

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 - Nº 3 - 1998



© 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) e Márcio Alvim (Editoração)

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: emerjpublica@ax.apc.org



A ESCOLA DO JUIZ

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

Diretora do Departamento Geral de Estudos e Coordenadora de Ensino

Dra. Márcia Cláudia Accioly Pimentel

Chefe de Gabinete

Dra. Maria Alice Marinho Vieira

SUMÁRIO

PRIVATIZAÇÃO DO PROCESSO?

13

Des. José Carlos Barbosa Moreira

1) Palavras de ordem. 2) Particulares na atividade realizada em juízo. 3) Ampliação dos legitimados a agir nos litígios e aumento da participação de pessoas estranhas aos quadros do Judiciário. Meios alternativos de solução não judicial de conflitos. Propriedade do termo “privatização”. 4) Alternativas ao processo. Publicização do processo e não de privatização. 5) Propensão atual de envolver particulares na atividade de solução de litígios. 6) O elemento publicístico do processo. 7) O interesse geral do processo que envolve funcionários e pessoas e entidades a colaborar com a Justiça. 8) O interesse público no desenvolvimento e desfecho de processos exigido por lei. 9) Outro dado importante que resulta do litígio entre particulares: a jurisprudência. 10) A força vinculativa dos precedentes judiciais. 11) Súmulas do STF e STJ. 12) “Privatização do processo” como expressão inadequada ou falsa e, alguns casos, perigosos.

ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA. LIGEIRAS ANOTAÇÕES EM TORNO DE ALGUMAS QUESTÕES POLÊMICAS

26

Des. Wilson Marques

I) Insuficiência de recursos: a questão da prova. II) Condenação do beneficiário da assistência judiciária gratuita no pagamento dos encargos da sucumbência: cabimento III) Condenação com a ressalva do artigo 12 da Lei 2.060/50: descabimento. IV) Condenação de gratuidade à parte que vem a juízo representada por advogado particular de sua livre escolha: cabimento. V) Intimação pessoal do defensor público em exercício em primeiro grau de jurisdição, para apresentação de contra razões pelo agravado: descabimento.

A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL COMO PEDAGOGIA SOCIAL

36

Juiz Paulo Nader

1) Práticas pedagógicas e formação de hábitos. 2) Lei e sociedade: o *tertius genus*. 3) Atividades éticas do judiciário. 4) Prestação jurisdicional *latu senso*. 5) Conclusões.

DA POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO ULTRA E EXTRA PETITA NOS JUIZADOS ESPECIAIS

47

Juiz Geraldo da Silva Batista Júnior

Correlação entre o pedido e o dispositivo da sentença. Questionamento do princípio da adstrição no caso de decisões no Juizado Especial Cível. Decisão de imediato pelo Juiz, de questão não ventilada pelas partes. O art. 9º da Lei 9.099/95. A decisão por equidade e o princípio do contraditório.

MOMENTO DE EFICÁCIA DA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA

54

Prof. Alexandre Freitas Câmara

Introdução. Evolução histórica. Direito comparado. (Italiano, Argentino, Português). Provimentos judiciais no Direito Brasileiro. Momento de eficácia da decisão interlocutória.

RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

73

Promotora de Justiça Heloisa Carpena Vieira de Mello

1) Introdução surgimento do direito do consumidor. 2) Princípios informadores do Código de Defesa do Consumidor. 3) Novo regime para os vícios de produtos e serviços. 4) Segurança dos bens e serviços oferecidos no mercado. 5) Qualidade e adequação. 6) Garantias.

A RESPONSABILIDADE DO INCORPORADOR/CONSTRUTOR NO CÓDIGO DO CONSUMIDOR

84

Des. Sérgio Cavalieri Filho

Incidência do Código do Consumidor na Incorporação e Construção. A incidência do C.D.C. na fase pré-contratual da incorporação. Incidência na fase contratual. Responsabilidade pela segurança da obra e pela qualidade da obra. Onde não se aplica o CDC.

INTERNET E CONTRATO ELETRÔNICO

94

Des. Semy Glanz

Venda à distância. Máquinas vendedoras. Comércio eletrônico. Outros contratos eletrônicos. Conceito de contrato eletrônico. - Distinções de outros contratos. Problemas fiscais e penais. Prova do contrato eletrônico. Negócios bancários. Contratos “on line”. Combate à fraude. Perigos do contrato eletrônico. Técnicas de proteção.

CONTRATO DE CÂMBIO. ASPECTOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

102

Des. Décio Xavier Gama

1) Conceito. Compra e venda de moeda. O comércio exterior e a venda ou a compra obrigatória da moeda estrangeira pelo Banco autorizado a operar no mercado. Com o seu repasse ao Banco Central do Brasil. As divisas do país resultantes de tais operações. A negociação de compra e venda da mercadoria, que provoca a negociação do câmbio. 2) O inadimplemento do contratante. Os danos causados pela não entrega da moeda: opção de cobrança pelo rito da execução, ou de requerimento de falência. 3) O protesto do contrato de câmbio e sua finalidade. 4) O adiantamento do preço no contrato de câmbio de exportação. A restituição desse valor da compra, se inadimplente o vendedor e em caso de sua falência ou concordata. (art. 75, da Lei nº 4.728/65).

CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO E AÇÃO MONITÓRIA

110

Juiz Luiz Gonzaga dos Santos

Os títulos executivos extrajudiciais e a possibilidade de se adotar a execução para cobrança dos saldos devedores em conta corrente. Os extratos não assinados pelo devedor que demonstram os débitos. O critério da quase certeza de liquidez. A ação monitória e o quase título.

REFLEXÕES CRÍTICAS E PROPOSTAS PARA A EXECUÇÃO PENAL

116

Des. Alvaro Mayrink da Costa

A pena privativa de liberdade e sua ineficácia como instrumento inibidor da conduta desviante. A questão carcerária. Os fins expiatórios de vingança ou de retribuição da pena. A finalidade reintegradora da pena. A Casa do Albergado. Os 27 estabelecimentos penais do Estado do Rio de Janeiro. A casa de Transição. Os Conselhos Penitenciários e seu papel relevante. A redução das figuras penais e outras sugestões.

O RESGATE DA ÉTICA NA PUBLICIDADE

127

Juiz Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho

Introdução. Evolução histórica da publicidade. Conceito, distinções e natureza. Direito de informação. Exigências legais para a publicidade. O Código do Consumidor. O resgate da ética na publicidade. A reparação pelo descumprimento das exigências. O ponto de ruptura com o ordenamento vigente. Conclusão.

ENDOSSO - MANDATO E EXTRAVIO DE TÍTULOS

148

Juíza Letícia de Faria Sardas

1) Do endosso-mandato. 2) Da responsabilidade do mandatário. 3) Da responsabilidade civil contratual. 4) Da conseqüência do extravio de títulos. 5) A hipótese do *factoring*. 6) Da limitação da responsabilidade do mandatário.

DIREITO DA CRISE ECONÔMICA DA EMPRESA

156

Dr. Jorge Lobo

1) Direito da Crise Econômica da Empresa, fruto de uma nova filosofia do Direito Comercial. 2) Recuperar ou liquidar a empresa produtora de bens e serviços. 3) Meios para reorganizar as empresas em crise. 4) Processos e procedimentos de reorganização da empresa.

A REFORMA DO ESTADO E O PODER JUDICIÁRIO

198

Procurador Diogo de Figueiredo Moreira Neto

Introdução. O desafio das reformas. Da doutrina clássica ao Judiciário como poder político. A situação do Poder Judiciário brasileiro. Idéias para um novo modelo. Conclusões. Considerações para encerrar.

FORMAÇÃO E SELEÇÃO DOS JUÍZES NO BRASIL. DO JUIZ EM UM PAÍS DO TERCEIRO MUNDO <i>Ricardo Pereira Lira</i> A missão de um Juiz do terceiro mundo.	212
---	------------

PROPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS Aprovadas no Congresso de Direito Constitucional “Os Dez Anos da Constituição”, realizado no Rio de Janeiro, de 22 a 25 de setembro de 1998.	219
---	------------

JURISPRUDÊNCIAS:

HABEAS CORPUS: PROMOTOR DE JUSTIÇA COMO AUTORIDADE COATORA. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA Habeas Corpus nº 3445-7	223
---	------------

EMBARGOS DE TERCEIRO PREVENTIVO. DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA Apelação Cível nº 857/98	228
--	------------

NOSSA REVISTA EM 3º NÚMERO

Estamos colocando à disposição do mundo jurídico brasileiro o 3º número da Revista da EMERJ, cujo sucesso vem se repetindo a cada dia.

Por onde passamos, no Brasil inteiro, temos sempre uma palavra de congratulações e de estímulo de nossos colegas.

Isso se deve, sem dúvida alguma, à excelência dos textos publicados, à exceção do meu é claro, e à dedicação dos responsáveis pela confecção da Revista.

Mais uma vez quero deixar consignado o nosso agradecimento à edificante participação de nosso colega Des. Décio Xavier Gama e aos nossos funcionários que se incumbem da composição propriamente dita.

Neste número recolhemos alguns artigos de excelente atualidade que certamente agradarão aos nossos leitores.

O Brasil atravessa nesse momento, aliás a exemplo do mundo inteiro, uma verdadeira subversão dos conceitos tradicionais. No limiar de uma nova era, novas leis estão sendo editadas com uma velocidade impressionante reavaliando institutos antigos e disciplinando áreas inteiramente novas, cujas necessidades são ditadas pela tecnologia que se renova rapidamente.

Mais do que em qualquer outro tempo, é hora de convocar os juristas para essas novas reflexões.

É esse o direcionamento que estamos imprimindo à nossa Revista, para que ela seja, efetivamente, um repositório de novos estudos, capazes de adaptar a realidade que nos cerca com os conceitos jurídicos tradicionais.

Que Deus nos ajude a prosseguir e que a Revista da EMERJ atinja esses objetivos são os nossos votos.

Até breve.

Des. Manoel Carpena Amorim

Privatização do Processo?

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA

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

1. “Privatização” é palavra que costuma hoje em dia provocar em quem a ouve ou a lê enérgicas reações emocionais. Responde-se a ela muito mais com o coração do que com o cérebro. Provavelmente por isso, quase nunca se colhe opinião refletida e argumentada, neste ou naquele sentido: temos de contentar-nos, as mais das vezes, com um entusiástico “sim” ou com um violento “não”, nenhum dos dois acompanhado de justificação racional. Menos ainda se deve esperar tentativa séria de discernir casos, circunstâncias e condições: quase ninguém dá a impressão de suspeitar que o valor (ou desvalor) de providências do gênero pode variar de uma para outra matéria, de uma para outra ocasião, de uma para outra maneira de operar.

Cumpre reconhecer que palavras de ordem, tão ao gosto da maioria, precisam ser breves e categóricas para impressionar as multidões. Não é fácil conquistar adesões calorosas com lemas amortecidos por distinções e reservas. Se as faixas com que sairmos à rua contiverem algum “talvez”, ou “depende”, jamais conseguiremos despertar nos que as lerem o fervor apaixonado de que se fazem as grandes manifestações populares.

Admita-se que em certos terrenos da política partidária não haja alternativa para opções radicais. Em ciência, a história é diferente - na ciência jurídica e noutra qualquer. Ciência faz-se com tranquilidade de ânimo e com tanta objetividade quanta nos for possível neste mundo. Desengane-se, pois, quem me suspeite de fechar o título da palestra com ponto de interrogação no ardiloso intuito de apresentar resposta... com ponto de exclamação. O que pretendo é algo menos espetacular: tentar verificar pura e simplesmente, com os instrumentos da razão, e levando em conta os naturais limites de tempo, se é legítimo falar de privatização acerca do processo, ou da Justiça. Sujeitam-se a decepção amarga os que estiverem alimentando a expectativa de emoções muito fortes.

2. A palavra “privatização”, com referência ao processo (ou à Justiça) aparece em trabalhos recentes, subscritos por nomes de invidiosa autoridade; é isso, aliás, que justifica o interesse pelo assunto. Ela tem sido usada em mais de um contexto, e concebe-se que ainda noutros o venha a ser; aqui me ocuparei de três.

Os dois primeiros relacionam-se com a extensão do papel confiado a particulares na atividade realizada *em juízo* para a composição de lides. Pode e deve cogitar-se aí, na verdade, de dois fenômenos distintos: um consistente na ampliação do rol dos legitimados a agir no tocante a matérias cuja relevância ultrapassa as fronteiras dos litígios privados¹; outro, no aumento da participação de pessoas estranhas aos quadros permanentes do Judiciário no julgamento de causas.

Também se alude a “privatização” a propósito do florescimento, bem maior em países estrangeiros que no Brasil, dos chamados “meios alternativos” de solução extrajudicial de conflitos de interesses - *Alternative Dispute Resolution*, ou abreviadamente *ADR*, na conhecida locução inglesa². Semelhantes métodos utilizam, como se sabe, os serviços de indivíduos ou de instituições de caráter privado, extraoficial, desde árbitros propriamente ditos, designados nos termos da legislação relativa à arbitragem, até “juizes de aluguel”, contratados e remunerados pelas partes para solucionar conflitos de interesses³.

3. Procurarei neste ensejo aferir a propriedade do termo “privatização”, nos três casos, sem preocupar-me com o mérito ou o demérito de cada um dos movimentos que neles se refletem. O que tenciono agora não é aprovar ou desaprovar a atribuição de mais forte ingerência a particulares

¹ Nesse sentido, por exemplo, CAPPELLETTI, *Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à Justiça* (relatório de abertura do Simpósio Jurídico W. S. Hart sobre a Justiça civil e suas alternativas, realizado em Londres, em 1992), trad. de Barbosa Moreira, in *Revista Forense*, vol. 326, pág. 129.

² V.g., JOHNSON, JR., relatório norte-americano (sob o título *Preserving Justice in an Era of Global Economic Competition*), acerca do tema *Comparative Analysis of the Reform of Civil Procedure*, para *The International Symposium on Civil Justice in the Era of Globalization*, de 1992, no volume assim intitulado, Tóquio, 1992, págs. 216 e segs. Parcialmente crítica, note-se, é a posição do autor diante do fenômeno (vide págs. 218/9).

³ Sobre o tipo de *ADR* denominado *rent-a-judge*, consultem-se, por exemplo, GOLDBERG – SANDER - ROGERS, *Dispute Resolution -Negotiation, Mediation, and Other Processes*, 2ª ed., Boston - Toronto - Londres, 1992, págs. 290 e segs.; NOLAN-HALEY, *Alternative Dispute Reso'lution*, St. Paul, 1992, págs. 199/200.

no funcionamento dos mecanismos destinados à solução de litígios. Quem quer que me tenha dado a honra de ler ou ouvir trabalho meu a tal respeito me haverá com certeza visto ou ouvido, de longa data, externar opinião abertamente favorável, por exemplo, à outorga de legitimação a indivíduos e a entidades privadas para vindicar em juízo direitos e interesses supraindividuais⁴. Mas não é disso que vou tratar aqui, e sim de saber se realmente se justifica, nesse e nos outros tópicos acima enunciados, o emprego da palavra “privatização”.

Desde logo adianto que, nos dois primeiros casos, minha resposta é rotundamente negativa. Particulares são com frequência autorizados ou chamados a colaborar na atividade judicial tendente à decisão de lides, quer provocando-a, pela iniciativa de instaurar processos - como se dá com os cidadãos na ação popular, e eventualmente com associações privadas na ação civil pública -, quer participando diretamente dela, pela emissão de pronunciamento sobre o desfecho que se há de dar ao pleito - e é o que acontece no tribunal do júri e na Justiça do Trabalho. Pois bem: a meu ver, longe de ser o processo que assim se privatiza, ao contrário, os particulares é que vêm sua atividade revestida de caráter público. Dá-se, a bem dizer, *publicização*, e não *privatização*.

No tocante aos particulares que funcionam em julgamentos, o direito positivo confirma de modo eloqüente o que acabo de asseverar. Tenham-se em mente disposições como a do art. 327, § 1º, do Código Penal e as dos arts. 437 e 438 do Código de Processo Penal. Estatui o primeiro: “Considera-se funcionário público, para efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública”⁵. Reza o segundo, por sua vez, na parte inicial, que “o exercício efetivo da função de jurado constituirá serviço público relevante”; e o terceiro declara criminalmente responsáveis os jurados, “nos mesmos termos em que o são os juízes de ofício, por concussão, corrupção ou prevaricação”. Esses textos só

⁴ Vide nossos trabalhos (anteriores à Lei nº 7.347, de 24.7.1985) *A proteção jurídica dos interesses coletivos, A legitimação para a defesa dos “interesses difusos” no direito brasileiro e Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos*, todos publicados in *Temas de Direito Processual*, Sexta Série, S. Paulo, 1984, respectivamente págs. 173 e segs., 183 e segs., 193 e segs.

⁵ Ao exemplificar, a doutrina inclui os jurados: HELENO FRAGOSO, *Lições de Direito Penal, Parte Especial*, vol. II, Rio de Janeiro, 1984, pág. 385; CELSO DELMANTO, *Código Penal comentado*, 3ª ed., Rio de Janeiro, 1991, pág. 493. Parece fora de dúvida que também se podem incluir os juízes classistas da Justiça do Trabalho.

se explicam à luz de uma concepção eminentemente publicística da função do jurado; e é oportuno lembrar que o art. 665 da Consolidação das Leis do Trabalho confere aos vogais das Juntas de Conciliação e Julgamento e aos seus suplentes, enquanto durar a investidura, as mesmas prerrogativas de que gozam os jurados.

Por outro lado, a associação civil que propõe uma ação civil pública para proteção de direito ou interesse supraindividual também está, embora sob outra forma, exercendo atividade pública. Na perspectiva em que aqui me coloco, ela se equipara às outras entidades mencionadas no art. 5º, *caput*, da Lei nº 7.437, alinhando-se, pois, ao lado do Ministério Público e de várias pessoas jurídicas de direito público. Não é à toa que se fala, nos Estados Unidos, de *Private Attorney General* para designar o particular que toma a iniciativa de propor ação destinada a proteger direito ou interesse supraindividual⁶. A expressão, que pode ser traduzida como “Ministério Público privado”, aponta obviamente no sentido de uma equiparação do papel desempenhado aí pelo particular ao do conferido pelo ordenamento àquele órgão estatal.

4. A questão assume aspectos mais delicados no que tange aos meios alternativos de solução de litígios. Em última análise, a consagração desses meios importa negar ao Estado a exclusividade do exercício, por seus órgãos judiciais, da função de compor conflitos de interesses. Tal exercício pode ser confiado - nalgumas hipóteses e sob certas condições, provavelmente com vantagem - a pessoas ou instituições estranhas aos quadros do Judiciário. Seria totalmente impróprio, no entanto, cogitar ao propósito de privatização da Justiça estatal, que continua a ser o que é.

Dirá alguém que *o processo* se privatiza; mas o asserto tira proveito do fato de ser um tanto equívoca a palavra “processo”, que não se emprega sempre para denominar precisamente a mesma e única realidade. Sem

⁶ Atribui-se a FRANK a cunhagem da fórmula, em decisão judicial (vide CAPPELLETTI, *The Role of the Ministère Public, the Prokuratura, and the Attorney General in Civil Litigation*, in CAPPELLETTI - JOLOWICZ, *Public Interest Parties and the Active Role of the Judge in Civil Litigation*, Milão - Dobbs Ferry, 1975, pág. 72, e *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford, 1989, pág. 283). Mas o respectivo uso tomou-se corrente na doutrina e na jurisprudência norte-americanas (HOMBURGER, *Private Suits in the Public Interest in the United States of America*, in HOMBURGER - KÖTZ, *Klagen Privater im öffentlichen Interesse*, Frankfurt am Main, 1975, págs. 52/3).

dúvida é lícito usá-la em sentido lato, a abranger outras manifestações da vida jurídica: a Constituição da República fala de “processo legislativo” (Título IV, Capítulo I, Seção VIII); e, de acordo com doutrina de peso, pode aludir-se a “processo” até com relação a figuras inscritas no círculo da atividade negocial⁷. Permito-me duvidar de que assim se concorra para tornar as coisas mais claras; o contrário parece-me bem mais provável. Em boa técnica, sempre que alguém opta pelo emprego largo do vocábulo, tem o dever de explicar-se: não é ao *processo* propriamente dito que se está fazendo menção, mas a outro fenômeno, que com ele terá semelhanças mais ou menos acentuadas, sem todavia com ele identificar-se.

Merece referência especial a arbitragem, que de todos os meios alternativos é o que mais se aproxima, por vários ângulos, do processo judicial. Não é esta a melhor oportunidade para retomar a conhecida discussão doutrinária sobre a natureza jurisdicional ou não da arbitragem. Certamente, a partir da Lei nº 9.307, de 23.9.1996, a argumentação favorável à tese da jurisdicionalidade ganha reforço na atribuição imediata, ao pronunciamento do(s) árbitro(s), de eficácia idêntica à da sentença do juiz estatal, abolida a necessidade de homologação por este (art. 31). Seja como for, sempre se tratará, justamente, de uma *alternativa* ao processo, e não do processo mesmo⁸, sem embargo da nítida afinidade entre os dois institutos. De outra parte, à semelhança dos jurados, ficam os árbitros equiparados aos funcionários públicos para fins penais (Lei nº 9.307, art. 17) - o que volta a sugerir que o caso é antes de *publicização* da função exercida pelo particular que de qualquer tipo de *privatização*.

⁷ FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, 8ª ed., Pádua, 1996, pág. 12, dá como exemplo o itinerário “*che mette capo alla delibera di un’assemblea di società*” (cf., para outras referências, págs. 10 e 13). Vide em CÂNDIDO DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, 5ª ed., S. Paulo, 1996, pág. 66, breve porém certa crítica a excessos no alargamento, além de tudo metodologicamente infrutífero, do conceito de “processo”.

⁸ Escreve FAZZALARI, ob. Cit., pág. 484: “*Gli arbitrati sono processi, perché vi partecipano i destinatari degli effetti del lodo (la pronuncia cui ciascuna di tali sequenze mette capo), sul piede di simmetrica parità: alla quale corrisponde la imparzialità del giudice*” (destaque do original). O asserto é coerente com a premissa do autor, para quem a essência do “processo” reside no desenvolvimento contraditório do *iter* de formação do ato final (vide pág. 12). Boas razões induzem, todavia, a preferir delimitação conceptual mais restritiva: afinal de contas, até numa deliberação familiar é possível, não raro, encontrar aquela característica (o pai ouve ambos os filhos em disputa, antes de decidir), mas não há vantagem alguma, teórica ou prática, em carrear fenômenos do gênero para o âmbito processual.

5. Do que ficou dito até este momento tira-se com facilidade uma ilação: no concernente ao processo, os fenômenos a cujo respeito se vem falando de “privatização”, independentemente do juízo que se faça sobre cada um deles, não parecem ministrar justificação cabal para o uso da palavra. O que se pode e deve reconhecer é a propensão do nosso tempo - com intensidade variável, segundo o lugar e a matéria - para envolver particulares na atividade de solução de litígios, quer na esfera judicial, quer fora dela. Rotular esse movimento de “privatização do processo”, ou “da Justiça”, no entanto, claramente se afigura pouco apropriado.

O emprego inadequado da locução, por si, já mereceria reparo: em direito, como em toda ciência, a precisão terminológica é fundamental. Há mais, contudo, e pior: o perigo de que espíritos desprevenidos ou mal intencionados tomem o mote ao pé da letra e, ao embalo de ondas ideológicas hoje em alta, se ponham a contrabandear para o território da justiça propostas econômicas da chamada “modernidade”. Nem se objete que o temor é descabido ou exagerado: em qualquer campo se concebe que ocorra, e tem de fato ocorrido ao longo da história, a exumação de idéias supostamente defuntas. Não é apenas na economia, ou na política, que de vez em quando se tenta (e se consegue) materializar fantasmas do passado: o direito está igualmente exposto ao risco, e com ele o processo, que não goza de imunidade especial.

Vale a pena recordar que, em época não muito distante - e à qual vai a nossa dando a impressão de querer assemelhar-se por mais de um prisma -, o processo civil costumava ser visto como “coisa das partes”⁹. Tal concepção, que prevaleceu na Europa até a primeira metade do presente século, ligava-se naturalmente à filosofia liberal individualista de que se impregnavam os sistemas políticos então dominantes, e encontrava alento numa peculiaridade do processo civil, como o concebiam e disciplinavam os países europeus: a de ter por exclusivo objeto litígios atinentes a relações jurídicas de direito privado - ao contrário, assinala-se, do que sucede entre nós. Daí a difundida convicção de que ele devia sujeitar-se à “soberania das partes” - reflexo do

⁹ Vide a respeito, entre outros muitos passos do autor, CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milão, 1962, vol. I, pág. 307, nota 8, e *Le grandi tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato*, in *Processo e ideologie*, Bolonha, 1969, pág. 194.

princípio da autonomia da vontade, entendido em termos praticamente absolutos. À luz de certos aspectos da recente evolução histórica, não será de estranhar que a alguns sorria a idéia de ressuscitar essa moda. Eis por que julgo bem oportuna a reintrodução do assunto em nossas cogitações atuais.

6. Na verdade, não é preciso ir muito longe para perceber a inconsistência do pensamento que desvaloriza o elemento publicístico do processo civil. Nada importa que ele verse sobre matéria de direito privado, consoante pode acontecer, embora não aconteça necessariamente, em nosso ordenamento jurídico. O *litígio* será talvez privado, mas daí não se segue que seja igualmente privado o *processo* a ele relativo. Tenho consciência de estar proclamando obviedades, dignas do Conselheiro Acácio: o óbvio, entretanto, é às vezes a coisa mais difícil de enxergar com nitidez.

Bastaria, desde logo, atentar em que, seja qual for a natureza da lide, ao instaurar-se processo, vai ocupar-se dela um órgão estatal, com a conseqüente necessidade, que se impõe ao Estado, de manter para esse fim um aparelho dispendioso, valendo-se de recursos oriundos da contribuição de toda a sociedade. Imagine-se a quantidade de dinheiro que o Estado pouparia se, enlouquecido, se animasse a abolir juízos e tribunais! Alguém objetará que também diminuiria a receita, com o desaparecimento de tributos do tipo da taxa judiciária. Sabemos todos, porém, que a arrecadação correspondente a tais tributos, cobrados exclusivamente dos usuários - aliás, com notórias exceções - de modo nenhum é suficiente para o custeio do serviço da Justiça.

7. Esse, todavia, é só o início de uma longa história, que tentarei abreviar. Há quem se incline a raciocinar como se um litígio entre particulares fosse algo que unicamente a eles interessasse. Grave engano: o simples fato de ver-se o conflito submetido à decisão do juiz converte o assunto em matéria de interesse geral¹⁰. Não é difícil compreender por quê.

¹⁰ Conservam atualidade as palavras de BERNHARDT, *Die Aufklärung des Sachverhalts im Zivilprozess, in Beiträge zum Zivilprozessrecht (Festgabe zum siebzigsten Geburtstag von Leo Rosenberg)*, Munique - Berlim, 1949, pág. 30: “eine Streitsache, die der staatlichen Gerichtsbarkeit unterbreitet ist, keine Privatsache mehr ist (uma lide submetida à Justiça estatal deixa de ser matéria puramente privada)” e ainda: “Durch die Anrufung des Gerichts ist die Streitsache aus dem privaten Bereich gezogen und zu einer öffentlichen Angelegenheit geworden (por força do recurso ao juiz, a lide afastou-se do terreno privado e converteu-se em assunto público)”.

Em primeiro lugar, o próprio desenrolar do feito pode envolver, e com certa frequência envolve - além de funcionários e assimilados - pessoas e entidades, privadas e públicas, que se vêem convocadas, nas mais diversas situações, a colaborar com a Justiça, apesar de tão estranhas aos quadros oficiais quanto à lide. Vejamos rapidamente alguns exemplos, que com facilidade se multiplicariam: suspeito de ocultação o citando, qualquer pessoa da família, ou um vizinho, recebe intimação para avisá-lo da hora em que, no dia seguinte, voltará o oficial de justiça, a fim de consumar a citação (Código de Processo Civil, art. 227); terceiro em cujas mãos esteja documento ou outra coisa útil à instrução do processo pode ver-se compelido a exhibir aquele ou esta em juízo (arts. 341, nº II, e 362); intima-se o devedor do executado para que não pague a seu credor (art. 671); o empregador do devedor de alimentos tem de proceder ao desconto, em folha de pagamento, da importância da prestação devida ao alimentando (art. 734); o construtor e os operários são intimados a respeitar o embargo inicial, na nunciação de obra nova (art. 938) - e assim por diante. No que tange a entidades e órgãos, bastará mencionar a imprensa, oficial ou não (arts. 232, nº III, 687, 688, 799), os correios (arts. 222/223, 237, nº II, 525, § 2º), a polícia (arts. 445, nº III, 461, § 5º, *fine*, 662/663), os bancos (arts. 666, nº I, 1.219). Acrescente-se a Administração Pública, não raro obrigada a prestar colaboração em processos entre particulares (arts. 399, nº I, 434, parágrafo único, 1ª parte, 734).

Posição especial, naturalmente, ocupam as testemunhas, que, intimadas, não podem furtar-se ao dever de depor, sob pena de condução à força e responsabilidade pelas despesas do adiamento da audiência (art. 412, *caput*). Aliás, qualquer terceiro deve informar o juiz dos fatos e circunstâncias que conheça e sejam relevantes para a solução de algum pleito (art. 341, nº I).

8. O ordenamento nacional admite sem reboço a existência de interesse *público* no desenvolvimento e no desfecho de processos entre particulares. Não é outra a razão de tornar-se obrigatória, seja ou não parte uma pessoa jurídica pública, a intervenção do Ministério Público, em função de *custos legis*, nas hipóteses do art. 82, nºs I, II e III, do Código e noutras previstas em disposições especiais, inclusive de leis extravagantes: v.g., Dec.-lei nº 7.661 (falência), de 21.6.1945, art. 210; Lei nº 7.347, de 24.7.1985 (ação civil pública), art. 5º, § 1º; Lei nº 9.507, de 12.11.1997 (*habeas data*), art. 12.

Outras vezes, é a própria lei que *cria* para estranhos ao feito, e até para a inteira coletividade, o interesse na decisão de litígios do gênero. O fenômeno alcança o apogeu nos casos - de crescente ocorrência em nosso direito, registre-se - em que se atribui à sentença, sob determinadas condições, a autoridade de coisa julgada material *erga omnes*: assim, por exemplo, no art. 103, nºs I e III, da Lei nº 8.078, de 11.9.1990 (Código de Defesa do Consumidor). De resto, mesmo fora dessas hipóteses, é manifesta a possibilidade de ver-se tocado pela sentença o interesse de terceiro(s); de outro modo não se justificaria o instituto da assistência (Código de Processo Civil, arts. 50 e segs.), nem se entenderia a inclusão do “terceiro juridicamente interessado” entre os legitimados à ação rescisória (art. 487, nº II).

9. Quanto acima resumidamente se expôs basta de sobra para evidenciar a enorme distância a que fica da realidade a idéia de que apenas aos próprios litigantes interessa o processo em que contendem particulares. Mas há outros dados que, dizendo respeito a relações menos diretas entre ele e terceiros, nem por isso carecem de importância.

Exemplo significativo ministra aqui o desenvolvimento jurisprudencial do direito. Ninguém ignora quanto devem os ordenamentos jurídicos à contribuição da jurisprudência. Institutos de superlativa importância para a sociedade nasceram e floresceram à sombra das decisões judiciais, antes que (ou sem que) deles se ocupasse o legislador. O fato é conhecidíssimo; aqui, porém, o que urge ressaltar é a circunstância de que, amiúde, foi de sentenças proferidas em causas de duas simples pessoas físicas que nasceu o filete, depois convertido em caudal, do processo inovador. Deu-se isso, em nosso país, com o concubinato: utilizando o instrumento técnico da “sociedade de fato”, os tribunais reconheceram como digno de tutela o interesse da concubina em época na qual faltavam por completo, ou quase, textos legais expressos; e a introdução de disposições específicas deveu-se, em grande parte, ao influxo do movimento jurisprudencial. Mas com razão se diz que a mais longa viagem pode começar por um pequeno passo: assim a transformação do panorama teve início com a decisão, aparentemente despreziosa, por força da qual um Caio qualquer viu dividido com uma obscura Tícia o produto patrimonial dos esforços comuns da convivência não formalizada.

10. Conforme bem se compreende, o fenômeno atinge dimensões especialmente vistosas nos ordenamentos que conferem força vinculativa aos precedentes judiciais: é o caso do norte-americano, onde por isso mesmo o embaraço da escolha dificulta a exemplificação, tão abundante se apresenta a massa de episódios sugestivos. Em numerosos assuntos, ninguém o ignora, a jurisprudência da Suprema Corte, para o bem ou para o mal, por tempo maior ou menor, determinou (e não raro alterou radicalmente) a direção da vida social dos Estados Unidos; ora, estão longe de ser poucos, dentre os de mais intensa repercussão, os pronunciamentos que vieram à luz em pleitos travados entre particulares.

A sorte do regime salarial do trabalho das mulheres sofreu forte e demorada influência do acórdão em *Adkins v. Children's Hospital*, de 1923¹¹; a história da conciliação entre a liberdade de expressão e o direito à preservação da intimidade passa necessariamente pelo julgamento de *New York Times Co. v. Sullivan*, em 1964¹²; a das relações entre uma empresa e a sindicalização dos empregados, pelo de *Textile Workers Union v. Darlington Manufacturing Co.*, no ano seguinte¹³. Plenamente se justifica a afirmação, feita há muito sob variadas formas, e reiterada em nossos dias¹⁴, de que as decisões dos tribunais superiores desempenham dupla função: a de resolver lides e a de regular o futuro - o futuro de milhares, talvez milhões de pessoas, profundamente afetado por aquilo que, à primeira vista, se teria por decidido para duas únicas.

11. Os Estados Unidos, contudo, não podem gabar-se de singularidade nesta matéria. Sabe-se que, mesmo sem prestar vassalagem ao *stare decisis*, os ordenamentos de quase todos os países se têm deixado modelar ou remodelar, em zonas sensíveis, pela jurisprudência. Para tanto concorre

¹¹. Vide ao propósito SCHWARZ, *A History of the Supreme Court*, Nova Iorque - Oxford, s/d, págs. 218/9. O autor classifica de “*devastating*” o impacto produzido por essa decisão no campo da legislação social.

¹². Referência colhida em EDILSON PEREIRA DE FARIAS, *Colisão de direitos*, Porto Alegre, 1996, pág. 142 (cf., aí, a nota 404).

¹³. Cf. WELLINGTON, *Interpreting the Constitution*, New Haven - Londres, 1991, págs. 32/3.

¹⁴. Por exemplo, em WELLINGTON, ob. cit., pág. 3: “*All appellate courts, including the Supreme Court, perform a dual function: they resolve disputes and they regulate the future. A court's decision purports to justify the result in the controversy before it and to guide the behavior of others - whether private individuals, corporate officers, or public officials - who someday may wish to avoid similar controversy*”.

a generalizada inclinação de juízes e tribunais de segundo grau para seguir, nas questões de direito, as diretrizes traçadas pelas cortes de mais alta hierarquia: tenha-se em vista, entre nós, o prestígio de que gozam - até em pontos em que talvez não o mereçam... - as *Súmulas* do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Não é de surpreender, por conseguinte, que construções pretorianas, aviadas à margem da lei, e às vezes contra a respectiva letra, hajam terminado por impelir a rumos novos, porventura inesperados, a comunidade social. E repita-se: tudo pode (e costuma) brotar de processos referentes a litígios privados.

Rememoremos, nessa perspectiva, uma vicissitude do direito alemão. É fato bastante conhecido a hiperinflação que assolou a Alemanha nos anos subseqüentes à primeira guerra mundial; tão violenta foi a depreciação monetária, que um dólar chegou a valer 4 milhões de marcos! Liberava-se uma hipoteca entregando ao credor quantidade de papel-moeda insuficiente para a compra de um pedaço de pão. Pois bem: foi justamente por aí que despontou a reação judicial. Rompendo com o princípio nominalista, sobre o qual repousava a tradição nacional, o Tribunal do Império (*Reichsgericht*) decidiu reajustar - corrigir, dir-se-ia em tempos mais recentes - uma dívida hipotecária, depois outra, e mais outra, revolucionando, por assim dizer, a história jurídico-monetária do país¹⁵. Fossem quais fossem as objeções técnicas cabíveis, deu-se solução a gravíssimo problema social e ético, que afligia toda a nação, a partir de simples contenda entre um devedor e um credor - hoje, para nós, anônimos.

E voltemos à nossa própria história jurídica. Em matéria de responsabilidade civil, a partir de certo instante, tornou-se evidente que, nas hipóteses de dano causado por preposto, a via única para tutelar de maneira adequada o interesse da vítima consistia em fazer responder pela reparação o empregador, em regra patrimonialmente capaz, ao contrário do empregado, de cumprir uma condenação ou de suportar uma execução. Havia, entretanto, o obstáculo, intransponível na aparência, do art. 1.523 do Código Civil, cujo teor literal exigia do lesado que provasse a culpa do empregador - ônus de difícil cumprimento, a bloquear na prática toda e qualquer expectativa de reparação concreta. Mais uma vez foram os tribunais que abriram o

¹⁵ Vide a respeito NÖRR, *Le juge allemand face au défi des réalités: guerre mondiale, inflation, ré-valuation*, trad. franc., no vol. coletivo *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes*, Paris, 1996, págs. 263/4.

caminho, e ao tratar de incidentes que - pelo menos de começo - pareciam interessar exclusivamente aos particulares em conflito. Enquanto grande parte da doutrina se debatia em hamletianas perplexidades, a jurisprudência, limando a grade do art. 1.523, apontou a saída: presumir-se a culpa do patrão ou comitente, tal qual hoje se lê na proposição nº 341 da *Súmula* do Supremo Tribunal Federal. Semelhante construção, de alicerces fincados sem dúvida no solo de embates privados, repercutiu com intensidade notória na vida da coletividade.

12. Seria fácil reforçar com outras as observações registradas até agora. Essas, no entanto, parecem suficientes para fundamentar uma conclusão: falar em “privatização do processo” é usar expressão, nalguns casos, inadequada; noutros, falsa; em todos, perigosa. Sinto vontade de incluí-la numa lista de modernas invenções do demônio, ao lado das assembléias de condomínio, dos formulários de declaração de renda (melhor: dos formulários em geral) e da maioria dos programas da televisão. Advirto-me a tempo, no entanto, de que Satanás é demasiado inteligente e tem muito que fazer para ocupar-se com coisas tão reles. Serão elas, antes, invenções da própria parvoíce humana, de fertilidade sabidamente inesgotável.

E aqui também me dou conta de que estou a pique de renegar a profissão de fê com que comecei esta palestra. Algum dos presentes já estará a imaginar-me de cara rubra, aos gritos, cidade afora, carregando faixa com os dizeres “Privatização do processo, não”, seguidos daquele mesmo ponto de exclamação que me comprometera a evitar - na esperança, quem sabe, de arrastar atrás de mim não digo multidões, mas pelo menos um ou outro aficionado de passeatas, momentaneamente disponível... Salva-me da tentação a lembrança de certa página de Machado de Assis, em que o mestre do estilo - e não só do estilo -, surpreendendo-se na iminência de, contra seus hábitos, carregar demais nas tintas, dirige um alerta a si próprio, mais ou menos assim: “Ui! Já me ia escapando a ênfase”. Enfio a carapuça e abandono a pauta enfática.

Para dar às minhas palavras fecho mais ameno, mais condizente com o clima e a hora - espanto-me de ver que tanta gente preferiu este salão à praia -, recordarei pilhéria dita por eminente processualista, presidente da Associação Internacional de Direito Processual, quando lhe coube enunciar as conclusões de uma sessão do Simpósio Internacional sobre a Justiça

Civil na Era da Globalização, realizado há seis anos em Tóquio. Depois de advertir em tom sério que, ao reformar a Justiça civil, não devemos esquecer que ela ainda é um serviço público, confessava o ilustre professor, ironicamente, o receio de ver algum dia escrito acima da porta de entrada de um tribunal: “Os julgamentos de hoje serão realizados num oferecimento de Coca-Cola”...¹⁶ ◆

¹⁶ Eis o trecho completo de STORME, no original: “*Finally, I wish to stress that in reforming civil justice, we should not forget that Justice is still a public service. We must sound a warning of the dangers inherent in a general ‘privatization of justice’. Let me say with the utmost frankness that I fear the day when, on entering a court, we read above the entrance door: ‘Today judgments will be rendered by this Court by courtesy of Coca-Cola’*” (no vol. cit. em a nota 2, *supra*, pág. 277).

Assistência Jurídica Gratuita (Ligeiras anotações em torno de algumas questões polêmicas)

WILSON MARQUES

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

1. **Insuficiência de Recursos (A questão da prova)** - O artigo 4º da Lei nº 1.060, de 05.02.50, na redação que lhe deu a Lei nº 7.510, de 04.07.86, estabelece que:

“A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família”.

O seu parágrafo 1º acrescenta que:

“Presume-se pobre, até prova em contrário, quem afirmar essa condição, nos termos desta lei, sob pena de pagamento de até o décuplo das custas judiciais.”

A Constituição Federal de 1988 dispôs sobre a matéria no artigo 5º, LXXIV, que está assim concebido:

“O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.”

Há quem sustente que, ao admitir a concessão do benefício somente “aos que comprovarem insuficiência de recursos”, a Carta Magna revogou o artigo 4º da Lei nº 1.060, na redação de 1986, e restaurou o regime anterior, no qual se exigia do requerente a comprovação de carência, como condição inafastável da concessão de assistência judiciária gratuita.

“É de rejeitar semelhante entendimento”, diz, com muita lucidez, o Prof. José Carlos Barbosa Moreira, que logo acrescenta:

“Nada faz crer que o legislador constituinte, ao elaborar um diploma profundamente marcado - com todos os defeitos que se lhe possam imputar - pela preocupação com o social, haja querido dar marcha-à-ré em processo evolutivo, como o de que se cuida.”

(Temas de Direito Processual, Quinta Série, p. 60)

Em acórdão de 30.08.90, no Agravo Regimental nº 34/90, no Mandado de Segurança nº 137/90, o Órgão Especial do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, à unanimidade dos votos da turma julgadora, reconheceu como subsistente a presunção de necessidade, decorrente da mera declaração do interessado.

Invocou-se, no julgado, como suporte da decisão, o artigo 30 da Constituição Estadual, que assim dispõe:

“O Estado obriga-se, através da Defensoria Pública, a prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.”

“Parágrafo 2º: Comprova-se a insuficiência de recursos com a simples afirmação do assistido, na forma da lei”.

É, pois, insustentável o entendimento de acordo com o qual, após o advento da Constituição Federal de 1988, a assistência judiciária gratuita somente é assegurada aos que comprovarem insuficiência de recursos, não sendo suficiente, a simples afirmação de carência, nos moldes da Lei nº 1.060/50.

Isso, todavia, não exclui a necessidade de prova da insuficiência dos recursos, como condição inafastável para obtenção do benefício, nos casos em que, pela própria condição do requerente, milite, em seu desfavor, presunção *hominis* de que não se trata de pessoa carenciada.

Assim, v.g., nos casos de assistência gratuita requerida por comerciante, médico, advogado, proprietário de imóveis e semelhantes.

2. Condenação do Beneficiário da Assistência Judiciária Gratuita no Pagamento dos Encargos da Sucumbência (Cabimento) - Indaga-se se, vencido, o beneficiário da assistência judiciária gratuita, pode ser condenado no pagamento das custas processuais despendidas pelo adversário e no de honorários do advogado contratado pelo vencedor.

Impõe-se a resposta afirmativa.

A atuação da lei não pode representar diminuição patrimonial para a parte a cujo favor ela se efetiva.

Desse modo, o beneficiário da assistência judiciária gratuita está dispensado de adiantar as custas do processo e de pagar os honorários do seu advogado, mas, uma vez vencido, aquela circunstância não o libera da obrigação de reembolsar as custas do processo e os honorários advocatícios desembolsados pelo adversário.

Outro entendimento, reduzindo economicamente a expressão do direito material reconhecido na sentença, implicaria em verdadeiro atentado ao bom senso, consistente em onerar o vencedor com os efeitos da pobreza do perdedor.

A tese tem sido perfilhada por jurisprudência copiosa:

Tribunal de Justiça de São Paulo:

6ª Câmara, 25.02.76, *Apelação nº 212.789, rel. Des. Tomaz Ferreira Rodrigues, Rev. dos Tribunais, vol. 489, pág. 61.*

4ª Câmara, 16.06.77, *Apelação nº 261.878, Rel. Des. Henrique Augusto Machado, Rev. de Jurisprudência do TJ-SP, vol. 47, pág. 120.*

6ª Câmara, 28.09.78, *Apelação nº 272.137, Rel. Des. Yussef Said Cahali, Rev. de Jurisprudência do RJ-SP, vol. 54, pág. 36.*

Tribunal de Alçada Cível do Estado do Rio de Janeiro:

4ª Câmara, 18.03.80, *Apelação nº 47.003, Rel. Juiz Dilson Navarro, Adcoas, 1981, nº 76.317.*

7ª Câmara, 09.04.80, *Apelação nº 49.492, Rel. Juiz Narcizo Pinto, Adcoas, 1981, nº 76.193.*

Também:

Alexandre de Paula, “O Processo Civil à Luz da Jurisprudência”:

Volume I :

1.271, 1.274, 1.275, 1.276, 1.276A, 1.276B, 1.277, 1.278

Volume IX

20.149, 20.150, 20.154, 20.154-A, 20.155, 20.159, 20.169, 20.161, 20.161A, 20.161B, 20.163, 20.164, 20.166, 20.167.

3. Condenação com a Ressalva do Artigo 12 da Lei 1.060/50 (Descabimento) - Com muita freqüência, juízes e tribunais, quando condenam os beneficiários da assistência judiciária gratuita no pagamento dos encargos da sucumbência, condicionam a exigibilidade destes à perda, pela parte vencida, da condição legal de necessitada, na forma do disposto no artigo 12 da Lei nº 1.060, de 05.02.50, com o qual tem relação (aparente) o artigo anterior - 11, § 2º- do mesmo diploma legal.

A nosso aviso, a chamada “ressalva do artigo 12” não tem o menor cabimento.

Este artigo 12 da Lei nº 1.060, de 05.02.50 - está assim concebido, *verbis*:

“A parte beneficiada pela isenção de pagamento das custas ficará obrigada a pagá-las, desde que possa fazê-lo sem prejuízo do sustento próprio ou da família. Se, dentro de cinco anos, a contar da sentença final, o assistido não puder satisfazer tal pagamento, a obrigação ficará prescrita.”

Ao contrário do que, às vezes, se tem entendido, com a regra, o que se pretendeu dizer foi que a parte que não adiantou o pagamento das custas, porque obteve os benefícios da assistência judiciária gratuita, ficará obrigada a pagá-las, *ao Estado*, que não as recebeu, se, dentro de cinco anos, perder a condição de necessitado.

Se não a perder, no quinquênio, “a obrigação ficará prescrita” e o Estado perderá, em definitivo, o direito de exigir o pagamento das custas a que fazia jus.

Parece claro, portanto, que o discutido artigo 12 da Lei nº 1.060, de 05.02.50, dispõe sobre relação jurídica que vincula o carente de recursos ao Estado, nada tendo a ver com a parte contrária contra quem litiga, no processo, para o qual a gratuidade foi concedida.

Ininvocável, na espécie, igualmente, para os mesmos fins, a regra conexa do artigo 11, § 2º, da mesma Lei nº 1.060, de 05.02.50.

De acordo com este dispositivo legal,

“A parte vencida poderá acionar a vencedora para reaver as despesas do processo, inclusive honorários do advogado, desde que prove ter a última perdido a condição legal de necessitada”.

“Essa disposição, aparentemente absurda (a parte vencida poderá acionar a vencedora !!!) - diz Theotônio Negrão - fazia sentido no regime anterior ao da Lei nº 4.632, de 18.05.65, que instituiu o princípio da sucumbência para todas as causas cíveis.

Antes dela, em certos casos, a parte vencida poderia ser condenada a pagar os honorários de advogado só porque o vencedor era beneficiário da justiça gratuita, embora ficasse isenta dessa condenação se não ocorresse tal circunstância”. (Nota nº 4, ao artigo 11, da Lei nº 1.060, de 05.02.50, *in* Código de Processo Civil e Legislação Complementar em vigor, 25a. edição, pág. 785).

Com o advento da Lei nº 4.632, de 18.05.65, que deu novo tratamento à condenação no pagamento dos encargos da sucumbência, então regulada, em termos diferentes dos atuais, pelo Código de Processo Civil de 1939, ficou superada a regra do artigo 11, § 2º, da Lei nº 1.060, de 05.02.50, porque,

a partir de então, a condenação do vencido no pagamento de honorários de advogado, passou a depender, exclusivamente, do fato objetivo da derrota de um e da vitória de outro e a não depender, em caso algum, de o vencedor ser beneficiário da gratuidade de justiça.

4. Concessão de Gratuidade à Parte que vem a Juízo Representada por Advogado Particular, de sua Livre Escolha (Cabimento) - Certos julgados têm negado os benefícios da assistência judiciária gratuita à parte que vem a juízo representada por advogado particular, de sua livre escolha.

Sustenta-se que somente podem gozar do benefício os patrocinados pela Defensoria Pública.

Estamos convencidos de que esse entendimento não merece sufrágio.

Como bem decidiu o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão estampado no Boletim AASP 1.703/205, o fato de a parte ter indicado advogado para patrocinar-lhe a causa não lhe retira o direito à assistência judiciária gratuita, pois, para gozar dos benefícios desta, não está obrigada a recorrer aos serviços da Defensoria Pública.

Se não fosse assim, a lei não estabeleceria que “será preferido para a defesa da causa o advogado que o interessado indicar e que declare aceitar o encargo” (Lei 1.060, de 5.2.50, artigo 5º, parágrafo 4º).

Objetar-se-á, talvez, que a preferência pelo advogado indicado pelo interessado somente ocorrerá nos casos em que a nomeação couber ao juiz, por não haver, no local, serviço de assistência judiciária, mantido pelo Estado, nem subseção da Ordem dos Advogados do Brasil (§§ 2º e 3º do artigo 5º da Lei nº 1.060, de 5.2.50).

Já no caso de haver, na localidade, serviço de assistência judiciária, organizado e mantido pelo Estado, ou Seção Estadual, ou Subseção Municipal, a esses órgãos caberá, com exclusividade, a indicação do advogado, sem nenhuma possibilidade de a parte, nessa eventualidade, indicar profissional de sua escolha, com preferência sobre os indicados por aqueles órgãos.

O texto legal, um tanto ambíguo, realmente dá margem à essa interpretação, mas, não afasta, de modo algum, a de que a indicação do advogado, pelo interessado, excluirá, em qualquer caso, a possibilidade de funcionar, no feito, qualquer outro causídico, indicado pelo Estado, pela OAB ou pelo juiz.

Em suma, tudo está em saber se, no § 4º, a lei abriu uma exceção apenas ao § 3º, ou, se, ao contrário, o seu alcance é mais amplo, afastando a incidência, também, dos §§ 1º e 2º.

Data venia de respeitáveis opiniões em sentido contrário, entendemos que merece acolhimento esta última exegese, não apenas por razões de ordem pragmática, facilmente compreensíveis, mas, sobretudo, porque entendemos que a lei não pode ter tido a intenção de impor ao necessitado, como condição de concessão do benefício, patrono que ele não escolheu e que talvez nem mereça a sua confiança, afastando, sem nenhuma razão justificável, a possibilidade de o carenciado fazer-se representar por advogado que escolheu, exatamente porque nele deposita a confiança que não lhe inspira o advogado que lhe foi imposto.

Essa, aliás, é a jurisprudência predominante na Casa.

Assim :

1ª Câmara - MS 719-91 - Rel. Des. Menezes Direito

1ª Câmara - AI 659-93 - Rel. Des. Paulo Fabião

2ª Câmara - AI 532-89 - Rel. Des. Thiago Ribas Filho

2ª Câmara - MS 472-89 - Rel. Des. Thiago Ribas Filho

2ª Câmara - AI 226-93 - Rel. Des. Lindberg Montenegro

4ª Câmara - AI 815-86 - Rel. Des. Rui Octávio Domingues

5ª Câmara - MS 914-90 - Rel. Des. Narcizo Pinto

5ª Câmara - AI 499-89 - Rel. Des. Hélivio Perorazio

5ª Câmara - AI 1335-89 - Rel. Des. Humberto Manes

6ª Câmara - AI 1158-89 - Rel. Des. Cláudio Lima

6ª Câmara - AI 411-94 - Rel. Des. Luiz Eduardo Rabello

6ª Câmara - AI 391-95 - Rel. Des. Luiz Carlos Perlingeiro

7ª Câmara - AI 459-89 - Rel. Des. Rebello de Mendonça

8ª Câmara - AI 1311-91 - Rel. Des. Geraldo Batista

5. Intimação Pessoal do Defensor Público, em Exercício no Primeiro Grau de Jurisdição, para Apresentação de Contra Razões pelo Agravado (Descabimento) - Durante o processamento de recursos de Agravo de Instrumento, os agravados, por intermédio de Defensores Públicos em exercício no segundo grau de jurisdição, têm requerido aos relatores a expedição de ofícios dirigidos aos Juízos de Direito por onde correm os feitos originários, determinando a S.Exas. que promovam a intimação pessoal dos Defensores Públicos, em exercício no primeiro grau de jurisdição, para que

apresentem contra-razões de agravados, devolvendo-se-lhes, para tal fim, o prazo legal de resposta.

Esses requerimentos devem ser indeferidos.

O artigo 527, III, do Código de Processo Civil, na redação que lhe deu a Lei nº 9.139, de 30.11.95, estabelece que “recebido o agravo de instrumento, no Tribunal, e distribuído incontinenti, se não for caso de indeferimento liminar (artigo 557), o relator: I: II: III: intimará o agravado, na mesma oportunidade, por ofício dirigido ao seu advogado, sob registro e com aviso de recebimento, para que responda, no prazo de 10 (dez) dias, facultando-se-lhe juntar cópias das peças que entender convenientes; nas comarcas sede de tribunal, a intimação far-se-á pelo órgão oficial.”

Nos casos de agravado representado pela Defensoria Pública, a intimação, para os mencionados fins, obviamente não poderá ser feita por ofício, nem por publicação no órgão oficial, uma vez que o artigo 5º, parágrafo 5º, da Lei nº 1.060, de 5.2.50, acrescido pela Lei nº 7.871, de 8.11.89, confere ao Defensor Público a prerrogativa de “intimação pessoal, para ciência de todos os atos do processo...”

Mas também não poderá ser feita, como se tem pretendido, através de ordem do relator, dirigida ao juiz do primeiro grau de jurisdição, para que determine a intimação pessoal do Defensor Público em exercício no referido juízo, para que apresente contra-razões, em prazo devolvido.

Como o referido artigo 5º, parágrafo 5º, da Lei nº 1.060, de 5.2.50, estabelece que.... “o Defensor Público...será intimado pessoalmente, de todos os atos do processo, *em ambas as instâncias...*” a adoção da providência pleiteada pelo agravante importaria em derrogação daquele dispositivo legal, que passaria, a partir daí a vigorar com a seguinte redação:

“... O Defensor Público...será intimado pessoalmente de todos os atos do processo, em ambas as instâncias, exceto no caso de agravo de instrumento, em que a intimação será feita através de ordem do relator, dirigida ao juiz do primeiro grau de jurisdição, para que determine a intimação pessoal do Defensor Público em exercício no juízo, para que apresente contra-razões”.

A expedição de ordem do relator dirigida ao juiz, para o referido fim, a intimação do Defensor Público do primeiro grau de jurisdição, para apresentação de contra-razões, a devolução do prazo recursal à parte beneficiária da assistência judiciária gratuita, tudo isso, como é de primeira evidência,

importaria, igualmente, em introduzir modificações no procedimento recursal do agravo, tal como regulado, atualmente, pelo Código de Processo Civil.

Ora, a competência para legislar sobre direito processual é privativa da União Federal (Constituição Federal, artigo 22, I)

Não dispõem de competência para modificar leis federais os órgãos do Poder Judiciário e, muito menos, os relatores dos recursos.

De resto, os problemas de ordem administrativa, geralmente ligados a dificuldades de comunicação entre os Defensores Públicos do segundo grau e do primeiro, chamados à colação, para justificar os requerimentos formulados para os fins indicados, na verdade não apresentam a magnitude que se lhes têm procurado emprestar, pois podem ser facilmente solucionados com um mínimo de interação entre a Defensoria Pública do segundo e do primeiro grau de jurisdição.

No tempo em que as pessoas se comunicavam através de mensagens transportadas em lombo de burro, aqueles problemas certamente seriam de difícil solução.

Hoje, no entanto, com tantos avanços no campo das comunicações e das telecomunicações - rádio, telefone, fax, *e-mail*, Internet etc. - não se duvida que a Defensoria Pública saberá como superar as dificuldades que, em decorrência da aplicação do novo texto legal, está encontrando no cumprimento da sua nobre missão.

Não por outra razão, o Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro tomou partido na discussão, sufragando a tese que nos parece a mais acertada, ao dispor, no seu artigo 206, parágrafo 2º, que:

“Quando a parte agravada for o Ministério Público ou assistida pela Defensoria Pública, as intimações para responder serão realizadas na pessoa dos respectivos representantes dos órgãos de atuação em exercício no segundo grau de jurisdição”.

6. Concessão dos Benefícios da Assistência Judiciária Gratuita à Pessoas Jurídicas e Formais (Cabimento) - Não se comunga do entendimento de alguns de que o benefício da assistência judiciária gratuita somente pode ser deferido às pessoas físicas.

É bem verdade que a preocupação da Lei nº 1.060, de 1950, que trata da matéria, a nível infraconstitucional, é com as pessoas físicas, como se infere do uso, pelo texto legal, de expressões como “necessitados”

(artigo 2º), “os nacionais e estrangeiros” (artigo 2º) e “sem prejuízo do sustento próprio ou da família” (artigo 2º, parágrafo único).

Mas, ao menos de forma categórica, a lei não exclui a possibilidade de concessão do benefício às pessoas jurídicas e às chamadas pessoas formais, como o condomínio do edifício de apartamentos, a massa falida, a herança jacente etc. etc., os quais podem perfeitamente carecer de meios para prover às despesas do processo, sem sacrifício da sua própria estabilidade e manutenção.

A presunção de pobreza, no entanto, não socorre as pessoas jurídicas e as formais, as quais, segundo o *id quod plerumque accidit*, somente em situações excepcionais podem ser consideradas “pobres”, no sentido da lei, a justificar, nessas situações excepcionais, e somente nelas, a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita.

Como o ordinário se presume, mas o excepcional precisa ser provado, tais pessoas, ao contrário do que ocorre com as pessoas físicas, somente podem obter gratuidade de justiça se provarem que, fugindo ao que ordinariamente ocorre, não estão em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado sem prejuízo da sua própria manutenção.

7. Recurso Interponível Contra Decisão Concessiva ou Denegatória dos Benefícios da Assistência Judiciária Gratuita (Definição) - No sistema originário da Lei nº 1.060, de 05.02.50, a assistência judiciária gratuita era pleiteada, sempre, em petição inicial própria, autuável em apartado, e geradora de outro processo, incidental embora, a que o juiz dava fim quando deferia ou indeferia o requerimento (artigo 4º).

Como o ato através do qual o juiz dá fim a processo - incidental ou não - é sentença, de que cabe apelação, a lei especial, coerentemente, estabelecia que “caberá apelação das decisões proferidas em consequência da aplicação desta lei” (artigo 17).

Ocorre que lei superveniente - de nº 7.510, de 04.07.86 - veio permitir a formulação do pedido pela via incidental, nos mesmos autos e no mesmo processo, sem necessidade da formação de outros.

Utilizada a franquia legal, é evidente que, ao deferir ou indeferir o pedido de assistência judiciária gratuita, o juiz está resolvendo um mero incidente do processo, que não acaba, antes continua, e, ao fazê-lo, profere decisão interlocutória, de que cabe recurso de agravo de instrumento, não o de apelação. (Código de Processo Civil, artigos 162, § 3º, e 522).

Corretamente, assim decidiu o TFR, em acórdão de que foi relator o Ministro José Dantas (3ª Turma, Ag.52.939-SP, julgado em 16.06.87, DJU 03.09.87, pág. 18.130) e o STJ, em acórdão de que foi relator o Ministro Athon Gusmão Carneiro (4ª Turma, Recurso Especial nº 7.641-SP-julgado em 01.10.91, DJU 11.11.91, p. 16.150).

