadeia causal, e que pressupõem no omitente o dever jurídico especial de impedir, nessa cadeia, a produção de referido resultado.

## IX – OS REQUISITOS BÁSICOS DO CRIME E A OMISSÃO:

### A) A tipicidade

a) **nos omissivos próprios:** ocorre no momento da abstenção da atividade devida, pressupondo a possibilidade fática de atuação que abranje o elemento subjetivo (consciência da situação originária do dever e poder real de realizar a ação exigida pela lei). Requisito imprescindível da tipicidade nos crimes omissivos puros, é a ocorrência de fatos de que deflue o dever genérico de agir. Não há dever de agir quanto aquele que passeia em Bonn e se omite do salvamento de pessoas que caíram no Reno em Colônia (Wessels, pág. 161).

b) **nos omissivos impróprios:** ocorre no momento da produção do resultado que poderia ter sido impedido. Quando da abstenção da atividade, não se pode dizer que o omitente “entra no núcleo do tipo”, mas a ocorrência do resultado em razão da inércia do omitente e neste, a qualidade de garantidor do bem jurídico, concretiza o tipo.

Se o indivíduo pratica um crime comissivo mediante ação, esta terá, como conseqüência lógica, um **evento**, e o sujeito a pratica consciente desta causalidade abjetiva. Ex: “A” dispara tiro de arma de fogo contra “B”, consciente de que a consciência de tal ação é o resultado morte. Se ficar clara a presença do dolo, teremos então, um fato típico de homicídio.

Já o indivíduo que pratica um crime comissivo mediante **omissão**, como a enfermeira que deixa de dar o remédio ao paciente pelo qual ela é responsável, e cuja sobrevivência depende de doses periódicas de referido remédio, e o mesmo vem a morrer, sua morte que poderia ter sido evitada pela **ação** de enfermeira e não o foi faz com que a omissão seja típica em face do art. 121-CP. Lembre-se o resultado, aqui, não é conseqüência lógica da omissão; se pelo juízo hipotético de eliminação (mental), concluiu-se que a ação omitida “muito provavelmente” teria evitado o resultado; a causalidade se faz presente, e diga-se de passagem, causalidade normativa. Assim, ficou demonstrada a existência da conduta (omissiva), do resultado não impedido, da causalidade normativa e da adequação típica, elementos de tipicidade (além do elemento subjetivo – o dolo). E ainda, deve ser constatada a real possibilidade física de impedir o resultado.

## B) A antijuridicidade:

a) **nos omissivos próprios**: — assim como nos crimes de mera conduta (ativa), não ocorrendo nenhuma causa de exclusão de ilicitude nos omissivos próprios, omitida a ação exigida pelo comando da norma, o fato é típico, e portanto, antijurídico. Assim, como diz Fragoso, “a antijuridicidade nessa espécie de crimes não tem qualquer característica especial.” (Lições, p. 240).

b) **nos omissivos impróprios**: — o fundamento da antijuridicidade é o dever de agir; este é violado pelo garantidor, quando no momento em que **devia agir**, omitiu-se; por isso responde pelo resultado típico.

## C) A culpabilidade:

a) **nos omissivos próprios**: — em 1º lugar, o requisito “imputabilidade”. A potencial consciência da ilicitude relaciona-se com o dever de agir; é de se constatar que o sujeito **podia** saber que sua omissão, nas circunstâncias, era ilícita. Finalmente, se era-lhe possível **agir**, fica demonstrada a exigibilidade de conduta diversa (ação-cumprimento do dever de agir).

b) **nos omissivos impróprios**: Alcides Munhoz Netto, com base no ensinamento de Hanz Jescheck, afirma que, em geral, a reprovação que incide no crime omissivo impróprio é menor que a do correspondente crime comissivo; explica que, o que faz essa diferença de grau é o fato de requerer o crime comissivo maior energia e resolução, enquanto o omissivo impróprio se baseia em “contemplar passivamente o curso de um acontecimento que conduz a um resultado típico, ainda que contrariando o dever de evitá-lo”. Coloca como exceção, a relação particularmente íntima entre garantidor e lesado (como mãe e filho).

