

ISSN 2236-8957

Revista da

EMERJ



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Volume 2 nº5 - 1999



EMERJ - A ESCOLA DO JUIZ

Revista da

EMERJ



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Volume 2 - Nº 5 - 1999



EMERJ - A ESCOLA DO JUIZ



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 Ensino

Dra. Heloisa Carpena Vieira de Mello

Coordenadora de Ensino

Dra. Márcia Claudia Accioly Pimentel

Chefe de Gabinete

Dra. Maria Alice da Cruz Marinho Vieira

© 1999, EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

Coordenador: Des. Décio Xavier Gama

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, MTb 597/MA-RJ); Márcio Alvim (Editoração); Geórgia Kitsos (Editoração *website*); Geórgia Kitsos e William Lages (Capa)

Apoio Cultural:

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*)

V.1, n.4, 1998: Anais da 4ª Semana de Integração Jurídica Interamericana

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: emerjpublicacoes@tj.rj.gov.br

REVISTA EMERJ - ANO 2

Este número da Revista, que inaugura o 2º ano de circulação, é colocado à disposição do público num momento histórico em que o Poder Judiciário enfrenta grandes dificuldades.

A Comissão Parlamentar de Inquérito do Senado, criada para apurar irregularidades nos Tribunais, acabou confundindo a opinião pública, colocando no mesmo contexto a reforma do Judiciário e a punição dos responsáveis por atos de improbidade .

Aquela, da maior importância para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, ambição de todos os brasileiros; esta, absolutamente inútil, porque os atos ilícitos praticados eventualmente por juízes ou servidores são apurados e julgados no interior da nossa organização. O Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, tem dado mostras do rigor com que tem enfrentado essas distorções. O último juiz processado e julgado pela prática de ilícitos penais foi condenado a 15 (quinze) anos de reclusão além de outros efeitos extrapenais da maior importância.

O que é preocupante nisso tudo é a fragilização do poder aos olhos da população.

Numa democracia tênue como a do nosso país, recém-saído de um regime totalitário que durou mais de 20 (vinte) anos, não aproveita a ninguém o enfraquecimento das instituições. Especialmente do Poder Judiciário, última cidadela do homem nas suas lutas pela salvaguarda dos direitos fundamentais.

Mas enquanto isso se passa em Brasília, é bom constatar que a nossa Revista está cada vez mais consolidada, marcando a presença cultural da EMERJ por todos os lugares da pátria.

Neste número estamos trazendo para os leitores artigos de grande atualidade, que poderão ser muito úteis para a reflexão dos profissionais do direito.

Que Deus nos ajude a prosseguir.

Até breve.

Des. Manoel Carpena Amorim

Sumário

- Uma Justiça para o Novo Século** **13**
Des. Humberto de Mendonça Manes
Conferência Magna proferida no dia 8/2/99, na abertura do 1º Período Letivo da EMERJ.
- O Poder Judiciário e a Súmula Vinculante** **23**
Min. Carlos Mario da Silva Velloso
A lentidão da justiça e a causa do aumento do número de processos ante o encorajamento do acesso à Justiça (Const.de 1988). O deficiente apoio administrativo da 1ª instância. Deficiência do número de juízes. O formalismo das leis processuais. Soluções: 1) a súmula vinculante preferencialmente nas questões de direito público, tributário, previdenciário, administrativo. 2) racionalização do sistema de recursos. 3) A argüição de relevância da questão de direito posta no recurso extraordinário no recurso especial (STJ e TSE) e na revista trabalhista (TST). 4) A execução administrativa e a notificação e penhora extrajudicial pela Fazenda, seguindo-se o processo para as Varas da Fazenda somente se houvesse interposição dos embargos. 5) Os Juizados Especiais.
- As Novas e Boas Propostas da Reforma** **39**
Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira
O 13º anteprojeto: modificações no CPC e em algumas leis especiais (Lei dos Juizados Especiais e Lei do Executivo Fiscal etc.). 1) Estímulo à utilização dos meios eletrônicos. 2) Prazos. 3) Elevação do teto para o procedimento sumário (art. 275-I e intervenção de terceiro fundada em contrato de seguro. 4) Dispensa de audiência de conciliação, se o direito não admitir transação. 5) aprimoramento dos institutos da antecipação de tutela e da execução provisória. 6) Modificações na apelação, nos embargos infringentes e no agravo de instrumento. 7) Inovações no processo executivo.