Nos outros casos, ou seja, naqueles em que a parte preferir seguir o modelo antigo, formulando o seu pedido de assistência judiciária gratuita através de processo incidental, o recurso cabível contra a decisão concessiva ou denegatória do benefício será a apelação, nos exatos termos do artigo 17 da Lei nº 1.060, de 5.2.50, que continua em vigor. ◆

A Prestação Jurisdicional como Pedagogia Social*

PAULO NADER

Professor e Juiz de Direito

1. **Práticas pedagógicas e formação de hábitos** - *Pedagogia é a ciência da educação* e esta é processo de incorporação de atitudes; é criação progressiva de hábitos afetos aos modos de ser, sentir, pensar e agir e o seu aperfeiçoamento conduz ao refinamento do espírito. É menos assimilação de práticas definidas e mais a adoção de princípios extraídos da Moral, Regras de Trato Social, Direito e Religião. Em sentido amplo, engloba um acervo de conhecimentos e aptidão para adquiri-los, daí se dizer, por exemplo, *educação jurídica*. O seu aprendizado se faz empírica e racionalmente e o meio ambiente, formado notadamente pela Família, Escola e Igreja, atua como poderoso fator modelar. O processo educacional, abrangente e ininterrupto, se insere no *mundo da cultura*, pois constitui criatividade humana. Os diversos órgãos do Estado exercem, em nível diverso, algum tipo de condicionamento da conduta e entre eles figura o Poder Judiciário, que atua sobre o largo espectro de interesses da sociedade. E a sua função pedagógica não se aplica apenas aos *extraneus*, de vez que as súmulas e jurisprudência, além de influenciarem à coletividade, condicionam a atuação do próprio corpo de magistrados.

O homem é um ser receptivo às formas de conduta em geral, criadas pelos diversos setores da sociedade. Assim age devido à sua natural inclinação para imitar, a qual, ao lado da *lei de inércia*, o induz a copiar as práticas mais variadas. Seja por assimilação espontânea e intencional, seja por adesão à norma heterônoma ele reproduz o fato social. Conforme destaca Recaséns Siches, o ser humano aprende com o semelhante ou grupos sociais “não só pensamentos e modos de conduta, como também propósitos e finalidades”¹. Quando as normas se revestem de racionalidade a tendência

* Estudo apresentado em Painel promovido pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, em 12 de setembro de 1997, e destinado aos participantes do XVI Curso de Iniciação Profissional de Magistrados.

¹ In Tratado de Sociologia. Editora Globo, Porto Alegre. 1965. vol. 1, p. 67.

é a de sua interiorização no plano da consciência. Isto se passa em relação às leis substancialmente justas ou que consagram postulados éticos. Embora heterônomas, ganham efetividade por se fundamentarem na razão. Há normas que se impõem apenas por força de seu poder intimidativo. Conforme a observação do jurista russo M. Korkounov, “A autoridade é uma força que depende não da vontade de quem domina, mas da consciência do que se submete”².

Enquanto ser moral, o homem cria o hábito de cumprir as leis, sendo que as formas como o Judiciário decide lhe dão o indicativo da adequada interpretação. Para o *bad man*, todavia, só interessa a maneira pela qual esse Poder põe em funcionamento as sanções legais. Assim, inclusive para os marginais da lei é relevante a modalidade da prestação jurisdicional. Habitados à prática do desvio de conduta, apóiam-se na lei apenas para se subtraírem às punições. Isto se passa, por exemplo, no âmbito da Justiça eleitoral, especialmente quanto às resoluções de propaganda de candidatos. Há partidos políticos que, sistematicamente, se guiam não pelos limites da lei, mas por eventuais tolerâncias do juiz ou pelo grau de eficiência da fiscalização.

Tal modo de considerar a atividade jurisdicional nada tem a ver com o realismo jurídico norte-americano ou escandinavo, para quem o Direito vem a ser *o que decidem os tribunais*. Seus seguidores dão preeminência à decisão judicial em comparação aos estatutos legais.

2. Lei e sociedade: o *tertium genus* - Sensível às mudanças sociais, o *Jus Positum* deve renovar-se paralelamente às variações históricas, enquanto que a sociedade tende a se afetar pelos novos comandos legais, estabelecendo-se, assim, um regime de mútua influência, num movimento constante de fluxo e de refluxo. A sociedade entrega o fato e os valores ao legislador e este lhe confere a norma. É que o Direito funciona como fenômeno de adaptação social, visando a proporcionar as condições básicas para as diversas formas de interação entre os homens. Tal mister não é alcançado se os critérios normativos não se inspiram nos fatos históricos.

A par desse intercâmbio permanente, que favorece a modernização do Direito Estabelecido e dá consistência às instituições sociais, a obser-

² *Apud* Jean Cruet, *in* A Vida do Direito e a Inutilidade das Leis, Antiga Casa Bertrand-José Bastos & Cia. - Livraria Editora. Lisboa, 1908, p. 210.

vação das ações e reações dos indivíduos diante das decisões judiciais nos revela que a vida jurídica de uma sociedade não depende exclusivamente da lei e da atitude de seus destinatários, não se limitando ao binômio *lei e sociedade*. Há um *tertium genus - atividade jurisdicional* - que influencia tanto os comportamentos dos indivíduos e dos órgãos quanto organiza o Direito vigente.

Não apenas nos sistemas jurídicos do *Common Law* a jurisprudência desempenha função relevante para a definição da ordem jurídica. A sua missão é também importante nos sistemas filiados à tradição romano-germânica, onde a lei se apresenta como forma principal de expressão do Direito. Assim, tanto os indivíduos quanto os profissionais das carreiras jurídicas devem concentrar a sua atenção nos códigos e na forma de sua aplicação judicial, sem se descurarem, naturalmente, da observação dos fatos.

3. Atividades éticas do Judiciário - Embora limitando as suas atribuições à tarefa de revelar o Direito preexistente, o Poder Judiciário extrai dos princípios e da índole do sistema as normas reitoras da organização e convívio social. Se não chega a criar a norma, inegável é que desenvolve uma certa criatividade. Com evidência a sua obra passa primeiro pela doutrina jurídica - *lição dos doutores da lei* -, que atua como fonte do saber jurídico. Mas nada importa aos indivíduos o assento científico do Direito se este não alcança efetividade nas práticas judiciais. Ocorrendo tal dissídio entre a doutrina e a jurisprudência, forçoso é reconhecer que as condutas sociais se alinharão ao comando judicial. Assim, as fórmulas adotadas na prestação jurisdicional possuem o condão de orientar a sociedade. E que o conhecimento jurídico que os indivíduos perseguem se limita ao *saber a que se ater*. Preocupados com a sua segurança jurídica, interessa-lhes a linha divisória entre as esferas do lícito e do ilícito.

Os processos educacionais, enquanto visam a nortear o comportamento social, encontram os seus paradigmas na Moral, nas Regras de Trato Social e no Direito. A Religião é um reforço ao referencial ético. Seus dogmas e ensinamentos confirmam determinado sistema moral. Ela não gera a noção de bem, pois apenas *capta* este sentido na ordem natural das coisas, dando-lhe a sua interpretação. A prestação jurisdicional ordinariamente se faz pela interpretação e aplicação das leis aos casos concretos. Ela confirma a obrigatoriedade do Direito à vista dos membros da sociedade e como o fenômeno jurídico consagra o mínimo ético necessário à sociedade as deci-

sões judiciais devem ser canais que efetivam tanto a Moral quanto o Direito. Assim atuando, o Judiciário se credencia como influente fator pedagógico e o seu grau de responsabilidade cresce na medida em que a sociedade se espelha em seus valores e interpretações.

A função pedagógica dos tribunais se faz sob duas perspectivas fundamentais: a do *repasso de princípios de moralidade* e a da *proclamação do Direito vigente*. Relativamente à Moral, o Judiciário emite juízos de valor, interpretando basicamente os princípios da chamada Moral Social. E isto se faz notadamente na fundamentação de decisões, sejam interlocutórias ou finais. Especialmente no âmbito do Direito de Família, há numerosas situações não tipificadas em lei e afetas à Moral e que ficam entregues à livre apreciação dos juízes e isto ocorre na legislação dos povos em geral, como se pode certificar do exame de diversas disposições do Código Napoleão, como a de seu art. 375.

Tal liberdade é mais aparente do que real, pois embora não condicionado a um comando legal, o magistrado deverá perquirir o princípio ético aplicável prioritariamente nos costumes sociais. Embora Jean Carbonnier, confirmando esta orientação, assevere ainda que “uma moral puramente teórica, que não se traduzisse em comportamentos coletivos, não corresponderia à noção legal”³, tenho para mim que ao magistrado não é vedado fundar o seu raciocínio, em sua análise, na Moral Natural, que expressa a noção pura de *bem*, não necessariamente confirmada pela Moral Positiva. Ao expressar as razões de sua convicção o magistrado estuda e analisa princípios de moralidade e, conforme a sua aptidão para o trato da matéria filosófica, suas reflexões poderão alcançar ampla repercussão no meio social. Ainda que os casos concretos tenham o seu andamento em segredo de justiça, preservada a identidade das partes, o conteúdo das sentenças poderá ser objeto de publicação e influenciar pedagogicamente a sociedade.

A sensibilidade ética dos juízes é valiosa também, quando chamados a decidirem ações de indenização por danos morais. O legislador não se aventurou sequer a enumerar, exemplificadamente, as hipóteses de danos morais, ficando o seu exame aos cuidados do julgador. Quer dizer, além de verificar a ocorrência do fato alegado, deverá o magistrado penetrar na esfera da Ética para dizer se a hipótese configura lesão de natureza moral,

³ In Sociologia Jurídica, cd. portuguesa pela Livraria Almedina. Coimbra, 1979. p. 410.

quantificar o seu grau, para em seguida determinar a sua correspondência pecuniária. A experiência dos pretórios nos revela que raramente a questão suscita debates de maior indagação ética. Ela nos mostra, também, que as lições de Ética contidas nas sentenças muitas vezes reproduzem a doutrina dos livros ou o pensamento de outros profissionais do Direito que atuaram no processo. A orientação seguida na conclusão de um caso, somada a de outros, vai gerar a jurisprudência, que exerce poderosa influência tanto no meio jurídico quanto na sociedade. A jurisprudência desempenha função pedagógica, contribuindo para a educação dos indivíduos tanto sob o ponto de vista da conduta ética, quanto da legalidade.

Relativamente aos princípios de moralidade o Judiciário apenas confirma e repassa os princípios sancionados pela consciência geral e só por exceção penetra na esfera da Moral Natural, quando tem oportunidade de desenvolver alguma criatividade. O mesmo não se poderá dizer quanto à orientação que leva à sociedade na definição do Direito. As situações se invertem. Apenas por exceção o Judiciário se limita a repassar a norma editada pela fonte legislativa, porque quase sempre desenvolve uma atividade complementar. É uma ilusão imaginar que o Judiciário opera com recursos legais que lhe são previamente confiados. Antes de exercer a prestação jurisdicional ele beneficia, primeiramente, a matéria-prima recebida, redefinindo-a a nível de sistema. O Legislativo elabora leis, mas é o Judiciário quem proclama a ordem jurídica. Para conhecer o teor das leis basta à sociedade estudá-las; para o conhecimento da ordem jurídica a consulta deverá ser feita à jurisprudência.

4. Prestação jurisdicional *lato sensu* - Há decisões judiciais que limitam os seus efeitos ao caso concreto, gerando apenas as normas chamadas *individualizadas*. Os juízos de valor emitidos nas sentenças somente alcançam um restrito grupo de pessoas envolvidas nesses processos. Outras há que, embora não despertem a opinião pública, se projetam no tempo e no espaço, provocando o surgimento da jurisprudência. Nesta hipótese a voz da justiça ecoa mais forte e se faz modelo para a orientação dos indivíduos em geral e dos pretórios. A prestação jurisdicional se dá, às vezes, em casos que atraem a atenção da coletividade e da mídia, oportunidade ímpar que o Poder Judiciário possui para levar mais corretamente à sociedade lições de justiça e princípios de moralidade. Penso que é um

momento importante para se recuperar ou se reforçar o prestígio do Judiciário. Sem fugir ao decoro, deve o Órgão agir *politicamente* na etapa de fundamentação, não no *decisum*. Sem transigir quanto ao *justo* e ao *legal*, deve, com toda transparência e sem exibicionismo, mostrar a eficiência do Judiciário. Assim agindo, estará resgatando a credibilidade desse Poder e, igualmente, a credibilidade da própria ordem jurídica que fica também em evidência.

As sentenças judiciais são também uma caixa de ressonância das ciências, técnicas, artes, fatos em geral, pois muitas vezes o mérito da questão *sub judice* encontra a sua resposta em algum tipo especial de conhecimento. Naturalmente o magistrado, numa circunstância desta, recorre aos subsídios de *expert*, sem, todavia, acolher cegamente as suas conclusões, salvo se as partes estiverem acordes com estas e em se tratando de direitos disponíveis.

A atividade judicial enseja lições de vida não apenas pela peça de sentença, mas também pelo encontro pessoal do magistrado, em audiência, com as pessoas envolvidas e que carecem de uma orientação ética. Assim, é relevante a atividade do Juiz de Menores quando estabelece diálogo com a criança ou o adolescente e mais ainda quando se dispõe a acompanhar o seu processo de readaptação ao convívio social. Ao longo de sua carreira e agindo assim o magistrado certamente estará desviando, para o caminho do bem, muitos jovens iniciados na senda do crime. Em se tratando de família, tem oportunidade também de falar sobre o sentido do casamento e a relação entre os membros da família. Nas audiências de conciliação em geral é fácil para o magistrado estabelecer um ambiente favorável aos acordos, quando pode até abordar aspectos éticos em questão, sem todavia incidir em prejulgamento.

Dando um sentido mais extenso à chamada prestação jurisdicional, podemos ver um sentido pedagógico em certas iniciativas do magistrado. É possível que ele lidere, junto à comunidade, um movimento antidrogas, seja esclarecendo diretamente os jovens, seja orientando seus pais e professores. Se juiz eleitoral, importante que promova reuniões com as lideranças partidárias e com os candidatos, esclarecendo-lhes quanto às normas afetas à propaganda, registro de candidaturas, eleição e apuração. Deve também utilizar, nas emissoras de rádio, o seu tempo disponível para orientar os eleitores, além de se reunir com os demais membros da junta eleitoral, com os presidentes de mesas receptoras de votos. Deve dar também entrevistas aos

órgãos de imprensa, evitando, todavia, o enfoque sensacionalista e a prática do exibicionismo. Quando for estritamente necessário, o magistrado deve levar a palavra da lei e da justiça à comunidade, sem, todavia, se descurar dos predicados de discrição e simplicidade.

A prestação jurisdicional, além de compor o litígio, define a ordem jurídica, exerce função de pedagogia social e, por via de conseqüência, contribui para a efetividade do Direito. Quando a decisão judicial se faz favorecida pelo elemento probatório e com exaço, promove-se a justiça e com ela opera-se o efeito intimidativo da lei. Quando o contrário ocorre, seja por carência ou defeito de prova ou devido à ineficiência do julgador, tem-se um desestímulo ao cumprimento da lei e o Direito tende a perder a efetividade. A forma benevolente de judicar, seja pela apreciação do fato, seja na interpretação do Direito, o que muitas vezes traduz na vitória da fraude sobre a lei, é um incentivo aos que pretendem tirar proveitos escusos de determinadas situações.

Se de um lado o Poder Judiciário julga as condutas dos indivíduos, estes também acompanham as decisões judiciais no limite de sua experiência e as submetem ao seu senso crítico. Há casos que atraem de tal forma a atenção da sociedade, que a mídia acompanha *pari passu* o seu andamento na Justiça. E a imprensa é crítica e muitas vezes confunde os critérios da lei com os juízos de valor do juiz e, em conseqüência, eventuais falhas do ordenamento são debitadas à fama do Judiciário. Isto ocorreu, recentemente, no Estado do Rio de Janeiro, quando se julgou questão administrativa afeta à Assembléia Legislativa. Após o julgamento, pelo menos um jornal apontou o Judiciário como o culpado pela permanência dos altos salários de alguns servidores, quando na realidade apenas se deu aplicação prática aos instrumentos legais, respeitando-se ainda o princípio constitucional dos direitos adquiridos.

A permanência demorada do magistrado em uma das varas do interior dá ensejo à comunidade de conhecer seus valores e princípios e dependendo do grau de respeito conquistado a sua orientação ganha maior efetividade. E os seus critérios costumam se enraizar de tal forma que o sucessor já encontra uma coletividade bem receptiva à palavra do magistrado. O respeito em torno da pessoa do magistrado se comunica ao cargo e aos seus eventuais ocupantes.

Há segmentos culturais da sociedade que pretendem situar o Judiciário não apenas como instância confirmadora do Poder Legisla-

tivo, mas como órgão substancialmente crítico e revisor. A prestação jurisdicional não seria um ato puramente técnico, mas também um juízo político e a sentença seria um instrumento útil ainda nas transformações sociais. Entendo que nos Estados efetivamente democráticos, cujas instituições se acham comprometidas com os valores humanos fundamentais, injustificável a presença de um Judiciário reformulador de diretrizes sociais. Incabível, também, o magistrado seguidor de uma linha rigidamente dogmática, insensível aos fatos e transformações da época. À medida, contudo, em que o Estado se revela autoritário, prepotente, distanciado do povo e com perda de legitimidade é de se esperar, sim, um Judiciário firme, humanista e que se apresente como instância afirmadora dos direitos e garantias fundamentais do cidadão. A prestação jurisdicional se traduz, nesta condição, em fonte de orientação social, capaz de reascender nas consciências os princípios essenciais ao Estado democrático. O verdadeiro sábio, diz Max Weber, educa pelo exemplo. É de se esperar que os princípios éticos e democráticos exaltados durante a prestação jurisdicional sejam também a prática constante dos tribunais e a partir de sua organização básica, de tal modo que os jurisdicionados possam fundar a sua conduta não apenas naquilo que os juízes proclamam, mas também naquilo que eles exercitam no seu dia a dia.

A lentidão que se observa em parte dos feitos judiciais repercute negativamente na sociedade, pois constitui, ao mesmo tempo, um prêmio para os perseguidos da justiça e um castigo aos que possuem o amparo da lei. Se o processo judicial é moroso e a prestação jurisdicional é demorada os indivíduos se sentem desamparados e partem para fórmulas alternativas visando a solução ou extinção de seus problemas, seja mediante acordos desvantajosos, seja pelo abandono de seus direitos. E tudo isto produz um amplo reflexo indesejável, pois torna vulnerável o prestígio da justiça e traz uma perda de confiança na lei. Verdade é que a culpa pelo atraso na prestação jurisdicional nem sempre deve ser debitada ao Judiciário, pois com freqüência decorre da liberalidade de nossas leis processuais, que ensejam um sem número de formalidades e de recursos, e do excessivo volume de feitos distribuídos aos juízes. Ora, um fenômeno que deve sempre ser combatido é o da diminuição da credibilidade do Judiciário, pois tal fato acaba redundando em perda de efetividade da lei. A experiência revela, de fato, que a efetividade da lei não se acha condicionada apenas à qualidade desta,

mas ainda ao grau de confiança e credibilidade do Judiciário, daí porque todo esforço deve ser desenvolvido para se evitar a diminuição do prestígio daquele órgão de justiça

Para a vitalidade do Estado democrático é essencial não apenas o regular funcionamento dos três Poderes, como ainda o respeito às esferas específicas de competência. Ao desenvolver a prestação jurisdicional e sem prejuízo ao nível de relacionamento constitucional com os demais Poderes, o Judiciário deverá preservar sempre a sua independência, reagindo a qualquer tentativa de intromissão e a qualquer forma de pressão, assegurando sempre as condições básicas de isenção e imparcialidade. À medida em que o Judiciário aperfeiçoa as suas técnicas de aplicação do Direito e preserva os princípios inerentes ao Estado Democrático estará influenciando diretamente à sociedade, induzindo-a à observância das leis. Entre os seus cuidados básicos necessariamente estará o de promover a *igualdade e oportunidade* entre as partes litigantes, mantendo-se fiel ao símbolo da justiça - a deusa Themis - que não apenas detém o sinal da força, mas expressa lição de igualdade ao manter vendados os seus olhos.

A prestação jurisdicional pressupõe um poder organizado e a trilogia do *fato, valor e norma*. Não só pela prestação jurisdicional *stricto sensu* o Judiciário influencia pedagogicamente a sociedade e exemplo disto é o próprio funcionamento das escolas da magistratura, que cultivam o pensamento jurídico teórico com atenção voltada à *práxis*.

Reflexos ainda da boa qualidade da prestação jurisdicional e da credibilidade alcançada pelo magistrado se encontram dentro da própria instituição, pela facilidade natural para a obtenção de recursos necessários à comarca e também pelo êxito de eventuais campanhas na comunidade, intercâmbio entre comarcas e maior apoio dos diversos órgãos que integram as prefeituras municipais.

O efeito pedagógico da atividade jurisdicional é de natureza complementar à função precípua de julgar os casos submetidos à sua apreciação. Não é da responsabilidade direta do Judiciário a tarefa de incutir nas pessoas as normas de organização da sociedade. Tanto quanto possível, todavia, o Judiciário deve contribuir para o bem-estar das pessoas e ao aperfeiçoamento das instituições sociais básicas. Paralelamente ao seu trabalho de aplicar a ordem jurídica, quando necessariamente deve considerar os valores sociais da época, há de se preocupar também em levar à sociedade a sua mensagem, onde estarão presentes os princípios éticos e de Direito.

Para que o pensamento, que dá alicerce às decisões judiciais, seja divulgado socialmente, indispensável é que a linguagem utilizada seja acessível ao *homem médio*, sem o que haverá um sério obstáculo a impedir a efetiva comunicação. Não se cogita aqui de um judiciário renunciando a terminologia científica em suas decisões, pois isto implicaria um retrocesso de natureza cultural. O que há de se evitar é o estilo forçadamente hermético, que não se restringe a adotar os termos da ciência, indo além para criar neologismos, revestindo o *decisum* de pedanteria injustificável. O supérfluo da linguagem é que deve ser eliminado. Conforme observa Umberto Cerroni “a crítica do formalismo não deve transbordar na crítica das formas, na sua eliminação mediante redução aos conteúdos”⁴.

5. Conclusões - O tema em apreço é daqueles que despertam a atenção dos magistrados para uma tomada de consciência dos efeitos secundários, e também relevantes, da prestação jurisdicional. Ele revela que o potencial de criatividade dos magistrados, vai além da aplicação da ordem jurídica.

O social deve estar sempre presente no horizonte do Judiciário. A sintonia do magistrado não deve limitar-se à disciplina do caso concreto, mas estender-se necessariamente à pesquisa *do fato social*, para nele apurar os valores dominantes e conhecer o grau de desenvolvimento da época.

O objetivo fundamental da prestação jurisdicional e, naturalmente, a composição dos litígios no plano da *lei* e na perspectiva do valor *justiça*. Apenas secundariamente desenvolve a função pedagógica. O processo educacional é permanente na vida humana e cessa apenas quando o homem perde a sua lucidez.

Ao julgar, a *fundamentação de lato e de Direito* deve extrapolar as necessidades de justificação do caso, para orientar a sociedade quanto às condutas exigidas pela ordem jurídica. A efetividade da lei no caso concreto é o alvo imediato e uma efetividade limitada à norma primária kelseneana. A divulgação do Direito, segundo a visão do Judiciário, enseja a sociedade a promover a mais ampla efetividade, que é a da norma secundária, indicadora da conduta em face de determinado suposto ou hipótese.

Além de julgar as questões que lhe são afetas, dizer o Direito abstrato mediante edição de súmulas e de revelar amplamente a ordem jurídica pela

⁴ In Política. Editora Brasiliense. São Paulo. 1993, p. 52

divulgação da jurisprudência, o Judiciário se apresenta à sociedade como vitrina do saber, onde as pessoas podem constatar os princípios de moralidade, de justiça, de cultura e de Direito, que norteiam a prestação jurisdicional.

O objeto da prestação jurisdicional pode ser o mais amplo possível e envolver todos os aspectos físicos e espirituais afetos aos interesses humanos. Assim, os autos de um processo podem abrigar *ciência viva*, especialmente pelo depoimento de profissionais convocados para darem a sua contribuição à Justiça.

Mais intérprete do que mentor do mundo ético, o Judiciário passa a exercer influência sobre a conduta dos destinatários das leis e não apenas pela prestação jurisdicional, mas ainda pela atuação de seus magistrados em suas diferentes modalidades de atuação. Nas sentenças, súmulas e jurisprudências cristaliza-se a sabedoria de uma época. Exemplo vivo de postura ética, há de ser também a presença do magistrado na sociedade. Verifica-se, aqui, o ponto de interseção da *Deontologia da Magistratura* com a *Pedagogia Social da Atividade dos Juizes*. E somente na medida em que o magistrado atua de acordo com a Deontologia de sua profissão é que a prestação jurisdicional poderá ser uma fonte modelar à conduta social.

Incompleto por nascimento, o homem é um ser carente de recursos materiais e morais, não obstante o seu imenso potencial criador. É ávido. O seu espírito está em contínuo processo de educação. É um *vir a ser* permanente. Do mundo exterior, capta os elementos indispensáveis ao conhecimento e reflexão. Do ponto de vista ético, o meio ambiente em geral atua como poderosa fonte de orientação, com destaque para a Família, a Escola e a Igreja. A lei e a atividade jurisdicional são fatores coadjuvantes, que reafirmam os postulados éticos e exigem a conduta. ◆

Da Possibilidade de Julgamento *Ultra e Extra Petita* nos Juizados Especiais Cíveis

GERALDO DA SILVA BATISTA JÚNIOR

Juiz de Direito Titular da 4ª Vara Cível de Campos dos Goytacazes/RJ

O presente trabalho tem por objetivo focar o julgamento da lide à luz do princípio da correlação entre o pedido do autor e o dispositivo da sentença, mas também tendo em consideração as inovações introduzidas pela Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Iniciemos com um exemplo: um clube de uma cidade do interior do Estado do Rio de Janeiro criou uma qualidade de sócio especial para filhos de antigos sócios que tivessem perdido o direito de continuar como dependentes dos pais em razão da idade. As condições de pagamento oferecidas eram melhores que as dos sócios comuns, inclusive com possibilidade de amplo parcelamento. Logo após a posse da diretoria seguinte, foi constatado que esta criação tinha se dado ao arrepio dos estatutos sociais da entidade, o que levou o novo presidente a proibir o acesso destes “novos sócios” às dependências do clube. Dezenas de ações chegaram ao Juizado Especial com pedidos de que fosse determinada a readmissão dos associados excluídos, sem nada mencionar a respeito dos pagamentos já efetuados. A questão foi examinada e observou-se que realmente a instituição da nova modalidade de sócio era contrária aos estatutos da entidade e que o pedido inicial não podia ser concedido. Restaram indagações: e o dinheiro pago? Poderia o juiz, nestas mesmas ações, determinar que o clube devolvesse as parcelas pagas pelos excluídos?

O exemplo acima citado serve para provocar um questionamento a respeito da aplicação **do princípio da correlação entre o pedido inicial e a sentença** (também **denominado princípio de adstrição do juiz ao pedido da parte**) aos Juizados Especiais Cíveis. A solução para o problema não é das mais simples, porque, ao mesmo tempo em que o citado princípio jurídico é basilar no Direito Processual Civil Brasileiro, não se pode esquecer que os Juizados têm como característica a possibilidade de ajuizamento de ações pela própria parte interessada, sem a assistência de advogados. Como exigir,

num país de milhões de analfabetos e semi-analfabetos, o conhecimento a respeito deste instituto processual, de modo a que os autores (ou reclamantes) apresentem com clareza suas pretensões em juízo? Têm os usuários deste novel sistema de Justiça ciência do que sejam cumulações simples, sucessivas, alternativas ou eventuais de pedidos? É evidente que não.

Para uma reflexão mais profunda é preciso analisar o contexto em que nasceram os Juizados de Pequenas Causas hoje transformados em Juizados Especiais Cíveis.

A bela obra “**Acesso à Justiça**”, do grande Mauro Cappelletti¹, demonstra a preocupação, no mundo inteiro, com o acesso de todos à Justiça. São suas estas palavras:

*“De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça, pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar, os direitos de todos.”*²

Na mesma obra o autor relaciona as principais barreiras para o efetivo acesso à Justiça. Seriam elas: 1- custas judiciais; 2 - pequenas causas (às vezes os custos excedem o montante da controvérsia em questões decididas nos processos judiciais formais); 3 - tempo; 4 - pequenas possibilidades da população em geral, em termos de recursos financeiros e aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação ou sua defesa; 5 - dificuldades do litigante eventual frente ao habitual (normalmente grandes empresas com estrutura jurídica organizada); 6 - dificuldades na defesa dos interesses difusos.

Basta uma breve análise dos obstáculos enumerados, para que posamos observar que são mais pronunciados em relação às pequenas causas e aos autores individuais, especialmente os pobres.

¹ Cappelletti, Mauro. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988.

² Ob. cit., pp 9/10

Prosegue, em sua obra, o festejado mestre enumerando as soluções práticas para os problemas de acesso à Justiça. Volto a transcrever suas palavras:

“O recente despertar de interesse em torno do acesso efetivo à Justiça levou a três posições básicas, pelo menos nos países do mundo Ocidental... Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso - a primeira “onda” desse movimento novo - foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses “difusos”; especialmente nas áreas de proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro - e mais recente - é o que nos propomos a chamar simplesmente “enfoque de acesso à justiça”, porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo.”³

Conforme demonstra com propriedade o eminente autor, esta visão moderna do **“enfoque de acesso à Justiça”** é muito mais do que assistencialista, evidenciando a necessidade de medidas de caráter geral, com reformas no campo dos direitos material e processual, além das estruturas dos órgãos de assistência jurídica, jurisdicionais e administrativos. Esta tem sido a tendência do Direito Nacional nos últimos tempos. Observe-se, dentre outros diplomas legais, o Código de Defesa do Consumidor, com suas mudanças estruturais, que criou, inclusive, órgãos administrativos para fiscalização de direitos e orientação dos consumidores.

Sem dúvida, as maiores preocupações do Direito atual estão relacionadas com o acesso à Justiça e a efetividade das decisões judiciais.

É neste contexto que nasceu a idéia dos Juizados Especiais. Tais órgãos jurisdicionais foram criados com o objetivo de eliminar ou pelo menos diminuir alguns dos obstáculos ao efetivo acesso à Justiça. É por isso que, em primeiro grau, não há custas, que é possível postular sem advogado, que o processo é essencialmente oral e informal e outras coisas mais.

Nesta esteira de raciocínio, visualizamos que nem todos os conceitos tradicionais do Direito Processual Civil podem ser levados para o sistema dos Juizados, sob pena de se anular inteiramente seus benefícios e o esfor-

³ Ob. cit., p 31.

ço no sentido de amenizar as barreiras ao acesso à Justiça no nosso País. Em outras palavras: para tornar inoperante um Juizado Especial basta que no seu comando coloquemos um Juiz que não tenha consciência dos seus objetivos e que seja apegado aos dogmas formais do processo tradicional.

Nas circunstâncias representadas pelo exemplo com o qual este trabalho foi aberto, podemos indagar: por que não deliberar o juiz imediatamente sobre a questão da devolução do dinheiro? Não consistiria isto em prestação rápida e efetiva da jurisdição, anseio de todos e objetivo principal dos Juizados? Pretendemos mostrar que sim, mas alguns Juízes ainda resistem, invocando o princípio da correlação entre o pedido inicial e a sentença.

Passemos a uma reflexão sobre este instituto processual. Merece transcrição o ensinamento de Moacyr Amaral Santos, vejamos:

“Fiel ao princípio dispositivo, o Código consagra o princípio de adstrição do juiz ao pedido da parte. Fê-lo no art. 128... Repete-o no art. 460, agora como requisito da sentença: a sentença deverá ser a resposta jurisdicional ao pedido do autor, nos limites em que este o formulou. Afastando-se desses limites, a sentença decide extra ou ultra petita... A sentença deverá conter-se nos limites do pedido, tanto no que concerne ao pedido imediato como no que concerne ao pedido mediato.”⁴

Apesar das resistências, devemos entender que este princípio jurídico não se aplica aos Juizados Especiais Cíveis. A razão principal consiste na incompatibilidade entre os fins desta nova Justiça e os dogmas formais tradicionais.

A solução para a questão foi dada pelo próprio legislador, no art. 60 da Lei nº 9.099/95, que estabelece:

“O juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum.”

Foi sábio o legislador ao permitir que o Juiz decida por equidade no âmbito dos Juizados Especiais e fez isto em razão de ser esta Lei produto de um pensamento jurídico compromissado com o efetivo acesso à Justiça. Ele previu que o julgador, em determinadas situações, enfrentaria dificuldades para decidir processos instaurados por leigos, em relação aos quais sequer

⁴ Amaral Santos, Moacyr. Comentários ao Código de Processo Civil, Rio-São Paulo, Forense, 1973, p. 441.

houve despacho liminar de apreciação do pedido inicial, e que, se a este estivesse amarrado, as injustiças e extinções sem julgamento de mérito superariam em muito o número de sentenças meritórias capazes de solucionar de forma satisfatória os litígios surgidos no meio social.

O mestre Vicente Greco Filho faz⁵ distinção entre decisão *por equidade*, afirmando que ela existe quando o juiz atua criando a norma legal por expressa autorização da lei, e *equidade*, que consiste no abrandamento dos rigores legais, por força de interpretação. A segunda pode ser encontrada em qualquer julgamento, mas a primeira depende de autorização legal, porque nela o julgador exerce atividade criativa de individualização da norma, como é o caso do art. 1.109 do CPC.

Alguns autores ainda insistem em dizer que o art. 6º da Lei nº 9.099/95 não autoriza o Juiz a decidir *por equidade*. Contudo, esta não pode ser a interpretação deste dispositivo. Como bem esclarece o citado mestre Vicente, a equidade pode ser encontrada em qualquer decisão⁶, razão pela qual, afirmar que o mencionado art. 6º não encerra autorização para o Juiz decidir *por equidade*, e sim apenas para abrandar os rigores da lei, é tornar esta norma inócua. O consagrado Aurélio Buarque de Holanda Ferreira⁷ ensina que equânime é o adjetivo que denota equanimidade, “equidade em julgar”.

Por último, poder-se-ia objetar com a assertiva de que o julgamento *ultra* ou *extra petita*, mesmo fundado no art. 6º da Lei nº 9.099/95, consiste numa violação ao princípio do contraditório, já que o réu (ou reclamado) não teria se defendido das questões não postas no pedido inicial apreciadas na sentença. Esta objeção também não se constitui em obstáculo intransponível. Façamos, primeiramente, uma análise do princípio do contraditório. Humberto Theodoro Júnior o define da seguinte maneira:

“...consiste na necessidade de ouvir a pessoa perante a qual será proferida a decisão, garantindo-lhe o pleno direito de defesa e de pronunciamento durante todo o processo... Decorrem três conseqüências básicas desse princípio:

⁵ Greco Filho, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro, São Paulo, Saraiva, 1995, p. 226.

⁶ No mesmo sentido:

Agrícola, Celso Barbi. Comentários ao Código de Processo Civil, Rio-São Paulo, Forense, 1975, p. 522

⁷ V. Dicionário Aurélio Eletrônico.

- a) a sentença só afeta as pessoas que foram parte no processo, ou seus sucessores;
- b) só há relação processual completa após regular citação do demandado;
- c) toda decisão só é proferida depois de ouvidas ambas as partes.”⁸

Pensamos ser perfeitamente possível o julgamento preconizado neste trabalho sem ofensa ao contraditório.

No art. 2º da Lei dos Juizados Especiais estão enumerados os princípios norteadores do sistema por ela implantado. O processo orientar-se-á pela oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade.

O mesmo Humberto Theodoro conceitua processo e o diferencia de procedimento. Vejamos:

*“Processo e procedimento são conceitos diversos e que os processualistas não confundem. Processo, como já se afirmou, é o método, isto é, o sistema de compor a lide em juízo através de uma relação jurídica vinculativa de direito público, enquanto procedimento é a forma material com que o processo se realiza em cada caso concreto.”*⁹

Conforme se vê, o processo é, dentre outros como autocomposição e autotutela, apenas um método de composição de litígios. Se processo é método, poderíamos, em tese, ter algum com procedimento inteiramente oral. O pedido inicial, a resposta, a produção da prova e a decisão final seriam orais. Tal modalidade não existe no nosso sistema, mas é possível, porque o que o contraditório e a ampla defesa exigem é a igualdade das partes e a possibilidade de manifestação sobre todas as questões processuais, além de possibilidade ampla de produção de prova. Deste modo, a oportunidade de se manifestar e de produzir provas pode ser concedida oralmente ao componente do pólo passivo.

Nos Juizados Especiais, apesar de o pedido inicial ser reduzido a termo, o fato é que, conforme art. 14 da Lei, ele pode ser oral, aliás, conforme já mencionado, a oralidade é norteadora do sistema. A defesa também é oral, na forma do art. 28. Ora, se é oral a essência dos processos nos Juizados

⁸ Theodoro Júnior, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, Rio de Janeiro, Forense, 1996, volume 1, p. 27.

⁹ Ob. cit., p. 43

Especiais, nada impede que, não tendo sido obtida a conciliação na fase inicial e chegando o feito à audiência de instrução e julgamento, se o Juiz observar que para proferir uma decisão capaz de pôr fim ao litígio entre as partes precisa deliberar sobre algo não contido no pedido inicial, coloque a questão nova para os litigantes, que sobre ela poderão se manifestar. Se imperioso, com o fim de evitar surpresas para os litigantes e apenas em último caso, poderá o Juiz suspender a audiência pelo tempo necessário à produção de provas sobre as novas questões postas em discussão. Deste modo, nenhum prejuízo haverá para a defesa. Tal procedimento tem base legal porque é análogo ao disposto no art. 27 da Lei nº 9.099/95.

Qualquer outra interpretação implica em colocar a Justiça como refém de dogmas do processo ordinário (de cujos problemas quis o legislador se libertar no âmbito dos Juizados) ou do serventuário (muitas vezes sem o preparo devido) que atende as partes na Secretaria e reduz a termo o pedido inicial, porque, em última análise, será este termo que delimitará o julgamento final.

Em conclusão, podemos dizer que, levando em consideração o contexto em que nasceram os Juizados Especiais, os fins sociais da Lei que os regulamenta, seus princípios norteadores (especialmente os da oralidade e informalidade) e com um pouco de cuidado e habilidade do Juiz para não ofender o contraditório e não violar o direito à ampla defesa, é perfeitamente viável o julgamento *ultra* ou *extra petita* nos Juizados Especiais Cíveis.

Vamos mais além para afirmar que esta prática deve ser adotada sempre que os Juízes observarem que a sua inobservância implicará em não compor definitivamente o litígio. Tal proceder conduzirá a uma grande economia processual, até com diminuição de demandas futuras, e trará uma satisfação aos interessados que desejam ver seus problemas resolvidos, e não discussões doutrinárias sobre dogmas do Direito Processual, bem como permitirá que a Lei nº 9.099/95 atinja seus objetivos.

Não basta um sistema novo de Justiça, é preciso também uma mentalidade nova para lidar com ele. ◆

Momento de Eficácia na Decisão Interlocutória

ALEXANDRE FREITAS CÂMARA

*Advogado e Professor de Direito Processual Civil
na EMERJ*

1. **Introdução.** Tema que não vem recebendo da doutrina a devida importância, a decisão interlocutória é um estranho à maioria dos operadores do Direito. Muitas vezes chamada, na praxe forense, de despacho, com este não se confunde, o que se verifica pela leitura dos §§ 2º e 3º do art. 162 do Código de Processo Civil. Trata-se, sem dúvida, de ato que mais se aproxima da sentença, em razão de seu conteúdo decisório. É fora de dúvida, porém, que a sentença tem recebido a atenção dos cientistas que até hoje não se dispensou à decisão interlocutória. Este ensaio, em que se pretende apresentar, em poucas linhas, a evolução histórica do instituto, bem como a forma como o mesmo é regulado no Direito Comparado, tem como principal objeto de análise o momento de eficácia da decisão interlocutória, ou seja, pretende-se tentar fixar o momento partir do qual a decisão interlocutória é apta a produzir efeitos. O ponto já foi profundamente estudado com referência à sentença, mas nada há, ao que consta, a seu respeito com relação à decisão interlocutória.

O objetivo maior deste ensaio, porém, não é o de estabelecer verdades absolutas, mas tão-somente dar início a um movimento, que se espera venha a se concretizar, destinado ao estudo, em todas as suas múltiplas facetas, da decisão interlocutória. Afinal, é inconcebível que um provimento judicial de tamanha importância, através do qual é possível deferir ou indeferir provas, conceder ou indeferir a antecipação da tutela jurisdicional, entre tantas outras possibilidades, permaneça sendo um mistério para o jurista. É com esta esperança que se dá início ao trabalho.

2. **Evolução histórica.** A decisão interlocutória, definida no § 2º do art. 162 do Código de Processo Civil, não é uma criação original do legislador deste diploma. Em verdade, este provimento judicial é conhecido há muito tempo, buscando suas origens no Direito Romano.

O processo civil romano costuma ser analisado estabelecendo-se uma divisão em três fases de desenvolvimento histórico: o das *legis actiones* (desde a fundação de Roma - 754 a.C. - até os fins da República), o período *per formulas* (que junto com o anterior compõe o que se costuma designar *ordo iudiciorum privatorum*, tendo sido instituído pela *lex Aebutia*, entre 149 e 126 a.C., oficializado definitivamente pela *lex Julia privatorum*, do ano 17 a.C., e aplicado até a época do imperador Diocleciano, de 285 a 305 d.C.) e o da *extraordinaria cognitio* (instituído com a início do principado, em 27 a.C. e vigente até os últimos dias do império romano do Ocidente).¹

É fora de dúvida que já no período formular, segundo do desenvolvimento histórico do processo civil romano, o juiz era levado a pronunciar *interlocutiones*, que encaminhavam o processo até a sentença final.² Tais provimentos resolviam questões prévias, de caráter incidental, sendo reformáveis e revogáveis.³

No período do processo extraordinário (*extraordinaria cognitio*) também são conhecidas as *interlocutiones*, definidas como resoluções de caráter incidental que eliminam os estorvos que podem impedir a fluidez da relação jurídica e esta continua seu desenvolvimento até o fim. Referem-se a questões de caráter acessório ou secundário, e não produzem coisa julgada, e sim preclusão.⁴ Como ensina notável estudioso do sistema processual romano, no direito justinianeu as *interlocutiones* do magistrado já não têm valor de coisa julgada, pois não passam de sentenças de ordem interna, de importância processual. As questões solucionadas por tais provimentos não ficam definitivamente resolvidas. Somente a sentença final, fundada sobre todos os resultados do processo, é que podia ter eficácia jurídica. Tanto é assim que apenas esta era apelável, não se admitindo impugnação contra as *interlocutiones* (ao contrário do que acontecia no período anterior, em que estes provimentos incidentais eram impugnáveis através da *apellatio*).⁵

¹ Desnecessário alongar as citações sobre o ponto. Por todos, porém, José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo, *Lições de História do Processo Civil Romano*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996, p. 39.

² Vittorio Scialoja, *Procedimiento civil romano*, trad. esp. de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redin, Buenos Aires, EJE, 1954, p. 247.

³ Humberto Cuenca, *Proceso Civil Romano*, Buenos Aires, EJE, 1957, p. 92.

⁴ Cuenca, *Proceso...*, cit., p. 161.

⁵ Scialoja, *Procedimiento...*, cit., p. 387. Aduz o autor, na nota de rodapé n. 44, que uma constituição de Justiniano (L. 36 Cod. de appellat. 7,62) comina uma pena de cinquenta libras de prata a quem apela contra uma “sentença interlocutória”.

Com a queda do império romano do Ocidente, o direito germânico (ou seja, o direito daqueles povos, impropriamente denominados “bárbaros”, dentre os quais destaca-se, sem dúvida, o direito visigótico) passa a exercer notável influência na formação do direito de nossos dias.

No direito germânico, ao contrário do que se dava no direito romano, as “sentenças interlocutórias”, assim como as finais, são também aptas a alcançar a autoridade de coisa julgada, o que faz com que se estabeleça, entre os dois sistemas, uma diferença essencial: a apelabilidade das interlocutórias.⁶

Passa-se, então, ao direito dos países ibéricos, principalmente o de Portugal, país que surgiu com a independência do condado portugalense, que integrava originariamente o que hoje é a Espanha. O direito ibérico, diga-se desde logo, formou-se recebendo influências do direito romano, do direito germânico e, também, do direito canônico. Neste último, aliás, adotava-se princípio similar ao do direito germânico quanto à recorribilidade das interlocutórias: “*a sententia interlocutoria iure canonico appellatur, iuri civili non potest*”.⁷ Tal possibilidade, porém, desapareceria com o Concílio de Trento (1545 a 1563), em que se proibiu a interposição de apelação antes da sentença definitiva.⁸

A unificação do direito da nação lusitana deu-se com a promulgação, em 1446 ou 1447, das Ordenações Afonsinas, que recebem este nome por terem sido concluídas no reinado de D. Afonso V. Antes de tal data, porém, o direito lusitano já conhecia as decisões interlocutórias, admitindo a interposição, contra elas, do recurso de apelação, desde uma lei de D. Afonso III, promulgada nas Cortes de Leiria, em 1254, ou de Coimbra, em 1261.⁹ Tal sistema seria abolido, porém, por D. Afonso IV, que proibiu a apelação das decisões interlocutórias, ressalvadas algumas exceções, com o fim de evitar a excessiva delonga dos processos.¹⁰

⁶ Alfredo Buzaid, *Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil*, São Paulo, Saraiva, 2ª ed., 1956, p. 22.

⁷ Bártolo de Saxoferrato, *Tractatus de differentia interius canonicum & civile*, apud José Rogério Cruz e Tucci, *Jurisdição e poder*, São Paulo, Saraiva, 1987, p. 125.

⁸ Athos Gusmão Carneiro, *O novo recurso de agravo e outros estudos*, Rio de Janeiro, Forense, 2ª ed., 1997, p. 7.

⁹ Cruz e Tucci, *Jurisdição...*, cit., p. 160.

¹⁰ Buzaid, *Do agravo...*, cit., p. 33.

A partir de tal proibição, que deixou as partes sem recurso contra decisões que eram capazes de causar danos, é que se passa a utilizar as querimas, ou querimônias, que lhes permitia levar ao magistrado de grau superior, ou ao soberano, suas queixas ou reclamações. A apreciação de tais querimas levava à concessão de “cartas de justiça”, as quais levavam a cláusula “se assy he como querellou”, o que permite inferir que as querimônias eram apreciadas sem que se analisasse os autos do processo, mas tão-somente as considerações expostas na querima.¹¹ Esta é, sem sombra de dúvida, a origem do agravo de instrumento do direito brasileiro contemporâneo.¹²

As Ordenações Afonsinas, responsáveis pela unificação do direito da nação lusitana, promulgadas em 1446 ou 1447, no reinado de D. Afonso V, já regulamentavam o que hoje seria chamado agravo de instrumento, pois ali se lia: “*E dizemos, que se a parte agravada da Sentença Interlocutoria requerer ao Juiz que a revogue, e ele a nam quizer revogar, se a Sentença for tal, que segundo Direito Civil possa ser apelado, poderá a parte apelar, e deve-lhe ser recebida apelaçam, e os Juizes que dela conhecerem, a revoguarám, ou confirmarám, segundo acharem per Direito; e se for tal, que segundo Direito Civil nom possa ser apelado, poderá a parte, contra que foi dada, requerer ao Juiz que a revogue; e se há revogar nom quizer, deve loguo filhar dello Estormento ou Carta testemunhavel, segundo a qualidade do Juiz, pera nós*”.¹³

Posteriormente, as Ordenações Manuelinas, publicadas originariamente em 1511 ou 1512, e reformada e atualizada em 1521, classificaram as sentenças em definitivas, interlocutórias mistas e interlocutórias simples (sendo certo que as interlocutórias mistas correspondiam ao que hoje seria designado “sentença terminativa”, isto é, sentença que não contém resolução do mérito da causa). As duas primeiras espécies eram impugnáveis mediante

¹¹ *Idem*, p. 35.

¹² Sobre as querimas como fonte do agravo de instrumento moderno, consulte-se o que diz Teresa Arruda Alvim Wambier, *O novo regime do agravo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2ª ed., 1996, p. 31: “nas ‘querimas’ se encontram, a nosso ver, características bastante semelhantes às do sistema do agravo de instrumento, do direito vigente”. É de se notar, aliás, que um dos mentores da recente reforma por que passou o processo civil brasileiro afirma que o novo regime estabelecido para o agravo de instrumento marca um “curioso retorno” a algumas práticas das querimônias pré-afonsinas (Gusmão Carneiro, *O novo recurso...*, cit., p. 52).

¹³ Ordenações Afonsinas, liv. III, tít. 67, § 5º, *apud* Buzaid, *Do Agravo...*, cit., p. 37.

apelação. Já das sentenças interlocutórias admitia-se o recurso de agravo, que podia ser de duas modalidades: agravo de instrumento e agravo de petição.¹⁴

É de se fazer referência, por fim, às Ordenações Filipinas, promulgadas em 1603, por D. Filipe II, que dividiam as sentenças em três categorias: definitivas, mistas e interlocutórias. As sentenças interlocutórias foram definidas como “*aquella, pêla qual somente decide-se algum ponto incidente, ou emergente, do Procêssso. Incidente é o que tem principio antes da litiscontestação, emergente é o que ocorre depôis della. Não sendo porém rigorosas estas qualificações. A Interlocutória subdivide-se em simples, e mixta. Simples é a que não se-estende além dos limites do ponto, sôbre que é proferida. Mixta é a que prejudica a questão principal, e por isso tem fôrça de Definitiva*”.¹⁵

As Ordenações Filipinas, como sabido, vigoraram no Brasil mesmo depois da Independência, tendo sido, portanto, e também, direito pátrio.

É tratando do direito brasileiro de então que importante jurista nordestino afirmou que a sentença “*divide-se em definitiva e interlocutória: a primeira é aquela que decide a questão principal, condenando ou absolvendo o réu, e por isto é condenatória ou absolutória; a segunda é aquela que decide algum incidente da causa. Esta última se subdivide em interlocutória simples, se decide simplesmente o incidente, e mista, se, com a decisão do incidente, prejudica a causa ou põe fim ao processo e à instância*”.¹⁶

Em 1876, tornar-se-ia de observância obrigatória no Brasil a Consolidação das Leis do Processo Civil, elaborada por Antônio Joaquim Ribas, e que fazia as vezes de Código de Processo Civil brasileiro. É certo que já se encontrava em vigor, a essa altura, o Regulamento nº 737, de 1850, mas o mesmo só regulava o processo comercial, tendo passado a se aplicar também ao processo civil apenas a partir de 1890, por força do Decreto nº 763, de 19 de setembro daquele ano, expedido pelo Governo Provisório, instalado logo após a proclamação da República.

¹⁴ Buzaid, *Do agravo...*, cit., p. 39.

¹⁵ Joaquim José Caetano Pereira e Souza, *Primeiras linhas sobre o processo civil, acomodadas ao fóro do Brasil até o anno de 1877 por Augusto Teixeira de Freitas*, Rio de Janeiro, Garnier, 1907, p. 215, nota n. 583.

¹⁶ Francisco de Paula Baptista, *Teoria e prática do processo civil comparado com o comercial*, São Paulo, Saraiva, 1988, p. 129 (reimpressão da 3ª ed., publicada originariamente no Recife, em 1872).

Dispunha a Consolidação Ribas, no seu art. 504, que “*a sentença interlocutória simples, isto é, que só concerne à ordem do processo, pode ser revogada dentro de dez dias a requerimento da parte, se ainda não tiver sido executada, ou ainda depois de executada, se a outra parte o consentir*”. Em seguida, no art. 505, dispunha citada Consolidação: “*também ella poderá ser revogada em qualquer tempo, ex-officio, antes da sentença definitiva*”. Concluía-se o sistema com a disposição do art. 506: “*a disposição do artigo antecedente terá lugar, ainda quando se haja appellado da dita sentença interlocutória, quando della se possa appellar*”.¹⁷

Ultrapassada esta fase primitiva do direito processual civil brasileiro, e a época dos Códigos de Processo estaduais, em que pouco se produziu de cientificamente relevante para a literatura processual, chega-se ao primeiro Código de Processo Civil brasileiro, aplicável a todo o país, e publicado em 1939 (e que vigorou até 1973, tendo sido então substituído pelo CPC vigente, que entrou em vigor em 1 de janeiro de 1974).

Ao tempo do CPC de 1939, definiu-se “sentença interlocutória” como aquelas que “decidem algum incidente do processo, sem lhe pôr fim”.¹⁸ Ao tempo da vigência de nosso primeiro Código de Processo Civil, as “sentenças interlocutórias” eram impugnáveis mediante agravo de instrumento (nos casos expressamente previstos em lei) ou por agravo no auto do processo (que deu origem ao agravo retido dos dias de hoje, e que era cabível nas demais hipóteses).

Encerra-se, aqui, a exposição da evolução histórica da decisão interlocutória, naquilo que interessa para o direito brasileiro, pois a análise do direito vigente se fará mais adiante, com vistas à verificação do momento inicial de eficácia de tal provimento judicial. É preciso, antes, porém, que se faça algumas considerações acerca do direito comparado, para que se possa saber como alguns outros ordenamentos contemporâneos tratam os provimentos judiciais.

¹⁷ Antonio Joaquim Ribas, *Consolidação das Leis do Processo Civil*, comentada pelo autor com a colaboração de seu filho Júlio A. Ribas, Rio de Janeiro, Jacintho Ribeiro dos Santos, 3ª ed., 1915, p. 282.

¹⁸ Gabriel José Rodrigues de Rezende Filho, *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 3, São Paulo, Saraiva, 6ª ed., 1963, p. 9.

3. **Direito Comparado.** Para apresentar o sistema utilizado em outros países para regulamentar os provimentos judiciais, optamos, até mesmo em razão dos estreitos limites deste estudo, por tecer considerações apenas a respeito de três ordenamentos jurídicos: o italiano, o argentino e o português. A escolha não foi aleatória. O direito italiano é, sem sombra de dúvida, a grande fonte de inspiração dos processualistas brasileiros contemporâneos, o que se deve, principalmente, à influência notória de *Liebman*, além da excelência da produção científica de juristas do porte de *Chiovenda*, *Carnelutti*, *Calamandrei* e tantos outros, além dos processualistas peninsulares contemporâneos, como *Fazzalari*, *Mandrioli*, *Proto Pisani*, entre muitos outros que mantêm viva a tradição da ciência processual italiana. Já o direito português será examinado para mostrar como trata do tema aquele ordenamento que deu origem ao direito brasileiro. Tratar-se-á, ademais, do direito argentino, por ser ordenamento de país vizinho ao nosso, que assim como o direito brasileiro tem suas raízes no direito ibérico, e que tem sua importância sobrelevada quando se recorda tratar-se a Argentina de um dos mais importantes parceiros do Brasil, parceria esta incrementada pelo Mercosul.

A) *Direito italiano*

O vigente direito processual civil italiano divide os provimentos judiciais em três espécies: *sentenza*, *ordinanza* e *decreto*. A distinção entre as três espécies é de forma, mais do que de conteúdo.¹⁹ É inegável, porém, que além da forma, há entre eles uma diferença quanto ao escopo de cada um.²⁰ Para o direito italiano, considera-se *sentenza* o provimento pelo qual o juiz exerce sua função jurisdicional decisória.²¹ Como afirmou um dos mais importantes teóricos do direito processual de todas as épocas, “em princípio, porém, pode-se dizer que a sentença é a forma típica do provimento *decisório*, ou seja, ela dispõe sobre os direitos das partes, acolhendo ou rejeitando os pedidos propostos em juízo”.²²

¹⁹ Crisanto Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile*, vol. I, Turim, G. Giappichelli, 10ª ed., 1995, p. 383/384.

²⁰ Neste sentido, Francesco Ferroni, *Codice di procedura civile commentato*, coord. Romano Vaccarella e Giovanni Verde, vol. I, Turim, UTET, 1997, p. 876.

²¹ Mandrioli, *Corso...*, vol. I, cit., p. 385.

²² Enrico Tullio Liebman, *Manual de direito processual civil*, vol. I, trad. bras. de Cândido Rangel Dinamarco, Rio de Janeiro, Forense, 2ª ed., 1985, p. 239.

A *ordinanza* é o provimento que tipicamente manifesta a função ordinatória do processo, assim entendida aquela função de regulamentação do *iter* procedimental, eventualmente resolvendo as questões que podem surgir a propósito entre as partes.²³ Trata-se de provimento revogável, ao menos em regra, e que normalmente é proferido após a realização do contraditório.²⁴

Por fim, o *decreto* é provimento que tem, também, função ordinatória, usualmente proferido antes de se ter realizado o contraditório, que fica postecipado, ou onde não há contraditório.²⁵ Trata-se de provimento que, em regra, não é revogável nem recorrível.²⁶

B) Direito argentino

Na Argentina, reconhece a mais autorizada doutrina a existência de três espécies de provimento judicial: as *sentencias definitivas*, as *providencias simples* e as *sentencias interlocutorias*.²⁷ A *sentencia definitiva* é o ato mediante o qual o juiz decide o mérito da causa, e cujos efeitos transcendem o processo, pois o que através dela se decide não pode ser objeto de revisão em nenhum outro processo (coisa julgada).²⁸

Providencias simples são as resoluções que têm por objeto o impulso do processo, ou que ordenam atos de mera execução. São proferidas sem necessidade de instrução ou discussão prévia, e admitem uma subclassificação, conforme causem ou não dano irreparável, sendo apeláveis apenas as que causam tal gravame, cabendo contra as demais o recurso de reposição ou revocatória.²⁹

São *sentencias interlocutorias* os provimentos que resolvem questões que “requerem substanciação”,³⁰ o que significa dizer que exigem prévia manifestação de ambas as partes. São impugnáveis mediante o recurso de apelação.

²³ Mandrioli, *Corso...*, vol. I, cit., p. 391.

²⁴ Enrico Redenti, *Diritto processuale civile*, vol. I, Milão, Giuffrè, 4ª ed., 1995, p. 234; Luigi Montesano e Giovanni Arieta, *Diritto processuale civile*, vol. I, Turim, G. Giappichelli, 1993, p. 178.

²⁵ Liebman, *Manual...*, vol. I, cit., p. 245/246.

²⁶ *Idem*, p. 246.

²⁷ Lino Enrique Palacio, *Manual de Derecho Procesal Civil*, vol. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 10ª ed., 1993, p. 398.

²⁸ *Idem*, *ibidem*.

²⁹ *Idem*, p. 398/399.

³⁰ *Idem*, p. 399.

Nota-se, pela análise das resoluções (provimentos) existentes no direito processual civil argentino, que a *sentencia definitiva* é caracterizada não só por seu conteúdo (apreciação do mérito da causa), mas também por sua topologia (por ser o ato que põe fim ao processo). Já entre as *providencias simples* e as *sentencias interlocutorias* a diferença é mais sutil, aproximando-se mesmo da distinção estabelecida, no direito italiano, entre *ordinanza* e *decreto*, já que como estas, são proferidas, uma mediante prévio contraditório (*sentencia interlocutoria, ordinanza*), outra sem prévia oitiva das partes (*providencias simples, decreto*).

C) Direito português

O moderno direito português não obteve ainda precisão quanto à distinção entre as diversas espécies de provimentos judiciais. São basicamente dois os provimentos conhecidos: sentença e despacho.

Denomina-se sentença “a forma típica da providência através da qual o juiz decide, no todo ou em parte, o litígio que lhe foi proposto”.³¹ Definida a sentença como o ato “pelo qual o juiz decide a causa principal ou algum incidente que apresente, segundo a lei, a figura de uma causa”, serão despachos todas as decisões que não se refiram ao mérito.³²

Ocorre que o legislador português não conseguiu ter precisão terminológica, chamando de sentença, por exemplo, a decisão de absolvição da instância (o que para o direito brasileiro se chama “extinção do processo sem resolução do mérito”). Isto poderia levar o intérprete a considerar como sentença todo ato final do processo, haja ou não apreciação do mérito da causa, mas então não se justificaria o fato de a lei processual ter chamado de despacho o ato que indefere liminarmente a petição inicial.³³

A imprecisão terminológica da lei acaba por provocar dificuldades conceptuais de árdua superação. Basta ver a classificação das sentenças e dos despachos proposta por *Anselmo de Castro*. Para o ilustre jurista português, as sentenças podem ser de fundo (quando apreciam o mérito) ou de mera forma, também chamadas processuais, quando determinam a absolvição da instância. Além disso, fala-se em sentença final (assim entendida a sentença que aprecia o mérito); e sentença interlocutória, que decidem um

³¹ Artur Anselmo de Castro, *Direito Processual Civil (Declaratório)*, vol. III, Coimbra, Almedina, 1982, p. 92.