Não é correta tal posição. Do ponto de vista teleológico, a finalidade é a mesma em ambos os casos. Tanto faz o guia alpino **deixar** o alpinista “despençar” do alto do pico, como **empurrá-lo** para o abismo. De qualquer modo, seu objetivo será alcançado: **matar o alpinista**. No caso da mãe e do filho, tanto faz **envenená-lo** como **não alimentá-lo**: seu objetivo era **matar o filho**. A circunstância que agrava, aqui, não é o meio empregado (a não ser que seja insidioso ou cruel — por exemplo, e para tanto, é irrelevante se foi mediante ação ou omissão), mas sim, sua condição de ascendente.

Lembra o professor ainda, que dentre as atenuantes genéricas, encontra-se a de somenos importância da cooperação do autor no crime. Ora, há situações em que a omissão pode até ser mais grave que a comissão.

A importância maior ou menor da cooperação do autor no crime, portanto, não depende de inércia ou atividade, mas sim, até que grau a inércia ou atividade teve influência no desencadear do crime.

Assim, o juízo de reprovação deve incidir, em princípio, no mesmo nível, quanto ao fato ter sido ativo ou omissivo.

Quanto aos elementos da culpabilidade, além da imputabilidade, a potencial, consciência da ilicitude relacionava-se com o dever jurídico específico de agir; dever este decorrente da posição de garantidor. É a exigibilidade de conduta diversa é informada pela real possibilidade física de impedir a produção do resultado.

## X – A TENTATIVA E A OMISSÃO

### A) Omissão própria

A tentativa não é admissível nos crimes omissivos próprios. Esta modalidade de crimes, como já vimos, pertence à categoria de crimes de mera conduta, cuja consumação se concretiza com a simples realização da conduta (no caso, com a simples omissão da ação devida), sem que o tipo faça referência ao resultado. Além disso, são crimes de perigo, porquanto não exigindo resultado concreto no mundo exterior, são puníveis porque produzem situação que coloca em perigo de lesão um bem jurídico, ou seja, criam, devido ao fato de “não fazer”, a probabilidade de ocorrência de dano. Dessa maneira, os crimes omissivos próprios não são fracionáveis; não exigem resultado, e por isso, não admitem a forma tentada.

Em sua consagrada obra “Crimes de Mera Conduta”, o mestre Manoel Pedro Pimentel, na edição de 1975, retifica sua posição inicial sobre a tentativa e os crimes de mera conduta. Inicialmente, ele não admitia a tentativa nesta categoria de crimes. A partir da 3ª edição de seu livro, porém, sua afirmação a respeito do tema, é no sentido de que “os crimes de mera conduta não admitem a forma tentada apenas quando **“unico actu perficiuntur”**, isto é, quando a conduta se realizar com um único ato”. (p. 106)

Entretanto, se a própria conduta por si só cristaliza a tipicidade do fato, sendo que, para realizá-la, basta entrar no núcleo do tipo, e se este, ou descreve o “agir” ou o “não agir”, não há como fracionar. Pensando no conceito de conduta como um conjunto de atos, poder-se-ia pensar numa seqüência de atos fracionáveis; porém, a falta de um deles jamais acarretaria tentativa, mas sim, apenas descaracterizaria a conduta, e portanto, o fato. Assim, os crimes de mera conduta não podem ser fracionáveis, e por isso, inconcebível neles a forma tentada. A propósito, o

próprio Pimentel, mais adiante, ensina que "A tentativa somente é possível nos crimes cujo iter comporte destaque material suscetível de fracionamento. Por isso, impossível concebê-la nos crimes sem resultado, que se realizem com um único ato". Faz ressalva, porém, "nos crimes de mera conduta que se realizem **com mais de um ato** (p. 106).

Pois bem. Diante de sua colocação, perguntaria: quais seriam os atos executórios? . . . e os preparatórios? ...

Não há como separá-los nesta espécie de delitos. Como já se disse, a própria conduta, perfazendo o tipo sem que ocorra evento, não há como vislumbrar um "iter", e portanto, não há como separar os atos preparatórios dos atos de execução; ambos ocorrem num mesmo momento, que mais do que "de conduta", até poderia ser chamado de "momento do fato típico".

Portanto, segundo a colocação inicial deste item, sendo os crimes omissivos próprios, de mera conduta (omissiva), estes não admitem a forma tentada.

