



Revista da

EMERJ

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



EMERJ - A ESCOLA DO JUIZ

Revista da

EMERJ

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Volume 1 - Número 1 - 1998



Colaboração: AMAERJ
Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro

© 1998, EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

Conselho Editorial:

Des. Manoel Carpena Amorim; Des. João Carlos Pestana de Aguiar Silva; Des. Laerson Mauro; Des. Darcy Lizardo de Lima; Des. José Carlos Barbosa Moreira; Des. Décio Xavier Gama; Min. Carlos Alberto Menezes Direito; Juiz Fernando Marques Campos Cabral; Juíza Ana Maria Pereira de Oliveira; Juiz Henrique Carlos de Andrade Figueira; Juíza Letícia de Faria Sardas.

Produção Gráfico-Editorial da Assessoria de Publicações da EMERJ:

Irapuã Araújo (Editor), Márcio Alvim (Editoração) e André Amora (Capa)

Geórgia Kitsos (Editoração *website*)

Apoio Cultural:

Gráfica Banco do Brasil

Tiragem:

3.000 exemplares

Revista da EMERJ. v. 1, n. 1-
EMERJ, 1998.

v.

Trimestral.

ISSN 1415-4951 (impresso); 2236-8957 (*on-line*)

1. Direito - Periódicos. I. Escola da Magistratura
do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Todos os direitos reservados à

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Av. Erasmo Braga, 115/4º andar - CEP: 20026-900 - Rio de Janeiro, RJ

Telefones: (021) 533-6642 / 533-5644 / 588-3376 - Fax: (021) 533-8129

E-mail: emerjinforma@ax.apc.org



Diretoria da EMERJ

Diretor-Geral

Des. Manoel Carpena Amorim

Conselho Consultivo

Efetivos

Des. João Carlos Pestana de Aguiar Silva

Des. Laerson Mauro

Des. Darcy Lizardo de Lima

Suplentes

Des. Sérgio Cavalieri Filho

Des. Marcus Antonio de Souza Faver

Des. Fernando Celso Guimarães

Presidente do Conselho de Conferencistas Eméritos

Des. José Joaquim da Fonseca Passos

Diretor do Departamento Geral de Estudos e Ensino

Pedro de Oliveira Figueiredo

Coordenadora de Ensino

Márcia Claudia Accioly

Chefe de Gabinete

Maria Alice Marinho Vieira

Sumário

Apresentação	
Des. Manoel Carpena Amorim	9
Um Novo Tempo na Justiça	
Des. Thiago Ribas Filho.....	11
O Habeas Data Brasileiro e sua Lei Regulamentadora	
Des. José Carlos Barbosa Moreira	16
O Processo Cautelar. A Tutela Antecipada. Os Institutos Afins	
Des. João Carlos Pestana de Aguiar Silva	38
A Natural Inferioridade do Devedor no Processo de Execução	
Juiz Nagib Slaibi Filho.....	58
Sustação pelo Tribunal do Cumprimento de Sentença Sujeita a Apelação de Efeito Apenas Devolutivo	
Dr. Sérgio Bermudes	64
A Reforma do Processo de Execução	
Dr. Leonardo Greco	68
Ação Monitória	
Des. Wilson Marques	84
DNA, a Fronteira da Verdade?	
Des. Manoel Carpena Amorim	101
Inconstitucionalidade da Opção ao Autor para Ingressar nos Juizados Especiais	
Juiz Luis Felipe Salomão	107
Visão Panorâmica da Responsabilidade do Transportador	
Des. Sérgio Cavalieri Filho.....	114
O Direito do Acionista de Participação nos Lucros Sociais	
Prof. Pedro A. Batista Martins	122
O Novo Projeto da Lei de Tóxicos	
Des. João de Deus Lacerda Menna Barreto	136
A Prestação Jurisdicional e a Efetividade dos Direitos Declarados	
Min. Carlos Alberto Menezes Direito.....	141
A Formação do Juiz Contemporâneo	
Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira.....	147

O Fórum da Criança e do Adolescente	
Juiz Alyrio Cavallieri	158
Democracia e Acesso à Justiça	
Juiz Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho	161
Considerações sobre a Teoria da Justiça Social	
Prof. A. Gomes Penna	171
Intervenção Federal em Canudos	
Des. Luiz Fernando Whitaker da Cunha	183
A Adoção da Pena de Morte e a Tragédia da Barra da Tijuca-Rio	
Des. Décio Xavier Gama	187

JURISPRUDÊNCIA & DOCTRINA

Direito Autoral. Reproduções da Obra. Ação Rescisória - Comentário	
Juiz Henrique Carlos Andrade Figueira	191
Responsabilidade Civil. Dano Moral. Pessoa Jurídica.	
Admissibilidade. Prova do Dano Moral - Comentário	
Juiz Henrique Carlos Andrade Figueira	201

Apresentação

Hoje é um dia de festa para a nossa Escola.

Quando assumimos a direção da EMERJ, como não poderia deixar de ser, estabelecemos como um dos projetos prioritários - a Edição da nossa Revista.

A Escola, que tem várias publicações, *Boletim Informativo*, *Boletim Acadêmico* e *Boletim da Biblioteca*, ainda não tinha uma Revista com as galas de uma publicação cultural compatível com o nível de nossa produção científica.

A EMERJ, que tem como prioridade absoluta a formação inicial de magistrados, jamais se descuidou das atividades culturais *latu sensu*, nas quais se incluem evidentemente, o nosso Curso Preparatório para o Concurso da Magistratura, as atividades científicas de nossos Fóruns Permanentes, e a reciclagem permanente dos nossos Juizes, agora com mais um instrumento poderoso de divulgação que é o Projeto EMERJ-BRASIL, a Escola da Magistratura falando para todo o interior de nosso Estado e, também, não como via eleita mas de muito bom grado, para o Brasil inteiro.

Dentre todas essas atividades, que vimos desenvolvendo com afinco, esta, a Revista, é certamente a mais tradicional e com toda a certeza a mais nobre.

Basta atentar para o alto nível cultural dos articulistas, à exceção do signatário é claro, para termos a convicção do êxito do empreendimento que, será bem recebido por toda a Comunidade Jurídica Nacional, vindo somar-se às diversas e conspícuas publicações que temos recebido das escolas congêneres.

Trata-se, portanto, de motivo dos mais auspiciosos e que nos enche de orgulho.

Não podíamos também nesta oportunidade deixar de registrar e agradecer a inestimável contribuição do Des. Décio Xavier Gama, para o êxito desta publicação e aos nossos colegas do Conselho Editorial, sem os quais a Revista certamente não teria o mesmo brilho.

Cordialmente.

Des. Manoel Carpena Amorim

Um Novo Tempo na Justiça

DESEMBARGADOR THIAGO RIBAS FILHO

*Presidente do Tribunal de Justiça do Estado
do Rio de Janeiro*

No mundo de rápidas e grandes transformações em que vivemos, somos chamados, mais que ontem, a refletir sobre o acesso à Justiça, a figura do magistrado e a importância do Judiciário como função pública, a forma como vem atuando para atender às aspirações do cidadão e o que fazer para uma permanente renovação que o leve a ser, efetivamente, um instrumento de paz social.

A inquietação sobre esses temas é mundial, sendo disso exemplo o fato de que, na França, vive-se uma verdadeira cruzada por uma independência maior dos juízes, liderada pelo próprio presidente JACQUES CHIRAC, enquanto que, no Brasil, busca-se fazer uma reforma do Poder Judiciário, simultaneamente com a de outros segmentos, como os da administração pública, da previdência social e do sistema tributário, em busca de soluções para muitos dos nossos problemas.

Nós, magistrados, somos os primeiros a reconhecer a necessidade dessa reforma e estamos acompanhando seus trâmites, no Legislativo, apresentando sugestões, participando de encontros e debates, procurando caminhos que levem à celeridade dos procedimentos, reduzam a grande quantidade de recursos existentes nas leis processuais. Isto, no tocante ao reclamo permanente de que “a Justiça é lenta” e quase sempre “chega tardiamente”, mas, também em outros pontos relevantes, como os constantes do projeto do Estatuto da Magistratura, enviado há vários anos pelo Supremo Tribunal Federal ao Congresso e que, pelo tempo, já está a merecer reformulação.

No que diz respeito à facilitação do acesso à Justiça, grande inovação da Carta Constitucional de 1988 foi a criação dos Juizados Especiais, a permitir ao jurisdicionado postular em Juízo sem qualquer ônus, e até independentemente da assistência de advogado, num sistema mais rápido e sem maiores formalidades, que queremos aperfeiçoar na parte da execução dos julgados, havendo sido elaborado, para tanto, pelo Colégio de Presidentes dos Tribunais, um projeto já remetido à Câmara dos Deputados.

Foi pena que tardasse o legislador a aprovar a lei complementar necessária ao funcionamento desses Juizados, o que só se deu em 1995, mas o que é fato é já estar em pleno funcionamento em todo o Brasil.

No Rio de Janeiro, aprovamos a nossa lei - de nº 2556 - em 1996, fruto da fusão de anteprojetos dos então Presidente e Corregedor do Tribunal de Justiça, Desembargadores JOSÉ LISBOA DA GAMA MALCHER e PAULO ROBERTO DE AZEVEDO FREITAS, quando presidia, eu, a Comissão de Legislação, diploma dos melhores editados no País. Por ele, os nossos Juizados constituem unidades jurisdicionais autônomas e contam com juizes e serventias próprias, o que lhes permite um funcionamento eficiente e dinâmico.

Sua implantação vem sendo feita com critério e firmeza, dentro das parcas condições financeiras do Judiciário, sendo interessante notar que, com a grande colaboração do atual Corregedor, Desembargador ELLIS FIGUEIRA, levamos um apelo aos Prefeitos das nossas Comarcas do Interior, cujos mandatos se iniciaram em 1997 juntamente com o da Administração do Tribunal, no sentido de que nos fornecessem condições materiais para a instalação de uma Justiça nova que tínhamos a oferecer. A aceitação da proposta foi praticamente total, a evidenciar o alto espírito público dos chefes dos Executivos Municipais, o que resultou em contarmos, hoje, com 13 Juizados Cíveis, 16 Criminais e 106 Juizados Adjuntos a Juízos Comuns, 9 Postos de Atendimento e 5 Postos Avançados, em Municípios onde ainda não estão instaladas Comarcas.

Na Capital do Estado, temos 16 Juizados Especiais Cíveis, 6 Postos de Atendimento e, ainda, 16 Juizados Especiais Criminais.

A Administração do Tribunal, atenta para a importância dessa Justiça mais simples, está editando periodicamente um boletim com notícias do seu funcionamento, tem contado com a prestimosa colaboração dos Desembargadores SERGIO CAVALIERI e LUIZ FUX e do Juiz LUIS FELIPE SALOMÃO e com o indispensável apoio da ESCOLA DA MAGISTRATURA, sob a segura direção do Desembargador CARPENA AMORIM, que instituiu um *forum* de estudos e debates sobre os Juizados Especiais, dando-lhes ainda um destaque nos cursos de iniciação dos Juizes aprovados nos recentes concursos. Já realizamos, em 1997, um Encontro dos titulares dos Juizados Especiais, em um fim de semana, pretendemos realizar um segundo este ano, e um outro mais com os componentes das Turmas Recursais. Na Escola de Administração, começamos um trabalho de formação de serventuários e conciliadores em turmas de aula especializadas.

A conclusão a que chegamos é a de que os Juizados estão atuando bem, na vivência do seu trabalho vêm corrigindo falhas descobertas na caminhada e que, para um amplo sucesso, só precisam da continuidade do entusiasmo e dedicação dos que neles trabalham, magistrados, conciliadores e funcionários.

Na atual Administração do nosso Tribunal de Justiça, temos dado o maior apoio aos Juízes de 1º Grau, setor onde o andamento dos processos é mais demorado, por ser aquele em que são produzidas as provas, lembrando sempre aos magistrados que são eles a verdadeira vitrine do Judiciário, pelo contacto direto com as partes, as testemunhas, os advogados, de sua conduta ética, surgindo uma boa ou má impressão da nossa instituição.

Na conformidade do compromisso assumido quando do nosso discurso de posse, procuramos trabalhar, e assim continuaremos neste segundo ano de mandato que se inicia, por apresentar à sociedade um Judiciário dinâmico, atuante e transparente, com suas qualidades e defeitos, mas por evidenciar, quanto a estes, que os magistrados buscam, permanentemente, produzir mais e melhor. Estamos, todos, dispostos a combater o bom combate, lutar para diminuir a trágica distância entre a promessa de direitos, solenemente inscrita na Constituição e nas Leis, e a realidade de sua efetivação como justiça.

A atenção e o cuidado para com as nossas Comarcas do Interior têm sido uma das nossas características, principalmente após verificar que várias delas estavam esquecidas e até desaparelhadas materialmente, o que foi corrigido. Estamos construindo Fôros, reformando as instalações de outros e procurando dar melhores condições de trabalho aos juízes e serventuários, o que importará em melhor e mais rápido atendimento aos nossos jurisdicionados.

A unificação da Segunda Instância, recentemente ocorrida, foi um grande passo dado e a efetivação da sua implantação vem ocorrendo paulatinamente, com desconfortos e sacrifícios de juízes e servidores, com cuja colaboração temos sempre contado.

A propósito do tema, é bom lembrar que a existência dos Tribunais de Alçada foi prevista na Constituição de 1946 com a finalidade de aliviar a grande carga dos Tribunais de Justiça e, como diz a própria palavra “alçada”, destinavam-se eles ao julgamento das “pequenas causas”, cíveis e criminais.

Com o correr do tempo, por necessidade de serviço e pela alta qualidade do trabalho prestado por seus juízes, tiveram a sua razão de ser

desvirtuada, passando sua competência a ser fixada em razão da matéria, chegando-se ao ponto de não haver mais diferença substancial entre o que eles fazem e o que fazem os Tribunais de Justiça.

Diante disso, começou-se a discutir sobre a validade e o interesse de sua permanência, inclusive por haverem se constituído em organismo judiciário excessivamente dispendioso e por terem sua competência esvaziada após o advento da Lei Federal nº 9099/95, que criou os Juizados Especiais e as suas instâncias próprias revisoras. A sua continuidade levaria, sem dúvida, ao aumento da área de sua competência, passando-se, na prática, à existência de um Tribunal de Justiça desdobrado.

Por outro lado, a antiga inconveniência que se apontava de se ter um Tribunal de Justiça com muitos Desembargadores, não permitindo um trabalho eficiente e a própria realização de sessões plenárias, restou superada desde a entrada em vigor da LOMAN, em 1979, que permitiu aos Tribunais instituírem “órgãos especiais”, com a competência dos antigos “plenos”. O que se impõe, pois, é a simples divisão dos órgãos julgadores, fixando-lhes as competências, na conformidade por exemplo, do que faz o Superior Tribunal de Justiça.

Sob outro ângulo, não seria possível ficar o Poder Judiciário ao largo da preocupação, hoje nacional, com a contenção dos gastos públicos, sendo de realçar que a unificação da segunda instância também traduz providência significativa nesse sentido.

Atenta para todas essas questões é que a Administração do nosso Tribunal de Justiça propôs a extinção dos Tribunais de Alçada Cível e Criminal, que se apresentavam com uma estrutura inchada e sobremaneira dispendiosa, em quantidade proporcional superior aos órgãos de cúpula do Judiciário e sem qualquer controle orçamentário por estes, já que gozavam de autonomia, consoante as disposições dos arts. 96 e 99 da Constituição.

Na justificativa do anteprojeto, transformado em lei - nº 2.856 - sancionada na solenidade das comemorações do “Dia da Justiça”, em 8 de dezembro passado, deixou-se assinalado que, num corpo único, haveria uma distribuição por igual dos serviços aos Desembargadores, o retorno de quatro magistrados (os presidentes e os vice-presidentes dos Alçadas) à função judicante, permitindo dar soluções mais rápidas aos processos, bem como se encontraria solução para o grave problema do desperdício de recursos financeiros, decorrentes de três sistemas de informática, três departamentos de transporte, três orçamentos autônomos, todos para fazerem as

mesmíssimas coisas. Salientou-se, ainda, que concursos para preenchimento de cargos de funcionários até então eram tríplexes, como tríplexes se faziam as licitações para aquisição de bens e realização de serviços.

O Judiciário do Rio de Janeiro foi o primeiro a promover e obter a extinção dos seus Tribunais de Alçada - dos outros quatro Estados que os possuem, o do Rio Grande do Sul já está seguindo seus passos - e, no nosso entendimento, subiu um degrau na busca de modernidade e simplificação de métodos para melhor desempenhar a sua missão.

Esta exposição despretensiosa e curta para o muito que se teria a abordar, deixa à vista que estamos vivendo “um novo tempo na Justiça”, uma época de renovação, que surge da ação dos próprios magistrados, inclusive através das suas associações de classe, na busca de atender às necessidades do nosso tempo, o Judiciário preparado e pronto a cumprir a sua missão que é a de bem servir à sociedade e aos cidadãos. ◆

O *Habeas Data* Brasileiro e sua Lei Regulamentadora *

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA

*Professor da Faculdade de Direito da
Universidade do Estado do Rio de Janeiro;
Desembargador (aposentado) do TJRJ*

1. Os direitos humanos na Constituição de 1988 - A Constituição brasileira de 5.10.1988 reservou o Título II para o tratamento dos “direitos e garantias fundamentais”. No respectivo Capítulo I, cuida-se dos “direitos e deveres individuais e coletivos”. Acusa a rubrica duas diferenças interessantes em confronto com as partes correspondentes das anteriores Cartas Políticas: de um lado, junto da alusão a “direitos”, aparece a menção a “deveres”; de outro, não se emprega unicamente, como era da nossa tradição, o adjetivo “individuais”, acrescentando-se-lhe o “coletivos”. Ambas as diferenças revelam certa evolução ideológica (talvez fosse melhor dizer cultural), sobre cujo significado, em nossa opinião profundo, não é este o momento próprio para debruçar-nos.

Importa assinalar por ora que, no Capítulo I, o dispositivo inicial (art.5º) - após declarar, no *caput*, que “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” - se desdobra em numerosos incisos, dedicados na maioria à especificação dos direitos assegurados e à indicação dos remédios utilizáveis contra a respectiva violação. Aí se compreendem praticamente todas aquelas prerrogativas a que uma terminologia discutível do ponto de vista doutrinário, mas já agora (e em definitivo) internacionalmente consagrada, aplica a denominação de “direitos humanos”. Assim é que a Constituição alude, por exemplo, à liberdade de manifestação do pensamento (inciso IV), à de consciência e de crença, com o livre exercício dos cultos religiosos (inciso VI), à expressão da atividade intelectual, artística,

* Trabalho destinado ao volume em homenagem a Héctor Fix-Zamudio, a ser editado pela Corte Inter-americana de Direitos Humanos.

científica e de comunicação (inciso IX), à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (inciso X), ao sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas (inciso XII), à liberdade de locomoção (inciso XV), de associação para fins lícitos (inciso XVII), ao respeito da integridade física e moral dos presos (inciso XLIX), à necessária observância do devido processo legal (inciso LIV) e assim por diante.

2. Restrições de direito e de fato à proteção dos direitos humanos - Duas observações cabem aqui. A primeira, trivialíssima, é a de que nenhum dos direitos contemplados goza (nem pode gozar) de tutela irrestrita e absoluta. Não se concebe, na vida da sociedade, que direito algum seja compreendido e exercitado como se não existissem outros que, sob tais ou quais circunstâncias, sem determinadas limitações e compressões, inevitavelmente com ele entrariam em choque. A interpretação da Constituição rejeita contradições que nulifiquem qualquer de seus preceitos. Mas, para preservar a todos o espaço devido, é imprescindível levar em conta as interferências que decorrem, para o exercício de cada qual, da necessidade de preservar o dos restantes. O verdadeiro sistema constitucional de proteção de direitos não é aquele que resulta, pura e simplesmente, da leitura isolada de um ou de outro texto: reclama a ponderação atenta dos interesses em jogo e a prudente flexibilização de linhas divisórias, para permitir o convívio tão harmonioso quanto possível de valores igualmente relevantes e ocasionalmente contrastantes. Basta atentar, *v.g.*, nos conflitos que podem surgir, e com frequência surgem, entre a liberdade de manifestação do pensamento e a obrigatória preservação da intimidade e da honra alheias.

Outra observação, não menos óbvia, diz respeito à distância que lamentavelmente se interpõe entre o conjunto normativo e o cotidiano concreto. Seria ocioso demorar-nos em ilustrar com exemplos o reparo, cujo alcance, de resto, provavelmente transcende quaisquer fronteiras nacionais. É pelo menos extremamente duvidoso que em algum Estado, de ontem ou de hoje, o dia a dia da vida social haja refletido ou reflita com inteira fidelidade a imagem desenhada nos textos de Cartas políticas, no que tange - e não só nisso - à reverência para com os direitos humanos. Haverá, é claro, diferenças de grau no descompasso; todavia, será difícil, quiçá impossível, apontar país qualificado, sem nenhuma hipocrisia, para atirar a primeira pedra. A perfeição, bem se sabe, decididamente não é do mundo terreno.

Esta segunda observação comporta um adendo, concernente à origem das violações dos chamados direitos humanos. Ao tratarem do assunto, os meios de comunicação social, e por influência deles muitíssimas pessoas, têm em vista exclusivamente, por assim dizer, os abusos e violências perpetrados pelas polícias e por outras entidades ligadas, direta ou indiretamente, às estruturas oficiais. É uma tendência que predomina até nas manifestações de quase todas as organizações internacionais que se ocupam da matéria. Ela denota uma visão indevidamente restritiva e unilateral do fenômeno. Sem minimizar a importância do aspecto comumente posto em relevo, tudo aconselha a que não se despreze outro: em certas áreas e em certos momentos, a atuação de grupos privados pode assumir gravidade tão grande (ou maior) do que a de aparelhos estatais, como razão de ameaça para a integridade dos mencionados direitos - a começar pelo mais elementar de todos, o direito à vida. Basta pensar na expansão e no fortalecimento da criminalidade organizada, a multiplicar e a alargar, em regiões urbanas e rurais, mormente no terceiro mundo, as “zonas cinzentas”,¹ onde impera sem peias o arbítrio do chefe de quadrilha ou do mais bem armado traficante de drogas, autoinvestido de poderes para determinar o que se pode e o que se não pode fazer no território controlado, ordenar o fechamento de vias públicas e escolas, ocupar a seu talante espaços “estratégicos”, reduzir ao silêncio, pela intimidação, os moradores vizinhos e justificar sumariamente quaisquer suspeitos de desobediência.

3. O direito ao conhecimento e à retificação de dados pessoais - Sob regimes políticos de exceção, e muito especialmente a partir do instante em que se desencadeia o processo de retorno ao Estado de direito, costuma aguçar-se a sensibilidade para este ou aquele problema relacionado com a preservação de direitos. Episódios em curso ou já encerrados, mas vivos na memória popular, põem em evidência dificuldades e carências que até ali talvez não houvessem despertado maior atenção. A humanidade aprende com a história: menos, com certeza, do que seria de desejar - mas aprende...

¹ A expressão *zones grises* (ou *zones de non-droit*) vê-se empregada por autores franceses para designar as áreas em que o ordenamento oficial, sem força para impor-se, é substituído, *de facto*, pela “lei da selva”: vide, por exemplo, MINC, *Le nouveau moyen âge*, Paris, 1993, que alude, v.g., à América do Sul, “*dont des régions entières sont sous la domination des rois du pavot, des empereurs de la cocaïne et autres trafiquants*” (pág. 70).

No Brasil, durante os governos discricionários que se sucederam ao longo de duas décadas, razões bem fundadas fizeram surgir, ou aumentar, uma inquietação relativamente nova, ou quando menos revestida de nova forma. Informações aleatoriamente colhidas, em fontes de discutível idoneidade e por meios escusos, não raro manipuladas sem escrúpulos, ou mesmo fabricadas pela paranóia de órgãos repressivos, viram-se incorporadas a registros oficiais ou paraoficiais e passaram a fornecer critérios de avaliação para a imposição de medidas punitivas ou discriminatórias. Tais critérios eram insuscetíveis de objeção e discussão, até pelo simples e óbvio motivo de que os interessados não tinham acesso aos dados constantes dos registros. Ninguém pode sequer tentar demonstrar a falsidade ou incorreção de algo que ignora em que consiste... Situação desse gênero foi literariamente imortalizada pela pena de Kafka.

O problema tem ligação manifesta com o da preservação do direito à intimidade:² na coleta e armazenamento indiscriminado de dados atinentes a uma pessoa, à revelia dela e sem controle de sua parte, não há como deixar de ver uma invasão da privacidade. A rigor, porém, o que avulta aqui é uma idéia mais particularizada, suscetível de expressão sintética nos seguintes termos: a ninguém se deve negar o conhecimento do que outros sabem ou supõem saber a seu respeito, nem a possibilidade de contestar a exatidão de tais noções e, sendo o caso, retificar o respectivo teor, principalmente quando a utilização dos elementos coligidos seja capaz de causar dano material ou moral.³ É a essa específica preocupação que corresponde, na Constituição de 1988, o instituto de que nos vamos ocupar.⁴

² CELSO RIBEIRO BASTOS, in CELSO RIBEIRO BASTOS – IVES GANDRA MARTINS, *Comentários à Constituição do Brasil*, 2º vo 1., S. Paulo, 1989, pág.361; MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Comentários à Constituição brasileira de 1988*, S. Paulo, 1990, pág. 82.

³ Expressivamente fala MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, ob. cit., pág. 81, de “um direito à verdade a respeito de si próprio”.

⁴ Nada do que ficou dito é incompatível com o fato de que também em Estados de instituições democráticas mais longamente consolidadas haja o legislador sentido a conveniência ou a necessidade de regular a matéria. *Vide*, por exemplo, na Alemanha, a *Bundesdatenschutzgesetz* (Lei federal sobre proteção de dados), de 27.1.1977; na França, a Lei nº 78-17, de 6.1.1978, “relative à l’informatique, aux fichiers et aux libertés”; na Itália a recente Lei nº 675, de 31.12.1996, sobre a “tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali”. Cf., em nível constitucional, as disposições do texto espanhol (art. 18, nº 4, e 105, letra b) e do português (art. 26, nº 2, e 35). Outros dados comparatísticos em ROGÉRIO LAURIA TUCCI - JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, *Constituição de 1988 e processo*, S. Paulo, 1989, págs. 175 e segs.; e em OSVALDO ALFREDO GOZAÍNI, *Habeas data*, in *Revista Peruana de Derecho Procesal*, vol. 1, págs. 239 e segs.

4. **A garantia processual** - O Capítulo “dos direitos e deveres individuais e coletivos” não se limita, em nossa Carta Política, a definir posições jurídicas situadas no plano material: contempla igualmente uma série de remédios processuais cujo emprego se destina a assegurar praticamente, a um tempo, a integridade ou a reintegração dos direitos e o cumprimento dos deveres ou a imposição de sanções a quem os descumpra. Algumas dessas figuras já estavam incorporadas, desde época mais ou menos recente, ao repertório tradicional do ordenamento pátrio. Assim, por exemplo, o *habeas corpus* - instrumento de proteção contra “violência ou coação”, atual ou iminente, à liberdade de locomoção, isto é, ao direito de ir e vir (art.5º, nº LXVIII) - e o mandado de segurança - cabível para proteger “direito líquido e certo” lesado ou ameaçado de lesão por ato ilegal ou abusivo de “autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público” (art.5º nº LXIX) - são institutos consagrados de longa data em sucessivos textos constitucionais brasileiros.

A esse rol vê-se agora acrescentado o *habeas data*, por sugestão, ao que consta,⁵ de José Afonso da Silva. Parece dever-se ao ilustre professor da Universidade de São Paulo não só o acolhimento da matéria no bojo da Constituição, senão também o *nomen iuris* dado ao remédio processual, com inspiração em terminologia usada na doutrina espanhola, em sentido diverso mas correlato.⁶ Eis o teor do dispositivo pertinente (art.5º, nº LXXII): “Conceder-se-á *habeas data*: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo”.

Antes de passarmos adiante, cabe assinalar que, ao ver de alguns, não teria sido preciso criar remédio processual novo para tutelar o direito em foco. Consagrado que fosse este em termos substanciais, a respectiva proteção em juízo poderia utilizar, pura e simplesmente, a via já conheci-

⁵ Há quem aponte antecedentes mais distantes: OTHON SIDOU, *Habeas data, mandado de injunção, habeas corpus, mandado de segurança, ação popular - As garantias ativas dos direitos coletivos*, 4ª ed., Rio de Janeiro, 1992, refere-se à “Proposta de Constituição Democrática para o Brasil”, resultante do Congresso Pontes de Miranda, Porto Alegre, 1981, e à Lei estadual nº 842, de 28.12.1984, do Rio de Janeiro.

⁶ Veja-se o que informa o jurista mesmo, no artigo *Habeas data*, in *O São Paulo* de 26.9/2.10.1986, e no *Curso de Direito Constitucional positivo*, 14ª ed., S. Paulo, 1997, pág. 431.

da do mandado de segurança.⁷ A experiência, de certo modo, abona esse pensamento: com efeito, desde a entrada em vigor da Constituição, entendeu-se que era imediatamente aplicável, sem necessidade de aguardar-se regulamentação por lei ordinária, o inciso LXXII do art.5º,⁸ e, na falta de disciplina legal específica, utilizaram-se⁹ as normas referentes ao mandado de segurança no processamento e julgamento dos *habeas data* (por sinal, escassos) impetrados. Seja como for, o fato é que, já completado o nono aniversário da Carta de 1988, produziu o Congresso Nacional a Lei nº 9.507, de 12.11.1997, que, nos termos da ementa, “regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do *habeas data*” - e na qual, diga-se logo, se vieram a chancelar, consoante se frisarà nos momentos oportunos, soluções anteriormente propostas em sede doutrinária e, ao menos em parte, acolhidas pela jurisprudência.

5. Sujeitos passivos - Uma das questões básicas que o legislador teve de enfrentar foi a de saber em face de quem se asseguram o acesso aos dados armazenados e o direito à eventual retificação. Prende-se o problema à expressão “caráter público”, empregada na parte final do art. 5º, nº LXXII, letra *a*, da Constituição, onde se fala em “registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público”. É fora de dúvida que a cláusula derradeira, sob pena de tornar-se supérflua e redundante, só pode aludir a entidades não governamentais.¹⁰

⁷ Assim, v.g., ROGÉRIO LAURIA TUCCI - JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, ob. cit., págs. 171/2; MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, ob. cit., pág. 81; JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Comentários à Constituição brasileira de 1988*, vol. II, 2ª ed., Rio de Janeiro, 1991, págs. 773/4; J. M. OTHON SIDOU, ob. cit., pág. 431. No dizer de LUÍS ROBERTO BARROSO, *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*, 2ª ed., Rio de Janeiro, 1993, pág. 217, a valia do remédio “é, no fundo, essencialmente simbólica”.

⁸ V.g.: CELSO RIBEIRO BASÍLOS, ob. e vol. cit., págs. 365/6, com apoio em parecer normativo do então Consultor-Geral da República SAULO RAMOS, in *Diário Oficial*, Seção I, de 11.10.1988, págs. 19.804 e segs., especialmente 19.810/12; JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, ob. e vol. cit., pág. 770; JOSÉ DA SILVA PACHECO, *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*, 2ª ed., S. Paulo, 1991, págs. 279/80.

⁹ Conforme sugerira, de resto, o próprio JOSÉ AFONSO DA SILVA, no art. cit. em a nota 6.

¹⁰ Com razão CALMON DE PASSOS, *Mandado de segurança coletivo - Mandado de injunção - Habeas data*, Rio de Janeiro, 1989, págs. 140/1; OTHON SIDOU, ob. cit., pág. 437; JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso cit.*, pág. 453. Inaceitável a opinião que pretendeu excluir da área de proteção do *habeas data*, pura e simplesmente, as entidades privadas: assim VICENTE GRECO FILHO, *Tutela constitucional das liberdades*, S. Paulo, 1989, pág. 177.

Nessa linha, vários autores propuseram para o texto entendimento amplo, que o fizesse abranger, ao lado dos órgãos integrantes das estruturas estatais, essas outras entidades suscetíveis de enquadrar-se na locução final. As fórmulas, compreensivelmente, variaram. Houve quem conceituasse “entidade de caráter público” como “aquela que possui registros de assentamentos pessoais e os fornece a terceiros, isto é, não os detém para seu uso exclusivo, com vistas a definir suas opções e tomar decisões”¹¹; quem se referisse às “pessoas privadas que prestem serviços públicos ou de utilidade pública, ou prestem serviços ao público”¹²; quem, de maneira mais sintética, fizesse residir a marca do “caráter público” na mera circunstância de poder a entidade, “através de registros públicos ou banco de dados, fornecer informações sobre a pessoa”.¹³

O legislador, com acerto, deixou-se guiar por semelhante orientação. Nos termos do parágrafo único do art. 1º, “considera-se de caráter público todo registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações”. A idéia essencial, como se vê, é a da comunicabilidade a terceiros: se a entidade se cinge a coligir e armazenar os dados para seu próprio e exclusivo uso, não infringirá a Constituição caso negue à pessoa de quem se trata o acesso ao conteúdo dos registros ou bancos. Note-se, porém, que a lei não reclama a transmissão atual: contenta-se com a possibilidade dela. Isso reduz consideravelmente a área excluída da proteção, na qual só acharão espaço as situações em que fique clara a impossibilidade da comunicação a terceiros pela entidade depositária das informações.

Exemplos típicos de entidades “de caráter público” são os serviços de proteção ao crédito, cujos registros naturalmente se destinam à orientação dos respectivos usuários. Já assim se ensinava antes mesmo do advento da Lei nº 9.507.¹⁴

¹¹ CALMON DE PASSOS, ob. cit., pág. 141.

¹² LUIS ROBERTO BARROSO, ob. cit., pág. 218.

¹³ ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS, *Manual de Direito Processual Civil*, vol. 3, 4ª ed., S. Paulo, 1996, pág. 208.

¹⁴ *V.g.*: JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, ob. e vol. cit., pág. 774; CALMON DE PASSOS, ob. cit., pág. 141; LUIS ROBERTO BARROSO, ob. cit., pág. 218; JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso cit.*, pág. 433; DIOMAR ACKEL FILHO, *Writs Constitucionais*, S. Paulo, 1988, pág. 124.

6. 0 pré-requisito da tentativa extrajudicial - Outra questão relevante consiste em saber se deve ou não exigir-se, como pressuposto de admissibilidade da ação de *habeas data*, que aquele que pretende inteirar-se do conteúdo do registro ou banco de dados se dirija, antes de mais nada, à própria entidade que o mantém. Afirmativa que seja a resposta, parece lógico que unicamente se abra a via judicial na hipótese de recusa ao acesso ou à retificação cabível.

O ponto foi objeto de controvérsia no período anterior à Lei nº 9.507. Parte da doutrina considerou dispensável a provocação prévia da entidade supostamente depositária da informação¹⁵. A jurisprudência, entretanto, inclinou-se para a tese contrária.¹⁶ Não configurada a resistência da entidade, faltaria ao impetrante interesse processual.

Optou o legislador pela solução restritiva. Com efeito: antes de disciplinar o processo do *habeas data*, cuida a Lei nº 9.507, nos arts. 2º a 4º, do requerimento a ser feito pelo interessado “ao órgão ou entidade depositária do registro ou banco de dados” e, ao tratar da petição inicial da ação, no art. 8º, preceitua que ela seja instruída com prova da recusa em atender a tal requerimento, sob pena de - com a ressalva que adiante se fará (infra, nº 10) - indeferi-la o juiz *in limine* (art. 10, *caput*). É certo que não se exige manifestação expressa do órgão ou entidade: basta ao impetrante provar que se escoou o prazo legal sem decisão sobre o requerimento, o que caracterizará recusa tácita.

7. Procedimento da tentativa extrajudicial - Convém descrever sumariamente o procedimento dessa medida extrajudicial arvorada pelo

¹⁵Nesse sentido, CELSO RIBEIRO BASTOS, ob. e vol. cit., pág. 365; enfaticamente, OTHON SIDOU, ob. cit., págs. 440/2 (admitindo embora que a lei regulamentadora viesse a formular a exigência - o que em todo caso, ao ver do autor, desvirtuaria o instituto “enquanto garantia constitucional cêlere”). *Aliter* CÉLIO BORJA, *O mandado de injunção e o habeas data*, in *Revista Forense*, vol. 306, pág. 47, o qual, todavia, se contentava com a “negativa (...) tácita do fornecimento da informação” - e, ajunte-se, levava em conta exclusivamente o caso de registros ou bancos de dados mantidos *pela Administração Pública*. Igual limitação, compreende-se (*vide, supra*, a nota 9) em VICENTE GRECO FILHO, ob. cit., pág. 177, que porém chegava à conclusão oposta: “A impetração não depende de prévio pedido administrativo”.

¹⁶Assim, *v.g.*, o extinto Tribunal Federal de Recursos, 16.3.1989, H.D. nº 7, in *Diário da Justiça* de 15.5.1989, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, 6.10.1994, A.C. nº 94.05.57164, in *A Constituição na visão dos tribunais*, vol. 1, S. Paulo, 1997, pág. 168; o Superior Tribunal de Justiça, *Súmula da Jurisprudência Predominante*, nº 2. Em igual sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal, em 19.9.1991, Rec. de H.D. nº 22, in *Diário da Justiça* de 1º.9.1995, pág. 27.378. Preconizava essa orientação, em sede doutrinária, JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, ob. e vol. cit., págs. 772/3, o qual formulava o voto (atendido) de que viesse a esposá-la a “futura norma regulamentadora”.

legislador em pré-requisito da admissibilidade da ação de *habeas data*. De acordo com o art. 2º e seu parágrafo único da Lei nº 9.507, uma vez apresentado o requerimento, deve o órgão ou entidade destinatária deferi-lo ou indeferi-lo no prazo de 48 horas e comunicar a decisão ao requerente em 24 horas (nas 24 horas subseqüentes, entende-se). O contexto mostra que, em princípio, o escopo desse requerimento é o acesso do interessado ao conteúdo do registro ou banco de dados. Bem se compreende, aliás, que normalmente não possa ele, até então, requerer outra coisa, por ignorar o que consta ali. Se, contudo, em hipótese especial, o interessado já tiver ciência daquele conteúdo (por exemplo, mediante certidão que lhe haja sido expedida pela repartição administrativa), afigura-se evidente a possibilidade, que desde logo se lhe abre, de requerer diretamente a retificação a seu ver cabível.

No comum dos casos, repita-se, pedirá o requerente que se lhe exibam os elementos constantes do registro ou do banco de dados. É para a decisão sobre esse pedido que o art. 2º, *fine*, marca o prazo de 48 horas. Não diz a lei, porém, que conseqüência acarreta a inobservância de tal prazo, nem a do prazo de 24 horas fixado para a comunicação da decisão ao requerente. Note-se que para caracterizar a recusa tácita, e por conseguinte abrir a via judicial ao interessado, é mister que decorram “mais de dez dias sem decisão” (art. 8º, parágrafo único, nº I). O art. 6º do texto aprovado pelo Congresso Nacional cominava multa para “o descumprimento do disposto nos artigos anteriores”, entre os quais certamente se incluía o art. 2º; mas semelhante dispositivo veio a ser vetado pelo Presidente da República.¹⁷

Deferido o requerimento de acesso ao registro ou banco de dados, o depositário “marcará dia e hora para que o requerente tome conhecimento das informações” (art. 3º, *caput*). Então, uma de duas: ou estas se afiguram exatas, ou não. No primeiro caso, *tollitur quaestio*; no segundo, “o interessado, em petição acompanhada de documentos comprobatórios, poderá requerer sua retificação” (art. 4º, *caput*). Fazendo-a, no decêndio seguinte à entrega do requerimento, a entidade ou órgão disso dará ciência ao interessado (art. 4º, § 1º). Concebe-se que este, embora não descubra propriamente inexatidão, queira fazer constar do registro ou do banco de dados “explicação ou contestação” a respeito, “justificando possível pendência sobre o fato objeto do dado”. Em tal hipótese, a explicação “será anotada no cadastro do interessado” (art. 4º, § 2º).

¹⁷ Vide o *Diário Oficial*, Seção I, de 13.11.1997, pág 26.158.

A recusa da entidade ou órgão depositário, em qualquer caso - indeferindo o requerimento de acesso ao registro ou banco de dados, ou rejeitando o pedido de retificação, ou ainda negando-se a inserir a “explicação ou contestação” - justifica o exercício, pelo interessado, da ação de *habeas data*.

8. A ação de habeas data - De tal remédio judicial tratam os arts. 7º e segs. da Lei nº 9.507. O primeiro dispositivo enumera, em três incisos, os casos de cabimento, correspondentes às três hipóteses de recusa, acima discriminadas, da entidade ou órgão depositário. Pode exercer-se a ação de *habeas data* com o fito de compelir o impetrado a dar conhecimento ao impetrante de informações a este relativas (inciso I), a retificar os dados inexatos (inciso II) ou a fazer a anotação pleiteada nos respectivos assentamentos (inciso III).

Esse texto conjuga-se com o do art. 8º, parágrafo único, também dobrado em três incisos, que impõem ao impetrante instruir a petição inicial com a prova da recusa expressa ou tácita da entidade ou órgão a atender ao requerimento de acesso (inciso I), ou de retificação (inciso II), ou de anotação (inciso III). Caracteriza recusa tácita o decurso, sem decisão, de “mais de dez dias” no primeiro caso, e de “mais de quinze dias”, nos outros dois.

Observe-se que a Lei nº 9.507 ampliou em certa medida o âmbito do remédio previsto no art. 5º, nº LXXII, da Constituição da República. Só se refere esse dispositivo ao “conhecimento de informações” (letra *a*) e à “retificação de dados” (letra *b*). O legislador ordinário aditou uma terceira possibilidade: a da anotação, nos assentamentos da entidade ou órgão, da “contestação ou explicação” do interessado. Por via indireta, alargou a franquia constitucionalmente deferida: não se reconhece apenas um direito *ao conhecimento* de dados ou *à retificação* dos inexatos, mas também *à anotação de contestações ou explicações*. Sublinhe-se que anotar contestação ou explicação não é o mesmo que *retificar* dado constante do banco ou registro: na retificação, modifica-se (ou, eventualmente, cancela-se)¹⁸ algo; na anotação, *acrescenta-se* algo ao que consta do banco ou registro.

A ampliação não merece censura do ponto de vista constitucional: o que a lei ordinária não poderia fazer é estreitar, diminuir, restringir o campo de atuação do *habeas data*, delimitado na Carta Política. De resto, apesar da diferença ontológica, se o remédio se presta à consecução de providência *mais intensa* (retificação de dados), é razoável admitir, *a fortiori*, que se

preste à de providência *menos intensa* (simples anotação de explicações fornecidas pelo requerente, sem alteração dos assentamentos existentes).

9. Legitimação ativa para a causa - Importa precisar quem se habilita a pleitear o conhecimento e, eventualmente, a retificação (ou complementação) dos dados constantes de registros ou bancos. É o problema que, na linguagem científica do processo, se designa pela expressão “legitimação ativa para a causa”.

O art. 5º do texto constitucional ministra um primeiro dado relevante, quando, na letra *a* do inciso LXXII, alude a “informações relativas à pessoa do impetrante”. Daí se tira imediatamente que não é lícito a quem quer que seja utilizar o *habeas data* para obter informações (menos ainda para tentar retificá-las) que digam respeito *a outrem*.¹⁹ Entretanto, não se há de interpretar a palavra “pessoa” como adstrita a indicar características somáticas ou psíquicas, físicas ou espirituais do interessado: pode tratar-se igualmente de sua situação patrimonial, de sua condição jurídica, de sua participação em sociedades ou associações, de sua filiação (atual ou pretérita) a entidades políticas, a clubes, a agremiações de qualquer natureza, e assim por diante.²⁰ Em suma: não se compreende apenas aquilo que distingue o impetrante,

¹⁸ CELSO RIBEIRO BASTOS. ob. e vol. cit, pág. 364, já sustentava, à vista do texto constitucional, que a locução “retificação de dados” devia “ser entendida amplamente para incluir a própria supressão quando se tratar de informações pertinentes à vida íntima da pessoa”.

¹⁹ Afirma JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso* cit pág. 432, que “o direito de conhecer e retificar os dados, assim como o de interpor o *habeas data* para fazer valer esse direito quando não espontaneamente prestado, é personalíssimo do titular dos dados” (grifos do autor). Em igual sentido: ROGÉRIO LAURIA TUCCI - JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, ob. cit., pág. 180; CALMON DE PASSOS, ob. cit., págs. 144/5 (onde se repele até, expressamente, a possibilidade da substituição processual do interessado por sindicato ou entidade de classe, bem como a sucessão na pendência do feito); ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS, ob. e vol. cit., pág. 208; VICENTE GRECO FILHO, ob. cit., pág. 176; DIOMAR ACKEL FILHO, ob. cit. pág. 121 (o qual, todavia, abre exceção para o herdeiro legítimo e o cônjuge supérstite no que tange a dados concernentes à pessoa falecida); menos categórico, LUÍS ROBERTO BARROSO, ob. cit., pág. 218. Mais flexível que a predominante é a posição de OTHON SIDOU, ob. cit., pág. 436, para quem as informações pretendidas não se restringem necessariamente “ao indivíduo *uti singuli*”, senão que podem abranger “as demais pessoas sob sua dependência familiar”; registre-se, aliás, que também JOSÉ AFONSO DA SILVA, ob. cit., pág. 282, inclui entre as informações pessoais “as dos familiares”. *Vide*, na jurisprudência: recusando legitimidade a sindicatos, TRF – 1ª R., 3.9.1990, RHD nº 0117170, *in D.J.* de 24.9.1990, pág. 22.052, e TRF – 4ª R., 28.6.1991, AHD nº 0409595, *in D.J.* de 21.8.1991, pág. 19.494; afirmando o caráter personalíssimo da garantia e excluindo a possibilidade de seu exercício por substituto processual ou por ação coletiva, TRF – 4ª R., 15.8.1991, HD nº 0409112, *in D.J.* de 11.9.1991, pág. 21.820; negando a legitimação de parente de pessoa desaparecida, TRF – 1ª R., 25.10.1994, Apel. em MS nº 0102148, *in D.J.* de 24.11.1994, pág. 67.984.

²⁰ Mais restritiva a opinião de JOSÉ SILVA PACHECO, ob. cit., pág. 278.

em sua singularidade ontológica, de todos os outros indivíduos da espécie, mas também os mais variados aspectos de sua vida de relação na sociedade.

Nada importa que se cogite de pessoa física ou jurídica;²¹ o texto constitucional não distingue, e com referência ao mandado de segurança foi sempre esse o entendimento dominante. Ademais, não obstante a letra à primeira vista limitativa do art. 5º, *caput* (*verbis* “aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País”), a melhor interpretação, ao nosso ver, é a que estende a franquia inclusive aos estrangeiros *não* residentes. Já sob regimes constitucionais anteriores, negava a doutrina mais autorizada que ficassem tais estrangeiros totalmente a descoberto da proteção assegurada por esse tipo de garantias;²² e não é outro, hoje, o ensinamento mais prestigioso.²³

10. As espécies de pedido e a estrutura do processo - Consoante se explicou (*supra*, nº 7), ao dispor sobre o procedimento prévio perante a entidade ou órgão depositário das informações, contemplou a Lei nº 9.507, em termos expressos, a possibilidade do respectivo desdobramento em duas fases: uma destinada a dar a conhecer ao requerente o teor dos dados constantes do registro ou banco (art. 3º); outra, eventual, em que se tratará da retificação dos dados porventura inexatos, ou da anotação de “explicação ou contestação” fornecida pelo interessado (art. 4º, *caput* e § 2º). Ressalvou-se, então, a hipótese de já ter o requerente ciência do teor dos assentamentos, e por isso interessar-lhe exclusivamente a retificação e/ou a anotação - caso em que, como é intuitivo, nada mais precisará requerer que uma dessas últimas providências, ou ambas.

Na disciplina do processo judicial, não se enxerga a previsão de desdobramento análogo. O art. 13, atinente à sentença que julga procedente o pedido, cuida em separado de duas hipóteses, ordenando ao juiz marcar dia e hora para que o impetrado “apresente ao impetrante as informações a seu respeito” (inciso I) *ou* (atente-se na conjunção alternativa) “apresente em juízo a prova da retificação ou da anotação feita nos assentamentos do

²¹ Contra a segunda possibilidade, sem fundamentação convincente: CELSO RIBEIRO BASTOS, ob. e vol. cit., pág. 363. Corretamente, HELY LOPES MEIRELLES, *Mandado de segurança – ação popular – Ação civil pública – Mandado de injunção – Habeas data*, 17ª ed., atualizada por ARNOLDO WALD, S. Paulo, 1996, pág. 186; na jurisprudência, TRF – 2ª R., 8.11.1995, Apel. Civ. nº 0218225, in *D.J.* de 30.1.1996, pág. 3.224.

²² *V.g.*, PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967*, t. IV, S. Paulo, 1967, pág. 700.

²³ Assim: PINTO FERREIRA, *Comentários à Constituição brasileira*, 1º vol., S. Paulo, 1989, pág. 59; CELSO RIBEIRO BASTOS, ob. e vol. cit., pág. 4.

impetrante” (inciso II; melhor seria dizer: “nos assentamentos relativos ao impetrante”). O legislador, tem-se a impressão, pressupôs que a este por força interessará, alternativamente, uma de duas providências: o acesso aos dados ou então a retificação ou anotação.

Quid iuris, no entanto, se o interessado, ignorante do teor dos assentamentos, quiser tomar ciência deles *e mais*, sendo o caso, promover-lhes a retificação (ou, ajunte-se, fazer inserir sua “explicação ou contestação”)? Antes da Lei nº 9.507, sustentava doutrina autorizada²⁴ que um único e mesmo processo bastaria para perseguir ambas as finalidades. Do ponto de vista procedimental, dois caminhos seriam viáveis: ou (a) impor-se ao impetrante pleitear, *ab initio* e desde logo, o acesso aos dados e, se inexatos ou incompletos, a retificação ou anotação cabível; ou então (b) abrir-se-lhe, após a exibição dos assentamentos, nova oportunidade para, querendo, pedir a retificação ou anotação. A preferência pelo segundo caminho implicaria desdobramento do processo judicial em duas fases, à semelhança do previsto nos arts. 3º e 4º do diploma regulamentador, quanto ao procedimento da tentativa prévia de solução extrajudicial.

O assunto não recebeu do legislador ordinário a devida atenção. Suponhamos que o juiz, dando pela procedência do pedido de acesso aos dados, marque dia e hora para a respectiva apresentação e, cumprida a ordem, venha o impetrante a verificar a existência de inexatidões até ali ignoradas. Não esclarece a lei como se há de acudir a tal emergência. Seria manifesto despropósito atribuir ao interessado o ônus de impetrar novo *habeas data*, para pedir, dessa vez, a retificação e/ou a anotação. Por outro lado, nem sempre lhe será fácil, ou sequer possível, demandar desde o começo a exibição e a retificação ou anotação: o conhecimento do teor dos dados, em regra, constituirá pressuposto necessário do interesse na alteração ou no aditamento (*supra*, nº 7). Nada no texto legal autoriza a ilação de que o impetrante precise, na inicial, *cumular* os pedidos: ele fica livre, sem dúvida, de cumulá-los, se quiser e puder; é o máximo que cabe dizer.

Subsiste, pois, o problema: como proceder, na hipótese de, julgado procedente o pedido de acesso aos dados, e exibidos estes, parecer ao im-

²⁴ *Vide*, por todos, JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso cit.*, págs. 432/3.

petrante necessário que se retifiquem, ou que se insira nos assentamentos “explicação ou contestação”? Não vemos outra saída senão o prosseguimento do processo, para esse outro fim, com repetição das providências destinadas a assegurar o contraditório sobre o novo *thema decidendum* (art. 9º; *vide, infra*, o nº 11). Há desvantagens óbvias, entre elas a de gerar a possibilidade de duas sentenças, à feição do que ocorre no processo da ação de prestação de contas *ex art.* 915 do Código de Processo Civil; mas não nos ocorre alternativa melhor.²⁵

11. Procedimento - O procedimento estabelecido pelos arts. 8º e segs. da Lei nº 9.507 segue, em linhas gerais, o padrão do mandado de segurança, tal como configurado na Lei nº 1.533, de 31.12.1951. Somando-se à patente afinidade entre os dois institutos, isso autoriza a fácil inferência de que, em princípio, as lacunas do novo diploma legal devem ser complanadas mediante aplicação analógica das disposições do anterior. Naturalmente, não se exclui - do mesmo modo que no mandado de segurança - a aplicabilidade

²⁵ Em trabalho anterior à Lei nº 9.507, escrevia CALMON DE PASSOS. *ob. cit.*, pág. 153: “(...) no particular do *habeas data* para retificação, a única peculiaridade que vislumbramos é a da possibilidade de seu ajuizamento conexo ao *habeas data* impetrado para obter as informações. Segundo já esclarecido, prestadas as informações pelo impetrado, pode o impetrante discordar delas, pedindo sua retificação (aditamento, eliminação, correção do que nelas consta etc.), e isso em verdade não é mais do que o *habeas data* da alínea *b*, embutido no processo relativo à hipótese da alínea *a*, possível pela conexão, que reclama simultâneo processamento e julgamento, dado o reflexo do *habeas data* retificador sobre o conteúdo da decisão no *habeas data* ajuizado para obter as informações” (grifos do original). O primeiro período transcrito sugere a idéia de cumulação originária dos pedidos - em nossa opinião, como ficou dito no texto, viável, mas pouco provável. Quanto à eventualidade da discordância do impetrante com o teor dos assentamentos exibidos, parece difícil, para dizer o menos, o cogitado “simultâneo processamento e julgamento”. Com efeito: a discussão acerca da retificação - e, *a fortiori*, a respectiva decisão - pressupõem já decidido favoravelmente ao impetrante o pedido de informações (o único até então formulado, ao que tudo faz crer), e até já “prestadas” aquelas, conforme assinala o próprio autor. Tampouco soa compreensível a alusão ao “reflexo do *habeas data* retificador sobre o conteúdo da decisão no *habeas data* ajuizado para obter as informações”. O contrário é que se nos afigura verdadeiro: cabe à decisão sobre o pedido de informações a prioridade lógica sobre a outra; antes de mais nada se decide se o impetrante tem o direito de acesso aos dados, depois se examinam as possíveis objeções à respectiva exatidão. Acrescente-se que a segunda decisão não fica condicionada à primeira em seu conteúdo, senão em sua existência mesma: rejeitado o pedido de informações, nem sequer se vai adiante; acolhido, passa-se ao resto, sem que fique em absoluto predeterminado o sentido em que se julgará a pretensão à retificação (o impetrante pode ter razão em querer conhecer os dados e não a ter em querer retificá-los). A questão primeiramente decidida caracteriza-se como preliminar, não como prejudicial, da outra (sobre a distinção entre os conceitos, *vide* BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, 6ª ed., Rio de Janeiro, 1993, págs. 599/600).

subsidiária das regras comuns, contidas no Código de Processo Civil, em tudo que não tiver disciplina específica na Lei nº 9.507 e for compatível com sua sistemática.

Da escolha do modelo decorre a simplicidade e (espera-se) a celeridade do rito. A petição inicial, que preencherá os requisitos habituais (arts. 282 e 283 do Código de Processo Civil), será apresentada em duas vias, e os documentos que instruírem a primeira serão reproduzidos por cópia junta à segunda (art 8º, *caput*). Entre os documentos indispensáveis, como já se disse (*supra*, nº 6), figura - conforme a hipótese - a prova da recusa expressa do impetrado ao acesso às informações, à retificação, à anotação, ou a prova do decurso *in albis* do prazo legalmente marcado (recusa tácita) (art. 8º, incisos I a III).