³² *Idem*, p. 93.

³³ Tudo isto, sempre, conforme a lição de Anselmo de Castro, *Direito...*, vol. III, cit., p. 93.

ou vários pontos litigiosos concretos, não recaindo porém sobre o mérito. Será interlocutória, assim, a sentença que resolve uma questão incidental. Já os despachos podem ser decisórios ou de mero expediente. Os primeiros resolvem dúvidas suscitadas no processo, enquanto os últimos destinam-se a ordenar os termos do processo, deixando inalterados os direitos das partes.³⁴ Nota-se, aqui, como é difícil distinguir a sentença interlocutória do despacho decisório.

A confusão é tanta que os doutrinadores portugueses chegam até mesmo a admitir a existência de um “despacho-sentença”, que seria um despacho capaz de funcionar como sentença, o que se daria por duas razões fundamentais: umas vezes, porque o despacho resolve a pretensão do autor, compondo ou julgando a relação jurídica de direito material controvertida; outras vezes porque julga e soluciona a própria relação processual.³⁵

4. Provimentos judiciais no direito brasileiro. O vigente Código de Processo Civil enumera, no art. 162, os provimentos judiciais existentes em nosso sistema processual. São eles de três tipos: sentença, decisão interlocutória e despacho. Em seguida, nos três primeiros parágrafos do mesmo artigo, o Código de Processo Civil apresenta definições dos citados provimentos judiciais. Ressalvada a definição dada pela lei processual de despacho (art. 162, § 3º), que lida isoladamente poderia dar ao intérprete impressão totalmente equivocada, as demais mostram que o legislador pátrio optou por distinguir as modalidades de provimento com base num critério que mistura o conteúdo do mesmo e a sua topologia.

Assim é que, de um lado, encontram-se provimentos com conteúdo decisório: sentença e decisão interlocutória. Estes pronunciamentos, vistos em conjunto, distinguem-se do despacho, que não possui conteúdo decisório (ou, pelo menos, não tem conteúdo decisório relevante).³⁶ O despacho, como sabido, é ato de mero impulso processual, em que o juiz exerce função ordinatória, limitando-se a fazer o processo caminhar em direção ao provimento final.

³⁴ Ainda uma vez, Anselmo de Castro, *Direito...*, vol. III, cit., p. 94/95.

³⁵ Fernando Luso Soares, *Direito Processual Civil*, Coimbra, Almedina, 1980, p. 470/471.

³⁶ Alexandre Freitas Câmara, *Lições de direito processual civil*, vol. I, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1998, p. 225.

Entre os atos que possuem conteúdo decisório - sentença e decisão interlocutória -, a distinção se faz com base num critério essencialmente topológico. Afirmo o CPC que sentença é o provimento judicial que põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa (art. 162, § 1º). Em verdade, é de se dizer, a definição do CPC não é adequada, pois a sentença não é capaz de pôr termo ao processo. Este, na realidade, não deixa de existir com a prolação da sentença, mas se mantém existente, como regra geral, até o momento da formação da coisa julgada formal.³⁷ Diz-se que o processo se encerra, *como regra geral*, quando ocorre o trânsito em julgado da sentença, sendo preciso afirmar a existência de exceções a tal regra. Isto porque há casos em que mesmo após a sentença alcançar a situação jurídica conhecida como coisa julgada, o processo continua, para a prática de atos processuais outros. É o que se dá, por exemplo, na “ação de despejo”, em que, após a prolação da sentença de procedência do pedido (e, muitas vezes, somente após o trânsito em julgado da mesma) serão praticados atos executivos, destinados ao desapossamento do imóvel locado ao demandado, com a execução do comando contido na sentença sendo, neste caso, tratado pelo ordenamento vigente como mera fase do procedimento, e não como processo autônomo (como soem ser tratadas as execuções fundadas em sentença). O mesmo se aplica, *mutatis mutandis*, ao procedimento das “ações possessórias”.

Por tais razões, parece preferível definir a sentença como “provimento judicial que põe termo ao ofício de julgar do magistrado, resolvendo ou não o objeto do processo”.³⁸

De outro lado, a decisão interlocutória é definida pelo § 2º do art. 162 do CPC como “ato pelo qual, no curso do processo, o juiz resolve questão incidente”. Verifica-se, pois, que o direito positivo pretende distinguir os atos decisórios em sentenças e decisões interlocutórias, entendidas aquelas como as decisões que põem termo ao processo, e estas últimas como as decisões que, proferidas no curso do processo, não são capazes de provocar sua extinção.

A definição de decisão interlocutória contida na lei processual não se distancia muito das encontradas em sede doutrinária. Assim é que, por

³⁷ Sobre o ponto, José Frederico Marques, *Manual de Direito Processual Civil*, vol. 3, São Paulo, Saraiva, 9ª ed., 1987, p. 23.

³⁸ Freitas Câmara, *Lições...*, vol. I, cit., p. 388.

exemplo, já se definiu este provimento judicial como a decisão que “apenas resolva questão incidente, sem que isso represente o término do procedimento em primeiro grau de jurisdição”.³⁹ Em sentido análogo, já se afirmou que a decisão interlocutória “se dá quando o juiz resolve questão incidente no processo, ou seja, proferindo julgamento, não o extingue”.⁴⁰

Pode-se, em resumo, afirmar que a decisão interlocutória é aquele provimento judicial através do qual o juiz resolve questão incidente, assim entendida aquela questão que surge no curso do processo, sendo tal provimento incapaz de pôr fim ao ofício de julgar do juiz, que só se extingue com a prolação da sentença.⁴¹

5. Momento de eficácia da decisão interlocutória. Após estabelecer o conceito de decisão interlocutória, chega-se ao objeto central deste ensaio: a determinação do momento a partir do qual este provimento judicial passa a produzir efeitos. Trata-se de tema ignorado pela doutrina, que só se preocupou em estabelecer o termo inicial de eficácia da sentença.⁴² Não há, porém, maiores considerações acerca do *dies a quo* de eficácia da decisão interlocutória, sendo propósito deste trabalho dar início à integração desta lacuna.

É razoável supor que a diversidade de tratamento científico dispensado à sentença e à decisão interlocutória, no que concerne à determinação do *dies a quo* de sua eficácia, decorra da inexistência de disposição legal a

³⁹ Marcelo Abelha Rodrigues, *Elementos de direito processual civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, p. 250/251.

⁴⁰ Ernane Fidélis dos Santos, *Manual de direito processual civil*, vol. 1, São Paulo, Saraiva, 5ª ed., 1997, p. 218.

⁴¹ É de se notar que alguns provimentos, a rigor, não se enquadrariam no conceito de decisão interlocutória, mas assim acabam por ser considerados. É o que se dá, por exemplo, com a decisão que deixa de receber a apelação. Sendo proferida após a sentença, não pode ser considerada, no rigor do termo, uma decisão interlocutória, eis que não é proferida entre locuções. A precisão terminológica levaria o intérprete a considerar como interlocutórias apenas aquelas decisões proferidas entre o ajuizamento da demanda e a prolação da sentença. Nosso sistema vigente, porém, não deixa outra alternativa que não a de considerar tais atos como “decisões interlocutórias”.

⁴² Sobre o momento de eficácia da sentença são inúmeros os processualistas que já se pronunciaram. Entre outros, podem ser citados, a título de exemplo, Elio Fazzalari, *Il processo ordinario di cognizione*, vol. 1, Turim, UTET, reimpressão, 1990, p. 333/338; Cândido Rangel Dinamarco, *Momento de eficácia da sentença constitutiva*, RePro 63, 1991, p. 7 *et seq.*

respeito do ponto, enquanto que em relação à sentença o art. 521 do Código de Processo Civil estabelece norma a respeito.

Deve-se, pois, apresentar o sistema vigente para a sentença, a fim de, em seguida, tentar-se estabelecer o momento inicial de eficácia da decisão interlocutória. Não se pode, porém, ingressar na análise do ponto sem se recordar a advertência feita por importante processualista: “a sentença começa a produzir efeitos no momento fixado pela lei, ou por quem a lei autorize a fixá-lo”.⁴³ O problema, pois, só encontra solução satisfatória no direito positivo, razão pela qual é neste que se deve buscar os elementos necessários à sistematização do tema.

Como regra geral, pode-se dizer, a sentença só produz efeitos após o seu trânsito em julgado. Não se quer, com isso, confundir a eficácia da sentença com sua imutabilidade e indiscutibilidade. A coisa julgada, como já dito alhures, não é efeito (ou eficácia, como pretende o art. 462 do CPC) da sentença, mas uma situação jurídica nova, surgida no momento em que se torna inadmissível a interposição de recurso contra tal provimento, consistente na imutabilidade e indiscutibilidade da sentença e de seu conteúdo.⁴⁴ O que se quer dizer é que, como regra, o momento da formação da coisa julgada e o momento inicial de eficácia da sentença coincidem.⁴⁵ Esta regra é estabelecida a partir da análise de diversas normas contidas no direito positivo. Basta recordar que a apelação, recurso cabível contra as sentenças, tem - via de regra - efeito suspensivo. Recorde-se, aliás, que o efeito suspensivo só pode ser afastado por disposição expressa, produzindo-se mesmo naqueles casos em que a lei nada dispõe a respeito.⁴⁶ Além disso, há sentenças que, mesmo não sendo impugnadas mediante interposição de recurso, só produzem efeitos após o reexame que necessariamente se fará pelo tribunal (art. 475 do CPC). Nestes casos, não só a formação da coisa julgada, mas também a eficácia da sentença, ficam condicionadas à reali-

⁴³ José Carlos Barbosa Moreira, *Eficácia da sentença e autoridade de coisa julgada*, in *Temas de direito processual*, terceira série, São Paulo, Saraiva, 1984, p. 101.

⁴⁴ Freitas Câmara, *Lições...*, vol. I, cit., p. 418/419.

⁴⁵ Barbosa Moreira, *Eficácia...*, cit., p. 104.

⁴⁶ Assim, por exemplo, produz efeito suspensivo o recurso de embargos infringentes, não obstante o silêncio da lei processual a respeito do ponto. O efeito suspensivo só não se produzirá quando excluído expressamente, como se dá, por exemplo, com relação ao recurso especial e ao recurso extraordinário.

zação do reexame necessário, a que se costuma designar por duplo grau de jurisdição obrigatório.

É de se dizer, ainda, que o efeito suspensivo da apelação não é propriamente efeito da interposição do recurso. Isto porque a sentença não é capaz de produzir efeitos até que seja interposta a apelação, sendo tal interposição um obstáculo a que tal eficácia continue se manifestando. Em verdade, a interposição da apelação se limita a manter suspensa a eficácia da sentença, que já não produzia efeitos desde o momento de sua publicação. A ineficácia da sentença é, pois, originária, e a mesma só produzirá efeitos após o trânsito em julgado, com o decurso *in albis* do prazo para interposição da apelação. Interposto o recurso, e recebido com efeito suspensivo, os efeitos da sentença, que já não estavam se produzindo, permanecerão suspensos. É por esta razão, aliás, que se costuma afirmar que o efeito suspensivo é efeito da recorribilidade.⁴⁷ O que funciona como obstáculo à produção de efeitos da sentença não é o oferecimento do recurso, mas a mera possibilidade de sua interposição. Interposta a apelação, a eficácia da sentença permanece suspensa. Decorrido o prazo sem que o recurso seja interposto, e transitando em julgado, por conseguinte, o provimento, este passa a produzir todos os seus efeitos.

É certo que há casos em que a apelação deve ser recebida sem efeito suspensivo. Exemplifica-se esta possibilidade com a alusão ao art. 520 do CPC, onde são encontradas algumas hipóteses de apelação sem efeito suspensivo. Mesmo nestes casos, porém, deve-se considerar que a produção de efeitos da sentença não é contemporânea à sua prolação. Pendente o prazo para interposição da apelação a ser recebida sem efeito suspensivo, ainda assim estará a sentença com sua eficácia suspensa. Os efeitos da sentença, neste caso, só se produzem a partir do momento em que a apelação é recebida sem efeito suspensivo, nos termos do que dispõe o art. 521 do CPC, ou a partir do trânsito em julgado do provimento judicial.⁴⁸

⁴⁷ Alexandre Freitas Câmara, *Lições de direito processual civil*, vol. II, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1998, p. 73.

⁴⁸ Sobre o ponto, consulte-se José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, Rio de Janeiro, Forense, 7ª ed., 1998, p. 471, onde se lê, *verbis*: “a sentença torna-se exequível desde o recebimento da apelação unicamente no efeito devolutivo”.

Pode-se, pois, com relação à sentença, estabelecer-se o seguinte esquema: prolatada a decisão, é a mesma ineficaz, perdurando a ineficácia durante todo o tempo em que a mesma for recorrível. Transcorrendo *in albis* o prazo para interposição da apelação, e transitando em julgado, por conseguinte, a sentença, passa ela a produzir efeitos. Interposto e recebido recurso com efeito suspensivo, a suspensão dos efeitos da sentença permanece. Por fim, interposta e recebida apelação sem efeito suspensivo, a sentença passa a produzir seus efeitos a partir do pronunciamento judicial de recebimento do recurso.⁴⁹

Sendo certo que a questão referente ao termo inicial de eficácia da sentença encontra na lei regulamentação capaz de resolver os problemas (ou pelo menos alguns deles) do intérprete, o mesmo não se pode dizer a respeito do momento inicial de eficácia das decisões interlocutórias. Silente a lei, é preciso que se busque na teoria geral dos recursos (aplicável, por certo, ao agravo, recurso cabível contra as decisões interlocutórias) os elementos necessários à solução da questão.

É preciso, para que se possa explicar as razões de ser a teoria geral dos recursos a fonte onde se pretende buscar subsídios para a solução do problema que se pretende aqui examinar, recordar que contra as decisões interlocutórias admite-se a interposição de agravo, no prazo de dez dias, retido nos autos ou por instrumento (art. 522 do CPC). É de se recordar, ainda, que o agravo retido é recurso sem efeito suspensivo, e o agravo de instrumento em regra é, também recebido sem tal efeito (ressalvando-se os casos em que se permite ao relator do agravo de instrumento a concessão do efeito suspensivo ao recurso, nos termos do que dispõe o art. 558 do CPC). Assim sendo, é preciso determinar se a decisão interlocutória só será eficaz, como regra, após a preclusão da via recursal, no momento em que se tornar inadmissível a interposição do agravo, ou se aquele provimento é capaz de produzir efeitos mesmo quando ainda recorrível. Num segundo momento, a que só se chegará se, à questão anterior, responder-se com a afirmação de

⁴⁹ É de se notar, apenas a título de ilustração (já que o presente estudo não se destina a determinar o *dies a quo* de eficácia da sentença), que o art. 521 se refere, apenas, ao efeito executivo da sentença, o que se liga às sentenças condenatórias. Nada se dispõe, ali, a respeito da produção, antes do trânsito em julgado, dos efeitos das sentenças meramente declaratórias e constitutivas. Este não é, porém, o foro apropriado para a análise da questão, que é aqui suscitada apenas para sugerir uma reflexão sobre o tema.

que em regra a eficácia da decisão interlocutória fica suspensa em razão de sua recorribilidade, só podendo começar a se produzir seus efeitos após a preclusão da via recursal, será preciso verificar se o recebimento do agravo, sem efeito suspensivo, será capaz de permitir a produção de efeitos do provimento judicial (e, de outro lado, se o recebimento do agravo de instrumento com efeito suspensivo, nos casos do art. 558 do CPC, manterá suspensa a eficácia da decisão interlocutória agravada).

É preciso, pois, estudar o efeito suspensivo à luz da teoria geral dos recursos, para que se possa estabelecer a regra geral a respeito do ponto.

Sobre o tema, já se pronunciou respeitável processualista pátrio, afirmando que as decisões sujeitas a recurso com efeito suspensivo ficam com sua eficácia obstada em razão da mera recorribilidade, sendo incapazes de produzir efeitos *ab origine*, perdurando a suspensão até o julgamento do recurso; de outro lado, as decisões sujeitas a recurso sem efeito suspensivo seriam capazes de produzir efeitos desde logo, a partir de sua publicação, “ensejando inclusive sua execução provisória (art. 587, CPC)”.⁵⁰

A ser correto este entendimento, estaria solucionado o problema, podendo-se afirmar que a decisão interlocutória produz efeitos desde logo, em nada influenciando sobre sua eficácia a recorribilidade do provimento. Neste caso, seria lícito afirmar que o recebimento do agravo de instrumento com efeito suspensivo seria, este sim, obstáculo à eficácia da decisão, que já vinha operando seus efeitos, os quais ficariam impedidos de se manifestar a partir do recebimento do recurso. Esta não parece, porém, a melhor solução (ao menos como regramento geral). É de se notar, aliás, que na passagem anteriormente referida, *Nery Júnior* faz expressa alusão ao art. 587 do CPC, sendo certo que este dispositivo faz alusão à possibilidade de execução provisória de sentença “impugnada mediante recurso, recebido só no efeito devolutivo”. Não obstante a impropriedade da norma, que fala em recurso recebido “só no efeito devolutivo”, quando em verdade se pretende fazer referência a recurso recebido sem efeito suspensivo, fica claro, pela leitura do dispositivo referido, que a execução provisória só é possível quando o recurso já foi recebido (sem, no entanto, produzir-se o efeito suspensivo). Isto só vem reforçar a regra do art. 521 do CPC, que adia o início da eficácia

⁵⁰ Nelson Nery Júnior, *Princípios fundamentais - teoria geral dos recursos*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 4ª ed., 1997, p. 378.

da sentença para depois do recebimento do recurso desprovido de efeito suspensivo, servindo a recorribilidade da decisão, mesmo nestes casos, de obstáculo à sua eficácia.

Parece melhor, à luz da teoria geral dos recursos, considerar-se que o efeito suspensivo é efeito da recorribilidade de todos os tipos de decisão judicial. Esteja o intérprete diante de sentença, decisão interlocutória ou acórdão, a pendência de prazo para interposição de recurso aparece como obstáculo à produção de efeitos da decisão. O recebimento do recurso com efeito suspensivo apenas prolonga tal suspensão. De outro lado, o recebimento de recurso sem efeito suspensivo faz com que a decisão recorrida passe a produzir, a partir do momento do recebimento, seus efeitos. Neste sentido, pode-se reproduzir lição insuspeita, aplicável, salvo melhor juízo, a toda espécie de provimento judicial: “é estranha à sistemática do direito brasileiro a distinção entre suspensividade *do recurso* e suspensividade *do prazo de recurso*, a cuja luz, em certos casos, a eficácia da decisão se manifestaria desde logo, ficando apenas sujeita a suspender-se, uma vez interposto a tempo o recurso, ao passo que noutros a decisão permaneceria ineficaz durante todo o prazo de interposição. Essa diferença existiu, com relação ao *appel*, no direito francês, até a reforma do antigo *Code de procédure civile* em 1965, a partir da qual, ressalvadas as hipóteses de execução provisória, a decisão apelável passou a não produzir efeitos senão após o decurso *in albis* do “*délai d’appel*”. A distinção entre suspensividade *da apelação* e suspensividade *do próprio prazo para apelar* subsiste no direito belga. Entre nós, quando provisoriamente exequível a sentença, o efeito executivo começa a produzir-se desde o recebimento da apelação, pelo órgão *a quo*, no mero efeito devolutivo (art. 521); fora daí, prevalece como princípio geral o de que a decisão só se torna eficaz com o trânsito em julgado”.⁵¹

Verifica-se, pois, inexistir no sistema positivo brasileiro distinção, reconhecida em outros ordenamentos, entre suspensividade do recurso e suspensividade do prazo para interposição do recurso. Os sistemas que adotam esta distinção afirmam haver casos em que a decisão produz efeitos, os quais são obstados pela interposição do recurso (suspensividade do recurso), e casos outros, em que a eficácia da decisão fica obstada pela fluência do prazo para interposição do recurso, cujo recebimento se limitará a prolongar a suspensão já existente (suspensividade do prazo para interposição do re-

⁵¹ Barbosa Moreira, *Comentários...*, vol. V, cit., p. 255/256.

curso). No sistema brasileiro, em que não se faz referida distinção, o efeito suspensivo se produz desde a publicação da decisão, e o recebimento de recurso com efeito suspensivo limita-se a impor um prolongamento daquela suspensão já existente. Recebido que seja o recurso sem efeito suspensivo, a decisão então passará, a partir do recebimento, a produzir seus efeitos.

O sistema acima referido é aplicável à decisão interlocutória, e ao recurso contra ela cabível (agravo). Publicada a decisão, ela é incapaz de produzir efeitos, em razão de sua recorribilidade. Preclusa a via recursal, com o decurso *ia albis* do prazo para sua interposição, passará ela a produzir efeitos. De outro lado, interposto o agravo, é preciso estabelecer a seguinte distinção: tratando-se de agravo retido, a ser admitido sempre sem efeito suspensivo, a decisão passará, a partir do momento em que é recebido o recurso, a produzir seus efeitos; de outro lado, sendo agravo de instrumento, e recebido o mesmo sem efeito suspensivo (o que acontecerá como regra geral), aplica-se o mesmo sistema, passando a decisão a produzir efeitos a partir do recebimento do recurso, mas em se tratando de agravo de instrumento recebido com efeito suspensivo, o que ocorrerá nas hipóteses previstas no art. 558 do CPC, a eficácia da decisão, que já se encontrava suspensa, assim permanecerá até o julgamento do recurso.

É preciso, porém, estabelecer uma exceção a este sistema, que - salvo melhor juízo - decorre do próprio sistema constitucional pátrio. Ao estabelecer a garantia constitucional da tutela jurisdicional adequada, decorrente do art. 5º, XXXV, da Constituição da República,⁵² a Lei Maior criou o direito à tutela jurisdicional de urgência (direito este que se configura quando presentes os requisitos exigidos pela lei processual), modalidade de tutela jurisdicional que se manifesta, essencialmente, por duas vias: tutela cautelar e tutela antecipatória.⁵³ Estas são modalidades de tutela jurisdicional de

⁵² Sobre a garantia constitucional da tutela jurisdicional adequada, consulte-se Freitas Câmara, *Lições...*, vol. I, cit., p. 55/56.

⁵³ Sobre a tutela cautelar e a tutela antecipatória como espécies de um gênero maior, o da tutela jurisdicional de urgência, confira-se José Roberto dos Santos Bedaque, *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, São Paulo, Malheiros, 1998, p. 149/151. A respeito da tutela de urgência como corolário da garantia constitucional da tutela jurisdicional adequada, é de se referir a lição de Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela cautelar e tutela antecipatória*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992, p. 90/99, vendo-se, especialmente, o que vai à p. 93: “do princípio da inafastabilidade decorre o direito ao devido processo legal, aí incluídos, entre outros, o direito à adequada tutela jurisdicional, abrangendo o direito de petição, como “autêntico direito abstrato de agir”, o direito à medida urgente, e os direitos ao procedimento e à cognição adequados”.

urgência, destinadas a proteger uma posição jurídica de vantagem que se encontra correndo risco de dano irreparável ou de difícil reparação. Nestes casos (como se dá, por exemplo, com o arresto cautelar, ou com a fixação de alimentos provisórios), a eficácia da decisão há de ser imediata, como consequência da própria garantia constitucional, sob pena de não se ter assegurado tutela jurisdicional adequada à posição jurídica em estado de perigo. Adiar por dez dias o início da eficácia de decisão interlocutória que conceda tutela antecipatória ou uma medida cautelar poderá implicar a inutilidade de tal provimento judicial, pois a urgência da medida é incompatível com a dilação do *dies a quo* da eficácia do provimento judicial. Deve-se, pois, considerar que esta é uma exceção ao sistema geral, e neste caso a decisão interlocutória produz efeitos desde logo. Neste caso, o recebimento de agravo de instrumento com efeito suspensivo impedirá que a decisão continue a produzir os efeitos que vinha produzindo, em hipótese na qual deve-se considerar o efeito suspensivo não como efeito da recorribilidade, mas da própria interposição do recurso.

Assim sendo, pode-se concluir afirmando-se o seguinte: a decisão interlocutória, em regra, não produz efeitos de imediato. O *dies a quo* de sua eficácia coincide, em princípio, com o momento em que se torna preclusa a via recursal, o que se dá quando transcorre *in albis* o decêndio para interposição do agravo. Interposto que seja o recurso, e recebido ele sem efeito suspensivo (o que sempre ocorrerá quando se tratar de agravo retido, e será a regra geral nos casos em que se interpuser agravo de instrumento), a decisão passa a produzir efeitos a partir do provimento de recebimento do recurso. Recebido, porém, o agravo de instrumento com efeito suspensivo, o que se dará nas hipóteses do art. 558 do CPC, a eficácia da decisão interlocutória permanecerá suspensa, até o julgamento do recurso. Exceção a este sistema ocorrerá apenas quando se estiver diante de decisão interlocutória através da qual se presta tutela jurisdicional de urgência (cautelar ou antecipatória), pois neste caso, por força da garantia constitucional da tutela jurisdicional adequada, a decisão é imediatamente eficaz, e sua eficácia só poderá ser suspensa pelo recebimento de agravo de instrumento com efeito suspensivo, caso em que a interposição (ou, mais precisamente, o recebimento) do recurso fará com que a decisão, que vinha produzindo efeitos, deixe de produzi-los daquele momento em diante. ◆

Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor

HELOÍSA CARPENA VIEIRA DE MELLO

*Promotora de Justiça no Rio de Janeiro. Diretora
Presidente da Subseção Rio de Janeiro do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor.*

1. O surgimento dos direitos do consumidor - O fenômeno jurídico não pode ser analisado senão numa perspectiva histórica, que possibilite sua compreensão, uma vez que o ordenamento procura acompanhar, muitas vezes com atraso, o panorama social, político e econômico e sua evolução.

Parece-me bastante claro que o direito do consumidor está intimamente ligado ao desenvolvimento das relações econômicas, em constante e veloz mutação, especialmente neste século. Assim, antes de ingressar no tema proposto, é preciso delinear os aspectos gerais do cenário político e econômico, que contextualiza o surgimento dos direitos do consumidor.

O ideário liberal individualista era hostil à proteção do consumidor, que só adquiriu impulso e autonomia nos anos 60 e 70. As concepções jurídicas surgidas com a Revolução Francesa, cujos pilares eram a igualdade, o individualismo e o liberalismo econômico, mostraram-se desfavoráveis à proteção de certas pessoas ou de certas categorias de pessoas.

Sendo “livres e iguais” todos os homens, tal princípio opunha-se à concessão de qualquer privilégio ou proteção especial, assim, fornecedor e consumidor tinham de ser considerados em pé de igualdade no mercado.

De outra parte, o princípio do *pacta sunt servanda* - manifestação da autonomia da vontade e fundado na regra moral - não admitia, em nome da segurança do comércio jurídico, a intervenção judicial para rever ou modificar o contrato, mesmo por razões de equidade ou de boa fé contratual.

“*Qui dit contractuelle, dit juste*” (Fouillée), pelo que o consumidor deve cumprir, pontualmente, os seus contratos, ainda que, de fato, como posteriormente veio a se reconhecer, possam ser instrumento de exploração do mais fraco pelo mais forte.

O individualismo igualmente mostrava-se avesso ao fenômeno associativo, sendo obstáculo à ação coletiva e organizada dos consumidores.

O liberalismo econômico, por sua vez, exigia um forte abstencionismo do Estado, sendo deixado aos particulares, em nome da liberdade do comércio e da indústria, o livre jogo das forças econômicas, pelo que aquele não podia intervir para impor restrições em defesa dos consumidores.

Foi neste ambiente e sob inspiração clara destes princípios que promulgamos nosso Código Civil: estatuto regulamentador das relações privadas.

Todavia, quase oitenta anos medeiam a entrada em vigor do Código Civil e do Código do Consumidor. A massificação da produção, verificada em especial após o fordismo¹, impôs, por via de consequência, a massificação do consumo e da comunicação entre consumidores e fornecedores, ou seja, da informação. Esta é a sociedade em que vivemos: anônima, complexa e desigual.

Anônima, no sentido de que não conhecemos mais aquele que produz os bens e presta os serviços que consumimos. Complexa, pois igualmente ignoramos de que forma se processa a produção. Desigual, diante da preponderância econômica, jurídica e técnica do fornecedor.

A “cultura do consumo”, para Baudrillard², é a cultura pós-moderna, sem profundidade e sem parâmetros, na qual “a arte triunfou sobre a realidade”, abolindo a distinção entre real e imaginário.

Os bens e serviços são adquiridos não para satisfação de necessidades mas como instrumentos que nos permitem estabelecer uma diferenciação, auto-segmentando o próprio tecido social. Assim, o desejo de distinguir-se e, simultaneamente, ver-se identificado com determinado grupo social, impulsiona o consumo, que se transforma em demanda.

¹ Como assinala com propriedade David Harvey, “o que havia de especial em Ford (e que, em última análise, distingue o fordismo do taylorismo) era a sua visão, seu reconhecimento explícito de que a produção de massa significava consumo de massa, um novo sistema de reprodução da força de trabalho, uma nova política de controle e gerência do trabalho, uma nova estética e uma nova psicologia, em suma, um novo tipo de sociedade democrática, racionalizada, moderna e populista”. in *Condição Pós-Moderna*, p. 121.

² BAUDRILLARD, Jean. *A Sociedade de Consumo*. Tradução de Artur Morão, Rio de Janeiro: Elfos, 1995, p. 147.

Pelo consumo estabelece-se então uma forma de comunicação e de integração social, distanciando o fenômeno da suposta irracionalidade, manipulada adrede pelos fornecedores, através de sofisticadas - e incompreensíveis - técnicas de *marketing*.

Neste diapasão, podemos compreender o surgimento dos direitos do consumidor como reflexo do reconhecimento dos direitos da cidadania. Interessantíssima, sob este aspecto, a reflexão de Canclini que elenca, como requisitos para que se possa articular o consumo com o exercício da cidadania, uma oferta diversificada de produtos e serviços, a informação confiável e controlada sobre a qualidade dos mesmos e a participação da sociedade civil nas decisões políticas, envolvendo relações de consumo.³

Com efeito, sem mesmo cogitar a esta altura dos riscos a que estão expostos os consumidores pelos produtos e serviços, assim como pelas práticas comerciais adotadas pelos fornecedores, é patente a necessidade de buscar formas de controle do mercado além dos mecanismos de intervenção estatal para garantia da concorrência, manifestação primeira da autoridade no sentido da salvaguarda dos direitos dos consumidores.

Ainda que a legislação sobre os direitos do consumidor no Brasil tenha surgido pela iniciativa de grupos isolados, e não como expressão de um movimento social de reivindicação destes direitos, alcançamos um patamar de proteção e de controle do mercado muito superior à maior parte dos países em desenvolvimento.

A implementação destes direitos, contudo, depende de uma evolução no sentido da organização da sociedade civil, através de formas de associativismo que, embora prestigiado pelas leis que regulam o processo coletivo e pela Constituição Federal, ainda não se alcançou em nosso país.⁴

De todo modo, as inovações introduzidas em nosso ordenamento pelo Código de Defesa do Consumidor representam, sem dúvida nenhuma, um

³ Segundo o mesmo autor, tal participação se exerceria “*desde o controle da qualidade dos alimentos até as concessões de frequências radiais e televisivas, desde o julgamento dos especuladores que escondem produtos de primeira necessidade até os que administram informações estratégicas para a tomada de decisões*”. in Consumidores e Cidadãos, p. 66.

⁴ Confira-se, a propósito, Roberto DaMatta, que assevera: “*a existência de tais redes (de relacionamentos pessoais) como instrumentos expressivos e, repito, altamente valorizados como modos de se chegar ao poder (e de, em geral, mudar de posição social) que explica com maior profundidade a ausência de grupos de interesses coerentes e sistematicamente organizados no Brasil*”. in O que faz o Brasil Brasil, p.89.

enorme avanço em termos da efetiva proteção destes direitos, quase sempre tratados em sua dimensão coletiva.

Vale então fazer uma breve referência aos princípios que inspiram a legislação de proteção ao consumidor no Brasil e informam a interpretação de suas normas, tratando a seguir de questão que ilustra claramente a evolução legislativa a que nos referimos, qual seja, a da responsabilidade civil no CDC.

2. Princípios informadores do Código de Defesa do Consumidor - O que o CDC nos traz de novo, em termos de técnica jurídica, é, em última análise, o reconhecimento da desigualdade que caracteriza a relação de consumo, ou da posição de hipossuficiência do consumidor, reeditando institutos à luz desta realidade.

Assistimos então ao fim do dogma da autonomia da vontade, no que respeita à proteção contratual, ao reconhecimento da força vinculante de mensagens publicitárias, ao surgimento da tutela judicial coletiva e, no tocante à responsabilidade civil, à consagração da chamada responsabilidade objetiva, como regra.

O sistema adotado pelo CDC, a exemplo da experiência estrangeira, consagra uma série de princípios, dentre os quais o da confiança.

A função social do contrato, reconhecida na nova teoria contratual, a transforma de simples instrumento jurídico para o movimento de riquezas no mercado, em instrumento jurídico para a realização dos legítimos interesses dos consumidores.

Assim, no sistema do CDC, leis de ordem pública visam preservar a confiança que o consumidor depositou no vínculo contratual, tendo como paradigma a sua perfeita adequação ao fim que razoavelmente dela se espera, protegendo também a confiança que o consumidor deposita na segurança do produto ou do serviço colocado no mercado.

O reconhecimento da necessidade de proteção da confiança surge como resposta ou conseqüência do referido anonimato das novas relações sociais. Diante da impossibilidade de identificar com precisão o universo de consumidores, a quem se destina a tutela legal, tornou-se imperioso criar um novo paradigma. Um novo paradigma mais objetivo do que a subjetiva vontade, boa ou má fé do fornecedor, que se constitui em um verdadeiro *standard* de qualidade e segurança que pode ser esperado por todos aqueles que são ou venham a ser parte na relação de consumo.

A ciência do Direito, para proteger convenientemente a confiança despertada pela atuação dos fornecedores no mercado, evolui no sentido de superar a distinção entre a responsabilidade contratual e extracontratual, e o fará revigorando a figura dos deveres anexos. Deveres de cuidado, de informação, de segurança e de cooperação, que estão presentes em todas as relações, mesmo as extracontratuais, pois são deveres de conduta humana.⁵

Assim, na sociedade massificada, a noção de culpa, e mesmo o recurso à presunção de negligência ou imperícia do fornecedor direto não são suficientes para dividir de forma justa os novos riscos da sociedade de consumo. O princípio da solidariedade, expresso no art. 7º, parágrafo único do CDC, que atribui responsabilidades conjuntas aos fornecedores, possuam eles ou não vínculos contratuais com o consumidor, demonstra a atual tendência de superar a estrita divisão entre a responsabilidade contratual e a extracontratual em matéria de proteção ao consumidor.

O regime da responsabilidade objetiva e da relação de solidariedade entre todos os fornecedores na cadeia de produção vem apresentar, permita-se frisar, uma resposta adequada e suficiente que permita uma solução justa aos conflitos decorrentes da forma impessoal e complexa com que são produzidos bens e serviços.

De que outra maneira poderíamos responsabilizar, por exemplo, fornecedores de serviços de transporte aéreo por desastres, a que chamam “catástrofe”. Arnaldo Jabor, em artigo publicado na Folha de São Paulo, por ocasião do acidente com o avião da TAM, que vitimou mais de uma centena de pessoas, observa argutamente : *“Pilotos angustiados, comandantes em crise conjugal, aeromoças feias e tristes, banquinhos apertados, a rotina dos pousos e decolagens, o tédio dos serviços, os desestímulos dos baixos salários... E, quando explode o avião, quem são os culpados? E responde: Ninguém. As catástrofes de hoje são defeitos de funcionamento. Assim, como as máquinas de lavar quebram, assim caem os aviões.”*⁶

Com efeito, quando caem os aviões, como saberemos se a razão da “falha” está na manutenção, que em geral é feita por empresa contratada,

⁵ cf. sobre os deveres anexos, MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 2ª ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

⁶ *Os sinais do desastre estão nos croquetes fritos*”, Folha de São Paulo, 5/11/96, Ilustrada, p. 9.

na imperícia do piloto ou num defeito de projeto, imputável ao fabricante da aeronave?

Por esta razão, o art. 12 do CDC estatui que são “solidariamente responsáveis o fabricante etc. etc...”, ou seja, todos aqueles que são parte no intrincado processo de fornecimento de produtos ou serviços. Ao assim dispor, o legislador cuidou de dar vida ao “direito básico do consumidor”, expresso no art. 7º, parágrafo único.

Esta idéia de garantia como elemento do próprio produto pode explicar porque todos os fornecedores são responsáveis por ela, e não só aquele que contratou com o consumidor. A garantia então acompanha o produto quando este vai sendo transmitido a sucessivos consumidores, durante a vida útil do bem.

3. Novo regime para os vícios dos produtos e serviços - “Toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade, que seria a repercussão obrigacional da atividade do homem”, como leciona o mestre Aguiar Dias.⁷

O aumento populacional e a massificação a que nos referimos, provocaram a multiplicação dos acidentes, demonstrando a insuficiência dos instrumentos legais para satisfação das vítimas que, freqüentemente, viam-se impossibilitadas de comprovar os elementos da responsabilidade.

O caminho no sentido do abandono das doutrinas subjetivistas deu-se a partir do princípio da presunção de culpa, conceito que, segundo Caio Mário, constitui “um largo passo no sentido da aceitação da responsabilidade sem culpa”.⁸

Tal princípio, contudo, baseia-se no conceito genérico de culpa como fundamento da responsabilidade civil, distinguindo-se da concepção subjetiva apenas no que se refere ao ônus da prova.

Precursor da doutrina objetivista no Brasil, Alvino Lima⁹ adverte que a desconsideração do elemento subjetivo, em certos casos, é um imperativo, considerada a necessidade de dar solução a questões que não ensejariam responsabilidade, pela mera impossibilidade prática de demonstrar aquele elemento.

⁷ DIAS, J. Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1947.

⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 265.

⁹ cf. *Culpa e Risco*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1960.

Assim, no sistema do CDC, da tradicional responsabilidade assente na culpa, passa-se à presunção geral desta, trazendo um fundamento objetivo ao dever de indenizar.

O princípio da proteção da confiança exige que se responsabilize um número maior de agentes da cadeia de produção, visando à efetiva reparação, como ordena o art. 6º, VI, do CDC.

Ao fornecedor a lei impõe um dever de qualidade dos produtos e serviços que presta. Sua responsabilidade está objetivada, isto é, concentrada no produto ou no serviço prestado, concentrada na existência de um defeito ou na existência de um vício. Assim, o produto ou serviço prestado trariam em si uma garantia de adequação para o seu uso e, até mesmo, uma garantia referente à segurança que deles se espera (*implied warranty*).¹⁰

Passamos, então, da valoração subjetiva de conduta à valoração objetiva da atividade e assim, como conclui o Prof. Tepedino, “a responsabilidade não pode estar vinculada à ilicitude do ato.”¹¹

4. Segurança dos bens e serviços oferecidos no mercado -
Cuidou o Código de regulamentar separadamente os vícios, relacionados à adequação de produtos e serviços, e os defeitos ou fatos do produto, relacionados à segurança destes.

Assim, no capítulo IV tratou da qualidade, dividindo-o em três seções: a primeira contém normas relativas aos produtos e serviços potencialmente perigosos, criando diversos deveres para os fornecedores, quase todos relativos à informação; na segunda, instituiu o tratamento dedicado aos acidentes de consumo, eventos exteriores causados por produtos e serviços impróprios; e a terceira tratou dos vícios, de qualidade, quantidade e informação, que são intrínsecos aos próprios bens e serviços, e significam uma diminuição patrimonial, do valor destes.

A distinção entre vícios e defeitos é feita tendo em vista a natureza da falha apresentada pelo bem ou serviço: se provoca danos - externos - à saúde ou ao patrimônio do consumidor, estamos falando de um defeito ou

¹⁰ AMARAL JUNIOR, Alberto do. *A responsabilidade pelos vícios dos produtos no Código de Defesa do Consumidor*, in *Direito do Consumidor*, vol 2, p.2, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

¹¹ TEPEDINO, Gustavo. *A Responsabilidade Civil por acidentes de consumo na ótica civil-constitucional*, in *Revista da UERJ*, nº 3.

fato do produto ou serviço; se o problema é de molde a causar uma diminuição patrimonial apenas, seja porque não foram correspondidas as legítimas expectativas do consumidor, ou porque o produto não contém o afirmado pelo fornecedor, trata-se de um vício.

O conceito de produto e serviço defeituoso é trazido pela própria lei (art. 12 e 14) que os define como aquele que “não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar”. Exemplos, há muitos: a talidomida, o talco Mohrenge, a geléia de mocotó que matou duas crianças, e outros, menos dramáticos, como este relatado em decisão de nosso Tribunal de Justiça.¹²

Dentre os casos de responsabilização do fornecedor por fato do serviço, além do já citado acidente aéreo da TAM, lembramo-nos das vítimas da hemodiálise em Caruaru, da explosão no Shopping Center de Osasco. Na jurisprudência, encontramos a noção clara do fundamento da responsabilidade¹³.

Observe-se que, o CDC excepcionou ao sistema da responsabilidade objetiva, quanto aos serviços prestados por profissionais liberais que, segundo a regra do art. 14, § 4º, “será apurada mediante a verificação de culpa”.

Não há que se confundir responsabilidade objetiva com inversão do ônus da prova. O dano e o nexo de causalidade deverão ser comprovados de forma inequívoca pelo consumidor em juízo, prescindindo-se apenas da

¹² “Responsabilidade civil. Acidente de consumo. Fato do produto. Presunção de responsabilidade do fornecedor. O fornecedor de gás em botijão assume obrigação de resultado em relação ao produto que faz chegar aos lares dos consumidores, pelo que, mesmo antes da Constituição de 88 e do Código do Consumidor, a sua responsabilidade era presumida em face dos acidentes de consumo. Assim, provado que o incêndio, que causou a morte de uma vítima e ferimentos em outras duas, teve por causa a explosão de um botijão de gás fornecido pela ré, exsurge o seu dever de indenizar, dever esse que só poderia ser afastado por inequívoca prova de inexistência desse nexo causal. Reforma parcial da sentença apenas quanto às verbas indenizatórias.”

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2261/95, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL. Data Julg.: 27/06/1995. Relator: DES. SERGIO CAVALIERI FILHO.

¹³ “Responsabilidade civil. Hospital. Ressarcimento de dano moral. Paciente com insuficiência renal grave. Hemodiálise. Contaminação por vírus da hepatite B. Nexo de causalidade demonstrado. A responsabilidade hospitalar, diferentemente da do médico, encerra obrigação de resultado no sentido de assegurar a incolumidade do paciente em tudo que seja capaz de lhe produzir dano. A contaminação ou infecção em serviços de hemodiálise caracteriza-se como falha do serviço e leva a indenização, independentemente de culpa. Aplicação, na hipótese, do art. 14 “caput” do Código de Defesa do Consumidor. O ressarcimento do dano moral realiza-se pelo sistema de compensação, insuscetível de avaliação pericial. Agravo desprovido. Provimento parcial da apelação apenas para reduzir o valor da condenação.”

APELAÇÃO CÍVEL Nº 6200/94, QUINTA CÂMARA CÍVEL. Data Julg.: 22/11/1994. Relator: DES. MARCUS FAVER.

demonstração do elemento subjetivo. Quanto à inversão, será determinada pelo Juiz, sempre que “fôr verossímil a alegação ou quando for ele insuficiente”, ou seja, quando não for possível ao consumidor realizar a prova. Assim ocorrerá comumente nos casos de danos provocados por ingestão de alimentos contaminados, por exemplo. A prova - diabólica - poderá incumbir ao fornecedor, conforme as circunstâncias de cada caso.

Quanto às defesas do fornecedor, estas estão previstas no art. 12, § 3º e art. 14, § 3º do CDC. A enumeração não esgota as possibilidades de o fornecedor exonerar-se da obrigação de indenizar, visto que a força maior e o fortuito externo igualmente são excludentes da responsabilidade.

Assim, o prestador de serviços de transporte coletivo não estará obrigado a indenizar danos sofridos pelos passageiros em decorrência de um roubo perpetrado por terceiro, mas será responsabilizado por danos causados em virtude de colisão, provocada por falha mecânica do veículo. Apenas no primeiro exemplo, a causa do defeito é estranha ao negócio do fornecedor e assim inelutável, inafastável, rompendo o nexo causal.

Finalmente, ainda sobre o fato do produto ou serviço, o CDC alargou, no art. 17, o seu âmbito de aplicação, equiparando aos consumidores “todas as vítimas do evento”. Tal dispositivo revela a todas as luzes a superação da distinção entre responsabilidade contratual e extra-contratual. Assim, por força desta norma, poderão invocar a proteção da lei especial, num caso de colisão envolvendo um coletivo, tanto o passageiro que se encontrava no interior deste como o condutor do outro veículo envolvido no acidente que, evidentemente, com o fornecedor não contratou.

5. Qualidade e adequação - Após tratar da questão da segurança, a lei incumbiu-se da adequação dos produtos e serviços oferecidos no mercado de consumo.

O CDC não nos traz um conceito de qualidade mas podemos inferi-lo de suas normas e expressá-lo, da seguinte maneira: qualidade é a perfeita adequação do produto ou serviço, às suas finalidades. O que se espera de uma máquina de lavar? Que lave. O que esperar de um carro? Que possa transportar passageiros e bagagens. Vemos assim que a noção de qualidade é facilmente percebida, sendo responsável o fornecedor sempre que houver uma desconformidade entre expectativa/desempenho.

Os vícios subdividem-se em de qualidade, quantidade e informação. O § 6º do art. 18 define o produto impróprio ao consumo, enquanto o § 2º do art. 20 cuidou de tratar do serviço.

Quanto à reparação do dano decorrente no caso de vício de qualidade, previu a lei a possibilidade de requerer o consumidor, alternativamente: a substituição por outro da mesma espécie, a restituição da quantia paga ou o abatimento proporcional do preço. (art. 18, §1º)

Tratando-se de vício de quantidade, abrem-se quatro alternativas para o consumidor: o abatimento proporcional do preço, a complementação do peso ou medida, a substituição do produto por outro da mesma espécie e a restituição imediata da quantia paga (art. 19).

Os serviços estão disciplinados no art. 20 e, em caso de vícios, os consumidor poderá pedir: a sua reexecução, a restituição da quantia paga e o abatimento proporcional do preço. Observe-se que quanto aos serviços públicos, referidos no art. 22, criou-se um “privilégio”, eis que o parágrafo único prevê, em caso de descumprimento da garantia de adequação, o fornecedor somente poderá ser compelido a cumpri-la e a reparar os danos causados, não se cuidando de qualquer restituição ou abatimento do preço.

Cabe ainda destacar a norma do art. 25 que, em consonância com o sistema do Código, proíbe a estipulação de cláusula de exoneração da obrigação de indenizar, nos casos de vícios ou defeitos.

6. Garantias - O regime da garantia contratual e da garantia legal são diversos. Na garantia contratual não se cogita da origem do vício, se oriundo de mau uso ou de culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, não se questionando igualmente sobre a vida útil do bem. Já a garantia legal é de adequação, de funcionalidade do produto ou do serviço, só poderá ser usada se a causa da inadequação é o próprio produto ou o serviço, não abrangendo os casos de mau uso ou de caso fortuito posterior ao contrato, que tornem o bem inadequado ao uso.

Insta analisar a relação temporal entre as duas espécies de garantia. Em virtude do prazo exíguo para a ação redibitória (15 dias), a jurisprudência criou a ficção de que o prazo de decadência ou prescrição só começaria a fluir depois do término do prazo de garantia contratual. Hoje, a interpretação mais favorável ao consumidor é aquela da garantia legal implícita de adequação.

Assim, se há garantia contratual e esta foi estipulada para vigorar a partir da data do contrato, as garantias começam a correr juntas, pois a garantia legal nasce necessariamente com o contrato de consumo, com a entrega do produto, sua colocação no mercado de consumo. Ao consumidor é que cabe escolher de qual delas fará uso.

Os prazos - prescricionais e decadenciais - para reclamar por defeitos e vícios estão previstos nos arts. 26 e 27 do CDC e representam um grande avanço em relação à sistemática dos vícios redibitórios, cujos prazos, como dissemos, eram exíguos e inviabilizavam o exercício destes direitos pelos consumidores.

É este, em linhas gerais, o regramento introduzido pelo Código de Defesa do Consumidor no tocante à responsabilidade civil do fornecedor por vícios ou defeitos dos produtos e serviços que oferece no mercado de consumo.

Em conclusão, podemos afirmar que a lei buscou superar a crise instalada pelo descompasso entre o sistema jurídico e a nova dinâmica das relações sociais, criando um novo regime para a responsabilidade do fornecedor no mercado de consumo, sob inspiração da “lógica da solidariedade constitucional”, referida por Perlingieri¹⁴, que aponta para uma releitura de institutos, à luz dos valores eleitos pelo constituinte

Como bem registra o articulista citado, “o capitalismo tecnológico nos promete que o mal será combatido pelo bom funcionamento dos equipamentos”. Todos nós sabemos que tal é a verdadeira “utopia tecnológica”, e a qualidade total, irrealizável. Assim, resta-nos utilizar os instrumentos que a lei, em boa hora, colocou a nosso alcance para, de maneira preventiva, punitiva e pedagógica, realizar para o mercado de consumo o ideal de Justiça. ◆

¹⁴ Pietro Perlingieri, *Perfis do Direito Civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 1997, p.27.

A Responsabilidade do Incorporador/Construtor no Código do Consumidor

SERGIO CAVALIERI FILHO

*Desembargador do TJ/RJ e Professor da Universidade
Estácio de Sá*

1. Incidência do Código do Consumidor na Incorporação e Construção - Sem dúvida, os últimos dois acontecimentos mais marcantes no mercado de consumo brasileiro ocorreram na área imobiliária. Não faz muito, uma empresa construtora de porte nacional revelou-se insolvente, paralisando centenas de construções em todo o país. Algumas nem foram iniciadas, embora já estivessem vendidas todas as unidades; outras ficaram inacabadas, só no esqueleto; outras, ainda, não obstante terminadas, os prédios e terrenos continuam hipotecados aos agentes financeiros, apesar de já terem os compradores quitado o preço dos seus respectivos apartamentos. Dessa forma, 42 mil famílias tiveram frustrados os sonhos de casa própria e suas economias literalmente surrupiadas.

Tempos atrás, um prédio de 22 andares, ainda não terminado mas já completamente habitado, desmoronou em plena madrugada em um dos bairros residenciais mais nobres do Rio de Janeiro. Além de várias vítimas fatais, que ficaram soterradas por vários dias até que o restante do prédio fosse implodido, o acidente deixou dezenas de famílias ao relento. Antes, famílias bem alojadas e de situação econômica estável; agora, por terem perdido tudo que tinham, não têm onde alojar seus filhos e nem o que vestir.

É possível que isso aconteça às vésperas de um novo milênio? O que é possível fazer? Aplica-se aqui o Código do Consumidor? Há quem sustente que não, mas, *data venia*, com argumentos de mera conveniência. Não há como negar que o incorporador/construtor é um fornecedor de produtos ou serviços à luz dos conceitos claros e objetivos constantes do artigo 3º do CDC. Quando ele vende e constrói unidades imobiliárias, assume uma *obrigação de dar* coisa certa, e isso é da essência do conceito de produto; quando contrata a construção dessa unidade, quer por empreitada quer por

administração, assume uma obrigação de fazer, o que se ajusta ao conceito de serviço. E sendo essa obrigação assumida com alguém que se posiciona no último elo do ciclo produtivo, alguém que adquire essa unidade imobiliária como destinatário final, para fazer dela a sua moradia e da sua família, está formada a relação de consumo que torna impositiva a aplicação do Código do Consumidor porque as suas normas são de ordem pública. Havendo circulação de produtos ou serviços entre fornecedor e consumidor, teremos relação de consumo necessariamente regulada pelo Código do Consumidor.

Se não bastasse, o artigo 12 do CDC refere-se expressamente ao *construtor*, e o artigo 53, ao vedar a cláusula de decaimento - perda total das prestações - menciona os contratos de compra e venda de imóveis, tudo a revelar o claro propósito de legislador de submeter a incorporação/construção à disciplina do Código do Consumidor por se tratar de um dos segmentos mais estratégicos e nevralgicos do mercado de consumo. O Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em acórdão da lavra do eminente Ministro Ruy Rosa-do, sem dúvida o maior escudeiro do Código do Consumidor naquela Alta Corte, já se pronunciou sobre o tema, firmando o seguinte entendimento:

INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. Contrato. Cláusula Abusiva.

O contrato de incorporação, no que tem de específico, é regido pela lei que lhe é própria (Lei nº 4.591/64), mas sobre ele também incide o Código de Defesa do Consumidor, que introduziu no sistema civil princípios gerais que realçam a justiça contratual, a equivalência das prestações e o princípio da boa-fé objetiva... (4ª Tum., Resp. 80.036).

E na verdade assim é. O Código do Consumidor, como observa a douta Professora Cláudia Lima Marques, embora não discipline nenhum contrato especificamente, aplica-se a todos os tipos de contratos que geram relações de consumo. Tenho sustentado que o Código do Consumidor criou uma sobreestrutura jurídica multidisciplinar, normas de sobredireito aplicáveis em todos os ramos do direito - público ou privado, material ou processual - onde ocorrerem relações de consumo. Usando de uma figura, costume dizer que o Código fez um corte horizontal em toda a extensão da ordem jurídica existente, levantou o seu tampão e espargiu a sua disciplina por todas as áreas do direito, colorindo-as com as suas tintas. Dessa forma, os institutos e contratos continuam regidos pelas normas e princípios que lhe são próprios, mas, sempre que gerarem relações de consumo, ficam

também sujeitos à disciplina do CDC. E é isso que ocorre também com a incorporação/construção.

2. Incidência do Código do Consumidor na Fase Pré-contratual da Incorporação - Sabemos todos que o Código do Consumidor não se limitou a disciplinar as relações contratuais de consumo. A proteção do consumidor tem início na fase pré-contratual, quando ainda existe apenas uma expectativa de consumo, e se estende até a fase posterior à execução do contrato. Sendo assim, o Código do Consumidor incide na fase pré-contratual da incorporação, disciplinando a oferta e a publicidade feita pelo incorporador ou o seu promotor de vendas. Exige que a oferta ou apresentação de seus produtos e serviços assegurem informações claras, corretas e precisas sobre suas características, qualidade e preço (arts. 30 e 31); veda expressamente a publicidade enganosa ou abusiva por força dos princípios da transparência e da boa-fé, pontos cardiais do Código do Consumidor. Anúncios de apartamentos à venda de frente para a praia, quando não se consegue enxergá-la nem de binóculo, ou, então, há cinco minutos do mar, quando esses cinco minutos são de helicóptero, configuram publicidade enganosa, pois frustram a legítima expectativa criada no consumidor pela oferta do incorporador, mas que não corresponde à realidade. A Justiça, corretamente, tem reputado a publicidade enganosa como causa de rescisão do pré-contrato imobiliário, com a condenação do vendedor em perdas e danos, principalmente por danos morais pela frustração, engano e humilhação impostos ao consumidor, como se vê deste aresto da Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro na Ap. Civ. nº 2.328/97, da qual foi relator o eminente Des. Nilson de Castro Dião:

CÓDIGO DO CONSUMIDOR. Compra e venda de imóveis mediante financiamento. Propaganda enganosa do agente promotor. Se o agente promotor da venda de empreendimento imobiliário faz propaganda na qual menciona que as prestações serão módicas, e não esclarece que haverá reajustamento, pratica propaganda enganosa. E se na proposta assinada pela interessada no negócio, consta que a renda familiar é de uma determinada quantia, o que é reiterado no termo de compromisso e, nada fica dito sobre a possibilidade de que, no ato da escritura de financiamento, poderia ser exigida quantia superior, reitera-se a prática enganosa, mormente quando o empreendimento

é destinado a pessoas humildes, com poucos recursos. Assim, se a interessada não conseguiu assinar o contrato de financiamento, porque não tinha condições de comprovar possuir renda mínima muito maior do que, inicialmente, lhe fora exigido, é de se rescindir o contrato preliminar, com a devolução das quantias pagas, e com a condenação por danos morais, pelo vexame sofrido.

3. Incidência do Código do Consumidor na Fase Contratual da Incorporação - Na fase contratual aplica-se o Código do Consumidor à atividade do incorporador/construtor na parte em que veda práticas e cláusulas abusivas (arts. 39, V, X, XI, XII, 51 e 53). Com efeito, rompendo com a clássica noção de contrato, o Código do Consumidor consagrou a concepção social do contrato, na qual o elemento nuclear não é mais a autonomia da vontade, mas sim o interesse social. A eficácia jurídica do contrato não depende apenas da manifestação de vontade mas também, e principalmente, dos seus efeitos sociais e das condições econômicas e sociais das partes que dele participam. O Estado passa a intervir na formação dos contratos de consumo, não só controlando preços, mas também vedando certas cláusulas, impondo o conteúdo de outras e até obrigando a contratar em determinados casos. A autonomia da vontade só existe nas condições permitidas pela lei que, na concepção social do contrato, não tem mais mero papel interpretativo ou supletivo, mas cogente; protege determinados interesses sociais e serve de instrumento limitador da autonomia da vontade.

Em face dessa nova concepção contratual, são reputadas abusivas, entre outras, cláusulas que estabelecem reajustes aleatórios nos contratos de compra e venda de imóveis, ou com base em índices a serem escolhidos pelo incorporador; prazo impreciso para a entrega da obra ou a sua prorrogação injustificável; a perda total das prestações pagas em favor do credor que, em razão do inadimplemento do consumidor, pleitear a rescisão do contrato e a retomada do imóvel (CDC artigo 53). Quanto a esta última, conhecida como cláusula de decaimento, não é demais lembrar que a sua aplicação exigirá sempre uma boa dose de bom-senso do julgador. Se é verdade que o incorporador deve devolver as parcelas já pagas pelo consumidor inadimplente para que não se configure o enriquecimento sem causa do primeiro, é também verdade que a compra e venda de imóveis acarreta inevitáveis despesas para o vendedor, que devem ser compensadas no caso de rescisão do contrato, aí incluídos os gastos com corretagem, publicidade, a justa remuneração

pelo tempo que o comprador ocupou o imóvel e a quantia necessária para a sua eventual reforma. Nesse sentido vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça, como se vê do seguinte aresto:

Compromisso de Compra e Venda de Imóvel. Perda de Parte das Prestações Pagas. Código de Defesa do Consumidor. A regra contida no artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor impede a aplicação de cláusula contida em contrato de promessa de compra e venda de imóvel que prevê a perda total das prestações já pagas, mas não desautoriza a retenção de um certo percentual que, pelas peculiaridades da espécie, fica estipulado em 10% (Resp. 85.182, RSTJ 99/273).

4. Responsabilidade pela Segurança da Obra - Impõe-se agora ressaltar que a responsabilidade do incorporador/construtor não termina com a execução do contrato e a entrega da obra; pelo contrário, é aí que se inicia a parte mais relevante e grave da sua responsabilidade. É o que poderíamos chamar de *responsabilidade pela segurança e qualidade da obra*, à qual se aplica também, e principalmente, a disciplina do Código do Consumidor.

Desde a vigência do Código Civil essa responsabilidade do construtor vem sendo disciplinada pelo seu artigo 1.245. Cuida-se de dispositivo que, em razão de sua colocação no Código Civil, a rigor só poderia ser aplicado nas construções por empreitada, mesmo assim em relação aos defeitos de grande monta, que comprometessem a solidez e a segurança do prédio. Doutrina e jurisprudência, todavia, em face da realidade social - a indústria da construção civil - acabaram por dar a esse artigo uma inteligência construtiva e extensiva, fazendo-o abranger a responsabilidade do construtor em geral e por defeitos de qualquer natureza - graves ou não. Passaram também a entender que o prazo de cinco anos nele previsto é de garantia e não prescricional, de sorte que a ação pode ser ajuizada em vinte anos desde que o defeito tenha ocorrido no prazo de garantia. Nesse sentido, não faz muito, o Superior Tribunal de Justiça solidificou a sua jurisprudência ao formular a súmula 194, cujo enunciado diz o seguinte: “Prescreve em vinte anos a ação para obter, do construtor, indenização por defeitos da obra.”