O grande penalista argentino Zaffaroni ("Da Tentativa"), também entende ser admissível a tentativa na omissão própria, porém, apenas na forma de uma tentativa idônea (segundo pensamento de Jescheck). Ele explica que o ponto a ser ponderado é o **perigo**. À medida em que não haja o perigo exigido pelo tipo omissivo próprio, a omissão pode ser tentada. Assim, "se se encontra alguém que se acha dentro de um poço e não se lhe presta auxílio quando já se passara meia hora, estando o acidentado ileso e sendo o único perigo que possa morrer de sede se no poço ficar vários dias (o que pode suceder se é um lugar isolado), veremos que não se consuma, ainda, a omissão de socorro. ... Acreditamos que o caso constitui uma **tentativa inacabada** de omissão de socorro" (p. 119 — 120).

No entanto, o exemplo acima não pode ser tratado como "tentativa". O **perigo** é elemento essencial do tipo omissivo próprio, sem o que, o fato nada mais é do que atípico. Em Direito Penal, quando se fala tecnicamente em tentativa, fala-se em crime tentado que "quando iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente" (art. 14, II — CP). Iniciar a execução de um crime é entrar no núcleo do tipo, objetivando um dano efetivo ou a probabilidade deste (que é o perigo). Estes não de existir no íntimo do agente e só não se realizarão por circunstâncias alheias a sua vontade. Ora, na hipótese colocada por Zaffaroni, o omitente que passou próximo ao poço, se é que estava investido do dolo, seu objetivo era ocasionar perigo. Se fosse possível provar a intensidade do perigo quando passada meia hora e quando passados vários dias, mesmo assim, das duas uma: ou seria crime de omissão de socorro

consumado ou não haveria crime. A tal pessoa que estava no poço até já poderia ter sido salva por outrem. Não é isso que a norma busca proteger. A sua proteção tem fundamento na questão da solidariedade humana, termômetro da vida social sadia dos homens (tão escassa atualmente...) Portanto, não importa a intensidade do perigo (a não ser que se possa provar, o que é quase que fantástico...), mas o fato de, com o seu "não fazer", ter **provocado o omitente o perigo**, não há se falar de tentativa, nem idônea, nem inidônea, na omissão própria. Também não a admitem, como lembra Zaffaroni, Aníbal Bruno, Fragoso, Hungria, Damásio E. de Jesus, Roque de Brito Alves, James Tubenchlak, etc.

## B) Omissão imprópria:

A tentativa aqui é possível quando, apesar da omissão, o resultado é impedido por circunstâncias alheias à vontade do agente. Neste caso, o objetivo daquele que omite, é permitir que um resultado naturalístico (e lesivo) se produza. A **não produção** configura a forma tentada.

Bockelmann, citado por Zaffaroni, afirma que "nos delitos impróprios de omissão, a tentativa é possível enquanto a ação de evitar o resultado está ordenada e dura enquanto o resultado não se tenha produzido" (op. cit.: p. 112), seguido no mesmo sentido por Schröder. Assim, há tentativa quando, havendo desde logo o dever de agir, o sujeito não age.

Para Kaufmann e Welzel, não há uma tentativa de omissão, mas uma omissão da tentativa de realizar a ação devida, que só pode ocorrer como tentativa acabada. Tal tese pertence a uma minoria.

Entretanto, o principal é analisar cada caso concreto; e adaptar aos delitos omissivos impróprios as regras gerais de tentativa, como por exemplo, a separação de atos preparatórios e executórios (aqui, é de se ter em mente a questão do perigo), e ainda: tomar como ponto inicial o fato de que a omissão imprópria nada mais é do que um crime comissivo cujo meio empregado é a omissão. Sob esse prisma, não é difícil perceber a possibilidade da existência da forma tentada nessa espécie de delito.

## XI – O CONCURSO DE AGENTES E A OMISSÃO

A regra geral de aplicabilidade do concurso de agentes, é que só os crimes unissubjetivos o admitem. Há, porém, uma exceção: tanto a omissão própria como a imprópria, não admitem concurso. Naquela, como o dever de agir é **genérico**, todos praticarão crimes autônomos. Nesta (imprópria), aquele que impede a ação devida praticará crime comissivo conforme o resultado.

## XII – A CULPA “STRICTO SENSU” E A OMISSÃO

Ponto primordial a ser relevado na questão da culpa na omissão, é o elemento subjetivo; problema árduo sobre a admissão da culpa ou quando é doloso ou culposo o delito omissivo.