Sujeita-se a petição inicial, como a de qualquer ação, ao controle liminar do juiz, que a indeferirá “quando não for o caso de *habeas data*, ou se lhe faltar algum dos requisitos previstos” (art. 10, *caput*). Não deve o órgão judicial, entretanto, indeferir a inicial sem antes conceder ao impetrante o prazo de dez dias, para suprir deficiências ou corrigir outros defeitos sanáveis (Código de Processo Civil, art. 284). Nos termos do art 10, *caput*, “do despacho de indeferimento caberá recurso previsto no art. 15” (a publicação oficial omitiu, à evidência, o artigo “o” antes de “recurso”). Infeliz a redação: chama “despacho” a ato que, pondo fim ao processo no nascedouro, a observar-se a terminologia do Código (art. 162, § 1º) sem dúvida constitui “sentença”, tanto quanto a decisão concessiva ou denegatória do *habeas data*, de que fala o art. 15.

Deferida que seja a petição, *ab initio* ou após a emenda ou complementação tempestiva, “o juiz ordenará que se notifique o coator do conteúdo da petição, entregando-lhe a segunda via apresentada pelo impetrante, com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de dez dias, preste as informações que julgar necessárias” (art. 9º). Feita a notificação, o serventuário em cujo cartório corra o feito “juntará aos autos cópia autêntica do ofício endereçado ao coator, bem como a prova da sua entrega a este ou da recusa, seja de recebê-lo, seja de dar recibo” (art. 11). Ao cabo do decêndio fixado no art. 9º, haja sido apresentada ou não a resposta (que a lei denomina “informações”), encaminham-se os autos ao Ministério Público, para que emita parecer em 5 dias, e em seguida ao juiz, para que decida, também num quinqüídio (art. 12).

12. **Sentença** - A sentença, concessiva ou denegatória do *habeas data* em primeiro grau de jurisdição, é impugnável por apelação (art. 15, *caput*, aliás supérfluo: no silêncio da lei, incidiria de qualquer jeito o art. 513 do Código de Processo Civil). Há uma peculiaridade: no caso de acolhimento do pedido, o recurso é desprovido de efeito suspensivo - ou, consoante preferiu dizer o legislador, “terá efeito meramente devolutivo” (art. 15, parágrafo único). Significa isso que o impetrado deve cumprir a sentença incontinenti, tão logo lhe seja comunicado o respectivo teor, “por correio [passe o cacófato!], com aviso de recebimento, ou por telegrama, radiograma ou telefonema, conforme o impetrante o requerer” (art. 14, *caput*), exigido o reconhecimento da firma do juiz nos originais apresentados à agência expedidora, no caso de transmissão telegráfica, radiofônica ou telefônica (art. 14, parágrafo único).

Diversamente do que se dá com o mandado de segurança, *ex vi* do art. 12, parágrafo único, da Lei nº 1.533, não existe, para o *habeas data*, determinação legal de que a sentença concessiva da medida fique obrigatoriamente sujeita à revisão em segundo grau de jurisdição; mas, se o impetrado vencido for órgão da União, do Estado ou do Município, será de rigor o reexame, por aplicação subsidiária da regra do art. 475, nº II, do Código de Processo Civil.

Isso não obsta, convém ressaltar, a que o órgão tenha de cumprir desde logo a sentença. Parece impróprio falar em “execução”, no sentido técnico: não há, a rigor, condenação cujo descumprimento dê ensejo à instauração de processo executivo. Julgado procedente o pedido, o órgão judicial emite uma *ordem* dirigida ao coator, para que, no dia e hora fixados, apresente as informações requeridas ou a prova da retificação ou anotação (art. 13; cf., *supra*, o nº 9). À luz da classificação adotada por parte expressiva da doutrina brasileira, estamos aqui diante de sentença tipicamente *mandamental*²⁶.

²⁶ Cf. JOSÉ DA SILVA PACHECO, ob. cit., pág. 273. VICENTE GRECO FILHO, ob. cit., pág. 175, distingue: a ação de *habeas data* - e, por conseguinte, entende-se, a sentença de procedência - seria mandamental na hipótese da letra *a* do dispositivo constitucional (direito ao conhecimento dos dados), mas constitutiva na da letra *b* (direito a retificação), porque neste segundo caso se pleiteia “a modificação do mundo jurídico”. O argumento seria convincente se a sentença concessiva, por virtude própria, lograsse concretizar a modificação, pô-la em ato, como fazem as verdadeiras sentenças constitutivas (de anulação de casamento ou testamento, de divórcio etc.). Aqui, é outra coisa que sucede: tal qual na hipótese da letra *a*, o juiz (*rectius*: a sentença) não modifica por si assentamento algum: ordena, isso sim, que o impetrado proceda à modificação.

A omissão voluntária e injustificada em cumprir a ordem pode configurar crime de desobediência por parte do agente responsável (Código Penal, art. 330). Não fica afastada a imposição de multa diária ao impetrado, com base no art. 461, § 4º, do Código de Processo Civil: inuidosa, ao nosso ver, a analogia, pois aqui também se cogita de ação cujo objeto é o cumprimento de obrigação (*lato sensu*) de fazer.

13. Suspensão provisória do cumprimento da ordem - No tocante ao mandado de segurança, inovação introduzida pela Lei nº 4.348, de 26.6.1964, abriu à pessoa jurídica de direito público interessada a faculdade de requerer ao presidente do tribunal competente para julgar o recurso a suspensão provisória da “execução” da ordem favorável ao impetrante, por hipótese concedida quer *in limine litis*, quer na sentença. Talvez haja, com efeito, ponderáveis razões de interesse público a desaconselhar o cumprimento imediato, visto como causador de dano irreparável ou de difícil reparação, a mostrar-se afinal injusto se porventura provido o recurso e denegada a segurança na instância superior. Tomou-se a louvável cautela de restringir expressamente a possibilidade da suspensão aos casos em que necessária para “evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”. Tal disposição seria reproduzida, no que tange à concessão *in limine litis*, na disciplina da chamada ação civil pública, exercitável para promover a responsabilidade por danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, e ainda por infração da ordem econômica (Lei nº 7.347, de 24.7.1985, art. 1º). O requisito da “grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas” aparece igualmente no art. 4º, *caput*, da Lei nº 8.437, de 30.6.1992, o qual dispõe sobre a suspensão de liminares concedidas contra atos do Poder Público ou seus agentes; aí se acrescenta a exigência de ser o caso “de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade”.

Afigurou-se ao legislador que emergências do mesmo tipo seriam concebíveis no *habeas data*. E realmente se imagina com facilidade que a infundada concessão da medida por erro do juiz venha a ser cassada em grau de recurso, sem que se torne possível, a essa altura, restaurar o primitivo estado de coisas. Uma retificação de assentamentos é, em princípio, suscetível de ser desfeita, mas não haverá como desfazer a revelação ao impetrante de dado constante de registro ou banco: aí, *quod factum est infieri nequit*.

Compreende-se, por conseguinte, que também a Lei nº 9.507 haja tratado de consagrar, no art. 16, mecanismo semelhante ao descrito acima.

Ao fazê-lo, porém, desprezou o cuidado de indicar as hipóteses que legitimam a suspensão, afastando-se do modelo inspirador. Lido à pressa, o art. 16 da Lei nº 9.507 sugere que se pode requerer a providência *em qualquer caso*, exista ou não exista relevante interesse público em jogo. E, ao contrário dos outros diplomas mencionados, nem sequer se impõe ao presidente do tribunal que fundamente a decisão suspensiva. É verdade que, a partir da entrada em vigor da Carta de 1988, preceitos desse gênero se tornaram supérfluos: a exigência da fundamentação está hoje posta em nível constitucional (art. 93, nº IX) e prevalece mesmo no silêncio da lei ordinária. Contudo, a presença da cláusula nos textos mencionados acima tem a utilidade prática de pôr em relevo que o requerimento de suspensão só pode ser deferido com base na efetiva ocorrência, inequivocamente comprovada e demonstrada na motivação da sentença, de uma ou mais de uma daquelas situações previstas (perigo de grave lesão à ordem pública, ou à saúde pública etc.).

Não soa razoável que se tenha querido deixar a suspensão da ordem à inteira discricção do presidente do tribunal. Pensamos que também no particular há lacuna da Lei nº 9.507, a ser complanada mediante a aplicação das disposições análogas correspondentes.²⁷ Impende ajuntar que a decisão do presidente do tribunal comporta impugnação por meio de agravo para o próprio tribunal (art. 16, *fine*).

14. Coisa julgada - De acordo com o art. 18 da Lei nº 9.507, “o pedido de *habeas data* poderá ser renovado se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito”. Aqui se depara, igualmente, disposição mutuada da Lei nº 1.533 (art. 16), relativa ao mandado de segurança. A esse respeito, superadas incertezas iniciais, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal veio a firmar-se no sentido de que, se denegada a segurança por entender-se *inexistente* o direito alegado pelo impetrante, a decisão é suscetível de produzir coisa julgada material, a impedir qualquer nova apreciação judicial da lide.²⁸

²⁷ Há precedente judicial: o TRF – 4ª R., em 22.9.1993, Agr. Reg. na Susp. de Seg. nº 0430502, *in D.J.* de 17.11.1993, pág. 49.087, entendeu aplicável ao *habeas data* a norma do art. 4º da Lei nº 8.437.

²⁸ *Vide* referências em THEOTONIO NEGRÃO, *Código de Processo Civil e legislação em vigor*, 28ª ed., S. Paulo, 1997, pág. 1.139, nota 1 ao art. 16 da Lei nº 1.533.

É o entendimento que sem dúvida prevalecerá quanto ao *habeas data*. Suponhamos, por exemplo, que alguém pleiteie, por essa via, a retificação de dado constante de registro ou banco, mas o juiz, examinando a matéria, não descubra a suposta inexatidão. A sentença denegará a ordem, declarando que o assentamento é exato e, portanto, o impetrante não tem o direito de vê-lo modificado. Inexiste motivo para recusar a tal sentença a aptidão para revestir-se da *auctoritas rei iudicatae* no sentido material.²⁹ É essa autoridade, e não qualquer *aliud*, que impedirá o órgão judicial, noutro eventual processo, de rejulgar a lide.

Diferentemente se passam as coisas quando a sentença puser termo ao feito sem apreciação do mérito. Por exemplo: o *habeas data* foi impetrado por pessoa diversa daquela a quem dizem respeito as informações a que se pretende ter acesso. Falece ao impetrante legitimação ativa para a causa (cf., *supra*, nº 9). O caso é de extinção do processo sem julgamento *de meritis*, e não haverá coisa julgada material. A disciplina da matéria não discrepa, em suma, da consagrada no Código de Processo Civil.

15. Competência: A) originária - Está regulada, em grande parte, na própria Constituição a competência para conhecer de *habeas data* e julgá-lo. No grau inferior de jurisdição, ela se reparte entre a justiça federal e a justiça dos Estados. São competentes os juízes federais para os *habeas data* impetrados contra autoridade federal, excetuados os casos de competência originária de tribunais federais (art. 109, nº VIII). Os juízes estaduais têm competência residual: exercem-na quando não haja disposição que a atribua ou aos juízes federais ou, originariamente, a algum tribunal.

A competência originária pertence: a cada um dos Tribunais Regionais Federais, para os *habeas data* contra o próprio tribunal ou órgão inferior da justiça federal (art. 108, nº I, letra c); ao Superior Tribunal de Justiça, para os *habeas data* contra Ministro de Estado ou o próprio tribunal

²⁹ Pouca persuasiva a argumentação (antes da Lei nº 9.507) de CALMON DE PASSOS, ob. cit., pág. 154, o qual parece levar em conta apenas a hipótese de *concessão* da ordem. Escreve esse autor: “Renovado um pedido de *habeas data* a respeito da mesma pessoa e em relação ao mesmo sujeito passivo, o que há e opera com força obstativa do *bis in idem* não é a coisa julgada, sim o adimplemento, como a prova do pagamento extingue a execução que se renove com base no mesmo título executivo”. Deixando de lado outros aspectos da questão, objetaríamos que, no exemplo figurado em nosso texto, não há cogitar de *adimplemento*. Tanto basta para infirmar o asserto, feito *sic et simpliciter*, de que é “inadequado falar-se em coisa julgada material no *habeas data*”.

(art. 105, nº I, letra *b*): ao Supremo Tribunal Federal, para os *habeas data* contra o Presidente da República, a Mesa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, o Tribunal de Contas da União, o Procurador-Geral da República ou o próprio tribunal (art. 102, nº I, letra *d*).

Todas essas regras foram reproduzidas no art. 20, nº I, letras *a, b, c, d, f*, da Lei nº 9.507. A letra *e* trata de hipótese não contemplada *expressis verbis* na Carta Política da União: a da competência originária de tribunal estadual. Na conformidade da cláusula final, a matéria ficará sujeita ao “disposto na Constituição do Estado” - o que se harmoniza com a norma do art. 125, § 1º, da Constituição federal: “A competência dos tribunais [estaduais] será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária da iniciativa do Tribunal de Justiça”.

16. Competência: B) recursal - Também se encontram na Carta da União regras sobre a competência para conhecer de recurso interposto contra decisão em *habeas data*. Se ela emanar de juiz federal, competente para julgar a apelação será o Tribunal Regional Federal (art. 108, nº II, onde a palavra “causas” abrange, à evidência, a de que estamos cuidando, objeto de menção específica, quanto ao primeiro grau, no art. 109, nº VIII); a Lei nº 9.507 repete a disposição no art. 20, nº II, letra *c*. Sendo a decisão proferida em única instância por qualquer dos tribunais superiores, e *denegatória*,³⁰ o recurso cabível é o ordinário, e a competência recursal é do Supremo Tribunal Federal (art. 102, nº II, *a*, reproduzido no art 20, nº II, letra *a*, da Lei nº 9.507). Pode ainda caber a competência recursal aos tribunais estaduais e ao do Distrito Federal e Territórios, “conforme dispuserem a respectiva Constituição e a lei que organizar a justiça do Distrito Federal” (Lei nº 9.507, art. 20, nº II, letra *d*).

Falta aludir a um caso peculiar. Na enumeração das hipóteses de competência recursal do Superior Tribunal de Justiça (art. 105, nºs II e III), a Constituição da República nada contém de específico acerca do *habeas*

³⁰ Na interpretação do art. 102, nº II, letra *a*, e 105, nº II, letra *b*, da Carta da República, que usam o adjetivo com relação a decisões em mandado de segurança, os tribunais têm atribuído à expressão sentido largo, a compreender não só as decisões desfavoráveis *de meritis* ao impetrante, mas também as que extinguem o processo do mandado de segurança sem apreciação do mérito: *vide* as referências jurisprudenciais em THEOTONIO NEGRÃO, ob. cit., pág. 436, nota 8 ao art. 539 do Código de Processo Civil, e pág. 1.229, nota 3 ao art. 247 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Tudo faz crer que igual entendimento prevalecerá em matéria de *habeas data*.

data. No que toca a recursos contra decisões proferidas pelos Tribunais Regionais Federais, há apenas duas referências: a do nº II, letra *b*, atinente ao recurso ordinário em “mandados de segurança decididos em única instância” por esses tribunais, “quando denegatória a decisão”; e a do nº III, concernente ao recurso especial cabível, em determinadas hipóteses, nas “causas decididas, em única ou última instância”, pelos mesmos Tribunais Regionais Federais (em ambos os textos se faz menção a outros tribunais, que aqui não interessam). No entanto, lê-se no art. 20, nº II, letra *b*, da Lei nº 9.507, que o julgamento do *habeas data* compete, em grau de recurso, ao Superior Tribunal de Justiça, “quando a decisão for proferida em única instância pelos Tribunais Regionais Federais”.

O dispositivo gera problema hermenêutico de difícil solução. Não se sabe se pretendeu somente - à semelhança de vários outros do art 20 - reiterar previsão constitucional, ou se visou a abrir via recursal não contemplada na Lei Maior. Neste último caso, expõe-se à arguição de inconstitucionalidade, desde que se adote a premissa de que a competência do Superior Tribunal de Justiça se acha exaustivamente definida na Constituição e não pode ser ampliada por lei ordinária.³¹ No primeiro, a única possibilidade consiste em entendê-lo como referente ao recurso especial; mas os pressupostos de cabimento, tais como enunciados na Lei nº 9.507, não coincidem com os constitucionalmente estabelecidos.

Com efeito. De um lado, o recurso especial, segundo a Constituição (art. 105, nº III), não cabe apenas contra decisões proferidas em “*única instância*” por Tribunal Regional Federal, senão também contra decisões por qualquer deles proferidas “em *última instância*”; de outro lado, para que caiba o recurso especial, sempre de acordo com o art. 105, nº III, da Constituição, é imprescindível que se configure alguma das hipóteses catalogadas nas letras *a*, *b* e *c*, a saber: que a decisão impugnada contrarie tratado ou lei federal; julgue válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal; ou dê a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal. Ora, ao propósito é de todo em todo silente o art. 20, nº II,

³¹ Nesse sentido, por exemplo, JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, ob. cit., vol. VI, Rio de Janeiro, 1992, pág. 3.119: “A Constituição vigente explicita *de modo exaustivo* a competência do Superior Tribunal de Justiça, no que diz respeito ao processamento e julgamento de causas, quer em caráter originário, quer em via recursal” (sem grifo no original).

letra *b*, da Lei nº 9.507. Resta verificar como desatará a jurisprudência o nó dado pelo legislador.

Para terminar, anote-se que o nº III do mesmo art. 20 faz alusão ao “recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal”, cabível em matéria de *habeas data* (como em qualquer outra!) “nos casos previstos na Constituição”, isto é: nas causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da própria Constituição, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal ou julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição (art. 103, nº III, letras *a*, *b* e *c*, respectivamente). ◆

O Processo Cautelar. A Tutela Antecipada. Os Institutos Afins

DES. JOÃO CARLOS PESTANA DE AGUIAR SILVA
Decano do Conselho Consultivo da EMERJ

1. Uma síntese informativa do processo cautelar. O poder geral de cautela. A *summaria cognitio*.
2. A celeridade da tutela cautelar.
3. Os desvios pragmáticos da tutela cautelar, afora a satisfatividade.
4. Outros desvios práticos, estes nos procedimentos cautelares em geral.
5. A tutela antecipada como instituto afim do processo cautelar, mas pertencente ao processo de conhecimento.
6. Os cuidados na apreciação da tutela antecipada. A doutrina a respeito.
7. Os efeitos da tutela antecipada. O estudo minucioso, pelo juiz, de sua concessão, denegação e revogação.
8. Onde se torna cabível a tutela antecipada?
9. A tutela específica nas obrigações de fazer e não fazer.
10. Institutos afins do processo cautelar.
11. Conclusão

1. Uma síntese informativa do processo cautelar. O Poder geral de cautela - Nos idos de 1974, logo após a entrada em vigor da Lei 5.869 de 11/1/73, que instituiu o vigente CPC (*desde 1º/1/74*), elaboramos uma monografia a que denominamos de “**Síntese Informativa do Processo Cautelar**”, publicada na Revista Forense, vol. 247, págs. 41/52, que nos parece ter sido o primeiro ensaio doutrinário, perante o atual CPC, sobre os princípios gerais da fascinante área normativa do processo cautelar.

Nela discorreremos sobre o então novo poder cautelar geral e estabelecemos uma simetria entre o art. 675 do CPC de 1939, este fruto da má tradução do art. 324 do Projeto de *Carnelutti*, e o art. 798 do vigente CPC, a respeito do poder cautelar geral concedido ao juiz *ex-vi legis*.

Lembramos que, nas providências cautelares inominadas, segundo os direitos alemão, italiano e português, o juiz, a seu arbítrio, resolve que medida será necessária para realizar o fim que se pretende, o que passou a se aplicar a nosso direito, até mesmo perante as medidas típicas ou nominadas através do princípio da fungibilidade dos pedidos de medidas assecuratórias, bem ressaltado por *Pontes de Miranda* (Comentários ao Código de Processo Civil, 1949, vol. VIII, pág. 28).

Nessa oportunidade, também realçamos não ser, a sentença cautelar, de *mérito*, mas sim, quando muito, acessória do mérito da ação principal pois, mesmo após proferida a decisão final cautelar, permanece o mérito intacto e indefinido. Sua solução se dará através da sentença na ação principal. Se a primeira se situa no juízo de *probabilidade*, a segunda contém um juízo de *certeza*. Ambas, como bem o adverte *Liebman*, se diferem essencialmente.

Além de analisar o paralelismo diversificado entre a ação cautelar, a medida cautelar e o procedimento cautelar, cuidamos da contracautela, das medidas liminares ou afins na acepção de *Calamandrei*, ao procurar estabelecer “*Differenze tra provvedimenti cautelari e istituti affini*”, além de estudar as classificações doutrinárias das medidas cautelares em geral. Prenunciamos a intensa multiplicação das medidas inominadas decorrentes do poder cautelar geral do art. 798, quando uma gama infinita de hipóteses seria às mesmas enquadráveis, em previsão cuja diuturna prática forense até os dias atuais evidentemente o confirmou. E concluímos pela possível vinda do procedimento cautelar *satisfativo*, dando como exemplo o julgamento da prescrição ou decadência do direito do requerente (art. 269, IV c/c art. 810 do CPC), em primeira e imprevidente abertura legal da transmutação da finalidade do processo cautelar, ao assumir natureza diversa de sua destinação, pois quando *satisfativa* de direitos, numa composição antecipada do conflito de interesses.

Outra medida cautelar excepcionalmente satisfativa e de muito conhecida é a de *alimentos provisórios*, já que são os mesmos irrepetíveis.

Como podemos deduzir, bem ou mal essa nossa obra prenunciou a imensa progressão das cautelares inespecíficas ou inominadas, deixando

entrever a inoculação, nelas, da satisfatividade que após veio ocorrer, deformar sua natureza cautelar e convulsionar seu campo prático, a despeito do fato social, às vezes, inevitavelmente ensejar o recurso a essa deformação.

Hoje a tutela antecipada, como instituto adequadamente integrado ao processo de conhecimento, como veremos, ostenta o merecimento de ter extirpado do processo cautelar a indevida satisfatividade que incomodamente o vinha contagiando.

Fica aqui uma ligeira, sintética e incompleta apreciação dessa nossa monografia de 1974 e que, malgrado despreziosa, nos anos seguintes foi útil como ponto de referência para razoável número de notáveis trabalhos que se seguiram sobre o processo cautelar.

2. A celeridade da tutela cautelar - Malgrado no mais das vezes apareça, na constante prática forense, como tão formidável mecanismo de pretensa pré-realização do bom direito (*fumus boni juris*) através de suas liminares, quanto maltratado e mal aplicado instituto de nosso direito processual positivo, ainda assim, tem o processo cautelar ensejado eficaz e imediata proteção e segurança ao bom direito, quando este se encontra conflitado e sob risco de perecimento.

Por isso mesmo a celeridade de sua essência inspirou a extensão, ao processo de conhecimento, dessas liminares em regra protetivas, mas sob a versão satisfativa, antecedente e temporária na tutela jurisdicional de direitos litigiosos, para que a ação prolongada do tempo não possa causar o enfraquecimento do bom direito, ou a tutela jurisdicional decorrente da coisa julgada material chegar a destempo.

Irrefutavelmente, o filão inspirador da tutela antecipada se encontra nas liminares inominadas e, sobretudo, em veraz *contraditio in adjectio*, naquele desvio da finalidade puramente cautelar, ensejador das anômalas liminares satisfativas, como adiante veremos.

3. Os desvios pragmáticos da tutela cautelar - Luiz Guilherme Marinoni adverte que, em 1992 já deixara claro, na sua obra “Tutela cautelar e tutela antecipatória”, que jurisprudência e doutrina vinham confundindo *satisfatividade* com *definitividade*, quando então disse: “A tutela somente é definitiva, dispensando a ação principal, quando a cognição é exauriente. A tutela satisfativa, quando de cognição sumária, exige a ação principal.”

Na realidade de ontem e de hoje, não devemos confundir a finalidade do processo de conhecimento com a do processo cautelar, no último vindo então sendo a tutela satisfativa um desvirtuamento absoluto do fim cautelar, tanto que este é tão somente assecuratório do direito conflitado.

Como exemplo, *Guilherme Marinoni* citava a ação cautelar se substituindo ao mandado de segurança, quando escoado seu prazo decadencial. O juiz e o doutrinador, como mágicos, adverte, transformavam direito líquido e certo em *fumus boni juris*. Culmina, no quadro representado, com a imaginada ação cautelar portando cognição exauriente com liminar, estando o juiz em condição de proferir sentença capaz de produzir coisa julgada material. Mas continuando a supor que a ação era verdadeiramente cautelar, esse juiz aguardava a vinda da principal e julgava ação cautelar e ação principal no mesmo momento, como não fosse absolutamente ilógico se afirmar que algo é provável e também existe. A ação de cognição exauriente com liminar, do mesmo modo que a ação sumária satisfativa era pensada na prática como “ação cautelar satisfativa”, apesar da completa diferença entre as cognições que fundavam as suas sentenças (A Consagração da Tutela Antecipatória na Reforma do CPC - A Reforma do Código de Processo Civil, coletânea adiante enunciada, 1996, pág. 116).

A hipótese acima exposta por *Marinoni* impressiona, pois retrata um dos vários e sérios desvios da finalidade do processo cautelar, em desrespeito ao devido processo legal.

Já lidamos com variadas hipóteses, também desnaturadas e repetidas, como a do processo cautelar antecedente com liminar deferida e que, após a vinda do processo principal de conhecimento, ficou paralisado e abandonado. A sentença foi proferida, no processo principal, ignorando o processo cautelar.

Noutro exemplo, repetitivo na prática e, dentre os muitos que poderíamos pinçar, veio o ajuizamento da ação principal após vencido o trintídio a seguir à efetivação da liminar, o que insistentemente tem acontecido.

A cassação da sentença para o proferimento de outra abrangente do processo cautelar, no primeiro exemplo, e a extinção do processo cautelar, no segundo, serão sempre as soluções inafastáveis em 2º grau.

Sem dúvida o processo cautelar tem cognição exauriente, mas restrita ao fim *cautelar*. Logo, um pedido ao mesmo adaptado com caráter satisfativo, merece ser fulminado de nulidade ou extinção do processo, pela violação ao fim colimado e assim, ao devido processo legal (art. 5º, LIV da Constituição Federal).

A tendência que ocorreu perante certos fenômenos sócio-jurídicos, como no Plano Collor o bloqueio, por tempo indefinido, dos ativos financeiros em aplicações e contas-correntes bancárias do povo em geral, ocasionou o ajuizamento de incontáveis ações cautelares perante a Justiça Federal, todas de cunho satisfativo, já que visavam o imediato desbloqueio. Notáveis juizes federais, em número progressivo, passaram a conceder a medida liminar de levantamento dos depósitos, pela ostensiva inconstitucionalidade desse verdadeiro confisco à propriedade privada em seus ativos líquidos. Os fins justificavam os meios, estes urgentes, mas nada ortodoxos.

Com essa progressão de cautelares satisfativas, outras foram insinuadas e acolhidas na prática pretoriana em geral, desvirtuando-se cada vez mais o processo cautelar.

A tutela antecipada deu consciência genérica a tal realidade.

Por isso *Nelson Nery Junior* e *Rosa Maria Andrade Nery*, em obra recente, acentuaram que a tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito, afastou o expediente das impropriamente denominadas “cautelares satisfativas”, o que constitui em si uma *contradictio in terminis*, pois as cautelares não satisfazem (Cód. de Processo Civil Comentado, 1997, art. 273, pág. 546).

4. Outros desvios práticos, estes nos procedimentos cautelares -

Se o processo cautelar não tem mérito, como pura cautela ou garantia do mérito que é, não comporta um *valor da causa*.

Daí não ter, o art. 801 do CPC, previsto o valor da causa como requisito da petição inicial da medida cautelar.

Contudo, já temos apreciado, em múltiplas oportunidades, o procedimento incidental de impugnação ao valor da causa em pretensão puramente cautelar, que deve ser indeferido ou julgado extinto por juridicamente impossível.

Noutro aspecto, a inserção de um resíduo de mérito no processo cautelar, traduzido no *fumus boni juris* ou aparência de bom direito, nos parece inócua. Melhor será se reconhecer que o processo cautelar é desprovido de mérito e simplesmente prosperável se atendidos os pressupostos processuais para o desenvolvimento válido e regular do processo, assim também as condições de admissibilidade da ação as quais, além das previstas no art. 267, VI do CPC, recebem o acréscimo do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*.

Conseqüentemente, não havendo sucumbimento do vencido, descabe sua condenação em honorários de advogado do vencedor nas cautelares incidentais. Mas nas antecedentes entende *Galeno Lacerda* que serão sempre devidos (Comentários ao CPC, Forense, VIII, Vol., Tomo I, 1980, art. 803, nº 56), o que de caso a caso deve ser aquilutado.

5. A tutela antecipada como instituto afim do processo cautelar, mas pertencente ao processo de conhecimento - Já tivemos oportunidade de afirmar ser, a *tutela antecipada*, que também podemos chamar de *tutela diferenciada*, um dos *instituti affini* do processo cautelar, na conhecida expressão de *Calamandrei*, como também o são as liminares dos procedimentos especiais que, perante o CPC de 1939, especializavam o rito.

Inclusive naquela ocasião, no início de 1995, lançamos dúvidas sobre os efeitos práticos benéficos da *tutela antecipada*, pelo perigo de que se reveste ao desequilibrar fortemente os direitos conflitados (*A Procura da Celeridade na Reforma Processual* - Leis nºs. 8.951 e 8.952 de 13/12/94 - Ed. Espaço Jurídico, págs. 32/33).

Mas deixamos então a ressalva de que a diuturna prática pretoriana daria a mais correta resposta. E realmente a deu, plenamente a favor do novo instituto e contrariamente a nossa equívoca premonição, como se vê na melhor doutrina e jurisprudência.

Reformulamos, pois, neste ano de 1998, nosso convencimento, nos penitenciando desse extremado rigor.

Tornou-se axiomático ter o mundo jurídico recepcionado merecida e entusiasticamente a Reforma Processual implantada através de várias leis, dentre as quais ora destacamos a Lei 8.952 de 13/12/94, ao ter dado nova redação aos arts. 273 e 461 do CPC, através dos mesmos instituindo a *tutela antecipada* com caráter geral (art. 273) ou para o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (art. 461).

Confere ao autor, o ainda novo instituto, um instrumento célere de satisfação do seu direito, desde que exista prova inequívoca e convincente da verossimilhança da alegação, haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou a caracterização do abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu, estes dois últimos fatos muito comuns nos procedimentos jurisdicionais, desde que não ocorra a irreversibilidade da medida, tudo a ser devidamente fundamentado pelo juiz.

O afastamento da antecipação da tutela ocorrerá quando houver esse perigo de irreversibilidade do provimento, o que retrata seu caráter transitório e a possibilidade da reversão do quadro probatório, com revogação ou modificação da tutela a qualquer tempo, em decisão também fundamentada.

O exame da revogação exigirá redobrada atenção pela aparente insegurança na reversão da tutela.

Como tutela jurisdicional diferenciada pela *antecipação* transitória e revogável, não deve ser concedida na sentença de 1º grau, por comprometer a própria antecipação.

Contudo, se se verificar o julgamento antecipado da lide (art. 330 do CPC), *Arruda Alvim* a entende cabível nessa sentença, cumulativamente, não tendo aplicação os par. 42 e 52 do art. 273 (Reforma do CPC, coletânea adiante mencionada, pág. 90, nº 21).

Outrossim, não terá, o juiz de 1º grau, competência para concedê-la após, pois *functus est officium judicis*.

Tal não impede que o relator, em 2º grau de jurisdição a conceda, havendo circunstâncias inequívocas, mormente cabendo agravo de instrumento de todas as decisões de 1º grau deferitórias ou indeferitórias da tutela antecipada, como também ocorre nas liminares cautelares.

6. Os cuidados na apreciação da tutela antecipada - Como providência que desequilibra a situação fática antecedente em benefício do autor e prejuízo do réu, convindo lembrar que *ex facto oritur jus*, todos os doutrinadores que têm estudado essa modalidade de tutela diferenciada revelam estar a mesma a merecer o máximo de atenção, cuidado e responsabilidade pelo juiz, em seu acolhimento ou rejeição.

No livro “Reforma do Código de Processo Civil”, ed. Saraiva, 1996, uma coletânea de vários autores coordenada pelo Ministro *Sálvio de Figueiredo Teixeira*, encontramos, no trato do assunto, as monografias de *Cândido Rangel Dinamarco* (pág. 1); *Kazuo Watanabe* (pág. 19); *J. E. Carreira Alvim* (pág. 53); *Arruda Alvim* (pág. 77); *Luiz Guilherme Marinoni* (pág. 113); *Ovídio A. Baptista da Silva* (pág. 129); *Teori Albino Zavascki* (pág. 143); *Rodolfo de Camargo Mancuso* (pág. 167); *J. J. Calmon de Passos* (pág. 187); *Antonio Cláudio da Costa Machado* (pág. 215); *E. D. Moniz de Aragão* (pág. 233); *Ada Pellegrini Grinover* (pág. 251); *Humberto Theodoro Junior* (pág. 281); *José Rubens Costa* (pág. 303).

Também noutras publicações encontramos *Joel Dias Figueira Júnior* - *AJURIS*, vol. 65, nov. de 1995, pág. 228; *Adroaldo Furtado Fabrício* - *AJURIS*, vol. 66, pág. 5; *Nelson Nery Junior* e *Rosa Maria Andrade Nery* - Código de Processo Civil Comentado, Rev. dos Tribunais, agosto de 1997; *Luiz Paulo da Silva Araujo Filho* - Rev. de Jurisprudência - Justiça Federal-RJ, agosto de 1996, pág. 226; *Francesco Conte* - Rev. dos Tribunais, vol. 718, pág. 18; *J. E. S. Frias* - Rev. dos Tribunais, vol. 728, pág. 60; *João Batista Lopes* - Rev. dos Tribunais, vol. 729, pág. 63; *Jaildo Inácio da Costa* - Rev. da Escola Superior da Magistratura do D.F., edição especial, nº 1996; *Reis Friede* - Rev. da Proc. Geral da República, v.8, jan/jun/96, pág. 21; *Edgard Antonio Lippman* - Rev. de Processo, nº 81, pág. 37; *Renan Kfuri Lopes* - COAD-ADV – Seleções Jurídicas, 12/95; *Alvaro R. D. Perez Ragone* - Rev. de Processo, 81, pág. 135; *Luiz Alberto Rossi* - Rev. Lex, Jurisprudência do STJ e TRF/RS, nº 88, dez/96; *Nagib Slaibi Filho* - COAD-ADV - Seleções Jurídicas, 12/95; *Humberto Theodoro Júnior* - Rev. dos Tribunais, vol. 742, pág. 40; *José Eduardo Carreira Alvim* – Antecipação de Tutela na Reforma Processual, Revista Forense, nº 332, 1995; *Min. José Augusto Delgado* – Tutela Antecipada, Rev. CONSULEX, nº 12, dez./97.

Na doutrina alienígena, além da obra acima de *Perez Ragone* temos, vindos da Itália, recentes trabalhos de *Andrea Proto Pisani* - *Intervento in la tutela d'urgenza*, 1985; *Giuseppe Tarzia* - *I procedimenti cautelari*, 1990; *Federico Carpi* - *La tutela d'urgenza*, 1985, e *Giovanni Verde* - idem, dentre outros.

São todas obras de exuberante densidade jurídica revelando-se, sobretudo os doutos autores nacionais, reiterar-se, extremamente apreensivos e preocupados em realçar a imperiosa e inafastável exigência do mais atento e cuidadoso exame da tutela antecipada pelo juiz, seja quando requerida na petição inicial ou no decorrer do processo, tanto para concedê-la quanto negá-la.

Calmon de Passos entende que o pedido de antecipação da tutela jurisdicional requer petição autônoma, autuada em apartado, exigindo, segundo as conclusões de sua obra, o respeito ao contraditório e à instrução, pois não entende possível sua concessão sem audiência da parte contrária.

Todavia, o próprio *Calmon de Passos*, na mesma obra, em trecho anterior admite o sacrifício prévio e momentâneo do contraditório, porque recuperável depois, assegurando-se a tutela que, se não antecipada, se faria impossível no futuro (Da Antecipação da Tutela, - *in* Reforma do Cód. de Processo Civil, págs. 189 e 213).

Parece-nos inquestionavelmente cabível o pedido de tutela na própria petição inicial e com deferimento *inaudita altera parte*, quando houver o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação pela audiência da parte contrária (vide art. 804 do CPC, destinado ao processo cautelar).

Havendo dúvida no foro íntimo do juiz experiente, deverá ser ouvida a parte contrária. Já tivemos em oportunidades recentes, que assim decidir.

Tomemos o exemplo de *Teori Albino Zavascki*, a saber: “Casos haverá, e esses certamente são casos extremos, em que o conflito de direitos é tão profundo que apenas um deles poderá sobreviver, já que a manutenção de um importará o sacrifício completo do outro. Na Justiça Federal, por exemplo, não são incomuns pedidos para liberação de mercadorias perecíveis, retidas na alfândega para exame sanitário que, por alguma razão (greve dos servidores, por exemplo) não é realizado. Nesses casos, a concessão liminar da tutela pedida compromete irremediavelmente o direito à segurança jurídica a que faz jus o demandado (liberada e comercializada a mercadoria, já não há que se falar em seu exame fitossanitário!); e seu indeferimento torna letra morta o direito à efetividade do processo, porque, deteriorando-se o produto, inútil será sua posterior liberação. Em casos dessa natureza, um dos direitos fundamentais colidentes será sacrificado, não por vontade do juiz, mas pela própria natureza das coisas. *Ad impossibilia nemo tenetur*. Caberá ao juiz, com redobrada prudência, ponderar adequadamente os bens e valores colidentes e tomar a decisão em favor dos que, em cada caso, puderem ser considerados prevalentes à luz do direito. A decisão que tomar, em tais circunstâncias, é mais que antecipação provisória; é concessão ou denegação da tutela em caráter definitivo” (ob.cit., pág. 163).

Igualmente admite Ovídio A. Baptista da Silva a imediata tutela, quando diz: “Casos há, de urgência urgentíssima, em que o julgador é posto ante a alternativa de prover ou perecer o direito que, no momento, apresente-se apenas provável, ou confortado com prova de simples verossimilhança. Em tais casos, se o índice de plausibilidade do direito for suficientemente consistente aos olhos do julgador - entre permitir sua irremediável destruição ou tutelá-lo como simples aparência - esta última solução torna-se perfeitamente legítima. O que, em tais casos especialíssimos, não se mostrará legítimo será o Estado recusar-se a tutelar o direito verossímil, sujeitando seu titular a percorrer as agruras do procedimento ordinário, para depois, na sentença final, reconhecer a existência apenas teórica de um direito definitivamente destruído pela sua completa inocuidade prática” (ob. cit., pág. 142).

A tendência nossa e dos demais autores é, em casos de urgência e atendidos os requisitos do art. 273, pela concessão da medida *inaudita altera parte*, quando demonstrar o autor, convincentemente, o sério risco de dano irreparável se não concedida desde logo. (Nesse exato sentido Kazuo Watanabe, ob. cit., pág. 36, nº 23; Carreira Alvim, ob. cit., pág. 63; Nelson Nery Junior e Rosa Maria Nery, ob. cit., art. 273, nº 10).

Observe-se que, afastada a irreversibilidade e sendo, a tutela concedida, passível de revogação ou modificação a qualquer tempo, em decisão fundamentada, não há que se exigir uma prévia e ampla defesa, se patente o risco do perecimento do bom direito, em aparência decorrente da inicial cognição sumária.

7. Os efeitos da tutela antecipada. O estudo minucioso, pelo juiz, para sua concessão ou denegação. Sua revogação expressa e tácita -

A tutela antecipada do processo de conhecimento tem, no procedimento ordinário, sumário ou especial, seu leito mais comum e com evidente caráter *satisfativo* mas, por uma antecipação que é passível de reversão e assim, transitória perante um quadro de verossimilhança, só vai traduzir a verdade aparente do presumido bom direito no momento processual em que é concedida através da cognição sumária e assim, incompleta. O exaurimento da cognição ocorrerá no final da instrução, com sentença de mérito que poderá perfeitamente concluir em contrário à própria tutela, ao decidir em prol do direito do réu.

Outra forte preocupação da doutrina já formada perante o regime legal da tutela antecipada, é da subserviência da prática a viciosas deturpações, às quais pode se tornar vulnerável se aplicada sem maiores cuidados, tal como já ocorreu no processo cautelar.

Ovídio Baptista da Silva, em outra monografia mais recente “Antecipação da Tutela (Duas Perspectivas de Análise)” - AJURIS, vol. 70, julho de 1997, pág. 100, não tem ilusão quanto ao risco a que fica exposto o autor que obtém a medida antecipatória de vê-la revogada, liminarmente, até pelo relator de agravo de instrumento.

Não há nela, *nem poderia haver*, a segurança satisfativa perene e ideal. A possibilidade de *revogação expressa* está presente a todo o tempo na marcha processual, seja em 1º ou 2º grau de jurisdição, até mesmo de ofício, na precaução máxima adaptada a um sistema de pesos e contrapesos.

É assim que se realiza, parafraseando-se *Pontes de Miranda*, a pretensão à segurança da pretensão (*Anspruchssicherung*), embora esteja o grande mestre direcionado para o processo cautelar.

Por seu lado, há também que se analisar a *revogação tácita*, de previsível e não rara incidência prática, sobre o que não vimos quase nada em doutrina. Verificar-se-á na sentença de extinção do processo sem julgamento do mérito ou por perda de objeto, mas com tutela antecipatória já concedida e cumprida. Em tais hipóteses deverá haver a inevitável e automática reversão do quadro fático modificado pela tutela, com sua revogação expressa ou tácita.

Assim, o trânsito em julgado formal dessa sentença, inclusive havendo silêncio da mesma a respeito, importará na conseqüente expedição de mandado com retorno ao *statu quo ante*.

Se houver acordo, que as partes prevejam sua revogação ou manutenção total ou parcial.

8. Onde se torna aplicável a tutela antecipada? - Há pontos de convergência e de divergência, na doutrina, a respeito da tutela antecipada.

Como ponto de divergência podemos apontar o relativo à aplicação generalizada (ou não) dessa nova modalidade de tutela diferenciada, tal a elasticidade normativa de seu possível campo de aplicação.

Realmente, sua presença no art. 273 do CPC, deixou-a no campo das *Disposições Gerais* do Processo e do Procedimento, com a acentuação tônica genérica conferida pelo art. 270, a alcançar os processos de conhecimento, de execução, cautelar e os procedimentos especiais.

Contudo, seu lugar adequado e fértil se encontra no *processo de conhecimento*, a abranger os procedimentos ordinário, sumário e especiais de jurisdição contenciosa.

Nem por isso devemos afastá-la de todo da área do processo de execução, onde só paralelamente poderá se tornar cabível, quando oferecidos em apenso os *embargos do devedor*.

A execução está realizando a própria tutela jurisdicional. Por isso exclusivamente nessa via especial de conhecimento, no curso da execução, caberá a tutela antecipada.

Perante o processo cautelar existirá absoluta incompatibilidade, já que o processo cautelar só garante, assegura ou previne o risco do perecimento do direito conflitado.

Se a tutela antecipada traz, em sua essência, a *satisfatividade*, ainda que provisória do direito litigioso, malgrado não lhe confira a solução final e se submeta à revogação a qualquer tempo ou à reversão da sentença de mérito pela nova visão global do quadro fático e probatório, não se compadece com a natureza puramente acautelatória do processo cautelar.

Outrossim, sabemos inexistir atos jurisdicionais compulsórios nos procedimentos especiais de jurisdição voluntária, onde só ocorre a administração judicial de interesses privados, pelo que nela não há lugar para a tutela jurisdicional efetiva ou diferenciada.

Pelos mesmos motivos, reitere-se, *a tutela antecipada não pode existir dentro do processo de execução*.

Há também que se analisar, de caso a caso, sua incidência nos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa.

Neles temos, em certos modelos procedimentais típicos, a liminar embutida em sua marcha procedimental.

É o que acontece, por exemplo, no procedimento de nunciação de obra nova, na busca e apreensão do bem dado em alienação fiduciária em garantia, nas vendas a crédito com reserva de domínio, onde a liminar integra a marcha procedimental

Nessas hipóteses procedimentais não nos parece caber a tutela antecipada que possa afetar o campo da liminar, de outro modo haverá o descumprimento do devido processo legal.

Há, porém, hipóteses de procedimentos com rito especial, mas passíveis de presença da tutela antecipatória ou antecipada, tal como ocorre no procedimento especial de alimentos e na ação consignatória em pagamento, nesta última ao já haver a previsão legal do levantamento satisfativo completo e total ou parcial do depósito.

Nas ações possessórias contra possuidor de menos de ano e dia, não se torna necessária a tutela antecipada, já que em seu lugar, e até com caráter satisfativo transitório, há a reintegração ou manutenção de posse liminar.

Já para a posse de mais de ano e dia temos a possibilidade da presença dessa tutela, mas nunca concessível *inaudita altera parte* e preferencialmente seu descabimento, se qualquer mínima dúvida pairar sobre o direito possessório de autor ou réu, ou mesmo se for, a posse do réu, longínqua no tempo, se a discussão for meramente possessória, ou sobre o domínio ou

outro direito sobre a coisa, e, finalmente, se a discussão for da posse em função de domínio questionado, vale dizer, sem a evidência do art. 505 do Código Civil.

Nos mandados de segurança já encontramos o absurdo de se supor que, concedida a liminar, perde a impetração seu objeto pelo fato consumado. Tal liminar, porém, jamais deverá ser satisfativa absoluta e *muito menos irreversível*, o que o próprio art. 273 a abomina, mas tão somente satisfativa transitória ou acautelatória do presumido *direito liquido e certo* pois, no julgamento final do *writ*, poderá ficar evidenciada a inexistência desse direito e consequentemente, se impor decisão diametralmente oposta.

9. Legitimidade para requerer a antecipação e sua concessão de ofício. Juízo competente - Normalmente, só o autor está habilitado para requerer a tutela antecipada. Também o reconvinte está igualmente habilitado a requerê-la, assim também o autor da declaratória incidental e o réu nas causas de natureza dúplice.

Do mesmo modo, o assistente simples poderá requerê-la, desde que a tal não se oponha o assistido no pólo ativo, assim o assistente litisconsorcial, como o Ministério Público quando parte (art. 81 do CPC) ou fiscal da lei (art. 82 do CPC).

Outrossim, na esteira das lições de *Nelson Nery Junior* e *Rosa Maria Nery*, ob. cit., art. 273, nº 6, é vedado ao juiz conceder de ofício a tutela antecipada, tanto que impera em nosso direito processual, e nos mais adiantados, a regra *ne procedat iudex ex officio*.

Acentue-se não excepcionarem, as providências complementares previstas nos parágrafos 4º e 5º do art. 461, a regra acima citada, já que coexistem como medidas necessárias à efetivação da tutela específica ou para obtenção do resultado prático equivalente.

Em consequência lógica, pelo forte relevo dessa tutela diferenciada, o requerimento para sua concessão ou mesmo revogação deve vir com a mais clara exposição fática e jurídica, sobressaindo-se a mais completa prova documental, a exigir do juiz, como já repetidamente alertamos, a maior atenção para, fundamentadamente, deferi-la, indeferi-la ou revogá-la.

Sob outro ângulo de visão das medidas de urgência adaptável à atualidade é a questão lembrada por *Lopes da Costa*, a respeito de seu requerimento perante o juiz do lugar em que deva ser executada, ainda que incompetente. Requerida perante este, não admitia *Lopes da Costa*, refutando lição de *Jorge*

Americano e Carvalho Santos, o cabimento de sua concessão. E concluía que sem dúvida “é lamentável a imprevidência do legislador justamente em matéria de previdência” (“Medidas Preventivas”, 1958, nº 29, págs. 33-4).

Creemos estar *Lopes da Costa* dentro da boa ortodoxia. Mas se lidamos com matéria de urgência, não incidiremos em erro se formos mais flexíveis e admitirmos a concessão da medida pelo juiz incompetente, com os notáveis escólios históricos fornecidos por *Pontes de Miranda*, *verbis*: “Se a medida preventiva, retardando-se, ou não sendo pedida e concedida imediatamente, onde se acha o objeto a que ela se refere, perderia toda pertinência, ou estaria quase completamente sacrificada, como se o devedor está a fugir com os bens, ou o pai, ou mãe, ou tutor ou curador, com o menor ou se a separação de corpos é urgente, o problema assaz se complica. *Silvestre Gomes de Moraes* (“*Tractatus de Executionibus*”, I, 92). Partia do princípio: “*Quando est periculum in mora incompetentia non attenditur*, que ele extraía do direito português, citando as Ordenações Filipinas, Livro 1, Título 54, § 2, as quais admitiam que o juiz incompetente conhecesse do pedido de medida preventiva: a) se havia perigo na mora; b) se o devedor estava a fugir; c) e no caso de flagrante delito. *Manuel Gonçalves da Silva* (“*Commentária*”, I, 247) seguiu-lhe as pegadas, reduzindo todos os casos a um só (perigo na mora) e frisando que, fora daí, o conhecimento da coisa pertence ao juiz *coram quo lis pendet, vel pendere debet*. Tal a tradição de nosso direito; e a regra do art. 800 não a elimina, porque o Código, fora da incompetência *ratione materiae*, mantém a política da eficiência e conservação dos atos judiciais.” (*Pontes de Miranda*, “Comentários ao Código de Processo Civil”, 1976, Tomo XII, art. 800, pág.59).

O art. 800 c/c 807 do vigente CPC não o veda, havendo em *Theotônio Negrão* jurisprudência a respeito (nota nº 3 ao art. 800).

10. A tutela específica liminar, satisfativa, revogável e transitória nas obrigações de fazer ou não fazer - Malgrado o art. 461 do CPC tenha redação introduzida pela mesma Lei 8.952 de 13/12/94, seu *nomen juris* diverso e sua regulamentação fornecem a idéia errônea de ser em algo distinta, em sua essência básica, daquela do art. 273, quando a tutela antecipada é a mesma, o que só se explica por ter, a Lei 8.952, tomado de empréstimo o texto do art. 84 da Lei 8.078 de 11/9/90 (Código de Defesa do Consumidor), a sujeitar o intérprete a alguma perplexidade.

Assim, a tutela específica da obrigação de fazer e não fazer tem os mesmos lineamentos básicos da tutela antecipada, em seus efeitos satisfativos, revogáveis e transitórios, como prevista no art. 273, malgrado o modelo da obrigação sobre o qual incide seja diverso.

O novo regulamento do art. 461 merecia, a rigor, melhor adaptação, a si, dos arts. 287, 644 e 645 do CPC.

É bem verdade ter havido, nos arts. 632, 644 e 645, nova redação introduzida pela Lei 8.953 de 13/12/94, onde ficou previsto que o juiz da execução assinará prazo ao devedor, se outro não estiver determinado, ou fixará multa, se *omissa a sentença*, por dia de atraso e a data a partir da qual ela será devida (arts. 632 e 644 do CPC).

Esse acréscimo na execução só ocorrerá se, não requerida ou indeferida a tutela antecipada específica, a sentença exequenda tiver omitido a multa.

Na hipótese do art. 461 temos a previsão da tutela específica para o cumprimento da obrigação de fazer, qual seja a tutela com caráter satisfativo para cumprimento, pelo devedor, da *obligatio faciendi*. Será concedida liminarmente e assim, *inaudita altera parte*, ou mediante justificação prévia, citado o réu.

Conseqüentemente, se a *obligatio* for fungível, poderá ser prestada por terceiro e a multa, mesmo assim, será antes aplicada com prazo certo antecedente para o cumprimento da obrigação e o início de sua incidência processual-aflictiva, o que a sentença o ratificará na eficácia retrocessiva.

A execução coativa específica *in natura* se cumprirá numa segunda etapa, mas desatendida a obrigação ainda assim, e se revelando a multa incoercível, tal deverá ser apreciado na sentença.

Se a obrigação for infungível e, em conseqüência, o fato só puder ser prestado pelo devedor, impõe-se também a prévia aplicação da multa como meio de coação.

Nesta hipótese, *nemo ad factum precise coqui potest* (ninguém pode ser coagido fisicamente a prestar o fato). Daí lembrar *Moacyr Amaral Santos* que, se ninguém pode ser coagido à prestação do fato, não segue que não possa ser compelido a prestá-lo.

Conduz-se a vontade do devedor, através coercitivos indiretos, a cumprir a obrigação.

Nas duas hipóteses, portanto, à multa se acrescerá, quando se impuserem os meios de sub-rogação, seu valor equivalente, resolvendo-se

em perdas e danos o descumprimento da obrigação pelo devedor, *quando o fato não puder ser prestado por terceiro*, passando a ser bem severo o castigo patrimonial a ser sofrido pelo devedor, já que à multa se acrescerá o montante das perdas e danos.

Logo, sintonizando-se os arts. 287, 461, 632, 644 e 645 do CPC, podemos admitir a tutela específica liminar com caráter satisfativo, revogável e temporário, devendo ser ratificada, alterada ou reformada pela sentença de mérito.

Sua ratificação fica implícita no silêncio da sentença de procedência, que nem por isso deve deixar de ser explícita a respeito devendo, o início do prazo da multa, vir computado a partir do momento em que foi descumprida a tutela específica determinada.

Eis a vantagem coercitiva da tutela específica satisfativa perante a tutela cautelar, aquela comportando esse termo *a quo*, antecedente, do prazo da multa, ao contrário da última.

Não era o que acontecia perante o direito anterior.

Mas a sentença verificará que a multa diária não poderá ultrapassar o valor da obrigação principal (art. 920 do Código Civil), senão irá ao infinito, o que é de todo inadmissível, bastando para tal a constatação de, sem limite, ocorrer a insatisfação indefinida ao direito conflitado.

Por isso mesmo, a essa penalidade decorrente do meio de coação previsto na tutela específica liminar, que é a multa diária, análoga até certo ponto às *astreintes* francesas, quando então poderá se ter revelado incoercível, deverá a sentença acrescentar o meio de sub-rogação adequado ao cumprimento da obrigação de fazer infungível, que poderá se traduzir nas perdas e danos, conforme o autoriza o art. 461 § 2º do CPC.

Acentue-se, porém, ser impossível um acréscimo das perdas e danos na execução, se imprevista na coisa julgada exequenda já que a execução deve se circunscrever aos limites objetivos da *res judicata*.

Não custa ser lembrado o péssimo regramento da execução das obrigações de fazer e não fazer no Código de Processo Civil de 1939.

A despeito de ter havido melhor regulamentação no vigente CPC, ainda houve a supervalorização da pena pecuniária diária (art.287 c/c 644), sobretudo para a execução, o que dilata o cumprimento da *obligatio faciendi*.

Por isso chegou, o art. 287 do CPC, a ser interpretado restritivamente, como só se referindo às obrigações de fazer *infungiveis* (fato que não possa ser realizado por terceiro).

Contudo, com a vinda do art. 461 segundo a redação da Lei 8.952/94, o cumprimento de obrigação de fazer fungível ou infungível se submete a um mesmo regime, desde que a *tutela específica* antecipada, quando deferida, sempre se circunscreva à aplicação do meio de coação consistente na multa diária.

O meio de sub-rogação, consistente nas perdas e danos, só ocorrerá na sentença final, esta convertida em coisa julgada, para se proceder a sua execução, sem prejuízo da multa já vencida e cobrável.