O que me parece curioso é que o artigo 1.245 do Código Civil continua sendo invocado nos Tribunais mesmo depois da vigência do CDC que tem,

data venia, uma disciplina muito mais avançada, abrangente e eficiente para o consumidor. Com efeito, tal como no artigo 1.245 do Código Civil, é também objetiva a responsabilidade estabelecida no CDC para todo e qualquer acidente de consumo, quer se trate de fato do produto quer do serviço. Só que essa responsabilidade tem agora como fato gerador o *defeito* do produto ou serviço, conforme texto expresso dos artigos 12 e 14 do CDC. Trata-se de uma garantia de que o produto ou serviço será fornecido sem defeito. O fornecedor responde pelo acidente de consumo porque lançou no mercado um produto ou serviço com defeito. De regra, os defeitos da construção serão de concepção - projeto, cálculos - ou de construção - fundações, concretagem etc., - comprometendo a estrutura da obra. Ocorrido o acidente, não importa se o construtor tinha ou não conhecimento desse defeito, nem se o defeito era previsível ou evitável. E mais, o defeito é presumido porque o Código diz que o fornecedor só excluirá a sua responsabilidade *se provar* - ônus seu - que o defeito não existiu (artigo 12, § 3º, II). Ora, se o fornecedor é que tem que provar a inexistência do defeito, logo ele é presumido até prova em contrário.

Vê-se, assim, que enquanto pelo Código Civil (artigo 1.245) a vítima é que tem que provar o defeito da obra e suas conseqüências, pelo Código do Consumidor o defeito é presumido, o que em muito favorece a posição do consumidor. Ocorrendo o acidente, o consumidor terá apenas que provar o dano e nexos causal. Tem ainda o CDC a vantagem de permitir ao juiz desconsiderar a pessoa jurídica em favor do consumidor para responsabilizar também os dirigentes da empresa incorporadora, consoante artigo 28 do CDC. Em tempos de crise de moralidade que atravessamos, é comum encontrarmos empresas pobres e empresários riquíssimos. Entendo ser possível levantar o véu da pessoa jurídica sempre que ficar constatado que o patrimônio da empresa não é compatível com o vulto do empreendimento realizado, mormente quando envolve captação de poupança do consumidor.

Poderíamos ainda cogitar de outros benefícios do CDC, como a ação coletiva em favor de todas as vítimas, antecipação parcial de tutela para cobrir despesas com habitação durante a ação, inversão do ônus da prova, solidariedade de todos os responsáveis (arts. 7, parágrafo único e 25, § 1º) etc. Alguém poderia argumentar que pelo Código do Consumidor o prazo prescricional é menor - apenas cinco anos (artigo 27) - enquanto que pelo Código Civil é de vinte anos. Lembraria, entretanto, que também nesse ponto não haveria desvantagem para o consumidor pelos seguintes

motivos: pelo Código Civil a vítima tem vinte anos para ajuizar a ação de indenização, mas é preciso que o defeito da obra tenha se manifestado no prazo de garantia de cinco anos; pelo CDC, o prazo prescricional é realmente de cinco anos mas só começa a fluir a partir da ocorrência do acidente de consumo, nada importando que esse acidente tenha ocorrido durante ou depois dos cinco anos previstos no Código Civil. Em outras palavras, o prazo de garantia ou de segurança pelo CDC não é mais de apenas cinco anos, mas sim por todo o *período de durabilidade* razoável da obra. A qualquer tempo que o acidente ocorrer responde o incorporador, só afastando a sua responsabilidade se provar que a obra não tinha defeito, ou seja, que o acidente decorreu do tempo e do desgaste natural da obra por falta de conservação.

Lembraria, por último, que o artigo 7º do CDC ressaltou, expressamente, outros direitos do consumidor consagrados na legislação comum, de sorte que nada o impede de invocar a prescrição vintenária nos termos e condições previstos no artigo 1.245 do Código Civil.

5. Responsabilidade pela Qualidade da Obra - Felizmente, não é sempre que o prédio desaba, como acabamos de assistir consternados. O principal foco de litígio entre o construtor e o consumidor são os *vícios de qualidade* decorrentes da baixa qualidade dos materiais empregados e a má técnica utilizada. No momento da entrega, a obra está aparentemente perfeita; tempos depois começam a aparecer infiltrações, vazamentos, rachaduras, defeitos nas instalações hidráulicas e elétricas.

O fato gerador da responsabilidade do construtor é agora o *vício* do produto ou do serviço, em conformidade com os artigos 18 e 20 do CDC. *Vício* é um defeito menos grave que, embora não comprometa a segurança da obra, afeta a sua utilidade e reduz o seu valor. A responsabilidade pelo vício do produto ou serviço decorre da falta de *conformidade* ou qualidade da coisa ou serviço com a sua perspectiva de durabilidade e utilidade. Enquanto na responsabilidade pelo *defeito* da obra, por sua gravidade, visa-se proteger a integralidade pessoal do consumidor e dos seus bens, na responsabilidade pelo vício protege-se a equivalência entre a prestação e a contraprestação.

Diferentemente do Código Civil, o CDC não estabeleceu prazos fixos dentro dos quais os vícios de construção devem se apresentar. Determina que a durabilidade, a qualidade e a utilidade do produto ou serviço devem corresponder às expectativas do consumidor criadas pelo fornecedor; devem

corresponder ao *prazo normal e razoável de durabilidade* do produto ou serviço. Se o defeito se manifestar dentro desse período, e não sendo decorrente do seu mau uso ou desgaste normal do tempo, o fornecedor deve por ele responder. Em suma, a regra é que o produto ou serviço deve guardar compatibilidade com a sua expectativa de durabilidade. Assim, por exemplo, a expectativa de durabilidade de um veículo importado não é de apenas um ano como costuma ser a garantia conferida pelas concessionárias, mas pelo menos de cinco anos, tempo normal de durabilidade de um veículo. Se dentro desse período o veículo apresentar algum defeito, que não decorra do seu mau uso, o fornecedor será obrigado a repará-lo, ainda que já vencido o prazo de garantia por ele dado (CDC arts. 24 e 50).

Ora, se a expectativa de durabilidade de um veículo é por volta de cinco anos, a de um prédio há de ser muito superior. Parece-me, assim, que a responsabilidade do construtor não mais se limita aos vícios que a obra apresentar nos cinco primeiros anos de existência, estendendo-se agora, à luz do CDC, por todo o período de *razoável durabilidade* do prédio. Acrescente-se que também aqui a responsabilidade do construtor é objetiva por ser irrelevante que ele tenha ou não conhecimento desse vício. Nesse sentido o texto expresso do artigo 23 do CDC: “A ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos e serviços não o exime de responsabilidade”.

Quanto à inconveniência da exigüidade dos prazos para se reclamar desses vícios - prazos de decadência previstos no artigo 26 do CDC (90 dias a contar do momento em que ficar evidenciado o defeito, § 3º) - foi ela atenuada pela suspensão desse prazo (decadencial) durante o tempo em que o construtor, uma vez notificado, omitir-se em dar uma solução para o caso. Lembre-se que também aqui nada impede o consumidor de optar pelo prazo prescricional do Código Civil sempre que este lhe for mais favorável (CDC artigo 7º), respeitados os requisitos do artigo 1.245 do Código Civil.

6. Onde não se aplica o CDC - Tratamos até agora da aplicação do CDC nas várias áreas da atividade do incorporador/construtor. Lamento dizer agora que há uma área onde o CDC não penetra, e não penetra porque ela está acima de qualquer lei. Refiro-me àquela área privilegiada do mercado de consumo que nasce e se desenvolve à *sombra do poder*, envolvendo empreiteiras, construtoras, bancos etc. Manipulam balanços durante anos

para esconder um rombo de bilhões de dólares, mas ninguém vê; ou finge-se que não vê; devem milhões à Previdência Social mas não são molestados porque votam a favor da sua reforma para tirar alguns reais do bolso do aposentado; não pagam imposto de renda e não são cobrados porque fazem favor aos donos do poder; devem quantias astronômicas aos bancos oficiais penduradas em garantias fajutas e quando vencem não pagam, pois conseguem rolar toda a dívida com facilidade e até obtendo mais algum porque têm amigos influentes. Desta forma, à sombra do poder, crescem e se tornam polvos gigantes. Só sobem à tona para mostrar os seus tentáculos monstruosos, que trituram a economia popular, tornam em pó sonhos legítimos e sacrificam vidas preciosas. É simplesmente alarmante a capacidade que adquirem para impor desgraças aos cidadãos honestos.

Isso evidencia que a legislação em defesa do consumidor ainda não está concluída. É preciso engendrar mecanismos que impeçam que empresas podres, fraudulentas e exploradoras da boa fé coletiva continuem funcionando normalmente até que venham a dar o golpe final. Quando o caso se torna público, haverá pouco ou quase nada para se fazer. Em face da falência do incorporador, o consumidor tem apenas um crédito com privilégio geral (arts. 43, III, da Lei 4.591/64), absolutamente inócuo diante dos privilégios dos impostos e tributos que não foram cobrados no devido momento.

É preciso que se dê aos órgãos administrativos de defesa do consumidor poder de fato de fiscalização e controle, bem como condições materiais para exercer esse poder, auxiliado pelo Ministério Público. Se assim não se fizer estaremos todos tentando secar o mar jogando baldinhos de água na praia.

7. Conclusões - Tudo o que até aqui foi exposto pode ser sintetizado nas seguintes conclusões:

1) O contrato de incorporação, embora regido pelos princípios e normas que lhe são próprios (Lei nº 4.591/64), fica também subordinado à disciplina do Código do Consumidor sempre que as unidades imobiliárias forem destinadas ao uso próprio do adquirente ou de sua família.

2) A responsabilidade do incorporador pela ruína do prédio tem por fato gerador o defeito da obra, que é presumido à luz do art.12, § 3º, II do CDC.

3) O prazo de *garantia pela segurança* da obra não é mais de apenas cinco anos, como previsto no art.1.245 do Código Civil, mas sim por todo

o *período de durabilidade razoável* da obra, que deve ser de pelo menos vinte anos. Nesse período, ocorrendo o acidente, o incorporador/construtor só afastará o seu dever de indenizar se provar que a obra não tinha defeito, ou seja, que o acidente decorreu do desgaste natural do tempo por falta de conservação do prédio.

4) A responsabilidade do incorporador/construtor pela *falta de qualidade* da obra tem por fato gerador os *vícios* de construção, que são defeitos menos graves que, embora não comprometam a segurança do prédio, afetam a sua utilidade e reduz o seu valor.

5) O prazo de *garantia pela qualidade* da obra não mais se limita aos vícios que ela apresentar nos cinco primeiros anos de existência, estendendo-se agora, à luz do CDC, por todo o *período de durabilidade razoável* do prédio, de pelo menos vinte anos. ◆

Internet e Contrato Eletrônico

SEMY GLANZ

Magistrado no Rio de Janeiro

Venda à distância. Se alguém usa do computador e se liga à Internet, logo recebe diversas informações sobre produtos ou serviços que pode obter. É só pesquisar este ou aquele programa que lhe interessa e já tem como adquirir o produto ou serviço. Já estão começando a aparecer certas imagens que mostram, por exemplo, um supermercado, bastando que a pessoa indique o produto, com a seta do “mouse”, para que seja selecionado. Indicado o preço, basta fornecer o número do cartão de crédito e aguardar a remessa do produto.

Dizem JEAN CALAIS-AULOY e FRANK STEINMETZ: “Por muito tempo, a única forma de venda à distância foi a venda por correspondência: o vendedor faz suas ofertas por meio de catálogos, prospectos ou anúncios, e o comprador encomenda por via postal. A venda por correspondência existe desde o século 19, e continua usada, mas não é mais a única forma de venda à distância. Desde os anos 1980, processos de telecomunicação são utilizados para contatar os clientes: telefones, telex, televisão notadamente.”¹

Máquinas vendedoras. Existem, de longa data, vendas através de máquinas, algumas operadas com processos eletrônicos. Eram chamadas de máquinas vendedoras (*vending-machines* ou *vendors*). Mas, em verdade, a venda é feita pela empresa, através da máquina, sendo comuns as máquinas de refrigerantes, biscoitos, selos etc. Tais vendas são feitas diretamente ao adquirente. Cuida-se, no caso, de simples contrato de compra e venda de mercadorias.

Comércio eletrônico. No entanto, recentemente, desenvolveu-se novo ramo do chamado comércio eletrônico, estimulado pela INTERNET. Segundo THIERRY PIETTE-COUDOL e ANDRÉ BERTRAND, os americanos tentaram definir o chamado comércio eletrônico duas vezes.

¹ JEAN CALAIS-AULOY e FRANK STEINMETZ - *Droit de la Consommation*, 4.ed., n. 88, p. 82, Dalloz, Paris, 1996.

A primeira, num documento oficial de 22-2-93, intitulado “Technology for America’s Economic Growth - A new direction to Build Economic Strength”, preparado pelo Vice-Presidente Al Gore e assinado pelo Presidente, diz que as vias de informação constituem jogada essencial para o futuro do comércio e da sociedade americana. O segundo documento, preparado pelo “Federal Electronic Commerce Acquisition Team”, de 29-4-94, intitula-se “Streamlining Procurement Through Electronic Commerce”, relaciona as autovias de informação ao comércio eletrônico, que é definido como “utilização combinada e otimizada de todas as tecnologias de comunicação disponíveis para desenvolver o comércio de empresa.”. As tecnologias são várias: Troca de Dados Informatizada, o núcleo central, mensageiro eletrônico, repertório ou anuário eletrônico X500, bancos de dados, transferência eletrônica de pagamento (TEP) etc.². Observam os autores que há distinções a fazer. Assim, há pesquisa de informações num banco de dados e os contactos iniciais se fazem por mensagem eletrônica; aceita a proposta, o contrato prossegue pela troca de dados eletrônicos; o pagamento é feito por sistemas eletrônicos. Ainda há distinguir o uso da Internet para a promoção de produtos ou serviços, que são entregues ou postos à disposição pela entrega ou serviço tradicional e a oferta de bens culturais (filmes pagos - “pay per view” - músicas ou livros que são teledescarregados etc.). No primeiro caso, assemelha-se à venda à distância, mas no segundo aos serviços telemáticos ou telefônicos.

Segundo OLIVIER ITEANU, o comércio eletrônico não é definido em lei, mas apresenta três características:

I - A oferta é feita por uma rede internacional de telecomunicações.

Pela lei francesa (86-1067 de 3-9-86), relativa à liberdade de comunicação:

“Entende-se por telecomunicação toda transmissão, emissão ou recepção de signos, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por fio, óptica, radioeletricidade ou outros sistemas eletromagnéticos.”

II - A oferta se faz de modo audiovisual.

Para melhor entender, o autor se funda na mesma lei, que diz:

“Art. 2. Entende-se por comunicação audiovisual qualquer pôr à disposição do público ou categorias de público, por um processo de teleco-

² THIERRY PIETTE-COUDOL e ANDRÉ BERTRAND, *Internet et la Loi*, Dalloz, Paris, 1997, p. 178.

municação, de signos, sinais, escritos, imagens ou sons ou mensagens de qualquer natureza que não têm caráter de correspondência privada.”

III - Há interatividade entre profissional e cliente.

Consiste em dirigir-se ao cliente por informática, permitindo que o cliente manifeste aceitação por sinais eletrônicos.³

Distingue-se tal comércio das vendas por telefone ou televisão, porque nas primeiras há contacto oral entre as partes; nas segundas, não há comunicação eletrônica, pois depende de resposta ou telefonema do cliente para comprar.

Outros contratos eletrônicos. Mas há outros contratos eletrônicos, em que não há venda, como os negócios bancários e outras modalidades, como a compra por débito bancário. Há também jogos eletrônicos, a dinheiro, como o caso dos cassinos, em que os pagamentos são feitos por cartão de crédito. Devem aplicar-se as regras do conflito de leis, já que a lei brasileira proíbe o jogo de azar e o C. Civil o considera uma obrigação natural (Art. 1477. As dívidas de jogo, ou aposta, não obrigam a pagamento). Resta saber onde se considera celebrado o contrato (no Brasil ou no exterior?).

Conceito de contrato eletrônico. Contrato eletrônico é aquele celebrado por meio de programas de computador ou aparelhos com tais programas.

Dispensam assinatura ou exigem assinatura codificada ou senha.

A segurança de tais contratos vem sendo desenvolvida por processos de codificação secreta, chamados de criptologia ou encriptação.

Tal método vem sendo aperfeiçoado, porque foi verificado que certos técnicos, mal intencionados, chamados em inglês “hackers” ou “crackers”, conseguem descobrir as senhas e penetrar nas contas ou operações secretas, inclusive transferindo dinheiro de contas bancárias.

Distinções de outros contratos. No plano jurídico, o comércio eletrônico se distingue da venda à distância tradicional (por correspondência, por telecompra ou *telemarketing*) porque na maioria não há solicitação ativa dos clientes potenciais; da Troca de Dados Informatizada, que se refere aos negócios entre sistemas de informações de profissionais. Cabe lembrar que o “*Code de la Consommation*” francês, (consolidado pela Lei n. 93-949, de 26-7-93), contém uma seção com cinco artigos (arts. 121-16 a 121-20)

³ OLIVIER ITEANU - Internet et le Droit - p. 23 e segs., Eyrolles, Paris, 1996).

regulando as “Vendas à distância”. Segundo ALAIN BENSOUSSAN, incluem-se entre as técnicas de comunicação à distância, entre outros, “a telemática, o telefone, a videotransmissão, a via postal ou a distribuição de impressos”. Os pontos interativos multimídias, assim como os catálogos eletrônicos em suporte do tipo disco óptico compacto ou difundidos em rede, constituem tais técnicas, diz o mesmo autor⁴. Mas observa o Prof. JERÔME HUET que os contratos não são apenas entre o comerciante e o consumidor, porque também há contratos entre comerciantes, já se tendo formado verdadeiros “centros comerciais virtuais”, aos quais aderem cada vez mais pequenos comerciantes, que buscam colocar os seus produtos ou serviços, com a vantagem de que tais vias funcionam 24 horas por dia (*Commerce électronique: contrats et responsabilités, in Internet saisi par le droit* - , p. 51 e segs., Editions des Parques, Paris, 1997)⁵. É o que já lembrava o jurista americano LANCE ROSE, descrevendo “O sistema *on-line* como centro comercial” (*The Online System as a Shopping Mall* - em seu livro intitulado *Netlaw* - p. 58)⁶. Também OLIVIER ITEANU (*Internet et le Droit*, Eyrolles, Paris, 1996) já havia observado que estava formada “uma economia eletrônica mundializada”, que antes fora regulada por tratados, como o caso do GATT (Convenção Geral sobre Tarifas e Comércio) e que mais recentemente chegou à Organização Mundial do Comércio (tratado assinado em Marrakech em 15-4-94).

Problemas fiscais e penais. Surgem problemas dos mais diversos, como o da evasão fiscal, pois há comerciantes que se centralizam nos chamados “paraísos fiscais” e outros que passam a emitir sua propaganda de países mais tolerantes, fugindo não só aos impostos devidos mas às vedações de transmissão de pornografia ou de programas impróprios para menores.

Tudo isso lembra que haverá, no caso de contratos internacionais, aplicação de regras de Direito Internacional Privado (ou as normas sobre Conflitos de Leis), mas que dependem da adesão de cada país. O controle, por outro lado, é mais difícil, havendo mercadorias que entram no país e são controladas, mas outras não (o contrabando, como se sabe, viola a lei e nem sempre é descoberto ou punido).

⁴ ALAIN BENSOUSSAN - *Internet - aspects juridiques* - cap. 4, p. 61, Hermes, 1997).

⁵ JERÔME HUET *Internet saisi par le droit* - , p. 51 e segs., Editions des Parques, Paris, 1997).

⁶ LANCE ROSE - *Netlaw* - p. 58, Osborne McGraw-Hill, U.S.A. 1995.

Prova do contrato eletrônico. Para certos contratos do dia a dia, nem sempre se exige a prova, mas o simples recibo ou nota de venda, geralmente fornecido pelas máquinas. Hoje, tais máquinas são ligadas ao computador da empresa, que registra a operação, até mesmo pela leitura ótica das mercadorias, que trazem um código de barras ou de tinta magnética. Mas, no caso da Internet, há elementos que facilitam a prova, se não houver fraude. Assim, cada parte deve ter elementos de identificação ou endereço eletrônico, conhecido pela sigla URL (*Uniform Resource Locator*) para os casos da Web (a conhecida *World Wide Web* ou WWW, que significa Teia Mundial). O provedor (a empresa que é autorizada a funcionar no país para fornecer o serviço aos consumidores) tem o seu código, que se inicia com <http://www>. Após vem o nome ou sigla do provedor ou inscrito e o país, este expresso por duas letras. Exemplo: <http://www.jb.com.br> (o endereço do Jornal do Brasil). Por sua vez, o consumidor deve ter endereço semelhante, que pode ser acessado por outros. Nota-se que devem ser evitados endereços que possam induzir a erro ou que sejam semelhantes a outros existentes.

Negócios bancários. Os bancos admitem hoje acesso eletrônico, por computador, através de *modem* (modulador-demodulador, placa que converte dados transmitidos por linha telefônica). Há também casos de senhas, usados em certos negócios. No caso do banco, o cliente deve ter uma senha, que só ele deve conhecer. Mesmo assim, tem sido noticiado que há falsificações (nos Estados Unidos, indivíduos conhecidos como “crackers”, descobrem meios de violar sigilos e transferem fundos de contas bancárias, mas agora o sistema vem sendo aperfeiçoado). No Brasil, há certas fraudes, em que se emitem duplicatas de cartões bancários, e os fraudadores descobrem a senha da vítima, sacando fundos em contas correntes e até em investimentos.

Contratos “on-line”. De todo modo, admite-se que se pague por cartões eletrônicos, como o caso de supermercados e postos de gasolina, em que o cartão bancário permite seja transferido eletronicamente o débito do cliente para a conta do comerciante. Nem sempre, aí, se pede a assinatura do cliente, valendo, portanto, a chamada assinatura eletrônica. Também os saques feitos em máquinas, pelo chamado “banco 24 horas” ou máquinas automáticas, são operações bancárias, sempre, porém, dependendo de senha. Mas há saques até em outros países, com os chamados cartões de crédito, em que nem sempre se atribui senha ao usuário. Assim, nos casos de perda

ou furto dos cartões, cabe ao usuário comunicar logo à empresa emissora.

Combate à fraude. Para evitar fraudes, foi criada e já está sendo usada uma espécie de assinatura codificada, que é regulada pela criptologia, a qual, segundo a lei francesa de 29-12-90 (que regula as telecomunicações) é a transformação de informações claras por meio de convenções secretas. Segundo LANCE ROSE, tal sistema é mais confiável que pena e tinta, porque se criou um sistema de verificação pública, em que a outra parte pode verificar a autenticidade, embora não possa descobrir como é a assinatura. Usa-se um decodificador que apenas informa se o dado fornecido é ou não verdadeiro. Fala-se, ainda, num sistema de leitura sensível por máquinas ou caixas eletrônicas, até da impressão digital, previamente registrada. Assim, a pessoa só poderá sacar dinheiro através da impressão digital, que, como se sabe, difere em cada pessoa. Em lugar de um código numérico, que pode ser descoberto, a senha será a impressão digital, que é lida pelo computador. O único problema será, por exemplo, um dedo ferido, coberto por esparadrapo. Certamente, haverá um meio de substituir a “senha”. Anunciou-se mais recentemente que a senha poderá ser um simples olhar da pessoa. Os olhos das pessoas diferem sempre (tal como as impressões digitais). Assim, o sistema das máquinas de saques poderá reconhecer a pessoa pelo olhar, bastando que a pessoa mire num ponto indicado. O mesmo que o dedo ferido pode aplicar-se aos olhos. Sem dúvida, a tecnologia está mudando o mundo rapidamente, a ponto de causar um “Choque do Futuro”, segundo Alvin Toffler.⁷

Perigos do contrato eletrônico. O contrato eletrônico tem sido freqüente e tende a aumentar. Mas apresenta perigos como o que foi narrado no número de abril/97 da revista francesa INFO-PC nº 135, p. 20, sob o título “Menace sur le commerce électronique”. Narra-se que houve um assalto diante das câmaras de televisão na Alemanha. Nenhum fuzil ou ameaça foram usados, diz a revista. Apenas um microcomputador, um modem, o Internet Explorer da Microsoft e um software de finanças pessoal chamado *Quicken* da *Intuit*. É que o “*Chaos Computer Club*”, que

⁷ “Virtualmente, todas as disciplinas intelectuais, da ciência política à psicologia da família, foram atingidas por uma onda de hipóteses imaginativas, liberadas pela invenção e pela difusão do computador - e o seu pleno impacto não foi ainda atingido. E, assim, o ciclo de inovações, alimentando-se de si mesmo, avança aceleradamente” (ALVIN TOFFLER, o Choque do Futuro, 2.ed., Artenova, tradução brasileira de “Future Shock”, 1973).

tem adeptos em toda a Alemanha, descarregou um pequeno utilitário, tipo Active X, num micro, a partir da Internet. O programa contém ordens de pagamento e quando experimentado, debitou a conta do usuário em favor do autor do código. Concluiu-se que é fácil penetrar nas contas do vizinho. Imediatamente reagiram a Microsoft, a *Intuit* e os técnicos de segurança informática, diz a revista.

Pouco depois, a Microsoft lançou na Internet um esclarecimento. Quando alguém manda uma informação de um ponto A para um ponto B, qualquer computador no caminho pode captar o que está sendo enviado e aí surge um problema de segurança, especialmente se alguém quer comprar algo e remete o número de seu cartão de crédito, porque confia no vendedor. Mas se no caminho há um criminoso à espreita, pode captar o número. Muitos “*sites*” da Internet estão munidos de segurança, apoiados pelo *Internet Explorer* (aparece um ícone com um símbolo de cadeado ou fechadura, na barra de estado). *Internet Explorer* pode também avisar quando há algum perigo em mandar o número do cartão de crédito. Mesmo que o vendedor diga que é confiável, há uma informação do *Explorer*, avisando.

Donde se vê que os problemas se multiplicam. Enquanto não se tem confiança no sistema, todo cuidado é necessário, pois indivíduos mal intencionados ficam à espreita (como aqueles que buscam descobrir a senha dos cartões, quando usados nos caixas eletrônicos, devendo o usuário acautelar-se, quando houver alguém próximo).

Em 24 de agosto de 1997, o jornal Folha de São Paulo, no 2º caderno, publica reportagem sob o título; “*Fraude com cartão chega à excelência*”, informando que: cerca de 20% das fraudes nos EUA ocorrem na Califórnia, onde, em três anos, cresceram 370%; havia previsão de que as fraudes somariam, entre 1993 e 2000, US\$ 14 bilhões. No Brasil, teriam sido de US\$ 200 milhões em 1996 e chegariam a US\$ 300 milhões em 1997. Diz que, apesar da técnica para impedi-lo, os cartões são fraudados, em geral, em países asiáticos. No Brasil, assaltam os carteiros, interceptam correspondência de bancos aos clientes e falsificam os documentos. Adquirem cadastros de administradoras, ou seqüestram um parente de alguém da administradora e depois o trocam pelos dados; fazem cópia quase perfeita, com holograma de segurança e contam com a cumplicidade de certas lojas, instalando equipamentos em telefones, que reproduzem o código magnético dos cartões. O Jornal do Brasil, de 1-9-97, no caderno “*Informática*”, p. 2, dizia que “*Sistema de bancos é vulnerável*”, e narra os casos de *hackers* famosos.

Técnicas de proteção. As empresas pagam a técnicos para que tentem invadir seus sistemas, com isso buscando elaborar novos métodos de proteção, para que sejam menos vulneráveis. Segundo o Jornal do Brasil, de 3-9-97, está sendo processado um homem punido por “roubar 100 mil números de cartões de crédito na Internet” e não é preciso “ser um *hacker* brilhante” para fazê-lo. “Tudo o que se precisa é alguém que seja familiar com os conceitos”, disse Peter Shipley, consultor em Berkeley, Califórnia. Shipley ganha a vida tentando entrar em sistemas de computador de companhias privadas - a convite delas. Ele acha os pontos vulneráveis e os informa. “A maioria dos sites são explorados por um método ou outro”, diz ele. Com exceção de uma empresa, “todo site onde fiz auditoria estava bem aberto”. Adita a notícia que “o ladrão pode pegar até 30 anos na prisão, além de multa de US\$ 1 milhão, quando for proferida sua sentença, em 25 de novembro” (JB, Informática, p. 3, de 3-9-97).

Hoje está sendo feita a distinção entre “hacker” e “cracker”, pois o primeiro é o colaborador das empresas e o segundo o fraudador.

Assim, cada vez que o progresso científico traz novidades ao mundo dos negócios, aparecem os maus elementos.

Enquanto não se sabe das garantias, convém ter cautela nos negócios eletrônicos.

Outros negócios eletrônicos. A Internet está sendo desenvolvida e seu campo cada vez mais usado. Assim, o “The Wall Street Journal Americas”, encartado no Jornal do Brasil de 25-5-98 (p. 10), noticia: “Internet é novo campo de batalha das corretoras de valores nos EUA”. Diz o texto que “tarifas de até US\$ 5 por operação seduziram milhões de investidores americanos a comprar e vender ações pela Internet. É um atrativo que algumas corretoras pretendem estender a outros investidores também”. Mais adiante diz: “A corretagem pela Internet pode ser mais barata porque custa menos para ser executada, já que tudo é feito eletronicamente”. Por outro lado, o mesmo jornal, no caderno “Informática”, publica entrevista intitulada “O ‘dinheiro de plástico’ vem aí”, narrando experiência que está sendo feita em Campinas, com um cartão chamado “smart card” e um outro chamado cartão de crédito platino, ambos dispendo de um SET (Security Electronic Transaction) tudo para facilitar as vendas e negócios. No entanto, ainda não se impede que alguém se apodere do cartão e possa usá-lo de modo criminoso.

Por ora, cautela sempre convém. ◆

Contrato de Câmbio.

Aspectos Jurídico-Processuais*

DÉCIO XAVIER GAMA
Desembargador aposentado

1) É o contrato de câmbio simples pacto de compra e venda de coisa na forma definida no art. 191 do Código Comercial. A coisa objeto do contrato é a moeda estrangeira, e o seu preço se apura pela indicação da taxa de câmbio do dia, estipulada no formulário que deve sempre ser utilizado, conforme as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional através do Banco Central do Brasil, em atenção ao que dispõe o art. 9º, da Lei nº 4.595, de 31/12/1964.

Define-se, pois, o contrato de câmbio como contrato de compra e venda de moeda, de cunho consensual, sinalagmático e comutativo. Tem como contratantes, de um lado, o banco ou sociedade autorizada a operar no mercado e de outro lado, o dono da moeda (que deseja vendê-la) ou aquele que pretenda comprá-la para pagar o preço de importação de bens ou serviços. Esse pacto só pode operar-se por escrito, a prazo ou a vista, salvo quando se trata de câmbio manual que se dá com a imediata entrega da coisa (moeda em espécie ou cheques de viagem).

O contrato de câmbio sempre foi conceituado como compra e venda, sujeitando-se a protesto extrajudicial no caso de inadimplemento, para assegurar a cobrança de indenização por perdas e danos. É como se acha explícito na Doutrina e na Jurisprudência, conforme se vê do Acórdão do 2º Grupo de Câmaras Cíveis do Egrégio Tribunal de Justiça do antigo Estado da Guanabara, no julgamento dos Embargos Infringentes na Apelação Cível nº 35.824.

“Nesse ponto a Doutrina é, pode-se dizer, unânime, desde Cayru até Pontes de Miranda, que jamais negaram que o contrato de câmbio fosse uma compra e venda.

* Exposição proferida para advogados do Banco do Brasil no Encontro Nacional que realizaram na cidade de Búzios, Estado do Rio de Janeiro, em 15/09/1998.

Ora, se assim se concebe, se assim o direito determina, é certo, como ensina Waldemar Ferreira que se torna o contrato de compra e venda, pelo disposto no art. 191 do Código Comercial, perfeito e acabado logo que o comprador e o vendedor se acordam na coisa, no preço e nas condições e desde esse momento nenhuma das partes pode arrepende-se sem o consentimento da outra, ainda que a coisa se não ache entregue, nem o preço pago” (Revista de Jurisprudência do T.J.E.G. n° 13, pág. 202).”

A contratação do câmbio, através de modelo adequado, enseja meios para que o órgão fiscalizador das divisas oriundas do comércio exterior faça o controle da entrada e saída de moedas. Tal operação através de instituição financeira autorizada é, pois, obrigatória a cada compra de mercadoria do exterior, ou de venda de produtos ou serviços para outro país, acarretando qualquer operação nesse sentido, o repasse da respectiva moeda ao órgão depositário das reservas nacionais.

2. Inadimplência - Não entregando a moeda na forma e no prazo previstos, ocorre prejuízo para o banco operador, além de ficar prejudicado o exato controle dos registros de divisas do país. No tocante ao banco contratante, sob duplo enfoque da operação pode ocorrer aquele prejuízo: em primeiro lugar porque não está o banco negociador do câmbio autorizado a adquirir ou vender moeda estrangeira desordenadamente. A segurança do sistema bancário impõe que tais operações sejam pautadas pelos limites e pela capacidade financeira de cada banco. Assim, compras e vendas de câmbio devem se dar com disponibilidades próprias do registro de cada operador, mantendo-se a correspondência de suas posições nas saídas e entradas da moeda. Não entregue a vendida, ou não pago o preço da moeda comprada, ocorre a irregularidade da posição cambial do Banco, que precisa ser sanada pelo Banco Central. Em segundo lugar, porque deixa o Banco de dispor da moeda que adquiriu, ou de receber o preço da que vendeu, tornando-se desfalcado de disponibilidade operacional para renovar, mais e mais, operações idênticas com outros clientes, reduzindo sua lucratividade. Sob outro aspecto, está o Banco obrigado a contratar, com segurança, o câmbio proveniente de compras e vendas de mercadorias no exterior, forrando-se dos riscos da oscilação da taxa e atento, inclusive, à verificação da idoneidade do contratante, sob pena de infringir as normas da boa técnica bancária.

Na verdade, é norma antiga do Banco Central, que cabe ser observada pelos bancos, que somente deve vender câmbio para liquidação futura, o exportador que tenha real possibilidade de entregar ao Banco comprador a moeda estrangeira, ou os documentos relativos à exportação, até a data apazada para esse fim, no respectivo contrato de câmbio (Comunicado GECAM nº 331, de 1/11/1977). Isto ocorre em norma relacionada com exportação (venda de câmbio), porque nas operações inversas (compra de câmbio) a possibilidade da ocorrência do dano é extremamente menor.

Convém ressaltar, contudo, que não fica de todo descartada a possibilidade de regularização da posição cambial pelo banco no caso de o vendedor do câmbio tornar-se de todo recalitrante em fazer entrega da moeda, desde que por motivo considerado parcial ou totalmente razoável. Para isto faz-se necessário o exame da questão pela fiscalização bancária.

Pode ocorrer também que, vencendo-se o contrato e não sendo conveniente ou possível a sua prorrogação, nem por inexistência de mútuo consenso das partes exequível o seu cancelamento, deve ser requerida a respectiva baixa, mera operação contábil interna, destinada ao saneamento da posição (valor dos danos que podem ser reclamados) do estabelecimento negociador da moeda estrangeira, em nada alterando a relação contratual existente entre este e o exportador.

No tocante ao valor dos danos que podem ser reclamados pelo banco operador, está ele hoje pré-fixado no art. 75 da Lei de Mercado de Capitais (nº 4.728, de 14/7/1965), que estipula: “o contrato de câmbio, desde que protestado por oficial competente para o protesto de títulos, constitui instrumento bastante para requerer a ação executiva.” “Por essa via”, diz o seu § 1º, “o credor haverá a diferença entre a taxa de câmbio do contrato e a da data em que se efetuar o pagamento, conforme cotação fornecida pelo Banco Central, acrescida dos juros de mora”.

Embora, sem essa prefixação exata, aquele prejuízo do banco contratante já se achava previsto no Decreto nº 2.475 de 1897, que regulava a atividade dos corretores de fundos públicos e as operações das Bolsas de Valores. Ali eram negociadas as letras de câmbio provenientes de exportação, determinando o mesmo Decreto, em seu art. 94, que os contratos se liquidariam “pela prestação da diferença entre a cotação da data do contrato e a da época da liquidação”. Não era admitida, contudo, naquela época como hoje, nas negociações a prazo, o chamado contrato diferencial, de natureza especulatória, que consistia no adimplemento em espécie, pela

simples diferença das cotações de taxas, entre a da data do contrato e a do pagamento. Era especulação que se procurava evitar (art. 96 do Decreto nº 2.475/1897). Mas isto não queria dizer que o contratante não devesse pagar a indenização por perdas e danos, calculada na base da diferença de taxas, sempre que não pudesse cumprir o pacto, entregando a moeda vendida.

Nos bons tempos da moeda estável, do fim do século XIX, poderia ser insignificante essa diferença, na maioria dos casos, mas anos depois, com a elevação constante das taxas de moedas estrangeiras, seguindo os passos da inflação por que passou o Brasil, os Bancos tinham que procurar ressarcir-se de prejuízos, executando os vendedores inadimplentes de câmbio.

Com base, ainda, naquela norma, a jurisprudência adotava a forma de ressarcimento das perdas e danos pelos Bancos com base na diferença entre a taxa do contrato e a do dia da liquidação, como se vê do Acórdão no Agravo de Instrumento nº 49.522, sendo relator o Ministro Thompson Flores (D.J. de 20/08/1970, pag.3623):

“De acordo com o Decreto nº 2.475, de 13.03/1897, a falta de liquidação da operação no prazo primitivo, ou no da prorrogação, autoriza o protesto como medida assecuratória de prestação de perdas e danos pelo não cumprimento do contrato. Podia ocorrer então a “liquidação por diferença”, ou seja, o chamado contrato diferencial, consistente na compra e venda a termo, cujo adimplemento podia fazer-se em espécie ou pelo simples pagamento de cotação em bolsa, entre a cotação na data do tal contrato e a da data do pagamento, de natureza especulatória; era, entretanto, defesa na compra e venda de cambiais, as quais somente poderiam ser liquidadas pela entrega efetiva das letras; se não entregues, o inadimplente arcaria com o pagamento das perdas e danos (arts. 94 e 98, § 1º, *in fine*, do Decreto nº 2.475/1897). A Lei de Mercado de Capitais não alterou propriamente tal situação, mas sim prefixou (art.75, § 1º) qual o valor das “perdas e danos” devidas pela não entrega das letras de exportação transacionadas com o Banco; tal valor será a diferença entre a taxa do contrato e a da data em que se efetuar o pagamento”. Não se cogita de contrato estimatório. Trata-se de uma pré-qualificação legal dos prejuízos derivados de inadimplência do contrato de venda de câmbio”.

De resto, a orientação do nosso direito positivo, desde o Decreto nº 2.475/897 até a edição da Lei de Mercado de Capitais, nunca destoou

daquela orientação, quanto ao valor da indenização nos pactos a termo. O mesmo Decreto nº 2.475 já estabelecia que “a falta de liquidação da operação no prazo primitivo ou no da prorrogação autoriza o protesto, como medida assecuratória da prestação de perdas e danos pelo não cumprimento do contrato” (art.98).

Essas perdas e danos em contratos a prazo vieram igualmente a ser definidas pelo Código Civil, cujo art. 1.546 preceitua que “para se liquidar a importância de uma prestação não cumprida, que tenha valor oficial no lugar da execução, tomar-se-á o meio termo do preço ou da taxa entre a data do vencimento e a do pagamento, adicionando-lhe os juros de mora”.

Também a Lei de Falências (Decreto-Lei nº 7.661, de 21/06/1945), em seu art. 44, inc. V, dispõe que “tratando-se de coisas vendidas a termo que tenham cotação em bolsa ou mercado e não se executando o contrato para efetiva entrega daquelas e pagamento do preço, prestar-se-á a diferença, entre a cotação do dia do contrato e a da época da liquidação”.

Tais dispositivos procuravam já fixar o montante das perdas e danos devidos pela parte inadimplente. Com o art. 75, da Lei nº 4.728/65, contudo, a matéria se tornou mais clara, afastando dúvidas que poderiam existir em torno da questão, sendo certo que, mais definido foi o enquadramento processual a ser adotado na cobrança, ou seja, a execução precedida do protesto extrajudicial.

Em suma, é indiscutível que após a contratação do câmbio, perfeita e acabada, o vendedor está obrigado a fazer entrega da moeda vendida, passando ao Banco, se for o caso, as Letras de Câmbio sacadas sobre o exterior, acompanhadas do conhecimento de embarque da mercadoria, para fins de recebimento simultâneo do preço em moeda nacional equivalente. Se não o faz, sujeita-se a pagar ao comprador indenização por perdas e danos por via de execução. (Acórdão no AI nº 394/87, julgado em 28/01/1987, da 4ª CC do TJRJ Rel. Des. Ederson Serra).

3. O Protesto do Contrato de Câmbio - Como se verifica da norma invocada para tornar efetiva o cumprimento do contrato e sobre os procedimentos judiciais a serem adotados, o protesto do contrato assume posição de destaque pelos efeitos que dele decorrem. Normalmente diz-se que o protesto do título representa a prova da sua apresentação ao devedor. É esse o objetivo (básico) do protesto, embora se saiba que ele também constitui o devedor em mora. Além disto, o protesto caracteriza a impontualidade do devedor

e autoriza o requerimento de sua falência. No caso do contrato de câmbio, no entanto, o protesto tem a função suplementar de ensejar o processo de execução para haver indenização por perdas e danos do vendedor da moeda.

Desta forma, o protesto tirado na forma art. 75, da Lei nº 4.718/65, caracteriza a impontualidade do devedor e enseja ao credor promover a ação de execução do devedor, ou, ainda, requerer a sua falência, da mesma forma como se faz com a obrigação provada por conta extraída dos livros do comerciante e verificada judicialmente (art. 1º, § 1º, e art.10 da Lei de Falências). Trata-se, assim, de protesto extrajudicial necessário para quem quer fazer valer o seu direito de cobrança mais efetiva.

Da mesma forma como no caso de protesto de títulos de crédito, deve-se ter em vista que o devedor pode procurar o Cartório para efetuar o pagamento, porque para isto é que ele é intimado. É de toda conveniência, portanto, que, no caso do contrato de câmbio, se procure entregar o contrato para protesto acompanhado de demonstrativo dos danos, ou seja, do valor da diferença entre o montante à taxa do contrato e à taxa do dia do protesto. Não será demais juntar o documento do Banco Central comprovando a taxa vigente.

A medida cautelar de sustação do protesto, muito freqüente nos dias atuais pelos efeitos que o simples aponte no Cartório de Registro representa, assume aspecto de maior gravidade, porque, se deferida a medida, mesmo quando razoável à luz das hipóteses de sustação de protesto de títulos de crédito, ela acabava por impedir o credor de utilizar a via processual adequada na cobrança do seu crédito.

A jurisprudência tem registrado alguns casos da sustação de protesto quando se procura fazer correlação ou interdependência entre a compra e venda da mercadoria, eventualmente não concluída, e a compra e venda do câmbio. Na verdade, como se viu antes, o primeiro contrato provoca o nascimento do segundo, mas a inadimplência na compra e venda não acarreta necessariamente a não execução do contrato de câmbio (Acórdãos no AI. 865/96, julg. em 24/9/96, na 4ª CC. e na AP nº 182/97, julg. de 5/04/88, na 3ª CC., ambos do TJRJ)

No tocante, ainda, à execução do contrato de câmbio duas objeções foram levantadas na defesa de inadimplentes do câmbio: a primeira diz respeito a uma inexistente solidariedade entre os dois contratantes do câmbio e o importador ou exportador estrangeiro. Por óbvias razões, não se pode

admitir solidariedade entre partes que se contrapõem no pacto e muito menos admitir o ingresso do comprador da mercadoria no exterior, na relação de contratantes brasileiros sobre as divisas resultantes da exportação. De resto solidariedade não se presume (art. 896 C.Civ.). Ela decorre do contrato ou da lei. (Acórdão na AP nº 1.132/88, julg. em 28/6/1988, na Sétima CC do TJRJ).

A outra objeção é quanto à competência da Justiça brasileira, posta em dúvida sem êxito, para apreciar conflitos sobre contratos de câmbio de exportação, dado, que teria havido inadimplência de importador estrangeiro da mercadoria, ocasionando, com isto, a impossibilidade de serem transferidas as divisas para conta do Banco operador. Com toda evidência, como ficou dito, o contrato de câmbio é um pacto entre o vendedor da moeda e o Banco autorizado a operar no mercado. Não se trata do que se poderia chamar um contrato internacional e não há nenhuma previsão legal para que deixe a Justiça brasileira de apreciar conflitos de tal natureza.

4. Adiantamento sobre o Contrato de Câmbio - As vendas de mercadorias e serviços para o exterior, se fazem, em regra, mediante concessão de prazo, mas os exportadores precisam negociar a antecipação do recebimento do preço pelo seu equivalente em moeda nacional, para que disponham de fundos necessários à continuidade da produção para mais exportar. Para isto os bancos deram início à fórmula do adiantamento do preço aos exportadores, mas careciam de instrumento legal hábil à garantia dessa operação.

Em 1965 o projeto da lei de Mercado de Capitais se achava em votação no Congresso, quando foram sendo introduzidas, em seu texto, normas de certo modo destoantes de sua finalidade básica, ou seja, a disciplina do mercado de capitais, mas de grande sentido para a economia do país, como foi a do art. 66, que instituiu a garantia de alienação fiduciária e a do art. 75 e seus parágrafos que trouxeram instrumento mais eficaz de garantia nos adiantamentos do preço de bens e serviços exportados. Com tais dispositivos se instituiu a figura da restituição do valor adiantado, à semelhança do que ocorre na falência sobre coisa arrecadada, mas fruto de direito real ou de contrato (art. 76 do Decreto-Lei nº 7.661).

O adiantamento se faz mediante a simples averbação no contrato de câmbio, da anuência do exportador. Esse pacto adjecto de “Adiantamento de contrato de câmbio” (A.C.C.) não se confunde com o da venda de moedas. É negociação em moeda nacional, de adiantamento do preço, ou de parte

dele, antes de ser feita a entrega da coisa vendida, para que o exportador disponha dos fundos para realizar novos negócios.

A adoção da figura da restituição, para os casos de inadimplência do contratante, pôde permitir mais desenvoltura nos negócios de exportação. A princípio a jurisprudência oscilou com freqüência quanto à aplicação de normas da restituição prevista no art. 76 da Lei de Falências que pressupõe terem sido vendidas as coisas a serem restituídas nos 15 dias anteriores ao decreto de falência. Hoje, contudo, o Egrégio S.T.J., por suas diferentes Turmas, tornou pacífico o entendimento consolidado no enunciado da SÚMULA nº 133, assim, concebido:

“A restituição da importância adiantada, à conta do contrato de câmbio, independe de ter sido a antecipação efetuada nos quinze dias anteriores ao requerimento da concordata.”

Também se tornou pacífica a jurisprudência, a princípio oscilante em diferentes tribunais, sobre a incidência ou não de correção monetária na restituição do adiantamento sobre o contrato de câmbio, em processo de concordata ou de falência (Súmula do Superior Tribunal de Justiça nº 36). ♦

Contrato de Abertura de Crédito e Ação Monitória

LUIZ GONZAGA DOS SANTOS
Juiz de Direito/RJ

1. **Contrato de Abertura de Crédito** - É o contrato segundo o qual o banco se obriga a pôr à disposição de um cliente uma soma em dinheiro, por prazo determinado ou indeterminado, obrigando-se este a devolver a importância, acrescida dos juros, ao se extinguir o contrato (*Contratos e Obrigações Comerciais* - Fran Martins).

Já é amplamente conhecida a discussão sobre se o contrato de abertura de crédito em conta-corrente é, ou não, título executivo, nos termos do inc. II, do Art. 585, do Cód. de Processo Civil, que dispõe:

São títulos executivos extrajudiciais:

II - ... o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas ...;

Apenas para exemplificar, o 1º Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo enunciou em súmula (Nº 11) que:

“O contrato de conta-corrente, feito por estabelecimento bancário a correntista, assinado por duas testemunhas e acompanhado de extrato da conta-corrente respectiva, é título executivo extrajudicial.”

Já a 7ª Câmara do mesmo Tribunal decidiu:

“Contrato de abertura de crédito rotativo não constitui título executivo extrajudicial, pois não satisfaz os requisitos de liquidez e certeza, uma vez que não esclarece o quantum a ser pago, nem permite de per si sua determinação” (Ac. Unân.).

Estabelecem os artigos:

Art. 583 - Toda execução tem por base título executivo judicial ou extrajudicial.

Art. 586 - A execução para cobrança de crédito, fundar-se-á sempre em título líquido, certo e exigível.

A despeito de majoritária a corrente que sustenta a executividade do contrato de abertura de crédito, sempre discordamos, ainda que modestamente, desse entendimento.

Ante os conceitos de liquidez e certeza, notadamente da liquidez de um título, nunca aceitamos estivesse o contrato de abertura de crédito revestido plenamente dos requisitos do título executivo, de vez que se resente da liquidez.

Os extratos elaborados e apresentados pelo creditor (banco), além de oriundos de lançamentos unilaterais, são anexados *a posteriore* ao contrato que se pretende seja um título executivo.

Em outras palavras, cuida-se de um título que não se basta por si só, dependendo de extratos em anexo, elaborados por apenas uma das partes, precisamente a que se intitula credora.

Todavia, no exercício da função judicante, acometiam-nos o dilema:

a) negar qualidade de título executivo a esses contratos, indeferindo a inicial de execução, ou aproveitando (contra entendimento de parte da doutrina) para o rito comum (ordinário ou sumaríssimo);

b) contrariar nosso entendimento particular e dar seguimento à execução, reservando para a fase dos embargos a discussão sobre os valores pouco (ou mal) demonstrados.

Na prática, optávamos por recepcionar a via executiva, ainda que intimamente contrariados, por uma simples razão: em todos os casos, segundo nos tem ensinado a prática, o executado é, efetivamente, devedor.

O que se discutia nos autos dos embargos era basicamente o excesso de execução que, normalmente, não invalidava a execução nem desconstituía a penhora. Apenas, quando acolhidos os embargos, impunha-se a redução no valor da execução.

Ora, nessa linha de raciocínio, preferíamos sacrificar um bem menor - o entendimento técnico quanto a não ser o contrato um título executivo - salvaguardando o bem que reputávamos maior, qual seja, a paz social abalada pelo inadimplemento da obrigação. Isso, sem contar com o fato de que a determinação de seguimento à execução causava apenas uma afetação no patrimônio do devedor, sem que se lhe fosse reduzido o patrimônio.

Chegamos mesmo a pensar que a corrente que defende o ponto de vista de exequibilidade do contrato de abertura de crédito assim o faça pelas mesmas razões porque resolvíamos aplicar na prática esse entendimento, em detrimento de nosso ponto de vista pessoal.

Uma outra razão pela qual não atribuíamos força executiva a esses contratos era o fato de a Lei (inc. II, do art. 585/CPC) falar em “documento particular assinado pelo devedor”.

A nosso sentir, ao mencionar a lei “assinado pelo devedor”, referia-se ao negócio jurídico em que uma das partes já surja na condição de devedor, com a obrigação líquida e certa, ao contratar.

No caso de contrato de abertura de crédito, o creditado pode nunca chegar a ser devedor.

A sua obrigação é condicional e, mesmo, incerta. Surge apenas se (e quando) utilizar-se do crédito que lhe é posto à disposição.

Esclareça-se a esta altura, por oportuno, que não negamos exequibilidade ao contrato de abertura de crédito por se tratar de obrigação futura, pois que o crédito é exatamente a confiança que uma pessoa inspira a outra de cumprir, no futuro, obrigação atualmente assumida.

Vê-se que a futuridade é da essência do crédito e, por que não dizer, das obrigações em geral.

Também, não se nega a qualidade de título executivo a esse tipo de operação bancária em razão de a obrigação ser condicional.

Não.

Aliás, a condição não descaracteriza às obrigações creditícia, mesmo porque, quanto a estas, há expressa previsão legal (Arts. 572 e 614, III e 615, IV, do Cód. de Proc. Civil).

Poder-se-ia contra-argumentar com o exemplo dos contratos de locação, onde os recibos são, também, elaborados pelo credor, unilateralmente e, por vezes, em valores totalmente defasados do locativo indicado expressamente no contrato, seja em razão da alteração do padrão monetário (criação de nova moeda), seja em razão mesmo da alta inflação com que convivíamos.

Ainda aí, a resistência não vinga.

Por primeiro, o crédito decorrente de alugueres tem carga executiva por disposição legal, eis que a expresse a respeito o inc. IV, do Art. 585/CPC.

Por segundo, ao contratar uma locação, o locatário já surge como devedor, vez que com a obrigação de pagar os locativos e, se houver, os acessórios.

Depois, inconcebível a idéia de que alguém, após contratar uma locação de imóvel, não queira usufruir da coisa recebida em locação. E, ainda que não se utilize do imóvel, responderá pelos alugueres que se vencerem, eis que pôde dipor da coisa.

Paga pela disponibilidade que teve do imóvel locado, sendo certo, entretanto, que contratou a locação para uso da coisa. Essa a presunção lógica.

A propósito, também de carga executiva é o contrato de seguro de vida e de acidentes pessoais de que resulte morte ou incapacidade.

Note-se que, aí, a Lei (inc. II, art. 585/CPC) - única que pode criar título executivo - já antecipou a ocorrência da condição para que o referido contrato tenha eficácia executiva.

Em outras palavras, contrato de seguro de vida e de acidentes pessoais só será considerado título executivo com a demonstração, de plano, do evento morte ou da incapacidade.

Em sentido contrário, não será título executivo se ainda se vai discutir uma alegada incapacidade. Esta deve estar, já, devidamente demonstrada.

Um outro exemplo, acreditamos, talvez ajude no esclarecimento.

O contrato escrito de honorários advocatícios, como de resto, dos demais profissionais liberais. Aí deve constar expressamente as obrigações do profissional bem com a contra-prestação pecuniária, via de regra, do cliente.

Nessas hipóteses os clientes não contratam pura e simplesmente para terem à sua disposição um profissional liberal. É sabido que a contratação é para a prestação efetiva dos serviços contratados.

Todavia, não cuidou o legislador de atribuir a esses contratos a força executiva. Preferiu deixá-los elencados nas causas de rito comum sumarríssimo, agora sumário, precisamente dentre os tipos que independem do valor da causa.

Se o critério não foi o do valor da causa, qual teria sido o norte do legislador?

Temos para nós que o critério foi o que preferimos chamar de quase-certeza.

Há certeza quanto à existência do título (obrigação); dúvida não existe quanto ao valor prometido pagar, mas não se tem certeza da prestação do serviço.

Por que com a prestação de serviço bancária haveria de ser diferente...? Só se o tivesse querido expressamente o legislador.

Volteremos à tese da quase-certeza adiante, em rápida abordagem à Ação Monitória.

Retornando ao inc. II, do Art. 585/CPC, lembramos que a lei exigia “documento do qual conste obrigação de pagar quantia determinada”.

Alerte-se, de pronto, que, *permissa venia*, não socorre a alegação no sentido de que essa exigência desapareceu com a nova redação trazida pela Lei nº 8.953/94.

Não.

A alteração havida, com a omissão a “quantia determinada, ou entrega de coisa fungível”, decorreu simplesmente do fato de ter o legislador querido modificar o Art. 632, que possibilitava a execução de fazer apenas para título executivo judicial. Agora, permitiu-se a execução de obrigação de fazer derivada de título executivo extrajudicial, também.

Tanto que foi mantida a referência a “documento assinado pelo devedor”. Ou seja, no documento (título) já deve estar clara a obrigação, inclusive quanto à determinação (liquidez) para que do escrito se possa dizer tratar-se de título executivo.

Sobre a liquidez de uma obrigação, reza o art. 1533, do Cód. Civil: “Considera-se líquida a obrigação certa, quanto à sua existência, e determinada, quanto ao seu objeto”.

Essa discussão, todavia, segundo entendemos, foi atenuada. Pelo menos no aspecto prático.

2. A Inovação da Monitória - Encerramos as considerações sobre os contratos de abertura de crédito com a afirmação de que a discussão sobre sua natureza jurídica perdeu um pouco a razão de ser, ou foi atenuada. Ao menos em termos práticos.

Aqui, repetimos o que antes ensaiamos sobre critério da quase-certeza, norteador do legislador ao destinar carga executiva a determinados documentos, deixando de fazê-lo com relação a outros.

Não nos propomos a comentar a Lei 9.079/95, que cuida da Ação Monitória. Não com esse trabalho.

Cuidamos, nessa oportunidade, da abordagem ao Art. 1.102a., apenas no que pertine à prova escrita, sem eficácia de título executivo, relacionando-a ao contrato de abertura de crédito.

Estabelece o Art. 1.102a., acrescido pela Lei 9.079, de 14 de julho de 1995:

“A ação monitória compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado móvel”.

Com a Ação Monitória, teve o legislador em vista a celeridade e efetividade do processo. Esta, aliás, tem sido a tônica da recente onda de reformas por que passa o Processo Civil.

Antes, havia apenas duas espécies de títulos, assim entendido o documento em que constasse uma obrigação: os títulos executivos e os títulos não-executivos. Os primeiros, revestidos de liquidez, certeza e exibibilidade. Os segundos, destituídos de algum desses requisitos.

Agora, com a Monitória, acreditamos existir um meio-termo. É o que chamamos de meio-título. Falta-lhe pouco para ser alçado à categoria dos títulos executivos.

Na verdade, esses quase-títulos sempre existiram, mas sem a relevância que, agora, lhes é reservada pela Ação Monitória.

Muitos desses meio-títulos são mencionados no Art. 275.

Trata-se de documentos que demonstram uma obrigação, indicam o obrigado, às vezes até expressam o objeto mas, por alguma razão, deixam de preencher todos os requisitos exigíveis à caracterização de título executivo.

Exemplos disso, para nós, são o contrato de abertura de crédito bancário, o contrato de honorários de profissionais liberais e outros similares.

Assim, é que a parte que dispuser de um título caracterizado por contrato de abertura de crédito (que chamamos de meio-título) poderá se valer da Ação Monitória, desnecessitando de correr o risco de ter sua petição inicial (de execução forçada) indeferida, ou de ter seu Processo de Execução transmutado para o Processo de Conhecimento, pelo rito comum (ordinário ou sumário).

Dessa forma o contrato de abertura de crédito, ou outro sem carga executiva, passa a ser a prova escrita de que disporá o creditor (estabelecimento bancário), ao pretender, ante o creditado, o pagamento de soma em dinheiro (Art. 1.102a., inovado pela Lei nº 9.079/95).

Para finalizar, entendemos que o juiz, em recebendo os autos de execução forçada para despacho inicial, deva mandar seja distribuída, registrada e despachada como Ação Monitória, determinando se expeça mandado para citação e pagamento, em 15 (quinze) dias, com as advertências da nova lei.

Ressalva-se, claro, o entendimento do magistrado que ainda considera tal contrato inserido na previsão do inc. II, do art. 585, do Cód. de Proc. Civil. ♦

Reflexões Críticas e Propostas para a Execução Penal*

ÁLVARO MAYRINK DA COSTA

Professor titular da Faculdade Brasileira de Ciências Jurídicas. Conferencista da área de Direito Penal da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Presidente do Fórum da Execução Penal (EMERJ). Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

1. A ineficácia secular do cumprimento da pena privativa de liberdade como instrumento inibidor da conduta desviante e meio de reintegração social é facilmente constatável pela ausência de condições mínimas ofertadas pelo modelo prisional. Continua o cárcere se constituindo em uma comunidade de pessoas frustradas dessocializadas e estigmatizadas diante da difícil relação entre a macrosociedade, o recluso, o egresso e o ex-presidiário, por absoluta falta de vontade política reintegradora, o que cria óbice fundamental à reinserção social.