Magalhães Noronha, em sua obra “Do Crime Culposo”, trata do assunto, colocando algumas opiniões divergentes de outros grandes autores, e que faz-se oportuno extraí-las para uma possível conclusão sobre o tema.

Segundo Antolisei, do ponto de vista psicológico, casos como do cirurgião que deixa um tampão de gaze nas vísceras do paciente, são omissões inconscientes, e portanto, involuntárias.

Grispigni apóia sua tese na **ação diversa**: diz ele que a vontade a que a lei se refere na omissão, é a vontade de conduta diversa.

Maggiore admite a vontade, exceto quando a omissão for produto de força maior ou de coação; nestes casos a omissão é involuntária e, segundo Noronha, nessa linha de pensamento seguem Alimena, Altavilla e Antolisei, que esclarece que, se a vontade do sujeito não se verifica, não se pode falar nem de omissão.

Outros autores dizem que, se a omissão é inconsciente, não há vontade.

Riccio sustenta o elemento vontade como a base da realidade objetiva da omissão. De ver-se que este autor considera a omissão uma **realidade**, e não o “nada”; por isso contém os mesmos elementos estruturais que a omissão. Conclui ele que a vontade consiste mais propriamente na **ação omitida**.

Noronha se compatibiliza com os autores que pensam como Riccio, ou seja, que a omissão, como comportamento humano, comporta os dois elementos — a volição e a conduta. O “querer”, na conduta omissiva, pode se situar, tanto no campo do dolo, como no da culpa.

Realmente, se fosse o contrário, estaríamos fora da esfera penal, pois não haveria como punir a omissão sem que houvesse, de qualquer modo, a vontade.

Entretanto, ao estudarmos a omissão subdividindo-a em própria e imprópria, constatamos que o elemento subjetivo se situa de maneira diversa em uma e em outra espécie. Na omissão própria, não há forma culposa. Alcides Munhoz Netto, porém, a admite, exemplificando o art. 351, § 4º CP, as omissões falimentares (há equiparação entre o dolo e a culpa) e as omissões imputáveis aos militares. Em seguida explica que a

culpa é admissível nos crimes omissivos próprios, que pode incidir sobre o desvalor pela infração dos deveres de cuidado, na previsão da situação típica ou da própria capacidade de agir, ou ainda, na execução defeituosa da ação de salvamento.

Pois bem: embora se trate de um grande autor, os exemplos citados por ele são, na verdade, de omissão imprópria; no art. 351, § 4º CP, a lei se refere a “funcionário **incumbido** da custódia ou guarda”, e portanto, demonstra claramente que o sujeito ativo deste tipo só pode ser o **garantidor** da custódia que, se se omitir, estará cometendo um crime comissivo mediante omissão; nas omissões falimentares, **garantidor** é quem está implicado **naquele contexto** de falência (o falido, o síndico, etc.) e assim, trata-se de omissão imprópria. Idem na omissão imputável aos militares — ora, só o militar pode cometer crime omissivo militar.

O próprio Alcides concluiu que o desvalor pode também recair na execução defeituosa da ação de salvamento. Quem está obrigado a salvar, está sob o dever jurídico específico de agir, pelo que, estará na esfera do delito comissivo por omissão, a não ser que a obrigação de salvar alguém venha a enquadrar-se no tipo omissivo próprio, como na omissão de socorro.

Além disso, em nossa legislação penal, não é previsto crime culposos na omissão própria.

Portanto, impossível conceber-se a forma culposa na omissão própria, mesmo porque, a culpa consiste em vontade quanto à conduta, e imprevisibilidade do resultado não querido. Ora, se os crimes omissivos próprios são crimes **sem resultado** (fenomênico) como se falar em culpa?

Já nos comissivos por omissão, a forma culposa é admissível, quando no tipo correspondente de comissão, a lei admita a culpa. São exemplos, a mãe que deixa sem cuidados o filho recém-nascido sem prever a possível ocorrência de danos a ele, a professora que se distrai na hora do recreio, vindo um dos alunos a se acidentar e morrer, etc. Podem ocorrer também por esquecimento, o que não deixa de ser uma negligência.