Havendo, pois, a concessão da tutela específica, com aplicação da multa diária e termo *a quo* preestabelecido para sua incidência, descumprida a obrigação e iniciado, antes da sentença, seu intercurso, já estará a multa vencida no todo ou em parte quando da sentença de procedência e de sua execução. Poderá o juiz da execução convertê-la para o meio de sub-rogação consistente nas perdas e danos desde logo, se previsto na sentença e requerido pela parte credora.

Se não tiver havido a tutela antecipada, o melhor seria desde logo se aplicar o meio de sub-rogação correspondente ao inadimplemento, qual seja o cumprimento da obrigação fungível por *terceiro*, este sendo interpretado extensivamente, a abranger o juiz através da sentença, o credor ou o próprio terceiro. Na hipótese em sentido estrito, temos o complicador do art. 634, consistente na expedição de edital de concorrência pública (parágrafos 1º a 5º).

Note-se ser, o objetivo primordial do credor, o cumprimento da obrigação de fazer *in natura* ou, tornando-se impossível, a aplicação célere e assim, eficaz do meio de sub-rogação.

11. **Institutos Afins** - Os institutos afins, na expressão de *Calamandrei*, são normalmente as liminares integrantes ou não da marcha dos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa, assim também as contracautelas (arts. 805, 925 e 940 do CPC).

As liminares integrantes dos ritos especiais, só por si, o especializam. Todas as liminares, pela tutela de urgência diferenciada a que conduzem, guardam alguma afinidade com o processo cautelar.

Se no início de 1995 tínhamos dúvidas sobre os efeitos benéficos da tutela antecipada, já que convulsionaria o quadro fático dos procedimentos do processo de conhecimento, como disséramos (nº 5 supra), hoje não mais sufragamos tal impressão.

Segundo a linha de raciocínio de *Calamandrei*, a atual tutela jurisdicional antecipada nada mais deve ser que outro instituto afim, tanto que nitidamente germinado no solo fértil das cautelares inominadas de cunho impropriamente satisfativo.

Outros institutos afins do processo cautelar, além das liminares dos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa têm aparecido em certos ritos onde haja a antecipação da tutela, como se vê no procedimento monitorio, onde a expedição do mandado de pagamento ou entrega da coisa cobrada é deferida de plano suspendendo-se sua eficácia se, no prazo de 15 dias, o réu oferecer embargos nos próprios autos, que independem de qualquer segurança do juízo. Se os embargos não forem opostos, di-lo o art. 1102-C do CPC, constituir-se-á, de pleno direito, o título executivo judicial.

Se o réu cumprir o mandado, ficará isento da condenação em custas e honorários.

A concordância ou a omissão é que conduz ao julgamento antecipado.

Observe-se não haver, a rigor, a preconizada afinidade, sugerida em setores da doutrina, entre a tutela antecipada e o procedimento monitorio, tal o leque de diferenciações características e procedimentais.

Outros exemplos similares mais próximos podem ser relacionados, como já vimos, na consignatória em pagamento, quando do levantamento, pelo credor, de parcelas por este incontestadas (nº 8 supra).

12. Conclusão - Em suma, a índole satisfativa das tutelas jurisdicionais diferenciadas (tutela antecipada *lato sensu* e tutela específica, também antecipada) das obrigações de fazer e não fazer, sedimentou indelevelmente o fim exclusivo do processo cautelar. Por não ser satisfativo, este normalmente não tem mérito, eis que sua essência se completa na preestabelecida destinação à segurança, prevenção, proteção ou cautela ao direito integrante do mérito do processo de conhecimento, corporificado na pretensão.

Numa única hipótese o processo cautelar se converte em satisfativo, por economia processual, quando nele o juiz acolhe a prescrição ou decadência do direito do requerente, em geral apreciável no processo de conhecimento (art. 810 do CPC).

Na realidade são, as tutelas diferenciadas, novas medidas de urgência detentoras simultaneamente de carga acautelatória e satisfativa, que nem por isso afetam a natureza intrínseca do processo cautelar. Pelo contrário, valorizam-na.

Logo, coexistem perfeitamente entre si o *processo cautelar*, com seu feixe intacto de medidas liminares nominadas e inominadas de urgência, o *processo de conhecimento*, agora dotado das mencionadas tutelas antecipadas, e o *processo de execução*.

Nada impede, pois, que haja a concessão de uma liminar acautelatória em processo cautelar antecedente ou incidental, assim também, em consequência do mesmo litígio, ser a seguir requerida e deferida a tutela antecipada no processo principal de conhecimento, revogando ou mesmo se acrescentando à liminar, tudo com independência e autonomia processuais e procedimentais.

Cada decisão terá sua extensão e sede próprias de proferimento e submissão, segundo o processo a que pertencer.

Não queremos dizer que a sentença do processo de conhecimento não possa abranger, em seus fundamentos e *decisum*, o processo cautelar, o que de muito vem na prática acontecendo.

Outrossim, como dissemos acima (nº 8, final), a Lei 9.494 de 10/9/97, que disciplina a aplicação da *tutela antecipada* contra a Fazenda Pública, tornou-a inaplicável aos casos de reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens. Inclusive em tais casos terá efeito suspensivo o recurso voluntário ou *ex-officio* de sentenças de 1º grau.

Eis a sinalização *ex-vi legis*, contra a preconizada amplitude de sua aplicação.

A propósito, na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4, em que foram requerentes o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal e a Mesa da Câmara dos Deputados, em sessão plenária do dia 11 de fevereiro de 1998, o Eg. Supremo Tribunal Federal proferiu a seguinte decisão:

“O Tribunal, por votação majoritária, deferiu, em parte, o pedido de medida cautelar, para suspender, com eficácia *ex nunc* e com efeito vinculante, até final julgamento da ação, a prolação de qualquer decisão sobre pedido de tutela antecipada, contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494, de 10/9/97, sustando, ainda, com a mesma eficácia, os efeitos futuros dessas decisões antecipatórias de tutela já proferidas contra a Fazenda Pública, vencidos, em parte, o Ministro Néri da Silveira, que deferia

a medida cautelar em menor extensão, e, integralmente, os Ministros Ilmar Galvão e Marco Aurélio, que a indeferiam”.

Em suma, sem outros critérios apriorísticos, o intuito desses novos institutos se realiza através da *efetividade* em seus variados matizes, ao objetivar a implantação de um moderno processo de resultados práticos, oportunos, eficazes e destinados, em forma e fundo, à melhor composição dos conflitos de interesses. ◆

A Natural Inferioridade do Devedor no Processo de Execução

NAGIB SLAIBI FILHO

Juiz de Direito - TJRJ

*Professor da EMERJ e da Universidade Salgado de
Oliveira*

No processo de execução, independentemente de seu fundamento (título judicial ou extrajudicial), pretende-se uma atividade estatal no sentido de satisfazer o alegado direito do credor, desde que este demonstre inicialmente o fundamento jurídico (ou título) judicial ou extrajudicial e incida o fundamento fático, que é a mora do devedor.

É o que está no art. 614 do Código de Processo Civil, cumprindo ao credor, ao requerer a execução, pedir a citação do devedor e instruir a petição inicial com:

- o título executivo, dispensado de exibí-lo se a execução se fundar em sentença;
- o demonstrativo do débito atualizado até a data da propositura da ação, em se tratando de execução por quantia certa; e
- a prova de que se verificou a condição, ou ocorreu o termo, no caso do art. 572 da lei processual, ou de que adimpliu a contraprestação que lhe corresponde ou que lhe assegura o cumprimento, como estipula o disposto no art. 615, IV.

Em se tratando de obrigação decorrente de contrato, e porque é impossível ao credor demonstrar que o devedor não pagou, cabe a este, se e quando oferecer defesa na execução, provar que pagou ou o fato extintivo de sua obrigação, em face da presunção que decorre do disposto do princípio geral que se extrai dos arts. 939 e 940 do Código Civil.

Há, assim, uma presunção *hominis* quanto à veracidade do título em execução, ao menos no momento inicial de cognição judicial.

Daí também decorre o tratamento diferenciado entre as partes - credor e devedor - na relação processual de execução, o que, em absoluto, não significa violação do devido processo de lei, como garantia constitucional para qualquer processo judicial ou administrativo (art. 5º, LIV).

Aliás, diz o art. 612, do Código de Processo Civil, que a execução é feita no interesse do credor, e, no art. 569, de que o credor pode desistir, no todo ou em parte, da execução, independentemente da concordância do devedor.

É inerente ao processo de execução a supremacia jurídica do credor sobre o devedor, não se podendo imputar vulneradores ao princípio do processo justo exigido pela Constituição provimentos judiciais como os que *a)* em execução por título extrajudicial de quantia certa contra devedor solvente, determina a realização de penhora; *b)* manda arrestar os bens do devedor se este não for inicialmente encontrado para a citação; e *c)* ordena a venda do bem penhorado em hasta pública, na oportunidade processual adequada.

Tais atos constritivos, aqui trazidos como exemplos, avançando no patrimônio do devedor, compõem o procedimento previsto em lei para satisfazer o interesse do credor.

De regra, os embargos, como ação incidental autônoma - constituem a forma processual adequada para a defesa no processo de execução, pelo devedor ou por quem tenha a sua situação jurídica alcançada pelos atos judiciais de constrição.

A criatividade dos advogados, com o incentivo dos tribunais superiores, instituiu a denominada “exceção de pré-executividade do título”, em que se busca, antes do oferecimento de embargos, cognição judicial que se restringe a exame sumário dos requisitos legais para a execução, matérias que o julgador deveria ter considerado *ex officio*, tanto antes de proferir o despacho liminar positivo como em momento ulterior.

Ressalte-se o caráter sumário e restrito da exceção de pré-executividade, em que descabe dilação probatória que não seja aquela similar ao da ação de mandado de segurança, limitando a cognição judicial, devendo o juiz, se insuficiente a demonstração do alegado, determinar o prosseguimento da execução, remetendo as questões para a sede natural de defesa da execução, que é a ação de embargos.

Ainda assim, pode-se proclamar que basta para o início da execução a demonstração da liquidez, certeza e exigibilidade do título judicial ou extrajudicial, este, nos termos do art. 585 do Código de Processo Civil, podendo oferecer variada gama de fundamentos, e aquele a exigir a congruência entre a condenação e a execução, como se extrai do disposto no art. 741 do mesmo estatuto.

Assevera Celso Ribeiro Bastos, ao comentar o inciso LV do art. 5º a Constituição Federal, que a igualdade entre autor e réu não pode ser absoluta, porque autor e réu são coisas diferentes (Comentários à Constituição do Brasil, p. 267, 2º vol.), este último submetido ao direito potestativo consubstanciado no exercício da ação e, assim, em estado de sujeição.

Celso Agrícola Barbi, cujo passamento, ocorrido em 28 de março de 1996, todos nós lastimamos, aborda a questão da igualdade das partes no processo:

“A doutrina clássica destaca quatro princípios informativos do processo, entre os quais o denominado princípio jurídico segundo o qual as partes devem ter tratamento igual.

O mandamento dirige-se em primeiro lugar ao legislador, para que elabore as leis processuais de modo a fixar esta igualdade.

Mas dirige-se, em segundo lugar, ao juiz, para que ele, na parte em que tem arbítrio, procure assegurar às partes igualdade de tratamento. No exercício desse poder, no entanto, não pode o juiz pretender igualar a situação das partes quando a própria lei lhes deu tratamento diversos. Por isto, não pode o juiz pretender aumentar, verbis gratia, o prazo para o particular, a fim de colocá-lo em igualdade com a Fazenda a quem a lei de modo expreso deu situação melhor; quer para contestar; quer para recorrer.” (Celso Agrícola Barbi, Comentários ao Código de Processo Civil, Rio de Janeiro, Editora Forense, v. I, 2ª ed., p. 514, verbete 679).

Não há, assim, como se pretender, ainda para amoldar o procedimento instituído por lei ao critério subjetivo de algum intérprete quanto ao tratamento isonômico, de se fazer com que o devedor seja tratado da mesma forma que o credor.

Em processo de execução, é imanente a desigualdade de tratamento entre credor e devedor, pois aquele ostenta, sobre esse, a superioridade jurídica decorrente da superioridade econômica de lhe poder exigir uma conduta determinada.

O procedimento da execução corresponde à atuação necessária da função jurisdicional para satisfazer o crédito.

Comentando sobre a atuação da lei em prol do autor, Giuseppe Chiovenda conceitua a execução processual:

“... a atuação prática, da parte dos órgãos jurisdicionais, de uma vontade concreta da lei que garante a alguém um bem da vida e que resulta de uma verificação; e conhece-se por execução o complexo dos atos coor-

denados a esse objetivo.” (Giuseppe Chiovenda, Instituições de processo civil, v. I, p. 399).

Através do processo de execução, a função jurisdicional do Estado substitui os atos negados pelo devedor, o qual se recusou, no plano material, a satisfazer o crédito.

Como o devedor não atuou praticamente para a satisfação do crédito, extinguindo-o com o pagamento ou outras formas possíveis (pagamento, novação, transação etc) o credor se socorre da Justiça para obter a atuação necessária para se satisfazer.

“É preciso, em tudo isso, não se esquecer que o processo tem por fim obter a realização do direito, de jeito que o direito material é que se “satisfaça” com a execução. Se se executa forçadamente, é porque o direito material supõe que se execute obrigação. Como se há de chegar até aí, se não há execução voluntária, depende do direito pré-processual, ou do direito processual, conforme se trate de regra jurídica quanto a pretensão à tutela jurídica, ou de regra jurídica sobre o exercício daquela pretensão e a relação jurídica que se forma com ele.

...

Quem deve e é obrigado tem de pagar (executar voluntariamente). Se não paga, ou há a execução pelo próprio credor que, de regra, é, hoje, proibida, ou a execução forçada, que é feita pela justiça estatal, sucedânea da justiça de mão própria. A pretensão e a ação executivas existem já no direito material, mas o modo de proceder-se depende do regramento pelo direito pré-processual e pelo direito processual. Por isso, a ação executiva, a actio pode preceder à própria criação do título extrajudicial ou judicial executivo, como se a dívida ainda não foi documentada, ou incorporada em título que baste ao adiantamento da execução.” (Pontes de Miranda, Tratado das Ações, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1978, tomo VII, pp. 97/99)

O conteúdo do crédito é que informa o procedimento pelo qual o Estado vai substituir a atividade denegada pelo devedor com o objetivo de satisfazer a obrigação.

Por isso é que existem diversas modalidades de execução.

Não se executa, ainda que na modalidade de execução em quantia certa, de modo sempre uniforme.

Por exemplo, sendo o devedor pessoa privada, com patrimônio suficiente, será utilizada a via procedimental da execução de quantia certa

contra devedor solvente; se, pessoa privada, e sem patrimônio suficiente, utilizar-se-á o procedimento da insolvência, mas, se for comerciante, haverá o procedimento especial da falência, ou, se for instituição financeira, o procedimento de liquidação extrajudicial previsto na Lei 6.024, de 13 de março de 1974; em se tratando de devedor de alimentos, há procedimentos especiais tanto no Código de Processo Civil como na Lei 5.478, de 25 de julho de 1968; na execução de quantia certa em face da Fazenda Pública será utilizado o procedimento do art. 730 e seguintes, do Código de Processo Civil; na execução fiscal adota-se procedimento da Lei 6.830, de 22 de setembro de 1980; na execução em face de mutuário do Sistema Financeiro da Habitação, o procedimento da Lei 5.741, de 1º de dezembro de 1971 etc.

Note-se que mesmo no processo de conhecimento o procedimento corresponde ao modo que a ordem jurídica considera mais eficiente para a cognição da causa (como, por exemplo, o procedimento da ação de anulação de títulos ao portador, ou o rito da ação de consignação em pagamento).

Ninguém ousaria proclamar vulneradores da garantia da jurisdição ampla, assegurada no art. 5º, XXXV, da Constituição, o rito da ação de consignação em pagamento, exigindo o depósito premonitório como requisito de desenvolvimento válido e regular do processo, ou o procedimento falimentar ou, até mesmo, os prazos prescricionais ou decadenciais previstos no Código Civil, no seus arts. 177 e 178.

O processo da execução adapta-se ao crédito que se busca satisfazer, tanto quanto possível e razoável.

Veja-se, por exemplo, o processo falimentar que só incide sobre o comerciante impontual e o que se busca, aí, não é favorecer ou discriminar o comerciante, mas proteger o denominado “crédito público”, ensejando que a satisfação do crédito em proporção, possível de ser suportada pelo patrimônio expropriado, para a satisfação, ainda que parcial, dos créditos.

A diversidade dos procedimentos corresponde à diversidade das situações que a vida humana pode oferecer em sociedade diferenciada, complexa e cada vez mais sofisticada no relacionamento que se exige de todos os indivíduos na busca dos bens necessários à sua existência e ao seu desenvolvimento.

Não adianta irrogar ao legislador a responsabilidade de não ter elaborado leis que possam solucionar todos os conflitos de interesse.

O legislador, ao elaborar as leis, está naturalmente limitado pela generalidade e abstração que caracteriza os atos de sua função precípua.

Ao juiz, na sua atividade concreta e individual, cabe dirigir o processo, fazendo valer a norma genérica e abstrata, velando pela rápida solução dos litígios (CPC, arts. 125 e 598), na execução buscando satisfazer o interesse do credor (art. 612) da forma menos gravosa para o devedor (art. 620).

A diversidade social, por si só, legitima o tratamento diferenciado dos indivíduos, em todo e qualquer processo judicial, mormente no processo da execução. ◆

Sustação pelo Tribunal do Cumprimento de Sentença Sujeita a Apelação de Efeito Apenas Devolutivo

SERGIO BERMUDES

*Professor de Direito Processual Civil da PUC-RJ.
Advogado.*

1. **O problema** - Na sua atual redação, decorrente do art. 2º da Lei nº 9.139, de 30.11.95, o art. 558, *caput*, do Código de Processo Civil permite ao relator do agravo de instrumento suspender, a requerimento do agravante, o cumprimento da decisão agravada, até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e noutros, dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação.

A aplicação do dispositivo não oferece maiores problemas porque, na nova sistemática, que lhe foi dada pela reforma do CPC, o agravo de instrumento se interpõe diretamente no tribunal, conforme o art. 524, na redação do art. 1º da lei aludida. Distribuído *incontinenti*, para repetir-se o feio advérbio do art. 527, o agravo vai ao relator que, como está no inciso II desse dispositivo, poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso, ocorrendo uma das hipóteses do art. 558, expressamente referido naquela norma. Desnecessário acrescentar que só se admite a suspensão do ato que for impugnado por agravo de instrumento. O agravo retido, que se interpõe na primeira instância (art. 523 e parágrafos), é de todo incompatível com a sustação da eficácia da decisão contra a qual ele se insurge. Valendo-se do agravo retido, o agravante renuncia à pretensão de suspender o cumprimento da decisão agravada, que sabe será revista pelo juiz (art. 523, § 2º), ou pelo tribunal, mas somente como preliminar da eventual apelação (art. 523, *caput*).

Na redação do art. 2º da mencionada Lei nº 9.139, o parágrafo único do art. 558 manda aplicar a norma nele contida às hipóteses do art. 520, que enumera os casos nos quais a apelação só produz o efeito devolutivo, que não obsta ao imediato cumprimento da sentença apelada. Conseqüentemente, impugnada por apelação de efeito só devolutivo, pode o apelante pedir a

suspensão do cumprimento da sentença. Num opúsculo, publicado logo após a edição das leis de reforma do Código, escrevi que o parágrafo único do art. 558 autoriza a suspensão da sentença sempre que a apelação produza apenas o efeito devolutivo, ainda que ela não verse uma das matérias mencionadas no *caput* daquele artigo. Acrescentei que essa opinião é autorizada pela remissão feita pelo parágrafo único do art. 558 ao art. 520, pois neste se alinham matérias estranhas às referidas no *caput* daquele (cf. *A Reforma do Código de Processo Civil*, 2ª ed., Saraiva, S.Paulo, 1996, p. 125).

Acontece que a competência para a sustação do cumprimento da sentença apelada a lei não a deferiu ao juízo da primeira instância, porém, unicamente, ao relator do recurso, como resulta inequívoco da leitura da íntegra do art. 558. Daí decorre um problema, que o cotidiano forense revela aflitivo: como a apelação se interpõe na primeira instância, onde esse recurso pode assumir tramitação vagarosa, em virtude do seu procedimento, ou de uma dessas múltiplas circunstâncias que conspiram contra a celeridade do processo, de que modo se poderá obter a imediata sustação do cumprimento da sentença, se dele puder resultar lesão grave e de difícil reparação? Diariamente - para se ficar num só exemplo - proferem-se sentenças cautelares, cuja apelação só produz o efeito devolutivo (art. 520, IV) mas de cuja execução podem advir conseqüências calamitosas, tudo recomendando a imediata sustação do cumprimento desses atos.

Não há dúvida de que se frustraria a vontade da lei, se o relator só pudesse suspender o cumprimento da sentença quando o processo subisse ao tribunal, o que leva tempo e, não raramente, só se verifica depois que a sentença provocou lesão irreversível, ou grave e de difícil reparação.

2. A solução - Espanta e admira que o misoneísmo, acendrado nos bacharéis, chegue a sustentar o absurdo de que só seria possível a suspensão do cumprimento da sentença pelo relator da apelação após a subida do recurso ao tribunal. Semelhante posição é supinamente ilógica porque inviabiliza o propósito da lei, inquestionavelmente manifestado no sentido da possibilidade de se formular oposição ao cumprimento da sentença gravosa. Desarrazoada seria a norma jurídica que, reconhecendo a necessidade de se sustar a execução de uma sentença da qual pudessem advir prejuízos, só consentisse a sustação depois que ela já houvesse produzido as suas conseqüências deletérias. Seria como pôr tramela na porta depois da entrada do ladrão.

Com o vezo dos bacharéis de só se servirem de institutos conhecidos, pouco importando que a lei já os tenha superado, propugna-se pelo uso do mandado de segurança para se suspender, por meio da liminar que nele se concedesse, a eficácia da sentença sujeita à apelação de efeito só devolutivo, pelo tempo do processamento dela na primeira instância, até que, chegado o recurso ao tribunal, o relator pudesse proceder conforme o parágrafo único do art. 558. O respeitável *Theotônio Negrão*, na nota 9 ao art. 558, na 28ª edição do seu famoso CPC (p. 450), inclina-se pela interposição de agravo de instrumento pleiteando efeito suspensivo à apelação.

Parece que essas posições não se harmonizam com a sistemática dos recursos de apelação e de agravo, resultante da reforma do Código de Processo Civil. Muito claramente, o Código pretendeu, senão abolir, ao menos minimizar o esdrúxulo uso do mandado de segurança contra ato judicial. Contrariaria a vontade da lei impetrar-se o mandado para se obter um efeito que, bem analisado o instituto, decorre da própria apelação, cuja interposição, consoante o parágrafo único do art. 558, torna possível a suspensão do cumprimento da sentença apelada. Por outro lado, seria inconcebível a interposição de agravo de instrumento para se obter a suspensão do cumprimento da apelação enquanto ela tramitasse na primeira instância porque isso equivaleria, no fim das contas, a fazer do agravo um meio de impugnação da sentença, que a própria lei declara apelável.

Quando, na Comissão Revisora do CPC, nomeada pelo Governo da República em 1985, me foi atribuída a tarefa de rever a parte do Código relativa aos recursos, atento à problemática aqui exposta, e muito empenhado em abolir o uso do mandado de segurança contra ato judicial, propus a seguinte redação para o art. 558: “Se o recurso não tiver efeito suspensivo e, relevante a sua fundamentação, houver justificado receio de lesão grave e de difícil reparação, poderá o recorrente, mediante a apresentação de cópia da decisão recorrida e do recurso, e de prova da sua interposição, requerer ao relator que suspenda a eficácia da decisão recorrida”. No texto proposto, falei, genericamente, em recurso, porque não cogitei do ajuizamento do agravo diretamente no tribunal, tal como hoje ocorre.

Acredito, muito firmemente, que a solução por mim apontada no Anteprojeto de Revisão do CPC (cf. suplemento ao nº 246 do D.O.U. de 24.12.85) continua sendo, dentre todas as possíveis, a mais compatível com o parágrafo único do art. 558 do Código de Processo Civil, na sua atual redação. Ela evita o dispendioso uso do mandado de segurança e a

ilógica interposição de agravo de instrumento com a anômala finalidade de se suspender o cumprimento da sentença impugnada por apelação de efeito apenas devolutivo.

Creio, então, que, havendo necessidade de se obter a suspensão do cumprimento da sentença da qual se interpôs apelação de efeito exclusivamente devolutivo enquanto o recurso ainda tramita no juízo de origem, a solução será apresentar-se ao tribunal, acompanhando o pedido de suspensão do cumprimento da sentença, a cópia da apelação dela interposta, juntamente com a prova da respectiva interposição na primeira instância e do correspondente preparo. No tribunal, far-se-á a distribuição do requerimento a um relator (prevenindo-se a competência dele e do órgão fracionário para a apelação), a fim de que ele delibere somente sobre a medida suspensiva. Da sua decisão caberá agravo regimental para o colegiado, diante do princípio de que o relator atua em nome do órgão.

Eis, entre todas, a solução que me parece adequada à aplicação do parágrafo único do art. 558 do Código de Processo Civil, nos casos em que ele incidir. ◆

A Reforma do Processo de Execução

LEONARDO GRECO

Professor Titular da Universidade Gama Filho, Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo, Advogado no Rio de Janeiro.

1. A Efetividade da Prestação Jurisdicional - No Estado Democrático e Social Contemporâneo, os direitos e garantias fundamentais constitucionalmente assegurados não são meras proclamações teóricas ou abstratas, mas se inserem no patrimônio jurídico dos cidadãos, tendo o Estado o dever de imprimir-lhes a mais ampla eficácia concreta.

Entre nós, tal princípio se encontra consagrado no artigo 5º, §1º, da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, segundo o qual “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Os direitos de ação e de defesa, como garantias dos direitos fundamentais, devem assegurar o mais pleno gozo dos direitos dos cidadãos, durante o maior período de tempo possível.

Antigamente, o dever da Justiça era o de reparar a lesão do Direito, pouco importando o tempo que isso demorasse.

Hoje, a consciência jurídica dos cidadãos exige que essa reparação seja imediata.

O movimento pela efetividade da tutela judiciária surgiu no Continente Europeu, a partir da reconstitucionalização subsequente à 2ª Guerra Mundial, particularmente na Alemanha e na Itália, através da obra de Benda, Schwab, Gottwald, Baur, Trocker, Comoglio e Cappelletti, que influenciou acentuadamente a jurisprudência das novas Cortes Constitucionais, particularmente a Corte de Karlsruhe, e as reformas legislativas que se seguiram.

No Processo Civil Brasileiro esta obra humanizadora está ainda por ser feita e os juristas que aderiram a esta nova tendência, como José Carlos Barbosa Moreira, Cândido Rangel Dinamarco e Luiz Guilherme Marinoni, não lograram até o momento empreender a necessária reformulação que a generalidade dos institutos fundamentais da teoria geral do processo e das diversas modalidades de jurisdição deverá sofrer, não podendo ser menos-

prezada a natural resistência que a prática cotidiana de juízes, advogados e serventuários oferecerá a mudanças profundas.

2. A Crise da Justiça e a Reforma do Processo - Ao justificar a iniciativa de reforma do Código de Processo Civil, o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira a fundamentou, entre outros motivos, no divórcio entre os anseios crescentes de Justiça e a insatisfação com o mecanismo judicial, e nas deficiências da organização judiciária e do processo seletivo de magistrados¹.

Para enfrentar essa crise, que põe em risco a segurança das relações jurídicas e prejudica, em consequência, a própria qualidade de vida dos cidadãos, é preciso encetar uma profunda e corajosa reforma em muitas instituições nacionais e locais.

A alteração das leis processuais é, sem dúvida, um instrumento fundamental para facilitar, baratear e agilizar o acesso à Justiça, para flexibilizar a marcha procedimental a fim de adaptá-la às necessidades de cada tipo de controvérsia, para favorecer a utilização dos modernos meios de comunicação e de documentação, e para aumentar a probabilidade de acerto nas decisões judiciais.

Embora reconhecendo que a lei processual é um instrumento necessário, mas não suficiente, da boa administração da Justiça, pois à organização judiciária, à modernização administrativa, à formação profissional de juízes, serventuários, promotores e advogados, ao prestígio a meios alternativos de solução de conflitos, entre outros, caberá um papel igualmente essencial, o início da reforma processual enche-nos de esperança e tira-nos da indiferença e do conformismo, instaurando um clima de debate e de busca de soluções que certamente gerará resultados proveitosos.

Os estudos encetados a partir de 1991 pela Associação dos Magistrados Brasileiros e pela Seção do Distrito Federal do Instituto Brasileiro de Direito Processual conduziram à elaboração de onze projetos de lei sobre a prova pericial, as citações e intimações, a liquidação, processo de conhecimento e cautelar, recursos, processo de execução, ações de consignação em pagamento e usucapião, agravo, procedimento sumário, uniformização de jurisprudência e ação monitória.

¹ Salvio de Figueiredo Teixeira, Estatuto da Magistratura e Reforma do Processo Civil, Del Rey, Belo Horizonte, 1993.

Os dois primeiros (prova pericial e citações e intimações) transformaram-se em leis em anos anteriores (Leis 8.455/92 e 8.710/93), os cinco seguintes transformaram-se em leis no curso do ano de 1994 (Leis 8.898, 8.950, 8.951, 8.952 e 8.953/94), o último transformou-se em data recente na Lei 9.079/95 e os três restantes ainda tramitam no Congresso Nacional.

Na minha opinião, estamos apenas engatinhando na reforma, pois as exigências sociais de efetividade e celeridade da prestação jurisdicional e as imposições do contencioso de massa exigirão mudanças muito mais profundas.

Assim, não é possível encarar as leis recentemente aprovadas como salvadoras ou como formuladoras das soluções ideais, nem pretender que, por força da sua entrada em vigor, esteja equacionada a crise da Justiça brasileira.

Na sua interpretação, não se poderá ignorar que o método adotado, consistente na inserção de novas normas no Código anterior, ao contrário de pretender refugar ou rechaçar os princípios e as regras estruturais do sistema desse Código, representa uma passo evolutivo ou a tentativa de aprimoramento desse sistema, devendo as novas regras se harmonizarem com as antigas, com as quais passam a coexistir, lado a lado.

E na sua aplicação não poderá descurar-se que as novas leis, quebrando alguns tabus ou mitos do sistema anterior, como o da fé pública do oficial de justiça, que, nos atos de comunicação, é preterido em favor do serviço postal, ou o do registro escrito dos atos orais, prosseguiu na tendência histórica, que se verifica desde o início deste século, de progressivo abandono do formalismo, desde que não se sacrifiquem as exigências de segurança das relações jurídicas e de conservação do conteúdo dos atos processuais.

Não é despiciendo observar que a eficácia de certas inovações dependerá do aparelhamento da máquina judiciária e da sua provisão de adequados meios materiais e humanos, o que variará de um Estado para outro, bem como da Justiça Estadual para a Federal. Essa disparidade evidencia, por sua vez, a meu ver, a conveniência de, em sede constitucional, delimitar com mais clareza a competência legislativa privativa e concorrente da União e dos Estados em matéria processual (Constituição, artigos 22-I e 24-XI)

3. A Crise da Execução - É justamente na tutela jurisdicional satisfativa que o processo civil brasileiro apresenta o mais alto índice de ineficácia.

*Candido Dinamarco*² reconhece que a doutrina processual tem relegado o Processo de Execução a posição secundária na teoria geral do processo.

Além disso, alguns fatores justificam a particular ineficácia dessa modalidade de atividade processual: o excesso de processos, o seu custo elevado e a sua exagerada morosidade, bem como a inadequação dos procedimentos à satisfação dos créditos correspondentes, especialmente diante dos novos direitos surgidos na sociedade contemporânea (ambiente, consumidor etc.).

*Michele Taruffo*³ esclarece que os novos direitos tornam mais complexa a tutela executiva. Nos Estados Unidos há tendência de confiar a execução da sentença a encarregados que operam na qualidade de *Officers of the Court*, com a função de desenvolver ou controlar o desenvolvimento, a cargo de 3^{os}, das atividades necessárias à execução (*receiver, master, administrators, committees*).

Outro fator que desalenta o credor é a ineficácia das coações processuais, diante dos artificios que a vida negocial moderna propicia aos devedores para esquivarem-se do cumprimento de suas obrigações.

Pessoas jurídicas desaparecem ou são desativadas.

Os limites da execução provisória favorecem extraordinariamente as manobras procrastinatórias⁴.

A partir de tudo isso, diz *Perrot*⁵, há um novo ambiente sociológico. Ser devedor não é mais uma vergonha e não pagar os débitos não é mais um sinal de desonra. A exacerbação do respeito à liberdade individual e à vida privada tornaram vantajosa a posição de devedor.

Há também um novo ambiente econômico. O patrimônio das pessoas não é mais essencialmente imobiliário. Houve uma extraordinária diversificação dos bens e dos tipos de investimentos possíveis, o que aumentou a dificuldade de conhecê-los.

² Execução Civil, Malheiros Editores, 4^a ed., 1994, p.21.

³ A Atuação Executiva dos Direitos: Perfis Comparatísticos, Revista de Processo, ed. Revista dos Tribunais, Sao Paulo, n^o 59, ano 15, julho-setembro 1990, p.72.

⁴ V. Roger Perrot, L'effettività dei provvedimenti giudiziari nel diritto civile, commerciale e del lavoro in Francia, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milano, Giuffrè, dezembro 1985, ano XXXIX, n^o 4, p.854.

⁵ Ob. cit., p.846.

Ganhos com a inflação e com as elevadas taxas de juros praticadas no mercado financeiro tornaram particularmente lucrativo o inadimplemento das suas obrigações pelo devedor, que gira com o dinheiro do seu credor, auferindo grandes benefícios.

*Perrot*⁶ também aponta como fator de desprestígio da execução o escândalo da imunidade estatal, que resulta da inalienabilidade dos bens públicos e dos privilégios processuais da Fazenda Pública.

E ainda quando o exequente consegue do juiz todas as providências para coagir o devedor a pagar⁷, esbarra na dificuldade de uso da força pública. O Executivo tem conceito de ordem pública diverso do do Judiciário.

4. Uma Pauta para a Reforma - Em outro estudo em que iniciei em sede acadêmica as minhas investigações a respeito da reforma do processo de execução, fui buscar na recente doutrina estrangeira subsídios que me possibilitaram sugerir uma pauta preliminar para a discussão em torno da reforma da execução no Brasil⁸.

Partindo da premissa de que a execução possui três objetivos (a plena satisfação do crédito, a menor onerosidade possível para o devedor, e a preferência pela satisfação em forma específica), ousei apontar como linhas mestras a serem desenvolvidas num futuro projeto de reforma as seguintes: a necessidade de especialização da competência para a execução; aliviar o juiz de atos ordinatórios; coibir a excessiva iliquidez das sentenças; tornar desvantajosos os atos protelatórios; facilitar a execução por autotutela do credor; a instituição de procedimentos aptos a acelerar e baratear a execução; o fortalecimento da posição do credor, especialmente na execução de título judicial; a instrumentalização de mecanismo assecuratório do acesso do credor a informações sobre os bens do devedor; a alteração das regras sobre a impenhorabilidade de bens; a dispensa da avaliação; a limitação da matéria cognitiva e do efeito suspensivo dos embargos do devedor; a ampliação das *astreintes* endoprocessuais; a criação da figura do executor judicial das obrigações de fazer infungíveis; a reforma do artigo 100 da Constituição.

⁶ Ob. cit., p.852.

⁷ Ob. cit., p.B51.

⁸ V. Leonardo Greco, Uma Pauta para a Reforma do Processo de Execução, Boletim Legislativo Adcoas, nº 18, 30/6/95, págs.537/542.

A reforma de dezembro de 1994 tangenciou levemente algumas dessas questões, mas a nenhuma delas deu satisfatório equacionamento.

Em alguns casos, como o da limitação do efeito suspensivo dos embargos, a reforma caminhou exatamente em sentido oposto ao que se me afigura mais conveniente.

Passarei a analisar sucintamente os dispositivos modificados.

5. Desistência da Execução: Eficácia sobre os Embargos

- Art. 569⁹

Nesse artigo foi introduzido parágrafo, tratando da eficácia da desistência da execução sobre os embargos do devedor, para prever duas hipóteses: no caso de embargos exclusivamente sobre questões processuais, a desistência do credor é livre, mas caber-lhe-á arcar com as custas e os honorários da sucumbência; no caso de embargos sobre questões de direito material, a desistência da execução dependerá de concordância do embargante.

As questões processuais dizem respeito à falta de condições da ação de execução, à falta de pressupostos processuais da execução ou à nulidade do processo de execução.

A eficácia do título exequendo, inclusive na hipótese do artigo 741-I do CPC, é questão de direito material, estando incluída na segunda hipótese¹⁰.

6. Ampliação dos Títulos Executivos

- Art. 584¹¹

A reforma incluiu no inciso III, entre os títulos executivos judiciais, nos moldes do disposto no artigo 55 da Lei 7.244/84, a sentença homologatória da transação, ainda que esta não verse questão posta em juízo.

⁹ Sergio Bermudes, A Reforma do Código de Processo Civil, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1ª ed., 1995, p.83.

Cândido Rangel Dinamarco, A Reforma do Código de Processo Civil, Malheiros, São Paulo, 2ª ed., 1995, p.233.

Nelson Nery Junior, Atualidade sobre o Processo Civil, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995, p.106.
J. E. Carreira Alvim, Código de Processo Civil Reformado, Del Rey, Belo Horizonte, 1995, p.205.

¹⁰ V. Sergio Bermudes, ob. e loc. citis.

¹¹ Bermudes, p.85; Dinamarco, p.227; Nery Jr., p.106; Alvim, p.207.

O novo dispositivo contempla duas situações: a homologação da transação por sentença em processo pendente, abrangendo a transação matérias estranhas à *res in iudicium deducta*; e a homologação de transação pelo juiz, sem processo anterior, ou seja, mediante acordo a ele diretamente submetido pelos transatores.

- Art. 585¹²

No inciso 1, foi incluída a debênture entre os títulos executivos extrajudiciais.

No inciso II, foi dispensada no documento público de confissão de dívida a assinatura de duas testemunhas; incluída a transação homologada pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores; eliminada a restrição nos casos do inciso às obrigações de pagar quantia determinada ou de entregar coisa fungível, o que estendeu a exequibilidade a quaisquer títulos de prestação de dar, fazer ou não fazer.

A liquidez deve estar desde logo presente no título, se se tratar de obrigação de dar coisa fungível¹³.

No §1º é reafirmada com mais amplitude (qualquer ação relativa a débito constante de título executivo) a regra anteriormente explícita apenas em relação ao débito fiscal, de que a execução não se inibe pela discussão da dívida em outro feito.

Em matéria fiscal, a jurisprudência não vinha seguindo esse entendimento, particularmente na aplicação do artigo 38 da Lei 6.830/80¹⁴.

7. Atos Atentatórios à Dignidade da Justiça

- Art. 601¹⁵

Na disciplina dos atos atentatórios à dignidade da justiça, substituiu-se a advertência seguida, em caso de reincidência, da proibição de falar nos autos, considerada por muitos inconstitucional, pela multa pecuniária em favor do credor, exequível nos próprios autos, no valor máximo de 20% do valor da causa.

Trata-se de *astreinte* endoprocessual, que não exclui a responsabilidade civil por perdas e danos.

¹² Bermudes, p.86; Dinamarco, p.227; Nery Jr., p.107 e 112; Alvim, p.208.

¹³ Cândido Dinamarco, ob. e loc. citis.

¹⁴ V. Cândido Dinamarco, ob. e loc. citis.

¹⁵ Bermudes, p.88; Dinamarco, p.64 e 232; Nery Jr., p.112; Alvim, p.210.

8. Liquidação da Sentença

- Art. 603¹⁶

O parágrafo único incluído no artigo torna necessária a citação, na pessoa do advogado, na liquidação por arbitramento e na liquidação por artigos.

Entendo que citação na pessoa do advogado, tal como ocorre na reconvenção e na oposição, faz-se por meio de intimação, podendo ser efetivada através de publicação no Diário da Justiça. Não há necessidade, portanto, de cumprimento de mandado de citação ou de citação pelo correio.

Essa citação não pressupõe poderes especiais na procuração.

- Art. 604¹⁷

Extinguiu-se a liquidação por cálculo do contador, determinando-se o imediato ajuizamento da execução, instruindo-a o credor com a memória discriminada e atualizada do cálculo.

É ônus do próprio credor apresentar o demonstrativo do débito, explicando as operações aritméticas efetuadas para apuração do resultado de cada parcela.

A discussão em torno dos valores apresentados fica relegada para os embargos à execução.

Entretanto, como a liquidez é pressuposto processual da execução, deve o juiz indeferir a inicial da execução quando houver manifesta desconformidade entre o título e os valores apresentados pelo exequente.

Nada impede que o juiz mande ao Contador Judicial para conferir o demonstrativo apresentado pelo exequente.

A alegação de manifesta iliquidez também pode ser objeto de petição avulsa do devedor, independentemente de garantia do juízo através da penhora.

A atualização não precisa ser absoluta, podendo referir-se a data próxima ao ajuizamento da execução.

- Art. 605¹⁸

Também o devedor pode proceder ao cálculo aritmético, para efeito de instauração da execução e conseqüente quitação, nos termos do artigo 570, quando se tratar de título judicial (*provocatio ad exequendum*).

¹⁶ Dinamarco, p.268; Alvim, p.214.

¹⁷ Dinamarco, p.267; Alvim, p.217.

¹⁸ Alvim, p.219.

- Art. 609¹⁹

Na liquidação por artigos passa a admitir-se ora o procedimento ordinário, ora o sumaríssimo ou sumário, se ocorre alguma das hipóteses do artigo 275, embora este não seja próprio para causas que demandem larga e complexa dilação probatória, como, por exemplo, as que exigem prova pericial.

Não é o rito do processo de conhecimento que define o da liquidação, mas a verificação ou não de uma das hipóteses do artigo 275.

A opção do exequente pelo ordinário, nas hipóteses em que cabível o sumário, não acarreta qualquer nulidade.

- Art. 614²⁰

Em consonância com o novo art. 604, incluiu-se como documento essencial da inicial da execução o demonstrativo do débito atualizado até a data do ajuizamento da ação, na execução por quantia certa.

9. Ampliação da Execução para Entrega de Coisa

- Art. 621²¹

Na execução para entrega de coisa, em consonância com o novo inciso II do artigo 585, deu-se redação para abranger tanto as obrigações oriundas de título judicial, quanto as de título extrajudicial.

10. Ampliação da Execução das Obrigações de Fazer e de Não Fazer

- Art. 632²²

Também em consonância com o novo inciso II do artigo 585, a execução das obrigações de fazer passou a fundar-se tanto em título judicial quanto em título extrajudicial.

11. Tutela Específica das Obrigações de Fazer e de Não Fazer

- Art. 644²³

Em complemento ao novo artigo 461, que tratou da tutela específica das obrigações de fazer ou de não fazer, o novo artigo 644, que trata da

¹⁹ Dinamarco, p.269; Alvim, p.224

²⁰ Bermudes, p.90; Dinamarco, p.244; Nery Jr., p.113; Alvim, p.225.

²¹ Bermudes, p.92; Dinamarco, p.244; Nery Jr., p.109 e 113; Alvim, p.226

²² Bermudes, p.93; Dinamarco, p.240; Nery Jr., p.108; Alvim, p.227.

²³ Bermudes, p.94; Dinamarco, p.240; Nery Jr., p.114; Alvim, p.227.

execução dessas obrigações quando originárias de título judicial, faculta ao juiz, na execução, se não constar da sentença, a fixação de multa por dia de atraso e da data de início da fluência dessa *astreinte*.

Na redação anterior, a multa pecuniária deveria obrigatoriamente constar da sentença.

Como medida coativa para induzir ao cumprimento do julgado, o parágrafo único permite ao juiz elevar ou reduzir a multa na execução, mesmo a que porventura tenha sido fixada no processo de conhecimento, se verificar que se tornou insuficiente ou excessiva.

Se o juiz pode alterar o valor da multa, pode também variar a data do início da sua fluência²⁴.

- Art. 645²⁵

Também na execução das mesmas obrigações, fundada em título extrajudicial, ao despachar a inicial, o juiz fixará multa diária, como coação acessória para forçar o devedor a cumprir a obrigação na forma ajustada.

Essa multa será fixada *ex-officio* e não se aplica mais, tão somente, às obrigações de não fazer ou de fazer infungíveis, como constava do artigo 287, não revogado, mas superado por disposição mais ampla.

O parágrafo único permite que o juiz reduza (não amplie) a multa constante do título, se excessiva.

O parágrafo se refere, à evidência, a eventual multa pecuniária diária, fixada no título como coação suplementar para forçar o devedor ao cumprimento da obrigação; não à multa contratual, compensatória ou moratória, que, desde que observados os limites legais, não pode ser reduzida pelo juiz.

12. Inócuas Tentativas de Reformular a Avaliação

- Art. 655²⁶

Mero aprimoramento técnico, incluiu-se, no §1º do artigo, inciso impondo exigência de atribuição de valor pelo devedor, por ocasião da nomeação dos bens à penhora, que já se encontrava no artigo 656, inciso VI.

- Art. 680²⁷

Não chega a inovar. Adapta o texto à nova regra expressa de suspensividade dos embargos à execução (art. 739).

²⁴ Sergio Bermudes, ob. e loc. citis.

²⁵ Bermudes, p.95; Dinamarco, p.240; Nery Jr., p. 108; Alvim, p.228.

²⁶ Bermudes, p.96; Dinamarco, p.246; Nery Jr., p.114; Alvim, p.230.

²⁷ Bermudes, p.98; Dinamarco, p.250; Nery Jr., p.116; Alvim, p.240.

Tenta reforçar a dispensa da avaliação pela aceitação do credor ao valor atribuído pelo devedor na nomeação do bem à penhora, o que já estava contido no artigo 684.

- Art. 683²⁸

Também não inova, pois o inciso que acrescenta, permitindo a renovação da avaliação quando houver fundada dúvida quanto ao valor atribuído pelo devedor, já se continha, *a contrario sensu*, no inciso I do artigo 684.

13. Inscrição da Penhora no Registro

- Art. 659²⁹

Incluiu-se um § 4º para determinar que a penhora de bens imóveis se complete com a inscrição no respectivo registro, meio de resguardar os interesses de eventual adquirente.

A meu ver a falta dessa inscrição, entretanto, não tornará ineficaz a penhora em relação ao adquirente, mesmo que de boa-fé, não só porque se trata de ato executório de apreensão e garantia, mas também porque a alienação, em qualquer caso, ocorrerá em fraude à execução, da qual poderá o adquirente resguardar-se extraindo certidões negativas dos distribuidores.

Também não há de exigir-se essa inscrição prévia para que o devedor seja intimado da penhora e passe a correr, então, o prazo para oferecimento dos embargos à execução.

14. Flexibilização da Intimação da Penhora

- Art. 669³⁰

Retirou-se do artigo a menção ao oficial de justiça como instrumento da intimação da penhora ao devedor, com o que admitem-se as demais formas de intimação, previstas no artigo 238, com a redação da Lei 8.710/93, entre as quais a intimação postal.

Eliminou-se o parágrafo 2º, que tratava da intimação ao marido da penhora de bens reservados da mulher, porque pareceu ociosa. Se a mulher é a devedora e os bens reservados são imóveis, o marido será intimado da penhora com fundamento no parágrafo anterior.

²⁸ Bermudes, p.98; Dinamarco, p.251; Nery Jr., p.116; Alvim, p.240.

²⁹ Bermudes, p.97; Dinamarco, p.246; Nery Jr., p.114; Alvim, p.231.

³⁰ Bermudes, p.97; Dinamarco, p.249; Nery Jr., p.115; Alvim, p.239.

Se os bens forem móveis, não há razão para intimar o marido, pois afinal os bens reservados da mulher respondem pelas suas dívidas.

15. Arrematação

- Art. 686³¹

No artigo que trata dos editais de praça, acrescenta-se ao inciso V a exigência de menção a causa pendente sobre os bens a serem arrematados, abrangendo ações fundadas em direitos reais ou pessoais. No inciso VI, incluiu-se menção expressa à impossibilidade de arrematação a quem mais der, se o preço for vil, de acordo com o artigo 692.

São meras advertências ou esclarecimentos aos eventuais arrematantes.

A falta da primeira poderá acarretar nulidade, cuja arguição somente interessa ao arrematante.

A falta da segunda, a meu ver, não acarretará nulidade, pois se trata de preceito legal, cujo conhecimento pelo arrematante se presume.

- Art. 687³²

Quanto à publicação do edital, houve as seguintes alterações:

- a afixação do edital far-se-á no lugar de costume e não mais no átrio do edifício do fórum;

- redução do número de publicações, de duas para uma;

- não mais se publicará edital no dia da 1ª praça, mas com antecedência mínima (não há previsão de antecedência máxima) de cinco dias;

- quando o credor for beneficiário da justiça gratuita, a publicação far-se-á no órgão oficial, o que já estava previsto na Lei 7.288/84;

- a divulgação por outros meios (novo § 2º, antigo 1º), não mais prevê a audiência das partes;

- possibilidade de reunião de publicações em listas referentes a mais de uma execução;

- a intimação do devedor poderá fazer-se por mandado ou por carta com aviso de recepção.

Quanto a esta última inovação, não me parece possível a intimação por informação verbal do serventuário ao devedor (v. artigo 238, com a redação da Lei 8.710/93).

³¹ Bermudes, p.99; Dinamarco, p.251; Nery Jr., p.116; Alvim, p.241.

³² Bermudes, p.100; Dinamarco, p.252; Nery Jr., p.117; Alvim, p.242.

- Art. 692³³

A nova redação do artigo 692 limita-se a eliminar o errôneo conceito de preço vil, que nada tem a ver com a suficiência para satisfazer parte razoável do crédito, conceito introduzido por lei extravagante modificadora do CPC (Lei 6.851/80).

16. Embargos do Devedor

- Art. 738³⁴

Corrigiu-se literal e injusta interpretação da jurisprudência que fazia contar o prazo para embargos à execução, ao arripio do artigo 241, da própria intimação da penhora, e não da juntada aos autos do mandado de intimação.

Possível a intimação por outros meios (art. 669 c.c. o art. 238), a nova redação harmoniza a contagem desse prazo à regra geral e se refere genericamente à juntada aos autos da prova da intimação.

- Art. 739³⁵

Três parágrafos foram acrescentados ao artigo.

O § 1º estabelecendo expressamente, o que boa parte da doutrina já sustentava, que os embargos do devedor sempre terão efeito suspensivo.

O 2º determinando o prosseguimento da execução quanto à parte não embargada, quando os embargos forem parciais.

Nesse caso, o embargante também deve apresentar demonstrativo do débito³⁶.

O 3º determinando o prosseguimento da execução contra os co-devedores que não embargaram, salvo quando o fundamento dos embargos for comum.

A nova redação deste último parágrafo ressuscita a controvérsia sobre o que sejam interesses comuns, já existente a respeito do artigo 509.

Embora boa parte da doutrina tenha entendido que somente são interesses comuns, aqueles que resultam da unitariedade do litisconsórcio, necessário ou facultativo, parece-me que também quando não existir essa unitariedade os embargos de um devedor aproveitarão aos demais, desde

³³ Bermudes, p.101; Dinamarco, p.255; Nery Jr., p.118; Alvim, p.242.

³⁴ Bermudes, p.102; Dinamarco, p.258; Nery Jr., p.118; Alvim, p.244.

³⁵ Bermudes, p.103; Dinamarco, p.261; Nery Jr., p.118; Alvim, p.244.

³⁶ V. Dinamarco, ob. e loc. citis.

que os fatos ou alegações aduzidos pelo primeiro também sirvam para elidir a execução contra os outros.

- Art. 741³⁷

Também acolheu entendimento dominante na doutrina de que, nos embargos à execução de título judicial, somente eram admissíveis as matérias de embargos expressamente enumeradas no artigo.

- Art. 747³⁸

Também consagrou entendimento jurisprudencial quanto à competência para julgamento dos embargos na chamada execução por carta (artigo 658), permitindo o seu ajuizamento tanto no juízo deprecante quanto no deprecado, mas estabelecendo a competência para julgamento pelo juízo deprecante, salvo se versarem unicamente vícios dos atos praticados no juízo deprecado.

Se houver matérias dos dois tipos, a competência será do juízo deprecante³⁹.

- Art. 791⁴⁰

Redação harmonizada à do artigo 739, para estabelecer a suspensão da execução, no todo ou em parte, pelos embargos.

- Art. 623⁴¹

Em consonância com a alteração do artigo 739, que explicitou que os embargos à execução sempre têm efeito suspensivo, foi esclarecido que o depósito da coisa, na execução para entrega de coisa, não poderá ser levantado antes do julgamento dos embargos.

17. Suspensão Convencional da Execução

- Art. 792⁴²

Mero complemento lógico do artigo, o parágrafo introduzido determina o prosseguimento da execução, findo o prazo de suspensão convencional sem cumprimento da obrigação.

³⁷ Bermudes, p.104; Dinamarco, p.262; Nery Jr., p.119; Alvim, p.245.

³⁸ Bermudes, p.104; Dinamarco, p.259; Nery Jr., p.120; Alvim, p.246.

³⁹ V. Sergio Bermudes, ob. e loc. citis.

⁴⁰ Bermudes, p.105; Dinamarco, p.236; Nery Jr., p.120; Alvim, p.246.

⁴¹ Bermudes, p.92; Dinamarco, p.238; Nery Jr., p.119; Alvim, p.226.

⁴² Bermudes, p.102; Dinamarco, p.237; Nery Jr., p.120; Alvim, p.247.

18. Honorários da Sucumbência na Execução

- Art. 20, § 4º⁴³

Afora alterações puramente redacionais, a novo texto incluiu os honorários da sucumbência “nas execuções, embargadas ou não”, o que significa que, doravante, incidem honorários na execução, que deverão ser liminarmente arbitrados pelo juiz (sem estar adstrito aos limites máximo e mínimo do parágrafo anterior), desde a seu ajuizamento.

Se houver embargos do devedor, a sentença dos embargos reverá esse arbitramento, que também poderá ser revisto nos casos de extinção da execução.

Parece-me correto o entendimento de *Sergio Bermudes e Cândido Dinamarco* de que haverá uma única verba honorária para a execução e para os embargos.

Somente haverá verba honorária autônoma nos embargos da 2ª fase (CPC, artigo 746).

19. Prática dos Atos Ordinários pelo Escrivão

- Art. 162, § 4º⁴⁴

Os atos ordinatórios, como a juntada e a vista obrigatória, não dependem mais de despacho do juiz, devendo ser praticados pelo escrivão e revistos pelo juiz quando necessário.

O alcance do novo dispositivo é indeterminado, mas como norma geral aplicável aos atos do juiz e do serventuário, também incidirá sobre o processo de execução (v. CPC, art.598).

É dever do escrivão praticar esses atos, dos quais não pode resultar a paralisação do processo ou o desvio da sua marcha normal.

Se o escrivão se omitir, caberá ao juiz suprir a sua omissão, sem prejuízo das sanções a que estiver sujeito.

Esse dever não alcança os atos ordinatórios decorrentes de cognição, ainda que superficial, incompleta ou provisória, como o despacho da petição inicial, o despacho recebendo e mandado processar os embargos do devedor, o despacho determinando a expedição de editais de praça (CPC, art.685, parágrafo único).