2. A segurança é uma necessidade da pessoa e dos grupos humanos, sendo a proteção direito de todos e tanto no universo antagonístico ou fora dele procura-se conciliar respeito pelos direitos da pessoa humana com os interesses da coletividade objetivando o **Bem Comum**.

É certo que a função reintegradora tem com antagonismo a mobilização da opinião pública, fomentadora do pânico social, objetivando a implementação de ações oportunistas de caráter repressor, através de reformas pontuais na legislação penal, satisfativas do clamor popular. Daí a produção de estereótipos ditados pela coleção de ilícitos penais denominados hediondos ou a eles equiparados, caracterizados pelo aumento das penas privativas de liberdade cominadas, pela vedação do regime prisional progressivo, pela impossibilidade da fiança e da liberdade provisória, pelo impedimento da aplicação da medida penal complexa do livramento condicional ao reincidente nominado de **específico**, pela recusa jurisprudencial de deferimento

* Conferência proferida no 1º Encontro Nacional da Execução Penal, realizada em 20 de agosto de 1998, em Brasília, no Distrito Federal

de benefícios ao recluso que obtiver a unificação das penas em 30 anos, ao lado da construção de monumentais presídios de segurança máxima, verdadeiras jaulas de concreto armado que desatendem a moderna arquitetura prisional, para que os governantes passem a seus eleitores o cumprimento dos compromissos eleitorais com a segurança pública, a curto prazo.

3. Nota-se, que a questão carcerária passa por uma tomada de posição em relação a questão social, pois só superando ou atenuando as taxas de crescimento da violência será imaginável o enfrentamento institucional do cárcere.

Destarte, a delinqüência como fenômeno real da existência social, não pode continuar a ser equalizada de forma simplista, dentro de um quadro de terror, onde as pessoas se auto-aprisionam cercando de grades os edifícios onde residem, deixando de sair de suas residências à noite, fazendo a blindagem de seus veículos e contratando seguranças pessoais e particulares para os seus condomínios. Ora, diante de tal quadro, alimentado pelos órgãos formadores da opinião pública, retroalimentando o conflito não resolvido pelas políticas governamentais, torna-se extremamente difícil viabilizar a postulação de uma política antissegregadora que objetive qualquer melhoria na vida intra e extramuros do encarcerado.

É oportuno lembrar que a comunicação social deverá promover a participação de todos os seguimentos sociais na tentativa de reduzir ou diferir os efeitos dos antagonismos e das pressões.

4. Invocando Marc Ancel, sempre atual, repetiríamos: “O delinqüente não poderá mais ser submetido à justiça penal unicamente para fins expiatórios, de vingança ou de retribuição na luta contra o delito”.

O objetivo da execução penal mais relevante é o de criar possibilidades de reintegração social futura, buscando em uma estratégia democrática de forma participativa à capacitar o encarcerado estimulando-o a vencer a sensação de exclusão por meio de opções, respeitado o direito de ser diferente.

Ao ser recolhida ao cárcere a pessoa é obrigada a abdicar de parte de sua cidadania, fratura a sua personalidade, passando a interiorizar condicionamentos infra-sociais da massa carcerária, assimilando hábitos e valores integrantes da cultura prisional. Aduza-se que o rigor segregatório pleno e contínuo ao lado da carência do real e efetivo interesse da macrosociedade no processo de reinserção veda ao encarcerado, ao egresso e ao ex-presidiário uma nova opção de vida.

A questão carcerária não pode ser resolvida no interior da microssociedade fechada, como instituição total, pois o problema deve ser compartilhado por toda a macrossociedade.

5. No Direito penal estão inscritos os princípios de humanidade e de interesse público, sendo o cárcere um processo falido de dessocialização, principalmente no regime fechado em unidades de segurança máxima, no cumprimento de longas penas privativas de liberdade, razão pela qual se deve incitar a auto-estima do encarcerado para que possa alimentar a **esperança na liberdade**, vencendo a sensação de incapacidade para a opção por nova vida, através do respeito e do apoio, desmistificando a crença de que só a marginalidade e a delinquência são as únicas possibilidades de sua sobrevivência.

6. A nossa Lei de Execução Penal estatui como objetivo a ser alcançado o “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

A finalidade reintegradora está diretamente ligada a modalidade da execução do cumprimento das penas privativas de liberdade, que infelizmente ainda não se poderá abdicar, devendo em um Estado social e democrático de Direito a prevenção ser exercida em benefício e sob o controle de todos os cidadãos.

Correta a redefinição do modelo correccionalista por meio de formas alternativas à pena de prisão, na busca de instrumentos para a solução ainda que parcial dos conflitos e não por meio de ações momentâneas e fantasiosas, que só servem de biombo ao exercício do poder vertical, autoritário e corporativo.

7. É imperativa a comunicação entre o encarcerado e a vida comunitária livre, viabilizada pela progressão de regime, com destaque a realização do exame criminológico, a fim de possibilitar as saídas temporárias, fortalecendo as relações familiares, possibilitando a formação cultural e profissional e a participação em atividades que concorram para a reinserção social.

A nosso sentir, o artigo 124 da LEP poderia dar ao Juiz da Execução uma maior margem de arbítrio, observada a individualidade da execução.

8. É cediço no quadro de vulnerabilidades da microssociedade fechada a presença massificante do ócio completo, do alto índice do consumo de drogas ilícitas, da prática de abusos sexuais, passando pela corrupção e violência corporal e moral praticada pelos agentes penitenciários contra os encarcerados.

O poder disciplinar, na execução da pena privativa de liberdade, é exercido pela autoridade administrativa conforme as **disposições regulamentares**, o que excepcionaliza o princípio da jurisdicionalização.

Os encarcerados no ingresso não recebem o regulamento disciplinar e as CTCs processadas no âmbito das unidades prisionais, com a aplicação de **faltas graves** que trazem grande repercussão na vida dos apenados e, diante da discricionariedade do ato administrativo, ficam totalmente submissos aos agentes penitenciários, não podendo o Juiz da Execução examinar a própria valoração administrativa, legítima em si e atribuída ao administrador. Assim, os artigos 46 (de péssima redação técnica) e 49/54, com a ampliação da competência ditada no artigo 66, todos da **LEP**, deveriam ser objeto de redefinições.

9. Os regimes de confiança devem ser incentivados buscando uma efetiva ponte de transição entre o recluso e a sociedade no sentido de ser estimulada a liberdade e não a segregação oportunista.

A **Casa de Albergado** deve ser uma estratégia para o estímulo da autodisciplina e do senso de responsabilidade, cujo sucesso depende do processo seletivo de presos.

Não se deve confundir a classificação de condenados, que segundo Goffman, nas instituições totais alimenta o fenômeno que designou de “cerimônia de degradação”.

No Estado do Rio de Janeiro há 27 estabelecimentos penais (12 penitenciárias, 01 colônia agrícola, 04 presídios, 03 institutos penais semi-abertos, 04 hospitais clínicos e 03 psiquiátricos). Saliente-se que apenas 421 encarcerados têm visita periódica ao lar, 134 possuem trabalho extramuros.

Cumprir fazer um especial registro no que concerne à Superintendência de Saúde do Departamento do Sistema Penitenciário no Estado do Rio de Janeiro, que se apresenta como modelar, graças ao dinamismo e espírito realizador do Dr. Edson José Biondi. É nota de destaque a Estratégia de Ações de Saúde na prevenção de DST/AIDS e uso e abuso de drogas. Com a inauguração do **Hospital Penal de Niterói**, que constitui uma referência nacional para tais doentes, sendo o primeiro hospital da América Latina no atendimento de apenados. Em razão de sua comprovada eficiência o programa resultou em uma significativa redução nos índices de aparecimento da infecção pelo HIV, que passaram de cerca de 20% em 1988 para 4.95% em 1997. Do trabalho de prevenção e assistência na área das DST's/AIDS, desencadearam-se outras ações (combate à tuberculose, à hepatite e o pro-

blema suscitado pelo uso abusivo de drogas).

Diga-se que todos os apenados ao fazerem o ingresso no Sistema Penal recebem uma bem planejada cartilha com as informações relativas à **AIDS** e as **DROGAS ILÍCITAS**. De outro lado, ao se estimular a visita íntima foi elaborado um manual para que o apenado (homem ou mulher) se conscientize da defesa de sua vida e saúde. Há palestras ministradas em relação à visita íntima dos casais, inclusive com a exibição de vídeo instrutivo. Pode-se dizer que nesta área, com o apoio do **SUS** a Superintendência de Saúde do Departamento do Sistema Penitenciário do Estado do Rio de Janeiro é exemplo positivo da eficiência do administrador público na área tão precária de atendimento à massa social.

Cumpra lembrar que no Estado do Rio de Janeiro, o Hospital Henrique Roxo, como Hospital de Custódia e tratamento psiquiátrico (Manicômio Judiciário), sendo a maioria de pacientes psicóticos sujeitos à deteriorização da personalidade pela evolução da doença, tendente à cronicidade, sujeitos pontencialmente ao **hospitalismo**, tem procurado atingir as metas programadas, como o convênio com a Universidade Federal Fluminense, dando vida científica com fins acadêmicos de ensino e pesquisa.

Reporto-me à realidade fática de que doentes mentais, após cumprirem a medida de segurança imposta, com a periculosidade cessada, abandonados pela família que inadmita a sua desinternação, temidos como sempre e estigmatizados pela macrossociedade, só puderam ter apoio após a criação da **Casa de Transição**.

Deve-se ressaltar a criação no Estado, Rio de Janeiro, da **Casa de Transição** para os inimputáveis, com a saída do doente mental para o trabalho, normalmente em local próximo ao Hospital de Custódia e tratamento, retornando à noite, após a prestação de trabalho compatível com a sua capacitação. O projeto teve início em 1995 não se tendo registrado qualquer violação na confiança depositada nas **saídas terapêuticas**, que a meu sentir devem ser avaliadas pela **equipe médica**, preponderantemente, pois objetiva a **reintegração especial** que é a do inimputável.

Aliás, como bem salienta o ilustre Professor Talvane de Moraes, chegou o momento de repensar a extinção das medidas de segurança, tão ao agrado dos positivistas, para novas estratégias, substitutivas como a utilizada na Lei Antitóxicos.

10. O papel dos Conselhos Penitenciários deve ser redimensionado, ativando-se a efetiva inspeção dos estabelecimentos e serviços penais, que

não pode se limitar a visitas formais e burocratizadas com aviso prévio, bem como a supervisão dos patronatos, pois é importante o apoio ao egresso no momento difícil da reinserção com a presença da assistência voluntária dos seguimentos representativos da sociedade diante da tomada de consciência participativa compartilhada.

É relevante a sua atuação orientando e fiscalizando a execução das políticas penitenciárias que objetivam a abertura do cárcere à sociedade, estimulando uma postura de redução dos efeitos negativos da prisionalização apresentando relatórios e sugestões ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária para a avaliação do **Plano Estratégico** a ser traçado.

Aduz-se, que em razão da jurisdicionalização da execução penal, impõe-se a desburocratização no procedimento de concessão de benefícios e, como tal, perde densidade o papel opinativo dos Conselhos Penitenciários, pois o Juiz da Execução penal é o **dominus processus** e, o inconformismo das partes é amparado pelo recurso de agravo em execução. Daí a revisão dos artigos 69 e 70 da LEP.

11. Foi relevante a criação dos Conselhos da Comunidade pela missão do espírito de solidariedade com a participação comunitária, através dos seus seguimentos representativos. Contudo, as atribuições previstas nos incisos I, II, III e IV do artigo 81 da **LEP**, não se tornaram uma realidade dos anseios de sua criação. As atividades elencadas encontram várias barreiras na própria macrossociedade.

12. Já seria o momento de pensarmos nas **ouvidorias** com absoluta independência e apoio logístico para o seu trabalho, numa reformação crítica e construtiva para a integração de toda a sociedade na elaboração de políticas públicas no setor penitenciário.

13. Demais disso, é imperativa a desmistificação do discurso oficial sobre o cárcere, inoperante no processo de punição do encarcerado, pois objetiva através da expiação da pena tão-só neutralizar a potencial capacidade de causar danos futuros à sociedade, restringindo-se ao isolamento absoluto com o mundo exterior, velando pelo conformismo e conseqüente disciplina carcerária.

Por outro lado, cada vez com maior intensidade, torna-se inviável o discurso da sociedade com o recluso, cujos antagonismos são alimentados pela manipulação de informações distorcidas de excesso de benignidade no tratamento de presos e da impunidade gerada pela inoperância operativa na segurança pública.

Tendo em vista tal orientação governamental para atender os anseios da comunidade de eleitores alimentados pelo pânico social estimulado pelos órgãos formadores da opinião pública, torna-se difícil vencer a curto prazo as vulnerabilidades da questão penitenciária, principalmente, através da democratização da prisão, da organização do sistema penitenciário orientado para uma arquitetura adequada e descartada como meta única a ordem e a disciplina. É necessário, por óbvio, que a própria sociedade priorize políticas públicas de erradicação da miséria e se convoque toda a sociedade no ataque às causas e concausas geradoras da violência. A purificação do Direito Penal passa por uma parceria compartilhada de toda a sociedade, se tornando o encarceramento **ultima ratio** do controle social.

Como reflexo da visão social distorcida para o campo segregatório encontra-se a vedação do regime prisional progressivo, criando-se uma progressão vertical em unidades prisionais de segurança máxima (do tipo Bangu I, II e III), no Estado do Rio de Janeiro. Destaca-se, na visão política, como símbolo da segurança dos cidadãos e combate efetivo à impunidade!

15. Note-se que um dos pontos básicos para redução das vulnerabilidades do sistema penitenciário é o estímulo ao trabalho interno e externo, no combate ao ócio permanente do recluso principalmente, nas unidades de segurança máxima.

A Lei de Execução Penal em seu artigo 4º estabelece a possibilidade do Estado poder recorrer à cooperação da comunidade, destacando-se na atribuição de trabalho ao encarcerado, daí gerando a possibilidade de um programa de tercerização das tarefas de promover, o trabalho, a educação, o transporte, a alimentação e o lazer, deixando para o Estado a administração e a segurança das unidades prisionais.

A questão precisa ser amadurecida, observados os preceitos constitucionais da individualização da pena e de respeito à integridade física e moral do preso, destacando-se a introdução de um modelo administrativo de gestão moderna de produção de efeitos permanentes, reduzindo os gastos públicos (no Rio de Janeiro o custo de cada preso é de aproximadamente R\$ 568,00 (quinhentos e sessenta e oito reais), estimulando-se, principalmente, a participação organizada da comunidade.

A Fundação Santa Cabrini, da Secretaria de Justiça e Interior do Estado do Rio de Janeiro, tenta procurar viabilizar o emprego da mão-de-obra carcerária nas diversas unidades do sistema, estimulando a possibilidade inerente à remição da pena, na tentativa de reduzir o ócio e capacitar o en-

carcerado para o mercado de trabalho, por via de projetos do aprendizado profissional. Nesta direção, tem dado prioridade às ações em parceria com a iniciativa privada procurando atrair microempresários. Destaca-se o projeto - “Programa de Qualificação Profissional - Detentos e Egressos do Sistema Prisional” com o apoio da Secretaria do Estado de Trabalho e Ação Social, através de verbas do Fundo de Amparo ao Trabalhador.

O grande problema está na remuneração do trabalho e a formação do pecúlio, quando o Estado não efetua o pagamento desde o ano de 1993, como no caso do Rio de Janeiro. As unidades de segurança máxima não estão estruturadas arquitetonicamente para a instalação e o funcionamento das oficinas, como também inexistem técnicos e auxiliares penitenciários para ensinar e coordenar a atividade laboral, ficando restrita a transitoriedade do monitoramento de um recluso com atividade profissional na área específica.

Evidenciam-se as grandes resistências dos microempresários de operarem nas unidades de segurança máxima, em razão do quadro de pânico diante dos condenados e dos estereótipos de segurança.

Segundo as fontes oficiais, no Rio de Janeiro, num universo de 13.000 encarcerados em unidades prisionais, só 900 estão em treinamento intra-muros, 500 extra-muros, quando se sabe que se trata de atividade prioritária à reinserção social.

O trabalho externo em obras públicas é sempre rejeitado pelos próprios agentes públicos para não desagradar as comunidades que não admitem ver os presos fora das unidades prisionais, temendo pela segurança.

Realmente, com o aumento da rotulação e conseqüente processo de estigmatização do preso, do egresso e do ex-presidiário torna-se difícil a elaboração e implementação de novos programas e projetos para a expectativa de condições de empregabilidade, mesmo diante do treinamento objetivando a formação de mão-de-obra qualificada.

É fundamental o trabalho nas unidades fechadas, pois a ociosidade, como já foi acentuado, alimenta os problemas existenciais e desestimula os encarcerados aumentando a hostilidade e o preconceito da sociedade, tornando cada vez mais difícil a reintegração ao mundo livre.

Afirma-se a ineficácia de tais programas, principalmente, nos dias que correm, quando os cidadãos se confraternizam com os policiais de rua após a morte violenta de suspeitos no cometimento de ilícitos patrimoniais. Para tal postura só se atingiria o objetivo inoculizador, dando-se ênfase no controle e vigilância do condenado (discurso do cárcere) e não na assistência

e apoio objetivando a reinserção social.

Verifica-se a incapacidade do Estado para a solução que não seja a simples encarcerização. Anota-se que os xadrezes distritais ou as concentradoras com a custódia de presos provisórios e, constitucionalmente, **presumidos inocentes**, se encontram em condições deploráveis, pela superpopulação carcerária, pela desumanidade do tratamento oferecido, pela falta de higiene e habitabilidade.

Há necessidade de implantarmos, até como experiência de um projeto piloto de modelo dual flexível, admitindo o gerenciamento sob a fiscalização do Estado, da participação das empresas privadas nos serviços de assistência e apoio nas prisões.

Por óbvio não se pode perder de vista as adequadas garantias para os direitos individuais numa visão ético-política, buscando-se melhorar as condições das prisões, principalmente, cautelares e de segurança máxima.

17. A Lei de Execução Penal trouxe um grande estímulo que é a remição da pena pelo trabalho, que se constitui em um direito subjetivo do condenado, desenvolvendo a auto-estima e o senso de responsabilidade ao buscar por meio lícito a liberdade mais rápida.

É lamentável que não se estimule o trabalho artístico e as atividades culturais por via da remição. No quadro atual em que o Estado não dá condições para o preso trabalhar, volta-se a questionar a denominada **remição presumida**, como também o ensino de noções básicas de gerenciamento do próprio negócio para a formação de **cooperativas de presos**.

18. Quando no Estado do Rio de Janeiro em 1998 o DESIPE tem uma população carcerária de 13.000 apenados e nos xadrezes distritais há 7.000 pessoas aguardando o julgamento e o trânsito em julgado, nota-se relevante a questão do preso provisório no desequilíbrio das medidas estratégicas. Neste ponto, no Estado do Rio de Janeiro se constata a superlotação carcerária. Talvez para estimular a remição devesse ser calculada progressivamente diante da qualificação da mão-de-obra, podendo ser liberada no período mínimo de 04 horas de trabalho em relação a realidade de oferta da unidade prisional. A remição não reduz a pena, mas o prazo de sua execução.

19. Merece ser rediscutido o artigo 127 da **LEP** em relação a remição total dos dias trabalhados e a perda do direito ao tempo remido pelo cometimento da falta grave. Ora, quem mais trabalhou é que será o mais severamente punido. Acredito que se está desestimulando a perseverança no

trabalho prisional. Seria justo afastar-se a afirmação da cláusula **sic rebus stantibus** na remição.

A Divisão de Educação e Cultura do Departamento do Sistema Penitenciário do Estado do Rio de Janeiro, diante da carência de professores e com aproximadamente uma taxa de 30% da massa carcerária de analfabetos, procura suprir a crise pela educação informal realizada pelo Telecurso 2000 da Fundação Roberto Marinho. Lá foram inauguradas salas de TV a cabo, totalmente financiado pela iniciativa privada com o compromisso de motivar o espírito comunitário e empreender o pluralismo cultural e didático. É oportuno dizer que se caminha na implantação de 10 laboratórios de informática no projeto “Educando para a Liberdade”.

Seja qual for a estratégia que se tome, há necessidade da instalação de bibliotecas e salas de leitura nas unidades prisionais, com a realização de eventos culturais, palestras e seminários, distribuição de vídeos, folhetos e jornais diários. Fazendo a comunicação do encarcerado com o mundo exterior, a fim de diminuir o preconceito e estimular a reinserção social.

Deve-se convir que não se pode admitir que após o cumprimento de uma longa pena privativa de liberdade o encarcerado não possua as mínimas condições de ser colocado em liberdade pela absoluta inércia do Estado, só preocupado com o seu “**enjaulamento**”.

20. Diante da postura realista de que o cárcere não pode produzir efeitos úteis para ressocializar, e pela segregação só se impõe condições negativas como o sofrimento pelo ilícito realizado, observado que na atual conjuntura a pena cumpre o papel desejado pelas elites diante da falta de segurança pública, deve-se caminhar para a efetiva aplicação das alternativas à prisão, ampliando as possibilidades da liberdade condicional sem limite de duração.

Acentue-se, dentro de uma realidade próxima, que para esperarmos resultados efetivos na aplicação das penas restritivas de direito só através da conversão em Lei do Projeto 2.684, de 1996, que amplia os pressupostos objetivos temporais, balizando em 04 anos, nos crimes dolosos e sem limitações nos culposos, dando poderes ao Juiz penal nas condenações inferiores a 06 meses de poder substituir as penas privativas de liberdade por advertência verbal ao condenado, ou por compromisso de frequência a curso ou submissão a tratamento, durante o tempo de duração da sanção penal.

21. Por isso podemos concluir, na necessidade de se buscar a redução das figuras penais, na limitação ao mínimo necessário das penas privativas

de liberdade, na decretação de custódia provisória só realmente em hipóteses de excepcionalidade diante do princípio de inocência, em razão da impossibilidade realística no estágio atual da abolição da pena de prisão. Não se pode admitir a construção de verdadeiras **jaulas** de concreto armado, do tipo da Penitenciária Laercio Pellegrino (Bangu I), no Estado do Rio de Janeiro, para 48 encarcerados, como exemplo de segurança da comunidade, mas onde são apreendidos celulares, armas e granadas.

22. A opinião pública não pode continuar a ser manipulada pela implantação do pânico social alimentando o estigma do condenado e inviabilizando o processo de reinserção social, estimulando a reincidência e rupturando qualquer tentativa para a harmônica reintegração do condenado e do internado, através do fortalecimento de seus vínculos com a sociedade.

Citando Baratta, a finalidade de uma reintegração do condenado na sociedade não deve ser abandonada, mas sim reinterpretada e reconstruída sobre uma base diferente.

Devemos vencer os muros do cárcere que estão cada vez mais sólidos na separação da macrossociedade e uma parte de seus próprios conflitos.

Já é tempo da macrossociedade assumir sua cota compartilhando esforços para viabilizar a reinserção social positiva. ◆

O Resgate da Ética na Publicidade

LUIS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO
DE CARVALHO

*Professor Assistente da UERJ. Mestre pela PUC-RJ.
Juiz de Direito*

1. **Introdução** - A atividade comercial sempre se pautou por duas máximas da sabedoria popular, devidamente entranhadas em qualquer ramo comercial ou empresarial e bem apreendidas por todos os que se relacionam comercialmente: *“a propaganda é a alma do negócio”* e *“trata o teu negócio com teu próximo de maneira a não revelar o segredo do outro”*, antigo provérbio cuja versão abreviada é *“o segredo é a alma do negócio”*.

As máximas bem revelam duas situações distintas e aparentemente contraditórias. Mas a distinção e a contradição são perfeitamente coerentes para o fim a que se destinam e simplesmente estão a serviço da empreitada comercial, como duas peças fundamentais ao funcionamento de um motor. A primeira denota a necessidade do comerciante (ou empresário ou produtor etc) de comunicação sobre a existência de bens e serviços que são postos à disposição dos interessados. Corresponde à fase da divulgação da atividade comercial para o fim explícito de captação da clientela. A segunda demonstra claramente que o negócio em si, uma vez realizado, somente interessa às partes que o celebraram e a ninguém mais. Corresponde à fase da celebração do negócio, a qual não interessa a publicidade, que pode ser usada pelos concorrentes, mas, sim, o segredo do negócio, cujos dados são guardados pelo comerciante como arma na guerra da concorrência.

Portanto, os dois momentos, que correspondem às duas máximas, são perfeitamente harmônicos para o fim da atividade comercial: a mercancia e a obtenção de lucros. De início, o público anúncio do produto, bem ou serviço, de modo a congrega um número maior de interessados; depois, o segredo na celebração do negócio, que não interessa além dos contratantes.

A evolução histórica das relações de consumo, a passagem do negócio pessoal para o negócio de massas e para a economia de mercado, vai impor outra regra que permeará aquelas máximas da sabedoria popular,

transformando decisivamente o sistema de publicidade, nele inserindo novos contornos.

Neste novo sistema, a publicidade mantém-se pública, como de sua essência, mas há de atender a certos predicados de verdade, de clareza, de precisão, de honestidade, de moralidade. De outro lado, o contrato deixa de interessar somente aos contratantes e passa a interessar também à sociedade, pois a ordem jurídica deve proteger qualquer de seus membros, contratantes potenciais que são. Além disso, a oferta contida na publicidade passa a integrar o contrato.

O objeto deste trabalho não é estudar o novo contrato, surgido da mesma matriz que originou a “nova” publicidade, mas apenas estudar esta última, à luz dos novos princípios e de um novo enfoque segundo a ordem constitucional vigente e o Código do Consumidor. O estudo do contrato, que também é de suma importância, porque põe à prova princípios basilares do Código Civil, tem sido feito com suficiente dedicação pela doutrina mais recente. Mas o estudo da publicidade e de tudo que diz respeito ao direito de informação, está apenas em fase inicial de desenvolvimento no Brasil.

Inegavelmente, a “nova” publicidade anunciada acima vem impregnada de princípios éticos¹ até então ausentes das práticas comerciais.

2. Evolução histórica da publicidade - Ensinam os doutrinadores que foi Tebas, na Antiguidade, que viu nascer a publicidade. Os arautos anunciavam os produtos nos mercados enquanto que os cartazes eram afixados em locais visíveis, a exemplo do que era feito para anunciar as leis.

Até o século XVI pouco mudou a forma da publicidade, sendo o pregão instrumento largamente utilizado.

No século XVII, a imprensa inglesa publicou os primeiros anúncios.

¹ Princípios e ética são dois termos de complexa significação. Para os fins deste trabalho, adota-se a conceituação de ética de Nicole Loraux (A Tragédia Grega e o Humano, em Ética, pg. 17/34), que distinguiu ética e moral como, a segunda, “o conjunto de valores e das prescrições comumente observados por um grupo e, a primeira, como “aquela sempre por construir, no que é um perpétuo esforço por superar a moral, presa em sua estreita dependência à sociedade”. O termo princípio, segundo Paulo Bonavides (Curso de Direito Constitucional) foi usado inicialmente pela geometria para designar a verdade primeira e, entrando no mundo jurídico, guardou a mesma significação, representando as idéias que formam o arcabouço jurídico da Nação. Segundo Clemente, citado por Bonavides, “é o pensamento diretivo que domina e serve de base à formação das disposições singulares de Direito de uma instituição jurídica, de um Código ou de todo um Direito Positivo”.

Coube a Marchamont Needham publicar vários anúncios em seu jornal *Public Adviser*.

O mercantilismo econômico difundiu a atividade da publicidade, que, no século XIX, ganhou o impulso da eletricidade. Os cartazes passaram a ser luminosos, aumentando consideravelmente o impacto causado ao público.

No mesmo século, o desenvolvimento da imprensa fornece à publicidade um meio de divulgação nunca antes visto, massificando sobremaneira as informações publicitárias. Atribui-se ao francês Emile de Girardin o aperfeiçoamento da idéia de Needham, transformando a publicidade na base econômica da imprensa.

Daí em diante, só cresceu a atividade publicitária, alavancada pela televisão, pelo rádio, pelo cinema, enfim, por todos os novos meios de comunicação, pela propaganda subliminar feita em novelas etc. Englobando a propaganda, grandes jogadas de marketing, envolvendo sempre um número cada vez maior de destinatários, de modo que, hoje, é tamanha a invasão publicitária que se torna difícil dizer qual atividade está alheia a ela ou não é por esta influenciada.

O antigo cliente que contratava praticamente em segredo ou, quando muito, contratava com o comerciante da esquina, conhecido de longa data e de tantas compras, passa a ser o consumidor anônimo, engolido pelo negócio de massas. A sociedade capitalista e a economia de mercado impelem também o consumidor em busca do melhor preço, fator que passa a ser preponderante nas relações comerciais. O comerciante da esquina, que podia trocar um produto defeituoso, é substituído por grandes redes que oferecem maior apelo promocional, graças à publicidade, mas que impõem uma série de exigências ao consumidor, tratado com indiferença diante da opulência econômica do comerciante.

3. Conceito, distinções e natureza da publicidade. Direito de informação - Há uma distinção entre publicidade e marketing. Marketing, segundo Ulf Bernitz, citado por Antonio Hermann Vasconcellos e Benjamin², compreende “*todas as medidas que se destinam a promover a comercialização de produtos, serviços e outras coisas de valor*”. Uma destas medidas

² Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, p. 166.

utilizadas pelo marketing é a publicidade. As outras são as promoções, as liquidações, os prêmios, os concursos etc.

Contudo, com menos precisão, os termos têm sido usados equivalentemente.

Há outra distinção entre publicidade e propaganda. A publicidade tem por fim o negócio, a compra e venda de bens, produtos e a prestação de serviços etc, enquanto a propaganda é simplesmente a propagação de idéias não comerciais, ou seja, idéias religiosas, políticas, filosóficas etc. A distinção, portanto, é que a publicidade visa ao lucro, ao interesse comercial, enquanto que a propaganda não.

Segundo o mesmo Antonio Hermann³, desta feita citando Malanga, publicidade é o “conjunto de técnicas de ação coletiva utilizadas no sentido de promover o lucro de uma atividade comercial, conquistando, aumentando ou mantendo o cliente”. Já a propaganda é “o conjunto de técnicas de ação individual utilizadas no sentido de promover a adesão a um dado sistema ideológico (político, social ou econômico)”.

Conquanto tenham fins completamente distintos, tanto a propaganda como a publicidade divulgam mensagens. Do mesmo modo, a informação jornalística.

De acordo com Pilar Cousido⁴, “los mensajes de ideas son llamados propaganda. Los mensajes de hechos, noticias y los mensajes de juicios, opiniones. . Mientras que la propaganda transmite una idea, subjetiva y discutible, la noticia refleja un fenómeno menos discutible y se le puede exigir la verdad, y la opinión refleja una situación intermedia”.

Como se vê, embora não inserida expressamente no conceito das mensagens, inegável que a publicidade tem por fim difundir uma mensagem: uma opinião, embora parcial, do anunciante. Por se tratar, também, de emissão de mensagem, intuitivo que a publicidade deve ser incluída na estrutura do recém denominado direito de informação. Aliás, assim o insinua a mesma Pilar Cousido⁵: “El objeto del derecho a la información está constituido por los mensajes... Los mensajes abarcan todas las manifestaciones posibles: las noticias y las opiniones. En general, todo lo que pueda comunicar-

³ Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, p. 166.

⁴ Derecho de la información, vol. I, p. 116/117.

⁵ Derecho de la información, vol. I, p. 116/117.

se... Actualmente entiende la doctrina que el concepto de informaciones incluye todo lo que pueda comunicarse, tanto los mensajes internos o ideas como los mensajes de hechos o noticias”.

Deste modo, a publicidade deve encontrar o seu sistema no direito de informação, que é decorrente do direito de expressão, consagrado pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, no artigo 19, e pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, nos artigos 10 e 11. A Constituição brasileira assegura a liberdade de expressão em diversos dispositivos (artigo 5º, incisos IV, VI, VIII, IX) e, especificamente, o direito à informação no mesmo dispositivo legal, inciso XIV: “é assegurado a todos o acesso à informação...”.

O direito de informação, recentemente sistematizado, se apóia em bases sólidas que são: a faculdade de investigar, a faculdade de receber a informação, o direito e o dever de informar, o direito à informação verdadeira⁶. A faculdade de investigar consiste em que o informador tenha amplo acesso, até mesmo junto aos Poderes Públicos, para obter a informação relevante. A faculdade de receber a informação consiste na possibilidade de o receptor decidir por recebê-la ou não, ou optar qual informação deseje receber, estando intimamente ligada ao pluralismo assegurado pela Constituição brasileira. O direito e o dever de informar asseguram ao informador o direito de receber a informação e de divulgá-la, independentemente de autorização ou censura. Por fim, o direito à informação verdadeira tem a ver com o direito do receptor de só receber a informação, despida de qualquer comentário subjetivo, para que ele possa estabelecer sua própria opinião sem influências.

A construção teórica acima feita visa à atividade da imprensa. Mas, mesmo assim, dela se pode retirar algumas deduções aplicáveis à publicidade. A primeira é que, tanto quanto a imprensa deve prestar obediência ao direito de informação, que inegavelmente, lhe impõe restrições, o direito de fazer publicidade, com mais razão, deve também observar certos limites. A segunda consiste em aplicar à publicidade os mesmos princípios que circunscreveram o direito de informação.

Vejamos como se pode extrair estes princípios. A liberdade de imprensa, garantida como direito fundamental de notória importância, recebe do

⁶ Liberdade de Informação e o Direito Difuso à Informação Verdadeira, de Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, pgs. 52/60.

direito de informação os contornos de: uma liberdade de investigação dos fatos; liberdade de receber os fatos noticiados por parte do informador; e que os fatos sejam noticiados como verdadeiros para que o receptor possa formar sua convicção. Especificando mais ainda, temos como princípios gestores da liberdade de imprensa a liberdade de investigar e o dever de informar um fato verdadeiro. Em outras palavras, ausência total de óbices e impedimentos para se chegar ao fato verdadeiro, de um lado, e a transmissão deste fato tal qual foi descoberto, ou seja, de modo absolutamente verdadeiro.

Como resultado desta operação investigativa, conclui-se que os princípios matrizes foram a *liberdade de conhecer e a verdade do que é dado a conhecer*. *Liberdade e verdade*, portanto, são os valores morais presentes no direito de informação, com fulcro na Constituição brasileira.

Transpondo-se estes dois princípios morais, liberdade e verdade, para a publicidade, temos, como resultado, uma pauta de quatro condutas para toda e qualquer publicidade:

1. direito de o consumidor conhecer o produto e compará-lo ao que foi anunciado;

2. exigência da verdade entre o que foi anunciado e o que é efetivamente oferecido;

3. respeito à pluralidade e à indeterminação das pessoas que receberão o anúncio e as diferentes formas de recebê-lo, observando-se, assim, as minorias e todos os seres humanos que não sejam capazes de discernimento, por qualquer que seja a situação em que estiverem envolvidas (a criança, o enfermo que quer por fim à vida, o marginal que nutre a vaidade com a violência etc.);

4. direito de o consumidor saber que está recebendo informação publicitária.

Estes são os elementos éticos que a publicidade deve respeitar diante de um novo ordenamento constitucional que permitiu o desenvolvimento do direito de informação.

Vejam, agora, como o direito positivo enquadra os elementos éticos acima extraídos.

4. Exigências legais para a publicidade. O Código do Consumidor. O resgate da ética na publicidade - O Código do Consumidor (Lei nº 8.078/90) inovou em inúmeros aspectos o direito até então vigente. Diga-se,

até, que inovou revolucionariamente, confrontando-se com os tradicionais sistemas processual e civil, que não mais amparam a gama de conflitos surgidos com a evolução da sociedade em uma sociedade de mercado e de consumo massificada. Os antigos diplomas, ainda vigentes, é verdade, apenas contemplam os conflitos intersubjetivos, mas não os conflitos coletivos. Nem mesmo o conflito surgido dos direitos difusos da sociedade. Era preciso, realmente, revolucionar.

Aliás, logo no início do Código dois princípios éticos foram, de imediato, anunciados: a dignidade e a transparência, transcritos abaixo, o que bem demonstra o resgate a que aludí no início do ensaio. Vejamos o dispositivo:

Art. 4º - A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

No âmbito deste trabalho, o que veremos é apenas o que se inovou com relação à publicidade. Nestes termos, os artigos 36 a 39 do Código apontam uma série de novidades ou aperfeiçoam normas existentes em diplomas em desuso, dando-lhes oxigenação para reintroduzir sua normatividade adormecida.

No tópico que nos interessa, o artigo 37 chega a ser magnífico:

“Art. 37 - É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º - É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

§ 2º - É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

§ 3º - Para os efeitos deste Código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.”

Com efeito, os princípios éticos extraídos do direito de informação encontraram solo fértil no artigo 37 do Código. A liberdade de conhecimento do produto e de comparação com o que foi anunciado é manifesta, assegurando-se ao consumidor exigir produto igual ao que foi anunciado ou aceitar outro produto ou rescindir o contrato pelo qual adquiriu produto diverso ou sem as qualidades do anunciado (artigo 35), decorrência direta do princípio da vinculação do anunciante à sua publicidade (artigo 30). A veracidade das informações estão expressamente previstas no artigo 31, com as mesmas conseqüências enumeradas no artigo 35. Tudo isso está consagrado no parágrafo 1º do artigo 37 que cuida da propaganda enganosa. O respeito às minorias, às crianças e às pessoas incapazes de discernir por situações subjetivas particulares estão consagradas no parágrafo segundo do artigo 37, que cuida da publicidade abusiva. Uma tal publicidade pode levar até à contrapropaganda. O dever de informar permeia todo o texto do Código do Consumidor, especialmente os artigos 8º, 9º, 12, 14 e a disparidade entre o que foi anunciado e o produto ou serviço oferecido causa sanções previstas nos artigos 18, 19 e 20, que vão desde a substituição do produto e a reexecução do serviço até a restituição do que foi pago, passando pelo abatimento do preço.

O que ficou faltando do cotejo entre aqueles princípios éticos e o Código? Creio que a pauta de nº 4, acima especificada, referente ao direito de não receber publicidade subliminar não foi devidamente contemplada. Mas faltou muito pouco, pois o artigo 36 do Código quase traçou sua incidência:

“Art. 36 - A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”.

A publicidade subliminar a que me refiro é aquela inserida em outra atividade de modo que o consumidor não a identifique desde logo, porque seus sentidos estão voltados para o enredo que se apresenta. A publicidade, deste modo, é captada mais inconscientemente do que conscientemente. É o caso das novelas brasileiras que passaram a inserir publicidade de diversos produtos no desenrolar da própria trama, sem prevenir o espectador e no momento em que seus sentidos estão voltados para o que a história apresenta. A produção cultural, artística, enfim, passa a servir de pano de fundo para a publicidade, que é arditosamente associada à trama.

O artigo 36 bem que poderia ter-lhe definido e imposto sanções mais próprias.

A Lei Geral de Publicidade da Espanha, de 11/11/88, no artigo 7º definiu a publicidade “subliminal”, mas exigiu muito mais do que a proposta que fiz acima. A definição legal é: *“la que mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida”*⁷

Talvez melhor fosse aproximar os dois textos legais de modo a exigir-se apenas o princípio ético de não envolver o espectador com as emoções decorrentes do enredo de uma novela ou de um filme com publicidade, sem exigir os requisitos de *“técnicas de produção de estímulos”* ou *“limiar dos sentidos”*, expressões que tornam muito distante a lei de sua aplicação prática.

5. A nova ética e os pontos de ruptura com o sistema vigente -

Evidentemente que novos princípios sempre causam rupturas, o que não poderia deixar de ocorrer no aspecto restrito da publicidade.

O próprio Direito Civil experimenta de modo crucial a crise provocada pela superação da dicotomia público-privado, desde a 1ª Guerra Mundial, com o surgimento de um Estado intervencionista, e, no Brasil, sobretudo após a Constituição de 1988, que operou *“uma espécie de despatrimonialização do direito privado, em razão da prioridade atribuída, pela Constituição, à pessoa humana, sua dignidade, sua personalidade e seu livre desenvolvimento”*, nas palavras de Maria Celina B. M. Tepedino⁸.

No plano restrito da publicidade, a primeira grande ruptura diz respeito à responsabilidade civil. Até a vigência do Código do Consumidor, as desavenças entre as partes, relacionadas com defeitos de publicidade, não poderiam ser resolvidas senão à luz do artigo 159 do Código Civil, que, por sua vez, não fornecia solução digna ao problema. O que poderia pretender o consumidor que adquiria um produto cujas características não fossem as mesmas da anunciada? No máximo indenização pelo prejuízo que

⁷ Legislación informativa, p. 75.

⁸ A Caminho de um Direito Constitucional, Revista de Direito Civil, 65, pgs. 21/32.

demonstrasse ter tido, o que, por si só, reduzia em muito a possibilidade de êxito na demanda.

Realmente a responsabilidade civil não estava aberta aos princípios éticos enunciados, como, aliás, ainda hoje não está, salvo nas raras hipóteses que serão demonstradas.

A doutrina civilista tradicionalmente estuda a responsabilidade civil a partir da noção da culpa, do direito subjetivo violado e da plena reparação do dano causado pelo ofensor no patrimônio da vítima. Não há qualquer menção à idéia moral quanto à reparabilidade do dano, nem quanto à sua extensão, nem mesmo em proveito da coletividade, salvo em Santiago Dantas, em algumas passagens.

Clóvis Bevilacqua escreveu que a ordem jurídica impõe um dever geral de respeito à esfera de atividade jurídica de outrem, com o objetivo de manter o equilíbrio da organização social, *“que exige reparação por parte de todo aquele que o viola, ainda quando se considere autorizado, como no caso de direito de necessidade, ou quando a uma sensibilidade jurídica menos apurada pareça que não excede os limites do seu legítimo poder, como no caso do abuso do direito”*⁹. Portanto, a idéia do dano ressarcível é mais *lata* do que a do ato ilícito. Todo ato ilícito cria a obrigação de reparar o dano, mas nem toda a obrigação de ressarcir o dano provém de ato ilícito. O ato ilícito, segundo o autor, é causa geradora de obrigação e pressupõe culpa *lato sensu* do agente ou a violação de direito.

San Tiago Dantas lecionava sobre o tema distinguindo a faculdade jurídica do direito subjetivo. Na faculdade jurídica, *“não se pode conceber um ato de outrem que viole a faculdade jurídica que se tem”*¹⁰, enquanto que o direito subjetivo é suscetível de violação. Sendo assim, o ato de violação, chama-se lesão do direito, que existe sempre que um dever jurídico é violado. O ato violador é um ato ilícito, que tem três elementos: 1. um elemento subjetivo, que é a violabilidade do ato por dolo ou culpa; 2. um elemento formal, que é a infração de um dever jurídico; 3. um elemento material, que é o dano moral ou patrimonial. A violação do dever jurídico faz nascer a responsabilidade, não a obrigação, como afirmam outros autores. Deste

⁹ Comentários ao Código Civil, vol. V, p. 292.

¹⁰ Programa de Direito Civil, p. 375.

modo, o professor definia a responsabilidade como “*um dever jurídico de quem lesou o direito*”, esclarecendo, entretanto, que a responsabilidade é um dever jurídico secundário, sucessivo, derivado, pois que “*da infração de um dever jurídico nasce logo um outro dever jurídico*”¹¹.

Orlando Gomes traça toda a evolução do tema. Começa atestando que “*não é toda violação de preceito legal que constitui ato ilícito, ainda quando produz lesão ao direito subjetivo de outrem. O que faz da violação um delito civil é o fato de ter sido culposo o ato lesivo*”¹². Conseqüentemente, é a culpa que qualifica a violação da lei, sendo certo que nem toda infração é culposa. A verificação da culpa pressupõe a ofensa e o dano. Esta concepção tradicional foi posta em xeque por um movimento doutrinário do começo deste século que visava a proteger vítimas não amparadas pelo conceito de culpa. Surgiram as idéias de Saleilles e de Leclercq, o primeiro sustentando que culpa significa onexo causal, enquanto o segundo, que todo aquele que atenta contra o direito de outrem viola a obrigação de não lesar a ninguém. Ambas as concepções estão ultrapassadas, mas serviram para fundamentar a noção hoje conhecida de responsabilidade objetiva, posteriormente desenvolvida por Josserand, que melhor seria definida com o vocábulo “*garantia*” no lugar de “*responsabilidade*”. Digna de menção é, ainda, a denominada responsabilidade por equidade, presente nos Códigos Civis alemão e italiano, que permite a condenação do autor do dano, mesmo que seja irresponsável (como no caso da condenação de um alienado mental). De todo o modo, segnndo o autor, mesmo com todas as novas concepções, fortaleceu-se sempre a teoria da culpa na responsabilidade civil, como caracterizadora do ato ilícito, embora inúmeras situações fundamentem o dever de indenizar pela simples lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica. Tanto na responsabilidade contratual como na delitual (extracontratual) “*a lei impõe ao autor do dano uma obrigação que tem por objeto a prestação de indenização*”¹³.

Washington de Barros Monteiro¹⁴ sintetiza a matéria nos mesmos moldes, caracterizando três elementos para o ato ilícito: 1. que seja voluntário;

¹¹ Obra citada, pgs. 376/377.

¹² Obrigações, p. 319.

¹³ Obra citada, p. 338.

¹⁴ Curso de Direito Civil, 1º volume.

2. a ocorrência de um dano; 3. a relação de causalidade. Daí decorreria o dever de indenizar.

Caio Mário da Silva Pereira leciona que “*o ato ilícito tem correlata a obrigação de reparar o mal*” e a responsabilidade civil “*é, na essência a imputação do resultado da conduta antijurídica, e implica necessariamente na obrigação de indenizar o mal causado*”¹⁵. Dos conceitos se extraem os requisitos essenciais: 1. uma conduta antijurídica; 2. a existência de um dano; 3. o estabelecimento de um nexos de causalidade. Conclui que “*o efeito da responsabilidade civil é o dever de reparação*”.

O especializado mestre José de Aguiar Dias, em sua clássica obra¹⁶, também estabelece os contornos da responsabilidade civil patrimonial ligando-a, sempre, à básica idéia da plena reparabilidade, ou seja, da restituição cabal do dano sofrido, independentemente do grau de reprovabilidade do ato ofensor. Afirma, assim, que “*o dano que interesse ao estudo da responsabilidade civil é o que constitui requisito da obrigação de indenizar*”, e que esta indenização “*se estabelece mediante o confronto entre o patrimônio realmente existente após o dano e o que possivelmente existiria, se o dano não se tivesse produzido: o dano é expresso pela diferença negativa encontrada nessa operação*”¹⁷, concluindo, páginas após, que “*toda reparação se efetiva no sentido da restauração do estado anterior à lesão*”¹⁸.

Esta apertada resenha¹⁹ serve unicamente para demonstrar que o tema vem sendo estudado de modo mais ou menos uniforme ao longo de tantos anos, salvo a inovação doutrinária que fundamentou a responsabilidade objetiva.

Em nenhum destes estudos se observou qualquer menção a um sentido mais ético da responsabilidade civil, significando um posicionamento institucional da sociedade em relação a um dano provocado pelo agente, relegando-se a indenização à função de satisfazer precípua e unicamente um direito subjetivo violado. Não há também qualquer preocupação em reverter o produto da reparação em proveito da coletividade.

¹⁵ Instituições, volume I, p. 567/568.

¹⁶ Da Responsabilidade Civil, tomo II, p. 716.

¹⁷ Obra citada, p. 718.

¹⁸ Obra citada, p. 724.

¹⁹ Esta resenha serviu de base a trabalho apresentado no curso de Doutorado da UERJ, pelo autor.

O retorno do ideal ético é uma exigência presente em todas as esferas do direito, não nos limites restritos da responsabilidade civil, como manifestação da autoridade estatal legitimamente constituída de acordo com uma sociedade democrática constitucional. Entretanto, o tema da responsabilidade civil, seja pela gama de novos conceitos, seja pelo constante choque de interesses controvertidos, demanda desde logo uma reflexão.

A introdução do conceito do dano extrapatrimonial revela uma notável tendência de buscar o conteúdo moral da responsabilidade civil. Aguiar Dias²⁰, citando Minozzi, esclarece que dano moral “*não é o dinheiro nem coisa comercialmente reduzida a dinheiro, mas a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, a injúria física ou moral, em geral uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa, atribuída à palavra dor o mais largo significado*”. A propósito, vem de longa data a contusão entre pena e indenização, no campo do dano moral. O mesmo autor, citando Cornil, lembra que “*o direito tem como explicação e objetivo o equilíbrio, a harmonia social*”²¹ e que o ato ilícito representa o rompimento deste equilíbrio, que se restabelece através da imposição de um mal simétrico: olho por olho, dente por dente. Revolvendo o direito romano, Aguiar Dias, ainda citando Cornil, ensina a distinção entre os delitos públicos e os delitos privados. Nos primeiros, o ato ilícito viola a coletividade, e esta é que se empenhará em aplicar o talião, enquanto que, nos delitos privados, sendo o particular e não a coletividade o ofendido pelo ato ilícito, a ele incumbia aplicar a pena. Nos delitos privados a pena privada era uma sanção a um ato delituoso de interesse privado legítimo e procurava afligir o réu com a diminuição do seu patrimônio. Era, portanto, mais pena que indenização. Somente no direito pós-clássico é que a idéia de indenização sobrepujou a da pena e, hoje, é insofismável que a indenização nada tem de pena privada, porque não se atende à maior ou menor gravidade da ofensa. Aguiar Dias conclui que “*para o sistema de responsabilidade civil que esposamos, a prevenção e repressão do ato ilícito resulta da indenização em si, sendo-lhe indiferente a graduação do montante da indenização. Mesmo os ricos sofrem corretivo moral enérgico, que conduz à prevenção e repressão do ato ilícito praticado quando lhes é imposta a obrigação de reparar o dano sofrido por outrem*”²².

²⁰ Da Responsabilidade Civil, p. 735.

²¹ Idem.

²² Idem.

Ainda que se rejeite a idéia da pena privada para o dano extrapatrimonial é inegável o conteúdo moral que lhe é inerente, o que se demonstra pelo próprio estudo histórico acima desenvolvido e que levou à superação da idéia de pena. As raízes da indenização por dano moral estão impregnadas da noção de reprovação, as mesmas que fundamentaram a pena privada. Talvez por isso, Aguiar Dias arremate dizendo que, em matéria de dano extrapatrimonial *“a indenização pode desempenhar um papel múltiplo, de pena, de satisfação e de equivalência”*²³. E que *“em matéria de reparação do dano, não significa perfeita igualdade entre indenização e o prejuízo. O jurista já se dá por satisfeito, mesmo em relação ao dano patrimonial, em conseguir uma aproximação do estado ideal, que seria a restituição da vítima à situação anterior. Quando não é possível a reposição da coisa subtraída, opera-se a compensação, substituindo-a por outra, igualmente apta a proporcionar ao credor a satisfação que ela assegurava, ou pelo dinheiro com que poderá adquiri-la, se quiser... Nunca existe, pois, perfeita correspondência entre o dano e o ressarcimento... A satisfação porque ansiamos, quando animados pela reprovação à ofensa, não será completa se se resumir na indenização dos danos patrimoniais. O desgosto, a aflição, a humilhação sofridos pela vítima ficam sem compensação, sem satisfação, se nos limitamos a indenizar os danos meramente patrimoniais”*²⁴.

Esta aí a primeira aproximação que se faz entre a responsabilidade civil e o ideal moral: é pelo dano moral que se demonstra sua justificação teórica. O que busca a indenização, neste caso, não é a plena reparação, mas a compensação moral pela dor sofrida.

Também a doutrina da responsabilidade objetiva serviu, em última instância, a um comando moral, no sentido de estender o dever de garantia pelo desempenho de atividades aos danos causados no exercício delas, mesmo que inócua a culpa que tanto caracteriza a responsabilidade civil. É bom lembrar que esta tendência serve ao que Orlando Gomes denominou de *“socialização”*²⁵ da responsabilidade civil, atribuindo acentuada relevância aos seguros para desempenhar este papel.

²³ Idem. p. 736.

²⁴ Idem. p. 739.

²⁵ Obra citada.

Como vimos no início, a responsabilidade objetiva que obriga ao Estado indenizar em caso de dano, pelo só fato do exercício de uma atividade estatal, diretamente desempenhada ou concedida ou permitida ao particular esbarra neste sentido moral. De um lado demonstra o avanço desta responsabilidade *social* pelo desempenho da atividade, mesmo quando inócua a culpa do agente do poder público. Mas a tendência generalizante pode representar uma responsabilidade amorala, quando não investigada também a ocorrência de culpa da vítima. Por isso, atualmente, a jurisprudência brasileira tem admitido que a culpa exclusiva da vítima afasta a responsabilidade do Estado.

A responsabilidade por acidente do trabalho do mesmo modo representa um avanço ao submeter o trabalhador a uma esfera de proteção maior, denotando seu conteúdo moral em proteger o trabalho, mesmo inócua a culpa de quem quer que seja. Se culpa houver do empregador, responde este. Se não, responde o órgão público para este fim instituído.

Todas estas são manifestações do ponto comum que deve presidir a responsabilidade civil e seu sentido ético, pelo qual o bem comum deve ser perseguido, mais do que a mera satisfação de um direito subjetivo.

O Código do Consumidor inclui, de modo satisfatório, princípios éticos na responsabilidade civil. Além de enumerar textualmente o dano moral no artigo 6º, VI, como direito básico do consumidor, discorre sobre a contrapropaganda, no artigo 60:

Art. 60 - A imposição de contrapropaganda será cominada quando o fornecedor incorrer na prática de publicidade enganosa ou abusiva, nos termos do artigo 36 e seus parágrafos, sempre às expensas do infrator.

§1º - A contrapropaganda será divulgada pelo responsável da mesma forma, frequência e dimensão e preferencialmente no mesmo veículo, local, espaço e horário, de forma capaz de desfazer o malefício da publicidade enganosa ou abusiva.

Ora, a quem visa a contrapropaganda? Ao consumidor lesado? Não. A contrapropaganda é medida pedagógica para desfazer o *malefício* da propaganda ilícitamente divulgada, prevenindo que outros consumidores incorram no mesmo erro. Ademais, e mais importante, serve a contrapropaganda à reparação do dano moral coletivo, consistente em difundir propaganda enganosa ou abusiva que viole direito difuso da coletividade.

Além disso, a imposição de contrapropaganda, como as demais medidas administrativas e judiciais em caso de propaganda ilícita, não se apóia em nenhum elemento subjetivo, como o dolo e a culpa. Basta a conduta objetivamente proibida pelo ordenamento para fazer incidir a sanção prevista.

Não há dúvida, portanto, que a categoria do dano moral coletivo, embora praticamente desconhecida do direito brasileiro, sobrepara o Código do Consumidor e desagua na imposição de contrapropaganda com teor diametralmente oposto à propaganda ilicitamente difundida.

A propósito, já houvera percebido este aspecto um jurista argentino, Gabriel A. Stiglitz²⁶, na seguinte passagem: *“Luego de una década de formulaciones doctrinarias los ordenamientos jurídicos de Brasil y Argentina, incorporaron regímenes de prevención y resarcimiento, en orden a la dañosidad colectiva, especialmente en lo referente a menoscabos al medioambiente y al consumidor, y en general a los intereses difusos. En Brasil, las reformas a la ley 7347 (sobre acción civil pública para la tutela de los intereses difusos), incorporan la noción de **daño moral colectivo** (art. 1), dentro del sistema resarcitorio diseñado. Y el Código de Defensa del Consumidor (1991), reconoce a las víctimas, el derecho de accionar judicialmente en defensa de sus intereses colectivos (art. 81 y ss). Por ejemplo, los daños colectivos provocados, por publicidades abusivas (art. 37-2, CDC), substancialmente masivos, **pues afectan indivisiblemente la moral del público**, de los consumidores en general (publicidad discriminatoria, antiambiental, etc)”*.

Sobre o dano moral coletivo há também interessante sustentação de Carlos Alberto Bittar Filho que demonstra que as mutações sociais têm direção certa: *“conduzem o Direito ao primado claro e insofismável do coletivo sobre o individual. Como não poderia deixar de ser, os reflexos desse panorama de mudança, estão fazendo-se sentir na teoria do dano moral, dando origem à novel figura do dano moral coletivo...”*²⁷.

²⁶ In Anais do Congresso Internacional de Responsabilidade Civil, realizado em Blumenau, SC, 1995. volume 1, p. 77.

²⁷ Do Dano Moral Coletivo no Atual Contexto Jurídico Brasileiro, in Direito do Consumidor, vol. 12, pgs. 44/62.

Em que pese estar a imposição de contrapropaganda dentre as medidas administrativas, no artigo 56, XII, não há dúvida que a medida pode ser imposta judicialmente, a requerimento dos legitimados à ação por direito coletivo ou difuso. Consulte-se, a propósito, a jurisprudência:

Tribunal de Justiça de São Paulo

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Publicidade abusiva - Propaganda de ténis veiculada pela TV - Utilização da empatia da apresentadora – Induzimento das crianças a adotarem o comportamento da apresentadora destruindo ténis usados para que seus pais comprassem novos, da marca sugerida - Ofensa ao artigo 37, § 2º do CDC - Sentença condenatória proibindo a veiculação e impondo encargo de **contrapropaganda** e multa pelo descumprimento da condenação - **Contrapropaganda** que se tornou inócua ante o tempo lá decorrido desde a suspensão da mensagem - Recurso provido parcialmente. (Apelação Cível nº 241.337-1 - São Paulo – 3ª Câmara de Direito Público - Relator: Ribeiro Machado - 30.04.96 – V.U.)

Tribunal de Justiça do Espírito Santo

***PROCESSO: 024920018660 - DATA: 21/02/95
DESEMBARGADOR: MAURILIO ALMEIDA DE ABREU.
APELAÇÃO CÍVEL ORIGEM:
COMARCA DA CAPITAL - JUÍZO DE VITÓRIA
AUTORES: COLÉGIO SALESIANO NOSSA SRA. VITÓRIA
RÉUS: PROCON/ES
EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO MANDAMENTAL - PRELIMINAR DE FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA REJEITADA - PUBLICIDADE ENGANOSA - APELO IMPROVIDO. O MM. JUIZ “A QUO” MOTIVOU MUITO BEM A SENTENÇA, BEM COMO ANALISOU AS QUESTÕES DE DIREITO (458, II DO CPC). NÃO HÁ ILEGALIDADE QUANTO A PENA DE **CONTRAPROPAGANDA** IMPOSTA A IMPETRANTE, HAJA VISTA QUE SE TRATA DE INFORMAÇÃO INCORRETA, TENDENDO A INSTRUIR, ILEGITIMAMENTE, O CONSUMIDOR A RESPEITO DE SERVIÇOS OFERECIDOS.***

Portanto, a ruptura está devidamente assinalada e resolvida: o Código atribui um dever específico à publicidade, impondo, pelo descumprimento, sanção moral de natureza coletiva, independentemente de dolo ou culpa: a contrapropaganda. Tanto a contrapropaganda como a reparação por dano moral coletivo são institutos até então não previstos no ordenamento tradicional vigente.

Mas não é só. A regra do artigo 1.080 do Código Civil, segundo a qual a proposta obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, é insuficiente para regular um novo direito do consumidor e uma nova publicidade de massas. Neste sentido já se expressou Antonio Hermann²⁸, citando Guestin e Desché: *“A formulação tradicional da oferta não se adequa à realidade da sociedade de consumo, alicerçada que está no anonimato dos sujeitos e na utilização maciça do marketing como técnica de mitigação de seus efeitos... Hoje, diversamente, a melhor doutrina e jurisprudência reconhecem ser normal que se reconheça à publicidade um valor contratual, mesmo que o documento publicitário precise que nada mais tem que um valor indicativo e que não se constitui em um documento contratual”*.

Nestes termos foi redigido o artigo 30 do Código do Consumidor, no sentido de consagrar a regra de que a publicidade vincula o anunciante: *“Art. 30 - Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.”*

O mesmo autor, Antonio Hermann, interpreta o dispositivo de modo que *“a vinculação atua de duas maneiras: obrigando o fornecedor mesmo quando ele se nega a contratar ou, diferentemente, introduzindo-se em contrato eventualmente assinado”*²⁹.

Nessa esteira, começam a surgir os arestos:

Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul

RECURSO: EMI NÚMERO: 194193652 - DATA: 28/04/1995

ÓRGÃO: TERCEIRO GRUPO CÍVEL

RELATOR: ARMINIO JOSÉ ABREU LIMA DA ROSA

²⁸ Obra citada, p. 174.