A doutrina e a jurisprudência, e a própria tradição jurídica convencionaram equiparar a negligência na culpa, ao “não fazer”, ou seja, toda vez que ocorrer omissão culposa, será por negligência. Mas é preciso tomar cuidado nesta regra: podem ocorrer casos de imprudência, e não cabe a nós estabelecermos em fórmula, quando ocorre uma, quando ocorre outra. É de se ter em pauta o caso concreto. Tome-se apenas a título de esclarecimento e como regra geral (na maioria dos casos), a correspondência entre a negligência e a omissão culposa, inclusive para não dificultar tanto a análise da questão.

### XIII – CONCLUSÃO

De todo o exposto, espera-se que o objetivo deste trabalho tenha sido atingido, ou seja, expor alguns aspectos de suma relevância no tocante a omissão, que possibilite a quem quer que seja (que o tenha lido), reflexões sobre o tema e quem sabe, se não for mera pretensão, outros posicionamentos e até mesmo críticas (por que não? ), o que será motivo de grande satisfação para quem o elaborou, tendo em vista o carinho por tal área do direito, fascinante como é o Direito Penal.

### BIBLIOGRAFIA

- BETTIOL, Giuseppe – **Direito Penal – Parte Geral – Volume I** – trad. Paulo José da Costa Jr. e Alberto Silva Franco, Ed. Revista dos Tribunais, 1971.
- BRUNO, Aníbal – **Direito Penal – P. Geral – 1º volume**, Editora Forense, 3ª ed., 1967.
- CALÓN, Eugênio Cuello – **Derecho Penal – Parte General – Tomo I.**, Bosch, Casa Editorial – Barcelona – 1953.
- FRAGOSO, Heleno Claudio – **Lições de Direito Penal – A Nova Parte Geral**, Ed. Forense, 10ª ed., 1986.
- JESUS, Damásio Evangelista de – **Direito Penal – Parte Geral – Volume 1** – Editora Saraiva – 10ª ed. – 1985.
- NETTO, Alcides Munhoz – **Os crimes omissivos no Brasil** – Revista de Direito Penal e Criminologia – Ed. For. vol. 33 – Órgão oficial do Estudo de Ciências Penais do RJ.
- NORONHA, Edgard Magalhães – **Do Crime Culposos** – Ed. Saraiva, 3ª ed., 1974.
- NUVOLONE, Pietro – **O Sistema do Direito Penal** – trad. Ada Pellegrini Grinover, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1981.
- PIMENTEL, Manoel Pedro – **Crimes de Mera Conduta**, 3ª ed. Edit. Revista dos Tribunais, 1975.
- SAUER, Wilhelm – **Derecho Penal – Parte General**, trad. Juan del Rosal y Jose Cerezo, Bosch, Barcelona, 1956.
- SIQUEIRA, Galdino – **Tratado de Direito Penal – P.G. – Vol. 1**, Konfino Editor – RJ., 2ª ed., 1951.

WESSELS, Johannes — **Direito Penal — P.G. (Aspectos Fundamentais)**, trad. e notas por Juarez Tavares, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELLI, José Henrique — **Da tentativa (Doutrina e Jurisprudência)**; Editora Revista dos Tribunais, 2ª ed., 1988.

# A LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA

**Silvio Artur Dias da SILVA**

Procurador do Estado  
Professor Adjunto

## I – A LEGÍTIMA DEFESA

A legítima defesa é um instituto que nem precisaria constar da lei penal para que se pudesse reconhecer a sua validade. O Tribuno de Roma, Marco Túlio Cícero, já proclamava que "est haec non scripta, sed nata lex", ou seja, é uma lei não escrita, porém natural<sup>1</sup>. É ínsito ao homem que é atacado defender-se, opondo uma reação ao ataque injusto. Contudo, a lei penal, principalmente por se tratar de direito escrito, traz o aviso de que a legítima defesa exclui o crime ("não há crime", diz o texto legal), e, ao defini-la, põe às claras os seus elementos. Quase que unanimemente, os doutrinadores entendem que são suficientes e necessários ao reconhecimento dessa excludente da ilicitude: a) agressão injusta; b) reação moderada; c) emprego dos meios necessários; d) defesa de um direito próprio ou alheio; e) intenção de defender-se<sup>2</sup>. Este último elemento é de exigência recente, bastando dizer que há algumas décadas atrás NÉLSON HUNGRIA afirmava que ao reconhecimento da legítima defesa somente era necessária a ocorrência de seus elementos objetivos<sup>3</sup>, o que levava ao absurdo seguinte: se alguém matasse seu desafeto sem saber que este naquele preciso momento estava prestes a agredir injustamente terceiro, era beneficiado pela legítima defesa (devendo estar presentes os outros requisitos de ordem objetiva). Porém, essa importância do subjetivismo tem gerado críticas, como, por exemplo, a de JUAREZ TAVARES, no sentido de que tal ótica pode vir "em detrimento dos objetivos visados pela norma"<sup>4</sup>.