⁴³ Bermudes, p.14; Dinamarco, p.67; Nery Jr., p.23; Alvim, p.31.

⁴⁴ Bermudes, p.23; Dinainarco, p.60; Nery Jr., p.34; Alvim, p.46.

Já a formação do agravo de instrumento e conseqüente intimação do agravado (art.524) devem ser feitas pelo escrivão, pois inexistente aí, a meu ver, qualquer valoração.

À evidência não são meramente ordinatórios os atos executórios que tenham qualquer parcela de caráter coativo ou satisfativo.

Também me parecem excluídos da competência do escrivão, atos processuais que, por força de disposição expressa de lei caibam ao juiz, pois, como já dissemos, a reforma não revogou artigos do Código que disponham de modo diverso, mas apenas os expressamente alterados.

Lamentavelmente, há muitos atos ordinatórios que a lei expressamente atribui ao juiz. Tratando-se de reforma que se limitou a dar nova redação a alguns dispositivos do Código, mantendo outros, estes não podem simplesmente desaparecer. Assim, continuam sendo judiciais: o despacho que determina o processamento da exceção de incompetência (CPC, art.308), e o que manda falar sobre documento (art.398), entre outros.

Não cabe recurso do ato do escrivão, mas pode qualquer das partes reclamar ao juiz, de cuja decisão, aí sim, caberá recurso, se houver sucumbência.

21. **Conclusão** - Através destes breves comentários, procurei contribuir para o esclarecimento do conteúdo e do alcance das novas regras sobre o Processo de Execução, introduzidas pelas leis de 1994.

Concluída esta análise, fica a impressão de que os aplicadores do Direito, juízes, advogados e serventuários, serão os principais atingidos por essas inovações, que afetarão a sua cotidiana rotina.

Quanto aos destinatários da prestação jurisdicional, às partes, provavelmente as alterações serão pouco sensíveis.

Retomo o meu discurso inicial. É preciso saudar a reforma como um sinal de mudança.

Sáímos da inércia.

Façamos votos de que as inovações agora postas em vigor representem um primeiro passo, que anime os estudiosos a aprofundar o debate e a sugerir outras reformas, mais profundas e mais eficazes.

Final nunca é demais recordar as palavras de *Chiovenda* que *Alfredo Buzaid* adotou como epígrafe na Exposição de Motivos do Projeto que posteriormente se transformou no Código de Processo Civil de 1973:

“Convém decidir-se a uma reforma fundamental ou renunciar à esperança de um sério progresso.” ◆

A Ação Monitória

(Artigo 1.102 a, b, e c, do Código de Processo Civil,

introduzido pela Lei n° 9.079, de 14.07.95)

WILSON MARQUES

*Desembargador do Tribunal de Justiça do
Estado do Rio de Janeiro*

1. Introdução - A ação monitória se insere dentro do contexto das chamadas tutelas jurisdicionais diferenciadas, assim entendidas aquelas que visam alcançar a efetividade do processo de forma mais completa possível, nos casos em que os instrumentos tradicionais não são capazes de proporcionar os efeitos desejados.

Atinge-se o resultado visado por dois diferentes caminhos:

Primeiro: Através da criação de instrumentos mais efetivos à solução da lide. Assim: v.g., o mandado de segurança, a ação popular, o *habeas data*, o mandado de injunção, o *habeas corpus*, a ação civil pública, etc. etc.

Segundo: Mediante criação de mecanismos de agilização da prestação jurisdicional: juizados especiais, tutela antecipatória (artigo 273, 461, parágrafo 3°, etc. etc.)

Como anota Cruz e Tucci, “dentre essas espécies de tutela jurisdicional diferenciada, visando, em última análise, à obtenção de prestação jurisdicional eficaz, tem ganjeado acentuado relevo na atualidade o emprego da técnica do procedimento monitório ou injuntivo...” “e isso porque o procedimento monitório responde ao reclamo de tutelar prontamente o direito subjetivo do credor desprovido de título executivo, sem que seja necessária a submissão de sua pretensão a prévio processo de conhecimento” (*A Ação Monitória*, página 18).

“A técnica do procedimento monitório” - acrescenta o mesmo autor - “inserido na tipologia da tutela jurisdicional diferenciada (sumária, não cautelar), desde os seus antecedentes mais remotos, visa a neutralizar o lapso de tempo intercorrente entre o início do processo e a sentença” (op. cit. página 21).

Sobre o fascinante tema da tutela jurisdicional diferenciada há obras que se tornaram clássicas, tanto na Itália (Andrea Proto Pisani: *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*) como no Brasil (Donaldo Armelin: *Tutela Jurisdicional Diferenciada*).

2. **Origens** - Como informa Chiovenda, citado por Carreira Alvim, para determinados créditos, não constantes de documentos, estabeleceu-se, no direito medieval italiano, o uso de não citar em juízo o devedor, mas de obter diretamente do juiz a ordem de prestação que ensejava a execução, isto é o *mandatum* ou *praeceptum de solvendo*, que era acompanhado e justificado pela cláusula de que, se o devedor se propusesse a alegar exceções, podia opô-las dentro de certo prazo.

Eis aí a mais remota origem da ação monitoria, que, até hoje, tem essas mesmas características e finalidades.

A ação de assinatura de dez dias, ou ação decendiária, introduzida no velho direito português, pelas Ordenações Manoelinas, e no direito brasileiro, pelo Regulamento 737, de 25 de outubro de 1.850, descende desse procedimento monitorio medieval italiano.

Nesta ação - de assinatura ou decendiária - o réu era citado para, em dez dias, pagar ou apresentar quitação da dívida, ou, então, apresentar embargos que o relevassem da condenação.

No direito moderno, os processos monitorios basicamente se dividem em dois grandes grupos: o do processo monitorio documental, que exige que o direito do autor se funde em documentos - o *Mandatsverfahren* do direito austríaco - e o do processo monitorio não documental, que não o exige - o *Mahnverfahren* - do direito alemão e austríaco e o *Rechtsbot* do direito suíço.

O nosso processo monitorio, como veremos mais a frente, é do tipo documental - *Mandatsverfahren* - mas se aproxima muito mais do modelo italiano do que do austríaco.

Com efeito, enquanto no modelo austríaco o processo monitorio somente pode ter por base atos públicos ou escrituras particulares autenticadas, no modelo italiano e brasileiro o processo monitorio e o de injunção podem fundar-se em “qualquer prova escrita”, o que em muito alarga o seu campo de aplicação.

3. **Características Gerais** - São características comuns a todos os tipos de processo monitorio: a) a expedição de ordem de prestação *inaudita*

altera parte, mediante cognição apenas sumária; b) a possibilidade de ulterior oposição do réu, o que torna a ordem destituída de valor, porque expedida na suposição de que o devedor nada tinha a opor a pretensão do credor; c) a possibilidade de a ordem se tornar definitiva, possibilitando a execução.

4. Conceito da Ação Monitória do Direito Brasileiro - A ação monitória, tal como regulada entre nós, é o instrumento destinado a abreviar a formação de título executivo, posto, pela lei, à disposição de credor de soma de dinheiro, de coisa fungível ou de bem móvel, comprovados com prova escrita, desprovida de eficácia de título executivo.

Trata-se de um atalho que o credor pode utilizar para chegar mais depressa à execução forçada.

Não é razoável que aquele que dispõe de prova escrita da existência da obrigação - uma carta, um telegrama, um vale, etc. etc. - tenha que submeter-se às agruras do processo de conhecimento comum, exatamente como aquele que da obrigação não dispõe de prova alguma.

Entre a ação de conhecimento, de procedimento ordinário, sempre demorada, e a ação de execução, rápida, porque, com ela, parte-se, desde logo, para a prática de atos materiais concretos tendentes a tornar efetivo o direito do credor, havia, entre nós, um vazio, representado por aquela situação do credor provido de prova escrita da existência da obrigação, que não podia entrar com ação de execução, porque não dispunha de título executivo, mas de quem não era razoável exigir que percorresse o longo caminho da ação de conhecimento, de procedimento ordinário, dispondo, como dispunha, de prova escrita da existência da obrigação.

Daí permitir-lhe a lei, por meio da ação monitória, a abreviação do procedimento e a formação do título executivo com maior rapidez.

Não obstante, não é obrigatório o uso do instrumento que a lei põe ao alcance do interessado, para aquele fim.

Se achar melhor o caminho comum do processo de conhecimento, o credor poderá utilizá-lo, sem nenhum problema.

Como a finalidade da lei é a de possibilitar a formação de título executivo, com maior brevidade, é óbvio que ficam excluídas da tutela monitória todas as pretensões à mera declaração ou à constituição de situação jurídica nova, pois, como é sabido e ressabido, as sentenças declaratórias e as sentenças constitutivas não podem ser objeto de execução.

5. Legitimação das Partes - Ao dispor sobre a ação monitória, a lei não estabeleceu regras especiais relativas à legitimação ativa e passiva para a causa, de tal sorte que, no seu âmbito, as partes considerar-se-ão legitimadas, ou não, segundo as regras e critérios gerais.

Grassa séria divergência, na doutrina, a respeito da possibilidade de uso do processo monitório contra a Fazenda Pública.

José Rogério Cruz e Tucci que, entre nós, foi quem primeiro escreveu sobre ação monitória, entende que não, argumentando que os pagamentos devidos pela Fazenda devem ser feitos na ordem de entrada dos precatórios (artigo 100 da Constituição Federal e 730 do Código de Processo Civil), de modo que, recebendo o mandado para pagar ou entregar a coisa, em quinze dias, a Fazenda, mesmo querendo, não poderia fazê-lo, sem descumprir a Constituição e o Código.

Ao argumento responde, com vantagem, Dinamarco, observando que o sistema de precatórios somente é inafastável nos casos de condenação através de sentença judiciária, inexistente, no caso de ação monitória, porque o mandado de pagamento não contém uma sentença de condenação a pagar.

Na verdade o cumprimento da “ordem” veiculada no mandado de pagamento é satisfação voluntária da obrigação, o que não significa que, desatendida a “ordem”, não opostos embargos, ou rejeitados os que foram oferecidos, não se vá cair no rito procedimental da execução contra a Fazenda, com a expedição de precatório, etc. etc., para o que, no entanto, será necessário submeter, antes, ao duplo grau obrigatório de jurisdição, a sentença declaratória de improcedência dos embargos, na forma do disposto no artigo 475, II, do Código de Processo Civil

É claro que se não houver embargos, não se poderá cogitar do reexame necessário do pronunciamento judicial que deferiu a expedição do mandado de pagamento, como condição de ingresso do autor nas vias executórias, pois esse pronunciamento judicial tem natureza de decisão interlocutória (Código de Processo Civil, artigo 162, parágrafo 2º), e somente as sentenças (Código de Processo Civil, artigo 162, parágrafo 1º) para serem eficazes, estão sujeitas ao duplo grau obrigatório de jurisdição (artigo 475).

O título executivo formado contra a Fazenda, embora não seja, a rigor, título sentencial, é, sem dúvida, título judicial, o que, a nosso ver, basta para autorizar o credor a ingressar nas vias executórias especiais do artigo 100 da Constituição Federal e 730 do Código de Processo Civil.

Nos casos de injunção a entregar coisas diferentes de dinheiro, o problema sequer se põe, porque o artigo 100 da Constituição Federal e 730 do Código de Processo Civil somente se referem à execução por quantia certa (de dinheiro), não a créditos de outra natureza.

Nenhum obstáculo existe, igualmente, a que figure a Fazenda Pública no pólo ativo da relação processual da ação monitória.

Será que o portador de título executivo extrajudicial pode propor, em face da Fazenda Pública, ação monitória?

Impõe-se a resposta afirmativa.

Como os bens públicos são impenhoráveis, não se pode cogitar de execução fundada em título extrajudicial, contra a Fazenda, na modalidade de execução por quantia certa contra devedor solvente, pois, no seu âmbito, “se o devedor não pagar, nem fizer nomeação válida, o Oficial de Justiça penhorar-lhe-á tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal, juros, custas e honorários advocatícios” (artigo 659).

Inadmissível, igualmente, é a execução contra a Fazenda, fundada em título executivo extrajudicial, pelo sistema dos precatórios, pois este somente é utilizável nos casos de execução fundada em título judicial, nos exatos termos do artigo 100 da Constituição Federal e 730 do Código de Processo Civil.

Logo, o portador de título executivo extrajudicial contra a Fazenda, na verdade não dispõe de título executivo extrajudicial, mas certamente dispõe de documento capaz de infundir certeza razoável da existência do seu crédito, a justificar a propositura da ação monitória, com base no artigo 1.102 a. do Código de Processo Civil.

Da mesma forma, não obsta ao exercício do direito à ação monitória a existência de incapazes, no pólo ativo ou no passivo da mesma relação processual.

6. Natureza Jurídica da Ação Monitória - Sérgio Bermudes, Nelson Nery Júnior, José Rogério Cruz e Tucci e outros entendem que a ação monitória é uma ação de conhecimento, de natureza condenatória, na mesma linha de Chiovenda, que alude a uma ação de accertamento com prevalente função executiva e de Edoardo Garbagnati, para quem é inequívoca a sua natureza de processo de conhecimento, porque a única particularidade do processo monitório é a de criar o título executivo, mais celeremente, mediante um procedimento especial.

Não partilha desse entendimento Cândido Dinamarco, ao ver de quem a ação monitória “não se enquadra na figura do processo de conhecimento, nem na do executivo e, muito menos, na do cautelar”.

Esse é, também, o pensamento de Carnelutti, que vê, no processo de injunção, equivalente ao nosso procedimento monitório, uma função diversa do processo de conhecimento e do processo de execução.

Seria, pois, a injunção, um *tertium genus* (de processo), intermédio entre o de cognição e o de execução.

Temos maior simpatia por este último entendimento, porque, afastada qualquer possibilidade de caracterizar o processo monitório como processo de execução ou cautelar, igualmente não podemos identificá-lo com um processo de conhecimento, pois, diferentemente do que ocorre neste, em que se busca a solução de um conflito de interesses através de sentença de mérito, no processo monitório tal não ocorre, a não ser em sede de embargos, mas aí já estaremos no âmbito de outra ação e de outro processo, dos quais só mais tarde trataremos.

7. Natureza da Obrigação - No direito brasileiro, somente se admite o uso da ação monitória se for para o credor pedir “pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel” - artigo 1.102 a. -

Regra igual é a do artigo 633 do Código Italiano.

Já um tanto diferente é o parágrafo 688 do Código Alemão que alude à determinada soma de dinheiro e à entrega de quantidade determinada de coisas fungíveis ou de valores, mas silencia sobre coisas móveis determinadas.

Bem é tudo aquilo que pode ser objeto de direito, tendo, ou não, conteúdo econômico. A coisa é uma espécie de bem. É o bem que possui valor econômico.

Coisa fungível é a coisa móvel que pode ser substituída por outra da mesma espécie, qualidade e quantidade - Código Civil, artigo 50 -

Coisa móvel é a suscetível de movimento próprio, ou de remoção por força alheia - Código Civil - artigo 47 -

Diante do texto legal - artigo 1.102a. - é inadmissível o uso da ação monitória para tutela de obrigações de fazer ou de não fazer e para a de dar imóvel.

8. **A Prova Escrita** - Somente se confere ação monitória ao credor que dispõe de prova escrita da existência da obrigação, desprovida de eficácia executiva.

O mero “começo de prova escrita”, que não ministra razoável certeza da existência da obrigação, não é suficiente.

A prova escrita é a documental, *stricto sensu*, ou seja o papel, abrangendo tanto a prova preconstituída - a que foi produzida com a finalidade de fazer a prova de fato determinado - uma confissão de dívida - como a prova casual - a que não foi produzida com tal finalidade - as notas de um diário privado.

Como anota, com a costumeira clarividência, Carreira Alvim, ficam excluídas do âmbito de incidência da ação monitória a prova documental *lato sensu*: v.g. a fita cassete, o vídeo tape, etc. etc.

Na Itália, autores como Satta, só consideram documento hábil a instruir a ação monitória aquele que provém do próprio devedor e firma certeza atual da existência do crédito, sua liquidez e exigibilidade, lição que se reluta em aceitar, porque tais requisitos não são exigidos nem pela lei italiana, nem pela brasileira.

Os autores, de um modo geral - Bermudes, Dinamarco - não exigem documento escrito que revele a certeza sobre a existência da obrigação. Contentam-se com aquele do qual razoavelmente se possa inferir a existência do crédito.

O primeiro - Bermudes - exemplifica com: a) uma carta em que o remetente agradece ao destinatário um empréstimo de dinheiro, obrigando-se a restituí-lo em determinado dia; b) um bilhete que um agricultor deixa na fazenda vizinha, dizendo que tomou por empréstimo algumas sacas de café de certo tipo e que reporá outras, de igual espécie, qualidade e quantidade, num dia próximo; c) a carta em que o antiquário escreve a cliente acusando o recebimento do preço de uma estatueta rara e promete entregá-la até certa data.

O segundo - Dinamarco - oferece outros exemplos: a) títulos de crédito (notas promissórias, cheques) depois de prescrito o direito que corporificam; b) sentença declaratória em que foi reconhecida, definitivamente, a existência do direito (v.g. a sentença que julgou improcedente pedido de declaração de inexistência de obrigação cambial).

Em sede de ação monitória, a prova escrita exigível diz respeito, única e exclusivamente, aos pressupostos específicos do processo - a existência

do crédito - líquido, certo e exigível - e a natureza das prestações, não abrangendo, portanto, todos os fatos da causa.

Se a dívida não for líquida a ação monitória não será admissível, porque, no seu âmbito, não existe espaço para a liquidação incidental, seja na primeira, seja na segunda fase do processo monitório.

9. A Petição Inicial - Embora a lei não o diga, expressamente, a petição inicial da ação monitória, como a de qualquer outra, deve satisfazer às exigências dos artigos 282, 283, 39 do Código de Processo Civil.

Nessa petição inicial, o autor, exibindo prova escrita da existência do seu direito, requererá ao juiz a expedição de mandado de pagamento (da soma em dinheiro) ou de entrega (de coisa fungível ou de determinado bem móvel) .

Diversamente do que já se tem afirmado, parece-nos que não cabe, no caso, pedido de condenação do réu a pagar a dívida ou a entregar a coisa, pois, como já se acentuou, a ação monitória não é ação de conhecimento, muito menos de natureza condenatória, não podendo, portanto, o autor pedir o que o juiz não lhe pode dar: a condenação.

Nos casos previstos em lei - Código de Processo Civil, artigo 295 - a petição inicial será indeferida, através de sentença, de que caberá apelação.

Também será indeferida, por razões ligadas à própria natureza da ação monitória: o autor pede coisa imóvel; satisfação de obrigação não patrimonial; tutela de obrigação de fazer ou de não fazer; provimento constitutivo ou declaratório e assim por diante.

Igualmente será indeferida a inicial, por razões inerentes à própria ação monitória, se o juiz, ao submeter a pretensão do autor, em cognição sumária, a um juízo de delibação, convencer-se de que não é provável a existência do direito do qual o autor se diz titular.

Se não indeferir a petição inicial, por qualquer uma das razões mencionadas, “o juiz deferirá, de plano (ou seja *inaudita altera parte*), a expedição de mandado de pagamento ou de entrega da coisa, no prazo de 15 (quinze) dias (artigo 1.102b).

10. O Mandado de Pagamento e de Entrega - Diferentemente do que dá a entender a letra do artigo 1.102b, para que o juiz determine a expedição do mandado de pagamento ou de entrega não basta que a petição inicial esteja “devidamente instruída”.

É de mister que, à luz da prova escrita apresentada, o juiz se convença de que é provável a existência do direito afirmado na inicial.

Tal como na antecipação da tutela, não se exige a certeza da existência do direito, mas, por outro, o juiz não deve contentar-se com a mera possibilidade de que ele exista. Reclama-se a probabilidade da sua existência. Probabilidade é menos do que certeza e mais do que possibilidade.

Eduardo Talamini afirma que é admissível antecipação da tutela na ação monitória. (*Tutela Monitória*, Editora Revista dos Tribunais, 1.998, página 157).

Mas como será isso possível se, na antecipação da tutela, o que se antecipa é a “tutela pretendida no pedido inicial” (artigo 273), ou, o que é dizer o mesmo, o julgamento do mérito, e, na ação monitória não existe julgamento de mérito?

Não se ignora que parcela ponderável da doutrina não aceita a última afirmação, mas *data venia*, tal entendimento não é o melhor, como logo em seguida, procurar-se-á demonstrar.

Com efeito, divergem os autores sobre a natureza jurídica do provimento judicial que determina a expedição do mandado.

Sérgio Bermudes acha que se trata de uma “sentença condenatória condicional” (*A Reforma do Código de Processo Civil*, 2ª edição, página 175).

Alexandre Câmara sustenta que o provimento judicial é uma “sentença liminar...que...resolve o mérito da causa”. (*Processo Civil*, páginas 183/184).

Carreira Alvim entende que se está frente a uma decisão interlocutória de mérito (*Código de Processo Civil Reformado*, página 321).

Pensamos que a razão está com Humberto Theodoro Júnior, para quem “o ato do juiz que, após verificar a prova do direito do autor, defere a expedição do mandado de pagamento é decisão interlocutória (Código de Processo Civil, artigo 162, parágrafo 2º), em tudo igual, em natureza processual, à que defere a citação na execução de título executivo extrajudicial” (*As Inovações no Código de Processo Civil*, 6ª edição, página 84).

De sentença, não se pode falar porque, ao deferir, de plano, o mandado de pagamento ou de entrega, o juiz não põe fim ao processo monitório, antes impulsiona-o no rumo do seu destino natural.

De provimento judicial de mérito também não se pode cogitar, porque, na petição inicial da ação monitória, o autor pede um mandado de paga-

mento ou de entrega, não a condenação do devedor a pagar ou a entregar, não podendo o juiz, que está adstrito ao pedido do autor, julgar o mérito de causa se nenhum julgamento de mérito lhe foi pedido.

Na verdade, o efeito do discutido provimento judicial, como anota Dinamarco, é meramente processual: ele institui, para o devedor, o ônus de embargar. Nada mais.

Das premissas estabelecidas deve ser extraída a conclusão de que nenhum sentido faz a afirmação, tão freqüente, de que a decisão que determina a expedição do mandado de pagamento ou de entrega faz coisa julgada material e, reunidos os requisitos legais, pode ser atacada por meio de ação rescisória.

No sentido do texto: Redenti (*Diritto Processuale civile*, volume 3, 2ª edição, páginas 26 e 27); Carnelutti (*Istituzioni*, vol. 3, página 136). Bem recentemente, Giovanni Tomei (*Cosa giudicata o preclusione nei processi sommari ed esecutivi, Scritti in onore di Elio Fazzalari*, vol. 2, Milano, 1.993, página 318).

A expressão “mandado de pagamento ou de entrega” utilizada, pelo Código, no artigo 1.102b, não tem o significado de ordem ou determinação imperativa, que, habitualmente, emprestamos ao vocábulo.

Se mandado, no referido dispositivo legal, significasse ordem ou determinação imperativa, o devedor, ao recebe-la teria de efetuar o pagamento ou a entrega da coisa, no prazo de 15 dias, sob pena de ser preso em flagrante como incurso nas penas do crime de desobediência.

Na verdade o mandado não é de pagamento ou de entrega, senão que de exortação, de concitação do devedor a pagar ou a entregar, acenando-lhe o juiz, desde logo, com as vantagens de assim proceder, dentre as quais avulta a da isenção das custas do processo e de honorários de advogado (parágrafo 1º do artigo 1.102c).

Aliás, essa conclusão está de acordo com a etimologia da palavra monição, do latim *monitio*, *monere*, que significa advertir, avisar, exortar, concitar.

Como anota De Plácido e Silva, no seu *Vocabulário Jurídico*, 11ª edição, página 205, *monição*, na terminologia do Direito Canônico, é a advertência feita pela autoridade eclesiástica a uma pessoa, para que cumpra certo dever ou não pratique um ato, a fim de evitar a sanção ou a penalidade a que este sujeita, pela omissão ou ações indicadas.

Em suma: o devedor, recebendo o mandado, atende, ou não, de acordo com o seu livre arbítrio, a exortação, a concitação do juiz.

Esse mandado, já se disse antes, mas não custa repetir, é sempre expedido *inaudita altera parte*, não havendo, portanto, contraditório, nesta fase. Da decisão que determina a sua expedição não cabe recurso algum, pois toda a matéria que o réu poderia alegar, caberá a ele alegá-la por outra via, a dos embargos.

Aliás, contraditório, tomada a expressão no sentido de exercício do direito de defesa, não existe, na ação monitória, em nenhum caso e em nenhum momento.

Nem antes, nem depois da expedição do mandado.

No procedimento monitório há duas fases: a primeira, a monitória propriamente dita, começa com a propositura da ação e finda com a expedição do mandado monitório; a segunda, a da execução, começa com a conversão do mandado monitório em título executivo judicial e termina com a satisfação do direito do credor.

Nas duas, não se confere ao réu o direito de se defender alegando a inexistência do direito de que, na inicial, o autor se disse titular.

Na ação monitória não existe defesa.

Não se imagine, no entanto, que esse esquema vulnera o princípio do *due process of law* e, sobretudo, o artigo 5º, LV, da Constituição Federal, de acordo com o qual “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Na verdade, não há supressão do contraditório, que, como se diz na doutrina italiana, é apenas *posticipato* ou *differito* para um momento ulterior, de tal sorte que “o *due process of law* é aqui resguardado pela fase de oposição, que é eventual, mas que introduz, no procedimento especial, todas as garantias do processo ordinário de cognição” (Ferruccio Tommaseo, *Appunti di diritto processuale civile*, página 25).

É claro que, uma vez citado, o réu poderá alegar matéria de defesa, através de embargos, mas esses embargos, algumas vezes chamados de embargos ao mandado, constituem ação nova e processo novo, como melhor se procurará demonstrar um pouco mais a frente.

Nesses embargos, típica ação de conhecimento que são, existe, é claro, contraditório, o que significa dizer que existe contraditório nos embargos ao mandado monitório, mas não existe contraditório na ação monitória.

Todos os autores salientam a necessidade de que a decisão que determina a expedição do mandado seja fundamentada, mas a questão não merece

as galas com que costuma ser brindada, pois se todas as decisões judiciais, inclusive as interlocutórias (Código de Processo Civil, artigo 165, *fine*) devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade (Constituição Federal, artigo 93, IX), não se compreende porque se há de discutir se entre tais decisões se inclui, ou não, a que, em sede de ação monitória, determina a expedição de mandado de pagamento ou de entrega.

11. A Citação - Posto a lei não o diga expressamente, é óbvio, que, convencendo-se o juiz da probabilidade da existência do direito do autor e determinando, em consequência, a expedição de mandado de pagamento ou de entrega, determinará, também, a citação do réu, pois é exatamente com a citação, indispensável para a validade de qualquer espécie de processo (artigo 214), que se estendem ao réu os efeitos da propositura da ação (artigo 263, *fine*).

Substancialmente, o mandado, a ser cumprido pelas vias comuns - correio, oficial de justiça, precatória, edital - é, ao mesmo tempo, um mandado de citação, destinado a integrar a relação processual, e um mandado monitório, com feição de mandado de intimação destinado a concitar o devedor a pagar a soma de dinheiro ou a entregar a coisa.

Posto a lei também não o diga, expressamente, entende-se que do mandado há de constar a advertência de que, se não efetuar o pagamento ou não entregar a coisa e não oferecer embargos, dentro do prazo de 15 (quinze) dias, o devedor permitirá que se forme de imediato o título executivo e que, também imediatamente, tenha início a fase executiva, sem outras possibilidades de discussão do mérito da causa.

Se os efeitos da omissão do citando, na ação monitória, são muito mais graves do que os efeitos da revelia, no processo comum, parece que a advertência, exigida, pelo artigo 285, para o caso em que os efeitos são menos graves, não pode deixar de ser exigida, e até com mais forte razão, no caso em que os efeitos se revestem de maior gravidade.

12. Conduta do Réu Dentro do Prazo de 15 Dias - Citado, o réu, na ação monitória, poderá tomar várias atitudes:

Primeira atitude do réu: Paga a soma em dinheiro ou entrega a coisa fungível ou determinado bem móvel.

Neste caso, com a satisfação do direito do credor, extingue-se o processo monitório, que atingiu integralmente os seus fins.

A lei incentiva a adoção, pelo réu, dessa atitude, acenando-lhe com a isenção das custas e honorários advocatícios (parágrafo 1º do artigo 1.102c).

Se a isenção compreendesse, apenas, as custas despendidas pelo réu e os honorários do advogado que ele próprio contratou, nada se teria a opor ao texto legal, mas, ao que tudo indica, a intenção foi isentá-lo de reembolsar, também, as custas despendidas pelo autor e os honorários do advogado que contratou.

Se é assim, é preciso reconhecer que o legislador, ao desfalcocar o patrimônio do credor, em proveito do devedor, fez cortesia com o chapéu alheio, com desprezo à velha máxima de Chiovenda, de acordo com a qual a atuação da lei não pode representar uma diminuição patrimonial para a parte a cujo favor ela se efetiva.

Dentro desse contexto, não faltará credor que abdique do processo monitório, para não sofrer desfalque patrimonial, proveniente do fato de ter de pagar as custas do processo e os honorários de seu advogado, sem possibilidade de obter o correspondente reembolso.

Nos outros casos - não pagou e não embargou ou embargou e sucumbiu - o réu, obviamente, pagará, normalmente, como vencido, as custas e honorários da ação monitória.

Segunda atitude do réu: Ele se omite.

Diz a lei que “se os embargos não forem opostos (e, é claro, se, cumulativamente, o réu não efetuar o pagamento nem entregar a coisa) “constituir-se-á de pleno direito o título executivo judicial, convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo...”.

Como diz, com acerto, Flávia Machado da Silva, “aquele documento trazido pelo autor é elevado ao *status* de título executivo judicial...” (*Análise Sistemática da Ação Monitória no Direito Brasileiro*, página 46).

Como, nos termos da lei, a constituição do título executivo judicial, em decorrência da omissão do réu, é automática, ou, como se diz, no artigo 1.102c., é de “pleno direito”, deve-se entender que a formação do título executivo prescinde de sentença ou de qualquer outro pronunciamento judicial que o declare formado.

Em suma, a expressão “convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo”, deve ser entendida no sentido de que o mandado inicial, que era de pagamento ou de entrega, agora se vê transformado, automaticamente, em mandado de execução.

Terceira atitude do réu: Ele entra com embargos.

13. Os Embargos à Ação Monitória - Controverte-se sobre a natureza jurídica desses embargos.

Alguns (Carreira Alvim, Nelson Nery Júnior, Sérgio Shimura, Alexandre Câmara) entendem os embargos constituem forma de defesa, identificando-a com uma contestação, que não acarreta a formação de processo novo.

Outros (Sérgio Bermudes, Barbosa Moreira, Cruz e Tucci, Elaine Macedo, Dinamarco, Flávia Machado da Silva) sustentam que os embargos, ditos ao mandado, constituem ação nova, geradora de processo novo, que começa com uma petição inicial e finda com uma sentença, que lhe põe termo.

Entendemos que a razão está com os últimos.

Em primeiro lugar, porque se quisesse emprestar aos embargos natureza jurídica de defesa, a lei teria empregado vocábulo apropriado, capaz de revelar a sua intenção: resposta, contestação, defesa.

Depois, porque, afirmando que “os embargos independem de prévia segurança do juízo” (artigo 1.102c, parágrafo 2º), a lei deixa claro que não é de defesa que se trata, pois não se conhece nenhum caso em que, para apresentar contestação ou defesa, sob qualquer outra forma, o réu tenha que segurar o juízo, mas se conhece caso de ações em que, para insurgir-se contra a pretensão do autor, deve o réu satisfazer previamente aquela formalidade (ação de embargos do devedor).

Em seguida, porque, se de acordo com o mesmo dispositivo legal, os embargos “serão processados, nos próprios autos, pelo procedimento ordinário” é porque eles não constituem defesa, já que existem ações que se submetem ao procedimento ordinário, mas nunca se ouvir falar de qualquer modalidade de defesa submetido ao... procedimento ordinário ou a qualquer outro, suscetível de ser processada nos próprios autos ou em outros.

Finalmente, porque a mesma conclusão se extrai do parágrafo 3º do mesmo artigo 1.102c, quando diz que “rejeitados os embargos, constituir-se-á, de pleno direito, o título executivo judicial...”, uma vez que o que o juiz rejeita (ou acolhe) é sempre o pedido formulado pelo autor, na petição inicial da ação que intentou, não se tendo notícia de nenhum caso em que ao julgar o mérito da causa, o juiz rejeitou ou julgou improcedente...a contestação do réu !!!

Em suma, parece evidente que, na ação monitoria, o que é julgado procedente ou improcedente é o pedido do embargante, veiculado nos seus

embargos, não é o pedido formulado pelo autor-embargado, na petição inicial da ação monitória.

Nos embargos à ação monitória, ajuizáveis através de petição inicial elaborada com observância das regras constantes dos artigos 282 e 283, o embargante poderá alegar toda a matéria de defesa que alegaria em processo de conhecimento comum, com destaque, naturalmente, para a de inexistência do crédito de que o autor se diz titular, ou a de sua existência, mas de valor menor.

O pedido será de sentença obstativa da formação do título executivo.

Como se trata de procedimento ordinário, o embargado será citado, para apresentação de resposta, no prazo de 15 dias, seguindo-se o feito, depois, em seus ulteriores termos, como de Direito, inclusive com adoção de providências preliminares, réplica, julgamento conforme o estado do processo, nas modalidades de julgamento de extinção do processo, julgamento antecipado da lide e saneamento, em audiência de conciliação.

Em lição que se reluta em aceitar, porque destoante das regras legais sobre ônus da prova, Dinamarco afirma que, nos embargos ao mandado é do autor-embargado o ônus da prova dos fatos constitutivos do seu direito e é do réu-embargante o ônus de provar os fatos de seu interesse (extintivos, impeditivos, modificativos). Seria assim, se os embargos constituíssem espécie de defesa, mas, como já se viu, assim não é.

A teor do que dispõe o artigo 1.102c, os embargos “suspenderão a eficácia do mandado inicial”.

Não é bem assim.

O mandado inicial, até então, não estava produzindo efeito algum, de tal sorte que não se pode falar em suspender efeitos que o mandado não estava produzindo.

Na verdade, o que ocorre é que os embargos impedem ou retardam a conversão do mandado inicial em mandado executivo judicial, e, em decorrência, o prosseguimento do feito, como ação de execução.

Excluídas as hipóteses de extinção do processo sem julgamento do mérito, que não carecem de exame específico, os embargos poderão ser julgados procedentes ou improcedentes.

Se julgados procedentes, a sentença declarará a inexistência do direito de que, na inicial da ação monitória o autor se afirmou titular e, declarará, ainda, em decorrência, que o título executivo não se formou.

Se julgados procedentes, declarará o inverso, ou seja a existência daquele direito e que o título executivo se formou.

Nos dois casos, a sentença será apelável e em ambos, a nosso ver, a apelação será recebida no duplo efeito, sendo inadmissível a aplicação ao caso da regra constante do artigo 520, V (“Será recebida, no só efeito devolutivo (a apelação) quando interposta da sentença que: rejeitar liminarmente embargos à execução ou julgá-los improcedentes”), sendo inadmissível, também, em decorrência, execução provisória em sede de ação monitória.

Assim pensamos porque: a) a regra do artigo 520, V, que dá apelação sem efeito suspensivo da sentença que “rejeitar liminarmente embargos à execução ou julgá-los improcedentes” não é aplicável aos embargos na ação monitória, que não são embargos à execução ou embargos de devedor; b) essa regra do artigo 520, V, é de exceção, e as regras de exceção se interpretam restritivamente não podendo ser interpretadas extensivamente, analogicamente ou ampliativamente; c) a regra geral, aplicável mesmo quando a lei é omissa, é no sentido de que, salvo disposição em contrário, inexistente, no caso, a apelação é sempre recebida no duplo efeito.

Esse é, também, o pensamento de Eduardo Talamini (op. cit., pág. 141).

Corretamente, assim decidiu a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 52.757.7, de que foi relator o eminente Desembargador Wilson Reback.

Contra, mas, *data venia*, sem nenhuma razão, neste ponto, Dinamarca (*A Reforma*, 3ª edição, páginas 241 e 242) e Bermudes (*A Reforma*, 2ª edição, página 177).

Como já se assinalou, tendo julgado o mérito da causa, no sentido da procedência do pedido veiculado nos embargos, a sentença declarará, além da não formação do título executivo, a inexistência do direito do embargado-autor, para o qual ele veio a juízo pedir tutela, com a sua ação monitória.

Essa sentença, por ser de mérito, fará coisa julgada material, como qualquer outra, impedindo que o autor volte a juízo para pedir tutela para o mesmo direito declarado inexistente.

Sendo de mérito essa sentença desafia ação rescisória, se reunidos os requisitos legais.

É claro que se os embargos foram acolhidos por razões de ordem processual (v.g. ilegitimidade ativa do autor da ação monitória), nada impedirá que o verdadeiro legitimado venha posteriormente a postular tutela para o seu direito, seja pela via monitória, seja pela via ordinária.

A sentença que julgar os embargos improcedentes, igualmente fará coisa julgada material, sem nenhuma peculiaridade digna de nota e com todas as conseqüências daí decorrentes.

14. A Execução - Instaura-se a execução se os embargos não forem oferecidos ou se forem rejeitados.

Conforme o caso, a execução será por quantia certa contra devedor solvente (artigos 646 a 731) ou para entrega de coisa (artigos 621 a 631).

A execução instaura-se *ex officio* (... prosseguindo-se na forma prevista no Livro II, etc. etc. “diz o artigo 1.102c, parágrafo 3º).

Melhor: *ex officio*, o juiz manda que se passe da primeira fase da ação - a fase monitória - para a segunda fase - a fase executiva.

Não há, pois, no âmbito da ação monitória uma ação de execução autônoma, distinta da ação originária.

Sendo a execução um mero prosseguimento da ação monitória e não ação nova (argumento *ex* artigo 1.102c, parágrafo 3º), parece prescindível outra citação do devedor, nesta segunda fase (executiva) da mesma e única ação, bastando, a nosso ver, simples intimação, para que, no prazo de 24 horas, o devedor efetue o pagamento da dívida ou nomeie bens à penhora (artigo 652), ou, então, dentro de 10 dias, satisfaça a obrigação.

Diferentemente do que sustenta Bermudes (op. cit. pág. 177) e Cruz e Tucci (op. cit. página 64), pensamos que embargos do devedor, de primeira fase, regulados no artigo 741 e 745, não são admissíveis, porque, no processo monitório, não há dois processos, o monitório propriamente dito e o executório. Um é continuação do outro, de tal sorte que tudo o que o devedor pode alegar em seu prol ele há de fazê-lo nos embargos ao mandado, ou embargos à ação monitória, sob pena de preclusão, eis que, a coisa julgada formada no processo dos embargos ao mandado cobre tanto o deduzido como o deduzível, nos exatos termos do artigo 474 do Código de Processo Civil.

Admitir o inverso é permitir a interposição dos mesmos embargos de primeira fase, duas vezes, num processo só, em autêntico *bis in idem*, o que não se afigura lógico e, menos ainda, jurídico.

Mas não se exclui a possibilidade de que, reunidos os requisitos legais, sejam interpostos, no momento adequado, os embargos de segunda fase, à arrematação e à adjudicação (artigo 746) e os embargos de retenção por benfeitorias (artigo 744), eis que, nestes casos, incorre o *bis in idem* obstativo da repetição dos embargos de primeira fase (artigos 741 e 745).◆

DNA, a Fronteira da Verdade?

MANOEL CARPENA AMORIM

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro; Diretor- Geral da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Em processo que tramitou recentemente no Egrégio Tribunal de Justiça do Estado, nos pronunciamos da seguinte maneira:

Investigação de paternidade.

Recusa do investigando de submeter-se ao exame hematológico (DNA) determinado pelo Juiz.

Proteção constitucional da intimidade. Ninguém pode fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Inexistência de norma legal que obriquer o réu a submeter-se à perícia.

A descoberta da verdade, meio pelo qual se chega à solução do conflito de interesses, deve ser exercida pelas partes e pelo Juiz de forma mais ampla possível, mas tem como limites os direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, quer no sentido físico quer no sentido espiritual, pressupostos básicos de qualquer Estado democrático.

Negativa do réu não implica em presunção da paternidade, mas tão somente em fato que, no conjunto das provas, pode ser considerado em seu desfavor.

A questão, como se vê, é de alta indagação e pode ser assim resumida: na ação de investigação de paternidade o investigando está obrigado a submeter-se ao exame hematológico para apuração da paternidade?

Sempre nos preocupamos com essa matéria e, *data venia*, partindo de um raciocínio simplista, o resultado do exame hematológico pelo método conhecido como DNA passou a ser visto pelos Juizes, de uma maneira geral, como um dogma. Esquecidos talvez, independentemente das questões ético-jurídicas, que o assunto desperta, de que por trás do biombo da afirmação científica, há outras questões instrumentais e morais que nem sempre corroboram a grande certeza pré-estabelecida pela ciência.

Em data recente, jornais do Brasil inteiro noticiaram e alertaram para os perigos das conclusões do exame hematológico (DNA) procedidos,

muitas vezes, em laboratórios sem os recursos indispensáveis ou até, o que é mais grave, inidôneos.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro tem, praticamente à unanimidade, repetido afirmativamente àquela pergunta inicial.

Nessa direção, os seguintes julgados:

Agravo de Instrumento nº 1.708/92, Primeira Câmara Cível, do eminente Desembargador MARTINHO CAMPOS, julgado em 04.05.93:

“Investigação de paternidade. Condições da ação. Possibilidade jurídica diante da alegação de relações sexuais coincidentes com a concepção. Existência do interesse de agir diante da necessidade de obter uma sentença que declare a relação jurídica de filiação. O que se indaga é a quem cabe abstratamente a ação e contra quem pode ser proposta, correspondendo a legitimidade ativa a quem alega ser o filho e a passiva a do suposto pai. Prova. A indispensável para a propositura da ação e a certidão de nascimento. As demais provas, inclusive a documental, são produzidas no curso do processo que é investigatório. Prova documental de conhecimento do réu, anexada com a réplica não o surpreende ou causa prejuízo à defesa. Exame hematológico (DNA). Não constitui constrangimento ilegal a perícia que exige a colaboração da parte e é feita pela retirada, por médico, do seu sangue para exame. Perícia admitida no saneador há de ser feita antes da audiência da ação ordinária” (sic).

Mandado de Segurança nº 638/91, Oitava Câmara Cível, do eminente Desembargador GERALDO BATISTA, julgado em 10.03.92:

“Mandado de segurança. Investigação de paternidade. Exame do DNA deferido sob pena de confissão. Legalidade. Denegação da ordem. Agravo de Instrumento.

Não constitui ilegalidade, abuso de poder e nem fere direito líquido e certo do impetrante, a decisão que defere na ação de investigação de paternidade a produção de prova pericial hematológica (exame do DNA), sob pena de confissão.

É inadmissível o writ para que se atribua efeito suspensivo a recurso de agravo de instrumento que não o tem” (sic).

Agravo de Instrumento nº 1.317/88, Sétima Câmara Cível, do eminente Desembargador PAULO ROBERTO DE FREITAS, julgado em 13.12.88:

“Investigação de paternidade. Prova hematológica H.L.A. Admissibilidade.

O exame H.L.A. (Human Leucocytes Antigens) é a mais moderna prova científica da paternidade, com aptidão de afirmá-la em 98 a 94% dos casos. Tratando-se como se trata de prova científica que não atenta contra a moral, nem aos bons costumes, ao contrário, profilática em relação a que, por vezes se praticam as investigações de paternidade, tem os autores um lúdimo direito de produzi-la” (sic).

Registrado na Divisão de Jurisprudência deste Tribunal, encontramos como manifestação escoeita do entendimento contrário, o voto vencido do eminente Desembargador PERLINGEIRO LOVISI, na Apelação Cível nº 919/90, Sétima Câmara Cível, em acórdão de que foi Relator o eminente Desembargador SALIM SAKER:

“Investigação de paternidade. Prova. Recusa do réu de submissão a exame hematológico. Ônus, e não obrigação da parte, cujo não cumprimento leva à presunção de veracidade dos fatos alegados. Recursos providos.

Vencido o Des. Perlingeiro Lovisi”. (sic)

Já decidimos em recurso semelhante no mesmo sentido.

As razões que nos levam a sufragar o entendimento de que o investigando pode, validamente, rebelar-se contra a determinação judicial de submetê-lo à perícia hematológica são as seguintes:

É certo que o fim do processo é a solução do conflito de interesses e o meio, a descoberta da verdade, e que para consegui-la é dado as partes e ao Juiz, responsável pela decisão do litígio, lançar mão de todos os meios de prova possíveis e imagináveis.

A regra insculpida no Código de 1939 era a seguinte (art. 208):

“São admissíveis em Juízo todas as espécies de prova reconhecidas nas leis civis e comerciais.”

O atual Código de Processo, sob o influxo de novas idéias, nascidas certamente da necessidade de proteger as pessoas da onipresença sufocante do Estado hodierno, redigiu de forma mais prudente o art. 332, que trata do mesmo tema:

“Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação e a defesa.”

O Código Procesal Civil y Comercial da República Argentina foi muito mais enfático (art. 379):

“La prueba deberá producir-se por los médios previstos expresamente por la ley y por los que el Juez disponga, a pedido de parte o de oficio,

siempre que no afecten la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros o no estean expresamente prohibidas para el caso.”

Como diz o notável processualista gaúcho, ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, *in* Revista de Processo, nº 43, pág. 138, em artigo sob o título - A eficácia do meio de prova ilícita no Código de Processo Civil brasileiro:

“Os meios de prova podem ser legítimos (se configurados em lei expressamente, tanto do C.P.C., como em outros textos) e lícitos (não configurados em leis mas admissíveis, se “morais”, como, antes do Código de 732 já se admitiu no Brasil, por praxe forense, a inspeção judicial atualmente incluída no C.P.C., art. 440 e ss). Um meio legítimo poderá tornar-se ilícito se for obtido ou for produzido fora dos ditames morais; mas o meio ilícito será sempre, evidentemente, ilegítimo, porque, além de não ser estatuído em lei ainda está maculado por qualquer ato do interessado.”

A Constituição de 88 também não descuidou do assunto, dizendo, no art. 5º, LVI:

“São inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos.”

Portanto, já a essa altura, podemos afirmar, com base na normatividade vigente, duas coisas:

1º - que todos os meios de prova destinados à apuração da verdade devem ser utilizados pelas partes;

2º - que são imprestáveis como prova os dados obtidos por meios ilícitos bem como imorais.

Isto é, aos superiores interesses da Justiça no esclarecimento dos fatos, devem-se opor os valores éticos e morais tidos pela nossa cultura como pressupostos da dignidade da pessoa humana.

É sabido que o Estado moderno, mais do que em qualquer tempo, agigantou-se, fazendo com que o *Leviatã* de THOMAZ HOBBS parecesse, aos nossos olhos, um pequeno camaleão alado.

O Estado de nossos dias, municiado com um arsenal tecnológico nunca sonhado, é capaz de tudo, sufocando o ser humano e empurrando-o até aos mais longínquos limites da sua intimidade pessoal.

Invade a privacidade das pessoas, pode vê-las e ouvi-las à distância, quer saber quanto dinheiro têm no Banco, quantos imóveis possuem, quais são os seus negócios, enfim, o homem está hoje enredado nos tentáculos de um monstro que ele mesmo criou.

A sua última fronteira, a derradeira cidadela, é a lei.

A verdade, cuja busca incessante é a meta, não deve ser conseguida de qualquer maneira.

Há um preço que ninguém pode pagar: o que compromete a dignidade do homem.

Diz a Constituição Federal no art. 5º, II, de 1988:

“Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

E não há lei nenhuma que obrigue o investigando réu a submeter-se ao exame hematológico.

Trata-se de prova que envolve a própria pessoa na sua dimensão física e na sua dimensão moral. Portanto, só o agravante pode decidir sobre a conveniência de submeter-se ao teste, certo que arcará com os ônus decorrentes da negativa, mas essa é uma outra questão.

Estamos em área dispositiva onde o Estado não pode se sobrepor aos interesses das partes envolvidas.

Se estivéssemos lidando com matéria cogente, de ordem pública, o enfoque seria um pouco diferente. Mesmo assim, a descoberta da verdade no processo penal jamais ultrapassou os limites da decência do réu, que tem o direito de silenciar ou até de mentir no seu interesse.

O marxismo-leninismo na União Soviética, que deu no que deu, tinha como um dos pontos cardeais de seu sistema político-autoritário o princípio de que “os fins justificam os meios”.

Se isso fosse correto, se a descoberta da verdade não tivesse limites, a *probatio probatissima* do direito intermediário teria plena atualidade, submetendo-se o réu a todas as torturas e violações da narco-análise, do *lie detector*, e outros engenhos criados para vilipendiar ainda mais o ser humano, já tão esmagado pelas distorções atuais da sociedade, com o único objetivo do esclarecimento da “verdade”.

Enfim, concluindo, até porque trata-se de um ensaio científico, limitado pelos parâmetros da conveniência, entendemos que o réu, na investigação de paternidade, pode validamente recusar-se a submeter-se a esse ou a qualquer outro exame que envolva a violação da sua privacidade física ou espiritual.

Não fosse assim, a pergunta que nos assoma é a seguinte:

A que sanção estaria sujeito o réu nessa hipótese?

Crime de desobediência?

Ficta confessio?

Nenhuma coisa nem outra. Quanto à primeira, não haveria desobediência por falta de amparo legal da prova. Quanto à segunda, porque ninguém, em sã consciência, poderia afirmar que o filho gerado foi produto de uma determinada relação sexual. Figure-se, portanto, a hipótese de *plurimum concubentium*, então, a negativa do réu implicaria na presunção de paternidade? Perece-nos que não.

A solução mais sensata, nesses casos, é a de respeitar-se a deliberação do investigando, ciente de que a sua negativa poderá, no conjunto geral das provas, ser mais um dado em seu desfavor.

Por isso, entendemos de garantir esse direito básico e constitucional de qualquer pessoa - o de conduzir-se de acordo com as suas conveniências, desde que não entre em conflito com as disposições que regem a vida dentro do grupo social.

E assim fazendo, não estamos sendo sequer originais, porque em vários dispositivos legais o ordenamento jurídico resguarda certos valores da pessoa humana, em detrimento dos interesses da ordem pública no esclarecimento dos fatos, até mesmo de caráter criminal.

Nesse plano, podemos exemplificar com o segredo profissional ou o que resulta de ofício ou de fé religiosa, cuja violação implica em crime (art. 154, do Código Penal). ◆

Inconstitucionalidade da Opção ao Autor para Ingressar nos Juizados Especiais

LUIS FELIPE SALOMÃO

Juiz de Direito, Secretário-Geral da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), Expositor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ) e da Universidade Estácio de Sá e autor do Livro “Roteiro dos Juizados Especiais Cíveis”, Editora Destaque.

Havia na Lei nº 7.244/84, expressamente revogada pela atual Lei nº 9.099/95, uma faculdade de acesso ao Juizado por parte do autor: a ele competia escolher se pretendia propor a demanda no Juizado ou no Juízo Cível competente, observando sempre limite de valor que a lei estabelecia.

A Lei nº 9.099/95 retirou, do artigo 1º, a expressão “**por opção do autor**”, e com isso deu ensejo a enormes discussões acerca da manutenção da facultatividade de acesso ao Juizado, surgindo, então, duas posições diametralmente opostas.

O renomado Professor *Cândido Rangel Dinamarco*¹ defende a opcionalidade, pois a obrigatoriedade “...se chocaria com os próprios conceitos fundamentais inerentes aos Juizados e ao seu processo, com a mecânica do sistema em seu funcionamento prático e com acontecimentos legislativos recentes na história processual brasileira”.

Joel Dias Figueira Júnior e *Maurício Antônio Ribeiro Lopes*² advogam a tese da facultatividade.

¹ DINAMARCO, Cândido Rangel - *in* “Caderno de Doutrina da Associação Paulista de Magistrados” - Ano 1 – nº 1.

² FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias e Lopes, Maurício Antônio Ribeiro - *in* “Comentários á Lei dos Juizados Especiais” - Editora RT - 1995.

*Theotônio Negrão*³, *Antônio Pessoa Cardoso*⁴, *Luis Cláudio Silva*⁵ e *João Carlos Pestana de Aguiar Silva*⁶ e *Luiz Fux*⁷ sustentam a tese de não opção por parte do autor.

Em alentada monografia⁸, o Juiz *J. S. Fagundes Cunha* sustentou a competência absoluta nos Juizados Especiais Cíveis.

Como se vê, duas posições opostas, com renomados doutrinadores em ambos os pólos.

Permito-me, no entanto, sempre observada a máxima vênia, analisar a questão por ângulo diametralmente oposto.

Duas coisas são absolutamente distintas: uma diz respeito à opção pelo “juízo” do Juizado Especial e outra diz respeito à natureza jurídica da competência dos novos órgãos.

Para os defensores da facultatividade, não obstante a menção de que a Lei nº 9.099/95 criou mais do que um procedimento específico, em verdade um novo órgão judiciário, ainda assim sustentam que o limite de valor e as características dos critérios adotados, cerceando algum tipo de prova ou de atividade das partes, justificaria a adoção da opção.

Confundem-se as coisas, no entanto.

Para logo, afaste-se eventual mistura com o conceito clássico do processo civil, o de concurso de ações.

No dizer elegante de *Arruda Alvim*⁹ “...a teoria do concurso de ações diz respeito à existência, para satisfação de um mesmo interesse, de mais de uma pretensão de direito material, tal como se pode verificar de grande número de hipóteses dos Códigos Civil e Comercial”.

³ NEGRÃO, Theotônio, Código de Processo Civil e Legislação Complementar, 27ª edição, Editora Saraiva, nota 1 ao art. 3º, Lei nº 9.099/95 - pág. 948.

⁴ CARDOSO, Antônio Pessoa - in “A Justiça Alternativa: Juizados Especiais - Anotações à Lei nº 9.099/95” - Edições Ciências Jurídicas.

⁵ SILVA, Luis Cláudio - in “Os Juizados Especiais Cíveis na Doutrina e na Prática Forense” - Ed. Forense - 1996.

⁶ SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar - in “Juizados Especiais Cíveis e Criminais - Lei nº 9.099/95 - Ed. Espaço Jurídico.

⁷ FUX, Luiz e Weber Martins Batista - in “Juizados Especiais Cíveis e Criminais e Suspensão Condicional do Processo Penal, Editora Forense, 1ª edição - 1996.

⁸ Monografia pública em Suplemento Especial da Tribuna da Magistratura da Associação Paulista de Magistrados - nº 73 - Julho 1996.

⁹ ALVIM, Arruda - in “Manual de Direito Processual Civil” - 2ª edição - vol. I - Editora RT.

E é Moacyr Amaral dos Santos¹⁰ que arremata: “*ocorre o concurso de ações quando se verifica a coexistência de ações à disposição e escolha do autor para fazer valer um mesmo direito em juízo. Qualquer delas tem por finalidade compor a lide e assim, satisfazer praticamente o direito do autor*”.

Não é essa a hipótese em questão.

Na verdade, não existe à disposição do autor, para sua escolha, duas ações para atender um mesmo direito.

O que existe, sim, em verdade, é um dispositivo constitucional que determina que o Distrito Federal e os Estados criarão Juizados Especiais com competência para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo (artigo 98, inciso I da Constituição Federal de 1988).