²⁹ Obra citada, p. 177.

*ORIGEM: PORTO ALEGRE
NEGÓCIO JURÍDICO E SUA INTERPRETAÇÃO. OBRIGAÇÃO ASSUMIDA, EM OFERTA AO PÚBLICO, EM TÍPICA PROMOÇÃO DE VENDAS, DE READQUIRIR QUOTAS CONSORTIS, AO VALOR DO BEM, PREÇO DO DIA. INTOLERÁVEL REDUZIR VALOR, PELO EXPURGO DA ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA, BENEFICIANDO-SE DA DESDITA FINANCEIRA DAQUELE QUE ACREDITOU NA PUBLICIDADE QUE SE OFERECIA COMO ENGANOSA, A VINGAR TESE DA EMBARGANTE.
DECISÃO: NÃO ACOLHERAM OS EMBARGOS. MAIORIA.*

Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul

RECURSO: APC NÚMERO: 196197735 - DATA: 05/11/1996

ORGÃO: Primeira Câmara Cível em Regime de Exceção

RELATOR: Jorge Luis Dall'Agnol

ORIGEM: Porto Alegre

CONTRATO DE MÚTUO. NULIDADE. Avença celerada com transgressão de propaganda veiculada pela imprensa, com oferta de gratuidade de curso superior. Transferência de curso consentida incapaz de desfigurar a oferta inicial. Apelo improvido.

O sistema tradicional do Código Civil resolve diferentemente: a oferta não cumprida resulta em rescisão contratual com imposição de perdas e danos. A ruptura está em que, no caso da publicidade, a oferta pública obriga à celebração do contrato e a seu cumprimento forçado, nos termos do artigo 35 do Código de Defesa do Consumidor. Se o produto anunciado não mais existir ou for diferente do anunciado, faculta-se ao consumidor receber outro produto ou a quantia antecipada, além de perdas e danos.

Por fim, a ética na publicidade foi definitivamente incorporada com a aprovação do Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária, em 1980, por diversas entidades representativas do setor, que tem demonstrado ser capaz de resolver boa parte dos conflitos existentes, embora limitadamente aos associados do Conselho Nacional de Auto-regulamentação Publicitária, que é uma sociedade civil sem fins lucrativos. Nos demais casos, resta a intervenção do Poder Judiciário.

6. **Conclusão** - No início deste ensaio, destaquei aquelas duas máximas da sabedoria popular, por meio das quais as relações comerciais se desenvolveram desde a Antiguidade até o século XX. Recapitulando, tinham elas a função de tornar cada vez mais livre e ampla a publicidade, considerada a alma do negócio, e de colocar as relações contratuais sob uma redoma, de modo que a ninguém interessava o teor do negócio celebrado. Tudo isso voltava-se e servia ao lucro.

O resgate da ética na publicidade, operada pelo Código do Consumidor, já era reclamado pelos princípios básicos da Constituição Federal de 1988, que tomou como regra basilar a dignidade da pessoa humana e como objetivo da República a solidariedade, a justiça e a promoção do bem de todos (artigo 1º, III e artigo 3º, I e IV). Mesmo à livre atividade econômica a Constituição impôs o fim de “*assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social*” (artigo 170).

O direito de informação, por sua vez, vem contribuir com princípios já assentes para a informação jornalística, como o dever de informar, o direito de investigar e o direito à verdade na informação divulgada.

Os novos princípios e dispositivos legais promoveram uma ruptura com o direito até então vigente, no sentido de que a publicidade ilícita não viola apenas direito individual, não causa apenas dano patrimonial, mas, gera um dano moral reparável pela imposição de contrapropaganda, mesmo quando ausente o dolo ou a culpa do agente. Isso sem prejuízo do dano individual que advier da publicidade enganosa ou abusiva, se for o caso. Por outro lado, a publicidade invade o contrato, destituindo a decantada autonomia dos contratantes no momento de sua celebração, para integrá-lo desde um momento anterior, o da divulgação da mensagem publicitária.

Tudo isso faz inserir naquelas máximas referidas outros contornos, outros enfoques e outros limites até então desconhecidos das práticas comerciais. A propaganda - no sentido não técnico - continua sendo a alma do negócio, mas só a propaganda que tenha o predicado da verdade. Além disso, ela passa a integrar o contrato e a obrigar a seu cumprimento forçado. O segredo, de todo proveitoso para as partes, não pode servir para encobrir cláusulas ilícitas que contrariem a ordem pública, pois o contrato não interessa só às partes, mas também ao Estado, em defesa dos consumidores anônimos e potenciais.

Em outras palavras, a publicidade deve ser clara, transparente, verdadeira; deve descrever o essencial do produto, sem subterfúgios, sem

distorções, sem falsas virtudes. O contrato deve respeitar os mesmos princípios éticos, sobressaindo também o princípio da igualdade, na proibição de imposição de cláusulas abusivas.

E já que nos espiritualizamos o bastante ao ponto de falarmos em “alma” do negócio, vem a calhar os versos de Mário Quintana³⁰:

“Os Anjos dão tudo de si
Sem jamais se despirem de nada”.

Da mesma forma, a publicidade também deve dar tudo do produto, sem receio de se despir perante o consumidor.

A lei pode não criar anjos, mas ajuda a melhorar a sociedade. ◆

³⁰ Antologia Poética.

Endosso - Mandato e Extravio de Títulos

LETÍCIA DE FARIA SARDAS

Juíza de Direito, Expositora nas cadeiras de Direito Civil e Processo Civil na EMERJ

1. **Do Endosso Mandato** - No **endosso mandato**, ou, como quer o mestre PONTES DE MIRANDA, no **endosso-impróprio**, há um atípico contrato de prestação de serviço, obrigando-se a instituição financeira, numa típica **obrigação de meio** a efetuar a cobrança do título de crédito.

Analisando o **falso endosso**, leciona o sempre festejado FRAN MARTINS, in “Contratos Obrigações Comerciais”, Editora Forense, 9ª Edição, 1988, p. 527:

“Costumeira é a operação de cobrança de títulos, realizada pelos bancos em geral. Em tais casos, os bancos agem como mero mandatários dos proprietários dos títulos, cobrando pelos serviços executados uma comissão. A propriedade dos títulos continua, contudo, a ser dos beneficiários dos mesmos, agindo os bancos como simples intermediários.”

Esta prática comercial, de recente institucionalização, ainda não obteve do legislador pátrio uma específica regulamentação legal, o que tem gerado diversas interpretações acerca dos elementos e das características do “*contrato de cobrança de títulos*”.

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA em sua magnífica obra intitulada “*Instituições de Direito Civil*”, Editora Forense, vol. III, 10ª Edição, adverte no Anexo, p. 378, que os contratos bancários “... *não são uma novidade na vida mercantil. Ao contrário, são praticados diuturnamente e há muitíssimos anos. Não obstante isto, o silêncio nos códigos é total...*”

No Direito Pátrio, carente de específica regulamentação, o “*contrato de cobrança de títulos*” está regulado, basicamente, pela norma emoldurada pelo art. 142, do Código Comercial Brasileiro, aplicando-se ainda, como complementação, o art. 146 do mesmo diploma legal e o art. 1.300 do Código Civil.

“Art. 142 - Aceito o mandato, o mandatário é obrigado a cumpri-lo segundo as ordens e instruções do comitente, empregando na sua execução a mesma diligência que qualquer comerciante ativo e probo costuma empregar na gerência dos seus próprios negócios” (Código Comercial Brasileiro).”

Da leitura do texto legal extrai-se o conceito da “representação”, consistente “... no fato de poder agir uma pessoa em nome de outra, representando-a, praticando todos os atos como se esses fossem praticados pelo mandante...” (cf. FRAN MARTINS, obra citada, p. 301).

2. Da Responsabilidade do Mandatário - No “*contrato de cobrança de título*”, há um atípico contrato de locação de serviços com representação, em que a instituição financeira realiza uma operação de meio, sem assunção do risco, respondendo por culpa ou dolo pelo não cumprimento do mandato.

Desta forma, não tendo a prudência e a atenção que qualquer comerciante, ativo e probo dispensaria, aos seus próprios negócios, o mandatário pode ser responsabilizado, aplicando-se o direito comum relativo às obrigações de meio.

“O mandatário é obrigado a aplicar toda a diligência habitual à execução do mandato. A lei não oferece o paradigma abstrato do “bonus pater famílias”. Exige diligência, isto é, zelo, cuidado, atenção, interesse. O comitente revela, na outorga de poderes, a sua confiança no representante, que deve corresponder-lhe praticando, como melhor possa, o ato ou os atos de que tenha sido incumbido.” (CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, obra citada, p. 258).

Conclui-se que nos “*contratos de cobrança de títulos*” realizados através do **endosso mandato**, a instituição financeira não assume qualquer responsabilidade pelo pagamento do título, ou seja, não penetra na cadeia cartular, não assume obrigação de natureza cambiária.

Age em nome do mandante, atuando no sentido de dar fiel cumprimento ao “*contrato de cobrança do título*”, cuja **posse** lhe foi transferida pelo **falso endosso**.

3. Da Responsabilidade Civil Contratual - Em decorrência do descumprimento do contrato, - relação jurídica previamente estabelecida

palas partes -, nasce a responsabilidade contratual que tem como pressupostos a existência do contrato válido, a inexecução do contrato, o dano e o nexu causal.

O mestre AGUIAR DIAS, em obra de leitura obrigatória dos maneja-dores do Direito, advertindo que a obrigação nascida do contrato é diferente da que nasce de sua inexecução, afirma:

“Se o contrato é uma fonte de obrigações, a sua inexecução também o é. Quando ocorre a inexecução, não é a obrigação contratual que movimenta o mundo da responsabilidade. O que se estabelece é uma obrigação nova, que se substitui à obrigação preexistente no todo ou em parte: a obrigação de reparar o prejuízo conseqüente à inexecução da obrigação assumida. Essa verdade se afirmará com mais vigor se observarmos que a primeira obrigação (contratual) tem origem na vontade comum das partes, ao passo que a obrigação que a substitui por efeito de inexecução, isto é, a obrigação de reparar o prejuízo, advém, muito ao contrário, contra a vontade do devedor: este não quis a obrigação nova, estabelecida com a inexecução da obrigação que contratualmente consentira”.

Mas, não basta a existência do inadimplemento contratual, é também necessário que se comprove o dano e que esteja presente a relação de causalidade, pressupostos comuns à responsabilidade contratual e à responsabilidade aquiliana.

“Dano...”, alardeia SÉRGIO CAVALIERI FILHO, *“... é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil...”*. Sem dano não há o que reparar mesmo que ilícita a conduta, *“... porquanto o objetivo da indenização, sabemos todos, é reparar o prejuízo sofrido pela vítima, reintegrá-la ao estado em que se encontrava antes da prática do ato ilícito. E, se a vítima não sofreu nenhum prejuízo, a toda evidência, não haverá o que ressarcir. Daí a afirmação comum praticamente a todos os autores, de que o dano é não somente o fato constitutivo mas também, determinante do dever de indenizar.”* (cf. Programa de Responsabilidade Civil, Malheiros Editores, 1996, p. 70).

O dano, este *“fator determinante do dever de indenizar”*, há de ser certo e atual, provado por quem o alega. Dano hipotético não justifica a reparação.

Neste sentido há elucidativo acórdão proferido pela 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do nosso Estado, no julgamento da Ap.Cível nº 289/94, em que foi Relator o Des. Sérgio Cavalieri Filho:

“Dano material. Momento de sua comprovação.

Não se presume o dano material, e como a sentença não pode ser condicional, deve ser provado na fase de conhecimento, sob pena de improcedência. Para liquidação de sentença só pode ser remetida a apuração do quantum.”

Em obra que merece lugar na cabeceira, adverte ANTONIO LINDBERGH C. MONTENEGRO que: “... *sem esse requisito de certeza, de atualidade, o dano é eventual; a ação de responsabilidade civil acaso aforada, dificilmente lograria êxito, sabido que não se concebe um prejuízo hipotético, que só existe, no mundo fantasioso do demandante*”. (Ressarcimento de Danos, 4ª Edição, Âmbito Cultural Edições Ltda., p. 34)

Sabe-se que o nexó é o vínculo, a ligação ou a relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado e que seu conceito não é jurídico, decorrendo das leis naturais.

Atente-se que o art. 1.060, do Código Civil Brasileiro traçou uma regra específica dirigida à responsabilidade contratual, exigindo que entre a inexecução e o dano haja uma relação direta e imediata.

“Art. 1.060 - Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato.”

Indenizar um dano, desta forma, exige o estabelecimento de uma relação de causalidade entre a antijuridicidade da ação e o dano causado.

A indenização do “*id quod interest*” não pode ser fonte de enriquecimento. A expressão “*direto e imediato*” constante do texto legal, indica uma relação de causa efeito, - necessária, direta e imediata -, entre o descumprimento da obrigação e o dano; ou seja, o dano alegado deve ser a consequência direta e imediata da inexecução da obrigação.

4. Conseqüência do Extravio de Títulos - Certo é que o extravio do título não gera, necessariamente, a perda do crédito e a perda deste pode não se dar em razão da perda daquele.

É possível que existente o título, o credor receba o valor por ele representado mas, como advertido por SÉRGIO CAVALIERI FILHO, o

dano, como **fator determinante do dever de indenizar**, não se presume e, como a sentença não pode ser condicional, deve ser provado na fase de conhecimento, sob pena de indeferimento.

Se dano houver pelo não recebimento dos valores constantes dos títulos extraviados, não está ligado, direta e imediatamente à inexecução do “*contrato de cobrança de títulos*”. O não recebimento do valor cartular é causa superveniente, independente, imputável a terceiro (sacado), ou a defeitos do próprio título (nulidade, falsa causa etc).

A perda do título, - que não corresponde à perda do crédito -, pode ser suprida pela Ação de Anulação de Título de Crédito, normatizada no art. 36 e seguintes, Capítulo X, do Decreto nº 2.044, de 31 de dezembro de 1908.

Capítulo X.

DA ANULAÇÃO DA LETRA.

Art. 36. Justificando a propriedade e o extravio ou a destruição total ou parcial da letra, descrita com clareza e precisão, o proprietário pode requerer ao Juiz competente do lugar do pagamento, na hipótese de extravio, a intimação do sacado ou do aceitante e dos coobrigados, para não pagarem a aludida letra, e a citação do detentor para apresentá-la em juízo, dentro do prazo de 3 (três) meses, e, nos casos de extravio e de destruição, a citação dos coobrigados para, dentro do referido prazo, oporem contestação firmada em defeito de forma do título ou, na falta de requisito essencial, ao exercício da ação cambial.

Estas citações e intimações devem ser feitas pela imprensa, publicadas no jornal oficial do Estado e no Diário Oficial para o Distrito Federal e nos periódicos indicados pelo Juiz, além de afixadas nos lugares de estilo e na bolsa da praça do pagamento.

§ 1º. O prazo de 3 (três) meses corre da data do vencimento; estando vencida a letra, da data da publicação no jornal oficial.

§ 2º. Durante o curso desse prazo, munido da certidão do requerimento e do despacho favorável do Juiz, fica o proprietário autorizado a praticar todos os atos necessários à garantia do direito creditório, podendo, vencida a letra, reclamar do aceitante o depósito judicial da soma devida.

§ 3º. Decorrido o prazo, sem se apresentar o portador legitimado (art. 39) da letra, ou sem a contestação do coobrigado (art. 36), o Juiz decretará a nulidade do título extraviado ou destruído e ordenará, em benefício do proprietário, o levantamento do depósito da soma, caso tenha sido feito.

§ 4º. Por esta sentença, fica o proprietário habilitado, para o exercício da ação executiva, contra o aceitante e os outros coobrigados.

§ 5º. Apresentada a letra pelo portador legitimado (Art. 39) ou oferecida a contestação (Art. 36) pelo coobrigado, o Juiz julgará prejudicado o pedido de anulação da letra, deixando, salvo à parte, o recurso aos meios ordinários.

§ 6º. Da sentença proferida no processo cabe o recurso de agravo com efeito suspensivo.

§ 7º. Este processo não impede o recurso à duplicata e nem para os efeitos da responsabilidade civil do coobrigado dispensa o aviso imediato do extravio, por cartas registradas endereçadas ao sacado, ao aceitante e aos outros coobrigados, pela forma indicada no parágrafo único do art. 30.”

A possível e hipotética perda do crédito não pode ser imputada à instituição financeira que não é coobrigada pelo pagamento do título e não participou de qualquer relação jurídica cartular.

“**CHEQUE - COBRANÇA BANCÁRIA - EXTRAVIO DE TÍTULO.** Responsabilidade Civil do Mandatário. Extraviado título de crédito confiado a Banco para cobrança, a responsabilidade civil do mandatário não é pagar o valor integral da cártula, mas a de indenizar o credor de todas as despesas de recuperação do título perdido. Entre o endossante-mandante e o endossatário-mandatário a relação jurídica mais vulgar como ensina Pontes de Miranda - é a do mandato, regulado pelo direito comum, e nunca pelo direito cambiário. Ora, o mandatário que, por culpa, acarreta algum prejuízo ao mandante, está sujeito apenas a ressarcir o mandante dos danos consoante dispõe o art. 162 do C. Comercial. Exata pois a conclusão do d. voto vencido, apoiada, aliás em precedente do E. Tribunal de São Paulo, no sentido de que “extraviado na devolução pelo correio, o cheque

depositado em Banco para cobrança em outro, não se justifica ação contra o estabelecimento mandatário para haver o valor consignado no título. O direito do Autor, em tal hipótese, restringe-se em haver do Banco as despesas com a recuperação do título.” (RT 427/167)

5. **A Hipótese do “Factoring”** - Nos contratos de “factoring” o faturizador ou o “factor” recebe do sacador a cessão de créditos oriundos de operação de compra e venda e outras de natureza comercial, assumindo o risco de sua liquidação.

O “factor” firma um contrato de risco assumido. Compra um título de crédito com deságio, transferindo, ao faturizado, imediatamente, o valor líquido do título.

Desconhece as causas. Não participou da primitiva relação cartular. Recebe o título, desconta seu percentual, desobriga o faturizado e lhe transfere o valor líquido, abatido o deságio.

Corre os riscos de títulos fraudulentos, devedores insolventes, de defesas pessoais, nulidade da cártula.

Desta forma, mesmo que abstraída a hipótese do extravio do título, a concreta existência do instrumento do título de crédito representa uma mera possibilidade de recebimento do crédito nele representado.

Mesmo que não houvesse a inexecução da obrigação contida no “contrato de cobrança de títulos”, não se poderia afirmar que o faturizador receberia integral e pontualmente os valores representados pelos títulos objeto do “falso endosso”.

O não pagamento do crédito decorrente do título transferido mediante **endosso mandato** à instituição financeira pelo faturizador, é causa superveniente, independente, imputável à terceiro (sacado), a defeito do título ou ao próprio faturizador que, ao adquirir títulos com deságio, não perquiriu a origem e validade dos créditos.

6. **Da Limitação da Responsabilidade do Mandatário** - Conclui-se que, na hipótese de extravio de títulos transferidos à instituição financeira através de **falso endosso**, - se provada a culpa da instituição financeira -, a responsabilidade do mandatário está restrita às despesas necessárias para a recuperação do título ou, até mesmo, aos prejuízos que o mandante comprovadamente sofra em decorrência da natural demora do processamento da ação prevista no art. 36, do Decreto nº 2.044/1908.

O mandatário não pode responder pelo eventual dano advindo da perda do crédito, quer porque não se repara dano hipotético, quer porque inexistente relação de causalidade entre a perda do crédito (prejuízo do mandante) e o ato do mandatário (extravio do título). ◆

Direito da Crise Econômica da Empresa

JORGE LOBO

Mestre em Direito Econômico pela UFRJ. Doutor e Livre-Docente em Direito Comercial pela UERJ. Procurador de Justiça (aposentado) do Ministério Público do ERJ. Professor de Direito Comercial da Escola da Magistratura do ERJ. Presidente da Comissão de Direito Comercial do IAB. Advogado especializado em reorganização de empresas, concordatas e falências.

“É bem sabido que os textos legais aplicáveis à crise econômica do empresário não só são arcaicos nas soluções técnicas que oferecem, senão também obsoletos nos princípios de política legislativa em que se fundamentam” (ADRIÁN PIERA JIMÉNEZ).

§ 1º - Direito da Crise Econômica da Empresa, fruto de uma nova filosofia do Direito Concursal.

Em 1988, GIUSEPPE BAVETA, Professor Associado na Universidade de Palermo, no excelente estudo “Il Diritto dell’impresa in crisi”, publicado na revista *Il Diritto Fallimentare* (Milão, Casa Editrice Dott, vol. LXIII, págs. 351/364), advertiu aos amantes do vetusto Direito Falimentar que, da pena criativa e ousada dos doutos, apesar de extraordinários percalços e incompreensões, começava a despontar uma complexa e desafiadora disciplina jurídica, diversa, por sua natureza, fundamentos, pressupostos, conteúdo e finalidades, do arcaico Direito de Quebra, cuja denominação, propôs, poderia ser “Direito da Empresa em Crise”, inspirada, nas palavras sábias de ANGEL ROJO FERNANDES-RIO¹, numa “nova filosofia do Direito Concursal”, que pretende garantir não apenas (a) os direitos e interesses do devedor e (b) os direitos e interesses dos credores, mas também, quiçá sobretudo, (c) os superiores direitos e interesses da empresa, dos seus empregados e da comunidade em que ela atua, pois as dificuldades econômicas,

¹ El estado de crisis económica, in *La Reforma del Derecho de Quiebra*, Madri, Ed. Civitas, 1982, pág. 127.

financeiras, técnicas, tecnológicas e gerenciais da empresa não preocupam somente ao devedor e a seus credores, porém, por igual, ao Poder Público e à coletividade, sendo certo que, além e acima do interesse privado de composição dos conflitos entre devedor e seus credores, há o interesse público e social da preservação, reorganização, saneamento e desenvolvimento da empresa, na esteira, aliás, do pensamento do proficiente MASSAGUER FUENTES, segundo o qual o Direito da Insolvência, que, nos primórdios, era destinado apenas a salvaguardar os interesses dos credores e, depois, os interesses da economia nacional, tem, hoje, sem dúvida, por finalidade precípua proteger, por todos os modos e meios possíveis, os interesses sociais².

Ocorre, todavia, como constataremos no parágrafo 4º, item IV, letras A, B e C, infra, que a obra legislativa, inclusive a dos países mais prósperos, não acolheu, pelo menos por enquanto, as inovadoras idéias dos estudiosos, permanecendo as leis fiéis ao princípio de que antes e acima de tudo se deve garantir os direitos e interesses dos credores, embora a lei francesa 85/98, timidamente, tenha pretendido erigir como um de seus importantes objetivos a manutenção do emprego.

Devido ao temor e à omissão do legislador, estatísticas confiáveis demonstram que até as leis mais avançadas, como a italiana de 1942, a americana de 1978 e a francesa de 1985, fracassaram, como verificaremos no citado parágrafo 4º, item IV, letras A, B e C, infra, fato que impõe uma profunda mudança na maneira de enfrentar os intrincados problemas da insolvabilidade³ e da crise econômica da empresa⁴ e, em última análise, a

² La reintegración de la masa en los procedimientos concursales, Dir. Fall., 1988, vol. I, p. 351.

³ A propósito da definição de insolvência e insolvabilidade, Walter Álvares, calcado em Provincialli e Pontes de Miranda, ministra exemplar lição: “(a) insolvente é o que está em estado de insolvência, isto é, casos de inadimplemento; (b) insolvável é o que está em estado de insolvabilidade, isto é, inaptidão econômica à solução da dívida” (Direito Falimentar, Ed. Sugestões Literárias, 6ª, ed., p. 65, n° 57).

⁴ O conceito de “crise econômica da empresa”, consoante assinala Angel Rojo Fernandez-Rio, é meta-jurídico, aberto e cambiante. O Anteprojeto da Lei de Quebras espanhol prevê seis categorias de fatos reveladores absolutos da situação da crise econômica (sobre o tema, consulte-se a conferência “El estado de crisis económica”, in La Reforma del Derecho de Quiebra cit., p. 157/162. Em nosso Anteprojeto de Lei de Reorganização da Empresa previmos, no art. 8º, que caracterizam o estado de crise econômica: a) qualquer fato ou ato que indique encontrar-se a empresa em dificuldades de natureza econômica ou financeira, que possam comprometer as suas atividades e a continuação dos seus negócios, b) a impontualidade, sem relevante razão de direito, no pagamento de obrigação líquida, constante de título que legitime a ação executiva, c) os fatos ou atos que, no regime da Lei de Falências, caracterizam a sua falência, d) o conflito de interesses entre os sócios ou acionistas, ou entre herdeiros ou sucessores dos sócios majoritários ou acionistas controladores, e o desentendimento entre os administradores, que possa comprometer as atividades da empresa, e) a alienação de bens e direitos a preços inferiores aos praticados no mercado, ou a sua oneração em operações estranhas ao objeto social, que possam

magna questão: a lei deve priorizar a recuperação da empresa produtora de bens e serviços ou ocupar-se tão só da sua liquidação?

§ 2º - Recuperar ou liquidar a empresa produtora de bens e serviços?

I - Do Direito Falimentar ao Direito da Crise Econômica da Empresa

O processo falimentar, concebido pelo gênio prolífico dos juristas medievais e aperfeiçoado no decorrer dos séculos, é, no final do II Milênio, ainda, imprescindível para disciplinar a ruína e a destruição da empresa unipessoal, unifamiliar ou coletiva.

Entretanto, além do fenômeno patológico da insolvabilidade da empresa, que conduz, as mais das vezes, à sua dissolução, liquidação e extinção, há outro, menos corriqueiro, mas, sem dúvida, muito mais importante sob todos os pontos de vista, que, de há muito, reclama dos comercialistas a elaboração de um conjunto sistemático e harmônico de normas, cuja finalidade principal deve ser a reorganização, o saneamento e a recuperação da empresa (a) econômica e financeiramente viável e/ou (b) social, política e estrategicamente importante.

Salta aos olhos que, se a empresa é econômica e financeiramente viável e/ou social, política e estrategicamente importante, ela não deve perecer, o que muitas vezes ocorre, infelizmente, por absoluta falta de instrumentos legais capazes de propiciar o seu reerguimento, o que nos leva a propor uma profunda e radical transformação na maneira de encarar e enfrentar o problema da insolvabilidade e da crise econômica da empresa privada de interesse particular, da empresa privada de interesse público e da empresa pública.

II - A empresa insolvável

A empresa, irremediavelmente insolvável, deve ser reorganizada e recuperada ou deve cessar suas atividades e ser liquidada, com a venda dos bens do ativo para pagar aos credores consoante o princípio da *pars conditio creditorum*?

A) A empresa privada de interesse particular⁵

⁵ Deve-se entender por empresa privada de interesse particular a empresa, sob a forma de sociedade em nome coletivo ou de sociedade por cotas, de responsabilidade limitada ou de sociedade anônima, de interesse apenas local ou, até mesmo, regional, com reduzido número de sócios ou acionistas e de empregados, com pequeno ou médio faturamento, que desenvolva uma atividade econômica trivial.

Se se tratar de empresa privada de interesse particular não há dúvida de que a empresa infalivelmente insolvente deve ser liquidada com a máxima brevidade possível, através de um processo de cognição sumária⁶, embora preservado o direito de ampla defesa do devedor e dos credores, com o propósito de resolver dois problemas essenciais da falência, como soem ser, consoante ensino de JOAQUIN BISBAL MENDEZ⁷, a redução dos custos secundários (proceder a uma pronta relocação dos recursos econômicos e financeiros) e a redução dos custos terciários (minimizar a carga decorrente da administração da Justiça).

Em alguns países, v.g., Estados Unidos da América e Japão, devido (a) à mobilidade do emprego, (b) ao princípio liberal de que devem ser conservadas e estimuladas apenas as empresas competitivas e rentáveis, deixando perecer⁸ as que não demonstrarem condições razoáveis de rivalizar com a concorrência num mundo globalizado, e (c) ao fato de que os bens integrantes dos ativos das empresas extintas serão adquiridos e seus clientes atendidos por outras organizações atuando no mesmo segmento, o Direito positivo, embora possua mecanismos aptos a viabilizar o saneamento da empresa privada de interesse particular, dá preferência à liquidação⁹.¹⁰.

B) A empresa privada de interesse público¹¹

⁶ GERARDO SANTINI sugere que a liquidação da empresa deve ser objeto do capítulo do Código de Processo Civil dedicado à “execução coletiva”, ficando o instituto da reorganização para ser disciplinado em um “estatuto especial da empresa” (Soluciones jurídicas al estado de crisis de la empresa en los sistemas de economía de mercado, in La Reforma del Derecho de Quiebra, cit., p. 40).

⁷ La empresa en crisis y el derecho de quiebras, Bolonha, 1986, p. 21.

⁸ Além da liquidação coativa judicial, existem muitas outras formas de extinção da empresa, como, v.g., a transferência de ativos através de arrendamento, cessão total ou parcial de bens, vendas particulares, fusão, incorporação, denominados na França como *restructuration del capital*, em geral em benefício dos concorrentes, que adquirem tais bens.

⁹ Anote-se, entretanto, que, nos EUA, lei especial permite, desde o momento inicial, a liberação do devedor de todas as suas dívidas através de *discharge*, quando os bens do devedor são colocados à disposição de seus credores, liberando-se o devedor, que então não é eliminado do sistema, daí ser duplo o objeto da quebra nos EUA: (1) garantir ao devedor a sua liberação, através de um *fresh start*, e (2) permitir uma justa divisão dos bens do devedor entre seus credores da mesma categoria, peculiaridade que distingue o direito americano dos demais, pois, nos EUA, a lei deve prever um *fresh start* para os devedores.

¹⁰ Apesar de privilegiar a liquidação, os EUA, quando interessa à coletividade, socorre, com auxílio financeiro especial, as grandes empresas, como aconteceu com a Chrysler e a PAN-AM.

¹¹ Deve-se entender por empresa privada de interesse público a “entidade industrial, comercial, financeira e de prestação de serviços que, por sua decisiva importância para a economia nacional ou regional ou pelo elevado número de empregados, transcende à mera significação de empresa privada”(cf. ANGEL JOSE ROJO FERNANDEZ-RIO, El estado de crisis económica, in La reforma del Derecho de Quiebra, Madri, Ed. Civitas, 1982, p. 135).

Se, entretanto, se cuidar de uma empresa privada de interesse público, ainda que absolutamente insolúvel, a solução não pode inspirar-se no princípio jurídico que impõe a realização do ativo para solver o passivo, mas no que dá primazia ao reerguimento e à preservação da empresa, através dos meios próprios ao Direito Comercial e a benefícios e incentivos especiais, senão especialíssimos, por razões de ordem política, econômica e social, como exposto no parágrafo 3º, *infra*, porquanto nem a empresa privada de interesse público deve perecer, nem a empresa pública.

C) A empresa pública

Tem sabor de truismo dizer-se que (a) o Estado liberal foi substituído pelo Estado social e (b) o Estado abstencionista pelo Estado intervencionista, bem como que não se pode confundir Estado de Direito com Estado Liberal, embora o liberalismo político, econômico e jurídico tenha ensejado a noção de Estado de Direito.

De acordo com FORSTHOFF, notável publicista germânico, o intervencionismo estatal processa-se por dois diferentes modos:

a) pela modificação autoritária da ordem social e

b) pela ativa e crescente participação do Estado na vida econômica da sociedade, na função de produtor, comerciante ou distribuidor de bens¹².

FARJAT, a seu turno, professando idêntica concepção, esclarece que as novas funções do Estado conduziram a várias modificações no plano de sua atuação destacando-se, dentre elas, a que diz respeito ao surgimento do Estado-empresário¹³.

Enquanto ocorriam profundas modificações no campo econômico, no jurídico também se observavam grandes transformações, fruto do empenho dos países industrializados de procurar uma fórmula de conciliar o direito, estratificado nas leis, com as abruptas e gigantescas modificações na economia, o que fez ORLANDO GOMES ponderar: “A subordinação da regra do direito com imperativos da economia passou a ser o primeiro mandamento da política legislativa, tornando-se tão apertada essa dependência que um escritor francês chegou a afirmar que a lei não se condiciona mais a uma idéia de justiça, pois se mede por sua utilidade como instrumento de promoção dos objetivos do desenvolvimento econômico”¹⁴.

¹² *Traité de Droit Administratif Allemand*, trad. de Michel Fromont, Bruxelas, 1969, p. 131.

¹³ *Le Droit Économique*, *apud* ORLANDO GOMES, *in* *Esquema da Nova Experiência Jurídica*, Direito Econômico, Saraiva, 1977, p. 186.

¹⁴ Estudo citado, *ob. cit.*, p. 186.

Em verdade, hoje pode-se dizer que o homem vive para o desenvolvimento econômico e pelo desenvolvimento econômico, fato tão importante que foi erigido a uma das finalidades da Constituição de 1988, tendo ORLANDO GOMES acentuado, a propósito do tema, que “nesta perspectiva, o mais importante fator dessa transformação é, para o jurista, a intervenção do Estado nas relações econômicas”¹⁵.

A intervenção do Estado no domínio das relações econômicas ou no domínio econômico faz-se através:

“a) da utilização da lei como instrumento da programação econômica;
b) da substituição de princípios jurídicos e de estruturas jurídicas e
c) da introdução de novas técnicas ou mudança de função de institutos tradicionais”¹⁶.

Dentre as técnicas utilizadas pelo Estado para intervir no domínio econômico, incluem-se as entidades paraestatais.

As entidades paraestatais são pessoas jurídicas de direito privado, criadas ou autorizadas a funcionar por lei especial para o desempenho de certas funções de interesse coletivo e de determinadas atividades de interesse público, daí porque os atos de seus dirigentes, se contrários à lei, se sujeitam ao mandado de segurança e à ação popular.

Tão forte é o interesse público e coletivo que a paraestatal visa a atingir que, durante largo tempo, ela foi confundida com a autarquia, hoje não mais havendo dúvida de que a autarquia é o próprio Estado, enquanto a paraestatal é um ente “de caráter quase público”¹⁷, podendo gozar até mesmo de privilégios estatais (imunidade tributária, foro privativo, prazos judiciais dilatados), bem como de prerrogativas estatais (arrecadação e taxas ou contribuições parafiscais), caso a lei de sua criação os preveja¹⁸.

Entre as entidades paraestatais, tem lugar de destaque a empresa pública, cujo capital social é formado exclusivamente pelo Estado, daí HELY LOPES MEIRELLES afirmar que a empresa pública “é a empresa estatal por excelência, constituída e dirigida pelo Estado”¹⁹, razão pela qual

¹⁵ Artigo “Desenvolvimento Econômico e Evolução Jurídica”, ob. cit., p. 30, nº 2.

¹⁶ ORLANDO GOMES, estudo citado, ob. cit., p. 31.

¹⁷ RUI DE SOUZA, Serviços de Estado e Seu Regime Jurídico, RDA, 28/10.

¹⁸ A propósito, consulte-se HELY LOPES MEIRELLES, Direito Administrativo brasileiro, RT, 2ª ed., p. 295 e segs.

¹⁹ Ob. cit., p. 307.

os alemães a reputam como o Estado atuando na qualidade de empresário, ombro a ombro com os particulares.

A respeito da empresa pública, e da importante função que desempenha, nunca é demais repetir parte do relatório da conferência promovida pela Associação Internacional de Ciências Jurídicas: “A empresa pública autônoma é uma criação do Estado. Submete-se, portanto, a estatuto definido pelo Estado. Sua existência depende do Estado, que a institui. Precisamente, porém, em virtude dessa instituição, o Estado introduz no setor de economia pública uma estrutura descentralizada. A conservação dessa descentralização supõe o respeito à autonomia da empresa pública. Exige que não seja colocada sob a autoridade hierárquica de órgãos ou agentes do Estado (ministros, por exemplo). Dentre dos limites de sua carta constitucional a empresa deve decidir livremente. A autonomia da empresa subsiste se o Estado definir as obrigações das unidades do setor econômico sob a forma de planos gerais. Não é incompatível com uma participação do Estado, limitada e fixada pelo estatuto da empresa, na gestão. Atrai a si diferentes formas de controle pelo Estado, administrativo, financeiro, jurisdicional, parlamentar. Esses controles têm como finalidade verificar se a empresa está sendo gerida convenientemente. Permitem corrigir uma administração infeliz ou irregular”²⁰.

Por esses e outros ponderáveis fundamentos, admitir-se a falência da empresa pública é reconhecer a falência do Estado, além de pôr-se uma pá de cal em uma entidade criada por lei especial para atender aos mais diversos interesses coletivos e públicos.

III) *A empresa em estado de crise econômica*

A) A empresa privada de interesse particular

Se a empresa privada de interesse particular passar por dificuldades, mas for econômica e financeiramente viável, deve-se evitar, ao máximo, a sua quebra e conseqüente liquidação e, através de procedimentos extrajudiciais e judiciais e dos meios comuns ao Direito Comercial, deve-se lutar pela sua preservação, observados os seguintes princípios básicos:

(1º) lei especial (como acentuado, diferente, por sua natureza, fundamentos, pressupostos, conteúdo e finalidades, da lei de falências ou de

²⁰ Relatório Final da Conferência da Associação Internacional de Ciências Jurídicas, realizada em Praga, de 24 de setembro a 1º de outubro de 1958, item III, conclusão XXIV, in RDA 57/492 apud HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., p. 307/308.

liquidação) deve prever um processo judicial de reorganização e um procedimento extrajudicial de reorganização²¹;

(2º) os conflitos de direitos e interesses entre os personagens do drama da insolvência, inerentes ao processo judicial, devem ser dirimidos pelo Poder Judiciário, cometendo-se ao Juízo Arbitral o deslinde das controvérsias e decorrentes do procedimento extrajudicial;

(3º) as normas, reguladoras do reerguimento, devem, quando se tratar de processo judicial, ter caráter jurídico-processual e também econômico, e, quando se cuidar de procedimento extrajudicial, caráter apenas econômico;

(4º) para liderar a reorganização judicial, deve-se preparar uma “magistratura econômica”, proba e capaz, consciente de seus deveres e responsabilidades, e, para assessorá-la, criar órgãos de supervisão do processo judicial, formados por credores (comitê de credores) e por empregados (comitê de empregados); na reorganização extrajudicial, o procedimento deve ser capitaneado por uma “empresa saneadora”²², assistida pelos comitês de credores e empregados;

²¹ Entre outros, o chamado acordo pré-concursal. Sobre o tema, leia-se o § 4º, item III, letra A, *infra*.

²² Como em geral os maiores prejudicados financeiramente com a concordata ou a falência da empresa são as instituições financeiras públicas e privadas, pensamos que se poderia imaginar a criação de uma sociedade anônima, em que o capital social seria dividido exclusivamente entre os bancos na proporção de sua participação no mercado. Constituída a empresa saneadora, com profissionais especializados no órgão diretivo, confiado o conselho de administração a representantes dos acionistas, com *pro labore* meramente simbólico ou apenas por sessão do órgão a que comparecessem, ela ficaria encarregada de acudir as empresas econômica e financeiramente viáveis pré-insolventes ou já em estado de insolvência. A primeira providência da empresa saneadora seria mandar realizar uma auditoria na empresa deficitária, ao mesmo tempo em que ela própria ficaria encarregada de preparar um estudo sobre o mercado em que atua a empresa deficitária. Concluída a auditoria e a pesquisa de mercado, a empresa saneadora prepararia um plano de reorganização da empresa deficitária, baseado, principalmente: a) na aquisição do controle acionário da empresa deficitária; b) na substituição dos administradores por pessoas selecionadas no mercado; c) na composição amigável com fornecedores, financeiras e empregados, de forma a alongar o perfil da dívida; d) na formação de estoques e captação de novos clientes. O plano de reorganização poderia prever também: 1) aumento do capital social, inclusive capitalização de créditos; 2) cessão da empresa, total ou parcial, inclusive para sociedade constituída pelos credores; 3) associação, fusão, incorporação e cisão da empresa deficitária; 4) cessão, permuta, locação ou extinção de estabelecimentos; 5) venda, locação ou permuta de bens ou direitos; 6) demissão, licença ou redução da jornada de trabalho de empregados. O plano de reorganização deveria estabelecer prazo para sua execução, prorrogável por deliberação dos membros do conselho de administração da empresa saneadora, findo o qual, recuperada a empresa, suas ações seriam vendidas no mercado. Poder-se-ia também pensar na participação da empresa saneadora apenas como uma prestadora de serviços, quando ficaria responsável pela auditoria e elaboração do plano, a par de um refinanciamento, ficando o devedor responsável pela composição amigável com os credores.

(5º) os interesses das partes envolvidas²³ devem ser disciplinados e compostos segundo os cânones da Justiça comutativa e

(6º) a lei especial de reorganização deve fixar, como meios de recuperação, os comuns ao Direito Comercial.

B) A empresa privada de interesse público e a empresa pública

Em título próprio, a lei especial de reorganização deve cuidar da recuperação da empresa privada de interesse público e da empresa pública, alicerçada nos seguintes fundamentos:

1º) a reorganização econômica, financeira, técnica tecnológica e gerencial deve gozar de prioridade absoluta, ainda que em detrimento de direitos, privilégios e preferências do devedor e de seus credores;

2º) as soluções para os problemas da empresa devem ser presididas por razões de ordem econômica e social e não jurídico-processual;

3º) as normas reguladoras da reorganização devem inspirar-se nos cânones da Justiça Distributiva e do Direito Público;

4º) deve-se fixar como meios de recuperação os comuns ao Direito Comercial e medidas diversas de administração pública da economia, como veremos no § 3º infra, e,

5º) deve-se prever procedimentos administrativos, procedimentos extrajudiciais e processos judiciais, conforme a solução alvitrada para solver a crise da empresa, como veremos no § 4º infra.

§ 3º Meios para reorganizar as empresas em crise

De acordo com JOAQUIN BISBAL MENDEZ²⁴, durante largo tempo o único mecanismo para solucionar a crise da empresa era a quebra, sobrevindo, em data não precisada, “procedimentos para tratamento da iliquidez”, que, ao lado da falência, forma o sistema concursal tradicional acentuando que, modernamente, surgiram outros procedimentos concursais, cujo objetivo primordial é a salvação das empresas em crise.

Como ocorreu essa mudança; pergunta o eminente Professor?

²³ A própria empresa, os acionistas empresários ou controladores, os acionistas rendeiros, os acionistas especuladores, os empregados, os fornecedores, os financiadores, os prestadores de serviços, os consumidores, as empresas controladoras, controladas, coligadas ou associadas (como no caso de *joint venture*), o Poder Público e a coletividade.

²⁴ La empresa en crisis y el derecho de quiebras, Bolonha, 1986, pags. 35/38.

Após a 1ª Guerra Mundial, verificou-se que era necessário salvar algumas instituições financeiras e, posteriormente, em outras épocas, salvar instituições de grande porte, ainda que fosse necessário criar privilégios para beneficiar mega-empresas nacionais e multinacionais, partindo do fato de que elas interessam à coletividade de trabalhadores e de consumidores e à economia (o custo de implantação de um complexo industrial), ainda que socializando perdas.

Os procedimentos de conservação, anota, inscrevem-se em um panorama mais geral em que se priorizam instrumentos como (a) a direta gestão do Estado, (b) a concessão de créditos oficiais especiais e (c) programas especiais e medidas excepcionais para determinadas empresas, no que se convencionou chamar de Direito Público da Economia que se realiza no âmbito do “espaço jurídico da contratação privada”.

Em verdade, podemos aduzir, no final do milênio, devido à complexidade das modernas empresas nacionais e multinacionais, a prática exigiu que, além das corriqueiras soluções da moratória e da concordata preventiva da falência, fossem pensados novos mecanismos de reorganização e saneamento.

Quando uma empresa não mais tem condições de se autofinanciar, quer pelo aporte de recursos dos próprios sócios, quer pela capitalização através de novas ações ou debêntures; quando uma empresa não mais consegue financiamento bancário, por representar um grande risco para o mutuante; quando uma empresa passa por dificuldades gerenciais, em virtude da sucessão do controlador ou de incompatibilidade ou improbidade dos controladores e administradores, as técnicas de aquisição e fusão, respectivamente, *acquisition* e *merger* (em inglês) ou, ainda, a *joint-venture* (em inglês, literalmente, “união de risco”), podem ser a saída para a crise.

Através das técnicas de aquisição e fusão, uma empresa compra outra após complexíssimo processo de verificação da situação financeira, operacional, de produção, de mercado e da estrutura organizacional da empresa a ser adquirida, formalizando-se o negócio mediante um contrato *pro-forma*, “base para a negociação final”, seguindo-se, então, a execução de um “plano de transição”²⁵, findo o qual a empresa adquirida ou fusionada passará à condição de novo membro do grupo econômico.

²⁵ W. RAMUSSEN, *Aquisições, Fusões e Incorporações Empresariais*, Ed. Aduaneira, 1989, págs. 51-144.

Quanto à técnica de *joint-venture*, ela visa à associação, muitas vezes estimulada pelos governos, de duas empresas com o objetivo de unir forças para o desenvolvimento e execução de um projeto específico.

Além das técnicas de aquisição, *merger* e *joint-venture*, outros meios existem para socorrer a empresa, econômica e financeiramente viável, que se encontre em temporária situação de crise, conforme dão conta os eminentes Professores GERARDO SANTINI²⁶ e ANGEL JOSÉ ROJO FERNANDEZ-RIO²⁷, ao esclarecerem que, na Alemanha Federal, na Holanda, na Inglaterra, até 1971, por exemplo, instituições públicas concedem linhas de crédito a médio e longo prazos para as empresas em dificuldades financeiras com o propósito de dar-lhes condições de se recuperarem.

Além do financiamento estatal, outra forma de intervenção do Poder Público tem sido muito eficaz: trata-se de garantias concedidas pelo Estado aos bancos particulares, para que estes financiem as empresas deficitárias, formando-se um consórcio entre os bancos e o Estado.

Ainda é o estado quem acode as empresas insolventes nos casos de estatização, quando a empresa se torna pública, e de promulgação de leis especiais de auxílio, quando a empresa se transforma no único fornecedor dos órgãos públicos.

O mais eficaz meio extrajudicial de reorganização e recuperação da empresa tem sido, todavia, o realizado por órgãos públicos, criados para adquirir o controle da empresa, saneá-la e finalmente revender as ações ao investidor do mercado, de que são exemplos marcantes o *IRI* (Istituto per la Ricostruzione Industriale) da Itália; o *NEB* (National Enterprise Board) da Inglaterra; o *Société Nationale d'Investissement* da Bélgica; o *FIDG* (Financieringsmasstschpyy Industrieel Garantie Fond) da Holanda; o *Foir Teorant* da Irlanda; as *holdings* industriais da Alemanha; o *IDF* (Institut pour le Céveloppement Industrial), os *CIASI* (Comités Interministériel pour l'Aménagement des Structures Industrielles) e os *CODEF* (Comités Departementaus pour le Financement) da França.

Em nosso anteprojeto de Lei de Reorganização da Empresa, previmos, no art. 80, os seguintes meios de reorganização da empresa:

²⁶ Soluciones jurídicas al estado de crisis de la empresa en los sistemas de economia de mercado, in La Reforma del Derecho de Quiebra cit., p. 41/54.

²⁷ El estado de crisis económica, in La Reforma del Derecho de Quiebras cit., p. 136 e segs.

I - Aumento do capital social, inclusive mediante capitalização de créditos;

II - Cessão compulsória, total ou parcial, de quotas ou ações dos sócios ou acionistas;

III - Cessão da empresa, total ou parcial, inclusive para sociedade constituída pelos credores;

IV - Cessão, permuta, locação ou extinção de estabelecimentos;

V - Venda, permuta ou locação de bens ou direitos;

VI - Moratória, com correção monetária mitigada;

VII - Remissão parcial de dívidas;

VIII - Substituição, temporária ou definitiva, de um ou mais administradores;

IX - Associação, incorporação, fusão ou cisão da empresa;

X - Suspensão ou rescisão de contratos de trabalho, assegurados os direitos dos empregados;

XI - Novos empréstimos e financiamentos e manutenção dos fornecimentos, mediante concessão de privilégios especiais;

XII - Benefícios fiscais e creditícios, oriundos da União Federal, estados e municípios, e empréstimos e financiamentos especiais a médio e longo prazos, oriundos de sociedades de economia mista ou empresas públicas, já existentes ou especialmente criadas por lei para esse fim, mediante garantia real de quotas ou ações que compõem o capital social e, se necessário, garantia fidejussória e real de outros bens dos sócios majoritários ou acionistas controladores ou de terceiros;

XIII - Alienação do controle da empresa para órgão, entidade ou empresa já existente ou especialmente criado com a finalidade de reorganizar as empresas em estado de crise econômica e, depois de saneadas, vendê-las em público leilão.

Será utópico²⁸ ou audacioso²⁹ pensar-se em financiamentos estatais ou em concessão de benefícios e incentivos especiais, como meios aptos,

²⁸ De las que ahora se inician esperamos un único resultado: que contribuyan a la determinación de una nueva filosofía del Derecho de la crisis económica de la empresa. Esta nueva filosofía, estos nuevos principios, aún no resultan evidentes y claros. Los que tenemos no nos satisfacen, pero en el horizonte aún no han aparecido los perfiles nítidos del Derecho del mañana inmediato. En esta materia - como en tantas otras - el hombre contemporáneo vive en una profunda inseguridad. No tiene dudas acerca de la caducidad de la mayoría de los valores en que se fundamentaban los pilares de la ley; pero, al mismo tiempo, vacila a la hora de la sustitución, temeroso de introducir en el derecho proyectado elementos

quicá únicos, de viabilizar a recuperação da empresa privada de interesse público e da empresa pública?

Não, categoricamente não, pois, em nosso país, essa prática acontece amiúde, de que é exemplo marcante, que deve servir de inspiração ao legislador, o socorro do Governo Federal à EMBRAER: como amplamente noticiado pela imprensa comum, a EMBRAER, por duas vezes, obteve dois aportes de recursos da ordem de U\$ 400 milhões cada um, o que permitiu a sua reestruturação e posterior privatização em 1994, através da alienação de seu controle acionário para o Banco Bozano Simonsen e os fundos de pensão Previ e Sistel, dando conta os relatórios da administração que a EMBRAER: (a) fechará o ano de 1997 com faturamento de R\$ 780 milhões, dos quais R\$ 600 milhões resultarão de exportações; (b) criará mais de 2000 postos de trabalho; (c) investirá R\$ 500 milhões entre 1998 e 2003 e (d) fará oferta pública de compra de ações ordinárias nominativas aos minoritários, oferecendo-lhes R\$ 91,40 por lote de mil ações, quando o preço médio em novembro de 1997, também por lote de mil ações, era R\$ 8,41.

Ainda no Brasil, a experiência com o PROES - Programa de Incentivo à Redução Estadual na Atividade Bancária e o PROER - Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional, só este com recursos da ordem de R\$ 20,8 bilhões, demonstra

que carezcan de la suficiente fortaleza para soportar el peso de la nueva normativa. Sólo cuenta con intuiciones. Y es ciertamente arriesgado operar con arreglo a ellas” (ADRIAN PIERA JIMÉNEZ, Conferência introdutória, in *La Reforma del Derecho de Quiebra* cit., p. 26).

“29 Sin duda alguna, la tarea a realizar por la reforma, exige parejas dosis de audacia y prudencia. La audacia es necesaria para proceder al cambio qualitativo del Derecho de la crisis. Un derecho anclado en una visión estática del fenómeno de la insolvencia, y cuya operatividad tiene como presupuesto una economía de unidades de reducidas dimensiones en la que el comerciante tradicional es protagonista principal. Un derecho que desconoce a la gran empresa, y en el que están ausentes los intereses públicos y sociales que el legislador siempre debe proteger, pero más intensamente en los estados críticos. Un derecho impregnado de una concepción primitiva de la insolvencia, en la que el hombre y la empresa quedan sujetos a la misma suerte. Pero también - decimos - es necesaria la prudencia. Una prudencia que el legislador debe extremar por el hecho de que la normativa va a incidir sobre entes económicos enfermos o agonizantes. Una prudencia que se acentúa al considerar que la reforma exige modificar preceptos fundamentales del Código Civil y del Código de Comercio, y derogar partes importantes de la legislación procesal, así como un buen número de leyes especiales y de preceptos aislados dispersos en los más variados textos. Una prudencia, en fin, que es propia de toda valoración de intereses en conflicto, en el que algunos deben ser preferidos a otros. Precisamente, en esa valoración resulta fundamental un análisis en términos de costes económicos y sociales de las soluciones técnicas que se arbitren, puesto que, en definitiva, la mejor normativa posible es aquella que menor coste económico y social comporta para la colectividad” (ADRIÁN PIERA JIMÉNEZ, Conf. cit. e ob. cit, p. 27/28).

quão útil pode ser o auxílio estatal a empresas em dificuldades.

No exterior, para ficarmos nos exemplos mais recentes, a Coréia do Sul injetou US\$ 7,45 bilhões no sistema financeiro para resolver o problema da baixa liquidez, devendo transferir outros US\$ 36 bilhões para os bancos cobrirem empréstimos irrecuperáveis, enquanto o Japão, segunda maior economia do mundo, planeja uma mega-emissão de US\$ 76,5 bilhões em títulos garantidos por ações de empresas estatais para sanear o sistema bancário, havendo o governo elaborado um projeto de lei que institui um pacote de socorro aos bancos no valor de 30 trilhões de iens ou US\$ 238 bilhões, tendo, ainda, o primeiro-ministro Ryutaro Hashimoto anunciado que colocará US\$ 200 bilhões à disposição de empresas de pequeno e médio porte por meio de novos programas de concessão de créditos do governo.

Relembre-se, por fim, a atuação do FMI que, nos três últimos meses de 1997, realizou operações de socorro financeiro para a Coréia do Sul, Indonésia e Tailândia no valor de US\$ 114 bilhões (US\$ 57 bilhões para a Coréia do Sul, US\$ 40 bilhões para a Indonésia e US\$ 17 bilhões para a Tailândia).

Anote-se, todavia, como assinalou GERARDO SANTINI, que “todas estas medidas hacen surgir naturalmente problemas de planificación y de correcto gasto del dinero público; y si en el plano político y económico pueden surgir escándalos, en el jurídico se originan problemas de encaje conceptual, de identificación del sistema, de concreta aplicación de normas que tienen que coexistir, en un mismo ordenamiento, con una legislación preexistente, redactada para tutelar otros intereses. Y puesto que en la base de todo se encuentra un correcto planteamiento del fenómeno económico, resulta necesario partir de éste para intentar una exposición sistemática del modo en que hoy se afronta en los países occidentales la crisis de la gran empresa”³⁰, fatos, entretanto, que não devem inibir o legislador, mas preveni-lo de forma a regular, de maneira minuciosa e completa, a concessão desses benefícios, incentivos e financiamentos especiais.

³⁰ Conferência cit., ob. cit., p. 41/42.

§ 4º Processos e procedimentos de reorganização da empresa

I) Classificação dos processos e procedimentos de reorganização

A tradicional dicotomia dos processos falimentares - concordata e falência - deu lugar a uma série complexa e sofisticada de mecanismos concebidos para reorganizar e recuperar a empresa econômica e financeiramente viável, conforme ensino de GERARDO SANTINI na conferência Soluciones jurídicas al estado de crisis de la empresa en los sistemas de economia de mercado, *in* La Reforma del Derecho de Quiebra, cit., p. 35 e segs.

Esses processos e procedimentos podem ser classificados em:

- a) pára-falimentares;
- b) pré-concursais;
- c) pré-falimentares e
- d) pós-falimentares.

II) Procedimentos pára-falimentares

Os procedimentos pára-falimentares são administrativos e extrajudiciais, têm uma ativa e decisiva participação da autoridade pública no seu desenvolvimento e visam a criar condições de a empresa potencialmente importante para o Estado reerguer-se, partindo da idéia de que, para obviar as crises das empresas, em particular das grandes empresas, é indispensável prover a sua refinanciação, o que, as mais das vezes, só é possível fazer-se através do Poder Público, pois é curial que, entrando em dificuldades, a empresa fique sem meios de obter empréstimos e financiamentos e até mesmo de comprar a crédito.

O socorro do Estado às empresas em crise vem através de medidas especiais de salvamento e de leis especiais, como vimos no parágrafo 3º *supra*.

São exemplos de procedimentos pára-falimentares na Itália o Decreto-Lei 602, de 05.10.1978, e a Lei nº 95, de 03.04.1979, modificada em 1980 e 1982, e, no Brasil, a Lei nº 6.024, de 13.03.1974, e o Decreto-Lei nº 2.321, de 25.02.1987.

De acordo com as leis italianas, em especial a lei “sobre a administração extraordinária das grandes empresas” (Lei nº 95, de 1979), procura-se salvar as empresas importantes para a economia do país que já receberam créditos especiais do governo e facilitar o seu financiamento, ficando a cargo do Ministro da Indústria nomear um “supercomissário”, como substituto dos órgãos sociais, incumbido de reestruturar a empresa e apresentar um plano de

reorganização, para ser submetido à autoridade administrativa encarregada do procedimento. O plano deve prever as garantias estatais para as dívidas contraídas pelo comissário, o modo e o prazo de pagamento aos credores.

No Brasil, pela Lei nº 6.024, de 1974, as instituições financeiras estão sujeitas à intervenção extrajudicial (art. 1º), dela podendo sair se: (a) os interessados, apresentando ao Banco Central as necessárias garantias, tomarem a si o prosseguimento das atividades empresariais ou (b) quando, a critério do Banco Central, a situação da entidade se houver normalizado (art. 7º).

Ex vi do Decreto-Lei nº 2.321, de 1987, o Banco Central pode decretar, em defesa das finanças públicas, o regime de administração especial temporária de instituições financeiras privadas e públicas não federais, sem prejuízo do curso regular dos negócios da entidade e de seu funcionamento normal, embora sejam afastados de imediato os administradores e membros do conselho fiscal, nomeando-se um conselho diretor com plenos poderes de gestão, cessando a intervenção (a) se a União Federal assumir o controle da instituição, (b) nos casos de fusão, incorporação, transformação, cisão ou transferência do controle acionário e (c) quando, a critério do Banco Central, a situação se houver normalizado (art. 14).

III) Procedimentos pré-concursais

A) Acordo pré-concursal

a) Síntese histórica

Como escrevemos alhures³¹, o acordo pré-concursal tem suas raízes no direito estatutário, embora haja quem identifique no *pactum et minus solvatur* sua origem mais remota, constituindo-se, desde então, em uma solução econômica, simples e rápida para os problemas do devedor em dificuldades financeiras, merecendo especial referência a disciplina, tanto da concordata judicial, quanto da concordata extrajudicial, na República de Veneza, berço do movimento, que se expandiu e chegou aos dias de hoje, de tutelar os direitos do devedor, ao contrário do sistema até então adotado de proteger-se apenas os direitos do credor, pois se via o falido como um *fugitivus*.

Nas demais cidades, como anota FRASCAROLI SANTI, embora não regulado em lei, o acordo pré-concursal era muito utilizado na prática mercantil, sem o controle e sem a intervenção do magistrado.

³¹ Direito Concursal, Forense, 1996, p. 33/41, e o Moderno Direito Concursal, Dinigraf, 1996, p. 24/29.

Durante os séculos XVI e XVII, foram comuns os acordos entre devedor e seus credores, com o fim de alongar os prazos de pagamento e/ou obter o devedor remissão parcial dos débitos, sendo que a Ordenança Francesa de 1673, no artigo 6º, previa a realização da assembléia geral de credores para discussão e deliberação sobre a proposta ao devedor, considerando-se aprovada se contasse com votos de três-quartos dos credores.

Na Itália, o Código de Comércio de 1882, no artigo 825 e segs., estabelecia regras sobre o acordo extrajudicial na moratória e na quebra, tendo a Lei 197, de 24.05.1903, suprimido a moratória posterior à quebra, não havendo o Decreto-lei 267, de 16.03.1942, ainda em vigor, cuidado do assunto, o que levou SATTI a afirmar que o devedor não pode ser declarado falido se todos os credores concordarem em conceder-lhe moratória e PETRUCCI a doutrinarem que o acordo pré-concursal, mesmo durante o regime da Lei 197/1903, teve uma rica elaboração dogmática e jurisprudencial, informada, sobretudo, pelas normas da concordata amigável da falência, logrando-se, com o tempo, formular uma “teoria geral da concordata extrajudicial”.

b) Direito Comparado

A Lei de Falências do Chile, de 2/07/1931, nos artigos 138 a 141, prevê o convênio extrajudicial, estabelecendo que ele deve ser aprovado pela unanimidade dos credores e que o devedor deve apresentar um minucioso relatório sobre a situação dos negócios, instruído com o balanço patrimonial.