## II – CRIMES CONTRA A HONRA

A honra, segundo se constata, é um atributo que acompanha o homem na sua saga pelo mundo. Todas as pessoas necessitam desse valor<sup>5</sup>, já que o amor próprio e a boa fama dizem diretamente à personalidade co-

mo seu complemento. Fala-se até em honra profissional<sup>6</sup>, restrita a um grupo determinado de pessoas, principalmente (mas não somente eles) os profissionais liberais. A honra costuma ser dividida em objetiva e subjetiva, sendo a primeira o conceito que os outros têm de alguém e a segunda o conceito que alguém faz de si mesmo (amor próprio ou auto-estima). As formas de violar o valor honra são três, pelo Código Penal: calúnia, difamação e injúria. Os dois primeiros delitos atingem a honra objetiva e o último a honra subjetiva<sup>7</sup>. Os crimes contra a honra são de forma livre, não necessitando de nenhuma forma especial de cometimento, mas, de regra, são cometidos verbalmente. Como qualquer outro bem penalmente tutelado, a honra (em qualquer dos seus aspectos) pode ser defendida legitimamente, devendo se destacado que em caso de retorsão na injúria, que consiste em outra injúria, enseja a aplicação do perdão judicial.

### III – O ADULTÉRIO

Etimologicamente “ad alterum thorum ire” (ir para outro leito), o adultério é um crime contra a família, mais precisamente contra o casamento e “consiste na quebra da fé conjugal”, conforme diz JÚLIO FABBRINI MIRABETE<sup>8</sup>. Ainda reconhecido como crime, já que o costume não revoga a lei penal, embora atualmente a Constituição da República Federativa do Brasil, continuando a dar ênfase à família (“a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”, conforme o artigo 226 da Lei Maior), tenha igualado os filhos, sejam eles “havidos ou não da relação de casamento (art. 227, § 6º, da Carta Magna), podem ser registradas algumas tentativas de descriminalização do adultério. Já a exposição de motivos da atual parte especial traz, em seu item 77, que “o projeto mantém a incriminação do adultério”; quando da elaboração do ante-projeto do Código Penal de 1969 houve dissenso entre os membros da Comissão Revisora quanto à manutenção da incriminação do adultério, sendo mantida graças à tenacidade de NÉLSON HUNGRIA (os outros membros eram ANÍBAL BRUNO, HÉLIO TORNAGHI e HELENO FRAGOSO)<sup>9</sup> e presentemente há um projeto de lei, reformador da parte especial, que funcionará como uma autêntica “abolitio criminis” do adultério<sup>10</sup>. E nesse crime alguns autores consideram que o sujeito passivo é o cônjuge traído<sup>11</sup>. ao passo que outros consideram é o traído e o Estado<sup>12</sup>. De qualquer forma, como a princípio não está excluído da proteção da legítima defesa nenhum bem penalmente tutelado, no adultério poderia haver a repulsa à agressão injusta que ele representa, com os meios necessários e moderadamente, mas não se pode esquecer que a agressão origina-se do outro cônjuge, o que deveria observar o respeito à fidelidade.

## IV – CONCLUSÕES

A denominada "legítima defesa da Honra" não existe nos termos em que é conhecida. Não há dúvida de que a honra, bem penalmente tutelado, pode (e, no mais das vezes, deve) ser defendida, desde que seja injustamente atacada e a reação mantenha-se nos limites previstos pela lei. O que se procura denominar com essa eufônica nomenclatura é a morte por adultério, que é chamada (também equivocadamente) de "homicídio passional" (ou mais amplamente "crime passional"). NÉLSON HUNGRIA, por exemplo, chamava a morte que o marido praticava contra a mulher que surpreendia em pleno adultério de "homicídio passional"<sup>13</sup>, que, pela legislação, é um homicídio emocional que tem um tratamento privilegiado. Desnecessário trazer aqui as diferenças entre emoção e paixão<sup>14</sup>, para que se conclua que não há um "homicídio passional".