Integrante da Justiça ordinária, os Juizados Especiais possuem assento constitucional, com competência ali delineada, sendo que o constituinte delegou ao legislador federal o elenco de causas que seriam submetidas aos novos órgãos.

Vale dizer, trata-se de juízo integrante da Justiça ordinária estadual.

É de comum sabença que a própria Constituição, por vários critérios, identifica competências. É a Constituição que define as diversas “Justiças” (comum ou especial).

Assim sendo, porque a competência (*rectius* jurisdição) dos Juizados Especiais tem assento constitucional, só por isso o legislador ordinário retirou a expressão “*por opção*” prevista no artigo 1º da Lei anterior e omitida na atual.

A opção, por isso, fere dispositivo constitucional.

Em nenhuma outra “Justiça” prevista no texto constitucional há opção para ali ingressar ou não, nas causas de sua competência. Soaria como rematado absurdo dizer que o réu pode (ou não) ser julgado por Júri Popular em acusação de homicídio, atendendo escolha do Ministério Público.

Além do mais, entregar a opção apenas ao autor feriria de morte outro ordenamento constitucional, qual seja a igualdade das partes perante a lei e perante o processo (artigo 5º, inciso LV, da CF/88), porquanto o réu não dispõe de escolha para litigar, ficando ao talante do autor.

¹⁰ SANTOS, Moacyr Amaral - in “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil” - vol. I - Ed. Saraiva -1993 – 16ª edição.

Ademais, não é verdade que há uma limitação quanto à produção de prova para ingresso no Juizado.

Todas as provas são permitidas, sendo que o prudente arbítrio do legislador federal apenas substituiu a prova pericial por um equivalente mais ágil e célere, ou seja, o juiz designa um técnico, de sua confiança, sem as formalidades da perícia no Juízo comum, que então realizará o exame e prestará posterior depoimento, relatando os fatos ao Juiz.

Assim, não há qualquer cerceamento de prova previsto na Lei Federal.

Desta sorte, inexistente justificativa para a opção do autor de ingressar ou não no Juizado, já que esse posicionamento não se coaduna com o espírito da lei, nem também com a condição dos novos órgãos.

Se não há Juizados Especiais com estrutura adequada para suportar o grande volume de demandas que certamente surgirão com o advento da Lei nº 9.099/95, saberão os legisladores estaduais contornar tal problema fornecendo os modos e meios para que a nova Justiça possa se estabelecer, descentralizada, prestando relevante serviço público, tal como a rápida prestação jurisdicional, tão reclamada para causas de menor complexidade cíveis e criminais.

Não se pode, no entanto, forçar a interpretação de uma lei, apenas sob o pano de fundo de que os Juizados não possuem estrutura para dar vazão ao grande número de demandas que para ali serão canalizadas.

É a Constituição que prevê a existência do novo juízo, dentro da organização da Justiça estadual, e, com certeza, não há a opção de “Juízo”.

Ademais, atribuir a opção ao autor representa grande esvaziamento político dos novos órgãos.

A questão quanto à opção não se envolve com a natureza jurídica da competência.

Nesse passo, vários foram os critérios utilizados pelo legislador para a fixação de competência no Juizado Especial Cível.

Assim é que, no artigo 3º, da Lei nº 9.099/95, utilizou-se dos critérios referentes à matéria e ao valor.

No artigo 4º preferiu fixar competência levando em conta o critério territorial.

Seja como for, a regra geral relativa à competência nos Juizados Especiais Cíveis não está derogada.

Com efeito, quando se tratar de competência fixada em razão da matéria e do valor, a determinação é em caráter absoluto; quando o legislador

obedeceu ao critério da territorialidade, em princípio, a competência (entre os diversos Juizados) é relativa.

Além do que, venho sustentando, com firmeza, que não é o Julgador que irá estabelecer quais são as causas de menor complexidade cível e de menor potencial ofensivo no âmbito criminal. Em verdade, tal tarefa já foi realizada pelo legislador federal e, mercê do que já foi exposto poderá ser ampliada pelo legislador estadual.

Reafirme-se: não pode o Juiz considerar uma causa discriminada pelo artigo 3º da Lei nº 9.099/95, como sendo de alta complexidade, declinando, assim, da competência do Juizado Especial. Pode-se questionar o critério utilizado pelo legislador federal, mas o fato é que há o elenco legal de causas consideradas de menor complexidade cível.

Mister reconhecer houve o “*discrimen*”, vale dizer, o legislador federal estabeleceu um rol de causas que reputou como aquelas cíveis de menor complexidade.

Assim, não poderá o juiz afastar a competência do Juízo Cível, por entender que a causa é de alta complexidade.

Disso decorre, por outro lado, em linha de raciocínio coerente, que o autor também não pode afastar-se do Juizado, sob o argumento de que sua causa é complexa e necessita de produção de outras provas.

O legislador federal foi taxativo, estabelecendo o “*discrimen*” para as causas de menor complexidade.

Se assim não fosse, também os Juizados Criminais não seriam obrigatórios, o que se constituiria em rematado absurdo.

Não obstante entender que não se trata, a questão principal em exame, de dúvida quanto à natureza jurídica da competência, diversos julgados vêm asseverando que há competência absoluta dos Juizados Especiais Cíveis.

Assim é que, o primeiro vem do Estado de São Paulo, do Agravo de Instrumento nº 677.042-9, da Comarca de São Paulo, tendo como Agravante Francisco Napoleão Corrêa e Agravada Imalda Cintra Sampaio. A ementa é a seguinte.

“Competência - Processo extinto, por cuidar de matéria da competência do Juizado Especial Cível - Tratando-se de causa constante do artigo 3º, inciso II, da Lei 9.099/95, cujo inciso não foi revogado pela posterior Lei 9.245/95, a competência é do Juizado Especial Cível - Obrigatoriedade funcional e ‘ratione materiae’ do Juizado Especial Cível, que albergou os artigos 24, X, e 98, I, da Constituição Federal de 1988 - Causa que não está

limitada a 40 (quarenta) salários-mínimos, por ser legalmente conceituada como de menor complexidade - Exagese dos artigos 3º, parágrafo 3º, 21, 22 e 39 da Lei 9.099/95 - Descabimento, porém, da extinção do processo, que, por economia processual, dever ser, após declarada a incompetência da Justiça comum, remetido ao novo órgão da Justiça ordinária - Recurso parcialmente provido”

(Acórdão do 1º Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo – 10ª Câmara Cível - Relator designado Antônio de Pádua Ferraz Nogueira).

Também existe outro julgado da 8ª Câmara Cível do Estado do Rio de Janeiro, Agravo de Instrumento nº 300/96, Relator Desembargador Carpena Amorim:

“Juizados Especiais. Competência. É relativa a competência, salvo nas hipóteses no artigo 3º, II e III da lei regente dos Juizados Especiais criados pela Constituição de 1988 e a Lei nº 9.099/95. Se a competência dos Juizados fosse absoluta, o cidadão ficaria em certas hipóteses cortado quanto à ampla garantia de seus direitos assegurados pela Constituição Federal (artigo 5º, inciso XXXV, da Carta de 1988). A simplificação do procedimento do Juizado não se harmoniza com a complexidade de certos conflitos, que exigem para melhor resguardo do direito, ultrajado ou sob ameaça, maior aprofundamento, com produção de outras provas além daquelas que a simplificação e a celeridade permitem. Provedimento do recurso.

Os Juizes dos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio de Janeiro, reunidos em 15/12/95, formularam entendimentos uniformes sobre vários pontos controvertidos da Lei nº 9.099/95, que foram consubstanciados no Aviso nº 152/95¹¹, da Egrégia Corregedoria Geral da Justiça deste Estado, obtendo a seguinte conclusão:

ENUNCIADO Nº 1

“Ressalvada a hipótese do § 3º do art. 3º da Lei nº 9.099/95, é absoluta a competência dos Juizados Especiais Cíveis.”

Na mesma linha os julgados insertos na LEX-JTA 158/15 e Bol. AAsp 1969/299.

Por último, convém salientar que já existem estudos, especialmente no âmbito da Escola Nacional da Magistratura, objetivando a apresentação de anteprojeto de lei reformando o artigo 1º da Lei nº 9.099/95, constando expressamente a facultatividade do ajuizamento da ação perante o Juizado;

¹¹ Publicado no DORJ, Parte III, dia 19/12/95, pág.09.

em consonância com a quinta conclusão da “Comissão Nacional de Interpretação da Lei nº 9.099/95”, coordenada pela mencionada Escola Nacional da Magistratura, onde consta: “*O Acesso ao Juizado Especial Cível é por opção do autor*”.¹²

Se há a necessidade de reformulação da Lei nº 9.099/95, com isso está admitido, claramente, que não existe opção para o autor. ◆

¹² Idem.

Visão Panorâmica da Responsabilidade do Transportador

SÉRGIO CAVALIERI FILHO

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e Professor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

1. Origem da Responsabilidade Contratual do Transportador -

Na linha temática deste trabalho, cabe-me fazer uma resenha da evolução legislativa, doutrinária e jurisprudencial da responsabilidade do transportador desde os seus primórdios até os nossos dias. Sendo assim, a minha tarefa começa literalmente no *tempo da maria fumaça*, no tempo das locomotivas a vapor, que foram os primeiros meios de transporte coletivo.

Conta-se que os primeiros trens corriam à espantosa velocidade de seis quilômetros por hora. Certo dia, um velhinho chegou numa estação e viu aquela coisa comprida parada, com uma chaminé enorme soltando fumaça por todos os lados, e as pessoas embarcando nos vagões. Então, em sua incredulidade começou a gritar: desçam, desçam, essa coisa não vai andar, essa coisa não vai andar... De repente, a coisa apitou e começou a andar lentamente. Aí o velhinho pirou de vez e se pôs a gritar: essa coisa não vai parar, essa coisa não vai parar. E nesse ponto ele tinha razão porque, na realidade, não parou mesmo. De seis quilômetros passou-se para sessenta, depois cento e vinte, até chegar aos trens bala e aviões supersônicos dos nossos dias.

Mas, voltando à maria fumaça, lembro que naquele tempo ainda não se fazia distinção entre a responsabilidade contratual e a extracontratual, distinção essa introduzida na doutrina pelos juristas franceses, principalmente, em busca de um ajustamento da responsabilidade do transportador às novas realidades sociais decorrentes dos novos meios de transporte então emergentes.

Sabemos todos que, a rigor, não há diferença substancial entre a responsabilidade contratual e a extracontratual; ambas têm por essência a violação de um dever jurídico; também nas duas a noção de culpa é a mesma - a violação do dever de cuidado. Os juristas franceses, entretanto,

em busca de uma situação jurídica mais confortável, mais favorável para o passageiro, que não aquela de ter que provar a culpa do transportador, engendraram a responsabilidade contratual, na qual, diferentemente da responsabilidade extracontratual, já existe entre as partes um vínculo jurídico pré-estabelecido, e o dever jurídico violado está perfeitamente configurado nessa relação jurídica. A norma convencional, já define o comportamento dos contratantes, que ficam adstritos, em sua observância, a um dever específico. E foi justamente o contrato de transporte que serviu de cobaia, vamos assim dizer, serviu de instrumento de estudo do qual resultou a doutrina da responsabilidade contratual. Os juristas vislumbraram no contrato de transporte a cláusula de incolumidade, que gera para o transportador a obrigação de levar o viajante são e salvo ao seu destino, de sorte que, uma vez descumprida essa obrigação, exsurge o dever de indenizar do transportador independentemente de culpa.

Gaston Morin, em sua notável obra - *La Revolte du Droit Contre le Code* p. 62-, fez precisa colocação da matéria: “Antes o viajante, vítima de um acidente devia, para obter reparação, provar a culpa da companhia. Com o pressuposto de uma obrigação contratual de incolumidade, a vítima é dispensada daquela prova, na consideração de que o acidente que a atingiu constitui em si mesmo uma falta contratual geradora da responsabilidade civil do transportador, a não ser que demonstre que a inexecução do contrato provém de uma causa estranha a ele não imputável: caso fortuito, força maior, culpa da vítima”.

2. A Lei das Estradas de Ferro - Decreto 2.681/12 - No Brasil, a primeira lei que cuidou da responsabilidade do transportador foi o Decreto legislativo nº 2.681, de 1912, de todos conhecido como sendo a lei das estradas de ferro. Por ter encampado a mais atualizada doutrina da época, essa lei revelou-se avançada para o seu tempo, tanto assim que, embora destinada a regular apenas a responsabilidade civil das estradas de ferro, foi sendo aos poucos estendida analogicamente aos demais meios de transporte terrestre à medida em que foram surgindo, conseguindo assim manter-se em vigor por quase um século.

O Judiciário fez com a lei das estradas de ferro aquilo que Boulanger chamava de “poder de rejuvenescimento das leis; poder que consiste em fazê-las viver seguindo ou atendendo às exigências do tempo presente”.

A lei tira a sua força não tanto da vontade do legislador, que a faz, mas, principalmente, da vontade do legislador que a conserva. Se o legislador

atual, podendo revogar a lei, não obstante a conserva, é como se a refizesse cada dia. Destarte, interpretando-se as leis de acordo com o sistema atual da legislação e com a realidade social, o que se faz é interpretá-las segundo a vontade presumida do legislador que as conserva.

3 . **Controvérsias em Torno do Artigo 17 do Decreto 2.681/12 -**

Houve, inicialmente, uma certa indecisão da doutrina e da jurisprudência no que tange ao tipo de responsabilidade que teria sido estabelecida no art. 17 do Dec. 2.681/12. Com base na literalidade do texto - que fala em *culpa presumida* - alguns autores sustentaram que a responsabilidade do transportador, em relação aos passageiros, era subjetiva, com culpa presumida. A interpretação gramatical, entretanto, é a mais pobre de todas, não resistindo, na maioria das vezes, a um exame mais profundo do texto. E foi o que aconteceu também aqui.

Melhor examinando o assunto, a doutrina e a jurisprudência perceberam que havia no texto em exame uma errônea terminológica, porquanto a lei, embora falando em culpa presumida, havia na realidade estabelecido uma *presunção de responsabilidade*, vale dizer, responsabilidade objetiva. E assim é porque, no caso de culpa presumida, apenas inverte-se o ônus da prova, podendo o causador do dano demonstrar que não agiu com culpa, e, assim, afastar a sua responsabilidade. O mesmo já não ocorre no caso de *presunção de responsabilidade*. A culpa aí é despiciecia; o responsável só se exonera do dever de indenizar se provar a ocorrência de uma das causas que excluem o próprio nexa causal: o caso fortuito, a força maior, o fato exclusivo da vítima ou de terceiro.

Pois bem, o art. 17 do Decreto 2.681/12, embora fale em *culpa presumida*, como já assinalado, não admite ao transportador fazer prova de que não agiu com culpa para afastar a sua responsabilidade. Só admite, como causa exonerativa do seu dever de indenizar, o caso fortuito, a força maior e o fato exclusivo da vítima. A parte final do citado artigo diz o seguinte: “A culpa será sempre presumida, só se admitindo em contrário algumas das seguintes provas: caso fortuito ou força maior; culpa do viajante, não concorrendo culpa da estrada”.

Ora, caso fortuito e força maior sempre foram causas excludentes do nexa causal e não da culpa; o mesmo se diga do fato exclusivo da vítima. Logo, à luz do próprio texto tornou-se imperioso reconhecer que a responsabilidade do transportador, em relação aos passageiros, era objetiva, embora

tivesse a lei, por errônea terminológica, falado em culpa presumida.

4. O Fortuito Interno e o Externo - Tão forte era essa presunção e responsabilidade do transportador que a moderna doutrina passou a distinguir o *fortuito interno do externo*, admitindo que apenas este último não estava abrangido pela cláusula de incolumidade. Entende-se por *fortuito interno* o fato imprevisível, e por isso inevitável, que se liga à organização da empresa, que faz parte dos riscos do negócio. O estouro de um pneu do ônibus, o mal súbito do motorista em plena viagem, o incêndio do veículo, o rompimento de uma peça de segurança, são típicos casos de fortuito interno. O *fortuito externo* é também fato imprevisível e inevitável, mas estranho à organização do negócio. E o fato que não guarda nenhuma ligação com os riscos da empresa, como fenômenos da natureza - tempestades, enchentes etc. Duas são as características do fortuito externo: *autonomia* em relação aos riscos da empresa e a *inevitabilidade*, razão pela qual alguns autores o denominam de força maior.

Pois como dizia, tão forte era a presunção de responsabilidade do transportador que, de acordo com a mais moderna doutrina e jurisprudência, nem mesmo o *fortuito interno* o exonerava do dever de indenizar; somente o *fortuito externo* por se tratar de fato estranho à empresa, sem ligação alguma com a organização do negócio.

5. O Fato Exclusivo de Terceiro - Outra questão que se tornou controvertida à luz do art. 17 da lei das estradas de ferro, e ainda hoje continua sendo, é a que diz respeito ao fato de terceiro, entendendo-se como tal alguém completamente estranho ao binômio *transportador-vítima* mas que com a sua conduta dá causa ao acidente. A controvérsia teve lugar porque o art. 17 da lei 2.681/12 não cogita do fato de terceiro, vale dizer, não o colocou entre as causas de exclusão de responsabilidade do transportador, o que levou alguns autores, entre os quais o nosso papa da responsabilidade civil - Aguiar Dias -, a sustentar não ser ele causa de exclusão de responsabilidade do transportador, ensejando-lhe apenas o direito de regresso.

Nesse rumo enveredou-se a jurisprudência da Suprema Corte, quando ainda era competente para julgar a matéria, ao elaborar o enunciado da súmula 187, que dizia: a “responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por *culpa de terceiro*, contra a qual

tem ação regressiva. Não devo me aprofundar nessa questão porque, em razão de sua importância, será tema de um outro trabalho. Ressalto apenas que a súmula só se refere ao *fato culposo* de terceiro, e não ao doloso. O fato culposo de terceiro não elide a responsabilidade do transportador - esse é o sentido da súmula. Admite-se que assim seja porque o fato culposo de terceiro normalmente tem ligação com os riscos do transportador, relaciona-se com a organização do seu negócio, caracterizando o *fortuito interno*. Mas o que dizer do fato doloso de terceiro? Esse não pode ser considerado *fortuito interno* porque além de imprevisível e inevitável, não guarda nenhuma relação com os riscos do transportador, razão pela qual a melhor doutrina já vem caracterizando o fato doloso de terceiro como *fortuito externo*.

6. O Advento do Código do Consumidor - Encontrava-se nesse estágio a evolução da responsabilidade contratual do transportador quando entrou em vigor, em março de 1991, o Código de Defesa do Consumidor. Esse Código, cumprindo expressa determinação constitucional, implantou uma política nacional de consumo, uma disciplina jurídica única e uniforme para todas as relações de consumo. O Código do Consumidor, como já tive oportunidade de dizer muitas vezes e de escrever, criou uma *sobre-estrutura jurídica multidisciplinar*, aplicável em todas as áreas do direito onde ocorrerem relações de consumo. Sendo assim, parece-me indubitável que esse Código aplica-se também ao transporte coletivo de passageiros por envolver relação de consumo na modalidade de prestação de serviço público.

Além da abrangência do conceito de serviço adotado em seu art. 3º, § 2º, o Código do Consumidor tem regra específica no art. 22 e parágrafo único. Ficou ali estabelecido que os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, além de serem obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes e seguros, respondem pelos danos que causarem aos usuários, na forma prevista no CDC. Não há como e nem porque contestar, portanto, a incidência do CDC nos casos de acidentes ocorridos por ocasião do transporte de passageiros por se tratar de serviços públicos.

O Código do Consumidor provocou uma verdadeira revolução no direito obrigacional, mormente no campo da responsabilidade civil, estabelecendo responsabilidade objetiva em todos os *acidentes de consumo*,

quer decorrentes de fornecimentos de produtos (art. 12) quer de serviços (art. 14). A partir do Código do Consumidor podemos dividir a responsabilidade civil em duas grandes áreas - a responsabilidade tradicional e a responsabilidade nas relações de consumo, que passou a ter regras próprias. Mas, no que diz respeito à responsabilidade contratual do transportador, o CDC quase nada mudou, pois, como vimos, essa responsabilidade já era objetiva desde 1912. O que o Código fez, e isso me parece importante, foi mudar o fundamento dessa responsabilidade, que agora não é mais o contrato de transporte mas sim a relação de consumo, contratual ou não. Mudou também o seu fato gerador, deslocando-o do descumprimento da cláusula de incolumidade para o *vício* ou *defeito* do serviço, consoante art. 14 do CDC, que diz: “O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por *defeitos* relativos à prestação dos serviços etc... Esse defeito pode ser de concepção (que se instaura quando o serviço está sendo idealizado), pode ser de prestação (que ocorre quando o serviço está sendo executado), e ainda de comercialização (por má informação sobre a utilização do serviço). Em qualquer caso, entretanto, é irrelevante que o defeito seja ou não imprevisível. O fornecedor do serviço terá que indenizar desde que demonstrada a relação de causa e efeito entre o defeito do serviço e o acidente de consumo, chamado pelo Código de fato do serviço.

É de se ressaltar, todavia, que o fato exclusivo de terceiro como causa de exclusão da responsabilidade do transportador, após o Código do Consumidor passou a ter fundamento legal, porquanto no § 3º, do seu art. 14, incluiu expressamente a culpa exclusiva de terceiro entre as causas exonerativas da responsabilidade do fornecedor de serviços.

7. A Responsabilidade Extracontratual do Transportador - Vejamos agora, em linhas gerais, o que aconteceu com a responsabilidade extracontratual do transportador durante esse longo período. Por quase 80 anos a responsabilidade extracontratual do transportador foi subjetiva, com culpa provada, com base no art. 159 do Código Civil. O terceiro, eventual vítima de um acidente de trânsito - um atropelamento, digamos - só conseguia obter alguma indenização do transportador se provasse a sua culpa ou do seu preposto. Somente depois de provada a culpa do empregado ou preposto emergia a responsabilidade do patrão, consoante súmula 341 do STF.

Vozes autorizadas, entretanto, desde a década de setenta, entre as quais o saudoso Hely Lopes Meirelles, já se erguiam eloqüentemente contra essa modalidade de responsabilidade e com um argumento de lógica incontestável: se o Estado, quando presta serviço diretamente, responde objetivamente pelos danos que causa a terceiros, e isso já era assim desde a Constituição de 1946, porque o particular que presta serviço público responde subjetivamente? Quem tem os bônus tem que ter os ônus. Não se pode socializar os riscos e privatizar os lucros. Assim, as mesmas razões jurídicas que justificam a responsabilidade objetiva do Estado - a socialização dos riscos - justificam também a responsabilidade objetiva da empresa particular prestadora de serviços públicos.

O constituinte de 1988 encampou essa corrente doutrinária ao estender, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, responsabilidade objetiva idêntica a do Estado. E isso foi feito, como sabemos, no art. 37, § 6º da Constituição Federal que agora diz: “As pessoas jurídicas de direito público e *as de direito privado prestadoras de serviços públicos* responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a *terceiros*. A palavra terceiros não está aqui por acaso pelo que não pode ser desconsiderada. Terceiro é alguém estranho à Administração, que com ela não tem nenhum vínculo contratual anterior. Logo, a palavra *terceiros* foi inserida no § 6º do art. 37 da Constituição para indicar que a responsabilidade ali disciplinada é apenas a extracontratual.

E foi assim que a responsabilidade extracontratual do transportador passou a ser também objetiva, tal como a do Estado, a partir da Constituição de 1988. Se assim é, temos então que admitir, por uma questão de lógica, que se a responsabilidade do Estado, fundada no risco administrativo - e não no risco integral -, pode ser afastada pelas causas que excluem o nexo causal, tais causas afastam também a responsabilidade extracontratual do transportador - o caso fortuito, a força maior, o fato exclusivo da vítima ou de terceiro.

O dispositivo constitucional em exame (art. 37, § 6º) comporta mais uma observação. As entidades de direito privado, prestadoras de serviços públicos, *respondem em nome próprio, com o seu patrimônio*, e não o Estado por elas e nem com elas como alguns chegaram a sustentar, sem sucesso, logo após a vigência da Constituição de 1988. O objetivo do constituinte, como vimos, foi estender aos prestadores de serviços públicos responsabilidade objetiva idêntica a do Estado, e não fazer o Estado responder por eles - quem tem o bônus deve suportar os ônus. Ademais, sendo os prestadores

de serviços públicos detentores de personalidade jurídica, são seres distintos do Estado, sujeitos de direitos e obrigações, pelo que agem por sua conta e risco, e respondem com seu patrimônio por suas obrigações. Nem mesmo de *responsabilidade solidária* é possível falar neste caso, porque a Constituição não fala em solidariedade, inexistindo nenhum outro dispositivo legal que a estabeleça. Antes pelo contrário, o art. 25 da lei que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos (Lei nº 8.987/95), estabelece responsabilidade direta e pessoal do prestador dos serviços por todos os danos que vier a causar aos usuários ou terceiro. O máximo que se poderia admitir seria a *responsabilidade subsidiária* do Estado no caso de insolvência do prestador de serviços públicos. Exaurido o patrimônio deste, parece-me que o Estado deva responder pelo restante da indenização. Afinal de contas, foi o Estado que escolheu aquele a quem atribuiu a execução de serviços públicos. Se quem paga mal paga duas vezes, quem escolhe mal deve responder pela má escolha.

8. Repercussão do Código do Consumidor na Responsabilidade Extracontratual do Transportador - Encerrando, resta uma última indagação: que consequência teve o Código do Consumidor sobre a responsabilidade extracontratual do transportador? Aquela mesma que teve sobre a sua responsabilidade contratual. Nada mudou quanto à natureza dessa responsabilidade porque já era objetiva a partir da Constituição de 1988; mudou, entretanto, a sua base jurídica. Não mais necessitamos agora do mecanismo *da responsabilidade pelo fato de terceiro* porque o transportador não responde pelo fato do preposto (art. 1.521, III do C. Civil), mas sim por fato próprio - o defeito do serviço.

E mais, na medida em que o Código do Consumidor, em seu art. 17, equiparou ao consumidor todas as vítimas acidente de consumo, ainda que estranhas a uma relação contratual, ficou aqui superada a clássica dicotomia entre responsabilidade contratual e extracontratual. Vale dizer, a distinção estabelecida pelos juristas franceses nos primórdios da responsabilidade do transportador para ensinar-lhe uma responsabilidade mais severa em relação ao passageiro, perdeu a sua razão de ser com o Código do Consumidor. A responsabilidade nas relações de consumo ficou submetida a uma disciplina única, tendo em vista que o fundamento da responsabilidade do fornecedor, em qualquer hipótese, é o defeito do produto ou serviço lançado no mercado e que vem a dar causa a um acidente de consumo. ♦

O Direito do Acionista de Participação nos Lucros Sociais

PEDRO A. BATISTA MARTINS

Professor de Direito Comercial nas Faculdades Cândido Mendes e Conferencista da EMERJ.

*“O acionista é tolo e arrogante: tolo porque nos dá o seu dinheiro; arrogante porque ainda deseja receber dividendo”
(frase do banqueiro alemão Furstenberg).*

1. As ações, títulos representativos do capital das sociedades anônimas, conferem ao seu titular direito de crédito contra a companhia. Ao detentor de ação é assegurado o direito *imediato* à percepção dos dividendos periódicos e *mediato* e *eventual*, à participação no acervo social, na ocorrência da liquidação da sociedade. Trata este de direito patrimonial que é conferido ao detentor de ações de companhia, a par do direito de natureza pessoal, também consubstanciado neste título mobiliário.¹

O direito ao dividendo está sujeito a duas condições: uma de *caráter suspensivo*, de que o dividendo resulte de balanço devidamente aprovado pela Assembléia de Acionistas; outra de *caráter resolutivo*, de que a Assembléia Geral não suspenda o pagamento de parte ou da totalidade do lucro distribuível.²

2. A sociedade anônima, qualquer que seja o seu objeto, tem natureza mercantil e deve visar sempre, e forçosamente, a finalidade lucrativa. O objetivo pecuniário é requisito essencial à própria validade de sua constituição e característica peculiar às companhias que, desde seus primórdios têm servido

¹ Direito pessoal: participar das Ag's; nomear administradores; fiscalizar a gestão social. É o direito que tem o sócio de cooperar na vida social. (C.f.J.X. Carvalho de Mendonça, *in* Tratado de Direito Comercial Brasileiro, vol. III, p. 72, Freitas Bastos, 1945).

² Esse direito condicional é afirmado por Cesare Vivante *in* Tratado di Diritto Commerciale, vol. II, p. 404, 4ª edição. Casa Editrice Dottor F. Vallardi. De acordo com Ap. Cível nº 67568-1, 4ª Câmara Cível (SP) “os dividendos somente podem ser distribuídos após deliberação da Assembléia Geral” (Nelson Eizirik, Sociedades Anônimas - Jurisprudência, Rio de Janeiro, Renovar, 1996, p. 172).

de instrumento aos interesses patrimoniais de seus fundadores. Tanto é que a doutrina e os tribunais têm entendido que se a Sociedade produz lucros mas não os distribui aos seus destinatários naturais - os acionistas - têm estes o direito de pleitear sua dissolução, com fundamento na inexequibilidade do seu fim social.³

A perseguição de lucro é princípio legal imposto às sociedades anônimas e sua destinação periódica aos sócios, sob a forma de dividendos, é uma decorrência natural desse preceito. A personificação das sociedades é mera ficção jurídica, onde as pessoas dos sócios são sempre os seus destinatários finais. A função das sociedades anônimas, na expressão de Waldemar Ferreira, é a da máquina de distribuir lucros.

Neste particular, cabe citar o professor A.C. Connell:

*“When moneys are invested in any business concern it is only natural that the shareholders should expect some recompense or reward for the loan of the same. A company is carried on with an idea of making profit, and this profit is something which accrues to the company and increases its assets for the time being. The capital ought, as far as possible, to be kept intact, and employed solely for the purposes of the company. The profit gained (if any) is an additional advantage which is obtained for the shareholder’s by means of trading.”*⁴

Assim, fato é que a participação nos resultados sociais é da essência das sociedades anônimas e inerente ao sistema capitalista, que, indiscutivelmente, deve a elas parcela substancial de seu desenvolvimento e aprimoramento.⁵

Aqui, uma vez mais, vale citar o renomado WALDEMAR FERREIRA (*in Compêndio de Sociedades Mercantis*, vol. II, p. 359):

³ Artigo 206, II, (b), da Lei das S.A. Nesse sentido, R. Requião, *in* Curso de Direito Comercial, vol. 2, p. 128, 8ª ed. Saraiva; e W. Ferreira *in* Tratado de Sociedades Mercantis, vol. IV, p.1378, 5ª ed., Ed. Nacional de Direito. Cf. decisões transcritas por W. Ferreira na Rev. Dir. Mercantil, Ind. e Fin. e Ec., vol. IV, p. 360, 1954 e decisão da justiça de São Paulo (RT 433/313), citada por Osmar Corrêa Lima, *in* Responsabilidade Civil dos Administradores de S.A., p. 58.

⁴ *Companies and Company Law*, 2ª edição, p. 140.

⁵ A Companhia, com sua estrutura participativa, pulverização da propriedade por centenas de milhares de investidores é, sem sombra de dúvida, elemento basilar da moderna economia capitalista. A sociedade anônima tem uma função econômica das mais importantes: é o veículo de financiamento dos médios e grandes empreendimentos.

O investidor canaliza recursos próprios na subscrição das ações: passa, em decorrência, a participar do empreendimento social e dele se desvincula, a qualquer momento, via alienação dos títulos de que é possuidor. Neste particular, a livre negociabilidade das ações e sua liquidez são de fundamental importância na captação da poupança pública.

“Nada de economizar para enriquecer! Nada disso! A missão da sociedade anônima é distribuir dividendo e nada mais. Para que prever? Para que reter lucros, não incorporados, desde logo, ao capital, por via de seu aumento e distribuição das ações aos seus acionistas? Findo o ano social, ou o semestre, os lucros têm de ser entre eles rateados em dinheiro ou em ações! Cada vez que a sociedade tiver de fazer novas obras ou novas instalações, que aumente o seu capital! Abra subscrições! Angarie ela o dinheiro de que carecer, entre os seus próprios acionistas! Obtenha-o de terceiros, enlevados pelas perspectivas dos seus dividendos.”

3. A finalidade lucrativa da companhia, corresponde um direito subjetivo de os sócios haverem para si parcela do lucro correspondente a sua participação societária

Nessa linha, consta assente na doutrina a obrigatoriedade de distribuição de dividendo com recursos oriundos de empréstimo (excetuado o fato de acarretar ônus excessivo), levantado, exclusivamente, para o cumprimento deste dever legal.

4. Trata-se de direito inderrogável, preceito de ordem pública, que se insere no âmbito daqueles erigidos à categoria de essenciais.⁶

Inderrogável pois não pode ser abolido ou afastado, definitiva ou indefinidamente, mediante estipulação estatutária que vinculará os sócios da Companhia, sujeitando-os ao longo da vida societária aos efeitos jurídicos da espécie.⁷

A retenção de lucros, deliberada pela maioria controladora ou qualificada, é, pois, regra de caráter restritivo e excepcional que somente pode ocorrer nos estritos termos legais.

Existindo lucro, deve ser ele distribuído, em sua totalidade, aos seus destinatários de direito.

Foi este princípio que norteou a nossa lei societária de 1976.

5. Após um período de dois anos de extrema e irreal euforia do mercado bursátil, em 1973 o País conheceu o seu segundo encilhamento.

⁶ Art. 109 da Lei nº 6404/76 e art. 78 da antiga Lei das S.A. (Decreto-lei nº 2627, de 1940).

⁷ Segundo Manuel Antônio Pita, “nem por acordo de todos os sócios poderá ser incluída no contrato uma cláusula que afaste a regra de repartição anual do lucro, precisamente porque aquela regra se destina a proteger não só os atuais sócios, como os que futuramente adquiram essa qualidade” (*in Direito aos lucros*, Coimbra, Livraria Almedina, 1989, p. 112). Conforme a lição de Tullio Ascarelli, “cabe ao acionista um direito individual aos lucros, que não pode ser derogado nem sequer no estatuto originário” (*in Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, São Paulo, Saraiva & Cia., p. 442).

Afora os prejuízos patrimoniais que desabaram sobre os investidores, dano imensurável e de consequências mais profundas impôs-se ao mercado de ações: o desencanto e a desconfiança do público investidor.

Era necessário reverter a posição e, para isso, inevitável uma reforma de modo a reestruturar, em bases mais sólidas, o mercado de capitais. A onda psicológica negativa aos investimentos em ações era tão forte e de tal modo arraigada no inconsciente coletivo que a remodelação do mercado de capitais tornou-se uma das metas do Governo Geisel.⁸ Essa reconstrução calcou-se, fundamentalmente, na fixação de regras rígidas de proteção ao acionista minoritário, ponto crucial no fortalecimento do mercado primário de ações.

Dentre outras práticas utilizadas à época, e que a reforma buscou combater, estava o costume da reinversão sistemática dos lucros do exercício, sob o falso argumento da necessidade do autofinanciamento, o que gerava a incerteza do acionista quanto ao retorno regular do seu investimento e acabava por desestimular a aplicação de recursos pelo investidor.

Ao término do ano de 1976, a Lei nº 6.385, de 7 de dezembro, estabeleceu novas diretrizes ao mercado de valores mobiliários e criou a Comissão de Valores Mobiliários e, em 12 do mesmo mês entra em cena a atual Lei das S.A., cuja espinha dorsal é a salvaguarda dos interesses do acionista não controlador.

6. No que concerne ao presente estudo, é de salientar que a Exposição Justificativa das principais inovações do projeto da atual Lei das S.A. atesta que a “proteção do direito dos acionistas minoritários de participar, através de dividendos nos lucros da companhia exige a definição de regime legal sobre formação de reservas, que limite a discricionariedade da maioria nas deliberações sobre a destinação dos lucros”.

Muito utilizada no passado, como meio de inviabilizar a distribuição dos dividendos aos acionistas, a constituição de reservas passou a ser submetida, na atual lei das companhias, a critérios mais rigorosos e transparentes, de modo que a sua criação sirva para os estritos propósitos de preservar a sobrevivência da empresa, e nunca para o intuito de tolher o direito do acionista ao recebimento de sua renda.⁹

⁸ “O Projeto visa, basicamente, a criar a estrutura jurídica necessária ao fortalecimento do mercado de capitais de risco no País, imprescindível à sobrevivência da empresa privada na fase atual da economia brasileira” (trecho da Exposição de Motivos nº 196, de 24.06.79 da atual Lei das S.A.).

⁹ Note-se que a constituição de reservas por deliberação da assembléia deverá ser, sempre, precedida por justificativas amplas por parte da Companhia, através dos seus órgãos de administração. Às reservas estatutárias são também impostos limites e critérios que determinem sua criação.

Óbvio que, se a criação de novo e fortalecido mercado de capitais tinha por pressuposto maior o estabelecimento de regras objetivas de proteção aos interesses do minoritário - aspecto crucial na alavancagem do mercado primário - nada mais justo e linear que o conceito de ação, como título de renda variável, fosse efetivamente reintroduzido.

A distribuição de dividendos atrai os poupadores, fortalece o mercado primário e favorece o alargamento do mercado como um todo, indo, pois, ao encontro da *mens legis* da nossa lei das companhias.¹⁰

7. Sem dúvida que, para o acionista, o primeiro direito patrimonial a vislumbrar é o da participação nos lucros sociais.

A participação no acervo líquido, inobstante assegurado ao sócio, é por deveras relegado pelo investidor, em razão de a liquidação da sociedade, em condições normais de temperatura e pressão, ser fato alheio ao presente e não cogitado para o futuro. O rendimento que o investidor pode obter em retorno ao capital aplicado é aquele advindo da distribuição de dividendos.

Tal pressuposto reforça-se, ainda mais, se focalizarmos as companhias fechadas, onde o ganho de capital na alienação dos títulos participativos não oferece muito espaço pela quase inexistência de mercado de negociação.

Mormente, é de se ressaltar que os recursos ingressados na sociedade, a título de capital social, em contrapartida à subscrição de ações, não pode retornar aos sócios (princípio da intangibilidade) exceto em caso de liquidação da empresa e após pagos os credores.¹¹

8. Uma vez mais, repita-se: as bases em que se estruturou a nova lei das S.A. tiveram por fundamento maior a criação de um efetivo mercado primário de ações, com introduções de regras de proteção aos minoritários e de coibição dos poderes discricionários dos majoritários e administradores, bem como, de um amplo regime de distribuição de dividendos, onde a retenção dos resultados sociais é norma de exceção, cuja eficácia jurídica está condicionada ao firme preenchimento dos requisitos legais.

Tem o dividendo, pois, na nova sistemática societária, importância crucial, inclusive como fator relevante de alavancagem do mercado de capitais nacional.

¹⁰ É de se notar que, em termos macroeconômicos, a S.A. é mecanismo da melhoria da distribuição de renda.

¹¹ Ressalve as hipóteses de redução do capital social por exercício do direito de retirada ou por ser ele excessivo, vis-à-vis os fins colimados pela sociedade.

Como bem salientou Lacerda Teixeira e Tavares Guerreiro, “... hoje, mais do que nunca, os lucros devem ser distribuídos, tanto quanto possível. O autofinanciamento das empresas, mediante a reaplicação de seus resultados positivos torna-se, a bem dizer, excepcional, no regime agora vigente...”¹²

9. O princípio da participação nos lucros e nos prejuízos é da essência das sociedades comerciais.

Tanto que qualquer disposição contratual ou deliberação assemblear que viole esse preceito é crivada de nulidade.

Em sintonia com esse princípio de ordem pública, a Lei Nº 6404/76 fez inserir, na seção dos direitos essenciais, a participação dos acionistas nos lucros sociais.

O problema que aflora, quando da distribuição dos lucros é o eterno conflito sociedade x sócios, onde os tutores da doutrina do autofinanciamento discorrem sua ideologia.¹³

Podemos alinhar algumas das vantagens anunciadas pelos defensores da acumulação de lucros na sociedade: a) sendo próprio o capital evita-se a ingerência de credores em assuntos sociais assegurando-se, assim, ampla liberdade de ação da sociedade; e b) com o autofinanciamento, a produção expande-se sem a necessidade de aumento dos financiamentos externos e sem o risco das taxas de juros.

Em oposição às teses antes expostas, apresentam-se os seguintes argumentos: a) a retenção de lucros pode gerar poderio excessivo aos administradores que controlam a utilização dos fundos; b) a retenção dos fundos sociais desencoraja os aplicadores que direcionam suas poupanças para outros investimentos; c) a não-distribuição de lucros ocasiona diminuição

¹² *Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro*, São Paulo, José Bushatsky Editora, vol. 2, p.578. Em decisão marcante na ação movida pela Dodge contra a Ford para que esta fosse obrigada a distribuir uma parcela mais substancial dos lucros, o Tribunal de Michigan pontificou que “uma sociedade não é constituída e não existe senão em favor de seus acionistas”. Nesse litígio, apesar de um capital social de US\$ 2 milhões e reservas de US\$ 112 milhões e um lucro do exercício totalizando US\$ 59 milhões, desejava a Ford distribuir, como dividendo, apenas US\$ 1,2 milhão; foi obrigada a distribuir US\$ 19 milhões (cf. Waldírio Bulgarelli, *A Teoria Jurídica da Empresa*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1985, p. 277).

¹³ Segundo J.L.Bulhões Pedreira e A.Lamy Filho “... o novo regime é instrumento justo e indispensável para proteção dessas minorias contra abusos da maioria, pois há exemplos no Brasil de sociedades anônimas que não obstante realizarem lucros vultosos há mais de 30 anos não contribuem um centavo de dividendo em moeda, o que equivale à expropriação de todo o valor econômico das ações dos acionistas minoritários...” (in *A Lei das S.A.*, Rio de Janeiro, Renovar, 1992, p. 166).

do consumo; d) o reinvestimento pode servir para fortalecer as tendências de concentração econômica indesejáveis sob o ponto de vista da defesa econômica; e) o reinvestimento pode, também, dar azo ao aparecimento das multinacionais, empresas quase públicas que, não raro, se sobrepõem aos Estados, cuja atuação tem sido motivo de muita controvérsia e preocupação.¹⁴

Vale salientar que, nos idos de 1971, o Prof. Alfredo Lamy Filho, em estudo encomendado pela IPEA (A Reforma da Lei das Sociedades Anônimas), afirmava que no aperfeiçoamento do sistema legal imposto às sociedades anônimas deveria ser levada em consideração a obrigação de pagar dividendo, *a fim de evitar o autofinanciamento abusivo*.

10. Nota-se que, inobstante o princípio que impera de distribuição da totalidade dos lucros, a Lei das S.A. não se opõe à retenção dos resultados sociais.

Apesar de direito essencial, inderrogável, este caracteriza-se por sua renunciabilidade. Pode a maioria, em determinadas situações, - desde que plenamente justificadas de forma conscienciosa - e em benefício da sociedade, sacrificar direito da minoria e abdicar a parte do resultado da empresa que faria jus.¹⁵

Note-se que o interesse social é o fator preponderante a justificar a não distribuição dos lucros sob pena de caracterizar-se o abuso de direito ou desvio de poder (expressão esta preferida por alguns estudiosos), pela privação indevida dos acionistas minoritários aos lucros existentes.

Nesse sentido, é autorizada sua retenção para os firmes propósitos de utilização em empreendimentos futuros vinculados à atividade social (art. 196), para cobrir perdas prováveis (art. 195) e para preencher reservas específicas já previstas no estatuto. Podem, também, os acionistas, deixar de perceber dividendos mínimos no caso extremo de incompatibilidade com a situação econômica da empresa (art. 202, § 4º) ou, em se tratando de companhia fechada, quando a assembleia, por deliberação unânime dos presentes, assim o decidir.

Cabe ressaltar que a política de manutenção das atividades sociais, via autofinanciamento, é assegurada, em parte e indiretamente, com a utilização

¹⁴ A respeito das vantagens e desvantagens, L.G.P., de Barros Leães, *in Do Direito do Acionista ao Dividendo*, São Paulo, 1989, ps.17/22.

¹⁵ A não distribuição do dividendo obrigatório, foge ao âmbito da maioria (cf. art. 202, §§ 3º e 4º, da

dos fundos das contas de depreciação, amortização e exaustão e daqueles provenientes das provisões expressas nas contas retificadoras do ativo.

De todo modo, a deliberação da assembléia geral sobre a retenção de parte ou totalidade dos lucros, há que ser sempre precedida de um sem número de informações e dados apresentados aos acionistas pela administração.

11. Por outro lado, as regras de proteção a direito tão fundamental do acionista são bastante rigorosas. Assim, a manutenção de fundos na sociedade para constituição das reservas estatutárias e para fazer frente a planos de investimento não poderá ser aprovada em prejuízo ao dividendo mínimo obrigatório, além de estar sujeita a limite legal. A constituição das reservas previstas na lei, exceto a legal, não prejudicará o direito ao dividendo a que os preferencialistas tenham prioridade.

Como se depreende, a não distribuição de lucros aos acionistas conflita com o direito subjetivo e essencial que este tem de participar nos fundos sociais e com o próprio sistema legal da nossa lei do acionariado. É, pois, regra especial, de caráter excepcional, que somente tem eficácia se a deliberação tiver sido, devida e previamente, fundamentada pelos administradores e vier revestida dos requisitos legais apropriados.

Assim, para os casos de necessidade de acumulação de lucros, o que está a lei a exigir, de forma coerente, é que a deliberação não seja decidida, discricionariamente, pelo controlador, em flagrante desrespeito ao minoritário.

12. Nos casos do art. 196 (i.e., financiamento de investimentos), os órgãos da administração estão obrigados a apresentação de detalhado orçamento de capital, onde conste, dentre outros, especificado cronograma das diversas etapas do investimento, discriminação minuciosa das origens e custos dos recursos, suas aplicações, estimativa dos valores a serem empregados na execução do negócio e eventuais comprometimentos de lucros futuros.

Por ser o único documento no qual os acionistas se baseiam para discernir a viabilidade da proposta da administração, torna-se este o fiel da balança numa eventual discussão sobre a necessidade de se capitalizar a companhia em detrimento do direito inalienável dos acionistas ao recebimento dos dividendos.

No regime da lei societária anterior (art. 130, § 3º), a criação dessa espécie de reserva era livre, não se subordinava a pré-requisito, bastando, para sua constituição, de tranqüila deliberação majoritária.

13. O sistema atual prova que o alijamento do acionista do resultado social é fato de sumo relevo, que deve ser tratado de modo consciencioso, a fim de assegurar os interesses da minoria. Neste sentido, afirma Fran Martins (*in* Comentários à Lei das S.A., vol. 2, Tomo II, p. 703) que, “a retenção arbitrária dos lucros colide com o impostergável direito do acionista em receber dividendos. Sem regramento legal específico, pode a maioria compelir a minoria a ceder suas ações por valores ínfimos ou mesmo simplesmente nominais, em correspondente enriquecimento indébito da maioria controladora”.

14. Quando da destinação de parte do lucro líquido para constituição de reservas de contingências (reserva de natureza assemblar), em detrimento patrimonial do acionista, os órgãos da administração devem apresentar proposta indicativa da causa da perda prevista e justificar as razões que recomendam a retenção da parcela do lucro correspondente.¹⁶

Necessariamente, “os fundamentos da proposta deverão ser objetivamente expostos, de modo a afastar qualquer decisão subjetiva baseada apenas em receios não fundados em fatos comprováveis ou em simples opiniões... Todo esse cuidado se explica porque a reserva para contingência pode reduzir, substancialmente, o lucro disponível para distribuição como dividendo”.¹⁷

15. Na eventualidade de a companhia necessitar reter a totalidade dos lucros sociais a conta de reserva especial, por ser a distribuição incompatível com a situação financeira em que se encontrar a empresa, é condição *sine qua non* para a tomada da decisão seja apresentada aos acionistas pelos administradores, exposição justificativa das razões e fundamentos da retenção. Caso em funcionamento, curial a formulação de parecer pelo Conselho Fiscal, no tocante às informações apresentadas pela administração.

16. Já no caso das reservas estatutárias, a sua criação está subordinada a requisitos preliminares e de vital importância na salvaguarda dos direitos dos acionistas: a) indicação precisa e completa de sua finalidade; b) fixação dos critérios de determinação da parcela anual dos lucros líquidos que serão a ela destinados; e c) previsão do seu limite máximo.

O Decreto- Lei nº 2.627/40 (art. 130, § 1º) não cogitou de delimitar o poder da maioria quando da constituição dessas reservas. Pontes de Miran-

¹⁶ Cf. 6ª CC do TJRJ. Ap. nº 3.312 - RT 610/179.

¹⁷ M.Carvalhosa e N. Latorraca, *in* Comentários à Lei das S.A., vol. 6, p. 88.

da, ao contrário, sempre sustentou, fervorosamente, que o estatuto deveria precisar o fim de tais reservas, como forma de anular o poder exacerbado e, eventualmente, arbitrário, da maioria controladora.¹⁸

17. Cabe ressaltar, ainda, que nas companhias fechadas, a deliberação assemblear que aprovar a distribuição de dividendo em montante inferior ao obrigatório ou a retenção de todo o lucro social, *somente será válida e eficaz se não houver oposição de qualquer acionista presente à assembléia, incluindo, nesse caso, os não votantes*.¹⁹ Outrossim, fato é que também neste caso, independentemente de previsão legal expressa a deliberação deve ser sempre fundamentada em minuciosa justificativa.²⁰

Denota-se que a não distribuição dos lucros sociais aos acionistas é fato relevante, de extrema importância, e, por isso, deve ser sempre precedida de amplas e detalhadas informações à Assembléia Geral, da forma mais transparente, de modo a que o minoritário, especialmente, possa formar o juízo adequado a respeito da matéria. Impera, pois, o princípio maior do *full disclosure*, em prol da tutela dos acionistas aos dividendos sociais.

Meio de alijar o minoritário de direito patrimonial essencial forçoso admitir que os preceitos que impingem a apresentação de transparentes e adequados orçamentos, propostas e demais informações, são de ordem pública.

Segundo Modesto Carvalhosa, analisando o § 4º do art. 202, “se não apresentado esse relatório ou se o mesmo for omissivo, reticente, incompleto ou não fundamentado, pode o acionista requerer a nulidade formal da declaração da assembléia, por violação do preceito legal ora comentado”.²¹

18. A deliberação assemblear que aprova a retenção de parte ou totalidade dos lucros sociais, nos casos dos arts. 194, 195, 196 e 202, tem efeito resolutivo, operando por si, de pleno direito. Caso não se faça necessária a utilização dos fundos provisionados nas reservas de contingência e especial, ou se verifiquem inconsistentes (quicá simuladas!) com o propósito

¹⁸ *Apud* Fran Martins, *op. cit.* p. 694.

¹⁹ Cf. M. Carvalhosa, *op. cit.*, p. 109. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro já decidiu que a ausência do acionista não lhe assegura o direito de, posteriormente, vir a questionar a deliberação, bem como não cabe, nos casos do § 3º do art. 202, aplicar as regras dos parágrafos 4º e 5º do mesmo art. (ac. da 8ª CC de 31.03.81, na Ap. 15.729. Rel. Dourado de Gusmão, *in* *Dicionário Jurisprudencial da Sociedade por Ações*, de D. Arruda Miranda Jr., p. 707).

²⁰ Nesse sentido tb. M. Carvalhosa, *op. cit.*, p. 108.

²¹ *Op. cit.*, p. 108.

apresentado no orçamento ou especificado no estatuto, o seu saldo deve, necessária e prontamente, destinar-se a imediata distribuição aos acionistas.

Isto porque a lei em questão, neste particular, criou sérios embaraços à acumulação de riquezas pela sociedade.

Nesse sentido, impôs a legislação do acionariato limites máximos às reservas de lucros, devendo ser capitalizado ou distribuído o montante que exceder o capital social, exceção feita às reservas de contingência e de lucros a realizar.

É mais uma regra de proteção dos interesses da minoria. Como bem sustenta Ascarelli (op. cit. p. 446), “este limite visa a tutela do acionista à distribuição dos lucros. Esta tutela é frisada quando as reservas excessivas devam ser distribuídas. Caso, ao contrário, possam ser capitalizadas, a tutela do acionista assenta nas maiores dificuldades da capitalização decorrente dos quoruns necessários para uma alteração do capital”.

19. E é, inclusive, em razão dessa tutela assenta no quorum, referida por Ascarelli, que podemos concluir que o aumento de capital por deliberação do Conselho de Administração não se aplica aos casos de capitalização de lucros ou reservas.

O aumento de capital por deliberação do órgão societário, em virtude de prévia autorização estatutária, contida no artigo 168 da Lei das S.A., não se aplica a incorporação de lucros e reservas sociais. Para a capitalização de tais fundos deve ser ouvida a voz dos sócios, convocados a deliberar em assembléia geral.

Enquanto reservas, acumulam-se na companhia, e não obstante muitas vezes correspondidas por maquinários, mercadorias e outros bens, os fundos a elas correspondentes encontram-se disponíveis, o que não acontece quando da sua conversão ao capital social.

Nesse caso, os montantes das reservas e lucros transferidos ao capital - cifra de retenção - passam a integrar, definitivamente, o patrimônio social, não podendo reverter para os bens pessoais dos acionistas senão, a rigor, no caso incomum de liquidação da companhia.

Isto porque, o capital social corresponde a um mínimo de riqueza no ativo da sociedade em prol dos direitos daqueles credores que com ela negociam. Visa proteger os credores contra o indevido esvaziamento do patrimônio social, através do retorno aos acionistas das entradas realizadas em aumento de capital que, em consonância com os atributos da realidade e fixidez, devem manter-se na sociedade.

Assim, com a capitalização, as reservas e lucros até então disponíveis, passam a sujeitar-se à disciplina jurídica do capital social, aumentando, pois, o limite da responsabilidade dos acionistas.²²

Tratando-se de direito inderrogável, é inaplicável a outorga de cláusula estatutária, a ser aplicada indiscriminadamente, e de forma definitiva, a todos os casos de espécie, competência ao Conselho de Administração para aumentar o capital social mediante a capitalização de lucros ou de reservas.

A renúncia a esse direito e, conseqüentemente, a decisão de efetivamente reter os recursos provenientes desses fundos na sociedade, ampliando, dessa forma, a responsabilidade dos acionistas, deve ser proferida pela maioria, se outro quorum não for especificado, reunidos em assembléia geral devidamente convocada.

É esse, inclusive, o entendimento esposado por J.E. Tavares Borba, *verbis*:

“Conquanto haja autorização para aumento de capital, a incorporação de reservas e lucros transcende à competência do conselho de administração, inserindo-se nos poderes da assembléia-geral, único órgão habilitado a deliberar sobre a destinação do lucro da sociedade (arts. 132, 192 e 199). Ademais, como a incorporação retira aos acionistas a possibilidade de distribuir, como dividendos, as reservas e lucros incorporados, unicamente os

²² Ascarelli, comentando o artigo 113 do Decreto-Lei 2.627/4, que tratava da capitalização de reservas, ressaltou que a discussão vivida na França dizia respeito à possibilidade desse aumento ser deliberado por AGO, AGE ou tão-somente, por *aprovação* “unânime de todos os acionistas”. Nesse particular, o eminente comercialista apoiou esta última tese como se infere do seguinte texto, *verbis*: “quando, ao contrário, a sociedade capitaliza as reservas, o acionista necessariamente participa do aumento; aumenta, por isso, a sua responsabilidade social, independentemente do seu consentimento individual e, apenas, em virtude da deliberação por maioria, ao passo que os poderes da maioria não podem abranger a possibilidade de um aumento da responsabilidade do acionista. Era, por isso, justa a preocupação de Houpin & Bosvieux e a hostilidade à capitalização das reservas, a não ser por deliberação unânime de todos os acionistas da sociedade ou quando cada acionista possa optar entre a capitalização e a distribuição, no que respeita à sua parcela nas reservas”(op. cit. p. 472). A unanimidade, para tais defensores, sempre foi necessária pois o crédito dos acionistas originados no direito às reservas, com o aumento, era compensado pelo seu débito resultante da subscrição de ações; assim, se toda a subscrição de ações exige o expreso consentimento do adquirente, que adere a proposta em caráter irrevogável e irretirável, nem a assembléia geral, por maioria, pode obrigar qualquer sócio a aumentar suas entradas de capital e o número de suas ações (cf. Assis Tavares, *As Sociedades Anônimas*, Lisboa, LCE Ed., 1969, p. 94).