A Lei de Falências do Peru, de 2/08/1932, admite o convênio extrajudicial, que tem por fim facilitar a liquidação da empresa, mas não evitar a declaração de falência.

Na Colômbia, o Decreto 350, de 16/02/1989, no capítulo 11, disciplina o acordo privado concordatário, celebrado entre devedor e seus credores, para impedir a declaração da falência, dentro de um procedimento judicial.

No Uruguai, por força da Lei 5392, de 25/01/1916, há a concordata preventiva extrajudicial e a concordata privada, tendo a Lei 8.045, de 11/11/1936, reformulado a concordata preventiva, tornando-a mais liberal que a extrajudicial.

Na Argentina, a Lei 22.917, que reformou a Lei 19.551, criou o “acordo pré-concursal”, com vistas a fazer desaparecer o estado de dificuldades econômico-financeiras ou cessar a inadimplência do devedor, sem o recurso ao Poder Judiciário.

Nos demais países latino-americanos, porque seguiram a orientação do direito francês, só há a concordata judicial, para evitar a falência ou para suspendê-la.

Na Europa, inúmeros países, quer através de novas leis, quer de projetos recentes, quer em virtude da prática mercantil, têm prestigiado o acordo pré-concursal.

Na Inglaterra, a Lei de Insolvência de 1986 prevê “com o objetivo de reduzir o número de quebras, que sejam facilitados os acordos voluntários entre devedores e seus credores”.

Na Bélgica, há um projeto que pretende instituir o regime de prevenção e assistência às empresas em dificuldades, que permite a adoção de medidas destinadas a descobri-las a tempo e saneá-las, quando possível.

Na Noruega, pela Lei de 8/06/84, devedor e credores podem negociar as dívidas, para evitar a quebra; se não obtiverem êxito nas negociações, o devedor pode ajuizar a concordata preventiva judicial.

Na Suécia, a legislação oferece três tipos de solução: a concordata extrajudicial, sem a participação do juízo, que deve contar com o acordo unânime dos credores; a concordata judicial, com a participação de um curador nomeado pelo juiz, que depende da concordância de todos os credores; a concordata pública, que apenas requer a aprovação da maioria dos credores.

Na Itália e na Alemanha embora sem previsão legal, é comum o acordo pré-concursal, com fundamento no princípio da liberdade contratual.

Na América do Norte desde o Chandler Act de 1938 até a Lei 1978, é corriqueira a solução preventiva do saneamento da empresa em dificuldades.

No Japão, na esteira do direito norte americano, é freqüente a utilização de medidas extrajudiciais para a crise da empresa, porque lá a falência é um acontecimento escandaloso, que atinge não só a pessoa do falido, como a de sua família, seus descendentes e até mesmo os colaterais.

O acordo pré-concursal é um contrato inominado, celebrado entre o devedor e seus credores, com a finalidade de evitar a falência e de criar condições de reerguimento da empresa em estado de crise econômica.

c) Características

O acordo pré-concursal tem natureza contratual, pois se aperfeiçoa pelo mútuo consenso das partes, não os impulsionando qualquer coação estatal, mas tão-somente o propósito de compor, da melhor maneira possível para todos, o conflito real ou potencial de interesse entre o devedor e

seus credores e, até mesmo de credores entre si, preservando-se, ademais, o interesse social, através da manutenção das atividades empresariais.

É extrajudicial, porque celebrado sem a participação ou interferência do Poder Judiciário.

É consensual, porque se conclui pela simples manifestação de vontade das partes, prescindindo de qualquer formalismo.

É oneroso, porque há vantagens recíprocas para os contratantes; para o devedor, eventual redução das dívidas, dilação de prazos ou medidas outras que lhe atenuem as obrigações, possibilitando-lhe continuar a desenvolver as suas atividades; para os credores, o robustecimento de suas respectivas posições, de forma a incrementar as possibilidades de efetivo recebimento dos seus créditos.

É informal, porque às partes é facultado regular seus interesses da maneira que lhes aprouver.

É preventivo, porque visa prevenir a falência.

É individual, porque só obriga os signatários, em função do princípio da relatividade, segundo o qual os efeitos dos contratos se circunscrevem, afora expressa disposição legal, às partes que o celebram.

É aberto, porque os credores não signatários podem a ele aderir quando quiserem.

d) Pressupostos

São pressupostos do acordo pré-concursal:

a) um devedor em estado de crise econômica;

b) credores que aceitem, no todo ou em parte, a proposta de composição formulada pelo devedor para superar as dificuldades em que se encontrava;

c) um plano de reorganização, que demonstre ser econômica e financeiramente viável a recuperação.

e) Finalidades

O acordo pré-concursal tem por objetivo evitar a declaração da falência e criar condições de o devedor reorganizar-se e recuperar-se, como diz ROCCO, “de forma privada e amigável, sem dispêndio, sem demora e, especialmente, sem a embaraçante publicidade de um procedimento judicial”.

f) Aplicação prática

Para a sua aplicação prática, permitimo-nos sugerir a discussão da seguintes idéias básicas:

1ª) Ser extrajudicial, com a finalidade de obter-se economia de custo e tempo; preventivo, para evitar a declaração de quebra, mesmo depois de ter havido protesto; informal, com plena liberdade de as partes convencionarem o que melhor lhes aprouver, consoante os princípios da soberania dos sujeitos privados, da autonomia da vontade das partes e da disponibilidade dos direitos patrimoniais; individual, para só obrigar os signatários, e aberto para possibilitar futuras adesões.

2ª) Antes de propor o acordo a seus credores, a empresa deve:

a) elaborar demonstrações financeiras, que expressem com clareza a sua situação patrimonial, submetendo-as a auditor independente;

b) elaborar relatório sobre os negócios sociais e os principais fatos administrativos dos três últimos exercícios;

c) elaborar lista nominativa de todos os credores, inclusive fiscais e parafiscais, especificando as respectivas garantias, se houver, e reavaliar as contas do ativo permanente e

d) pela maioria de seus sócios, reunidos em assembléia geral, aprovar a proposta de acordo.

3ª) A proposta de acordo, a ser submetida aos credores, deve especificar:

a) a natureza das dificuldades e os meios e modos de superar a crise;

b) se o ativo é superior ao passivo exigível;

c) se oferecerá garantias reais;

d) se pretende obter apenas moratória ou também remissão parcial das dívidas, especificando as condições e prazo de pagamento e se a proposta compreende as dívidas vencidas ou também vincendas, podendo a proposta abranger outras medidas de reorganização, como, v.g., aumento do capital social mediante capitalização de créditos; cessão da empresa, total ou parcial; cessão, permuta, locação ou extinção de estabelecimentos; venda, permuta ou locação de bens ou direitos;

e) se concorda que os credores nomeiem um profissional de reconhecida idoneidade moral e financeira e capacidade técnica para assistir à direção da empresa;

f) se o objetivo é a reorganização e saneamento da empresa ou apenas liquidar o passivo exigível.

4ª) Cumpridas essas três etapas, a empresa deve convocar os credores, por carta, com aviso de recebimento, para se reunirem em assembléia geral, em local, dia e hora designados com antecedência de, pelo menos, dez dias.

5ª) Reunidos em assembléia geral, os credores deliberarão, por maioria de dois-terços, sobre a proposta de acordo da empresa, lavrando-se a respectiva ata.

6ª) Ao deliberarem em assembléia geral, os credores decidirão também a respeito da suspensão das ações e execuções contra a empresa e da continuação dos fornecimentos e financiamentos.

7ª) A ata da assembléia geral de credores e a ata da assembléia dos sócios serão arquivados no Registro do Comércio.

B) Prevenção das dificuldades

A Lei 84-148, de 1/03/84, trata, na França, da prevenção das dificuldades das empresas, através (a) de informações sobre as atividades empresariais e (b) da concessão de financiamentos.

A prática tem demonstrado que grande parte dos problemas enfrentados pelas empresas poderiam ser eliminados caso houvesse informações suficientes sobre sua situação econômica e financeira, daí porque a lei buscou melhorar a informação já existente, (1) prevendo a obrigatoriedade, nos grupos de sociedade, da publicação, em documento único, das contas de todas as empresas do grupo, (2) garantindo maior independência do *commissaire aux comptes* encarregado da auditoria nas contas da empresa e (3) estabelecendo a obrigatoriedade de depositar as contas anuais da sociedade em cartório, garantindo maior publicidade à informação.

Porém, não se ateu o legislador francês à previsão de informações voltadas para o passado, pois criou dispositivos que permitem aos interessados tomar conhecimento de dados atualizados sobre a situação financeira da sociedade, que, projetados, permitem uma avaliação segura sobre as perspectivas futuras.

A grande inovação da Lei 84-148 consiste no caráter preventivo das informações, dadas a conhecer ao *commissaire aux comptes*, a um representante dos empregados e ao conselho de vigilância (*conseil de surveillance*), que têm o dever de sobre elas manter sigilo, para evitar quaisquer tipos de abalo à credibilidade da empresa. Estas informações consubstanciam-se (1) em demonstrativos do ativo realizável e disponível e do passivo exigível (terminologia criticada pela doutrina francesa, porquanto não há que se falar em passivo exigível sem cessação de pagamentos, nem se compreende o que o legislador quis dizer com ativo realizável, cfr. YVES GUYON, “Droit des Affaires”, Ed. Economica, 3eme éd., 1991, pág. 49), (2) em um quadro de

financiamento contendo os recursos disponíveis e (3) nos gastos realizados no exercício anterior, além da divulgação de um plano de financiamento, quando houver. Para garantir o sigilo, tais informações preventivas somente são reveladas aos acionistas por ocasião das assembleias gerais (do contrário, nas companhias que contarem com um número grande de acionistas, poderia haver a divulgação precipitada de informações que porventura aumentasse as dificuldades existentes). É certo que, divulgados os dados na assembleia geral, não mais se pode falar em sigilo, posto que o universo de pessoas abrangidas inviabiliza qualquer pretensão neste sentido.

A existência deste tipo de contabilidade preventiva é obrigatória nas empresas ditas importantes (que tenham movimentação anual superior a 120 milhões de francos ou empreguem mais de 300 trabalhadores) e facultada às demais, que podem, inclusive, aderir a grupos de prevenção encarregados da análise, juntamente com a Banque de France, das dificuldades encontradas.

A Lei 84-148 instituiu, também, um especial procedimento de aumento de capital, para reforço dos fundos das empresas, notadamente com a criação de novos valores mobiliários, como os ditos compostos ou inominados, mesclando as características de outros títulos (direito de voto, direito a dividendos prioritários, etc.), cuja emissão recebe incentivos fiscais ou certificados de investimento, conferindo prerrogativas pecuniárias ao acionista sem direito a voto.

Ademais, previu a lei a convocação de assembleia geral extraordinária quando for verificado que o ativo realmente disponível é inferior à metade do capital social, deliberando-se, então, se haverá dissolução ou continuação da sociedade. Optando-se pela continuação, a Lei 84-148 concede dois anos de prazo para novos aportes de capital, até o ativo atingir a metade do capital social. A reforma promovida pela recente Lei 94-475 acentuou a importância da prevenção, tornando-a a *pièce maîtresse* capaz de representar verdadeira alternativa à recuperação Judicial³².

C) Regulamento Amigável

Cuidou, ademais, a Lei francesa 84-148 do “Regulamento Amigável”, de eficácia limitada, porquanto necessita de acordo entre o devedor e seus credores para ter sucesso.

³² ALAIN COURET, “La réforme du droit des entreprises en difficultés”, Ed. Montchrestien, 1995, pág. 13.

A par das mencionadas iniciativas de caráter individual, a Lei 84-148 instituiu um procedimento coletivo extrajudicial - o regulamento amigável - em que se requer ao Presidente do Tribunal do Comércio a designação de um conciliador, para, nas hipóteses de empresas cujas necessidades de curto prazo não possam ser satisfeitas por financiamentos, sendo, todavia, suscetíveis de se recuperar, negociar condições mais favoráveis de pagamento com os principais credores.

Não se faz necessária a participação de todos os credores no regulamento amigável, tampouco são os mesmos forçados a aceitar as condições propostas. No entanto, para que a iniciativa seja bem sucedida, é mister a colaboração dos principais credores; do contrário o regulamento amigável seria apenas uma forma de prolongar a agonia da empresa antes da instauração do procedimento em juízo.

O acordo deve ser homologado pelo Presidente do Tribunal, como estabelecido pela Lei 94-475, que reintroduziu a possibilidade de suspensão provisória das demandas judiciais contra a empresa, mediante requerimento feito pelo conciliador ao Presidente do Tribunal do Comércio. Essa iniciativa, implantada em 1967, havia desaparecido com as Leis 84-148 e 85-98, ressurgindo com a reforma de 1994.

Por fim, o não-cumprimento dos encargos financeiros do regulamento amigável enseja a instauração do processo judicial de recuperação.

IV) *Processos pré-falimentares*

A) Sistema francês

a) A abertura do processo

A Lei 85-98 manteve o critério da interrupção dos pagamentos, fato caracterizador da abertura do processo de recuperação judicial do devedor.

Qualquer pessoa, física ou jurídica, de direito privado está a ele sujeita, excluindo-se apenas as sociedades ditas ocultas e as sociedades de fato, nas quais o processo é aberto em relação a seus sócios.

As pessoas físicas podem ser submetidas à recuperação judicial como consequência de outro processo, nas hipóteses de responsabilidade solidária dos diretores, quando se verificar a obtenção de vantagens pessoais em detrimento da empresa ou de haverem sido condenadas a cobrir o passivo, sempre que não executarem espontaneamente a condenação.

Ademais, a Lei Neiertz, de 31/12/89, criou a possibilidade de particulares requererem o benefício de um regulamento amigável civil (em hipóteses tão comuns no dia-a-dia, como a impossibilidade de honrar crediários, etc.),

o qual, caso descumpridos seus encargos, dará origem à recuperação judicial.

Apenas os profissionais liberais não se incluem nestas hipóteses, pois os procedimentos coletivos não se aplicam às suas dívidas profissionais, exceção esta cuja razão de existir a doutrina francesa ainda não conseguiu vislumbrar.

O artigo 4º da lei 85-98 foi expresso ao estabelecer que dívidas de qualquer natureza (civil ou comercial) ensejam a recuperação judicial, bastando a efetiva comprovação da interrupção dos pagamentos. Hipótese interessante é aquela contemplada pela jurisprudência francesa, reconhecendo a possibilidade de se iniciar o processo de recuperação sempre que os pagamentos estiverem sendo mantidos em dia de modo artificial, ruinoso ou fraudulento, visto que estaria configurada, na verdade, uma interrupção de pagamentos disfarçada.

Têm legitimidade para requerer a recuperação 1) o devedor, mediante o depósito do balanço em cartório, detalhando a real situação jurídica, financeira e social da empresa, no prazo de quinze dias da interrupção dos pagamentos, e 2) o credor, não importando a natureza do crédito ou a existência de benefício de ordem, sendo necessário apenas que a dívida seja líquida, certa e exigível.

Tem, por igual, legitimidade, em casos excepcionais, o Ministério Público, prevendo-se, também, dentro da idéia de formação de uma magistratura econômica, capaz de bem analisar e compreender o funcionamento das grandes empresas, a possibilidade de abertura do processo por determinação *ex officio* do Tribunal do Comércio.

Almejando evitar custos demasiado altos para os processos de menor vulto, envolvendo pequenas empresas e pessoas físicas, foi previsto um procedimento simplificado, contrapondo-se ao regime geral, aplicável às empresas cujo número de empregados não exceda cinquenta e, cumulativamente, tenham um volume de negócios inferior a 20 milhões de francos. Nele, os prazos são mais curtos e não há a necessidade de um número grande de pessoas envolvidas no processo. Há, outrossim, a possibilidade de conversão do procedimento simplificado em comum, sempre que se entender que tal ato virá a favorecer a recuperação do devedor.

Após a oitava obrigatória do devedor, do representante dos trabalhadores e, quando anteriormente houver existido um regulamento amigável, do conciliador, o Tribunal, com base em elementos econômicos (perspectivas de recuperação, garantia dos empregos, etc.), e nas informações de

que dispuser, decide pela continuação, cessão ou liquidação da empresa.

A sentença estabelece o período suspeito, fixando a data da interrupção dos pagamentos (no prazo máximo de 18 meses da data do início do processo), e o procedimento a ser seguido.

Nessa ocasião, são nomeados os órgãos que atuarão na recuperação, como o juiz-comissário, o administrador judicial, o representante dos credores e o perito, assegurando-se aos empregados a indicação de seu representante.

Destaca-se a figura do juiz-comissário, considerado o verdadeiro “maestro do novo processo”³³ pela amplitude das suas funções, que vão desde zelar pela rapidez do processo e pela proteção dos interesses envolvidos até a fiscalização do administrador e do representante dos credores e a participação, junto com os mesmos, na elaboração do balanço econômico e social da empresa.

b) O período de observação

É a grande inovação da lei francesa de 25 de janeiro de 1985.

É durante o seu desenrolar que, através da elaboração de um balanço econômico e social, se extrairão elementos concludentes acerca da real possibilidade de recuperação da empresa.

A duração do período de observação, prevista inicialmente no art. 8º da Lei 85-98, foi alterada com a recente reforma promovida pela Lei 94-475, de 10 de junho de 1994. A nova redação do citado artigo 8º estabeleceu que a fixação do prazo será feita mediante decreto do *Conseil d'État*.

O decreto 94-910, de 21 de outubro de 1994, veio fixar o prazo, mantendo a duração inicial de 6 meses, no regime geral, prorrogável por mais 6 meses mediante requerimento do devedor, do administrador, do MP ou de ofício pelo Tribunal. A mudança levou à fixação de um prazo máximo de 8 meses para a hipótese de uma segunda prorrogação, a pedido da Procuradoria da República, sendo, portanto, de 20 meses o tempo máximo de que se dispõe para a elaboração do plano de recuperação da empresa.

Para que ocorram as prorrogações, o Decreto 95-910 estabeleceu a necessidade de designação, pelo Presidente do Tribunal do Comércio, de uma audiência, no máximo até 10 dias antes do prazo fatal, convocando-se

³³ DERRIDA, Godfê et Sortais, “Redressement et Liquidation Judiciaire des entreprises”, Dalloz, 3ª éd., Dalloz, 1991, pág 25.

o devedor, os representantes de empregados e credores e dando-se ciência à Procuradoria da República.

Já no procedimento simplificado, foi mantido o prazo máximo de 8 meses de duração previsto pela Lei 85-98. A grande mudança foi a supressão do período de pesquisa, que, inicialmente, precedia a abertura do período de observação, unificando-se o procedimento.

O grande objetivo desta fase do processo é a elaboração de um plano de recuperação da empresa, a cargo do administrador judicial designado pelo Tribunal. Para tanto, o administrador elabora, de início, um balanço, na maioria das vezes acompanhado de um perito, que deve, além de abranger questão econômica (contábil e financeira), focar o lado social, indicando a situação do emprego, e jurídico, dando notícia da existência de litígios e da validade dos contratos.

Finalmente, traçada com fidelidade a situação da empresa, deve o administrador apontar precisamente onde considera estar a origem das dificuldades enfrentadas e, só então, partir para as soluções possíveis, a serem expostas no plano de recuperação.

O administrador funciona como um verdadeiro negociador, sua missão consistindo, nas palavras de YVES GUYON, em “susciter les bonnes volontés” do devedor, principalmente nos casos de continuação da empresa, dos credores, persuadindo-os a aceitar os sacrifícios que o Tribunal não lhes pode impelir, e de terceiros, principalmente daqueles que financiarão a recuperação.

Dessas negociações surge o plano de recuperação, estabelecendo (a) os prazos para pagamento dos credores, sem limite fixado pela lei; (b) as dívidas eventualmente perdoadas (não se pode impor a remissão aos credores, esta deve resultar de acordo); (c) as garantias dadas pelo devedor à execução do plano (ex. previsão de aumentos de capital, etc.) e (d) a venda de elementos do ativo. Devem ser explicitadas, também, as medidas para a reorganização estrutural da empresa, nelas incluídas possíveis demissões de empregados, em casos excepcionais.

Durante todo o período de observação, a exploração da atividade empresarial continua, seja sob o comando do próprio devedor ou dos diretores da empresa, seja com o administrador judicial à sua frente, nos moldes fixados pela sentença de abertura desta fase processual. No procedimento simplificado, não há designação de administrador judicial, ficando, portanto, a gestão a cargo do devedor ou dos diretores da empresa.

Quanto aos credores, devem habilitar seus créditos no prazo máximo de 2 meses, contados da publicação da sentença de abertura, sob pena de serem declarados extintos. Somente na hipótese de dívidas com o Tesouro ou a Seguridade Social, ainda não conhecidas, e em caso de se optar pela liquidação da empresa, se admite uma dilação desse prazo. A Lei 85-98 prevê, ainda, a suspensão dos processos individuais e a inexigibilidade dos juros sobre o valor dos créditos após a declaração de abertura do processo de recuperação.

Durante todo o desenrolar do período de observação, o Tribunal, verificando a impossibilidade de recuperação, pode decidir por seu encerramento e pelo início imediato da liquidação da empresa.

c) A fase definitiva

Ao final do período de observação, o Tribunal profere nova sentença, devendo decidir, com base no relatório do administrador, (a) pela adoção do plano de recuperação, quando, então, oficializará as propostas nele contidas, podendo mesmo modificá-las, dilatando, p. ex., os prazos previstos para pagamento dos credores, ou, caso verifique a inviabilidade da atividade empresarial, (b) pela liquidação judicial.

Feita a opção pela liquidação, constatando-se o fracasso de todo o processo, cujo objetivo precípuo é a salvaguarda da empresa, o Tribunal nomeia um liquidante, que normalmente é o representante dos credores. Excepcionalmente, pode-se autorizar o prosseguimento da atividade empresarial, para assegurar o cumprimento dos contratos e esgotamento dos estoques, cumprindo ressaltar que a liquidação pode ser decidida no início do processo, caso haja provas cabais de que a situação de degradação é irreversível e a empresa irrecuperável, visando, assim, evitar maiores prejuízos.

Caso prossiga a recuperação, o Tribunal estabelecerá se a empresa deve permanecer sob a gestão de seus diretores ou se deve ser cedida a terceiros, nomeando, também, um comissário encarregado da execução do plano.

Além do destino a ser dado à empresa, a sentença deve fixar a forma como o passivo será apurado e os credores ressarcidos, cabendo ao Tribunal fixar os prazos de pagamento, homologar as eventuais remissões concedidas pelos credores, incluindo-se a Fazenda e a Seguridade Social, e oficializar as medidas previstas no plano de recuperação da empresa.

Na hipótese de liquidação, a Lei 85-98 confere uma maior liberdade de procedimento a cargo do liquidante, particularmente quanto à venda dos

bens em hasta pública, autorizando-o a ceder algumas unidades de produção rentáveis, mediante apuração da melhor oferta, ou até mesmo optar pela venda de bens isolados, fazendo-se a alienação judicial apenas em último caso, tudo no intuito de assegurar uma maior rapidez ao processo.

d) Conclusões

A Lei 85-98 rompeu com o sistema tradicional das falências e concordatas, com o escopo de minimizar os prejuízos sofridos pelos credores, pois veio estabelecer normas que visam principalmente a assegurar a sobrevivência das empresas.

Para tanto, prevê um período de observação - e esta é a sua maior contribuição ao moderno Direito Concursal - que possibilita realizar uma real avaliação das condições da empresa.

Outros institutos polêmicos, como a declaração de extinção dos créditos não-habilitados tempestivamente ou a não-fixação de um prazo-limite para o pagamento dos créditos, podem soar como verdadeira heresia aos ouvidos daqueles que se preocupam somente com o imediatismo, não percebendo que a total satisfação dos créditos, seguida da quebra da empresa, traz conseqüências bem mais graves, podendo afetar os próprios credores ressarcidos e atingir toda a coletividade.

Por esta razão, deve-se considerar a lei francesa de 1985 como um real avanço, publicizando institutos anteriormente considerados apenas sob a ótica privada, sempre objetivando a manutenção da atividade empresarial e do nível de empregos.

A reforma operada pela Lei 94-475, oito anos após a edição da Lei 85-98, ocorreu em função da constatação de que, malgrado seu espírito inovador, a Lei 85-98 não atingiu plenamente seus objetivos, demonstrando as estatísticas que 95% dos processos terminaram em liquidação judicial, enquanto a porcentagem de créditos quirografários recuperados não passou dos 5%. Estes dados permitem concluir que o novo direito dos procedimentos coletivos não conseguiu reduzir o número de falências na economia francesa, duramente afetada pela crise econômica internacional, sobrelevando notar que algumas mudanças trazidas pela reforma de 1994, limitando os sacrifícios impostos aos credores, podem mesmo inviabilizar a recuperação de muitas empresas, tornando mais fácil a liquidação judicial.

Contudo, e isso é o que efetivamente importa, o objetivo de reorganizar, sanear e recuperar a empresa permanece inalterado. No entanto, para atingi-lo, faz-se necessária uma mudança da atuação dos magistrados, que

devem passar a analisar a matéria sob um enfoque econômico, em detrimento das filigranas jurídicas. Também o Estado há de ter uma papel ativo no processo, concedendo incentivos, empréstimos e remissão de dívidas, assim como os credores, que devem preocupar-se menos com o ressarcimento total e imediato de seus créditos, privilegiando soluções de médio e longo prazos, que permitam a continuidade do devedor e, em consequência, de seu cliente, o que só será possível mediante a comunhão de esforços de todos os envolvidos no processo.

B) Sistema italiano

a) Legislação em vigor em matéria de recuperação econômica da empresa.

A Itália, em plena Segunda Grande Guerra, além de unificar, em um único Código, a legislação civil e a comercial, promulgou, também, um novo Código de Processo Civil e deu um novo tratamento ao Direito falimentar, através da RD nº 267, de 16 de março de 1942, em vigor desde 21 de abril de 1942, revogando, destarte, o Livro 3º do Código Comercial e fazendo surgir a figura da administração controlada, conforme se verifica dos artigos 187 a 193.

O artigo 187 estabelece que “o empresário que se encontra em temporária dificuldade de adimplir suas obrigações, recorrendo à condição prevista no art. 160, nos nºs 1, 2 e 3 do § 1º, e comprovando possibilidade de saneamento da empresa, pode requerer ao Tribunal o controle da gestão de sua empresa e da administração de seus bens a fim de garantir os interesses de seus credores por um período não superior a 2 anos. O requerimento obedece à forma estabelecida no art. 161”.

Segundo FERRI, o legislador de 1942 impôs ao empresário uma condição objetiva de admissibilidade do processo de administração controlada, ao limitar a utilização do instituto exclusivamente à hipótese de ele encontrar-se em temporária dificuldade de adimplir as suas obrigações, esclarecendo, mais, que o novo instituto não pode beneficiar o empresário que demonstre estar em situação de irremediável e definitiva insolvência, daí tirando a conclusão de que o processo de administração controlada se contrapõe ao de insolvência.³⁴

FERRARA, a sua vez, distingue a falência da administração controlada e da concordata porque, na administração controlada, assim como

³⁴ FERRI, Giuseppe, *Manuale di Diritto Commerciale*, Roma, Ed. Utet, 5ª ed.

na concordata, o objetivo é tornar possível o adimplemento do devedor; naquela, fixando um período de espera de no máximo dois anos, mantidos os débitos originários; nesta, diminuindo os débitos, com novas datas de vencimento; a falência, ao contrário, apenas tem em vista a realização dos direitos dos credores, mediante a realização do ativo e do pagamento do passivo, através da liquidação do patrimônio da empresa.

Distingue, ainda, FERRARA a administração controlada da concordata preventiva porque: “...a primeira propõe-se à reconstrução da solvência do empresário por meio do afluxo de novos bens ao seu patrimônio, afluxo este que se prevê provável e próximo; e a segunda propõe-se ao contrário a pagar a todos os credores”³⁵.

O artigo 188, a sua vez, dispõe que “o Tribunal, se presentes as condições estabelecidas na lei e se o empresário merecer o benefício, admite-o ao procedimento da administração controlada através de despacho não sujeito a recurso. No despacho, o Tribunal: (1) nomeia um juiz para o processo; (2) ordena a convocação dos credores no prazo de 30 dias, fixando o seu término; (3) nomeia um comissário judicial de acordo com as disposições dos artigos 27, 28 e 29; (4) limita a 8 dias o prazo para o requerente depositar as custas processuais. O despacho é publicado de acordo com a norma do artigo 166 e produz os efeitos previstos nos artigos 167 e 168. São aplicáveis as disposições dos arts. 164, 165, 170 e 173”.

Assinale-se que o comissário deverá ser escolhido entre os inscritos nas listas de advogados, procuradores, doutores comerciais e contadores, somente em casos especiais, mediante despacho motivado, poderão ser nomeadas pessoas não inscritas.

O artigo 189, a seu turno, estatui: “Assembléia de Credores - à deliberação dos credores se aplicam as disposições dos arts. 174, 175, 176, 1º parágrafo, 177, 4º parágrafo, 178, parágrafos 1º, 2º, e 3º. Admite-se, para todos os efeitos, os votos dados por carta ou telegrama, contanto que cheguem antes do encerramento da assembléia. A proposta do devedor é aprovada quando recebe voto favorável da maioria dos credores que representem a maioria dos créditos, excluídos os credores com direito de preferência sobre os bens do devedor. Se a maioria não for alcançada, cessam os efeitos do decreto de admissão ao procedimento”.

³⁵ FERRARA, Francesco, *Il Fallimento*, Milão, Ed. Giuffrè, 1974, 3ª ed., p. 223.

O artigo 190, sob o título “providências do juiz delegado”, determina que, “se a maioria prescrita é alcançada, o juiz delegado, levando em conta o parecer dos credores que compareceram à assembléia, nomeia uma comissão de 3 a 5 credores para assistir ao comissário judicial. Contra decisão do juiz delegado admite-se reclamação da parte de qualquer interessado, no prazo de 10 dias. O Tribunal decide em Câmara de Conselho por decisão não sujeita a recurso”.

O artigo 191, sob a epígrafe “poderes e gestão do comissário judicial”, esclarece que, “durante o procedimento, o Tribunal, a pedido de qualquer interessado ou de ofício e ouvida a comissão de credores, pode, por decisão não sujeita a reclamação, entregar ao comissário judicial - no todo ou em parte - a gestão da empresa e a administração dos bens do devedor, fixando-lhe os poderes. A decisão é publicada na forma do artigo 166. Em tal caso, o comissário, ao fim de seu trabalho, deve apresentar relatório de sua administração, na forma do art. 116”.

O artigo 192 prevê que, além do relatório mencionado no artigo 191, “o comissário judicial apresentará a cada 2 meses relatório ao juiz delegado sobre o andamento da empresa. O comissário judicial e a comissão de credores devem denunciar ao juiz delegado os fatos que autorizam a revogação da administração controlada. Se em qualquer momento ficar demonstrado que a administração controlada não pode levar a empresa a bom termo, o juiz delegado submete ao Tribunal a declaração de falência, assegurado ao empresário o direito de requerer concordata preventiva de acordo com as disposições do título precedente”.

O artigo 193 cuida do encerramento do procedimento da administração controlada, ao dizer que “o devedor, que demonstrar ter condições de adimplir com suas obrigações, pode requerer ao Tribunal, antes do término do prazo estabelecido para a administração controlada, a cessação do procedimento. Neste caso o Tribunal decide com o decreto publicado de acordo com a norma do art. 17.

Se ao término da administração controlada resultar que a empresa não tem condições de adimplir regularmente com suas obrigações, se aplica o 3º parágrafo do artigo precedente”.

b) Natureza jurídica da administração controlada.

Segundo opinião dominante, trata-se de um procedimento judicial civil de caráter concursal, de natureza cautelar, que o legislador põe à disposição do empresário quando se verificar ser iminente a declaração de

falência da empresa em virtude de temporária dificuldade financeira, que a impossibilita adimplir compromissos com vencimento certo.

Outra corrente sustenta a tese de tratar-se de um procedimento de jurisdição voluntária.³⁶

Outras, absolutamente minoritárias, entendem que se trata de “sequestro convencionado do patrimônio do empresário”³⁷, “inspeção judicial sobre o patrimônio do empresário”³⁸, “contrato judicial de transação”³⁹ e “processo executivo especial”⁴⁰.

c) Finalidade da administração controlada.

A função da administração controlada é o saneamento da empresa, para que ao final do procedimento judicial ela volte a ser uma empresa viável com capacidade de cumprir as suas obrigações. Por tal razão é que como condição de admissibilidade ao procedimento a crise econômica deve ser temporária, e não caracterizada pela insolvência total do devedor, não havendo possibilidade de reerguimento.

GAMBINO afirma que “o procedimento da administração controlada revela-se como o mais idôneo para realizar a não utópica finalidade da conservação em vida do complexo empresarial com o seu nível ocupacional, sem a traumática dissolução feita pelo bloqueio falimentar da atividade da empresa”.

d) Pressupostos subjetivos da administração controlada.

São pressupostos subjetivos da administração controlada: (a) estar a empresa regularmente registrada; (b) estar com a contabilidade regular; (c) ter o devedor “capacidade técnico-produtiva”, que lhe permita pagar aos credores.

e) Pressupostos objetivos da administração controlada.

São pressupostos objetivos da administração controlada: (a) a temporalidade da dificuldade (a temporária dificuldade e o estado de insolvência são duas gradações do mesmo fenômeno, se distinguindo pela possibilidade, no primeiro, de saneamento); (b) apresentação, pelo empresário, de um plano de saneamento.

³⁶ PAZZWGLIA, L'Amministrazione Controllata, p. 23 e segs.

³⁷ AZZOLINA, III, p. 1,677 e segs.

³⁸ CANDIAN, Tomo 56, 157.

³⁹ FERRARA, p. 153.

⁴⁰ PAJARDI, p. 782 e segs.

f) Impedidos de requerer a administração controlada.

Não podem requerer a administração controlada: (a) bancos e empresas de crédito em geral; (b) as empresas em liquidação, pois a administração controlada pressupõe a normal existência da empresa; (c) sociedades irregulares; (d) sociedades públicas, com exceção daquelas que, apesar da participação acionária de um ente público, conservam natureza privada; (e) sociedades de responsabilidade ilimitada; (f) empresários mortos ou impedidos e (g) pequenas empresas.

g) Foro Competente.

É competente o foro do lugar onde a empresa exerce suas principais atividades, mesmo que não coincida com a sede legal.

h) Prazo de duração da administração controlada.

O prazo de duração da administração controlada é de 1 a 2 anos, não se admitindo a prorrogação do prazo máximo.

i) Competência do Tribunal.

O Tribunal é competente: (a) para decidir o mérito da admissão ao processo; (b) nomear e destituir o comissário judicial; (c) nomear um juiz para o processo; (d) estabelecer as condições para convocação dos credores; (e) fixar o valor das custas; (f) dispor sobre as atribuições do comissário e as possíveis contestações sobre o relatório deste; (g) julgar os recursos cabíveis; (h) revogar a administração controlada e (i) declarar a falência.

Observe-se que: (a) o despacho de admissão no procedimento tem que ser fundamentado quanto às condições objetivas e subjetivas; (b) o despacho é impugnável pelos credores no prazo de 60 dias, *ex vi art. 111*; (c) a cassação do despacho tem efeito *ex nunc*; (d) justamente porque a temporária dificuldade e a insolvência são duas gradações do mesmo fenômeno econômico, o Tribunal, rejeitando o procedimento, pode declarar a falência, embora não esteja obrigado a isso, porque, se presentes os pressupostos, o empresário pode requerer concordata preventiva e (e) o decreto de rejeição é impugnável, de acordo com o art. 111.

j) Competência do juiz delegado.

Ao juiz delegado incumbe: (a) dirigir a administração do patrimônio da empresa e autorizar os atos de administração extraordinária do artigo 167 (a administração ordinária continua a cargo do empresário, devendo entender-se por administração ordinária a prática dos atos de rotina indispensáveis ao regular funcionamento da empresa. Os atos de administração extraordinária não autorizados não têm efeito para os credores, embora

sejam válidos entre as partes); (b) averbar o despacho de concessão do procedimento de administração controlada na escritura contábil; (c) promover a declaração de falência; (d) presidir a assembléia de credores; (e) admitir provisoriamente os créditos contestados e formalizar o processo verbal; (f) nomear a comissão de credores e (g) examinar o relatório e a denúncia do comissário judicial e da comissão de credores e promover a declaração de falência, quando for o caso.

l) Competência do comissário judicial.

Ao comissário judicial compete: (a) fiscalizar a administração do patrimônio do devedor e a gestão da empresa; (b) verificar as listas de credores e devedores; (c) comunicar aos credores a data da convocação e a proposta do devedor; (d) redigir o inventário e a relação de que trata o art. 172; (e) informar ao juiz delegado sobre o andamento da empresa e (f) denunciar os fatos que autorizam a revogação da administração controlada.

m) Efeitos da administração controlada para o devedor.

O empresário conserva a administração da empresa com as limitações previstas no art. 167, embora sob a superintendência do juiz delegado e a fiscalização do comissário judicial, bem como conserva sua plena capacidade processual ativa e passiva.

n) Efeitos para os credores.

O depósito na secretaria do Tribunal da decisão de admissão do procedimento de administração controlada produz efeitos para todos aqueles que, na data do depósito, eram credores da empresa.

Os credores por título posterior ao despacho de admissão podem propor ações executivas sobre o patrimônio do devedor e adquirir direito de preferência. Os pagamentos voluntários feitos a estes são plenamente eficazes.

Na administração controlada os créditos hipotecários ou pignoratícios não podem ser executados.

A administração controlada não impede o seqüestro judicial sobre os bens do empresário, mas impede o seqüestro conservativo.

Na administração controlada não é proibido aos credores a propositura de ação de declaração e de condenação, pois a questão de existência e quantitativa do crédito deve ser resolvida por um juízo competente de acordo com o valor.

Com a admissão do devedor na administração controlada, os juízos de conhecimento em curso não se interrompem. A ação de rescisão não é

admitida mesmo que o inadimplemento haja ocorrido antes da administração controlada.

A ação ordinária revocatória é possível para os credores singulares contra atos de disposição posteriores à proposta.

o) Comissão de credores.

A comissão de credores tem exclusivamente funções consultivas, devendo assistir ao comissário judicial na vigilância e administração da empresa.

p) Gestão da empresa pelo comissário judicial.

A gestão da empresa pode ser delegada ao comissário judicial, com vistas a evitar a insolvência do devedor, realizando assim a função cautelar da administração controlada.

q) Revogação da administração controlada.

Ex vi do disposto no art. 192 do Código comercial de 1942, a denúncia, de que trata o segundo parágrafo do citado art. 192, se refere a qualquer fato ou circunstância que caracterize a atividade fraudulenta ou negligente do devedor.

A denúncia constitui um poder-dever do comissário judicial e da comissão de credores, ma não é indispensável para que o tribunal possa revogar a administração controlada e declarar a falência.

A impossibilidade de continuidade útil do procedimento constitui uma das causas de revogação. Essa impossibilidade pode ser valorizada independentemente do comportamento do empresário, sendo suficiente que a impossibilidade de adimplemento se configure permanente e irreversível.

A revogação pode ser declarada a qualquer tempo.

r) Pedido de concordata preventiva.

O devedor pode requerer concordata preventiva a qualquer tempo.

O Tribunal não é obrigado, antes de declarar a falência, a interpelar o devedor sobre sua intenção de requerer a concordata preventiva.

s) Da administração da controlada e sua utilização.

O instituto da administração controlada vem sido duramente criticado pelos doutrinadores italianos. Parte da doutrina calca suas argumentações pela pesquisa executada por PAPESCHI⁴¹, que demonstrou que, durante o

⁴¹ Il concordato preventivo e L'amministrazione Controllata alla prova dei fatti, *in* Diritto Fallimentare, 1952, parte I, p. 77 e segs., e na Lei Falimentar, Atas do Congresso de Monza, Milano, Giuffrè, 1975, p. 1051 e segs.

período de 1947 até 1971, foram declaradas 17.000 falências no Tribunal de Milão, contra um total de 132 processos de administração controlada, dos quais apenas 32 atingiram o objetivo colimado, 56 terminaram em falência, 12 em concordata preventiva com garantia e 32 em concordata preventiva com cessão de bens.

Segundo SATTA⁴², a administração controlada “saiu do ingênuo cérebro do legislador como um instituto destinado a curar os pequenos distúrbios sazonais e subitamente vista na prática como um instrumento de altíssima cirurgia, se não mesmo de magia, que consistia operar o coração do paciente, anestesiando os credores”.

DE MARTINI⁴³ considera que “a causa da impopularidade permanece na compreensível relutância de pôr a própria empresa, se ainda não destruída, sob o controle e a direção de outros; a gestão de uma empresa é uma parte no máximo delicada, centrada principalmente na atividade pessoal do gestor e a ingerência de estranhos, mesmo de órgãos públicos, necessariamente pesa e objeta as iniciativas. E ainda mais, quando, como costuma acontecer, o comissário é incompetente na matéria de gestão de empresas comerciais.

MAZZOCO-DOMENICO⁴⁴, a propósito do tema, declara que “parece muito fora da realidade econômica, de cujas leis não podem por certo superar os achados legislativos (freqüentemente piorando a economia), pensar que uma empresa já concretamente em crise, privada, portanto, de um substancial suporte econômico e financeiro, e com organização empresarial que já revelou as suas deficiências, possa reencontrar saúde completa, com uma moratória que, sem eliminar ou reduzir o débito, a faça reencontrar o seu caminho por mais ou menos breve tempo, e com um controle de órgão não só penetrante mas também não especializado!”.

Para JAEGER⁴⁵, a realidade hodierna postula, em relação aos interesses dos credores, uma prioritária e autônoma consideração ao interesse dos trabalhadores ocupados na empresa, que sob o perfil sócio-econômico

⁴² *Instituzione*, p. 422, nota 671.

⁴³ *Esperienza pratiche e profili teoria dell'amministrazione controllata*, in *Diritto Falimentare*, 1947, parte I, p. 5.

⁴⁴ *Manuale di Diritto Falimentare*, 1980, Nápolis, Jovene Editore.

⁴⁵ *Relazione di sintesi*, in *La Legge Falimentare*, cit., II, p. 1.158 e segs.

não podem mais ser confundidos com todos os outros credores, mesmo e como categoria de credores particularmente qualificados.

FERRARA⁴⁶, a sua vez, embora considerando que o instituto tem sido mal utilizado, declara que ele deve ser mantido com algumas alterações:

1) O instituto deveria chamar-se de saneamento da empresa, mas não em modo negativo como é atualmente, deixando livre o empresário para fazer o que quiser no período da moratória, mas sobre a base de um projeto articulado proposto pelo devedor sobre o qual o comissário judicial deve exprimir seu parecer e que após a aprovação do tribunal deve vincular o empresário;

2) O projeto não deve ser uma subtração aos direitos dos credores e os juros, mesmo nos limites da taxa legal, devem continuar a correr. Mas isso deve constar de um plano ou amortização do passivo em um período, que pode ser de dois ou três anos no máximo;

3) Deve ser consentida a oposição da aprovação do plano da parte dos credores privilegiados ou que representem pelo menos 10% do passivo;

4) Se o plano não é aprovado pelo tribunal ou se o devedor tornar-se inadimplente, deve ser declarado o estado de insolvência; e

5) O novo instituto, que poderia chamar-se “processo para o saneamento da empresa”, deveria ser limitado às empresas, cujo desaparecimento poderia causar danos à economia nacional ou regional.

C) Sistema americano

a) Introdução

A legislação falimentar norte-americana data de 1878, sendo a primeira lei federal de concursos que não foi fruto de um período de tensão econômica, como o foi, por exemplo, a de 1867, promulgada em plena Guerra da Secessão.

O denominado Código da Bancarrota de 1878 divide-se em diversos capítulos, tratando da bancarrota em geral os capítulos: os provimentos gerais (cap. 1), a administração judicial (cap. 3), credores, devedores e o Estado (cap. 5), cuidando dos procedimentos específicos os capítulos 7 (Liquidação), 9 (Reajuste dos débitos com o Município), 11 (Reorganização), 12

⁴⁶ FERRARA, op. cit. Prefácio, p. XXI.

(Reajuste dos débitos de uma família fazendeira com renda anual regular) e 13 (Reajuste dos débitos de uma pessoa de renda regular).

O Capítulo 11 disciplina a Reorganização, que é o procedimento através do qual a empresa americana de médio e grande porte tem preferido postular em juízo, quando se encontra em situação de insolvência, pois, não obstante os capítulos 7, 12 e 13 tenham ensejado maior número de pedidos, os requerimentos calcados no Capítulo 11 envolvem valores sempre muito mais expressivos.

b) Conceito de reorganização

Na reorganização, presume-se que a empresa, uma vez obtido temporário alívio no que diz respeito ao pagamento de seus débitos e aos processos de execução, será capaz de se reestruturar gradativamente, satisfazendo aos seus credores, pelo menos parcialmente, livrando-se da bancarrota e retornando à sua primitiva condição de empresa viável.

c) Legitimação para o requerimento de reorganização

A reorganização pode ser requerida, a princípio, por qualquer tipo de empresa, como, por exemplo, firmas individuais, sociedades anônimas, associações, etc., não estando, porém, habilitados os corretores de ações, de mercadorias e o município.

Pode ocorrer também o denominado requerimento involuntário, que é uma maneira de forçar o devedor a entrar em bancarrota. Isto acontece, normalmente, quando existe por parte do credor o temor do devedor tornar-se insolvente, impossibilitando, assim, o cumprimento de suas obrigações, diante de situações como a do devedor estar liquidando seus bens, ou, então, estar realizando um grande pagamento a um só credor.

Com o requerimento da bancarrota involuntária, qualquer pagamento realizado nos 90 dias anteriores à sua distribuição pode ser anulado, devendo o credor restituir o que recebeu.

Em geral, os credores evitam valer-se do requerimento involuntário devido ao seu alto custo, preferindo suportar o mal negócio. Ademais, para ajuizar o requerimento involuntário de reorganização, são necessários três ou mais credores, com no mínimo 5.000 dólares de dívidas. Se forem menos de doze os credores da empresa, apenas um credor pode tomar a iniciativa do requerimento, sempre com o mínimo de 5.000 dólares.

É, também, possível o uso do requerimento involuntário sempre que os sócios de uma sociedade não cheguem a um consenso quanto à adoção da reorganização.

O juiz deferirá o pedido se verificar que a empresa não vem pagando suas dívidas nos respectivos vencimentos, sendo facultado ao devedor fazer prova em contrário e requerer a extinção do processo, devendo os requerentes o ressarcir das despesas do processo e dos honorários de advogado.

d) Juízo competente

O devedor, à sua livre escolha, pode distribuir o pedido de reorganização no juízo federal de um dos seguintes locais:

1) onde a empresa tiver seu principal estabelecimento, ou

2) onde o devedor tiver domicílio ou residência, ou

3) onde estiverem seus principais bens.

e) Documentos que devem instruir o pedido

O devedor deverá juntar na petição inicial um rol dos credores e respectivos endereços, cumprindo ao devedor em 15 dias juntar uma lista dos bens e de seus débitos, denominada de “Lista da Bancarrota”. Além disso, deverá juntar o balanço da sociedade em estado falencial, renda corrente e despesas.

f) *Automatic stay*

Com a distribuição do pedido, instaura-se o denominado “automatic stay”, que é a suspensão temporária dos pagamentos das dívidas e das ações de execução, que, posteriormente, serão liquidadas de acordo com o plano de reorganização.

g) Plano de reorganização da empresa

O devedor deverá apresentar um plano de reorganização, onde serão classificados os créditos e realizados os pagamentos, disciplinando o parágrafo 1123 o conteúdo do plano.

A apresentação do plano é um direito exclusivo do devedor durante os 120 dias imediatamente subsequentes à distribuição do pedido de reorganização. Tal plano deverá ser aprovado em 180 dias; caso contrário, qualquer titular de direito ou parte interessada poderá fazê-lo. O prazo de apresentação poderá ser prorrogado caso a empresa demonstre necessidade.

h) *Disclosure statement*

Acompanhando o plano de reorganização, o devedor deverá juntar o denominado *Disclosure Statement*, que é o documento que esclarece aos credores sobre o conteúdo do plano, permitindo que estes exerçam fundamentadamente o seu direito de voto.

Em geral, este documento contém uma folha de balanço, uma pequena explicação da causa que motivou o requerimento da bancarrota, as razões do plano e um sumário deste.

Antes que a Corte da Bancarrota o examine e o confirme, o plano deverá ser aceito pela maioria dos credores e dos que têm interesses financeiros na situação do devedor. A Corte, por sua vez, só poderá confirmá-lo se estiverem preenchidas as condições do § 1129 do capítulo 11.

i) Efeitos da reorganização para o devedor

O devedor no processo de reorganização chama-se “devedor possuidor”, permanecendo com todos os poderes de gestão e representação da empresa.

A Corte, após a confirmação do plano, raramente irá interferir na administração da empresa, só o fazendo para verificar a implementação do plano. O devedor só terá que pedir autorização da Corte para obtenção de crédito (após a distribuição da bancarrota), assumir ou interromper locações não terminadas, contratar advogados, contadores, avaliadores e outros profissionais durante a bancarrota, vender, alugar ou usar propriedades da massa falida fora do curso ordinário da bancarrota.

j) Nomeação do síndico

A Corte pode excepcionalmente nomear um síndico no caso de fraude, desonestidade, incompetência, má administração por parte do diretor, ou outras causas. A figura do síndico poderá ser preenchida por uma pessoa ou por uma associação. Tal síndico poderá ser do “U.S. Trustee”, que é um órgão governamental, constituído por equipas de economistas, assistentes de síndico, etc, ou um síndico privado, que não precisa, necessariamente, ser um advogado, podendo ser, por exemplo, um contador, que poderá contratar um advogado para auxiliá-lo.

l) Da conversão da reorganização em outros procedimentos

O procedimento de reorganização poderá, a pedido do próprio devedor ou do síndico, se nomeado, ser convertido em outro procedimento, previsto em outros capítulos, tendo a experiência demonstrado que apenas dez por cento dos que começam a reorganização chegam ao estágio de confirmação do plano, daí considerar-se a empresa que tem seu plano confirmado como já tendo conseguido superar a fase da bancarrota.

m) Proibição da discriminação

Outro dado peculiar da legislação norte-americana é a proibição da discriminação do empresário que está em bancarrota. O § 525, intitulado “Proteção contra tratamento discriminatório”, proíbe à administração pública suspender, revogar ou recusar a emissão de licença ou permissão, apenas porque a empresa entrou em bancarrota. A licença, que está ligada à atividade

comercial da empresa, não pode ser revogada apenas porque foi decretada a bancarrota, mas sim por outros motivos.

n) Da implementação do plano de reorganização

Fica encarregada a Corte onde se processa a reorganização do efetivo implemento do plano. Desta forma, movida pelo interesse das partes ou de ofício, a Corte poderá, conforme o caso, converter o procedimento da reorganização para o da liquidação do capítulo 7 ou encerrar o caso, sempre tendo como fim último o atendimento dos interesses dos credores e do Estado, motivando suas decisões. Com esse propósito, o parágrafo 1112 do Capítulo 11 dispõe que, caso se configure a incapacidade de realização do plano, a incapacidade de consumir substancialmente um plano confirmado, o inadimplemento relevante do devedor com relação ao plano confirmado, a rescisão do plano (devido à ocorrência de circunstância especificada no plano), o Tribunal, mediante solicitação da parte interessada ou após notificação e audiência, poderá converter o processo de reorganização em processo de liquidação, só não podendo fazê-lo se o devedor for um agricultor ou uma sociedade civil, salvo se o próprio devedor pleitear a conversão.

Como a enumeração é apenas exemplificativa, a Corte poderá considerar outros fatores à medida que apareçam, utilizando seu poder jurisdicional para chegar a um adequado resultado nos casos individuais. As atividades do devedor, após a confirmação do plano, não são protegidas pelas normas da legislação da bancarrota, pois, como ressalta a doutrina e têm decidido os tribunais americanos, se a empresa incorre em novo débito depois do plano ter sido confirmado e não consegue pagá-lo, ao credor é assegurada a faculdade de propor a competente ação de cobrança, bem como os bens, móveis ou imóveis, corpóreos ou incorpóreos, adquiridos após a confirmação do plano, podem ser dados em garantia real como se nunca tivesse havido um processo de bancarrota.

Os débitos anteriores à confirmação só poderão ser pagos de acordo com o plano de reorganização. Apenas a Corte da bancarrota tem autoridade para interpretar e executar o plano de reorganização.

o) Cronograma da reorganização

Para um melhor entendimento de como se desenvolve o processo da reorganização, transcrevemos um cronograma organizado por Summers⁴⁷ do que normalmente ocorre:

⁴⁷ SUMMERS, Mark Steven, *Bankruptcy Explained*, New York, John Wiley & Sons Ed., 1989.

A bancarrota (voluntária ou involuntária) é distribuída.

O “automatic stay” instaura-se.

O devedor continua gerenciando seus negócios.

O devedor procura obter a permissão para o financiamento.

O escrevente da Corte notifica os credores da bancarrota.

O devedor faz a lista dos bens e dos débitos.

Os credores organizam o seu 1º encontro.

Os credores habilitam-se.

O comitê dos credores é formado.

O comitê dos acionistas é formado.

Pedidos são autorizados ou não.

A Corte nomeia o síndico ou o examinador, se o devedor é incompetente ou se houver fraude.

O documento de divulgação do balanço é distribuído (“Disclosure Statement”).

O devedor (ou os credores) apresentam o plano de reorganização.

Os credores decidem se vão aceitar ou não o documento de divulgação do balanço e/ou o plano de reorganização.

A Corte aprova ou não o documento de divulgação do balanço.

Credores e acionistas votam o plano de reorganização.

A Corte confirma ou denega o plano.

Caso a Corte confirme o plano, o controle da empresa só será feito com o objetivo de verificar a sua implementação .

A Corte encerra o caso.

V - Processos pós-falimentares

Além dos procedimentos acima citados, que visam a recuperação da empresa, temos, ainda, mesmo após decretada a falência, na lei brasileira, por exemplo:

a) a concordata suspensiva (art. 177 da lei de Falências) e

b) a organização de sociedade para continuação de negócio do falido (art. 123, § 1º, da Lei de Falências). ◆

A Reforma do Estado e o Poder Judiciário*

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO
Procurador do Estado do Rio de Janeiro

1. **Introdução** - As transformações aceleradas vividas nestas últimas décadas podem ser analisadas em quatro planos: *plano geral*, *o plano da demanda*, *o plano das respostas* e *o plano dos instrumentos*.

No *plano geral*, observa-se o mundo que se transforma sob o influxo da expansão do **conhecimento**, proporcionado pela revolução das Comunicações, notadamente com o avanço dos meios eletrônicos de processamento, de armazenamento e de transmissão de informações.

No *plano da demanda*, acompanha-se a sociedade que se transforma pela expansão da **consciência** de suas necessidades e de seu poder, tornando-se, por isso, mais exigente quanto aos bens e serviços à sua disposição.

No *plano das respostas*, presencia-se o Estado que se transforma, adaptando-se à **nova** condição de **instrumento** da sociedade e não mais de seu tutor.

No *plano dos instrumentos*, cabe estudar as inovações e as modificações **institucionais**, notadamente as que envolvem as interrelações entre os indivíduos e as entidades de sua criação, por um lado e, por outro, o Estado e seus desdobramentos.

O Estado brasileiro, depois do crescimento hipertrófico e distorcido experimentado até a década de oitenta, como tantos outros, entrou em crise, falhando até mesmo em suas funções geralmente consideradas como essenciais.

A ascensão da sociedade, tornando-se mais consciente, inconformada e demandante, e a recuperação da liberdade de mercado, propuseram a grande tarefa da **reforma**, que poderia ser mais adequadamente descrita como da **reconstrução** do Estado.

* Exposição apresentada à EMERJ em 26 de setembro de 1998.

Surge, assim, a indagação: *que Estado?* E, fatalmente, as fáceis e imediatas respostas radicais: umas, reclamando um **Estado mínimo**, como se a adoção do modelo oposto ao Estado absoluto ou totalitário fosse a solução completa e acabada, e outras, acirradamente conservadoras do **Estado interventivo**.

Ao que tudo indica, essa busca por uma solução equilibrada, deverá ser muito mais fruto da experiência, quiçá de tentativas bem orientadas e lastreadas na observação, do que o resultado da imposição de premissas dogmáticas e ideológicas, produzidas em gabinetes ou aclamadas em palavras de ordem de militantes conduzidos pela paixão. A humanidade já experimentou tais tipos de soluções salvadoras, enlatados políticos, econômicos e sociais, sempre com catastróficos resultados.

É indubitável, porém, que estão em curso e continuarão a ocorrer as mudanças, ora com o abandono de certas funções até recentemente a cargo do Estado, ora com o reforço de algumas delas e, até, com a assunção de novos cometimentos; mas, de qualquer forma, o modelo de Estado que resultar dessa reconstrução haverá de ser suficientemente **forte** para proteger os valores a seus cuidados e **barato** para não pesar como um desproporcionado ônus à sociedade em troca de magros serviços.

Na linha dessa necessária **reconstrução**, Estado e mercado tampouco deverão ser compreendidos como entidades antagonicas mas, cada vez mais, como parceiros no progresso.

Por derradeiro, não importa qual venha a ser o futuro do Estado, que hoje está-se reconstruindo, a ele será sempre essencial a **função jurisdicional**, e aqui entra-se em cheio no tema desta comunicação.

Por isso, lembrando a bem humorada paródia de SALVATORE VECA, a saudar NORBERTO BOBBIO num seminário sobre a Teoria do Estado em Marx, a propósito das constantes indagações retóricas do Mestre de Turim, tais como *quale Stato?*, *quale socialismo?* etc., ao perguntar *quale Bobbio?*, esta sempre árdua empreitada de discorrer sobre a reforma do Estado e o sistema judiciário brasileiro começa e termina com a questão *qual Judiciário?*

Por certo, cabe ainda remarcar que o enfrentamento de tema de tal envergadura nada tem a ver com ridicularias, como as que tem sido demagogicamente levantadas a respeito da necessidade de limitação da remuneração dos magistrados, da conveniência de instituir subtetos para sublimitar vencimentos nos Estados e quejandas preocupações. A seriedade

e a importância do tratamento que merecem questões de tanta importância, não se compaginam com abordagens pedestres e sensacionalistas como essas, porque, afinal, crucial é o desempenho da Justiça para a existência de sociedades livres, seguras e prósperas e este papel é o que está primordialmente em jogo ao se abordar o tema da reforma do Estado e do Poder Judiciário

Do mesmo modo, e para encerrar esta introdução, é necessário consignar uma preocupação com a maneira fragmentária e desordenada que vêm sendo conduzidas as reformas constitucionais. A ausência de um conceito **integrado e sistemático**, que seria mais apropriadamente atingido por um processo unificado de **revisão** que por uma sucessão desarticulada de **emendas**, como vem ocorrendo, põe em risco a unidade e a coerência que se deve exigir de uma Constituição e, fatalmente, lança sobre a Justiça acrescidos problemas a dirimir em substituição aos que se pretendia deixar para trás.

2. O Desafio das Reformas - Os anos setenta marcaram o limite máximo do crescimento hipertrófico e distorcido de Estado, representado nos modelos dominantes do século vinte: o *Welfare State* e o *Estado Socialista*.

Entre muitas outras causas, a **falência do capitalismo de Estado**, por eles praticado, ao esgotarem suas possibilidades de continuar o financiamento do progresso, e o **surgimento do capitalismo difuso**, foram decisivos para expor a obsolência daqueles modelos. O capitalismo, que havia nascido **industrial**, com a acumulação do capital nas mãos do empresário; que havia passado a **bancário**, transferindo a concentração às mãos dos banqueiros; que por um breve período se tornara estatal, pela utilização da desapropriação, da monopolização, da confiscação, da tributação excessiva e sobretudo da inflação; e, mais recentemente, **institucional**, com a multiplicação das empresas de capitalização e de investimento, se vem transformando num **capitalismo popular** ou um **sócio-capitalismo**, no sentido de se ter tornado o capital um bem cada vez mais difuso, mobilizado por milhares e milhares de “sócios” de fundos de pensão, de clubes de investimentos e de outras entidades que se tornaram os mega-investidores do progresso.