Não há uma legítima defesa da honra ao adultério e aquele cônjuge que mata o outro ao surpreendê-lo em adultério está, quando muito, cometendo um homicídio privilegiado (art. 121, § 1º, 2ª parte, do Código Penal), tendo em vista a prática do fato "sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima", o que faz com que a pena do homicídio simples (6 a 20 anos de reclusão), ou mesmo do homicídio qualificado<sup>15</sup> (12 a 30 anos de reclusão), seja diminuída de um sexto a um terço. O cônjuge infiel, com a sua atitude, não há dúvida que atinge um valor, o do casamento, e a próprio honra, mas daí a dizer-se que conspurca a honra do outro cônjuge vai uma distância muito grande. Só com malabarismos do raciocínio é que se consegue atingir tal conclusão, a de que o cônjuge que mata o adúltero aja em legítima defesa da honra, pretendendo ver aí um fato desprovido de ilicitude.

## Notas

(1) Conforme ANÍBAL BRUNO, "Direito Penal, Parte Geral", tomo I, 3ª ed., Rio, 1967, pág. 357, nota nº 11.

(2) Assim, JÚLIO FABBRINI MIRABETE, "Manual de Direito Penal", vol. 1, 4ª ed., São Paulo, 1967, pág. 181.

(3) "A legítima defesa, por isso mesmo que é uma causa **objetiva** de exclusão de injuricidade, só pode existir **objetivamente**, isto é, quando ocorrem, efetivamente, os seus pressupostos **objetivos**. Nada têm estes a ver com a **opinião** ou **crença** do agredido ou do agressor," "Comentários ao Código Penal", vol. 1, tomo II, 3ª ed., Rio, 1955, pág. 285. Os grifos são do original.

(4) "Teorias do delito", São Paulo, 1980, pág. 70.

(5) Que é um valor, não há qualquer dúvida, e que sem ele o homem não consegue atingir certos fins, também não. Relata NÉLSON HUNGRIA que as leis de Manu já puniam as "imputações difamatórias e as expressões injuriosas" ("Comentários ao Código Penal", vol. VI, 3ª ed, Rio, 1955, pág. 32.

- (6) JÚLIO FABBRINI MIRABETE, "manual de Direito Penal", vol. 2, 4ª ed., São Paulo, 1989, pág. 133.
- (7) HELENO CLÁUDIO FRAGOSO observa que o "objeto da tutela jurídica nos crimes contra a honra é a pretensão ao respeito da própria personalidade", para, depois, concluir que a "distinção esquemática" entre honra objetiva e subjetiva "não existe" ("Lições de Direito Penal", Parte Especial I, 3ª ed., São Paulo, 1976, pág. 201.
- (8) "Manual de Direito Penal", vol. 3; 4ª ed., São Paulo, 1989, pág. 35.
- (9) Segundo HELENO CLÁUDIO FRAGOSO em "Subsídios para a História do Novo Código Penal", "lições de Direito Penal", Parte Geral, São Paulo, 1976, pág. 299 e seguintes.
- (10) "Diário Oficial da União", 28 de outubro de 1987, pág. 17.777.
- (11) CELSO DELMANTO, "Código Penal Comentado", Rio, 1986, pág. 382.
- (12) EDGARD MAGALHÃES NORONHA, "Direito Penal", vol. 3, 18ª ed., atualizada por DIRCEU DE MELLO e ELIANA PASSARELLI LEPERA, São Paulo, 1986, pág. 312.
- (13) "Comentários ao Código Penal", vol. V, 3ª ed., Rio, 1955, pág. 150.
- (14) Ver JÚLIO FABBRINI MIRABETE, "Manual de Direito Penal", vol. 1, 4ª ed., São Paulo, 1989, pág. 219.
- (15) O presente trabalho passa ao largo da discussão a respeito do cabimento, ou não, do privilégio quando ocorre uma qualificadora. A respeito das orientações, ver JÚLIO FABBRINI MIRABETE, "Manual de Direito Penal", vol. 2, 4ª ed., São Paulo, 1989, pág. 55.