Se a atual legislação não exigiu a unanimidade, por outro lado não nos parece ter consentido com a capitalização de reservas por deliberação de órgão administrativo, sendo possível afirmar, até em função do que dispõe o artigo 199 da Lei nº 6.404/76, que a competência recai na soberania da assembléia geral.

próprios acionistas poderão decidir da conveniência ou não de consumir a capitalização.”²³

No mesmo sentido, Mauro Rodrigues Penteado, quando afirma que, “a capitalização de lucros e reservas, por importar em reforma do estatuto social, quer para alterar o valor nominal das ações ou elevar o seu número (art. 169, *caput*), quer para aumentar a cifra do capital, depende de deliberação da assembléia geral extraordinária...”²⁴

Sem dúvida, a exegese do artigo 168 da Lei 6.404/76, aproxima-se do aumento de capital com entrada de recursos externos, até porque a razão básica de a autorização ser outorgada a órgão administrativo, no entender da *communis opinio doctorum*, é a de agilização na tomada da decisão, com subtração de entraves burocráticos na captação de investimento de terceiro.²⁵

20. A sociedade anônima somente pode vir a ser constituída se tiver por finalidade a obtenção de resultados. Gerar lucros, distribuir dividendos é imposição de ordem pública. E, por ser mera ficção jurídica, o seu resultado, a riqueza angariada, deve sempre abastecer os cofres dos seus destinatários finais, até mesmo como forma de fortalecer e desenvolver o mercado primário de ações.

A retenção indevida de lucros, mediante artifício, há quem sustente, é forma clara de estelionato. Saliente-se, como agravante, que, nestes casos, o crime estaria sendo praticado contra centenas de milhares de investidores.

Nesse particular, vale trazer à luz o entendimento de Fábio Konder Comparato:

“Já salientamos que o *desvio de poder* difere do ato *contra legem*, pelo fato de, naquele, o agente procurar respeitar a legalidade formal ou meramente aparente. Assim, o acionista que vota deliberação conflitante com o interesse social procura sempre justificar seu voto com razões de aparente benefício para a sociedade, ou, pelo menos, de inelutabilidade de outra decisão, por imposições inderrogáveis de ordem econômica.

É o caso, notadamente, do clássico problema do autofinanciamento. O controlador pode obter satisfação do seu interesse econômico pessoal, na sociedade, sem a distribuição de dividendos, sobretudo quando ocupa

²³ *Direito Societário*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1995, p. 368.

²⁴ *Aumentos de Capital das Sociedades Anônimas*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1988, p. 98.

²⁵ Cf. Modesto Carvalhosa, op. cit. 5º vol., p. 274; Miguel J. Pupo Correia, in *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, São Paulo, Ed. Resenha Universitária, p. 226; Waldírio Bulgarelli, in *Comentários à Lei das S.A.*, São Paulo, Saraiva Ed., p. 18 e J.E. Tavares Borba op. cit. p. 370.

postos de direção na companhia e se atribui elevados honorários, além de gozar de outras vantagens inerentes ao cargo. Pode acontecer, mesmo, que a sistemática retenção de lucros líquidos constitua uma política deliberada de “congelamento” da minoria, como se diz no jargão societário norte-americano, compelindo-a a desfazer-se de suas ações a baixo preço”.²⁶

21. Ante o entendimento exposto ao longo deste estudo, correto afirmar que, nas companhias impera o princípio da distribuição da totalidade dos lucros sociais.

O acionista, proprietário de uma parcela do patrimônio da empresa, tem legítimo interesse em haver para si o montante dos resultados apurados pela sociedade para a satisfação de seu direito patrimonial, de caráter inderrogável e, consoante alguns, irrenunciável. Assim, não dispõe a maioria de poder soberano e discricionário de reter na companhia, parcial ou totalmente, lucros que, de direito, devem integrar o patrimônio pessoal do investidor. Nesses casos, o controlador sujeita-se a normas imperativas de transparência. Seu campo de manobra foi delimitado e não pode resistir a artimanhas, sob pena de violar direito essencial e de ordem pública. E, como a todo direito corresponde uma ação que o assegura, tem o acionista insatisfeito legitimidade para promover a competente medida judicial assecuratória de seus reais interesses.²⁷

Patente, pois, que a *mens legis*, corretamente, visou tutelar os justos anseios e receios do minoritário, parte vulnerável nas relações de ordem societária.

É com esse enfoque, de direito, que se deve interpretar e dirimir os conflitos da espécie. ◆

²⁶ O Poder de Controle na S.A., 2ª ed., p. 295.

²⁷ Ação de nulidade ou de anulação da deliberação assemblear; ação de responsabilidade civil e criminal de diretor, fiscal e controlador (cf. Paes Leães, op. cit). Ver W. de S. Campos Batalha, in *Direito Processual Societário* e Mauro Rodrigues Penteado, op. cit.

O Novo Projeto da Lei de Tóxicos

JOÃO DE DEUS LACERDA MENNA BARRETO

*Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado
do Rio de Janeiro, Relator do Anteprojeto da atual
Lei de Tóxicos*

Em razão de não ter sido publicado no Diário Oficial, para receber sugestões, como ocorreu com o Anteprojeto da atual Lei de Tóxicos, em 1976, só agora tivemos conhecimento da aprovação na Câmara dos Deputados do Projeto de Lei nº 105 de 1996, que dispõe sobre prevenção, tratamento, fiscalização, controle e repressão do tráfico ilícito e do uso indevido de entorpecentes e drogas afins.

Da leitura atenta do Projeto, não é difícil concluir que se trata de trabalho que, apesar de se propor a aperfeiçoar a legislação em vigor, faz inovações não condizentes com a nossa realidade jurídica, científica e social.

Vamos procurar, *si et in quantum*, destacar apenas, alguns dispositivos mais gritantes.

1. Vejamos o artigo 2º do Projeto: “*Para os fins desta lei serão consideradas substâncias entorpecentes ou drogas afins, aquelas que assim forem especificadas em lei, tratados ou convenções internacionais, ou relacionadas pelo órgão competente do Ministério da Saúde*”.

Ora, em primeiro lugar, nem todas as drogas são afins com os entorpecentes, como por exemplo, os psicoanalépticos (anfetaminas, cocaína) e os psicodislépticos (LSD, maconha), o que levaria à insegurança na conceituação legal, máxime, se não há qualquer alusão às substâncias capazes de determinar dependência física ou psíquica. Depois, em se tratando de norma penal em branco, a sua especificação há de ser aquela constante das tabelas editadas pelo órgão competente do Ministério da Saúde. A mera especificação em tratados e convenções não pode se sobrepor à relação do órgão interno nacional que tem essa atribuição, a não ser que o Brasil seja signatário do tratado ou convenção e os ratifique, incluindo a substância nas tabelas pertinentes.

2. No Capítulo da Prevenção não há nenhuma palavra sobre educação. Ao contrário, diversamente da atual orientação universal, revoga o disposto

no artigo 5º da Lei de Tóxicos vigente, que ordena a inclusão de ensinamentos referentes a substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica nos programas dos cursos de formação de professores a fim de serem transmitidos com observância dos seus princípios científicos. Da mesma forma, exclui a obrigatoriedade de constar dos programas das disciplinas de área de ciências naturais, integrantes dos cursos do primeiro grau, pontos que tenham por objetivo o esclarecimento sobre a natureza e efeitos de substância entorpecente ou que determinem dependência física ou psíquica, o que constitui imenso retrocesso.

3. No artigo 12, parágrafo 2º, cria-se dispositivo antinômico com o do parágrafo 1º. Se, como consta deste último, é crime incentivar o tráfico, como reduzir a pena de quem comete o crime de tráfico com a finalidade de obter recursos para adquirir drogas para uso próprio? Institui-se, na verdade, a figura do tráfico privilegiado, pois a pena é mitigada para quem pratica não um, mas os dois crimes.

4. O artigo 14 e seus parágrafos contêm duas impropriedades: a)- a promoção, organização e participação em quadrilha, que é crime de perigo abstrato, pois basta a reunião para tipificar o delito, tem penas mais altas do que o tráfico de drogas propriamente dito, que é crime de resultado e, evidentemente, de maior gravidade; b)- estabeleceu distinção equivocada entre participar e aderir (vide § 3º do artigo 14), quando não há distinção entre adesão e participação, pois quem adere a uma ação, logicamente, passa a participar dela.

5. No artigo 17, parágrafo 2º, nº II, do Projeto, encontra-se regra que qualquer lei deve evitar, ou seja, a criação do chamado tipo aberto. Na verdade, ceder pequena quantidade de droga sem objetivo de lucro, a pessoa de seu estreito relacionamento para juntos consumirem, é criar a insegurança na aplicação do direito. Como a autoridade sanitária fixará critérios, genérica ou personalizadas se as repercussões de cada droga, em cada indivíduo, não estão vinculadas à quantidade? O que será considerada pequena quantidade? E como caracterizar a eventualidade e a gratuidade. Por outro lado, por que minimizar infração penal que constitui crime contra a saúde pública? Ademais, isso faria aumentar a corrupção policial, na medida em que a retirada ou acréscimo da droga para tipificar ou não o crime ficaria ao talante do agente da lei.

O que se conclui é que o Projeto possibilita, na verdade, o aumento do número de usuários e a ampliação da impunidade. Depois, retirar da

relação dos crimes de tráfico os infratores que cederem drogas em pequena quantidade, a pessoa de seu estreito relacionamento, para juntos consumirem, é incompatível com o *caput* do artigo 12 do Projeto que estatui que o crime se consuma, ainda que o oferecimento seja gratuito. Aliás, é preciso ressaltar que são, exatamente, os pequenos traficantes que, cedendo drogas a amigos e parentes, contribuem de forma efetiva para o aumento dos dependentes e dos traficantes sabido que o viciado após ver exauridos os seus recursos financeiros para adquirir os tóxicos, passa a traficá-los a fim de manter o vício.

Por outro lado, excluir a pena privativa de liberdade do usuário não dependente, que hoje é de 06 (seis) meses a 02 (dois) anos de detenção, com direito a fiança, se preso em flagrante, e ao *sursis* (suspensão condicional da execução da pena) se condenado, é impedir o exercitamento das condições que o *sursis* possibilita, com informações sobre estudo ou trabalho e sob fiscalização judicial, e que constitui verdadeira ponte de ressocialização. Sem esse controle, o usuário certamente voltará a delinquir.

6. O parágrafo 3º, ainda, do artigo 17, está em franca distonia com princípios científicos. Na medida em que só prevê a isenção da pena para o dependente que praticar as ações previstas no *caput*, deixa de considerar quem comete qualquer outro crime em razão da dependência, ignora o traficante-dependente e abstrai os casos fortuitos e de força maior. Além disso esquece da semi-responsabilidade e não define o que é dependência grave.

7. No artigo 20, sem maior justificativa, reduz o aumento especial da pena previsto no artigo 18 da Lei 6368/76, que é de um a dois terços, para um quarto até a metade, além do que, se exclui no item IV, do aludido artigo 20 do Projeto, o aumento especial da pena dos traficantes que visarem ou atingirem menores de 21 anos, restringindo-o aos que praticarem a ação criminosa, apenas, em relação a menores de 18 anos, o que constitui afrouxamento repressivo.

8. O artigo 22 § 2º do Projeto, beneficia também os traficantes, na medida em que, revogando o disposto na Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) que lhes impôs o regime prisional integralmente fechado, concede-lhes o regime, apenas inicialmente fechado.

9. O artigo 23 do Projeto, comete impropriedade técnica e subverte a sistemática de nosso Direito Processual Penal. Na verdade, em se tratando de circunstâncias judiciais que lastreiam a fixação da pena base, não cabe estabelecer frações de redução. E, depois, por que só para beneficiar

o criminoso e não também para agravar-lhe a sanção, no caso da análise dessas circunstâncias aconselhar maior punição? A preocupação parece ser sempre mais em favor dos delinqüentes do que em benefício da sociedade agredida por eles.

10. O artigo 28 § 1º do Projeto constitui verdadeira aberração procedimental. Diz o dispositivo:

“Em se tratando de usuário surpreendido com substância entorpecente, para consumo pessoal, o mesmo será conduzido à autoridade policial para prestar depoimento, após o que será imediatamente liberado”.

Ora, cria-se, assim, uma anômala forma de crime sem flagrante. De seu turno, o parágrafo 4º do mesmo artigo 28 estatui que, após prestar depoimento, o usuário (que sequer é indiciado), será liberado sem pagamento de fiança.

Portanto, esse usuário, que praticou um delito, pois o artigo 17 do Projeto prevê a aplicação da pena - não poderá ser processado, pois não se permite o depoimento de testemunhas ou do condutor. É um *bill* de indenidade para delinquir e um passaporte para a impunidade.

Contudo, a incongruência não se esgota aqui. É que o artigo 17 do Projeto prevê, no preceito secundário da norma, medida educativa e multa como penas. Então como aplicá-las, se não se formará o processo regular com distribuição a uma vara para julgamento, já que o usuário terá sido liberado sem qualquer elemento probatório, senão as suas próprias declarações à autoridade policial?

11. O artigo 32 do Projeto, ainda no afã de beneficiar os infratores, cria a figura da *remissão*, antes mesmo de iniciar o processo e, logo no dispositivo seguinte, de nº 33, diz que isso não implica necessariamente o reconhecimento ou comprovação de responsabilidade. Ora, pela primeira vez ouve-se falar em perdão antecipado de pecado não cometido.

Essa é a tônica e a filosofia do Projeto que o Egrégio Senado da República irá examinar. No momento em que a sociedade brasileira premida pela violência de todos os matizes, mostra-se preocupada com o crescimento geométrico dos crimes relacionados com as drogas, não é possível que se transforme em lei proposta que abala os alicerces da saúde e tranquilidade públicas. O tratamento paternalista que se pretende dar aos usuários não dependentes de drogas constitui, talvez, o maior equívoco do Projeto porque são eles a fonte principal do incremento ao tráfico. Por isso, a legislação atual trata-os convenientemente, isto é, não com o rigor da apenação aos

traficantes, mas com medidas que evitem a recidiva, dentro do princípio de que é a demanda que incentiva a oferta e sem a primeira, certamente a segunda tenderá à redução.

Estas são algumas considerações perfuntórias que fazemos sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 105 de 1996. Em muitos dispositivos repete literalmente disposições da atual Lei 6368/76, mas a parte que propõe modificá-la não está *data venia*, em condições de ser aprovada. Parafraseando Edmund Mezger é possível dizer do mencionado Projeto, que o que é bom não é novo. O que é novo não é bom. A sociedade brasileira precisa ter conhecimento do texto que não foi divulgado adequadamente, porque tem pertinência visceral com a sua saúde e segurança e, destarte, com o próprio interesse público pelo qual os seus representantes têm o dever de zelar. ◆

A Prestação Jurisdicional e a Efetividade dos Direitos Declarados

CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO

Ministro do Superior Tribunal de Justiça e Professor

Titular da PUC-RJ

É muito grande o prazer que tenho participando desse XVIII Congresso Brasileiro de Direito Constitucional. * Na Direção Geral do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional está o mestre Celso Ribeiro Bastos, sempre um padrão para os que se dedicam ao direito público. Nele centralizo as minhas homenagens a todos os meus colegas desta Sessão.

Bem sei da importância do tema específico que nos deve ocupar nesta manhã. Dos direitos fundamentais de terceira geração cuidou com a sensibilidade que todos conhecemos Karel Vasak, que Paulo Bonavides, na 4ª edição de seu Curso de Direito Constitucional, trazendo a contribuição da doutrina alemã, ampliou identificando os cinco direitos da fraternidade, assim o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação.

Já Manoel Gonçalves Ferreira Filho lembrou que esses direitos da terceira geração nasceriam no Direito Internacional e estariam em vias de consagração no Direito Constitucional, não havendo, porém, *“uma cristalização da doutrina a seu respeito, forte corrente entendendo não constituírem esses “direitos” mais que aspirações, despidas de força jurídica vinculante”*.

Do mesmo modo, já se anuncia neste final de século uma outra geração, a quarta, correspondente àqueles direitos vinculados ao progresso da ciência, assim os relativos à manipulação genética, no momento mesmo em que o próprio código da vida está sendo descoberto nos laboratórios, em derradeira concorrência do saber humano com o mistério da criação. E aqui merece destacar a contribuição de José Alfredo de Oliveira Baracho sobre os direitos fundamentais e a experimentação científica sobre o homem.

* Exposição no XVIII Congresso Brasileiro de Direito Constitucional - Desenvolvimento dos Direitos Fundamentais de 3ª e 4ª Geração - São Paulo, 22 de maio de 1997 - Hotel Maksoud Plaza

Esse contínuo aparecimento de ondas ou gerações de direitos humanos é uma reação contra qualquer ameaça, presente ou remota, ao existir do homem em sociedade. E louvável é o esforço dos mestres na identificação e sistematização de tais direitos. A produção científica sobre o assunto, particularmente a partir dos esforços de Karel Vasak e da instalação da Corte Européia de Direitos do Homem, tem sido exaustiva, na linha do aperfeiçoamento das declarações de direitos e da sua universalização.

Todavia, o maior esforço que a ciência do direito pode oferecer para assegurar os direitos humanos é voltar-se, precipuamente, para a construção de meios necessários a sua realização nos Estados e, ainda, para o fortalecimento dos modos de acesso à Justiça com vistas ao melhoramento e celeridade da prestação jurisdicional.

A luta que se trava hoje segue sendo, ainda, lamentavelmente, em regiões ricas como pobres, do norte e do sul, em torno de direitos que integram, no plano teórico, as denominadas primeira e segunda gerações, sem falar naqueles de terceira geração que estão longe demais de alcançar o conjunto de circunstâncias concretas para sua efetivação.

Não há possibilidade alguma de garantir direitos humanos, qualquer que seja a situação teórica que ocupem, se não estiver o Estado aparelhado para oferecer respostas judiciais às demandas das pessoas humanas que clamam por justiça e para garantir o cumprimento dos julgados. E, diga-se sem medo, direitos elementares, capazes de assegurar a liberdade e a dignidade das pessoas humanas. Estão presentes com vigor os exemplos recentes da Albânia e agora do Zaire, sem falar nos lamentáveis episódios em São Paulo e no Rio de Janeiro.

Não foi por outra razão que Karel Vasak, tratando da realidade jurídica dos direitos do homem, indicou as três seguintes condições para que eles se tornem uma realidade jurídica:

1^a) É necessário que exista uma sociedade organizada sob a forma de um Estado de Direito;

2^a) É necessário que, no interior do Estado, os direitos do homem se exerçam em um quadro jurídico pré-estabelecido, porém variável em função da natureza dos direitos e em função das circunstâncias;

3^a) Finalmente, é necessário que o exercício dos direitos do homem pelos seus titulares seja acompanhado de garantias jurídicas precisas e, em particular, que sejam previstos recursos que permitam obter o seu respeito.

A maior ameaça aos direitos humanos reside, portanto, na incapacidade do Estado de assegurar a sua efetiva realização. Essa incapacidade, em nosso país, a meu pensar, tem duas frentes, ambas poderosas para solapar as condições de exercício dos direitos declarados na Constituição da República..

A primeira e mais vigorosa, que ganha folego todos os dias, é a insistência com que diversos protagonistas do nosso cenário cotidiano lançam suspeitas contra os poderes organizados do Estado. Há hoje, sem a menor sombra de dúvida, um delicado momento nas relações entre os três poderes do Estado. Todavia, tal fato, que não é estranho na vida dos povos democráticos, está encontrando caldo de cultura suficiente para levar adiante o descrédito institucional. E, de modo particular, vem o Judiciário sendo posto no núcleo do tornado, identificado já agora com todo tipo de mazela existente nos grandes conglomerados humanos.

Em certa medida, os protagonistas estão refletindo a angústia da população. Mas, em certa medida, também, estão contribuindo para ampliar essa angústia.

Não é novidade que vivemos desde a ruptura do processo autoritário, na transição benigna que conhecemos, uma busca permanente dos eventuais desencontros de muitos protagonistas com um código ético capaz de manter forte a estrutura organizada do Estado. E, causando igual malefício, outros protagonistas abandonam a imperativa preocupação de preservação institucional e aparecem como porta-vozes da opinião pública, pouco importando o preço que tenham de pagar como nau capitânea das frustrações que ampliam com seu discurso. Assim, por exemplo, quando é detectado um desvio de comportamento na burocracia, não importa de que poder do Estado, o que se quer é a punição exemplar, desprezado na passagem do comboio que acompanha a locomotiva da opinião pública, os direitos que a própria Constituição resguarda, como o do contraditório e ampla defesa. E o que é pior. Se a estrutura organizada decide fora da convicção da opinião pública, a crítica surge violenta na suspeita da existência de subterrâneos a lastrear o processo decisório. Em uma palavra, retorna-se com o discurso desatento às práticas de uma democracia direta que nem mesmo a Ágora ateniense, com mais condições, conseguiu fazer amplo para todos os cidadãos.

Esse estado de coisas, na minha compreensão, reporta-se a uma consciência cultural da força e da legitimidade da ordem jurídica. Um ilustre jurista alemão, Konrad Hesse, ex-Presidente da Corte Constitucional

(Bundesverfassungsgericht), em aula inaugural de 1959 na Universidade de Freiburg, cuidou desse problema sob a rubrica da força normativa da constituição (Die Normative Kraft Der Verfassung).

Em crítica fundada ao pessimismo de Georg Jellinek, o qual afirmava que o *“desenvolvimento das Constituições demonstra que regras jurídicas não se mostram aptas a controlar, efetivamente, a divisão de poderes políticos”*, eis que as *“forças políticas movem-se consoante suas próprias leis, que atuam independentemente das formas jurídicas”*, adverte Hesse, que *“quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa*. E, no que mais nos preocupa nesta sessão matinal, o mestre alemão, desvendando a força normativa da Constituição, ensina: *“Se pretende preservar a força normativa dos seus princípios fundamentais, deve ela incorporar, mediante meticulosa ponderação, parte da estrutura contrária. Direitos fundamentais não podem existir sem deveres, a divisão de poderes há de pressupor a possibilidade de concentração de poder; o federalismo não pode subsistir sem uma certa dose de unitarismo. Se a Constituição tentasse concretizar um desses princípios de forma absolutamente pura, ter-se-ia de constatar, inevitavelmente - no mais tardar em momento de acentuada crise - que ela ultrapassou os limites de sua força normativa. A realidade haveria de pôr termo à sua normatividade; os princípios que ela buscava concretizar estariam irremediavelmente derrotados”*. E de modo absolutamente claro, Hesse mostra, vestindo com perfeição o nosso trânsito republicano: *“Um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua práxis. De todos os partícipes da vida constitucional, exige-se partilhar aquela concepção anteriormente por mim denominada vontade de Constituição (Wille Zur Verfassung)”*. E prossegue: *“Todos os interesses momentâneos - ainda quando realizados - não logram compensar o incalculável ganho resultante do comprovado respeito à Constituição, sobretudo naquelas situações em que a sua observância revela-se incômoda. Como anotado por Walter Burckhardt, aquilo que é identificado como vontade da Constituição “deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até a algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante*

um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente do Estado democrático”. Aquele que, ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício, “malbarata, pouco a pouco, um capital que significa muito mais do que todas as vantagens angariadas, e que, desperdiçado, não mais será recuperado”.

Nessa primeira frente, o problema central não é o desprezo ao fundamento jurídico do Estado, assim a Constituição regularmente votada pela representação popular. É, isso sim, a irresponsabilidade de fazer o discurso inconseqüente, ou seja, o discurso desacompanhado da discussão das regras que devem reger a vida social. E quando isso ocorre, como está ocorrendo agora, toda a sociedade pode ficar desprotegida. Desprotegida pela razão de permanecer longe daquilo que se chama Estado de Direito. E, assim ao relento, cai por terra o quadro jurídico pré-estabelecido, uma das condições para a realidade jurídica dos direitos do homem.

Devendo limitar-me ao tempo concedido, passo, agora, a desafiar a segunda frente.

A falta de discussão das regras atinge fundo a parte mais sensível para a proteção dos direitos humanos.

De fato, na organização estatal que herdamos, constitui o Judiciário o principal instrumento para que os direitos humanos sejam efetivamente protegidos, pressuposto que exista um sistema de garantias jurídicas precisas à disposição dos respectivos titulares, como é o nosso caso.

O Poder Judiciário no Brasil está sofrendo, e com muita intensidade, a falta de consciência daquilo que Peter Häberle transmitiu na sua valiosa obra sobre hermenêutica constitucional, *A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição Para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição* (Die Offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Eim Beitrag Zur Pluralistischen Und “Prozessualen” Verfassungsinterpretation). De fato, aquele vínculo direto que muitos protagonistas estabelecem com a opinião pública, pouco valendo os riscos assumidos em um país com a cultura do nosso, distante da consolidação histórica de práticas democráticas, decorre do simples fato de que como “não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição”.

Isso quer dizer que duas possibilidades de legitimação maior da Justiça devem ser imediatamente consideradas: 1ª) a séria discussão sobre a reforma radical nas práticas processuais, ou seja, uma revisão na organização geral do Poder Judiciário e nas leis que garantem o acesso à Justiça; 2ª) a consciência

de que o julgamento não pode estar distanciado da realidade dos intérpretes da Constituição, que não são apenas os formalmente destinados a isso.

É, no fundo, um ato de reação, mas, também, um ato consciente de humildade para preservar, emblematicamente, a legitimação do Poder Judiciário, único apto a assegurar o exercício de direitos declarados na Constituição. Nessa direção, mostra Häberle, cuidando da segunda possibilidade antes indicada, que a *“relevância dessa concepção e da correspondente atuação do indivíduo ou de grupos, mas também a dos órgãos estatais configuram uma excelente e produtiva forma de vinculação da interpretação constitucional em sentido lato ou em sentido estrito. Tal concepção converte-se num “elemento objetivo dos direitos fundamentais” (Grundrechtliches Sachelement). Assume idêntico relevo o papel co-interpretativo do técnico ou expert no âmbito do processo legislativo ou judicial. Essa complexa participação do intérprete em sentido lato e em sentido estrito realiza-se não apenas onde ela já está institucionalizada, como nos Tribunais do Trabalho, por parte do empregador e do empregado. Experts e pessoas interessadas da sociedade pluralista também se convertem em intérpretes do direito estatal. Isto significa que não apenas o processo de formação, mas também o desenvolvimento posterior, revela-se pluralista: a teoria da ciência, da democracia, uma teoria da Constituição e da hermenêutica propiciam aqui uma mediação específica entre Estado e sociedade.”*

O que se verifica, portanto, é que não subsiste mais a idéia de ficar a prestação da jurisdição longe da sociedade como um todo, como se apenas o juiz fosse o intérprete exclusivo da ordem jurídica positivada em um determinado Estado. A garantia do exercício dos direitos individuais em um quadro jurídico pré-estabelecido está acompanhada necessariamente da modernização dos meios de acesso à Justiça e decisão das demandas judiciais e de uma interpretação pelos agentes formais sintonizada com a cultura da sociedade como um todo.

A todos nós incumbe uma tarefa maior que o nosso tempo. Incumbe rever, e com urgência, não a lista de direitos humanos, acrescidos da história das civilizações, mas, sim, o sistema de convicções que rege a prestação jurisdicional. Ou fazemos isso, e rápido, ou seremos tragados por ondas maiores de retorno ao casuísmo jurídico e, inevitavelmente, a outros tempos sombrios, desta feita, sob a vistas aguçadas de um grande irmão qualquer, que, eventualmente, esteja de plantão. ◆

A Formação do Juiz Contemporâneo *

SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA

*Ministro do Superior Tribunal de Justiça e Professor
Universitário. Diretor da Escola Nacional da
Magistratura.*

Sumário - 1. O Judiciário nos tempos atuais. 2. O Judiciário na Constituição de 1988. 3. A insatisfação da sociedade com o modelo atual de Justiça. 4. A seleção, a formação e o aperfeiçoamento dos juízes como ponto fundamental na transformação do Judiciário. 5. O sistema brasileiro na formação de juízes. 6. O juiz e o processo atual de integração econômica, social e cultural. 7. Conclusão.

1. O Judiciário nos tempos atuais - Lenta, e com retrocessos, tem sido a evolução do Judiciário. E a história da humanidade não lhe tem dedicado significativo destaque.

Se as Sagradas Escrituras, e outros textos do passado, assinalam a atuação de juízes na solução de conflitos, é de notar-se que não se vinha registrando uma participação decisiva desse segmento na condução dos povos e no aperfeiçoamento do processo civilizatório. Disso é eloqüente o exemplo dos Continentes mais antigos, onde, apesar do desenvolvimento cultural, social e político, nunca se deu relevo maior à atuação jurisdicional, a ponto de qualificar-se a atividade do Judiciário ainda hoje, em diversos países, como de mera “autoridade judicial”.

Uma extraordinária mudança nesse panorama, no entanto, tem-se presenciado nos últimos tempos. E por múltiplas razões, a começar pelas transformações que ocorrem na sociedade dos nossos dias, impulsionada por uma revolução tecnológica no vértice da qual se colocam os meios de comunicação, a estreitar distâncias, mitigar fronteiras, intercambiar idéias e costumes, globalizar a economia, facilitar o acesso à cultura e aos bens de consumo, a aproximar os povos e a realizar alguns dos seus sonhos mais acalentados.

* *Exposição apresentada, em 30.3.1997, no XIV Seminário Roma-Brasília.*

Com as conquistas espaciais, não só o homem chegou à lua e desvendou os mistérios do universo como também por satélites artificiais, que hoje povoam a atmosfera, podemos, além de muitas outras opções, acompanhar com absoluta nitidez, no mesmo instante, as imagens de acontecimentos que se verificam em diversos pontos do planeta, comunicando-nos sem intermediários com países os mais distantes, tendo em nossos lares e escritórios, em fração de segundos, pelo avanço da informática, pesquisas e informações que a cultura levou séculos para armazenar. Aviões, automóveis, trens, e outros veículos, cada vez mais sofisticados e rápidos, transportam-nos com segurança e impressionante precisão. E um fascinante mundo em evolução, jamais imaginado por Júlio Verne, Marco Polo, Huxley ou pelos bravos navegadores da Idade Média.

Nesta moldura, muda o próprio perfil da sociedade e seu comportamento.

A exemplo das mudanças impostas pelas grandes descobertas do final do século XV, do advento do constitucionalismo resultante das transformações políticas do século XVIII e da revolução industrial do século XIX, a revolução tecnológica deste século convive com uma sociedade marcadamente de massa, na qual, ao lado da explosão demográfica, do acesso da mulher aos postos de comando e do apelo ao consumo, ascendem cada vez mais os interesses coletivos e difusos no confronto com os interesses meramente individuais.

Reflexo desse quadro, os conflitos sociais ganham nova dimensão, reclamando novos equacionamentos, soluções mais efetivas, um processo mais ágil e eficaz e um Judiciário mais eficiente, dinâmico e participativo na preservação dos valores culturais, na defesa de um patrimônio que é de todos e que transcende os próprios interesses individuais e de grupos para situar-se no plano dos direitos fundamentais do homem.

Como assinalou com a sua reconhecida sensibilidade jurídica o Professor *Carlos Fernando Mathias*¹, “a humanidade está em plena fase da chamada terceira geração dos direitos do homem, vale dizer, dos assim designados direitos de solidariedade, como o direito ao desenvolvimento, o direito ao patrimônio comum da humanidade e o direito ao meio ambiente”. Outra, aliás, não é a lição de *Antônio Augusto Cançado Trindade*², com efeito,

¹“Direito e Justiça”, Correio Brasiliense, Brasília, junho/97.

²Titular da Corte Interamericana de Direitos Humanos e ex-presidente do Instituto Interamericano de Direitos Humanos.

ao lado dos direitos civis e políticos (primeira geração), dos direitos sociais, econômicos e culturais (segunda geração), emergem os direitos que, além de ter por valor supremo o homem, o focalizam sob o ângulo da fraternidade.

Por outro lado, os direitos fundamentais clássicos cedem lugar, cada vez mais, a esses novos direitos fundamentais, que repudiam a inatividade do Estado e sua omissão, reclamando atuação positiva. São direitos à prestação ou à participação (*Leistungsrechte oder Teilhaberechte*).

Daí a ilação de que o Judiciário, como Poder ou atividade estatal, não pode mais manter-se equidistante dos debates sociais, devendo assumir seu papel de participante do processo evolutivo das nações, também responsável pelo bem comum, notadamente em temas como dignidade humana, redução das desigualdades sociais, erradicação da miséria e da marginalização, defesa do meio ambiente e valorização do trabalho e da livre iniciativa. Co-partícipe, em suma, da construção de uma sociedade mais livre, justa, solidária e fraterna.

2. O Judiciário na Constituição de 1988 - A vigente Constituição brasileira, promulgada em 5.10.1988 e rotulada pelo próprio Congresso Nacional de “Constituição-cidadã”, exatamente pela incisiva preocupação com os direitos sociais e com a cidadania, sem embargo dos seus eventuais e reconhecidos excessos, dedicou especial atenção ao Judiciário como Poder político, erigindo-o como participante ativo do processo democrático, especialmente ao reivindicar a sua presença mais efetiva na solução dos conflitos e ao ampliar a sua atuação com novas vias processuais de controle social (mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, *habeas data*, ações coletivas, ação civil pública, ação popular, ações de controle da constitucionalidade etc).

A propósito desses instrumentos, ao tratar do tema logo após a promulgação de 1988, tive ensejo de assinalar³:

“É cediço que o Estado atual é gerador de conflitos, com destaque no campo dos direitos sociais, particularmente nas áreas de habitação, assentamento rural, previdência, instrução e saúde, pela desarmonia entre o modelo político, fomentador de ansiedades e expectativas sempre frustradas e não concretizadas, estimulando ainda a perpetuação dos litígios, a exemplo

³ “O processo civil na nova Constituição”, in “Mandados de segurança e de injunção”, Saraiva, 1990, p. 36/37.

do que se dá com as desapropriações e sua indenização, não instrumentalizando adequadamente o Judiciário com recursos humanos, tecnológicos e materiais, mantendo uma concepção individualista do processo em detrimento das soluções coletivas, em uma sociedade marcadamente de massa.

A nova Constituição busca, não se pode negar, a modificação desse quadro, ampliando o acesso à tutela jurisdicional para adaptar essa garantia aos novos tempos e às novas aspirações sociais.

Dentre as mais expressivas conquistas na nova Carta, sob o ângulo do acesso ao Judiciário, poderíamos destacar:

1. a obrigatoriedade da instalação de juizados especiais para o julgamento e execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante procedimento oral e sumaríssimo, permitindo o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

2. a legitimação de entidades associativas para atuarem em juízo representando seus filiados, mitigando a rigidez do art. 6º do Código de Processo Civil, não obstante ainda muito longe de avanços hoje existentes, a exemplo do que se dá com a class action do direito norte-americano;

3. a ampliação das funções institucionais do Ministério Público;

4. a adoção da Defensoria Pública em nível constitucional, como órgão incumbido da orientação jurídica e da defesa, em todos os graus, dos necessitados;

5. a diversificada legitimação ativa para a propositura da ação de inconstitucionalidade em nível federal, ensejando também o controle pela via direta em nível estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão;

6. o tratamento constitucional à ação popular também para a proteção de direitos coletivos vinculados ao meio ambiente, ao consumidor e ao patrimônio histórico e cultural;

7. o alcance dado ao mandado de segurança para também proteger direito coletivo quando demonstradas de plano a liquidez e certeza;

8. o habeas data, para acesso do cidadão a registros de bancos de dados, assim como para a retificação de dados, ressalvada ao interessado a preferência por processo sigiloso, judicial ou administrativo, sendo de aduzir-se que, para o simples conhecimento de registros constantes de bancos de dados, de entidades públicas, se mostra hábil a via do mandado

de segurança, quando demonstrada a ilegalidade do ato denegatório do fornecimento da certidão;

9. a previsão do mandado de injunção quando a falta de norma regulamentadora tornar inviável o exercício das liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania do povo e à cidadania, sendo de notar-se que o instituto, sem paralelo no direito internacional, enquanto não vier a ser regulamentado procedimentalmente, poderá socorrer-se do procedimento do mandado de segurança, quando ocorrentes os pressupostos deste, ou do procedimento ordinário, se ausentes”.

O que é importante aqui registrar, no entanto, é que a Constituição de 1988, com a sua preocupação voltada prioritariamente para a cidadania, contemplou o nosso ordenamento, como nenhuma outra fizera até então, com um extraordinário arsenal de instrumentos jurídicos e com normas, preceitos e princípios que sinalizam a vontade popular de ter uma nova Justiça no País.

3 . A insatisfação da sociedade com o modelo atual de Justiça -

Dissertando sobre a atuação dos juízes no regime democrático, o Ministro Celso de Mello⁴ teve ensejo de afirmar que

“O papel desenvolvido pelos magistrados, que se qualificam como atores essenciais do processo político de desenvolvimento, expansão e reafirmação dos direitos humanos, reveste-se de importância decisiva, pois, no contexto dessa permanente situação conflitiva que se origina das relações estruturalmente sempre tão desiguais entre as pessoas e o Poder, compete aos juízes, enquanto guardiães de uma ordem jurídica justa e legítima, fazer prevalecer o compromisso de respeito e de incondicional submissão do Estado ao regime das liberdades públicas, assinalando, a cada momento, no desempenho de sua atividade jurisdicional, que as prerrogativas constitucionais reconhecidas à pessoa traduzem valores fundamentais indisponíveis, caracterizados pela nota de uma irrecusável inexauribilidade.”

Sem embargo da verdade dessa proclamação, lembrou⁵ também o professor e juiz José Renato Nalini, hoje quem melhor está a escrever sobre o Judiciário brasileiro, que “a Constituição de 1988 foi a que mais acreditou

⁴ Atual Presidente do Supremo Tribunal Federal.

⁵ “Estado de São Paulo”, 26.2.97.

na solução judicial dos conflitos. Enfatizou a missão da Justiça humana, confiou-lhe a tutela dos direitos fundamentais, destacados por longa enunciação e singular alteração topográfica. Criou direitos, cuja fruição ficou vinculada à assunção, pelo juiz, de papel político ampliado e, até certo ponto, desafiador da tradicional inércia. Previu instrumentos de conversão da Justiça naquele serviço eficiente, célere, descomplicado e acessível sonhado pelo povo. Seduzida por essa Justiça diferente com que o constituinte acenou, a comunidade correu aos juízes e multiplicaram-se ainda mais os processos. Uma sociedade desperta pela cidadania, que é o direito a ter direitos, exercitou-a, esperançosa. E encontrou a mesma Justiça atormentada com suas carências e perplexa diante da profusão das demandas”. Daí o seu libelo, segundo o qual

“... falhou o Judiciário em quase todas as novas perspectivas constitucionais. Não soube preencher o espaço destinado à moderna concepção de Justiça. Deixou de estabelecer as reformas essenciais à sua adequação diante das necessidades emergentes. Continuou com a estrutura arcaica, emperrada, incapaz de acompanhar a modernização da empresa privada e até mesmo de ajustar-se à conformação do Estado contemporâneo. Estado que se pretende ágil, enxuto e flexível, para ser eficaz. Os direitos novos foram esvaziados por uma interpretação excessivamente conservadora. Os instrumentos postos à sua disposição pelo legislador para simplificar e intensificar a outorga da prestação jurisdicional não foram instituídos. É muito lenta a instalação dos Juizados Especiais, indicados como alternativa à solução tradicional das controvérsias. Incipiente a profissionalização das Escolas da Magistratura e da carreira de juiz, sem o que não se instaurará a mentalidade atualizada e apta a enfrentar as turbulências do novo milênio. O Judiciário, como instituição, não tem sido capaz de se fazer ouvir pelos demais Poderes, nem de ser compreendido pela comunidade.”

Não obstante o esforço sobre-humano da grande maioria dos seus juízes, em um quadro esdrúxulo e até mesmo ridículo, com a média de 1 (hum) juiz para 29 (vinte e nove) mil habitantes, que faz do País certamente o campeão mundial em número de processos judiciais, de que é exemplo o número caótico de feitos distribuídos em suas duas Cortes maiores - o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça -, com 11 e 33 Ministros, que só no ano de 1996 receberam, respectivamente, 23.668 (vinte e três mil seiscentos e sessenta e oito) e 77.032 (setenta e sete mil e trinta e dois) processos, o certo é que a sociedade brasileira está a merecer um Judiciário bem melhor do que o que possui: moroso, pesado, complexo, sem transparência, sem criatividade, com

sérios vícios de estrutura, sem controle e sem diretriz, com número insuficiente de julgadores, sem dados concretos e sem contar com órgãos permanentes de planejamento e reflexão. E, o que é mais desalentador, sem perspectivas sérias, razoáveis e efetivamente objetivas de mudança na reforma constitucional há tanto tempo anunciada e frágil em seu “curso trôpego”.

Parodiando Vieira, no seu “Sermão de Santo Antônio”, no ano de 1654, já que os homens não se sensibilizam, seria o caso de falar aos peixes?

As causas desse quadro não são de difícil percepção. Algumas mais profundas, com raízes políticas, históricas e culturais; outras, mais à superfície, de mais fácil correção. Sobretudo se houvesse, a detectá-las e dar-lhes adequada terapia, um órgão judiciário, permanente, de reflexão e planejamento.

4. A seleção, a formação e o aperfeiçoamento dos juízes como ponto fundamental na transformação do Judiciário - As novas técnicas de administração pública, aliadas às diretrizes das grandes empresas privadas, estão a evidenciar a necessidade de um planejamento no qual, a par de meticulosa formulação de linhas diretivas, se dê especial relevo ao elemento humano que as opera e dirige.

Se isso ocorre no plano das administrações pública e privada, com maior razão é de ser observada em relação ao juiz, para cuja missão, delicada, difícil e complexa, se exige uma série de atributos especiais, não se podendo admitir a sujeição dos interesses individuais, coletivos e sociais, cada vez mais sofisticados e exigentes, a profissionais não raras vezes sem a qualificação vocacional que o cargo exige, recrutados empiricamente por meio de concursos banalizados pelo método da múltipla escolha e pelo simples critério do conhecimento científico.

Carreira de especificidade singular, a Magistratura não pode ter seus quadros preenchidos por profissionais que receberam apenas uma formação genérica para o desempenho de qualquer profissão jurídica. É imprescindível uma formação específica.

Os concursos públicos produziram entre nós um Judiciário digno e têm prestado serviço inestimável à causa da Justiça. Continuam a representar a alternativa mais adequada de recrutamento, a conciliar vertentes democrática e aristocrática. Mas é o momento de se substituir sua metodologia para a inserção de critérios mais consistentes de seleção, priorizando-se os aspectos éticos e vocacionais, até mesmo em detrimento do apuro técnico, sabido que uma pessoa destinada a julgar seu semelhante se auto-motivará ao estudo

permanente, enquanto o intelectual aético nunca será um verdadeiro juiz.

O texto constitucional vigente já se mostra hábil a propiciar a reforma de critérios no concurso de ingresso na magistratura. O inciso IV do artigo 93 da Carta prevê cursos oficiais de preparação - sempre prévia - como requisito para ingresso na carreira. Assim como prestigia a idéia de formação contínua, ao contemplar o aperfeiçoamento como requisito para promoção. A freqüência e aproveitamento em cursos reconhecidos de aperfeiçoamento representam critérios objetivos de aferição do merecimento - alínea “b” do inciso II do mesmo artigo 93 da Constituição da República.

Daí a imprescindibilidade de uma nova postura nesse campo, com a adoção de novos caminhos, métodos e critérios, a exemplo do que vem ocorrendo, há algum tempo, em países como Portugal, França, Espanha, Estados Unidos, Alemanha e Japão.

Enquanto este último, seguido pela Coréia, premido por necessidades peculiares, adota rigorosa seleção para o exercício da magistratura, do ministério público e da advocacia, em um concurso anual que seleciona o percentual aproximado de 3% (700 aprovados em um universo de 26.000 concorrentes) para o ingresso em instituição pública que irá prepará-los durante dois anos, a Alemanha, mais ou menos na mesma linha dos Estados Unidos, após rígido curso universitário, investe mais na reciclagem contínua, com cursos de curta duração que observam eficiente planejamento.

Mais adequados à nossa realidade, França, Portugal e Espanha dividem o seu sistema em dois segmentos, a saber: um que seleciona e forma; outro que aprimora e recicla, sendo de notar que a Espanha, em novembro de 1996, reconhecendo as vantagens do sistema francês (Paris/Marselha), veio a desdobrar a sua tradicional “Escuela Judicial”, ficando a funcionar em Madri o centro de formação continuada e em Barcelona o de formação inicial.

A Itália, por sua vez, após sediar em Roma, em 1958, o “Primeiro Congresso Internacional de Magistrados”, no qual, sob o tema “a preparação do juiz para o exercício da função jurisdicional”, dentre outras “*risoluzioni*” aprovou “a necessidade da criação de centros de preparação, pesquisas e estudos⁶, quase 40 anos depois, segundo informe do Prof. Giuseppe Tarzia⁷, vem a ocupar-se mais atentamente da preparação dos seus “magistrati”

⁶ “Primo Congresso Internazionale dei magistrati”, ed. Giuffrè, 1959, I tomo, p. 591 e segs.

⁷ “II Jornadas Brasileiras de Direito Processual”, Brasília, 11/15.8.1997.

(judiciais e do Ministério Público), o que bem demonstra a força da idéia geratriz e a indispensabilidade dessa instituição no mundo atual.

5. O sistema brasileiro de formação de juízes - Multifário tem sido o sistema brasileiro na busca do seu melhor modelo, multiplicando-se as suas escolas estaduais, federais e especializadas, a maioria subordinada aos respectivos tribunais a que vinculados os seus juízes, outras dirigidas pelas associações de magistrados.

A realidade, porém, é que, até aqui, à exceção do Rio Grande do Sul e Minas Gerais, as demais escolas judiciais brasileiras têm se limitado ao campo do aperfeiçoamento, até porque, a rigor, não podem ser consideradas como de seleção e formação inicial as que se destinam à preparação dos candidatos ao concurso de ingresso nos quadros da magistratura⁸. Ademais, como anotou a Des^a Fátima Nancy Andrighi⁹, “os cursos de seleção de magistrados não podem assumir as características de estudos com natureza de pós-graduação, apenas destinados ao desenvolvimento técnico de anterior aprendizagem na Faculdade de Direito. Hão de preparar o candidato para as múltiplas dimensões que envolvem o desempenho da função jurisdicional, principalmente a formação humanística, salientando aqui a bem sucedida experiência das Escolas de Magistratura do Rio Grande do Sul e de Minas Gerais que adotaram método moderno e, seguramente mais eficiente na seleção dos vocacionados”.

Duas escolas, por outro lado, merecem especial atenção.

Uma delas, é o “Centro de Estudos”, do “Conselho da Justiça Federal”, vinculado este, por força de norma constitucional (art. 105, parágrafo único), ao Superior Tribunal de Justiça. Cuida-se de órgão ainda em gestação como escola judicial, mas de grande potencial, especialmente como órgão de planejamento e pesquisa, uma das vertentes de uma autêntica escola judicial: pela estrutura de que dispõe e pela especial situação do Superior Tribunal de Justiça no vértice das Justiças Federal e Estadual.

A segunda dessas escolas, é a “Escola Nacional da Magistratura”, vinculada estatutariamente à Associação dos Magistrados Brasileiros, mas que tem tido a desejável autonomia em sua atuação.

⁸ Sobre o tema, “A escola judicial”, in “O Judiciário e a Constituição”, Saraiva, 1994, p. 169.

⁹ No “I Fórum Nacional de Debates sobre o Poder Judiciário”, promovido pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Conselho de Justiça Federal, 11/13.6.1997.

Sem recursos e sem suporte administrativo, e contando com dez (10) dirigentes, todos sem remuneração e sem afastamento de suas funções judicantes, vem promovendo importantes eventos culturais no País e no exterior, em parceria com Universidades, Faculdades, associações de classe, Ordem dos Advogados, Institutos de Advogados e outras entidades culturais, inclusive fazendo editar obras resultantes desses eventos, como também celebrando convênios nacionais e internacionais, elaborando anteprojetos de reforma legislativa, e apregoando a sua institucionalização para transformar-se em um verdadeiro fórum de debates dos grandes temas vinculados ao Judiciário, banco de idéias e centro de convergência e difusão de experiências bem sucedidas.

Já desenvolvendo intensa atuação, nos planos nacional e internacional, prepara-se agora para uma nova etapa, na qual, dentre outras inovações, investe no ensino à distância, inclusive pela via televisiva, e na pós-graduação virtual, o que permitirá aos juizes, sem deslocamentos e despesas, aprofundar-se nos estudos, por meio da informática.

6. O juiz e o processo atual de integração econômica, social e cultural - Vê-se agora o Judiciário em face de um novo desafio, lembrada a lição de *Carnellutti* de que na raiz do fenômeno jurídico está o litígio.

Com a globalização da economia e o surgimento dos blocos regionais, que não se esgotam na esfera econômica mas compõem integração também social e cultural, com problemas comuns concernentes à proteção dos direitos humanos, às desigualdades sociais, ao combate ao tráfico e à degradação do meio-ambiente, surgiu, como imperativo de segurança jurídica, um novo ramo do Direito, denominado “comunitário” ou “supranacional”, situado entre os contrafortes do Direito Interno e do Direito Internacional e com foros de autonomia, por apresentar, no dizer de *E. Ricardo Lewandowski*¹⁰ objeto (normas supranacionais), institutos (de que é exemplo o “reenvio”), métodos (hermenêutica teleológica ou finalística) e princípios específicos (de que são exemplos o da aplicabilidade direta e o da supremacia das suas regras em relação às normas internas de cada Estado, a flexibilizar o conceito tradicional de soberania quanto à idéia de supremacia absoluta da ordem jurídica interna).

¹⁰ “Direito e Justiça”, Brasília, 18.8.1997.

O juiz, nesse contexto, deixa de ser apenas juiz da ordem interna do seu respectivo país para integrar-se também na ordem comunitária, interpretando e aplicando as normas daquela e dessa, cumprindo destacar a singular e expressiva observação dos especialistas europeus no sentido de que a “União Européia” somente conseguiu implantar-se - e aí está uma das marcas do seu sucesso - no momento em que os países nela envolvidos compreenderam a indispensabilidade de um sistema jurídico bem corporificado a sustentá-la, com normas e Judiciário atuante.

O mesmo quadro desenha-se em um “Mercosul” que evolui rapidamente nos campos político e econômico, a mostrar a necessidade, mais que conveniência, não só da adoção de uma estrutura judiciária supranacional, mas da preparação dos juízes dos países desse bloco para a realidade que se avizinha e que deles exigirá uma formação ainda mais especializada¹¹.

7. Conclusão - Como se vê, o Judiciário, que neste País felizmente é qualificado como Poder nas Constituições, não obstante tantas restrições e dificuldades de ordem prática e política, e que muito aquém está das expectativas da sociedade mundial contemporânea, como, aliás, sempre esteve, deve impor-se como verdadeiro Poder, não através de mera retórica, mas de um processo revolucionário do seu modelo histórico tradicional, hermético e arcaico, a realizar uma profunda mudança em sua estrutura e em sua dinâmica, com planejamento científico e vontade política, transformação essa a ter, como um dos seus pontos fundamentais, a adequada seleção, formação e aperfeiçoamento daquele a quem a lei entrega a bela e árdua missão de julgar. Só assim teremos o Judiciário que a sociedade está a reivindicar e que todos desejamos: eficiente, ágil, confiável, afirmativo, sensível às transformações sociais e aos sonhos de felicidade da alma humana. ◆

¹¹ “A arbitragem como meio de solução de conflitos no âmbito do Mercosul e a imprescindibilidade da Corte Comunitária”, in “Revista de Direito Processual Civil”, vol. 4/97.

O Fórum da Criança e do Adolescente

ALYRIO CAVALLIERI

Juiz de Direito. Prof. de Direito do Menor da Faculdade de Direito da Universidade Gama Filho. Membro do Fórum Permanente da Criança e do Adolescente

O Diretor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Desembargador Carpena Amorim, considerou o Fórum da Criança e do Adolescente tão importante que assumiu, pessoalmente, a sua presidência, passando-a, oportunamente, ao Desembargador Darcy Lizardo de Lima, que dirige a Comissão Estadual Judicial de Adoção. Na sua instalação*, o Diretor deixou bem claro que o Fórum é a casa das divergências, não fosse ele integrante da Escola do Tribunal. E se há uma área onde, justamente nesta oportunidade, borbulham controvérsias é a da criança e do adolescente. Outro dia mesmo, O Globo, que na sua sexta página mantém duas colunas com a sua e “outra opinião”, levou o ínclito Juiz de Menores Siro Darlan a defender o Estatuto da Criança e do Adolescente, ficando claro que o jornal o atacava. Por seu lado, o Jornal do Brasil colocou esta manchete em substancioso artigo do operoso Promotor Márcio Mothé Fernandes: “Estatuto: sete anos de (in) existência”. Como o título da matéria não condizia com seu texto, não há dúvida que o jornal questionava a lei. Como se vê, pelo menos o Quarto Poder está desejando discutir o Estatuto.

É verdade que estamos às vésperas de novo Código Civil. Mas seus sujeitos não estão pelas ruas, pelos internatos, pela penitenciária, pelas consciências atormentadas dos bons cidadãos, pela emergência de seus problemas.

O Fórum da Criança da EMERJ teve inauguração solene com conferência de um dos conspícuos autores do Estatuto, seu emérito divulgador e comentarista, Presidente da Associação dos Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e da Adolescência e membro do CONANDA - Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, ex-juiz de menores de Blumenau e atual prestigiado Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Professor Amaral e Silva. Em magistral conferência, ele traçou um panorama da doutrina e da ideologia que formam a base do Estatuto e

* O Fórum Permanente da Criança e do Adolescente foi instalado na EMERJ no dia 04.12.1997

não se pode negar que o Fórum teve um brilhante começo. A intenção dos membros do Fórum era a de que o conferencista falasse sobre experiências concretas que, na área, sobretudo, do menor infrator, tivessem obtido sucesso no país. Seria oportuno pois que rebeliões ocorridas no Rio de Janeiro indicavam a busca de soluções práticas e iminentes. A troca de tema, no entanto, dando oportunidade ao expositor para historiar a condução do processo legislativo que resultou no Estatuto, constituiu inestimável acervo informativo. A minguada do tempo não permitiu ao Desembargador Amaral, ao final de sua exposição, uma explanação mais ampla sobre questões pontuais apresentadas pelo autor deste artigo. Elas são aqui repetidas numa transparente insinuação para que o Fórum, em seu desenvolvimento futuro, discuta o que consideramos nós como os muitos defeitos existentes na atual lei dos menores, crianças e adolescentes. E, quem sabe, sugira o Fórum, ao CONANDA, uma avaliação em nível federal, do Estatuto. Não se trata de discutir sua doutrina, sua ideologia, em um momento de angústia, quando se luta por indicativos instantes, mas de esclarecer dúvidas, eliminando perplexidades de seus aplicadores. Há uma outra razão ponderável. O Estatuto é orgânico, articulado, um código, uma consolidação com normas substantivas e adjetivas. Ninguém ignora existirem no Congresso Nacional anteprojetos de lei tendentes a alterações tópicos da lei. Urge manter a sua integridade e a única forma de se lograr esse intento é a assunção, por parte do Ministério da Justiça, de uma postura centralizadora, para assegurar a unidade. Há um exemplo recente de como uma iniciativa isolada pode constituir-se em ameaça de prejuízos irreparáveis. A Deputada Rita Camata formulou anteprojeto de lei que instituía o recurso de ofício quando de sentença de adoção por estrangeiro. Tal projeto, graças ao prestígio da Deputada, ultrapassou todos os trâmites e já na mão do Presidente da República só não se tornou lei porque, alertado, opôs-lhe veto. Teria sido o fim das adoções por estrangeiros, em clara oposição à Convenção de Haia. Nenhum casal resistiria à espera, após o estágio, de uma decisão de segunda instância. O Estatuto teria sofrido dano irreparável e as crianças um prejuízo incalculável.