Mas como o próprio surgimento do capitalismo só se tornou possível **com o advento do Estado moderno, ao garantir a propriedade e os contratos**, o seu pleno desenvolvimento contemporâneo, já como sócio-capitalismo, dele muito menos poderá prescindir. Só que o papel do Estado

não será mais hegemônico, muito menos, de tutoramento da sociedade, pois o ressurgimento do indivíduo e das entidades privadas de sua criação, como novos e robustos protagonistas políticos, suscita o fenômeno da **participação** e, para regrá-lo, o **princípio da subsidiariedade**.

A grande tarefa do fim de século, portanto, não é apenas uma: **reforma**, mas uma verdadeira **reconstrução** do Estado sobre essas novas bases: **participação e subsidiariedade**.

Isso significa, no plano orgânico-funcional, o abandono de certas funções e o surgimento e o reforço de outras, correspondentes a novas prioridades, que são, fundamentalmente, **garantir o livre mercado e fomentar o desenvolvimento**. Em suma: um Estado **forte**, para a **proteção e barato**, para a **competição**, notadamente pela redução de custos das transações. Por isso é que **Estado e mercado** não devem ser doravante compreendidos como antagonísticos ou excludentes mas como parceiros no progresso.

Fácil é deduzir-se, do que foi afirmado, que neste novo modelo **continua a ser essencial a função jurisdicional**, voltada à segurança dos indivíduos e de suas instituições; uma essencialidade sublinhada por BOBBIO na conhecida imagem do “tripé” do Estado: o juiz, para garantir a ordem e a segurança jurídica; o militar, para garantir a efetividade da ordem e o publicano, para recolher recursos para pagar a todos.

É por isso que cabe indagar, parodiando Veca, **qual Judiciário?**

3. Da Doutrina Clássica ao Judiciário como Poder Político - PLUTARCO nos conta que SOLON caracterizava o Areópago e o Conselho dos Quatrocentos como *âncoras do Estado*. Ainda na Grécia Clássica, ARISTÓTELES, antecipando o constitucionalismo por cerca de 1.200 anos, afirmou que esses órgãos estavam **limitados pela lei**, no sentido de que **o juiz não invalida as leis**. Vale lembrar que mesmo a célebre decisão *Marbury x Madison* tampouco aceitou a **invalidação** judicial: apenas **negou aplicação** da lei local face à Constituição.

A Escola da Exegese, desenvolvida na França, levou ao máximo rigor o valor absoluto da lei (*toute la loi mais rien que la loi*), fundando o **dogmatismo positivista** que se desenvolveria até sua plenitude e se tornaria hegemônico até recentemente.

O positivismo jurídico foi, não obstante, cedendo a novos reclamos éticos da sociedade, passando a coexistir com institutos mais diretamente

voltados à realização de valores convivenciais e, por isso, abrindo espaço à **expansão do controle judiciário**; sendo que, no Brasil, o início dessa tendência remonta a 1934, com o aparecimento do conceito de *lesividade para mover ação popular*.

Registra-se, a partir de então, um câmbio de postura, muito bem apreendido por JOSÉ EDUARDO FARIA na seguinte passagem: “O Judiciário abandona seu comportamento algo tímido das décadas passadas, começando a decidir de modo cada vez mais contundente contra o Executivo”¹.

Estavam sendo abertos novos horizontes para o controle jurisdicional, não apenas da **legalidade** no sentido estrito, mas da **juridicidade**, ou seja, da legalidade no sentido amplíssimo, envolvendo também a **legitimidade** e a **licitude** do agir, numa trajetória que culminaria com a elevação desses conceitos ao texto constitucional de 1988.

Por isso, hoje, a ninguém mais espanta que o Judiciário não apenas **aplique a lei**, como a **integre** e a **desvalide**, atuando como legislador negativo.

Registram, os observadores comparativistas, que está ocorrendo uma lenta mas paulatina aproximação com o modelo inglês, em que o juiz **aplica a lei que descobre no direito** e não, como na linha puramente positivista, que o juiz **aplica o direito que se expressa na lei**.²

Está claro que, para atuar com essa latitude, o juiz tem necessidade de valer-se de *standards* de maior envergadura e de maior expressão no ordenamento jurídico, daí resultando o ressurgimento dos **princípios**, como se vem acompanhando nos textos constitucionais e legais contemporâneos.³

Está claro, também, que às novas atribuições correspondem novas responsabilidades, como têm sublinhado convergentemente ADA PELLEGRINI GRINOVER e MIGUEL REALE nas seguintes passagens:

De ADA PELLEGRINI, recolhida de um erudito estudo que intitulou, bem a propósito, de “A Crise do Poder Judiciário”:⁴

¹ Artigo in Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n.º 38, 1992, p. 143.

² Non ex regula juris sumatur, sed ex jure, quod est, regula fiat (Paulo).

³ Law of the Land, Equal protection of Law e Due Process of Law, para citar os mais lembrados.

⁴ ADA PELLEGRINI GRINOVER, in *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n.º 34, dez. 1990, ps. 11e ss.

“E, na verdade, a Constituição de 1988 reservou explicitamente um papel eminentemente político ao Judiciário, até quando o desenhou como novo árbitro de conflitos coletivos, de massa, e por isso mesmo, políticos.”⁵

E adiante, mais detalhadamente:

“As instâncias de nosso tempo têm ampliado os horizontes da análise da responsabilidade do juiz - antes restrita à responsabilidade legal, ou seja, penal, civil e administrativa - para abranger uma responsabilidade processual (relativa aos poderes de direção do processo) e uma responsabilidade política (atinente à situação do juiz em relação à sociedade.”⁶

Não é outro o entendimento e a lição do mestre maior, Miguel Reale, em artigo dedicado à análise desse novo Judiciário face à sociedade:

“Além do mais, casos há em que a atual Constituição às vezes exige do Juiz uma tomada de posição, não só política, mas também ética. É o caso previsto no art. 37, segundo o qual a Administração Pública deve obedecer, entre outros, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. Se o que reza a Carta não é letra morta, ao Juiz cumpre verificar a licitude moral dos atos administrativos que atentem contra os direitos fundamentais dos indivíduos, assim como das associações e empresas por eles fundadas, no exercício da “liberdade empresarial” consagrada pelo preciso parágrafo único do art. 170 da Lei Maior”(n/ grifos).⁷

Esses depoimentos doutrinários estão a demonstrar que parece hoje fora de dúvida que o Poder Judiciário realmente transcendeu o seu papel clássico e adquiriu uma função política, cabendo-lhe não apenas aplicar a norma ao caso concreto como adaptá-la, integrar a ordem jurídica e, até, examinar a norma legal diante de padrões principiológicos de assento constitucional, abandonando, para isso, a lógica formal tradicional e adotando, sempre que necessário, a lógica do razoável, sem a qual, no ensinamento de Recasens Siches, “Uma lei jamais cobra plenitude de sentido”.⁸

⁵ Op. cit., p. 17.

⁶ Op. cit. ps 20 e 21.

⁷ MIGUEL REALE, *O Judiciário a serviço da sociedade*, AJURIS, a, XXI, n.º 62, nov. 1994, p.195.

⁸ V. em HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *A Missão Política do Poder Judiciário*, in Revista Forense, V. 266, a 75, fasc. 910/911/912, abril, maio e junho de 1979, p.266.

As incontestes autoridade e visão dos Autores trazidos à colação, não deixam margem a outra conclusão senão aquela que deve orientar qualquer reforma de que se cogite: a fidelidade aos valores fundamentais, tal como se procurará desenvolver.

4. Situação do Poder Judiciário Brasileiro - E aqui surge a pergunta central: **responde, o Poder Judiciário brasileiro, a essas novas atribuições e às conseqüentes responsabilidades?** Em outros termos: **é acessível? é barato? é rápido? é confiável?**

A apreciação geral tem sido negativa, como depõem ADA PELLEGRINI GRINOVER, PLAUTO FARACO DE AZEVEDO, JOSÉ EDUARDO FARIA e JOSÉ PAULO SEPÚLVEDA PERTENCE: pesado, complexo, moroso, de processualística hermética etc. Convergem, em suma, que é **insuficiente** para as demandas tradicionais e **deficiente** para as novas demandas.

Recolhendo diversas críticas recorrentes, distinguem-se problemas de três ordens: **estruturais, funcionais e individuais.**

São **estruturais** os seguintes: a multiplicidade de instâncias, a deficiência dos controles e a insuficiência de juizes. São **funcionais**: as leis inadequadas, a processualística complicada e hermética e o sistema de provocação deficiente. São problemas de ordem **individual**: a deficiente formação científica do bacharel, a insuficiente preparação profissional do juiz e a carência de um sistema de atualização permanente para os magistrados.

Todos esses problemas não estão a revelar senão que um aspecto específico da crise decorrente do crescimento da demanda, por um lado, e por outro, da diversificação da tutela de interesses demandada pela sociedade.

5. Idéias para um Novo Modelo - Sem outra pretensão que a de rasgar alguns caminhos, nada mais que oferecer um elenco de providências que possam contribuir para solucionar os problemas apontados, algumas medidas merecem ser mencionadas.

É o caso da urgente **racionalização dos acessos ao STF e STJ**, transformados pela Constituição de 1988 em terceira e quarta instâncias na *praxis* forense brasileira. São conhecidos os depoimentos autorizadíssimos dos Ministros CARLOS MÁRIO VELOSO e DJACI FALCÃO a respeito da necessidade de reformular a competência do Supremo Tribunal Federal

no sentido de torná-lo uma Corte **exclusivamente** constitucional ou, pelo menos, aproximá-lo desse modelo.

Conviria também **reduzir o número excessivo de Tribunais no País**; pois parece incrível que contemos com cerca de uma centena desses órgãos complexos, caros e altamente demandantes de qualidade profissional de seus membros quando se poderia reduzi-los pelo menos à metade sem nenhum prejuízo para os jurisdicionados, como aliás ocorreu, recentemente, com a extinção dos tribunais de alçada do Estado do Rio de Janeiro. E aí estão também, na Justiça Federal, na Justiça do Trabalho, na Justiça Militar, na Justiça Eleitoral e mesmo nas Justiças dos Estados, inúmeras outras cortes que poderiam ser extintas ou incorporadas entre si com geral benefício, se superado o corporativismo e o paternalismo, que sempre rondam e patrulham os movimentos de racionalização de quaisquer organizações estatais.

Outra sugestão importante, sempre combatida por aqueles que tiram proveito do formalismo e do hermetismo, vem a ser a **simplicificação da processualística**, um sistema pesado e complicado que cerca, tolhe e sufoca o processo judicial em detrimento do acerto da verdade.

E ninguém mais autorizado que ADA PELLEGRINI GRINOVER para alertar-nos que o maior inimigo do processo enquanto instituição é o próprio processo, quando desvirtuado numa processualística complicada e hermética que acaba levando à denegação da justiça, como se recolhe na seguinte passagem:

“A sobrecarga dos tribunais, a morosidade dos processos, a burocratização da Justiça, a complicação procedimental, tudo leva à insuperável obstrução das vias de acesso à Justiça e ao distanciamento cada vez maior entre o Judiciário e seus usuários”.⁹

E, tocando no processo, é chegado também o momento de nele utilizar melhor e mais amplamente as possibilidades da informática, não apenas para registrá-los e acompanhá-los, mas para conformá-los. Numa ampla informatização **do procedimento**, todos os princípios estabelecidos para o “devido processo” não só devem ser mantidos como até receberem melhor expressão e reforço, utilizando-se as fantásticas possibilidades abertas pelo

⁹ ADA PELLEGRINI GRINOVER, A Crise de Poder Judiciário, in Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n.º 34, dez 1990, p. 15.

processamento e pelo teleprocessamento eletrônico das informações. Em momento em que o mundo encolhe e as atividades humanas são simplificadas e agilizadas, torna-se inaceitável a ineficiência e a morosidade de velhos métodos que podem ser facilmente superados pelo emprego adequado do computador como processador de informações e não apenas como mera máquina de datilografia sofisticada.

Novos procedimentos, voltados à agilização dos procedimentos poderiam ainda ser adaptados e adotados, como, a guisa de exemplos para serem estudados, aí estão: **o pré-trial, o ordenamento do processo pelo escrivão, as sentenças simplificadas, o efeito vinculante**, e outras técnicas que se têm demonstrado exitosas em outros países.

O **pré-trial**, possibilitando ao juiz e aos advogados das partes, após a contestação, fixarem por termo o conteúdo fático e jurídico do litígio, simplificando extraordinariamente o curso do processo ao evitar discussões supérfluas, digressões inúteis, provas impertinentes e outras chicanas.

O **ordenamento do processo pelo escrivão** aliviaria do juiz a tarefa de dirigir formalmente o processamento, embora presidindo-o, para se concentrar na tarefa que só ele pode cumprir, que é decidir.

A adoção da **simplificação das sentenças**, para que não contivessem mais que o necessário para estruturá-las logicamente e conter a fundamentação adequada, dispensando o juiz de longas explanações, por vezes meta-jurídicas, que enveredam, não raro, por considerações sociológicas e filosóficas, e de demorar-se em extensas citações, tantas vezes de pesada quando não de duvidosa erudição, facilitaria o trabalho dos julgadores e dos advogados, com geral benefício de tempo e de clareza.

O polêmico **efeito vinculante**, embora tenha seus conhecidos inconvenientes técnico-doutrinários, poderia vir a ser adotado restritamente em relação às decisões pacificadas dos dois mais elevados tribunais do País e, naturalmente, com todas as necessárias cautelas para não engessar a jurisprudência, abrindo-se a possibilidade de, demonstrada a existência de novos fatos e de novas considerações, serem admitidos **discricionariamente**, recursos extraordinários ou especiais àquelas duas Cortes.

Segue-se o importante tema da **racionalização do processo de recrutamento e preparação** dos magistrados, sugerindo-se, aqui, o concurso público não para **ingresso** direto na carreira, mas para que os candidatos se habilitem a cursar **escolas de formação de magistrados**, onde, então, esses futuros juízes poderiam ser preparados, acompanhados e avaliados

cuidadosamente, no decorrer de um período mais longo e de mais intenso convívio com os responsáveis por sua investidura que durante o brevíssimo lapso de duração dos atuais concursos públicos destinados ao provimento imediato na magistratura. Colhe-se, aqui, a antiga e exitosa experiência nacional com racionalização das carreiras diplomática e militares.

Outra proposta, na mesma linha, consiste na adoção da **progressão precedida de cursos de aperfeiçoamento**, também desenvolvidos em escolas especiais ou nas universidades e recolhendo a experiência das carreiras referidas em que apenas para o acesso aos últimos patamares hierárquicos admitem-se escolhas cooptativas.

Com o mesmo objetivo de aperfeiçoamento profissional dos magistrados, deveriam ser criados **incentivos para a elevação da titulação acadêmica dos magistrados, com bolsas de estudo para cursos de mestrado, doutorado, pós doutoramento e estágios no país e no exterior**.

Por outro lado, a **descentralização judiciária**, esta oportuna sugestão de Cármen Lúcia Antunes Rocha, em trabalho denominado *A Reforma do Poder Judiciário*¹⁰, recolhe a experiência da reforma administrativa e a própria vivência dos juizados de pequenas causas para propor **fóruns nos bairros**, estruturados com poucas varas e concentrando serviços auxiliares, inclusive, lembra a ilustre autora, com horários estendidos de atendimento ao público.¹¹

Outro assunto que mereceria atenção dos reformadores deve ser a **especialização dos órgãos judiciais**. Idéia essa também propugnada por Cármen Lúcia Antunes Rocha,¹² vem a ser tese que vinha defendendo solitária mas denodadamente desde a década de setenta, sempre procurando demonstrar a excelência, sob todos os sentidos, da especialização temática dos magistrados.¹³

Quanto ao polêmico **controle externo do Judiciário**, entendo que embora deva-se, por certo, prestigiar o controle democrático, pois afinal

¹⁰ CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *A Reforma do Poder Judiciário*, Revista do IAB, ano XXX, n.º 87, 2º sem. 1997, p. 140.

¹¹ Op. cit., p. 142.

¹² Op.cit., p. 144.

¹³ DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, *Contencioso Administrativo*, Ed. Forense Rio, 1977, p.41.

esse empenho há de decorrer da própria definição do Estado brasileiro, nem por isso torna-se aceitável que se abastarde um tema de tal relevância com tentativas radicais de “democratismo” (como lamentavelmente já vem ocorrendo nas universidades públicas) ou de “partidarização” do controle (como sustentam outros, para abrir-se a participação de membros do Poder Legislativo em órgãos de controle externo do Judiciário).

Soluções desse jaez constituir-se-iam num imenso risco à independência do Judiciário e, por isso mesmo, uma afronta à garantia dos cidadãos quanto à própria preservação de um Estado Democrático de Direito. Afinal, **para que exista um eficiente controle externo não é necessário que se institua um órgão controlador extra-judiciário**; basta que a **provocação seja externa**, e que esse **órgão controlador**, embora do sistema do Judiciário, **também seja externo ao conflito**, no sentido de que não seja conformado por pares dos que vão ser julgados, aconselhando-se, ainda, que nele tenham assento **representantes** externos das funções consideradas pela própria Constituição como “essenciais à justiça”: o Ministério Público, a Advocacia de Estado e a Defensoria Pública.

É de vital importância, ainda, para o bom funcionamento da Justiça do País, a **criação de uma Corte Constitucional**, atribuindo-se competência exclusiva de **guarda da Constituição, com jurisdição discricionária, ao STF**, instituto a que já se fez referência, de modo que lhe passaria a caber a seleção dos processos que essa Corte deveria tomar conhecimento para levá-los a julgamento, tudo segundo critérios juspolíticos. As demais competências judicantes do atual Supremo Tribunal Federal poderiam passar ao Superior Tribunal de Justiça que, segundo modelos universalmente bem sucedidos, melhor ainda atuaria fracionado em **câmaras especializadas**, com imensos benefícios em termos de experiência, celeridade e qualidade de suas decisões, sem mencionar a redução de possíveis dissídios jurisprudenciais.

Finalmente, seria o caso de examinar-se a introdução do instituto do *amicus curiae*, pelo menos nos Tribunais Superiores, para que os julgadores pudessem chegar a suas conclusões em temas complexos com o mais amplo conhecimento dos **possíveis resultados** de seus julgamentos, ou seja, da realidade e da razoabilidade dos efeitos políticos, econômicos e sociais de suas decisões, buscando, em suma, uma **efetividade** otimizada, adiante e além da simples eficácia jurídica. Afinal, como observa apropriadamente MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, cumpre-lhes examinar a

proporcionalidade dos encargos que acarreta e não apenas ser a voz da lei, pois, “...o exame mais aprofundado da Lei Magna, todavia, confirma que em outros pontos de relevo, esta não entende o Judiciário como mero poder neutro, incumbido de aplicar contenciosamente a lei a casos particulares. O conceito de Pedro Lessa está superado.”¹⁴

6. Conclusões - As novas responsabilidades do Poder Judiciário necessitam de uma abordagem menos rigorosa, na linha do conceito de **flexibilidade**, como propõe JEAN CARBONNIER¹⁵, ao afastar o postulado do panjurismo.¹⁶

Com efeito, urge a revitalização do Direito diante de uma nova concepção da Ciência e do universo: afinal o Homem evoluiu epistemologicamente da **verdade à certeza**; da **certeza à probabilidade** e da **probabilidade à provisoriedade**.¹⁷

A flexibilidade no Direito é a sua revitalização: é o reconhecimento do papel do aleatório e da impossibilidade de conter todos os fatos no direito positivo. É a adoção da *souplesse*, a que se refere Jean Carbonnier, com o sentido de construir sobre o direito posto, bem como sobre o pactuado, para ganhar em termos de fidelidade aos **valores**, esses sim, as traves mestras da ordem jurídica, sem as quais ela não passa de uma coleção de preceitos sem orientação e sentido.

Um novo modelo para o Judiciário que ignore essas demandas de flexibilização será, no mínimo, uma repetição de soluções anacrônicas, uma reafirmação de baldada confiança nas surradas fórmulas racionalistas do passado.

Pode se vislumbrar, a propósito, três flexibilidades: **do processo, do sistema e da interpretação**.

A flexibilidade do processo exigirá a sua **simplificação, modernização e deformalização**.

A flexibilidade do sistema pode ser proporcionada pela abertura de **novas vias** para a justiça, com a adoção de **métodos alternativos de solu-**

¹⁴ MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Poder Judiciário na Constituição de 1988, Judicialização da Política e Politização da Justiça*, RDA, V. 198, out./dez. 1994, ps. 8 e 9.

¹⁵ JEAN CARBONNIER. *Flexible Droit*, Paris, L.G.D.J., 8ª ed., 1995.

¹⁶ Op.cit. p. 23.

¹⁷ Alusão à epistemologia de Karl Popper.

ção de conflitos, tal como é cada vez mais usual nos países desenvolvidos, como sejam a **mediação**, a **conciliação** e a **arbitragem**. Ingressa-se, aqui, num aspecto particular do processo de evolução da realização da justiça que MAURO CAPPELLETTI denomina de Terceira Onda.¹⁸

Por fim, a **flexibilidade da interpretação** consiste basicamente na superação paulatina da interpretação **racionalista** em direção a uma interpretação **valorativa**. Essa solução é ainda mais importante quando se trata de interpretação constitucional, para alcançar o equilíbrio entre a preservação da rigidez formal que protege o Texto Magno e o risco de dissolução da própria ordem jurídica, ou seja, a afirmação de um **princípio de interpretação constitucional conforme a segurança jurídica**, voltado mais à estabilidade que ao dogmatismo.

7. **Considerações para Encerrar** - A decisão judiciária é cada vez mais um produto da reflexão, não apenas **racional** como **razoável**, apoiada em considerações de **valores, que não são mais exclusivamente estatais mas atinentes a toda a sociedade**, ainda porque se vem deteriorando a nitidez da velha **dicotomia público-privado**, não só em razão do surgimento e reconhecimento de novos tipos de interesses, como o coletivo e o difuso, como pela importância cada vez maior que assume o espaço do **público não estatal**.

Com efeito, o Estado **perde o monopólio do público**, que passa a ser atendido também por órgãos da sociedade os mais diversos, mas, em compensação, ganha espaço no campo consensual para atuar em parcerias, também as mais diversas, com os entes da sociedade.

Os três sistemas essenciais em que atua o Estado: o de produção da norma legal, o de administração dos interesses públicos o e de solução dos conflitos de interesses, certamente continuarão a evoluir e alterar-se segundo essas tendências.

Realmente, na **produção da norma legal**, já é perceptível a expansão e a multiplicação das **fontes** do Direito, já em pleno curso e hoje estudadas sob a denominação genérica de **auto-regulação** ou **regulática**. O Estado, perdendo o monopólio da legislação, concentrar-se-á sobre o monopólio

¹⁸ A primeira onda tenta superar os óbices pela mobilização da *assistência judiciária*; a segunda onda, valendo-se de *ações coletivas*, e a terceira, pela *justiça coexistencial*, paralela à produzida pelo Estado. (“Os métodos..”. RF,v.326,1994, p.125).

da política legislativa, produzindo as normas principiológicas e gerais sob as quais continuará a desenvolver-se um amplo sistema normativo de **para-regulação**.

Também na **administração dos interesses públicos**, assiste-se à pluralização de agências administrativas extraestatais. O Estado, perdendo o monopólio da execução, seja por transferência, com ou sem delegação, seja por reconhecimento da **auto-administração** praticada quanto a certos interesses específicos, concentrar-se-á, do mesmo modo, sobre a execução de atividades que exigem o emprego da coerção, que é seu domínio típico e exclusivo, coordenando e controlando, de resto, um amplíssimo sistema de **para-administração**, constituído de múltiplas e diversificadas agências

Finalmente, quanto à **solução de conflitos de interesses**, tudo aponta para o desenvolvimento de justiças alternativas, rápidas e especializadas, a expansão da “terceira onda” de que nos fala MAURO CAPPELLETTI, que popularizará a **auto-jurisdição** sobre conflitos determinados e delimitados, seja por consenso, seja mesmo por aplicação derivada de coação secundária legitimada, dando surgimento a todo um sistema de *para-jurisdição*.

Nessa perspectiva, confirmadas essas tendências, caminhar-se-á para uma espontânea **reserva dos órgãos do Poder Judiciário para as magnas questões jurídicas**, inclusive para aquelas para as quais não seja possível a atuação de justiças alternativas. Isso, indubitavelmente, reduzirá a quantidade astronômica de processos que se acumulam, num *crescendo*, sobre a Justiça do Estado e assim concorrerá para um mais rápido atingimento das desejadas metas de qualidade na sua função jurisdicional privativa, que poderá, então, vir a ser superiormente desempenhada através de **estruturas** judiciárias racionais, com **funções** adequadamente exercidas por **juízes** bem formados, bem pagos e devidamente protegidos.

Esta visão, embora ainda distante, está consentânea com o que se espera do próprio futuro da **justiça** e da **democracia**, sendo certo que sem ambas, **nada é certo; nem o próprio futuro.** ♦

Formação e Seleção dos Juizes no Brasil. Do Juiz em um País do Terceiro Mundo

RICARDO PEREIRA LIRA

*Procurador do Estado e Professor da Universidade
do Estado do Rio de Janeiro.*

1. Dentro do tema geral “Unidade do Sistema Jurídico e Identidade Latino-Americana: Democracia e Formação do Juiz”, permiti-me escolher a questão da formação e seleção dos juizes, no Brasil, dirigindo as conclusões para o ponto, deveras delicado, da missão do juiz em um país do terceiro mundo.

Tomo como marcos, momentos referenciais, uma faculdade de Direito no Brasil, de razoável qualidade, e um juiz vocacionado - o que não é significativamente freqüente - que se tenha entregue à magistratura por amor ao Direito - seja como técnica de composição de conflitos, seja como instrumento de transformação social -, e por amor à Justiça.

2. Senhores magistrados, juristas e professores italianos, e latino-americanos, devo inicialmente dizer-lhes como se concretiza a formação e o aperfeiçoamento de um juiz no Brasil.

Na realidade atual brasileira, qualquer jovem brasileiro que deseje ser magistrado deve trilhar, em princípio, inicialmente, os mesmos caminhos de um egresso de uma faculdade de Direito que pretenda atuar em outra área ligada à operação do Direito, como, por exemplo, no Ministério Público, na Defensoria Pública, nas Procuradorias de Estado, de Município, nas Procuradorias de Autarquia e, enfim, na advocacia liberal, sempre exigido, com relação a todas essas carreiras, atualmente um chamado exame de ordem, obrigatório, prestado, perante a Ordem dos Advogados do Brasil, em princípio na seccional do estado federativo onde o candidato vai desenvolver a sua atividade.

Casos há em que não há carência alguma e o candidato pode habilitar-se ao concurso público para o cargo, se for o caso, sem solução de continuidade, logo ao sair da Faculdade, como é o caso do Procurador do Município, inclusive quando o candidato se submeterá a um concurso público de provas e títulos, e poderá desde logo exercer as atividades de seu cargo,

inclusive simultaneamente com a prática da advocacia liberal.

Já no caso da magistratura, o candidato deverá ter no mínimo 5 (cinco) anos de exercício profissional, e, se provido no cargo, só poderá exercer um cargo de professor no ensino superior, público ou privado.

O candidato a magistrado se submete a um exigentíssimo concurso de provas e títulos, realizado pelo Tribunal de Justiça local, através de um banca examinadora em que estão um representante da Ordem dos Advogados do Brasil e um representante do Ministério Público. Os demais membros da comissão de concurso são desembargadores.

Se o concurso é para a Justiça Federal, o certame se realiza perante ela, em condições análogas.

No Brasil, existe uma Justiça Federal, para dirimir e julgar os assuntos de interesse da União Federal, estruturada em regiões federativas.

A par disso, existe uma Justiça Federal especializada, cuidando de resolver os conflitos entre o capital e o trabalho, que é a Justiça Trabalhista.

A função das Escolas da Magistratura, bem como sua posição relativa em função dos órgãos oficiais do Poder Judiciário, não é uniforme em todos o país, variando conforme a unidade federativa considerada.

No Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, ela atualmente se incumbe de cursos de formação e preparação de candidatos aos concursos para magistratura do Estado. Esses cursos não são obrigatórios, podendo inscrever-se nos concursos quaisquer candidatos que atendam os requisitos dos editais, entre os quais não se encontra a aprovação no Curso da Escola da Magistratura. No caso do Estado do Rio de Janeiro, a Escola da Magistratura é integrada no Tribunal de Justiça local, cujo órgão especial elege o Diretor da Escola e seus conselhos acadêmicos. Magistrados, advogados eminentes e professores de Direito são convidados para produzir conferências na Escola da Magistratura, praticamente ensejando uma revisão mais ampliada e profunda, embora não deixe também de estar presente uma intenção de reciclagem, relativamente a todas as áreas da Ciência Jurídica.

Hoje, a Escola está sob nova direção, que parece ter como meta básica a reciclagem de magistrados já em exercício, através de núcleos específicos.

Em outros Estados da Federação, o magistrado já aprovado no concurso, faz um estágio remunerado na Escola da Magistratura, de alguns meses de duração, já percebendo remuneração de magistrado.

Acredito que seja uma questão ainda a ser definida: a da função e papel da Escola da Magistratura na formação e aperfeiçoamento dos magistrados.

Alguns chegam a alvitrar a convolação dos cursos em verdadeiros cursos de pós-graduação *stricto sensu*, matéria que precisa ser considerada e amadurecida.

3. O futuro magistrado, portanto, segue e perfaz o curso jurídico, atendendo às mesmas exigências e satisfazendo os mesmos requisitos que um estudante que irá ser operador em outra área do Direito, ressalvada para aquele a exigência de um interstício de cinco anos da prática da advocacia, existente como requisito para inscrição no concurso para a magistratura.

Em uma faculdade de bom nível - e hoje se executa no Brasil, concretamente, uma política governamental de melhoria da qualidade das faculdades de Direito - o magistrado se forma em condições razoáveis de exercer essa atividade difícil e multifária, ligada à elegante arte e ciência da aplicação do Direito.

4. O magistrado recentemente provido no cargo é capaz de fazer a diagnose do fato sob sua apreciação, a diagnose da norma, fazendo-lhe a análise extrínseca e intrínseca, se vale dos processos de interpretação restritiva ou extensiva ao sabor da eventual necessidade, chega à subsunção e, para tanto, tem plena consciência da disponibilidade dos meios de integração do ordenamento jurídico, para suprimento das eventuais lacunas.

Mas, de alguma forma, ele é, em princípio, prisioneiro da formação dogmática que recebeu no curso jurídico, entendendo ser ele uma simples voz da lei, não podendo ultrapassá-la, para entrever acima dela os direitos fundamentais que estão hoje explicitados na Constituição Federal de 1988, e que são os fundamentos da República, de eficácia não meramente programática, e que determinam, na aplicação do Direito, a salvaguarda da dignidade humana, através da concretização dos direitos humanos, dos direitos sociais, culturais e econômicos, a erradicação da pobreza, a eliminação das desigualdades sociais, e das desigualdades regionais no País.

5. Até bem pouco tempo, a estrutura curricular das faculdades de Direito no Brasil era exclusivamente dogmático-jurídica, inteiramente desligada da realidade social que cercava o bacharel que estava sendo preparado para os mais variados segmentos em que operaria o Direito.

6. Ainda assim, uma análise da perspectiva histórica da atuação do Poder Judiciário, associada à contribuição eficaz e construtiva de advogados competentes, revela que em inúmeros casos a aplicação da lei se fez em atenção às necessidades sociais e ao bem comum.

Vejam-se, sem a preocupação da exaustão, algumas hipóteses em que a construção jurisprudencial veio em socorro da incidência mais exata e justa da lei.

A chamada teoria brasileira do *habeas corpus*, brilhantemente sustentada por Pedro Lessa, no Supremo Tribunal Federal, deu elastério conveniente ao referido instituto, tornando-o aplicável, naquele momento, a espécies em que não se discutia apenas o direito de ir e vir.

6.1. Momento igualmente significativo foi aquele em que se deu interpretação extensiva a um decreto-lei, que, revogando o artigo 358 do Código Civil, permitia em determinadas circunstâncias o reconhecimento dos filhos adulterinos.

O Decreto-lei nº 4737, de 24.10.1942, permitiu o reconhecimento dos filhos adulterinos, desde que dissolvida a sociedade conjugal pelo então chamado desquite.

Intenso labor jurisprudencial veio a admitir também o reconhecimento dos filhos adulterinos, quando a sociedade conjugal se tivesse extinto pela morte de um dos cônjuges.

Posteriormente, a Lei nº 883, de 21.10.1949, veio a positivar, tornar realidade legislativa essa extensão da possibilidade do reconhecimento dos filhos adulterinos construída pela jurisprudência.

6.2. Outro exemplo interessante de aplicação justa do Direito, além da literalidade da norma, aconteceu com o hoje revogado Decreto nº 24.150, de 29.04.1934, tomado do ângulo de visada da legitimação processual para a renovação compulsória de locações comerciais e industriais.

Esse decreto, hoje substituído pela vigente lei de locação predial urbana, exigia como requisito para o exercício da pretensão renovatória que o contrato a ser reconduzido fosse escrito e tivesse o prazo mínimo de cinco anos.

Contra a literalidade da regra, os julgados firmaram, e a questão se tornou incontroversa, que o locatário que não fosse parte em um contrato de no mínimo 5 (cinco) anos, mas o fosse em dois ou mais contratos que, sem solução de continuidade, somassem os referidos 5 (cinco) anos ou mais, estaria igualmente legitimado para a renovatória.

Também aqui o aplicador afastou a literalidade da norma, em favor da razoabilidade.

Outros casos poderiam ser alinhados, como, por exemplo, a teoria da imprevisão afastando incidência do *pacta sunt servanda* nos contratos de duração, a demanda de partilha na rutura dos concubinatos, quando a jurisprudência foi buscar, no direito das obrigações, a sociedade de fato, para aplicar o direito justo em matéria de índole familiar e ainda, em matéria de responsabilidade civil, a responsabilidade presumida do preponente por ato do preposto, bem como, o reconhecimento de efeitos dos chamados cheques pré-datados.

6.3. Atualmente, vige, desde 4 de janeiro de 1995, a Portaria nº 1.886, de 30 de dezembro de 1994, do Ministro da Educação e Desporto, fixando novas diretrizes curriculares e o conteúdo mínimo do curso jurídico.

Esse novo currículo deverá seguramente tornar o Curso Jurídico dotado de uma estrutura essencialmente crítica, reflexiva, criadora e transformadora.

Além disso, a Constituição Federal de 1988 abre caminho para uma aplicação mais justa do Direito, consagrando a teoria dos direitos fundamentais, partindo de princípios efetivos e não simplesmente programáticos, que são fundamentos da República mesma.

A Constituição estabelece que a República tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, declara que é objeto fundamental dessa mesma República erradicar a pobreza e a marginalização, e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

De outro lado explicita mais fortemente a função social da propriedade, condenando a propriedade não-utilizada e sub-utilizada.

Dessa forma, esses princípios, sobretudo para um magistrado do terceiro mundo, presidem efetivamente toda a aplicação do direito infra-constitucional, de maneira a conduzi-lo à equidade e à Justiça Social.

Esses princípios fundamentais estão acima dos princípios gerais de que cuida a Lei de Introdução ao Código Civil, como instrumentos de integração e suprimento das lacunas do ordenamento.

Dita concepção dos direitos fundamentais centrados na Constituição já se faz sentir em vários momentos do fenômeno dinâmico da aplicação do Direito, revelando a sensibilidade dos magistrados.

Tomemos, por exemplo, o quadro dos conflitos fundiários, em que se encontra, de um lado, o titular de uma propriedade evidentemente não-uti-

lizada ou sub-utilizada, comprometida em uma intenção especulativa do dono, e, portanto, vocacionada para sua extinção, nos termos constitucionais, e, do outro lado o direito de habitação, acesso à terra e abrigo, dos sem teto e dos sem terra.

Diante desse conflito, o magistrado em um país do terceiro mundo há de chegar a uma solução que encontre a sua razão de ser nos fundamentos da própria República.

A superação dos limites formais da propriedade pela ação dos sem teto e dos sem terra se explica e justifica, nesse caso, pela necessidade de preservar a dignidade da vida humana e erradicar a pobreza.

Essa solução atende à finalidade social do Direito, e já se encontra em expressivos precedentes judiciais.

6.4. Veja-se, como exemplo, o acórdão da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação Cível nº 212.726-1- São Paulo, em 16.12.1994, unânime, com a seguinte ementa:

“AÇÃO REIVINDICATÓRIA - Lotes de terreno transformados em favela dotada de equipamentos urbanos. Função social da propriedade. Direito de indenização dos proprietários. Lotes de terreno urbanos tragados por uma favela deixam de existir e não podem ser recuperados, fazendo, assim, desaparecer o direito de reivindicá-los. O abandono dos lotes urbanos caracteriza uso antisocial da propriedade. Permanece, todavia, o direito dos proprietários de pleitear indenização contra quem de direito” (apud AASP, nº 1896, 26.04.95 a 02.05.95, págs. 137/140).

Outro caso a ser respigado é o do acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, proferido em 12 de março de 1996, no *Habeas Corpus* 4399/SP, em que eram pacientes Diolinda Alves de Souza e outros (lideranças do Movimento dos Sem Terra), quando o Tribunal concedeu a medida para o fim de substituir a prisão preventiva pela liberdade provisória, com fiança.

O Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, em seu voto, assevera que os sem terra, ao proceder à ocupação, não praticaram esbulho possessório, por isso que neste o agente dolosamente investe contra a propriedade alheia para a usurpação. No caso, a ação se apresentava dominada pelo interesse na reforma agrária.

É de ver, pelos casos apontados, que o Poder Judiciário começa a revelar sensibilidade na solução de conflitos em que estão presentes direi-

tos fundamentais consagrados na Constituição, como naquelas hipóteses em que se opõem o direito de propriedade sobre um imóvel que não esteja cumprindo a sua função social, de um lado, e o direito de moradia e de acesso à terra, do outro lado.

É o início da caminhada no sentido da Justiça Social, na aplicação de um direito agora enriquecido pela doutrina dos direitos fundamentais, estampada na Constituição mesma, como fundamentos da República.

É o esforço dos operadores do Direito, entre eles os magistrados, no sentido do direito justo.

Importante que assim seja, já que o direito não é somente uma técnica de organização social, nem somente uma ciência normativa, mas também axiologia, já que os valores fundamentais são a própria razão de ser do homem em sociedade. ◆

Proposições Constitucionais*

Relatório do Dr. Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, Secretário Executivo do Congresso de Direito Constitucional, realizado pela Universidade Estácio de Sá, com apoio da EMERJ, AMAERJ, AMB e CEPAD.

Quando, no ano passado, pensávamos realizar esse Congresso, pretendíamos dar uma modesta contribuição às comemorações do 10º aniversário da Constituição. Imaginávamos que explodiriam eventos comemorativos por todos os cantos do País e que as autoridades do Executivo e do Legislativo liderariam homenagem de âmbito nacional.

Vã ilusão. Não podíamos imaginar que marco de tamanha envergadura passasse silenciosamente em espaços políticos tão importantes. Por acaso o Congresso Nacional programa comemorar como convém o seu 10º aniversário? Será que a imprensa lembrará ao povo a grande conquista?

Faltam 10 dias para o dia 5 de outubro e quem sabe o façam. Mas, desde já, percebe-se uma certa indiferença. Na verdade, revela-se a inequívoca intenção de desprestigiar a Carta brasileira para facilitar a sua reforma, com apoio na equivocada idéia de que ela é a grande responsável pelas mazelas do País, como se não tivesse sido ela, há dez anos atrás, a grande esperança de livrá-lo de tais males.

Mas os Senhores lembraram desse grande marco. E discutiram, perguntaram, aprenderam, ensinaram, votaram...; tornaram-se os porta-vozes do tantas vezes mencionado sentimento constitucional e decidiram democraticamente as seguintes **proposições**:

1. Não se deve eliminar o dispositivo da inconstitucionalidade por omissão: 86,2% contra 13,8%.

2. É recomendável a ampliação do rol dos legitimados ativos da ação de inconstitucionalidade por omissão: 80,2% contra 19,8%.

3. A inconstitucionalidade por omissão importa em responsabilidade civil: 87,4% contra 12,6%.

*Aprovadas no Congresso de Direito Constitucional - *Os Dez Anos da Constituição* - realizado no Rio de Janeiro-RJ, de 22 a 25 de setembro de 1988.

4. Não é recomendável a adoção do imposto único: 53,1% contra 46,9%.

5. A súmula vinculante não tornaria o Poder Judiciário mais efetivo: 64,3% contra 35,7%.

6. Os direitos da personalidade prevalecem sobre a liberdade de informação: 82,8% contra 17,2%.

7. É recomendável a criação de um Tribunal Constitucional: 75,1% contra 24,9%.

8. Emenda constitucional não pode abolir direitos adquiridos: 92,9% contra 7,1%.

9. Não é constitucional a convocação de um Congresso revisor em 1999: 88,6% contra 11,4%.

10. O Poder Legislativo não deve exercer o monopólio da função legislativa: 89,1% contra 10,9%.

11. É recomendável o uso mais restrito das medidas provisórias por parte do Poder Executivo: 90,6% contra 9,4%.

12. Não é recomendável a adoção do sistema parlamentarista: 53,5% contra 46,5%.

13. O princípio da legalidade obriga que o legislador aproxime os parâmetros mínimo e máximo da pena: 64,5% contra 35,5%.

14. O princípio da legalidade não impede que o Direito Penal seja usado para obrigar o cumprimento de outras normas: 53,6% contra 46,4%.

15. A Constituição não tem sido eficaz para garantir a dignidade e a liberdade humanas: 83,8% contra 16,2%.

16. É possível equilibrar dois direitos protegidos pela Constituição: 81,5% contra 18,5%.

17. A Constituição não contém norma inconstitucional: 85,7% contra 14,3%.

18. O Poder Judiciário não tem cumprido seu papel de dar efetividade à Constituição: 72,3% contra 27,7%.

19. A Constituição admite igualdade de tutela para as entidades familiares fundadas ou não no casamento: 67,% contra 33,%.

20. As normas constitucionais têm aplicabilidade direta e imediata nas relações de direito privado: 86,5% contra 13,5%.

21. A emenda que introduziu a perda do cargo por insuficiência de desempenho representa um avanço na administração pública: 73,% contra 27,%.

22. O servidor público se sujeita às mesmas regras de eficiência previstas no Código do Consumidor quanto à prestação do serviço público: 87,3% contra 12,7%.

23. A introdução de um teto aos vencimentos no serviço público representam um avanço para a administração pública: 94,7% contra 5,3%.

24. É imperioso proceder-se a uma auditoria na Previdência Social antes de aprovar-se qualquer reforma no sistema previdenciário: 81,1% contra 18,9%.

25. A aposentadoria por tempo de serviço não deve ser eliminada: 80,3% contra 19,7%. ◆

JURISPRUDÊNCIA

&

DOCTRINA

Habeas corpus: Promotor de Justiça como autoridade coatora. Competência originária do Tribunal de Justiça

Habeas corpus n° 3.445-7 - SP

(Registro n° 95.00118980-1)

Relator: O Sr. Ministro Cid Flaquer Scartezzini

Impetrante: Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de São Paulo

Advogado: Alberto Zacharias Toron

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Marcus Aurélio de Souza Lemes

EMENTA: HC - Promotor de Justiça como autoridade coatora - Competência originária do TJ para apreciar HC. - A teor do art. 74 - IV da Constituição do Estado de São Paulo combinado com o art. 96, III, da Constituição Federal, a competência originária para julgar *habeas corpus*, em sendo a autoridade coatora Promotor Público, é do Tribunal de Justiça Estadual.
- Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem nos termos do voto do Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Assis Toledo, Edson Vidigal, Jesus Costa Lima e José Dantas.

Brasília, 24 de maio de 1995 (data do julgamento).

Ministro Jesus Costa Lima, Presidente

Ministro Flaquer Scartezzini, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini: Trata-se de ordem de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio impetrado contra decisão do Eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que não conheceu do *writ* ali interposto em favor de Marcus Aurélio de Souza Lemes, cujo fundamento era, segundo se vê do acórdão do TJ que declinou da própria competência, *verbis*:

“... trancamento por falta de justa causa, de inquérito policial requisitado pelo Promotor de Justiça oficiante junto ao juízo da Segunda Vara da Comarca de Jacareí e imputando ao paciente conduta tipificada no art. 339 do Código Penal”. (fls. 91)

O Eg. Tribunal *a quo* entendeu que a competência no caso era do Magistrado de Jacareí, uma vez que a autoridade coatora era o Promotor da mesma Comarca.

Neste HC, primeiramente endereçado ao Eg. Supremo Tribunal Federal há pedido, em caráter liminar, para que seja determinado o sobrestamento do indiciamento do paciente até o julgamento deste, e que por fim seja declarada a competência do TJSP para o julgamento do HC anteriormente, ali, interposto.

Determinada a competência desta Eg. Corte por r. despacho de fls. 99 e vº, foram os autos inicialmente à douta Subprocuradoria-Geral da República que exarou parecer no sentido da concessão da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini (Relator): Sr. Presidente, a autoridade coatora é o Promotor de Justiça que oficia perante a Segunda Vara da Comarca de Jacareí/SP.

Não obstante, a liminar para que o paciente não fosse indiciado de plano não foi concedida e o *writ* não restou conhecido ao fundamento de que a competência era do Juízo de primeiro grau.

O parecer da douta Subprocuradoria, para entender ser do Eg. Tribunal *a quo* a competência para o feito, se arrima em caso idêntico, julgado pelo próprio E. STF (RECR n° 141.209/SP), cujo relator o eminente Ministro Sepúlveda Pertence, assim redigiu a ementa:

“*Habeas corpus - Competência originária do Tribunal de Justiça de São Paulo - Coação imputada a membro do Ministério Público Estadual.*”

1 - Da Constituição do Estado de São Paulo (art. 74, IV), em combinação com o art. 96, III, da Constituição Federal, resulta a competência originária do Tribunal de Justiça para julgar *Habeas corpus* quando a coação ou ameaça seja atribuída a membro do Ministério Público Local. Nesse ponto, o preceito da Constituição Estadual não ofende a competência privativa da União para legislar sobre direito Processual (CF, art. 122, I).

2 - Não é exaustivo o rol dos casos de *Habeas corpus* de competência originária dos Tribunais de Justiça, constante do art. 650 CPR-PEN, porque a competência originária por prerrogativa de função *Ratione Personae* ou *Ratione Muneris*, quando conferida pela Constituição da República ou por Lei Federal, na órbita dos Estados, impõe-se como mínimo a ser observado pelo ordenamento local. A este, no entanto, é que incumbe, respeitado o raio mínimo imposto pela ordem central, fixar-lhe a área total.

3 - A matéria de que se cuida, relativa à competência material por prerrogativa de função, não é da área estrita do Direito Processual, dada a correlação do problema com a organização dos poderes locais, conforme já se entendia sob a ordem constitucional decaída (v.g., J. Frederico Marques), e ficou reforçado pelo art. 125 da vigente Constituição da República.

4 - Tanto mais se legitima a norma questionada da Constituição local quanto é ela que melhor se ajusta, ao correspondente modelo federal, no qual - com a única exceção da hipótese de figurar como coator um Ministro de Estado - o princípio reitor é conferir a competência originária para o *Habeas corpus* ao Tribunal a que caiba julgar os crimes de que seja acusada a autoridade coatora. (fls. 106/107).

Assim, com o entendimento fixado pela Eg. Suprema Corte, meu voto é no sentido de determinar a competência do Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo para apreciar o HC que ali tomou o nº 166.830-3, concedendo, outrossim, liminar para que o paciente não seja indicado, até julgamento final daquele feito.

É como voto.

COMENTÁRIO:

O presente aresto, da lavra de cultos e eminentes ministros de alta Corte de Justiça do país, reflete o tratamento jurisprudencial que vem sendo dado a essa matéria dentro do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, conforme os precedentes RECR 141.209/SP, rel. Ministro Sepúlveda Pertence; STJ-RHC 3.990/SP - 5ª Turma, rel. Ministro Edson Vidigal, DJU 28.11.94, p. 32.624; STJ-HC 4787/SP - 5ª Turma, rel. Ministro Edson Vidigal, DJU 16.12.96, p. 50891; STJ-RESP 79112/SP - 5ª Turma, rel. Ministro Félix Fischer, DJU 07.04.97; STJ-RESP 90175/SP - 6ª Turma, rel. Ministro Anselmo Santiago, DJU 25.02.98, p. 127. Todavia, diante da relevância do tema, merece ele ser discutido à luz da solução dada pela decisão sob comento, que optou pela competência *rationae personae* para resolver a *quaestio juris*.

Com efeito, o *habeas corpus*, na perfeita dicção do artigo 647 do Código de Processo Penal, é o instrumento hábil para fazer cessar coação ilegal à liberdade de ir e vir, servindo o artigo 648 e seus incisos, para trazer o que significa ilegalidade. Extraí-se assim, desses dispositivos legais, que o julgamento do *habeas corpus* visa afastar o ato do agente público que levou à coação e não julgar eventual conduta típica praticada por esse agente, ou seja, não é o agente público, no *habeas corpus*, réu, passível de sofrer uma condenação, pois não é esse o provimento jurisdicional que busca o impetrante dessa ação popular constitucional.

A partir então dessas delimitações de atuação, do impetrante e da autoridade coatora, já se pode esboçar a discussão acerca da competência para julgamento do *habeas corpus*, não se afigurando razoável o uso do artigo 96, III, da Constituição da República, posto que ali está previsto o julgamento pelo Tribunal de Justiça de **imputação criminal** dirigida às autoridades que elenca, que no caso, para ser fiel ao aresto, é o promotor de justiça, ou seja, competência *rationae personae*, tão somente pela prática delituosa.

Aqui, então, importante observação, pois o julgamento dos juízes de direito, segundo a própria norma constitucional anunciada, é do Tribunal de Justiça, realizado notadamente pelo Órgão Especial, no qual está instalado, assim, adotado o raciocínio desenvolvido no aresto, só o Órgão Especial pode apreciar *habeas corpus* em que a autoridade coatora é juiz de direito, lembrando ainda que afastadas também restam a competência das turmas dos tribunais superiores, sobretudo no STJ, quando a autoridade coatora é desembargador, o que se sabe não é a regra, nem tem apoio doutrinário, sendo

de se frisar que nas unidades da federação em que há Tribunal de Alçada - que não tem competência para julgar magistrados - esse é competente para revisar atos de coerção praticado por juízes de direito, adotando-se, ao que parece corretamente, o critério único da competência *rationae materiae*.

Aposte-se mais, que adotar o entendimento esposado pelo aresto sob comento, significa criar uma situação especial, de injustificável diferenciação aos promotores de justiça, pois como se observa, o tratamento que a decisão deu para resolver a questão da competência foi o da *rationae personae*, e dessa forma, quando o ato vem a ser praticado por um promotor de justiça a competência para o julgamento será sempre do Tribunal de Justiça e se for, por exemplo, por um juiz, a competência poderá até ser dos Tribunais de Alçada.

Cumpra ainda apontar, que o julgamento do *habeas corpus* por instância jurisdicional superior hierarquicamente, contra ato praticado por juiz de direito, tem respaldo no princípio que veda aos juízes de mesmo grau de jurisdição rever as decisões de seus pares, ou seja, não se dá em razão da competência *rationae personae*, art. 96, III, da Constituição da República, mas com fundamento no duplo grau de jurisdição, adotando-se como critério definidor da competência o da *rationae materiae*, principalmente nos Estados onde há Tribunal de Alçada, óbice que não alcança o Ministério Público, porque não integra a estrutura do Poder Judiciário.

Destarte, com todas as vênias, a solução que parece mais adequada para definir a competência para o julgamento de *habeas corpus*, quando a autoridade coatora é o promotor de justiça, é a que defere ao juiz de direito ao qual esteja o órgão de execução do Ministério Público ligado, este mister. Entretanto, quando dessa coação resultar a prática de ilícito penal, aí sim, e somente nesse caso, terá inteira aplicação o artigo 96, III, da Constituição Federal. (**Dr. Cezar Augusto Rodrigues Costa**. *Juiz Auxiliar da Vara de Execuções Penais / Rio de Janeiro.*) ◆

Embargos de Terceiro Preventivo. Desconsideração da Pessoa Jurídica

Estado do Rio de Janeiro

5ª CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 857/98

RELATOR: Des. HUMBERTO DE MENDONÇA MANES

CLASSE REGIMENTAL: 5 (cinco)

Embargos de terceiro. Se os bens daquele que afirma não ser parte no processo de execução se encontram na iminência de penhora, cabível afigura-se preventivamente o remédio processual previsto no artigo 1.046. Pessoa jurídica. Desconsideração. É lícita a desconsideração da pessoa jurídica executada para incidir a penhora sobre os bens da empresa controladora, a qual, em evidente fraude à execução, cedeu cotas da sociedade por ela comandada. Fraude à execução caracterizada. Ineficácia do ato de cessão.

RELATÓRIO

Em apenso aos autos da execução por título judicial (acórdão a fls. 746/9 dos aludidos autos), a apelante (fls. 10019) impugna a sentença (fls. 82, verso) que julgou improcedentes os embargos de terceiro pela recorrente oferecidos (fls. 2/12), em cuja petição inicial se pleiteou:

- a declaração de inexistência de dívida da embargante, recolhendo-se o mandado de execução em face da mesma expedido; ou
- a desconstituição da penhora, se porventura efetivada.

Alegou (e alega) a embargante que a sucumbente na ação matriz foi a empresa MONOCEAN - OCEANERING ENGENHARIA SUBMARINA

LTDA. e que, assim, os embargados, autores da aludida ação de procedimento ordinário, não poderiam pleitear o desencadeamento da relação jurídica processual executória contra quem não foi parte naquela demanda.

Sustenta-se, na aludida peça, que, por ampliação do imperativo processual contido no artigo 1046, os embargos de terceiro teriam cabimento, ante a iminência de penhora de seus bens em cumprimento ao mandado de execução.

Na contestação (fls. 67/71), os apelados argumentaram que os embargos não constituem meio adequado à discussão de matéria própria de embargos do devedor e que, ante a conhecida teoria da desconsideração da pessoa jurídica, a apelante não é terceiro, mas parte na relação processual matriz.

Em prol de sua assertiva, explicitou a embargada (fls. 69) que, ao cumprir a diligência citatória-executória, certificou o Oficial de Justiça que, no local da executada, funcionam as empresas do Grupo MONTREAL. Além disso, a cessão das cotas que possuía na empresa executada (a outra cotista é a OCEANERING INTERNACIONAL), no curso da ação, caracterizaria fraude à execução.

A sentença, ao desacolher os embargos, sustentou que os pressupostos legais para sua concessão não se achariam presentes, eis que, ao ver do ilustre sentenciante, só a constrição ou a ameaça da penhora, justificaria o cabimento da medida, sendo certo que, no caso, haveria, apenas, mero receio de que tal situação viesse a concretizar-se.

A apelante reitera as alegações da petição inicial e acrescenta que, com iminência da penhora, a situação legitimante dos artigos 1046 e seguintes, processuais, se caracterizaria.

A resposta (fls. 120/1) prestigia a conclusão da sentença, assinalando que, ocorrida a fraude, ineficaz seria, em relação ao processo de execução, o ato de cessão das cotas, respondendo, destarte, a apelante com seu patrimônio.

O órgão do Ministério Público junto ao primeiro grau (fls. 124/6) prestigia a conclusão da sentença, mas forte em que, ante a desconsideração da pessoa jurídica, ocorrendo a cessão de cotas em ato de fraude à execução, a apelante seria parte, e não terceiro, donde o descabimento dos vertentes embargos.

O Ministério Público invoca aresto desta Câmara, em que reconheceu a intempestividade do agravo contra o despacho que ordenou a citação da

apelante nos autos principais (fls. 92/8), bem como o parecer do eminente Procurador de Justiça, doutor CARLOS DOMINGUES DA VENDA (autos principais, fls. 937/41), onde, adotando-se pronunciamento do Juízo Monocrático, se assinalara a existência da mencionada fraude à execução.

O eminente doutor Procurador de Justiça, J.M. LEONI LOPES DE OLIVEIRA (fls. 130/1), oficiou no sentido do desprovimento recursal.

À douda revisão.

Rio de Janeiro, 30 de março de 1998.

Des. HUMBERTO DE MENDONÇA MANES, Relator

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível nº 857/98, em que é apelante MONTREAL ENGENHARIA S/A e apeladas REGINA CELIA RODRIGUES COPOLILLO E OUTRAS.

ACORDAM os Desembargadores da Quinta Câmara Cível do TRIBUNAL DE JUSTIÇA do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso para confirmar a sentença pela sua conclusão.

Relatório a fls. 133/5.

Improsperável afigura-se o argumento da douda sentença para concluir pela improcedência dos embargos.

É que, ante a iminência de penhora em seus bens, a embargante, que não foi parte no processo matriz, não tem apenas justo receio de dano em seu patrimônio, mas sim a ameaça real de uma lesão. Seria injusto que, desde logo, se aguardasse a efetivação do ato de constrição judicial para que, só então, viesse a apelante a pleitear a tutela de seu afirmado direito subjetivo.

O ordenamento dos embargos de terceiro (CPC, arts. 1046 e seguintes) tem, no caso, comportado interpretação extensiva; não só a penhora realizada, mas também a iminência de sua efetivação preenche a *fattispecie* processualmente tipificada, a ensejar o emprego da presente via, isto é, os embargos de terceiro.

Tudo consiste em saber, destarte, se a apelante é, ou não, terceiro no feito principal.

A negativa se impõe.

Os pronunciamentos do Ministério Público, tanto nestes autos quanto na ação matriz, assinalaram a existência de fraude à execução, corretamente anotada pelo Juízo Monocrático na demanda principal.

O tema da desconsideração da pessoa jurídica, que no direito norte-americano tanto desenvolvimento alcançou em se tratando de sociedades anônimas, vem merecendo a atenção de estudiosos em nosso país.

O parecer sem ser, realmente, provoca, por vezes, conseqüências jurídicas, quando a empresa constitui verdadeira máscara para encobrir a atuação e seu real controlador.

Desde a conhecida obra de ROLF SERICK, a respeito da aparência e da realidade das sociedades mercantis, até os juristas brasileiros, dentre outros, LUIZ ROLDÃO DE FREITAS GOMES (*Desconsideração da Pessoa Jurídica*) e J. LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA (*A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*), chegou-se à conclusão da responsabilidade do controlador pela prática de débitos da sociedade comandada.

Uns vão buscar essa solução nos princípios norteadores do abuso de direito, outro no ato lícito em si, mas o certo é que a doutrina penetrou fundo na jurisprudência de nossos tribunais, inclusive quanto à aplicação da conhecida teoria da aparência.

Mas o certo é que, buscando às escâncaras, em pleno desencadeamento do processo matriz, fugir à sua responsabilidade, a apelante cedeu suas cotas na empresa controlada (a executada), para que o patrimônio da sucumbente naquela demanda não sofresse a execução forçada.

Manobra clara de fraude à execução, ensejando a ineficácia do ato de transferência, por meio de cessão, das cotas.

Daí porque a execução deve continuar contra a embargante, que é parte (e não terceiro) no processo matriz, em virtude da ineficácia, já referida, do ato de cessão.

Por não ser terceiro, a apelante não pode valer-se da regra processual do artigo 1046, motivo pelo qual a sentença é confirmada apenas pela sua conclusão.

Sendo a apelante executada, sua defesa far-se-á através de embargos do devedor, seguro previamente o Juízo, sob pena de violar-se o mandamento processual contido no artigo 737.

Por tais razões, nega-se provimento ao recurso.

Rio de Janeiro, 07 de abril de 1998.

Des. HUMBERTO DE MENDONÇA MANES, *Presidente e Relator*. ◆

COLABORARAM NESTE NÚMERO

Alexandre Freitas Câmara, 54

Álvaro Mayrink da Costa, 116

Cezar Augusto Rodrigues Costa, 223

Décio Xavier Gama, 102

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, 198

Geraldo da Silva Batista Júnior, 47

Heloisa Carpena Vieira de Mello, 73

Jorge Lobo, 156

José Carlos Barbosa Moreira, 13

Letícia de Faria Sardas, 148

Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, 127

Luiz Gonzaga dos Santos, 110

Paulo Nader, 36

Ricardo Pereira Lira, 212

Semy Glanz, 94

Sérgio Cavalieri Filho, 84

Wilson Marques, 26