## DO OBJETO DO PROCESSO

**José Raul Gavião de ALMEIDA**  
Prof. da PUCCAMP (licenciado)

### POSIÇÃO METODOLÓGICA

Quatro são as grandes unidades sistemáticas do direito processual: a ação, a jurisdição, a defesa e o processo.

Há, na doutrina, variados enfoques na consideração dos elementos relevantes desses institutos.

Na análise da ação, por exemplo, o pensamento italiano dá destaque ao elemento "subjetivo". É, por isso, o "sujeito" colocado como polo metodológico de seu estudo.

Em decorrência dessa linha, desenvolveu-se a doutrina do direito de agir. Daí dizer Liebman que pelo enfoque do "direito subjetivo se ergue todo o sistema do processo" (Manuale di Diritto Processuale Civile, vol. I, nº 73, 4ª Ed). Igual é a posição de Chiovenda, expressa em sua "L'azio-nella teoria dei diritti" (in Sagge di Diritto Processuale Civile, vol. I, Roma, 1930).

Diverso é o enfoque do instituto da ação, no pensamento germânico. Aqui o relêvo recai sobre o aspecto "objetivo".

Se o estudo com fonte latina coloca o "sujeito" como centro de atenção, desenvolvendo-se na consideração de seu "direito", a postura germânica parte do "objeto" como ponto central da análise da ação.

Assim, de uma fonte nos vem a doutrina das ações abordando a corrente "civilista", a "concretista" (após a autonomia do direito processual ensejada pela célebre polêmica entre Windsheid -- Müther) e a "abstratista", para só mencionar os caracteres matrizes. De outro lado o estudo da ação partindo do "objeto" conduz a melhor compreensão de institutos como a "coisa julgada", a "litispendência", a "alteração" e o "cúmulo" de demandas.

## OBJETO DO PROCESSO

No estudo da natureza jurídica de uma ação, melhores luzes se recebe da linha do pensamento alemão. Serve mais relacioná-la com o seu objeto, que a teorização sobre o direito de agir.

Frederico Marques ensina:

"O que há de real no processo é o sentido finalístico, a sua teologia, a sua "causa finalis". O processo, como forma de composições de litígios, tem por finalidade propiciar a resolução de conflitos de interesses, dando a cada um o que é seu e garantindo o triunfo da justiça e da liberdade. O "Scopo del processo" é o de garantir o respeito à pessoa humana e a liberdade do cidadão" (Instituições de Direito Processual Civil, vol. I, pág. 18, Forense — 1ª Edição).

Pelo mesmo critério de realce do "objeto" da ação, desdobra-o, o professor Celso Neves, no aspecto "imediato" e "mediato" (Coisa julgada, pág. 485, 1971). Pelo primeiro se identifica a natureza da tutela jurídica (Jurisdicional, Executória, Cautelar e Jurissatisfativa). Pelo segundo se identifica o interesse da parte.

Nesta mesma seqüência de entendimento Salvatore Satta (Esecuzione Forzata, pág. 16, Milano, 1937) ajusta o conceito de "objeto" ao de "escopo do processo", como meio de "tutela do direito individual".

Chiovenda abordando o estudo do "objeto" do processo, conclui ser a "atuação da vontade concreta da lei" (Istituzione, Napoli, 1935, vol. I, pág. 3).

O objeto "imediato" da ação, em resumo, qualifica sua natureza jurídica, em termos dos efeitos da provisão judicial buscada.

Por outro lado, o conflito de interesses, deflagrado no plano da vida e trazido para o processo com pretensão de tutela jurídica, como bem de vida disputado, constitui o "objeto mediato" da ação.

Impõe-se assim, separar, como objeto do processo, o "mediato", que corresponde ao "complexo das questões materiais que a lide apresenta" (Carnelutti, Istituzioni, v. I, nº 13, p. 13), do "imediato", que diz respeito à natureza do provimento jurisdicional demandado.

"... o pedido é imediato. O pedido imediato consiste na providência jurisdicional solicitada sentença condenatória, constitutiva ou mesmo providência executiva, cautelar ou preventiva. O pedido mediato é a utilidade que se quer alcançar pela sentença... o bem material ou imaterial pretendido pelo autor" (Moacyr Amaral Santos, Primeiras Linhas, v. 1º, 163, ed. 1985).

Em resumo, o "objeto imediato" empresta classificação processual à ação, o "mediato" é a pretensão de direito material em lide.



वैप PUCAMP