Alinhamos, a seguir, dispositivos que merecem um reexame acurado:

- O artigo 83, permite a uma menina de 12 anos viajar desacompanhada e sem autorização de responsável ou autoridade para qualquer cidade do país;

- no entanto, o artigo 82 impede a mesma adolescente de hospedar-se em hotel ou pensão. Os dois artigos são propícios à prostituição infantil;

- os artigos 92, parágrafo único, 33 §3º e 101 parágrafo único conferem à criança ou adolescente abrigados a condição de dependentes, para todos os fins de direito, inclusive previdenciários, do dirigente de abrigo. No entanto, o abrigo é uma instituição provisória, excepcional, utilizável como forma de transição para colocação em família substituta; os vínculos mencionados na lei são próprios de permanência, constância, convivência;

- o artigo 33 §1º impede a guarda por estrangeiro, em período de estágio, de criança em processo de adoção; atualmente, o futuro adotante mantém o menor em sua companhia de forma ilegal;

- o artigo 172 parágrafo único obriga o deslocamento de quadrilha de adultos integrada por adolescente a repartição policial especializada para lavratura de flagrante, o que acarreta insolúveis problemas de segurança; não vale afirmar que se evita a permanência do menor com adultos criminosos, o que o corromperia, pois que ele já integra a quadrilha;

- a ausência de uma única informação ao Conselho Tutelar integrado por leigos, sobre o procedimento relativo a criança infratora, enquanto, com relação ao adolescente, julgado por profissionais (juiz, promotor, advogado) a lei concede normas explicitadas em 10 artigos, 21 parágrafos e 12 alíneas;

- a ausência de solução para a questão da prescrição, considerada um “buraco negro do Estatuto” por eminente jurista, pois a adoção do processo penal traz a furo a questão;

- a inconstitucionalidade apontada por Márcio Mothé, Promotor da Vara da Infância da Capital, constante do artigo 186, §2º, quanto à ausência de defesa em audiência do adolescente infrator.

Penso termos material suficiente para uma boa jornada. Esgotado, poderíamos colher mais no livro “Falhas do Estatuto da Criança e do Adolescente”, 92 autores, Editora Forense, com direitos autorais cedidos a instituições de proteção a menores.

O Fórum da Criança e do Adolescente da EMERJ, inspirada criação do Desembargador Carpena Amorim, prestará eficiente serviço aos menores de idade. Deus proverá. ◆

Democracia e Acesso à Justiça

LUIZ FERNANDO RIBEIRO DE CARVALHO

Juiz de Direito, Presidente da Associação dos Magistrados do Brasil - AMB

Agradeço o convite, honroso e gratificante, para participar dos trabalhos dos *Seminários Friedrich Naumann/IUPERJ**, debatendo a questão - na verdade, fundamental para qualquer sociedade, especialmente para aquelas no estágio de desenvolvimento vivenciado pela brasileira - da democracia e o acesso à Justiça. Particularmente elevada aquela honra e aguçada a gratificação espiritual quando, a par da oportunidade de trazer modestas observações, buscando contribuir ao esforço empreendido pelas conceituadas instituições promotoras do Seminário, se vê dilatada a benevolência pela singularíssima condição de ter como companheiro de painel o prof. Luiz Werneck Vianna. Sociólogo de justificado renome e mestre de ciência política que aprendemos a admirar - e aí incluo os magistrados que, por iniciativa da Associação dos Magistrados Brasileiros -, se empenham, em parceria com uma notável equipe do IUPERJ, na realização de pesquisa de pioneira dimensão sobre o Judiciário brasileiro, de seriedade animada pelo talento e cultura permeada por severo rigor científico, mas liberada de seus nós górdios pela inventiva dos espíritos libertários.

Ao tratar de tema, a um tempo crucial e instigante, como o do relacionamento entre democracia e acesso à Justiça, deve-se buscar, de início, precisar linhas e parâmetros de abordagem que estabeleçam com firmeza a base de uma inescapável *integração*. Não se cuida - daí redobrar-se a cautela - de traçados paralelos mas, antes, de idéias e conceitos que, em sua progressão, criaram espaço comum de existência e de atuação.

A democracia aqui tomada como referência não é mais a de cunho *representativo-parlamentar*, cuja valia não se viu, em verdade, superada, mas sim a *participativa*, abrangente dos contornos daquela outra, mas certamente resultado de uma evolução sumamente enriquecedora. Boaventura de

* Apresentações no Seminário Friedrich Naumann/IUPERJ, em 26 de maio de 1997, quando do lançamento do livro *Corpo e Alma da Magistratura Brasileira*, de Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Rezende de Carvalho, Manuel Paiados Cunha Meio e Marcelo Baumann Burgos, na sede do IUPERJ.

Souza Santos adverte para uma *deslegitimação* do Sistema representativo, fenômeno caracterizado por uma certa perda de consistência da representação política e parlamentar clássica. Fala-se, então, em *crise do sistema político*. Interessante anotar, a respeito, as observações de Gustavo Fernández Saavedra, que foi embaixador da Bolívia no Brasil, ministro das Relações Exteriores e chefe da Casa Civil daquele país:

“A desqualificação do político é um fenômeno universal. Está relacionada com o gigantesco processo de mudança do sistema produtivo, dos valores e das pautas de conduta da sociedade e da organização e natureza do Estado, que produziram uma nova divisão do trabalho entre governos, empresários e sociedade civil, como já foi mencionado.

Neste novo cenário, a função de intermediação dos partidos políticos - o monopólio da negociação - está desnaturada e comprometida. Cada vez mais, os partidos começam a erguer-se como muros que se interpõem entre o Estado e a sociedade, e não mais pontes que servem para a aproximação das partes. Cresce a sensação de que os partidos se interessam muito mais pelo Estado do que pela sociedade, como se toda a sua atenção estivesse concentrada em como chegar ao poder; antes de perguntar-se para que. Em consequência, a sociedade afasta-se dos partidos e busca seus próprios canais de relacionamento com o Estado. Por sua vez, os partidos se fecham em si mesmos, põem cadeados nas portas do sistema e se proclamam uma ‘classe diferente’: a classe política. ‘Uma classe política que não teria outro objetivo senão seu próprio poder e, as vezes, o enriquecimento pessoal de seus membros’ e que poria em perigo a própria democracia, já que a democracia pode ser destruída ‘a partir dela mesma, pelo controle exercido sobre o poder pelas oligarquias ou por partidos que acumulam recursos econômicos ou políticos para impor sua eleição a cidadãos reduzidos ao papel de eleitores’, na angustiada formulação de Touraine.

Ao mesmo tempo, sua função de representação também se encontra seriamente debilitada. Seu vínculo com a opinião pública é cada vez mais conflitivo. É como se os partidos estivessem convertendo-se em seitas fechadas, em grupos de interesses, em uma nova rosca, para usar a expressão boliviana consagrada pela oligarquia. Nessa medida, os acordos políticos - elemento central da governabilidade - transformam-se cada vez mais em composições entre grupos interessados em manter seus privilégios. Os resultados da Pesquisa sobre Desenvolvimento Humano, da Bolívia,

mostram que os meios de comunicação, os sindicatos, as associações de vizinhança e a Igreja têm níveis de representatividade muito mais elevados que os do Congresso, os dos partidos políticos, da Justiça e da presidência da República, e que a própria legitimidade da representação dos partidos está abertamente questionada” (Saavedra, 1997, pp. 37-38).

A citação se fez longa, mas pode-se reconhecer que a realidade socio-política mirada pelo diplomata e político boliviano parece referir-se, com imediata vinculação e assustadora nitidez, assim à nossa como à de outras plagas. A democracia participativa assinala - pela emergência de novos protagonistas (inclusive movimentos sociais e corpos intermediários, às vezes desprovidos de personalidade jurídica), pelas formas de atuação por estes assumidas e pela reação do sistema político oficial a essas novas situações de pressão - uma realidade destacadamente distinta, de percepção ainda inconclusa e desdobramentos em processo de formação. Cunhados, portanto, por compreensível indefinição, mas com forte presença na formulação e identificação da vida democrática, por natureza em permanente mutação. Despertando, aqui como em outras paragens, atitudes de confronto que, de lado a lado, invocam a lei e buscam a proteção do sistema judicial.

Se a democracia pressupõe, para que sua prática se efetive, um jogo dialético e infundável de tensões, é evidente que, em cenários como o brasileiro, o Judiciário receberá - como tem recebido - uma diversificada gama de conflitos que, expressando situações e valores de presença relativamente recente, corresponde à pressão do sistema sobre o aparelho judicial. A democracia participativa, em estágio de veemente eclosão na vida do país, investe seus atores e agentes de legitimidade para pressionar o sistema político e reivindicar direitos no Judiciário. Reivindicação que, assumindo forma própria de inserção no sistema judicial, não extravasa de uma linha geral de pressão tão inovadora como variada.

Uma intensa guinada observa-se a partir dos anos 80, com a vigência da Lei da Ação Civil Pública (7.347/85), da Lei de Pequenas Causas (7.244/84), hoje, Juizados Especiais Cíveis e Criminais (9.099/95), do Código de Defesa do Consumidor (8.078/90) e das recentes alterações do Código de Processo Civil (em especial, com as inovações da Lei 8.952/94), do Estatuto da Criança e do Adolescente (8.069/90) e da Lei Antitruste (8.894/94).

Fazendo coro com outros estudiosos da melhor safra, salienta Kazuo Watanabe, professor de Direito Processual Civil da Universidade de São Paulo:

“Dentre as várias transformações trazidas por essas leis, as mais relevantes são: a) foi facilitado o acesso à Justiça para a camada mais humilde da população e possibilitada a solução molecular dos conflitos de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, evitando-se sua fragmentação e a banalização de suas soluções; permitiu-se que outros entes públicos, além do Ministério Público, e também a própria sociedade civil - através de entes intermediários, como associações e sindicatos - pudessem levar ao Judiciário os conflitos metaindividuais; b) foi adotada a responsabilidade objetiva para a tutela mais eficaz do consumidor e do meio ambiente; c) para a proteção jurisdicional mais efetiva e tempestiva dos direitos, foram criados o mecanismo de antecipação da tutela e a tutela diferenciada e específica das obrigações de fazer e de não fazer.

A função do Judiciário, que já vinha se ampliando por força da mudança na própria concepção das funções do Estado Moderno, foi definitivamente modificada com essas alterações das leis material e processual. O Judiciário passou a solucionar não somente os conflitos intersubjetivos de interesses, segundo o modelo liberal individualista, como também a atuar como órgão calibrador de tensões sociais, solucionando conflitos de conteúdo social, político e jurídico, e também implementando o conteúdo promocional do Direito, como o contido nas normas constitucionais e nas leis que consagram os direitos sociais e protegem o meio ambiente, o consumidor e outros interesses difusos e coletivos.

Como consequência, houve mudanças nos escopos da ação, do processo e da jurisdição, que passaram a constituir-se em conduto importante de participação política através do Judiciário e em instrumentos de racionalização do poder político econômico e social e de mediação dos conflitos de interesses e tensões sociais. Em notável e consagrada obra, Cândido R. Dinamarco demonstra a importância da reformulação do conceito de jurisdição, que deve ter, ao lado do escopo jurídico, também os escopos social e político”. (Watanabe, 1996, pp. 149-150).

É ainda desse consagrado professor, extraída do mesmo artigo, a arguta observação de que:

“Uma rápida comparação das atribuições do Judiciário brasileiro, com as do Judiciário norte-americano, permite-nos a conclusão de que nossos juízes estão efetivamente assumindo novas funções, adotando um papel cada vez mais efetivo, aproximando-se paulatinamente do modelo anglo-saxão.

John Henry Merryman (1985), discorrendo sobre Civil Law system, que é o nosso, chega a afirmar que o juiz dessa família jurídica descende do “index” romano, dotado de pouco poder, ao passo que o juiz anglo-saxão se filiaria ao “praetor” romano, plenamente investido do poder de império.¹

Daí a importância e a notoriedade que alcançam os magistrados mais destacados dos países filiados à Common Law (Cope, Mansfield, Marshall, Story, Holmes, Brandeis, Cardozo), quando os nomes mais conhecidos nos países filiados à Civil Law são os dos legisladores (Justiniano, Napoleão) e dos doutrinadores (Gaio, Imerio, Bartolo, Mancini, Domat, Pothier, Savigny e outros)” (idem).

Não será por outra corrente de pensamento que se tem hoje como lembrança do passado a idéia - tão aterrorizadora quanto justificável no quadro que a emoldurou - de Montesquieu, ao considerar os juízes como “*des êtres inanimés qui ne parlent que pour la bouche de la loi*”.

A visão contemporânea de acesso à Justiça, que tem seu precursor no vulto gigantesco de Mauro Cappelletti, só pode assumir sua concreção a partir da consciência e da atuação de operadores do Direito que com ela se identifiquem. Aliás, a própria expressão “operadores do Direito”, de uso relativamente recente, mas correntio, já revela alguma sintonia com os novos postulados da Ciência Processual. Postulados que, em apreciável medida, manifestam presença em sistemas jurídicos de inspiração tão diversa como o romano-germânico, o anglo-saxônico e o dos países socialistas e que se podem sintetizar na passagem ou evolução: a) do abstrato ao concreto; b) do individual ao social; c) do nacional ao internacional. Essas linhas mestras, confluência de uma longa caminhada, foram assim descritas em antológico ensaio de José Carlos Barbosa Moreira (s/d), titular de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da UERJ e mestre dos processualistas brasileiros (Cf. também, Moreira, 1984).

Firmam-se como pilares dessa verdadeira construção, de elevado embasamento científico e consciência social, as vertentes ligadas aos *estudos constitucionais do processo*, a uma *teoria geral do processo de influxo prevalentemente constitucional*, ao *reconhecimento de uma posição socio-política*, à *universalidade da jurisdição*, à *efetividade e instrumentalidade do processo*, ao *acesso à ordem jurídica justa* e ao *vetor participação e processo*. Institutos tradicionais são revisitados, intensifica-se o labor le-

¹ Cf., também, Ovídio Batista da Silva, *Curso de Processo Civil*, vol. 2.

gislativo e investe-se contra os mitos do processo tradicional. Entre estes últimos, salienta, com a habitual sensibilidade, Ada Pellegrini Grinover (1996, pp. 15-16).

“Alguns mitos da processualística tradicional foram redimensionados, passando a obedecer a novos modelos, adequados às instâncias de nosso tempo: recordem-se, para o processo civil, a legitimação para a causa, a coisa julgada, e os poderes do juiz no processo; e, para o processo penal, o princípio da verdade real e o da indisponibilidade da ação penal pública, abrindo-se a rigidez do sistema para a autonomia da vontade”.

Em outra passagem, assim se expressa a notável mestra sobre os instigantes temas da *posição sociopolítica do direito processual* e do *acesso à ordem jurídica justa*, edição atualizada e, reconheça-se de plano, melhorada do prisma de acesso à Justiça:

“[...]os processualistas de última geração estão hoje envolvidos na crítica sociopolítica do sistema, que transforma o processo, de instrumento meramente técnico em instrumento ético e político de atuação da justiça substancial e garantia das liberdades. Processo esse que passa a ser visto na total aderência à realidade sociopolítica a que se destina, para o integral cumprimento da sua vocação primordial, que é a efetiva atuação dos direitos materiais [...].

Kazuo Watanabe escreve em 1988 estudo sobre acesso à justiça e sociedade moderna (Participação e Processo, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, pp. 128-135), ali demonstrando que hoje a idéia de acesso à Justiça não mais se limita ao mero acesso aos tribunais: não se trata apenas e somente de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, mas de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa. Dados elementares do direito à ordem jurídica justa são: a) o direito à informação; b) o direito à adequação entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômica do país; c) o direito ao acesso a uma justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; d) o direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a objetiva tutela dos direitos; e) o direito à remoção dos obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo a uma Justiça que tenha tais características” (idem, pp. 10-11).

Verifica-se, então, que o conceito de acesso à Justiça mereceu avultada evolução, superando a formulação mais rudimentar - ainda que indisponível a enormes contingentes da população -, para assumir

uma feição social e política de inegável significação. Persistem, ainda, sérios problemas relativos ao estágio inicial do mero acesso, etapa de atingimento da porta de entrada no sistema. A antiga crítica, contida na locução “*Justice is open to all, like the Ritz Hotel*”, mantém atual um travo de amargura.

Basta pensar que diversos estados da Federação ainda não estruturaram, como impõe a Carta da República, suas Defensorias Públicas, enquanto outros - valendo aqui lembrar a inversão dos valores de regra e exceção - relegam a notável instituição a uma situação de abandono similar à da massa de carentes que lhe incumbe atender. Sob tal panorama, soa como promessa vã a garantia constitucional de assistência jurídica integral aos que comprovarem insuficiência de recursos. Esperemos, também nessa questão, ser possível fugir à profunda ironia - perpassada pela descrença - de Bernard Shaw, para quem “*Aprendemos com a História que nada aprendemos com a História*”.

Vivemos, em um mundo conturbado, uma época marcada por espantoso e meteórico avanço tecnológico e globalização da economia e dos mercados, acompanhados de um avanço triunfal da filosofia neoliberal. Tudo se apresentando como irresistível e inexorável, como se o fim da História, trombeteado, entre outros, por Fukuyama, respondesse a um fatalismo reservado ao destino na tragédia grega, desprezando, como consequência, a suposta cegueira e aparente ignorância dos não iniciados. Há quem, entretanto, suspeite dessa soberba que pretende - montada em interesses que não alcançam o manto da invisibilidade - transvestir de neutralidade uma postura ideológica que se sustenta no suposto fim da História e ... das ideologias. Tais personagens encenam, qual burlesco Spielberg, um definitivo *Exterminador do Futuro*, mas parece escapar-lhes o controle de todos os *efeitos especiais*.

A História, ao que tudo indica desavisada, continua a fluir, até com uma turbulência que - àqueles cultores de seu fim - soará absurda e certamente deslegante.

As guerras - externas ou civis - continuam lamentavelmente presentes, valendo como antídoto permanente as noções de democracia e do respeito às normas essenciais de convivência social. Atualíssima, portanto, a advertência de Norberto Bobbio:

“A diferença fundamental, entre as duas formas antitéticas de regime político, entre a democracia e a ditadura, está no fato de que somente num regime democrático as relações de mera força que subsistem, e não podem

deixar de subsistir onde não existe Estado ou existe um Estado despótico fundado sobre o direito do mais forte, são transformadas em relações de direito, ou seja, em relações reguladas por normas gerais, certas e constantes, e, o que mais conta, preestabelecidas, de tal forma que não podem valer nunca retroativamente. A consequência principal dessa transformação é que nas relações entre cidadãos e Estado, ou entre cidadãos entre si, o direito de guerra fundado sobre a autotutela e sobre a máxima ‘tem razão quem vence’ é substituído pelo direito de paz fundado sobre a heterotutela e sobre a máxima ‘vence quem tem razão’, e o direito público externo, que se rege pela supremacia da força, é substituído pelo direito público interno, inspirado no princípio da ‘supremacia da lei’ (rule of law).[...]

A prova de fogo do Estado democrático não está em deixar-se envolver num estado de guerra por nenhum de seus cidadãos, mas sim na capacidade de responder às declarações de guerra reafirmando, mais uma vez, solenemente as tábuas da lei (que são a nossa Constituição). A fidelidade obstinada e coerente às tábuas da lei é o único e último baluarte contra os dois males externos do despotismo e da guerra civil” (Bobbio, 1995, pp. 95-98).

A questão do controle judicial da Constitucionalidade das leis e atos de governo desafia, mesmo com a limitação ditada pelo tempo, um rápido exame. E, uma vez mais, agiganta-se a visão de Mauro Cappelletti, ao realçar que

“No plano do Direito Constitucional e Público, a grande “descoberta” do pensamento moderno está nas Cartas Constitucionais, entendidas com a lex superior, vinculatória até para o legislador. Não é, atente-se, uma descoberta em sentido absoluto, porque, antes [...], à idéia não tinham faltado precedentes até antigos. Mas a novidade está, sobretudo, na amplitude verdadeiramente extraordinária, e, por inclinação, universal, que o fenômeno veio assumindo, a partir da Constituição norte-americana de 1787, para chegar até às Constituições mais recentes; e está, pois, em busca de um grau tal de efetividade, que em outras épocas certamente foi desconhecida. Efetividade, quero dizer, da superioridade da Lei Fundamental; e busca, portanto, de um instrumento capaz de garantir aquela superioridade. Este instrumento, que em algumas experiências velhas e recentes, de duvidoso sucesso na verdade, procurou-se não separar do próprio Poder Legislativo, em outras e sempre numerosas experiências, procurou-se, ao contrário, vê-lo em um poder diverso, autônomo, independente do poder propriamente de normação e de governo: ou seja, no Poder Judiciário. Daí esta fascinante experiência de ruptura de esquemas novos e antigos, consistente no plano

dos órgãos na atribuição, a uma ou a todas as Cortes judiciárias de um determinado ordenamento, do poder de controle da atividade do legislador à luz da Constituição, e - no plano dos atos - na configuração da sentença como instrumento e ocasião de controle de lei. [...]

É a própria ânsia - ou um seu aspecto - de sair do contingente, de 'fazer parar o tempo', de vencer, em suma, o humano destino de perene transformação e de morte: as leis mudam, mas permanece a Lei; permanecem os Valores Fundamentais. E uma lei é injusta, logo não é lei, porque viola aqueles eternos valores.” (Cappelletti, 1984, pp. 10-11).

E adiante identifica esse como um primeiro momento desse formidável movimento, o de “positivação” de algo que está fora e acima da lei normal e de quem a elabora. Trata-se do perene retorno do jusnaturalismo, animado pela audácia do indivíduo que se arroga o direito de violar a lei injusta. Um “desejo ardente, divino ou faustiano”.

Mas mudam também os valores e sobrevém um segundo momento, em que se busca superar a essência vaga, ambígua, imprecisa e programática daquela fórmula, pelo caráter *rígido* de Constituições que vêm impor *normas prevalentes*.

E, finalmente, o terceiro momento, que o autor apresenta com a grande novidade, uma terceira escola ou dimensão:

“Mas a verdadeira, a grande novidade está no terceiro momento, ou seja, na tentativa de transformar a imprecisão e a imóvel estaticidade daquelas fórmulas e a inefetividade daquela prevalência em uma efetiva e dinâmica e permanente ‘concretização’, através da obra de um intérprete qualificado - o juiz, ou, nos sistemas mais recentes, o especial juiz constitucional. Aqui, verdadeiramente, o gênio dos homens atingiu o seu vértice; a aspiração ao eterno, uma aspiração que renasce perenemente de suas próprias cinzas, encontra aqui a sua concreta conciliação com a realidade; a eternidade dos valores, aquela eternidade que a história mostrou ser impossível e também sempre suprema utopia da humanidade, concretiza-se através do trabalho atuante do juiz. E também a mil vezes derrotada aspiração jusnaturalista encontra, assim, a sua própria dimensão real, o seu rosto humano; jusnaturalismo e positivismo reconciliam-se, fundem-se nesta certamente imperfeita, mas genial invenção do homem e do Direito.

O fenômeno jurídico insere-se, desta maneira, em dimensões bem mais vastas que aquelas, rigidamente nacionais, do legalismo positivista. ‘Terceira escola’, exatamente; antes terceira dimensão: não mais aquela

incolor e inconsistente, dos valores 'eternos' e 'imutáveis'; tampouco aquela, toda contingente, antes efêmera concreção, do 'justo porque legal'. Acima da lei entendida como pura expressão de uma vontade soberana, centralizada na vontade do Estado, jus quia jussum, há um valor, porém, também ele historicamente condicionado e, por isto, relativo, mas menos relativo que a lei ordinária, e subtraído aos volúveis comportamentos de passageiras maiorias governamentais ou parlamentares. E aquele valor tem o seu juiz, Hüter der Verfassung, que lhe garante a efetividade” (idem, pp. 12-13).

Estas, nas pinceladas possíveis pelas diversas condicionantes - do tempo às naturais limitações do expositor -, as observações acerca do apaixonante tema. Somente um Judiciário consciente da enorme responsabilidade de suas funções para a consolidação do Estado democrático de direito delas poderá desincumbir-se com grandeza desprovida de arrogância. O juiz que acompanha e vive seu tempo é aquele que compreende que a parcela de autonomia do Poder a que pertence - nenhuma autonomia será absoluta na democracia - e sua independência como julgador constituem patrimônio coletivo. Direito difuso mesmo, como aquele que mais o seja. Aquele que reconhece as deficiências e mazelas também presentes na sua instituição. Que, respondendo ao questionário da pesquisa realizada pela AMB/IUPERJ, “Diagnóstico da Justiça - O Magistrado e o Poder Judiciário: Uma Auto-Análise para Melhor Servir”, afirma por expressivo percentual (aproximadamente 80%): “O Poder Judiciário não é neutro; em suas decisões o magistrado deve interpretar a lei no sentido de aproximá-la dos processos sociais substantivos e, assim, influir na mudança social.”

Esse juiz, principalmente nos Juizados Especiais que ora constituem enorme desafio como fonte de democratização do acesso à Justiça, mas em todos os órgãos judiciários onde se faça presente, será elemento de garantia dos direitos individuais e coletivos. Realizando, também na sua própria e inconfundível dimensão, a tarefa, entrevista por Gomes Canotilho (1989, p. 365), de “democratizar a democracia através da participação, intensificando a otimização das participações dos homens no processo de decisão.

Conservando, por fim, o sentimento de que as promessas e conquistas do constitucionalismo moderno - contra as quais tanto se tem investido - só se concretizam pelo labor e resistência próprios do humano ou, como na provocação da prosa, envolvente como sua lira, de Cecilia Meireles: “Fazer revolução deve ser, com certeza, muito mais fácil do que assegurar revoluções [...]”. ◆

Considerações sobre a Teoria da Justiça Social

A. GOMES PENNA

Prof. Emérito do Instituto de Psicologia/UFRJ

O título do presente texto aponta para um problema altamente significativo no momento histórico em que vivemos, marcado pela adoção globalizada das concepções neoliberais, especialmente expressas através das obras de F.A. von Hayek. Mas não vou centrar-me apenas no exame dessas obras e, em especial, na questão que aponto no título, ou seja, a questão da justiça social. Pretendo, através de um breve excuro histórico, tocar no problema da justiça em seu mais amplo significado. Para tanto, obviamente serei levado a tecer algumas considerações sobre o que pensaram acerca desse tema, pelo menos dois dos maiores pensadores que se detiveram no estudo do significado de que se reveste o conceito de justiça e refiro-me a Aristóteles e Kant. Por outro lado, breves comentários serão realizados, envolvendo duas recomendações de natureza ética, vinculadas a primeira, à doutrina cristã e a segunda, ligada ao positivismo de Comte. Entendo que ambas envolvem propostas de um contrato social que, bem examinadas, nos conduzirão a uma compreensão mais justa das teses de Hayek no que elas apresentam de negativo. Uma comparação entre a perspectiva neoliberal de Hayek e as concepções desenvolvidas por J. Rawls deverá encerrar esse texto.

Sobre o significado da justiça, a grande contribuição de Aristóteles se revela na “Ética a Nicômaco”, obra que se constitui num marco na história das concepções produzidas no domínio da filosofia moral. Nela, o tema da justiça é tratado, juntamente com o da moral, como parte das ciências práticas e, em particular, como tema central da ciência prática suprema que é a Política. Na verdade, como ressalta Chaïm Perelman, o “ideal do indivíduo subordina-se ao da cidade. O soberano bem revela-se como um fim independente, ou seja, como um fim que não se transforma em meio para um outro fim independente”. A busca da felicidade será a meta do homem e, ainda como comenta Chaïm Perelman, a concepção de felicidade não se

distancia da concepção de justiça que se propõe com Platão. No fundo, ela se identifica com a vocação que expressa a essência mesma do ser humano.

Especificamente, a análise do conceito de justiça ocupa o quinto livro da “Ética a Nicômaco”. Nele - e seguimos aqui, a bela síntese apresentada por Perelman - Aristóteles começa por definir o qualificativo de injusto, afirmando que ele se aplica a duas espécies de indivíduos: 1) aos que desobedecem a lei; 2) e aos que reivindicam mais do que sua parte. Numa formulação reversa, podemos afirmar então que justo é aquele: 1) que obedece a lei; 2) e o que se contenta com sua parte. Dessas duas formulações, a que se revela mais precisa em termos de especificidade, é a segunda, dado que só ela aponta para uma virtude essencial da justiça. A primeira, de fato, decorre de uma exigência da vida social. Ela é heterônoma. A segunda implica uma das mais belas e significativas questões que se podem propor no domínio, quer da moral e quer do direito. Refiro-me à questão da “justiça distributiva”, de resto, central, hoje, no domínio da Psicologia Política, com significativa presença, em termos de pesquisa, nos trabalhos de Morton Deutsch. Vale que se adiante que a temática própria dessa espécie de justiça, propõe-se sempre que nos defrontamos com a escassez do que deve ser repartido.

Uma das mais significativas contribuições de Aristóteles centra-se no conceito de justiça como “equidade”. Trata-se de recurso que se impõe, quando a lei, por seu caráter universal, não se revela em condições de cobrir reivindicação justa. Escreve, na “Ética a Nicômaco”, 1137 b e seguintes: “Quando, então, a lei expressa uma regra universal e quando, em seguida, propõe-se um caso particular que escapa a essa regra universal, é legítimo, na medida em que a disposição considerada pelo árbitro é insuficiente ou até errônea em decorrência de seu caráter absoluto, que se proponha um corretivo, para efeito de se suprir essa deficiência, editando-se o complemento que o próprio legislador teria produzido se conhecesse o caso particular em questão.” Ressalte-se, que nesse momento, Aristóteles concede aos juízes um papel excepcional em termos de hermenêutica, impondo-lhes uma responsabilidade imensa na distribuição da justiça.

Num breve comentário final sobre a contribuição do grande Stagirita, Perelman apenas lamenta que ele não tivesse considerado a lei injusta, como o fez Platão, de resto, neste particular, muito mais revolucionário, no que concerne ao recurso à equidade. Mas não nos esqueçamos de um ponto excepcionalmente importante da doutrina aristotélica. Refiro-me ainda, à

maneira excepcionalmente ética com que considera o justo ao afirmar que, justo não é apenas aquele que só reivindica a sua parte, mas ainda, aquele que, se por acaso recebe mais, devolve o que lhe não é devido.

Um longo tempo se estende entre Aristóteles e Kant. Não um tempo vazio, antes, um tempo marcado por significativas contribuições no domínio da reflexão ética. Todavia, todas centradas na relevância do conceito de virtude, como conceito central no domínio da filosofia moral. Precisamente o rompimento com essa valorização do conceito de virtude assinalará o aspecto original da contribuição de Kant. Na verdade, com a publicação de “Fundamentos da Metafísica dos Costumes”, em 1785, e depois, com seu clássico texto “Crítica da Razão Prática”, em 1788, o que se propõe é uma concepção totalmente nova, expressa em termos de um “Formalismo ético”, da qual se exclui qualquer preocupação com a pura presença de virtudes, ressaltando-se, antes, a relevância concedida à intenção de usá-las e procedendo-se a exclusão de qualquer preocupação com possíveis vantagens decorrentes das ações praticadas.

Podemos considerar como centro da ética kantiana o conceito de “boa vontade”, ou seja, o conceito de se usar moralmente as virtudes de que podemos dispor. A “boa vontade” é, então, apresentada como a única coisa que, efetivamente, podemos considerar como “incondicionalmente boa”. Sobre o critério em função do qual uma vontade pode ser considerada boa, Kant o aponta utilizando o conceito de “dever”. A partir da observação de que estamos dominados pela presença de um “dever”, de resto, definido como a necessidade de se cumprir uma ação pelo puro respeito à lei, estaremos, efetivamente agindo de modo ético.

Entretantes, se nós devemos agir em função do dever, importa conhecer a regra que devemos respeitar. Kant a formula em termos de um “Imperativo categórico” que, de fato, se revela como a lei moral: “Age de tal maneira que a máxima que rege tua ação se possa converter em uma lei universal”. Percebe-se, claramente que, nesta formulação, o que importa não é nenhuma virtude, nenhum conteúdo, antes, a própria forma. Por outro lado, a expressão “Imperativo categórico” aponta para o absoluto dever que temos de acatá-lo, dever que é possível que se acate, em razão de nossa liberdade. Sua condição de “categórico” indica que ele não se subordina a nenhum fim, sendo pois, incondicional.

Perelman, resume o formalismo ético de Kant escrevendo: “O ser moral não é somente aquele que obedece a lei, antes, aquele cuja vontade

se determina pela idéia de certos princípios. De um ato conforme a lei podemos dizer somente que ele é lícito: o aspecto exterior é suficiente para lhe garantir a legalidade. Da distinção entre legalidade e moralidade resulta a concepção que distingue o direito da moral, segundo se adote um ponto de vista externo ou interno. Somente o ser moral dispõe de uma vontade que pode ser determinada pela razão. Ele se distingue neste ponto, do santo, cujo comportamento é infalivelmente determinado pelo princípio da moralidade, pela razão, da mesma maneira como no mundo fenomenal, um efeito é determinado pela causa. No santo, como no sábio de Spinoza, não há como se distinguir causa de razão. Todavia, no ser moral de Kant, a lei da razão se explica por um dever e não por uma determinação empírica. Exatamente em decorrência disso é que o Imperativo categórico é correlativo da liberdade humana”.

Em breve apreciação sobre o Formalismo ético de Kant, ainda Perelman escreve: “A moral de Kant é uma moral religiosa laicizada e racionalizada. Ela concilia o primado da ação por dever com a dignidade da pessoa”. Curiosamente, Kant esteve muito presente, tanto na obra de Rawls, como na de Hayek. Entendo, porém, que na obra de Rawls prevaleceu a influência de os “Fundamentos da Metafísica dos Costumes”, enquanto em Hayek, foi maior a influência da “Crítica da Razão Pura”. Ao encerrar este breve tópico sobre o “Formalismo ético de Kant”, penso que vale ressaltar a tese não muito explicitada em seu texto, de que todo ser humano ao agir de acordo com o Imperativo categórico exerce, na verdade, uma função legisladora.

Propus, no começo desta exposição, dedicar algumas considerações, certamente muito resumidas, acerca de duas máximas que se derivam da doutrina cristã e da filosofia social de Comte. Penso que elas se revestem de muita importância para a posterior avaliação da teoria da justiça que se contempla na obra de Hayek. Sobretudo entendo que ambas nos põe muito distantes do individualismo que caracteriza sua posição neoliberal. Por outro lado, entendo, também, que elas se retomarão na “moral centrada no outro” que surge proposta na obra de Levinas.

O mandamento cristão é o que determina que se ame ao próximo tanto quanto nos amamos a nós mesmos. Ele nos aponta para a necessidade de se amar o diferente e, efetivamente, nos põe à distância de qualquer concepção de vida centrada apenas, em cada um de nós. Trata-se, bem analisada, de bela proposta de um contrato social. Em Comte, a valorização do outro expressa-

se através da extraordinária recomendação de que se viva essencialmente para o outro. Obviamente o que nela se propõe é a exaltação do altruísmo, sentimento que, com bastante frequência, tenho constatado não ser bem aceito. Prefere-se o individualismo, ainda que sem qualquer compromisso com o egoísmo. Creio que essas duas grandes recomendações deverão ser lembradas quando nos defrontarmos com as teses sociais de Hayek. Quanto à contribuição de Levinas, exposta em “Totalité et Infini”, trata-se, como ressalta Alain Badiou, em seu pequeno/grande livro “L’éthique. Essai sur la conscience du mal”, de uma concepção ética centrada no outro e resultante da exclusão de um despotismo do próprio, na verdade, única forma de se produzir uma concepção rigorosa da moralidade.

“Esquemáticamente” - é Alain Badiou quem escreve - “Levinas ressalta que, cativa de sua origem grega, a metafísica subordinou o pensamento à lógica do Mesmo, ao primado da substância e da identidade. Não obstante, segundo afirma, é impossível juntar um pensamento autêntico do Outro (e, em decorrência, uma ética da ligação com o outro) a partir do despotismo do Mesmo, incapaz de reconhecer esse Outro. A dialética do Mesmo e do Outro, considerada “ontologicamente” sob o primado da identidade consigo mesmo, organiza a ausência do outro no pensamento efetivo, suprime toda a verdadeira experiência do outro, e barra o caminho de uma abertura ética em direção a autoridade. Impõe-se, então, buscar para o pensamento uma origem diferente, uma origem não-grega, que proponha uma abertura radical e primeira em direção ao outro, ontologicamente anterior à construção da identidade. É na tradição judaica que Levinas encontra essa fonte”.

Penso que estou agora em condições de proceder a uma análise resumida da Teoria social e, especificamente, da Teoria da justiça que se propõe nas obras de F. A. von Hayek. Entendo que convém que se comece essa análise, ressaltando-se sua posição no que se refere à problemática do historicismo. Recordo que por historicismo entende-se a doutrina de que a história está sujeita a leis, sendo, por conseqüência, perfeitamente previsível seu desenvolvimento. Defendida por Hegel e, principalmente, por Marx, essa doutrina mereceu críticas demolidoras, tanto de Karl Popper, quanto de Max Weber. O primeiro, em seu clássico ensaio “A Miséria do Historicismo”, mostra a impossibilidade de se prever eventos futuros diante da interferência de determinantes que escapam aos nossos controles. Pequenos acontecimentos podem, de fato, alterar cursos que imaginamos inevitáveis. No caso de Weber, são famosas suas considerações extremamente bem

fundamentadas, acerca do destino da civilização do mundo ocidental, com base na vitória alcançada pelos gregos numa batalha insignificante, como a conhecida batalha de Maratona. Leônidas e seu pequeno grupo de guerreiros conseguem, efetivamente, vencer os persas, possivelmente considerados na época imbatíveis. Como nos adverte Weber, caso a vitória tivesse favorecido os persas, certamente teríamos no ocidente um tipo de civilização centrado num espírito rigorosamente religioso. Na verdade, seríamos todos tocados pelos persas e nunca pelo sentido racionalista que marcou a civilização grega. Se hoje, culturalmente somos gregos e não persas, devemos essa condição àquela pequena vitória.

Ressalto, que a referência às críticas propostas contra o historicismo, revelam-se essenciais para que se possa compreender uma das teses centrais sustentadas por Hayek, ou seja, a da impossibilidade de se promover planos ou projetos de longo alcance e centralizados em um poder central e único. Na verdade, se pudéssemos proceder a esses planejamentos, estaríamos implicitamente contestando a impossibilidade da predição, na medida em que planejar ou projetar, em princípio, supõe a preditibilidade. Cabe, neste ponto, adiantar-se a grande tese que assinala a doutrina social de Hayek, ou seja, a de que toda a história se marca pelos avanços produzidos de forma espontânea e não de modo que se defina como planejado. Segundo enfaticamente sustenta, todas as estruturas institucionais que se produziram ao longo do tempo não foram resultantes de qualquer projeto efetuado pela razão. Na verdade, resultaram de interações sociais que se realizaram ao acaso, para que se recolhessem resultados imediatos e sem qualquer idéia de assinalarem um compromisso válido para o futuro. Hayek dá o exemplo do próprio sistema capitalista, ou seja, a economia de mercado, e o da própria instituição da família. Nenhum deles resultou de um planejamento, antes, produziram-se ao longo do tempo por arranjos circunstanciais. Adianto que essa tese, em princípio, não se choca com o clássico materialismo histórico de Marx e disso dá prova a própria análise dos determinantes que marcaram a passagem da economia medieval, centrada nas Corporações de Ofício, e caracterizadas pelo sentido qualitativo, para a economia de mercado que registra os primeiros momentos do sistema capitalista, definido como claramente quantitativo. Uma leitura que recomendo, até como homenagem a um dos grandes mestres que passaram pela nossa antiga Faculdade Nacional de Direito, é a do belo livro do grande professor Leônidas de Rezende, no qual se mostra com bastante erudição esse momento histórico que assinalou

o advento do capitalismo em sua forma inicial. Recordo que esse livro foi, na realidade, a tese com que ganhou a Cátedra de Economia Política da citada Faculdade.

Todo esse breve comentário sobre a vantagem do espontâneo sobre o planejado nos leva à tese central de Hayek acerca da ordem dominante na sociedade, na verdade originada do caos e não de um projeto da razão. Recordo que essa tese beneficiou-se de forma extraordinária da notável concepção introduzida no domínio das ciências físico/naturais e, obviamente, também no campo das ciências sociais, por Ilya Prigogine, de resto, exposta em sua obra “A Nova Aliança”. Mas, no que se refere a Marx, obviamente a simples aproximação que procedi em espaço anterior, não implica que as duas concepções sejam coincidentes. Na verdade, grandes e profundas diferenças afastam os dois grandes pensadores e elas, seguramente, serão apontadas mais adiante.

Hayek toma como modelo de suas contribuições no domínio do social a teoria da evolução de Darwin. Claramente não se inclui entre os que, no passado, trouxeram para a teoria social o que se denominou de Darwinismo social. Sua posição relativamente a Darwin é outra. Na verdade, o que ele retira de Darwin, é sua tese de que pequenas mudanças, por acaso produzidas num organismo, se resultam em vantagens em termos de melhor ajustamento ao meio, são preservadas e, logo, transmitidas geneticamente. Vale que se registre que essa tese foi minuciosamente analisada por Bergson em seu clássico trabalho “L’Évolution Créatrice”, assinalando-se maior vantagem para a concepção de De Vries. De qualquer modo, Hayek a transpõe para o domínio do social passando a sustentar a tese de que, também aqui, pequenas mudanças registráveis nas interações humanas, fixam-se, se elas se revelam úteis, e em processos cumulativos, geram estruturas novas e novas formas institucionais. Tudo se regularia pelo acaso e pelo critério da utilidade e nunca pela razão. Na verdade, esta não é descartada, funcionando apenas, a posteriori, para efeito de se tomar consciência de como os fatos se produzem. Certamente Hayek não nega a intervenção da consciência e das regulações lógico-rationais nos processos de interação, e admite mesmo, a eficácia de planos ou projetos envolvendo fatos isolados e ocorrendo em períodos curtos de tempo.

É em função dessa teoria das interações sociais que Hayek propõe sua visão pessoal no modo como operam os juristas. Para o grande neoliberal, nenhum jurista produz racionalmente uma concepção nova no domínio do

direito. Não cabe que se lhes atribua qualquer função criadora ou inventiva. Não haveria o que, em psicologia, se denomina de pensamento produtivo, tema intensamente estudado no campo da psicologia. E até não nos esqueçamos de assinalar ter sido Hayek, não apenas o grande mestre do pensamento econômico em nosso século, de resto, ganhador de prêmio Nobel, nessa área do conhecimento, mas, por igual, um psicólogo muito significativo, embora, como recentemente assinalaram dois psicólogos americanos, pouco conhecido nesse domínio, até mesmo nos Estados Unidos. De qualquer modo, cabe que se recorde que ainda em seu final de adolescência, tenha redigido notas para um livro bem significativo que só foi publicado em 1952 com o expressivo título de “The Sensory Order. An Inquiry into the Foundations of Theoretical Psychology”. Não obstante toda essa qualificação no domínio da Psicologia, ciência que, inclusive, considera como fundamento indispensável da Economia, Hayek não atribui maior poder de criatividade ao pensamento, considerando que sua função precípua, não é a de inventar, mas a de descobrir regularidades efetivamente observáveis no mundo que se estende a nossa volta. Ressalte-se, a esta altura, que duas de suas teses devem ser postas em relevo: 1) a da impossibilidade de se predizer os rumos da história e, por decorrência, a de planejar algo para consumação no futuro; e 2) a de que, especialmente no domínio do direito, não cabem inovações pensadas, senão o registro de regularidades normatizando as interações humanas e a se converterem em novas regras no domínio do direito.

Um ponto central e a meu ver terrivelmente desqualificável nas grandes concepções sócio/políticas de Hayek é o do conceito de justiça social ou de justiça distributiva. Foi o título de preparação para uma abordagem deste tema que tratei das idéias de Aristóteles e, mais adiante, das concepções de Kant, na medida em que ambos, explicitamente ou implicitamente, preocupam-se com esse tema. Em Aristóteles, sobretudo, sublinhamos a relevância concedida ao conceito de justiça distributiva, nele, não apenas um tema ético, mas, por igual, uma questão de direito. Em Hayek, todavia, é esse tema desconsiderado. Nele, não percebe qualquer significado. Na verdade, constitui um conceito vazio, acolhido apenas pelos insensatos. Para tal julgamento, fundamenta-se em Darwin e recorda sua teoria evolutiva. A natureza desconhece a justiça. Premia os melhores. Nela prevalece apenas o mérito que, no caso, se mede em termos de capacidade de sobrevivência. Igual concepção ele a transporta para o social e para a história cultural. Aqui, o que registramos, é a vitória dos que dispõem de méritos. Vencem

os melhores, os mais bem dotados. Os não beneficiados por boas aptidões serão os derrotados. Trata-se de uma lei natural e temos que obedecê-la. Certamente os que vencem são os que se beneficiaram de uma loteria genética e, em acréscimo, de uma loteria cultural. Bem nascidos, bem favorecidos por ambientes culturalmente sofisticados, estão destinados ao triunfo. Quanto aos outros, se nada receberam, nada têm a reclamar. Simplesmente tiveram os bilhetes da sorte, em branco. Recordo que já ouvi essa concepção de um grande profissional, muito bem sucedido e muito respeitado e homenageado pelos seus pares. Depois de muitas bravatas que relatava sobre seu sucesso, exclamou vaidosamente: afinal ninguém tem culpa de ser inteligente. Ao que eu, de imediato, respondi: é, nem culpa, nem mérito. Logo se fez silêncio. Na verdade, apenas me ocorrera a tese de um outro grande pensador no domínio da Justiça. Refiro-me a John Rawls, sobre o qual falaremos mais adiante e sobre o qual, confesso, minha maior simpatia. No momento, todavia, convém que me detenha mais algum tempo sobre as idéias de Hayek sobre essa questão.

Hayek insiste muito sobre o fato de que o conceito de justiça somente cabe quando aplicado à conduta humana. Fora desse contexto sua utilização é indevida. Na verdade, em sua essência, não se refere as regras que marcam a conduta entre as pessoas. Designa apenas o modo como ocorre a distribuição da riqueza, da renda, ou de outros bens entre os membros que integram a sociedade. É exatamente nesse sentido que Hayek o considera indevido. Obviamente se o situamos no contexto de uma sociedade livre. Nesse tipo de sociedade, Hayek entende que a distribuição da riqueza não decorre de um controle deliberado e orientado para certo e determinado segmento. Na verdade, ela decorre de um processo sobre o qual, em princípio, ninguém dispõe de controle. Claro que sobre esses pressupostos caberiam posições diferentes. Não vou, aqui, considerá-las. É, em face desses pressupostos, contudo, que Hayek fixa sua convicção de que o conceito de justiça social é tão despossuído de realidade quanto o da crença em bruxas ou em fantasmas. De fato, não se pode considerar a ocorrência de injustiças sociais onde, em princípio, nenhum dos resultados das interações resultam de um plano ou projeto definido por quem quer que seja. Na raiz desse conceito, Hayek supõe um erro na concepção de como funciona a sociedade.

Outras fontes do conceito de justiça social são, por igual, consideradas por Hayek e se revestem, ao meu ver, de pouca força. Refiro-me à inveja dos marginalizados, dos despossuídos, dos derrotados e, ainda, dos ressen-

tidos. Penso que essas fontes podem e devem ser descartadas como pouco expressivas no contexto de uma teoria social, até porque, sentimentos desse tipo estarão também muito presentes entre os beneficiados pela “loteria”, quando se comparam com outros que, igualmente beneficiados pela mesma “sorte”, receberam prêmios mais significativos. Convenço-me de que a postura teórica no domínio sócio/político e na área ética assumida por Hayek, representa uma decorrência de sua convicção individualista, ainda que dela se expurgue, até como dimensão parasitária, a noção conexas do egoísmo. Por outro lado, não nos esqueçamos, para efeito de uma avaliação das idéias do grande pensador austríaco, que sua postura no plano da eticidade, marca-se por convicção utilitarista, convicção que o afasta kilomericamente de Kant, em que pese a influência reconhecida que recebeu do grande criador do Formalismo Moral.

De acordo com a ordem que me propus seguir, cabe, neste final de considerações, tocar na grande contribuição de John Rawls, cuja obra “Uma teoria da Justiça”, representa a mais importante até hoje escrita, sobre esse assunto, depois da de Kant, e sem dúvida, o texto de filosofia política e jurídica mais abundantemente tratado em termos de trabalhos críticos centrados em seus conceitos básicos. Como observação preliminar, vale que se ressalte sua profunda dívida para com Kant. Por certo, o Kant dos “Fundamentos da Metafísica dos Costumes”. Por outro lado, sem dúvida a “Ética a Nicômaco” não se pode descartar como presença firme em suas idéias expostas em seu já clássico texto.

De início, vale ressaltar a importância que Rawls atribui ao conceito de justiça reproduzindo o breve comentário com que inicia o tópico intitulado “A Justiça como equidade”. Escreve Rawls: “Justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é para o pensamento. Uma teoria que, embora elegante e econômica, não seja verdadeira, deverá ser revista ou rejeitada; da mesma forma, leis e instituições, por mais eficientes e engenhosas que sejam, deverão ser reformuladas ou abolidas se forem injustas. Cada pessoa tem uma inviolabilidade baseada na justiça que nem mesmo o bem-estar da sociedade pode sobrepujar. Por esta razão, a justiça nega que a perda de liberdade de uns dê direito a um maior benefício dividido pelos outros. Não se permite que o sacrifício imposto a alguns poucos tenha maior peso em decorrência de uma soma crescente de vantagens a serem compartilhadas pelos outros. Conseqüentemente, numa sociedade justa, as liberdades entre cidadãos são iguais à tomada como estabelecida; os

direitos, sustentados pela justiça não estão sujeitos a barganhas políticas ou cálculos de interesses sociais. A única coisa que nos permite concordar com uma teoria errônea é a falta de qualquer teoria melhor; de forma análoga, a injustiça só é tolerável quando é necessário evitar injustiças ainda maiores. Sendo a verdade e a justiça as principais virtudes das ações humanas, estas não podem estar sujeitas a compromissos” (pp 27/28). Por oposição a Hayek, Rawls assume uma postura que o conduz a uma concepção de sociedade que não exclui a participação de intervenções corretivas, por certo, conduzidas pela razão. Em sua postura, o “laissez faire” não desempenha nenhum papel significativo. Tampouco, o darwinismo tem, em seus textos, qualquer acolhida. Para Rawls, o que a loteria genética e a loteria sócio/cultural concedem a alguém, deve ser contabilizado para efeito de o beneficiado concorrer com maior parcela em favor dos que delas nada recebem. No fundo o que se objetiva é a obtenção de uma sociedade mais justa, em termos de uma sociedade na qual se pratique a justiça como equidade. Por certo, não cabe que se fale em justiça quando consideramos a natureza. Na verdade, ela representa a grande contribuição com que o homem marcou sua presença no mundo social, como, de resto, assinalou Kant no momento em que afirma, em seus “Fundamentos da Metafísica dos Costumes” que “Tudo na natureza age segundo leis. Só um ser racional tem a capacidade de agir segundo a representação da lei, isto é, segundo princípios, ou: só ele tem uma vontade”. Hayek, com uma visão meio angélica da sociedade de mercado, imagina que as diferenças ocorreram não em decorrência de ações injustas. Por sua lógica, se nada ocorreu por força de práticas injustas, de nenhum modo cabe o recurso à justiça. Outra é a visão de Rawls. Sua concepção de sociedade não é asséptica. Ele não a imagina tão marcada pela neutralidade. E aqui, não nos esqueçamos da crítica proposta por Perelman a Aristóteles quando este não percebeu a possibilidade de termos que lidar com leis injustas. Platão as teria percebido e, em função de sua acuidade, considerado mais revolucionário que Aristóteles. Rawls tem como certo que livremente conduzida, a vida social pode ensejar situações injustas. Por outro lado, não será para mero enfeite que dispomos de uma instância lógico/racional. A consciência crítica é algo que desde Marx foi suficientemente ressaltada. De nenhum modo podemos nos descartar desses instrumentos que não se constituem em manifestações puramente epifenomenais. Estão ao nosso dispor para que possamos corrigir, alterar, substituir tudo quanto se revele inadequado a uma forma de vida mais justa. Afinal, a lição de Kant

não pode ser esquecida e vale que seja transcrita: “No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode-se por, em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo preço, e portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade.” Obviamente, este é o caso do homem. Na verdade, só ele na natureza não tem preço. Só ele alcançou o nível da dignidade. Preservá-la de qualquer ordem constitui o imperativo a que estamos submetidos. De resto, mesmo a natureza já não nos esmaga como antes, pois que cresce dia a dia o nosso poder de controlá-la para que o homem sobreviva e para que o homem possa sobreviver num mundo mais asséptico, e é importante que se consigne, mais asséptico mesmo em termos éticos. ◆

Intervenção Federal em Canudos

LUIZ FERNANDO WHITAKER DA CUNHA

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

A reedição do livro de Manuel Benício, *O Rei dos Jagunços*, promovida, patrioticamente, pelo “Jornal do Commercio”, no centenário do episódio de Canudos, homenageando seu valoroso “correspondente de guerra”, que assistiu o desenvolvimento das hostilidades e cuja obra é dos mais importantes documentos sobre elas, reabre as interpretações de um sintomático acontecimento histórico, que tem sido encarado sob os mais diversos prismas políticos e ideológicos, mas que deveriam ser presididos por uma lucidez crítica, sobre nossos problemas, tão peculiar a Euclides da Cunha, que prosseguiu na senda de poucos precursores e serviu de bússola a uma admirável geração por ele influenciada, que repensou a cultura nacional e trouxe relevante contribuição intelectual, numa inquietante aventura doutrinária.

Não é possível compreender Canudos sem o exame de seus antecedentes diretos, ligados às contradições do próprio republicanismo.

A Constituinte de 1891, integrada pelas mais diversas correntes políticas, que por sua heterogeneidade demonstrava as cisões dentro do movimento republicano, acabou por dar-nos uma Carta alienada e bovarista, que, nas palavras do próprio Rui Barbosa, não passou de uma “adaptação latina da Constituição dos Estados Unidos, a que nós, incapazes de lhe absorver a substância, nos contentamos em arremedar as exterioridades”, contribuindo para uma certa ingovernabilidade e para as insatisfações, que motivaram a renúncia de Deodoro, a Revolução Federalista, a Revolta da Armada e a da Escola Militar (1895), prosseguindo pela República Velha e mesmo depois dela.

O assassinato do político Albuquerque Mello, em Pernambuco, em 1895, em seção eleitoral, que mereceu candente opúsculo do Jornalista Gonçalves Maia, atacando Rosa e Silva e o Governador Barbosa Lima, bem demonstra o clima de violência da época e que tem sido uma constante histórica brasileira.

Some-se a esses fatores a conspiração de que foi vítima Prudente de Moraes - afastado, em Teresópolis, para tratamento de saúde - na qual esteve envolvido, entre outras figuras de projeção, o Vice-Presidente da República, e que chegou a objetivar seu assassinio, como se comprovou, quando morreu defendendo-o o Marechal Bittencourt, no retorno das tropas de Canudos, cujos comandantes, certamente, por serem florianistas, sequer comunicavam ao titânico presidente, a respeito do qual é básico o estudo de Silveira Peixoto, o andamento dos combates.

Já não era boa, acrescenta-se, a situação econômica.

Antônio Conselheiro, originário de um meio social conturbado, onde pontificavam o cangaço, o coronelismo (que tem raízes, diga-se de passagem, nos governadores árabes, da península ibérica, nos paxás turcos, que administravam província do império otomano, nos coutos portugueses, que tinham jurisdição própria, e que foi estimulado pelos vácuos de poder), o misticismo fanático e as lutas políticas e familiares, deixou-se empolgar pela monomania religiosa, em virtude de sua tragédia doméstica, que ligada à sua insolvência, declarada em processo, fez dele um andarilho, que arregimentou incontáveis adeptos, muitos dos quais altamente perigosos. Tendo rabulejado, anteriormente, tornou-se ele construtor de açudes, igrejas e cemitérios e chegou às margens do Vaza-Barris, onde, no arraial de Canudos, fundou Belo Monte.

Os padres atacavam a República, por ter instituído o casamento civil, a secularização dos cemitérios e separado a Igreja do Estado. Percebe-se como esses temas tocavam de perto o Conselheiro, que veio a perder a simpatia do clero, mas isso não fez dele o líder de uma revolução monarquista ou político-partidária contra o novo regime.

Em suas rudimentares prédicas, encontradas nas ruínas de igreja e divulgadas por Ataliba Nogueira, que o admirava, há, apenas, como observa Miguel Reale, “breve referência à República”.

Manoel Benício (p. 84) salienta que ele “começou a pregar contra a República, não porque soubesse o que fosse república, nem que fosse monarquista ou assalariado de conspiração anárquica, mas porque a república ameaçava a sua religião.

Ele pregava contra o “extermínio da religião, pela salvação de seus adeptos” e pela “honra da Igreja”.

Sua bandeira era a do Divino.

Seu monarquismo era vago, aceitando o direito divino dos reis, a legitimidade dinástica, mas só aceitava como soberano um futuro Pedro III.

A teocracia que concebeu demonstra a absorvente substância religiosa de sua comunidade que chegou a ter uma estrutura econômica e de poder, como nota Marco Antonio Vila.

Mas é exatamente a referida essência comportamental que faz a “Guerra de Canudos” um acontecimento inconfundível com a dos Palmares, cuja derrota, como foco de sedição, era necessária para o posterior desenvolvimento de Pernambuco e Alagoas, e com o episódio do Contestado (1912/1916), que objetivava a Monarquia Sul-Brasileira, apesar de seu aspecto messiânico-sebastianista, no qual se destacou o Monge João Maria, e de suas inevitáveis causas econômico-sociais.

A destruição de Canudos lembra a epopéia de Alamo, no Texas, em que heróis foram dizimados pelos mexicanos, mas é oportuno salientar que, em sua gênese, foi injustiçado o jovem magistrado Arlindo Leoni, de Joazeiro, mero joguete das forças políticas e de interesses subalternos.

Quando a desonesta autoridade policial, que recebera o dinheiro do Conselheiro, para lhe enviar a madeira, necessária para a igreja, e não o fez, forçando-o a anunciar que viria buscá-la, comunicou ao juiz que um bando de fanáticos ameaçava a cidade ele acreditou porque, em Bom Conselho, já havia sido expulso por essas mesmas pessoas.

Telegrafou, então, ao Governador Luiz Viana, cuja conduta tem despertado controvérsias, pondo-o a par da situação.

O mandatário supremo da Bahia, inimigo político do Barão de Gremoabo, senhor feudal dos sertões, que não era hostil ao Conselheiro, de início, não deu atenção a Arlindo Leoni, ao depois, removido por ele para uma remota comarca do litoral, o que o obrigou a aposentar-se, mas, após, pelo desenrolar dos fatos, passou a ver o que ocorria em Canudos, como grave perturbação da ordem, recorrendo ao governo federal.

A estatística que a república mandou realizar era utilizada por alguns, como se ela quisesse, em verdade, acabar com a religião e fazer retornar a escravatura, estimulando as convicções dos conselheiristas que, exportadores de couro de cabras para o exterior, tinham um agente comercial, na capital, que deveria ser identificado, para se ter uma idéia completa dos fatores da campanha, cuja fase final configurou, iniludivelmente, uma intervenção federal. A Constituição de 1891 consagrou-a no art. 6º, o mesmo da Constituição Argentina, Lei Magna que nos serviu de modelo, ao lado de outras. Campos Sales tinha-o como “o coração da República”, porque dele dependia a sobrevivência da federação (ou, com seu abuso, a ruína da

forma federativa de Estado, que até hoje cultuamos, como reza o art. 60, § 4º, I, da Constituição Federal).

Nos Estados Unidos ficaram conhecidas as intervenções decretadas por Washington, Hayes e Grant, e, na Suíça, a do Cantão de Tessino. A Argentina foi o cenário preferido delas, vindo a fornecer-nos a figura do interventor, que desconhecíamos.

A intervenção é um direito-dever do Poder Executivo que age no interesse nacional, respondendo a União por atos que não forem de mera gestão. Deve preencher incontornáveis requisitos de tempo e lugar.

A intervenção em Canudos, embora não declarada, mas visível na 4ª expedição chefiada pelo General Arthur Oscar, que estivera nas lutas do sul e que sucedeu às três desastrosas anteriores (a do Tenente Pires Ferreira, que teve uma vitória de Pirro, a do Major Febrônio, que se desentendeu com Luiz Viana, e a do Coronel Moreira Cesar, oficial epilético, implicado, durante a monarquia, no homicídio praticado contra o jornalista Apulcro de Castro, tendo sido enviado para Mato Grosso, e que, igualmente, lutara no sul), teve como fundamento restabelecer a ordem e a tranquilidade na unidade federativa, mais do que assegurar o regime republicano.

Inúmeras outras conheceu a primeira república.

O sacrifício final de Canudos, que chegou a ser a segunda cidade do Estado, foi um crime, efetivamente, mas de todos contra todos os envolvidos e não se deve lamentar, apenas, a perda da vida dos conselheiristas.

Famílias de soldados e oficiais ficaram na miséria, precisando ser auxiliados, e foram militares indigentes que ao retornarem se instalaram no Morro da Providência, para o qual trouxeram a imagem do Morro da Favela, em Canudos, onde havia a flor que servia de alimento ao gado.

Soldados de vários Estados combateram na guerra fratricida e, por isso, o término dela provocou festa pela vitória em todo país.

Tentou-se dar o nome de Moreira Cesar à Rua do Ouvidor, o que não teve ressonância popular.

A realidade nacional do final do Século XIX é a mesma cem anos depois: o poder local, a religiosidade mística, o xadrez político e econômico, a violência social, a corrupção e o paternalismo.

Continuamos, como diz Gordillo, a ter uma Constituição sem estar nela e sem que ela nos prepare para o exercício da cidadania. ◆

A Adoção da Pena de Morte e a Tragédia da Barra da Tijuca-Rio

DÉCIO XAVIER GAMA

Desembargador aposentado

A tese da adoção da pena de morte reúne no Brasil adeptos fervorosos, talvez em razão do crescimento do número de delitos de suma gravidade. Não vem ao caso explicar-se a razão da multiplicação desses crimes. Muitas são as divergências quanto a isto, não havendo dúvidas, apenas, que o fenômeno ocorre em todo o mundo. Uns atribuem culpa à sociedade pela sua contribuição, cada vez mais, à formação do caráter do criminoso, outros à incompetência dos setores de segurança do Estado e há os que entendem que o agravamento da situação econômica do País e das pessoas responde pelo aumento dos fatos delituosos graves. Essas e outras observações resultam de posições pessoais e de nenhuma explicação possível para o crime estarrecedor, para o qual afinal todos buscam uma explicação. Um fato é inegável: o simples crescimento da população já aponta para uma elevação de todos os números, bons e ruins, da estatística demográfica.

Há divergências também quanto aos crimes que deveriam ser, ou não, punidos com a pena de morte, se adotada aquela medida. Há pessoas, não profissionais do Direito, que estranham não se adotar, hoje, até para certos crimes culposos, penas severíssimas que seriam reservadas aos crimes hediondos.

Na verdade, a índole dos mais diferentes níveis da sociedade brasileira tem levado a manifestações pessoais contrárias à uma mudança tão radical na adoção da pena irreversível, que elimina a vida do criminoso. Pessoas de diferentes credos, condição social, ou tendência filosófica, temem que o rigor extremo da pena de morte possa levar simplesmente à supressão de uma vida sem repercussão positiva na política de combate ao crime.

Há, por outro lado, no Brasil um sentimento de revolta contra a impunidade dos criminosos bem situados na escala social. Crêem muitos até que as pessoas com poder de decisão alimentam uma certa tolerância com essa impunidade. Era preciso, de fato, que se demonstrasse o contrário, ou seja, que houvesse julgamento menos demorado de muitos crimes contra

a Fazenda, contra fundos do próprio Tesouro, ou contra crimes que atingem extensa e coletivamente a sociedade, ou um grande número de pessoas. Tais delitos de grande repercussão precisavam ser apenados mais severamente, pagando os bem dotados financeiramente, em tempo abreviado, o prejuízo das vítimas. Outros deveriam suportar até a prisão definitiva por toda a vida. Exemplos mais recentes e do conhecimento de todos, são os casos de malversação de verbas orçamentárias praticados por parlamentares (os Anões do Orçamento), da Construtora ENCOL e, agora, da tragédia da Barra da Tijuca no Rio de Janeiro, em que houve queda de prédio com 23 pavimentos e danos em outros edifícios mal construídos da mesma empresa. É a prática de crimes de tamanha repercussão e de danos extensos, que justificaria a aplicação aos responsáveis de pena severíssima. Quem duvida de que as vítimas na queda do Edifício Pálace II, especialmente os parentes das oito pessoas soterradas, não estejam revoltados a ponto de imaginar para o engenheiro Sergio Naya a pena de morte em julgamento sumário? Mas a apuração seguirá pela hipótese do crime culposos, com todas as conseqüências de mera detenção e suspensão condicional da pena, bem como do regime de prisão aberta.

O homicídio do índio pataxó em Brasília, já foi considerado culposos pelo Tribunal, mas a mídia, despreocupada de bem informar à população quanto ao sentido daquele julgamento e o público em geral, manifestaram-se pelo tratamento de crime hediondo para o gesto de lançar combustível sobre o mendigo que dormia e queimá-lo vivo. Devia, assim, ser reprimido com a pena capital !

A realização de plebiscito para adoção da pena de morte (Emenda Amaral Neto), foi rejeitada no Congresso. Pelo menos se pode dizer que não há clima também no Congresso para inserção da medida no sistema penal brasileiro, tanto mais que a vedação da pena de morte está entre as cláusulas pétreas da Constituição, segundo muitos constitucionalistas, o que equivale a dizer que não poderia ser afastada por simples emenda ao texto da Carta de 1988.

Tivemos no passado o debate da questão entre o Jurista Nelson Hungria e o Padre Leme Lopes sendo que este último propugnava pela adoção da pena capital. Tivemos também a verdadeira cruzada que travou o Padre espanhol Emílio Silva, em palestras e livros, pela adoção da pena de morte. Os teólogos católicos têm, contudo, que conciliar o argumento de que o aborto terapêutico e aquele que resulta da gravidez não desejada

(estupro) são condenáveis atos praticados contra a vida, com o da aceitação da possibilidade de o homem suprimir a vida do criminoso, sob o pretexto de se lhe aplicar uma pena.

Há mais de 200 anos quando Cesare Beccaria escreveu seu pequeno, mas famoso livro *Dos Delitos e das Penas* (em 1764) ali já se mostrava veemente a crítica contra a Pena de Morte. Ressurgem, no entanto, aqui e ali, idéias favoráveis à sua introdução em nosso sistema jurídico de repressão dos crimes, mais em razão do clamor público contra a ocorrência de agressões hediondas a bens jurídicos inestimáveis. Não há, contudo, base segura para se afirmar que a pena capital tenha contribuído em algum país, ou possa contribuir no Brasil, para a redução dos crimes que abalam a opinião pública.

Voltamos a afirmar o que nos parece resultar da índole do povo brasileiro. Talvez por ser complexa a definição dos crimes que merecem ser apenados com a morte do criminoso, ou por receios de se cometer erro irreversível na adoção daquela pena, a maioria do povo brasileiro, se consultado em plebiscito, optaria por não adoção da Pena Capital. Seria quase certo, contudo, que aceitaria a aplicação da prisão perpétua nos crimes que fossem definidos como os da mais alta gravidade. ♦

Jurisprudência

&

Doutrina

Direito Autoral. Reproduções da Obra. Ação Rescisória.

Propositura da ação dentro de prazo de 2 anos do julgamento nas instâncias ordinárias, mas antes de decisão do recurso para o STF (agravo). Prova do trânsito em julgado feita após distribuição da rescisória. Admissibilidade. Obra plástica e sua reprodução fotográfica em dois mil calendários promocionais de estabelecimento bancário sem autorização do autor.

Conceito de divulgação ou reprodução com utilidade econômica direta ou indireta pelo adquirente. Normas em confronto (art. 9º, 27, 29, 30, 80 e 81 da Lei nº 5988/73).

A reprodução pelo adquirente da obra plástica com utilização econômica, ainda que indireta, depende de autorização expressa do autor e se presume onerosa, na forma do art. 81 da Lei. Violação do direito autoral. Procedência da ação rescisória.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Ação Rescisória nº 40/92, em que é Autor **João Cândido Portinari** e Réu **Banco Bozano Simonsen de Investimentos S/A**.

Acordam os Desembargadores do Quarto Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em, rejeitada preliminar, julgar procedente a ação, restabelecendo a sentença e revertendo-se o depósito; custas e honorários de 20% sobre o valor da causa, corrigidas. Unânime.

Ação Rescisória com fundamento no art. 485, inc. V do CPC, movida para desconstituir acórdão da E. 8ª Câmara, que reformou sentença de 1º grau em ação de indenização por motivo de utilização indevida de obra do pintor Cândido Portinari.

Contestando o pedido com preliminar de ausência de prova do trânsito em julgado da decisão rescindenda e no mérito por inexistir a alegada violação literal da lei, opinou o Douto Procurador no sentido de se acolher

a preliminar de carência de ação, porque proposta sem prova do trânsito em julgado da decisão rescindenda. No mérito opinou pela improcedência da pretensão deduzida pelo autor.

Sobrevindo prova do trânsito em julgado da decisão rescindenda, afinal com a homologação de desistência do agravo regimental que se achava pendente de apreciação do Egrégio Supremo Tribunal Federal, manifestou-se o eminente Doutor Procurador de Justiça pela perda de atualidade de sua preliminar de inadmissibilidade de ação, face à publicação daquela decisão homologatória. No mérito reiterou sua manifestação pela improcedência do pedido.

É o relatório.

1. Já no despacho inicial do relator ficou determinado que o autor comprovasse o trânsito em julgado da decisão rescindenda, que se demonstrou estar dependendo de apreciação do agravo regimental, concluso ao Ministro relator do E. Supremo Tribunal Federal. Essa prova, afinal, foi produzida com a publicação da decisão final homologatória de desistência do agravo. Compreende-se o cuidado do autor em propor demanda antes que se iniciasse ou fluísse o lapso decadencial de dois anos, o que levou a ser postergado o julgamento deste feito, como medida de cautela e para se evitar eventual conflito de decisões. São conhecidas as correntes jurisprudenciais em divergência quanto a início da contagem do prazo de decadência. Segundo um ou outro entendimento, poderia incorrer o autor por admissível a demanda, seja por haver decaído do direito.

2. Daí se rejeitar a preliminar como o reconheceu afinal o douto Procurador de Justiça, com o seu pronunciamento de fls...

3. No mérito o autor aponta como dispositivos violados literalmente pelo V. Acórdão rescindendo, o art. 153, § 25º da Constituição Federal de 1967, com a Emenda de 1969 e art. 5º nº XXVII, da atual Carta Magna, bem como os dispositivos da atual Lei, que dispõe sobre direitos autorais (art. 9º, 29, 38 e 39). Esclareceu que detém direitos autorais da obra de Cândido Portinari, cujo quadro “Gaúchos na Vaquejada” foi adquirido pelo réu. Este, no entanto, reproduziu a obra plástica em dois ou três mil exemplares em calendários promocionais do estabelecimento bancário sem a devida autorização. Proposta a ação de indenização que veio a ser acolhida pela Egrégia 8ª Câmara Cível. Daí o pedido de rescisão do acórdão da lavra do eminente Desembargador Ellis Figueira.

4. A questão que se suscita é de violação do direito autoral e, conseqüentemente, de normas que o amparam. Cuida-se de verificar se o adqui-

rente da obra plástica, original, impropriamente denominada de exemplar único, está autorizado a reproduzi-la por qualquer processo, seja com intuito econômico, ou não. Outra questão é a da amplitude da divulgação da obra, ou da finalidade econômica, que pode ser direta ou indireta.

5. A lei contém aparente divergência em seus dispositivos que já foram examinados na doutrina, sempre, naturalmente com o cuidado de ressaltar o direito resultante de manifestação da arte humana ou de criação do espírito, de qualquer modo exteriorizadas. O art. 9º da Lei assegura a mesma proteção do direito de que goza o autor do original, para a cópia da obra plástica, se tirada pelo próprio autor. Assim, veda a reprodução por terceiro, se não processada para uso privado, mas com a finalidade de auferir vantagem econômica.

6. Por outro lado o art. 80, da Lei nº 5988/93, estabelece que “Salvo convenção em contrário, o autor da obra de arte plástica, ao alienar o objeto em que ela se materializa, transmite ao adquirente o direito de reproduzi-la, ou de expô-la ao público”.

Mas o art. 81, em seguida, prescreve que

“A autorização para reproduzir obra de arte plástica, por qualquer processo, deve constar de documentos e se presume onerosa”.

7. As regras citadas devem ser interpretadas de forma a afastar a suposta contradição e em confronto com o que dispõe os art. 9º, 29, 30 e 38 da mesma Lei. Os três primeiros artigos citados tratam da proteção sobre a cópia da obra e da necessidade de autorização para qualquer forma ou processo de comunicação ou reprodução para o público.

8. A propósito de cópia de obra plástica, **Antonio Chaves**, em sua obra clássica sobre Direito Autoral, aponta julgamento, de que foi relator no Conselho Nacional de Direito Autoral, a respeito do direito da “figureira” de São José dos Campos, Eugênia da Silva, muito conhecida no Vale da Paraíba, na Capital de São Paulo e mesmo no exterior, como autora de obras plásticas populares, que se surpreendeu quando tomou conhecimento de que se encontrava à venda nos Correios um selo configurado, sem qualquer permissão, obra intelectual de sua autoria. A matéria foi objeto de Deliberação nº 38, aprovada na 1ª Câmara daquele Conselho, em 28/8/1985, com a seguinte ementa:

“**Obra de Arte Plástica.** Art. 80 da LDA. A concessão a quem adquire um exemplar, do direito de reproduzi-lo, é tão absurda que só pode ser interpretada em sentido contrário à sua expressão literal.

Artesanato Popular. Obras. Direito do autor reconhecido ao figureiro. Violação consistente em seu aproveitamento em selos do correio. Indenização. Direito reconhecido”.

(Dir. de Autor, For., 1987, pág. 297/298)

9. Correto é esse entendimento. O art. 30 da Lei, referido como violado na inicial, diz que depende de autorização do autor da obra a sua comunicação ao público, direta ou indiretamente, *por qualquer forma ou processo*. Ora, essa autorização não presume, conforme o art. 80, pela simples aquisição por terceiro da obra original. Se o adquirente pretende reproduzi-la ou divulgá-la deve estar documentalmente autorizado, especialmente, se com ela irá auferir vantagem econômica.

10. A questão das cópias por terceiros, especialmente as tiradas com finalidade promocional se apresenta também na obra de muitos exemplares. Ninguém tem dúvida que a reprodução gráfica (fotocópias, xerocópias) de livros com intuito de lucro, ou a gravação da música por fitas ou qualquer processo com a mesma finalidade, a chamada pirataria de gravadoras clandestinas, importa em violação presumida do direito do autor, mesmo que seja o agente proprietário do exemplar reproduzido.

11. Quanto ao art. nº 38 da Lei, considerando as obras de arte em geral, mais claro não poderia ser o seu texto:

“A aquisição do original de uma obra, ou de exemplar do seu instrumento ou veículo material de utilização, não confere ao adquirente qualquer dos direitos patrimoniais”.

12. A reprodução da obra de arte plástica pode se fazer por desenho ou por fotografia. O problema se apresenta quando a reprodução fotográfica se dá em múltiplos exemplares e com objetivos definidos e promocionais. Autor destacado, o Professor português, José de Oliveira de Ascensão se radicou no Brasil, proferindo aulas na Faculdade de Direito de Recife sobre Direito Autoral. Assinalou o seguinte na sua obra:

“A dificuldade não está no desenho ou na fotografia, tomados por si, mas na multiplicação de exemplares destes com prelúdio normal de uma exploração com fim lucrativo. Por exemplo, pode-se publicar um álbum de fotografias de obras de um pintor ou um escritor, sem autorização deste? Aqui a resposta nos parece deve ser negativa. E para esta conclusão encontramos um apoio no art. 82. Aponta este, com limitação aos direitos do autor da obra fotográfica, “os direitos do autor sobre a obra reproduzida, se das artes figurativas”.

É evidente que nunca o fotógrafo de uma obra de arte figurativa poderia, só por esse fato adquirir direito do autor sobre essa obra. Se a lei ressalva mesmo assim o direito do autor da obra de arte, só pode ter em vista a utilização posterior que da fotografia se faça. Basta isto para concluir que o direito do autor da fotografia da obra de arte plástica não é independente do direito do autor desta quanto às suas utilizações, pois dependem da autorização da obra fotografada”.

Concluimos, assim, que o desenho e a fotografia são **reproduções** da obra de arte plástica. Se ultrapassarem os limites do art. 49, essas reproduções exigem, nos termos da lei, o consentimento do autor. (DIREITO AUTORAL, ed. For., 1980, pág. 219).

13. Esses limites do art. 49 constituem as exceções legais ou hipóteses de não violação do direito do autor. Dentre essas exceções estabelece o seu inc. II:

“A reprodução em um só exemplar, de qualquer obra, contanto que não se destine à utilização com intuito de lucro”.

14. O mesmo autor, ao comentar o que dispõe o art. 29 da Lei e sobre a liberdade de uso privado por qualquer um, especialmente daquele que adquire a obra, acentua:

“Daqui já podemos retirar dois preciosos ensinamentos. Por um lado vemos que o que é excluída é a utilização com intuito de lucro, pois essa está condicionada à autorização do autor. Por outro lado, a lei introduz-nos à figura genérica do uso privado. A proteção ao autor não colide com a faculdade geral do uso privado, que qualquer um tem. O que está reservado ao autor não são, pois, tipos de utilização da obra, é antes a possibilidade de fazer qualquer utilização com intuito lucrativo” (pág. 83, Obra citada).

15. Com relação, ainda, à reprodução fotográfica de obra alheia, a Convenção de Berna, de 1886, a que o Brasil aderiu e que continua a ser o ponto de partida das convenções posteriores sobre a matéria, segundo Oliveira Ascensão (obra cit. pág. 35), prescreve em seu art. 1º, alínea 2:

“I est entendu que la photographie autorisée d’une oeuvre d’art protégée jouit, dans tous les pays de l’Union, de la protection légale, dans le sens de la dite Convention, pour le temps pendant lequel dure le droit principal de reproduction de cette oeuvre, et dans les limites des conventions privées entre les ayants droit”.

16. A propósito dessa disposição da Convenção de 1886, assinala renomado autor italiano, em sua tradução para o francês:

“Cette déclaration était certainement super flue. Il est clair en effet, étant donné le principe d’après lequel le droit de reproduction appartenant à l’auteur en comprend toutes les formes, que les reproductions photographiques d’œuvres protégées, - telles qu’un tableau, une statue, etc., - font partie des formes de reproduction appartenant à l’auteur”.

(Traité Pratique de la Propriété Littéraire et Artistique, II, Paris, pág. 775. Nicolas Stolfi, trad. fr. 1925, par Louis Suret).

17. A constante da lei, e da Doutrina, é que qualquer reprodução ainda que fotográfica, em número que revela intuito promocional do adquirente da obra plástica, associando o nome de terceiro ao do autor de assinalados dotes artísticos, constitui violação do direito autoral, dependendo, portanto, de consentimento do detentor daquele direito. Este é o consenso entre instituições que respeitam o direito de diversos pedidos de autorização para atividade promocional em encontros, painéis, seminários e divulgação da obra de Portinari.

18. Na Jurisprudência especificamente sobre reprodução de gravura em calendário promocional, encontra-se a decisão da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, relator o Des. Fonseca Tavares, em que se confirma sentença que acolheu pedido de indenização em caso idêntico:

“Indenização. Reprodução de gravura em calendário com fins promocionais. Omissão do nome do autor da obra. Inexistência de intuito lucrativo que não descaracteriza a ilicitude do ato. Recurso não provido”. A. Civ. nº 46.338-1 SP 8ª CC, julg. 20/6/84 – em Carlos Alberto Bittar. A Lei dos Direitos Autorais na Jurisprudência, pág. 144).

19. Concluindo, se o réu, valeu-se da obra de Portinari, com reproduções destinadas a divulgar os serviços que preste e o conceito de instituição, ou captar a simpatia da clientela ou ainda ampliar seu bom relacionamento comercial, tudo sem estar autorizado, violou o direito do autor, porque não se limitou ao uso privado da obra que adquiriu. O V. Acórdão, que entendeu de forma diversa, violou literalmente as normas aqui mencionadas que protegem o direito do autor.

Por tais fundamentos, julga-se procedente o pedido nesta ação rescisória, rejugando a causa nos termos da sentença do eminente Juiz Dr. Marcus Tullius Alves, reformada pela decisão rescindenda.

Rio de Janeiro, 23 de fevereiro de 1994.

Des. Fernando Whitaker – Presidente sem voto

Des. Décio Xavier Gama – Relator

Comentário - A ação rescisória representa derradeira esperança do vencido em reverter a situação fática em seu desfavor até então definida, já com ares de imutabilidade, pelo Judiciário. As hipóteses de cabimento são *numerus clausus* com o intuito precípua de prestigiar a segurança das relações jurídicas submetidas a julgamento. Por isso que, embora não se possa considerá-las raras, comparadas ao mais das distribuições, são em quantidade insignificante. Menos ainda, em termos estatísticos, a possibilidade de êxito.

O julgado em comento apresenta duas hipóteses jurídicas de substancial relevo, uma de conteúdo processual, relacionada ao juízo de admissibilidade, e outra vinculada ao direito material.

O risco de ver o direito perecer pela consumação do prazo decadencial fez o Autor propor a ação antes do trânsito em julgado do aresto rescindendo, uma vez que pendente de julgamento na mais alta Corte agravo regimental contra o decreto de inadmissibilidade do apelo extremo, do qual desistiu. Revela-se medida extremamente cautelosa da parte com o fito de evitar discussão sobre decadência do direito tendo em conta a incerteza derivada das divergências doutrinária e jurisprudencial quando à determinação do *dies a quo*.

Ao admitir a propositura da ação mesmo antes de formada a coisa julgada, afinal comprovada nos autos, o aresto demonstrou perfeita sintonia com os postulados mais atuais no direito processual, pois adotou os princípios da celeridade, da economia processual e do aproveitamento da lide, sem arranhar o devido processo legal.

Em sede de direito autoral, a reprodução de obra de arte consubstancia tormento a doutrinadores e julgadores devido à redação do artigo 80 da Lei nº 5.988/73, que em primeira leitura parece cometer ao adquirente os direitos de reprodução e exposição.

Segundo a referida norma, a transmissão da obra de arte conferiria ao adquirente os direitos de exposição e reprodução do bem. Mas incabível a interpretação isolada do texto legal integrante de um feixe de dispositivos, todos entrelaçados a merecer visão harmônica, por isso conjunta e dirigida ao mesmo objetivo.

A interpretação da Lei nº 5.988/73 concebida no julgado em questão alcança a perfeição do sistema ao extrair sentido e conteúdo jurídico aos preceitos nela contidos.

A melhor doutrina, onde se destacam exemplificativamente importantes textos de ANTONIO CHAVES (As obras de arte aplicada no direito brasileiro¹, que acentua o aspecto punitivo da reprodução desautorizada), VALDIR DE OLIVEIRA ROCHA (Reprodução de Obra de Arte²), JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO (Direito Autoral, Forense, 1980, p. 219) e LUIZ FERNANDO GAMA PELLEGRINI (O Direito do Autor do Artista Plástico na Nova Constituição³), aliada a jurisprudência norteadora, com especial relevo o julgamento do Recurso Extraordinário nº 75889-RJ, Relator Ministro ANTONIO NEDER⁴, forte no prevalecimento da norma constitucional a garantir a supremacia do direito do autor sobre o do dono da obra no que concerne à sua reprodução, demonstram claramente o acerto da interpretação espelhada no acórdão comentado.

Com efeito, o artigo 153, § 25, da Carta de 1967, vigente ao tempo da demanda, já garantia a exclusividade do Autor para utilizar a obra. Esta regra veio a ganhar maior tónus na Constituição Federal de 1988 que expressamente remeteu ao autor ou a seus herdeiros o “direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras...” no artigo 5º, XXVII.

A evolução legislativa consagrou novo realce a tal direito, reparando a recém-sancionada Lei nº 9.610/98, ainda em *vacatio legis*, o equívoco que a muitos levou a norma em vias de revogação. O direito de reprodução da obra de arte plástica manteve-o expressamente o artigo 77 da nova lei com o autor, de modo que em breve já não mais poderão persistir dúvidas sobre sua titularidade.

Incompatível com o espírito da própria lei nº 5.988/73 e principalmente com a orientação constitucional, a transferência de direitos prevista no artigo 80 daquela lei. A perscrutante análise do acórdão revela de forma definitiva o antagonismo entre este dispositivo e outros comandos da mesma norma, como o artigo 30, que garante ao Autor da obra o direito de auto-

¹ Revista de Informação Legislativa nº 83, p. 401.

² Revista de Informação Legislativa nº 83, p. 410.

³ Revista dos Tribunais nº 635, p. 168.

⁴ Revista dos Tribunais nº 531, p. 247.

rizar sua utilização sob qualquer forma; ou o artigo 38, que nega direitos patrimoniais do autor ao adquirente da obra original; ou o artigo 49, II, que disciplina a ofensa ao direito do autor pela reprodução com fins lucrativos, tudo, enfim, fundamentado no comando do artigo 29 que estabelece parâmetros ao direito do autor sobre a utilização (aí incluída a reprodução) da obra, tal como estatui o artigo 9º, I, da Convenção de Berna.

Trata-se de decisão, como se verifica, que pela profunda análise interpretativa e esmerada aplicação dos direitos processual civil e autoral merece todo destaque. (**Dr. Henrique Carlos de Andrade Figueira - Juiz de Direito**) ◆

Responsabilidade Civil. Dano Moral. Pessoa Jurídica. Admissibilidade. Prova do Dano Moral.

A honra objetiva da pessoa jurídica, consoante entendimento consagrado pelo Superior Tribunal de Justiça, pode ser ofendida pelo protesto indevido do título cambial, cabendo indenização pelo dano extrapatrimonial daí decorrente.

Por se tratar de algo imaterial, ou ideal, não se pode exigir que a comprovação do dano moral seja feita pelos mesmos meios utilizados para a demonstração do dano material. Jamais poderia a vítima comprovar a dor, a tristeza, ou a humilhação através de documentos, perícia ou depoimentos. Neste ponto a razão se coloca ao lado daqueles que entendem que o dano moral está insito na própria ofensa, de tal modo que, provado o fato danoso *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti* que decorre das regras da experiência comum.

Provimento parcial do segundo recurso.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de **Apelação Cível nº 8.238/96** em que é 1º apelante **Banco Meridional do Brasil S/A**, 2º apelante **BENAFER S/A Comércio e Indústria**, 1º apelado **os Mesmos** e 2º apelado **Companhia Ferro e Aço de Vitória - COFAVI**.

ACORDAM os Desembargadores que integram a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em negar provimento ao primeiro recurso e dar provimento parcial ao segundo para condenar os réus, solidariamente, a pagarem à autora, a título de dano moral, quantia equivalente ao dobro do valor dos títulos devidamente corrigido, bem como nas custas processuais, juros de mora a partir da citação

e honorários advocatícios de 15% sobre a condenação, pelas razões que seguem.

A Companhia Ferro e Aço de Vitória, após emitir duplicatas frias contra a autora - Benafer S/A -, transacionou esses títulos simulados com o Banco Meridional do Brasil, que, por sua vez, os levou a protesto, causando danos morais à autora, conforme consta da inicial. O objeto da presente ação é não só a declaração de nulidade desses títulos como ainda o cancelamento dos respectivos protestos e ressarcimento dos danos morais sofridos pela autora. A ação principal foi precedida de ação cautelar visando a sustação do protesto.

A sentença (fls. 63/66) julgou procedente a ação cautelar e a principal, nesta última declarando a nulidade dos títulos e cancelando definitivamente o protesto. Houve embargos de declaração interpostos pela autora (fls.68/69) por ter a sentença se omitido quanto ao pedido de indenização por danos morais, recebidos e improvidos pela decisão de fls.88v.

Recorre primeiramente o Banco Meridional (fls.71/77) sustentando ter a sentença infringido o artigo 13, § 4º da Lei das Duplicatas, que assegura ao portador do título o direito ao protesto sob pena de perda do direito de regresso contra o endossante e avalistas. Traz à colação jurisprudência em abono de sua tese, sustentando ainda que, sendo o apelante terceiro de boa fé, não pode responder por eventuais defeitos do título, sendo-lhe inoponíveis as exceções pessoais da apelada. Pede a reforma da sentença.

Recorre também a autora (fls.90/97) pleiteando a condenação dos réus, solidariamente, em danos morais. Sustenta que o protesto indevido de um título por si só acarreta dano moral a uma empresa sólida e respeitada como a apelante, e que a sua comprovação ou demonstração é inteiramente desnecessária. Pede a reforma parcial da sentença para o fim de ser o pedido julgado totalmente procedente.

Respondendo o recurso da autora (fls. 101/106), o Banco Meridional pugna pela manutenção da sentença na parte em que julgou improcedente o pedido de indenização por danos morais. A autora, por seu turno, ao responder o recurso do Banco Meridional (fls. 108/113) pugna pelo seu desprovemento.

É o Relatório.

A prova dos autos evidencia que as duplicatas em questão foram sacadas sem correspondência a qualquer venda de mercadorias ou efetiva prestação de serviço. A própria emitente dos títulos admitiu em sua resposta

(fls.29 e 45 dos autos em apenso) “que as cartulas foram cobradas antes da chegada da mercadoria ao destino”. Ademais, o fato constitutivo do direito da autora seria facilmente elidido mediante prova da entrega das mercadorias, ônus que cabia à primeira ré.

Trata-se, portanto, de premissa incontroversa a alegação da segunda apelante de que os títulos em questão são falsos, frios, têm vício de origem por não corresponderem à venda efetiva de mercadoria.

Ora, sendo a duplicata um título causal, que situação jurídica resulta do fato de ser ela sacada sem *causa debendi*, isto é, sem efetiva correspondência a uma venda de mercadoria ou prestação de serviço? Essa é a questão a ser enfrentada.

Temos primeiramente aqueles que sustentam que a duplicata, nesse caso, será meramente irregular, mas, se contiver os requisitos legais, perfeitamente válida, assegurando ao portador de boa-fé a plenitude dos direitos que teria se regular fosse tal título. Sustentam ainda que, transferido por endosso, o título fica purificado, adquirindo autonomia, não podendo o sacado exercer contra o endossatário de boa-fé defesa fundada no negócio jurídico subjacente, isto é, não pode alegar a inexistência da *causa debendi*, ou o descumprimento da avença pelo endossante.

O segundo grupo sustenta que, reconhecida a inexistência da relação jurídica subjacente, mas estando o título em circulação por força do endosso, não mais será possível a declaração de nulidade da duplicata, que existe, foi negociada, gerando direitos cartulares perfeitamente distintos daqueles que uniram o sacador ao sacado. Esse título, todavia, não teria eficácia em relação ao sacado, devendo a sentença, ao reconhecer a inexistência da *causa debendi*, decretar não propriamente a nulidade da duplicata, mas tão somente a sua ineficácia. Por essa forma estaria assegurado o direito do endossatário contra o endossante, a ser exercido, não de regresso, mas de modo direto, em virtude do desconto da duplicata.

Mais coerente que as duas primeiras, sempre nos pareceu a posição do insuperável Valdemar Ferreira, para quem, *constituindo crime a emissão de duplicata fria ou simulada a ela não se aplicam as normas pertinentes à verdadeira duplicata e que sem o contrato de compra e venda ou a efetiva prestação de serviço a duplicata é incompreensível e, mais do que isso, inexistente*.

Aqui, nos parece, localiza-se o ponto nodal da questão em exame. Sendo título causal, não pode ser tida como duplicata a que é emitida abso-

lutamente sem causa. Falta-lhe o pressuposto econômico e legal, sem o qual não pode o título existir, a despeito de preencher os seus requisitos formais. E saque sem causa não pode produzir qualquer efeito no campo do direito cartular. O que ocorre, em tal caso, é a emissão de um título frio, falso, fraudulento, que não existe como título, mas sim como fato penalmente típico e ilícito, em cujo campo deve ser encontrada a solução.

Conseqüentemente, não pode o suposto endossatário, mesmo que de boa-fé, invocar os princípios pertinentes ao endosso para excluir a sua responsabilidade junto ao pretense sacado pelo indevido protesto do falso título. Se o reconhecimento da nulidade da duplicata fria prejudica o endossatário de boa-fé, evita, pelo menos, o prejuízo do sacado, também de boa fé, e que nenhum negócio celebrou com o falso sacador-endossante, inexistindo entre ambos qualquer relação jurídica. O mesmo já não ocorre com o endossatário, se assim é possível chamá-lo. Embora dê boa-fé, fez negócio com o falso sacador e se, eventualmente, tornou-se vítima de um estelionato, queixe-se de sua própria ingenuidade ou falta de cautela, não selecionando, rigorosamente, os seus clientes.

Com efeito, se o Banco não tem condições de averiguar a realidade do negócio que deu causa ao título, deve, pelo menos, nas operações de desconto, ter a máxima cautela e só fazê-las com firmas idôneas, já que o garante da operação perante ao Banco é o sacador-endossante, e não o sacado. O que não é possível, como já ficou dito, é repassar os riscos do seu negócio para terceiros que, além de boa-fé, nenhuma relação jurídica, nenhuma vinculação tiveram com o falso sacador.

De onde se conclui que o endossatário de duplicata fria, ilaqueado em sua boa-fé, só pode voltar-se, à luz dos princípios que estabelecem a responsabilidade por atos ilícitos, e não do direito cartular, contra o falso sacador-endossador, depois de ressarcir os prejuízos sofridos pelo suposto sacado.

No caso dos autos nem mesmo em *boa fé* é possível falar porque a autora, ora segunda apelante, deu ciência ao Banco Meridional de que os títulos eram frios antes do protesto, conforme comprovam os documentos de fls.6/9, documentos estes que não sofreram nenhuma impugnação.

A alegação do Banco, ora primeiro apelante, de que agira como mero mandatário, por conta e risco da primeira ré, de quem recebera os títulos questionados em garantia de operação bancária, foi corretamente repelida pelo douto sentenciante. Na realidade, o Banco realizou operação de desconto

das duplicatas, que lhe foram transferidas por endosso, agindo, portanto, por direito próprio e não em condições de simples mandatário.

À luz do que até aqui ficou exposto, impõe-se o desprovimento do primeiro recurso.

O segundo recurso, como se viu do relatório, cinge-se ao ressarcimento do dano moral negado pelo douto sentenciante ao entedimento de não ter resultado provado (fls.88v).

A reparabilidade do dano moral causado à pessoa jurídica ainda apresenta alguma perplexidade e sofre forte resistência de parte da doutrina e jurisprudência apegadas à noção de que a honra é bem personalíssima, exclusivo do ser humano, não sendo possível reconhecê-lo na pessoa jurídica. Concorre também para a resistência a idéia de que dano moral é sinônimo de dor, sofrimento, tristeza etc.

Registre-se, então, que a honra tem dois aspectos, o subjetivo (interno) e o objetivo (externo). A *honra subjetiva*, que se caracteriza pela dignidade, decoro e auto-estima, é exclusiva do ser humano, mas a *honra objetiva*, refletida na reputação, no bom nome e na imagem perante a sociedade, é comum à pessoa natural e à jurídica. Quem pode negar que uma notícia difamatória pode abalar o bom nome, o conceito e a reputação, não só do cidadão, pessoa física, no meio social, mas também de uma pessoa jurídica no mundo comercial? Indiscutivelmente, toda empresa tem que zelar pelo seu bom nome comercial.

Nem se diga que essa distinção é nova, ou invenção deste relator, por que já Schopenhauer, citado por Nelson Hungria, a fazia ao fixar a noção psico-social da honra: “*objetivamente*, é a opinião dos outros sobre o nosso mérito; *subjetivamente*, é o nosso receio diante dessa opinião” (Com. ao C. Penal, Forense, Vol. VI, p.40).

No Direito Penal há muito se faz distinção entre honra objetiva e subjetiva, constituindo a primeira o objeto jurídico dos crimes de *calúnia* e *difamação*, e a segunda do crime de injúria. O Professor Damásio de Jesus, na sua conhecida obra de Direito Penal (Ed. Saraiva, 1979, 2º Vol, p.195), ao comentar os crimes contra a honra, observa: “A honra pode ser subjetiva e objetiva. *Honra subjetiva* é o sentimento de cada um a respeito de seus atributos físicos, intelectuais, morais e demais dotes da pessoa humana. É aquilo que cada um pensa a respeito de si mesmo em relação a tais atributos. *Honra objetiva* é a reputação, aquilo que os outros pensam a respeito do cidadão no tocante a seus atributos físicos, intelectuais, morais etc.

Enquanto a honra subjetiva é o sentimento que eu tenho a respeito de mim mesmo, a honra objetiva é o sentimento alheio incidido sobre meus atributos”.

Nessa linha de princípios, a Lei de Imprensa, no seu artigo 16, inciso II, considera conduta ilícita “publicar ou divulgar notícias falsas que provoquem *abalo de crédito* de qualquer empresa, pessoa física ou jurídica”. E no artigo 2º assegura o direito de resposta à “toda pessoa natural ou jurídica que for acusada ou ofendida em publicação feita em jornal ou periódico, ou em transmissão de radiodifusão”.

Ademais, após a Constituição de 1988, a noção do dano moral não mais se restringe à dor, sofrimento, tristeza etc, como se depreende do seu artigo 50, inciso X, ao estender a sua abrangência a qualquer ataque ao nome ou imagem da pessoa, física ou jurídica, com vistas a resguardar a sua credibilidade e respeitabilidade. Pode-se então dizer que, em sua concepção atual, honra é o conjunto de predicados ou condições de uma pessoa, física ou jurídica, que lhe conferem consideração e credibilidade social; é o valor moral e social da pessoa que a Lei protege ameaçando de sanção penal e civil a quem a ofende por palavras ou atos. Fala-se modernamente em *honra profissional* como uma variante da honra objetiva, entendida como valor social da pessoa perante o meio onde exerce a sua atividade.

Fiel a essa nova concepção de honra e dano moral, o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078 de 11/08/90), quando coloca, em seu artigo 60, inciso VI, entre os direitos básicos do consumidor, a *efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais*, individuais, coletivos e difusos. Lembre-se que o conceito legal de *consumidor* está no artigo 2º dessa mesma Lei, sendo ali considerado consumidor *toda pessoa física ou jurídica* que adquire ou utiliza produto ou serviço.

De se ressaltar ainda que o fundamento da reparação do dano moral não é apenas aquela idéia de compensação - substituir a tristeza pela alegria, etc. Essa motivação justifica a reparabilidade do dano moral em relação às vítimas de classe humilde, para as quais um aparelho de televisão, uma viagem etc. poderá atuar como motivo de alegria. Mas se fosse verdade absoluta e exclusiva, a vítima rica, de muitas posses, jamais seria indenizada pelo dano moral. Por isso, corrente mais prestigiada, da qual participa o eminente *Ministro Moreira Alves*, conforme ficou evidenciado na palestra que proferiu no último seminário sobre Responsabilidade Civil promovida pela nossa Escola da Magistratura, sustenta que a reparação do dano moral tem

também natureza de pena privada ou civil. É a justa punição contra aquele que atenta contra a honra, o nome ou a imagem de outrem. O Mestre Caio Mário, com a precisão que lhe é peculiar, remata a questão com a seguinte colocação: “O problema de sua reparação deve ser posto em termos de que a reparação do dano moral, *a par do caráter punitivo imposto ao agente*, tem de assumir sentido compensatório (Resp. Civil, 3ª ed., Forense p.60).

Sendo assim, deixar o causador do dano moral sem punição a pretexto de não ser a pessoa jurídica passível de reparação, parece-me, *data venia*, equívoco tão grave quanto aquele que se cometia ao tempo em que não se admitia a reparação do dano moral nem mesmo em relação à pessoa física. Isso só estimula a irresponsabilidade e a impunidade.

Induvidoso, portanto, que a pessoa jurídica é titular de honra objetiva, fazendo jus à indenização por dano moral sempre que o seu bom nome, reputação ou imagem forem atingidos por algum ato ilícito.

Nesse sentido vem se consolidando a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, como se vê do voto luminar da lavra do eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar, no julgamento do Resp 60.033-2-MG - 4ª Turma - DJU 27.11.1995, cuja ementa foi inicialmente reproduzida: “A honra objetiva da pessoa jurídica pode ser ofendida pelo protesto indevido de título cambial, cabendo indenização pelo dano extrapatrimonial daí decorrente”. Na motivação do v. acórdão, o seu douto relator, após fazer distinção entre a honra subjetiva e a objetiva, a respeito desta última coloca com absoluta propriedade: “Esta ofensa pode ter seu efeito limitado à diminuição do conceito público de que goza no seio da comunidade, sem repercussão direta e imediata sobre o seu patrimônio... Trata-se de verdadeiro dano extrapatrimonial, que existe e pode ser mensurado através de arbitramento. É certo que, além disso, o dano a reputação da pessoa jurídica pode causar-lhe dano patrimonial, através do abalo de crédito, perda efetiva de chances de negócios e de celebração de contratos, diminuição de clientela etc, donde concluo que as duas espécies de danos podem ser cumulativas, não excludentes”.

Resta para ser examinada a questão da comprovação do dano moral, já que o douto sentenciante julgou improcedente o pedido nesta parte por falta de prova.

Essa é outra questão tormentosa a ser enfrentada pelo juiz. Por se tratar de algo imaterial, ou ideal, não se pode exigir que a comprovação do dano moral seja feita pelos mesmos meios utilizados para a demonstração do dano material. Seria uma demasia, algo impossível - física e juridicamente

-, exigir que a vítima comprovasse a dor, a tristeza, ou a humilhação através de depoimentos, documentos ou perícia; jamais poderia ela demonstrar o descrédito, o repúdio, ou o desprestígio através dos meios probatórios tradicionais, o que acabaria por provocar o retorno à fase da irreparabilidade do dano moral em razão de fatores instrumentais.

Neste ponto, a razão se coloca ao lado daqueles que entendem que o dano moral está ínsito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, o dano moral existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provado esse fato, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras da experiência comum. Assim, por exemplo, provado a perda de um filho, do cônjuge, ou de outro ente querido, não há que se exigir a prova do sofrimento, porque isso decorre do próprio fato de acordo com as regras da experiência comum; provado que a vítima teve o seu nome aviltado, ou a sua imagem vilipendiada, nada mais ser-lhe-á exigido provar, por isso que o dano moral está *in re ipsa*, decorrendo inexoravelmente da gravidade do próprio fato ofensivo.

No caso vertente, a exigência de comprovação do dano moral, *data veina*, é uma demasia porque resulta às escancaras do próprio fato: o Banco, embora ciente da ilicitude dos títulos, encaminhou-os a protesto, indiferente aos danos que isso poderia causar à autora. Exigir da vítima, em casos tais, a obviedade da existência do dano moral é desconhecer os efeitos inexoráveis de um título protestado para uma empresa idônea e pontual em suas obrigações. O protesto indevido *ipso facto* importa em desprestígio do nome mercantil e desconfiança junto aos clientes e fornecedores de uma empresa.

Inexistindo critério objetivo para a fixação do dano moral, deve ser ele arbitrado prudentemente pelo julgador. No caso, entendo razoável aplicar analogicamente a regra do artigo 1.531 do Código Civil. Se a lei manda indenizar pelo dobro do valor no caso de cobrança de dívida já paga, por mais forte razão deve ser a regra aplicada em se tratando de cobrança por via de protesto indevido.

Por todo o exposto, nega-se provimento ao primeiro recurso e dá-se provimento parcial ao segundo recurso para condenar os réus, solidariamente, a indenizarem à autora, a título de dano moral, com quantia equivalente ao dobro do valor dos títulos protestados, devidamente corrigidos, bem como nas custas processuais, juros de mora a partir da citação e honorários

advocáticos de 15% sobre a condenação.

Rio de Janeiro, 28 de janeiro de 1997.

Des. Lindberg Montenegro - Presidente

Des. Sérgio Cavaliéri Filho - Relator

Comentário - Contém o acórdão além de muitas lições de alto conteúdo jurídico, importante advertência, relativamente à reparação do dano moral.

Doutrina e jurisprudência relutavam em reconhecer a especificidade do dano moral à pessoa física por entendê-lo compreendido na indenização dos danos materiais ou estéticos, apesar da clara diversidade da natureza jurídica de cada instituto. Sopros de ventos mais democráticos provenientes da nova ordem constitucional instaurada em 1988 reverteu substancialmente a posição antes dominante devido a inclusão desta especial forma de reparação nos direitos e garantias individuais. A contar de então, desapareceram as dúvidas sobre a reparabilidade do dano moral, vindo o golpe de misericórdia pela edição da Súmula nº 37, do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

O acórdão revela quanto é necessário, indispensável mesmo, identificar o Direito como um sistema complexo e completo, no qual as normas se interligam.

Apesar de a lide versar sobre Direito Civil, relativamente ao pleito indenizatório o acórdão se apóia no Direito Penal para, com insuperáveis clareza e poder de convencimento e apoiado nos ensinamentos de doutrinadores de escol, conceituar a honra tendo em conta seus aspectos objetivo e subjetivo.

O efeito danoso provocado pela ofensa à honra repercute tanto na esfera interna do indivíduo, e neste ponto somente a pessoa física, dotada de sentimentos, pode ser alvo de lesão, como no espectro social, referente ao abalo no conceito social do ofendido. Nesta segunda hipótese indiferente se física ou jurídica a pessoa lesada, de modo que sob este ângulo perfeitamente cabível a indenização do dano moral à pessoa jurídica.

Há quem afirme se dirija a regra do artigo 5º, X, da Constituição Federal exclusivamente às pessoas físicas para fundamentar no vértice da organização normativa a impossibilidade de reparar o dano moral.

Essa teoria, entretanto, esbarra na proteção indistinta de direitos e garantias pertencentes a pessoas jurídicas como prevêem os incisos XXIX e XXXV do mesmo preceito constitucional, uma vez que se gozam elas de proteção à seu nome ou marca, direitos inegavelmente imateriais, deve lhes

ser assegurado meio eficiente para defesa de injustas lesões que venham sofrer.

Tanto mais insustentável a interpretação contraposta na análise do inciso XI do artigo 5º da Constituição Federal, onde apesar de se referir a inviolabilidade da casa do “indivíduo” ninguém pretenderá sustentar que a propriedade privada de uma pessoa jurídica não está alcançada por esta garantia, mesmo quando a norma se vale de vocábulo inerente à pessoa física.

Idêntico raciocínio se utiliza para sigilo de correspondência e telefonia, exercício de atividade profissional, acesso a informação e associação, dentre outros, onde não se vislumbra qualquer diferença dos direitos e garantias fundamentais das pessoas física e jurídica.

O conceito de que desfruta uma pessoa no corpo social pode ser maculado. Inegável que, se pessoa jurídica, seus negócios sofrem abalo na exata proporção do reflexo do dano na sociedade. Configurada a lesão, a lei impõe a necessidade de repará-la.

A quantificação do dano, também a enfrenta o acórdão em comento de modo especialmente feliz. O dano moral não se pode valorá-lo, daí ter surgido inicialmente a idéia de compensação, insuficiente na determinação da natureza do instituto, até porque restrita à ótica do lesado. Outra corrente, adotada pelo aresto unânime, alia à compensação o caráter punitivo da reparação.

O exercício do poder de polícia confere ao Estado o direito de multar o motorista que dirige em excesso de velocidade, ou o proprietário que não contorna de muros seu imóvel. Ninguém duvida do caráter educacional destas medidas advindas da punição, sem que se guarde a menor relação entre o valor das multas e o ato reprimido.

Ainda que se alegue diversidade de hipóteses, no caso de construção irregular teria o ente público oportunidade para determinar a demolição de prédio, medida de indiscutível conteúdo reparatório (restabelecimento do estado anterior), bem como a aplicação de multa porque inobservada postura - aqui a medida se reveste claramente de caráter punitivo -, ambas coexistindo sem conflito.

De outra maneira não se pode imaginar a reparação do dano moral. Somente através da punição e da compensação os danos serão indenizados e se evitará sejam reiterados. Quem responde por um dano certamente agirá com a cautela necessária, natural do homem médio, a fim de não mais suportar ônus pecuniário. Em conseqüência, reduzir-se-ão os atos antijurídicos e se estará possivelmente mais próximo da paz social, por mais utópico que isto possa parecer. **(Dr. Henrique Carlos de Andrade Figueira - Juiz de Direito)** ♦

COLABORAM NESTE NÚMERO

- A. Gomes Penna, 171
Alyrio Cavallieri, 158
Carlos Alberto Menezes Direito, 141
Décio Xavier da Gama, 187
Henrique Carlos de Andrade Figueira, 191 / 200
J. C. Barbosa Moreira, 16
João Carlos Pestana de Aguiar Silva, 38
João de Deus Lacerda Menna Barreto, 136
Leonardo Greco, 68
Luis Felipe Salomão, 107
Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho, 161
Luiz Fernando Whitaker Tavares da Cunha, 183
Manoel Carpena Amorim, 101
Nagib Slaibi Filho, 58
Pedro A. Batista Martins, 122
Sálvio de Figueiredo Teixeira, 147
Sergio Bermudes, 64
Sergio Cavalieri Filho, 114
Thiago Ribas Filho, 11
Wilson Marques, 84