O Grampeamento e a Constituição

Des. Osny Duarte Pereira

A violação do sigilo na escuta telefônica, praticada em larga escala no mundo. O caso do Presidente destituído graças ao grampeamento (Nixon). O grampeamento europeu, asiático e norte-americano. A regulamentação da escuta telefônica desde 1949 na Grã-Bretanha (*W. T. Act*) e nos EE.UU. (*Crime Control and Street Act*, de 1968). O sigilo previsto no art. 5º, inc. XII da Carta de 1988. O grampeamento no caso BNDES e o caso SIVAN, responsáveis pela queda de ministros. A Lei nº 9.296/96, reservando à autoridade judiciária o poder de autorizar a escuta telefônica, não obstante continuarem as escutas clandestinas, que precisam ser coibidas, punidos os infratores. A falta de uma agência reguladora.

53

Responsabilidade Civil e o Júri

Des. Manoel Carpena Amorim

O confronto entre a decisão do Júri e a indenização civil; e a questão da coisa julgada. A validade. Da sentença absolutória do Júri por negativa de autoria e a jurisdição civil. O art. 1525 e a controvérsia na Doutrina. O problema do confronto das Jurisdições. E a coerência dos julgamentos.

60

Herança Jacente e Herança Vacante

Procurador da Justiça Simão Isaac Benjó

Herança jacente no Direito Romano. Herança jacente no Direito Brasileiro. Conceito e seus aspectos gerais. A herança jacente e as Fundações Universitárias. Herança vacante: noção. Natureza jurídica do julgamento da Vacância, segundo Pontes de Miranda. Considerações do autor. A Lei nº 8.049/90 e as sucessões abertas antes de sua vigência.

66

A Responsabilidade Civil Médico-Hospitalar à Luz do Código do Consumidor

Des. Sergio Cavalieri Filho

O crescimento do número de ações de indenização decorrentes de responsabilidade médica e hospitalar e suas causas: a má qualidade do ensino, os péssimos serviços prestados, a maior demanda dos hospitais públicos por pessoas mais pobres e doentes, mais

87

facilidade no acesso à Justiça, ou a maior consciência dos direitos do cidadão I) Casos ilustrativos. II) A responsabilidade médica empresarial. III) A posição da jurisprudência. IV) A exclusão da responsabilidade médica empresarial. V) O risco inerente ao serviço. VI) A responsabilidade pessoal do médico. VII) A responsabilidade da equipe cirúrgica. VIII) O consentimento do paciente. IX) A cirurgia estética - obrigação do paciente?

Avanços da Doutrina e Jurisprudência do Dano Moral

Des. Severiano Aragão

Conceito do dano moral, segundo a melhor Doutrina. A dor moral da pessoa física, as lesões espirituais, sentimentais. O dano moral direto e o indireto. A conceituação do dano moral, como pessoal, pessoal reflexo e material com reflexos morais. O dano moral da pessoa jurídica. O dano moral e o dano estético. O seu caráter exclusivamente estético. Ilustrativos casos referidos na jurisprudência.

100

O Novo I.T.R. e a Vedação Constitucional do Confisco

Dr. Ernani de Paiva Simões

A recente Lei nº 9.393/96 com a surpreendente inovação de se utilizar o I.T.R. como arma de política econômica e social. Retomada da orientação do Estatuto da Terra (Lei nº 4.504/64). O valor da terra nua (VTN) considerado como auto-avaliação, válido em caso de desapropriação por interesse social. A entrega anual do ITR-DIAT, que deve refletir o preço de mercado, para fins de cálculo do imposto. A tabela unificada de alíquotas anexa à Lei. A classificação, também unificada em 5000 hectares, da grande propriedade, independentemente de sua localização. A improcedente alegação de inconstitucionalidade ou de confisco com a Tabela Única de classificação da propriedade.

106

Inatividade da Sociedade Comercial

Des. J. A. Vizeu Penalva Santos

Inovação no tocante à inatividade da sociedade comercial. A Lei nº 8.934/94 e o registro de empresas (art. 59 e 60). A perda do uso do nome comercial uma vez expirado o seu prazo de vigência. A reativação da sociedade inativa. E seu significado. Conclusões.

113

- O Papel do Curador Especial no Processo Civil** 117
Des. Wilson Marques
No processo de conhecimento e no cautelar. No processo de execução.
- Protesto Silencioso** 123
Des. Décio Xavier Gama
O conceito e os objetivos do protesto de títulos. O aviso do credor, quanto ao propósito do credor receber, interromper a prescrição ou constituir o devedor em mora. O resguardo do direito de regresso contra endossadores e respectivos avalistas e o protesto pelo credor para que possa requerer a falência do devedor. O protesto como pressuposto da execução no caso do contrato de câmbio (Art. 75 da Lei nº 4.728/65). Acordo havido em Juízo para que o protesto se fizesse sem “publicidade”.
- A Nova Redação do Art. 557 do Código de Processo Civil** 127
Juiz Nagib Slaibi Filho
Casos em que o relator nega seguimento ao recurso. Julgamento do recurso de plano pelo relator. Recurso manifestamente em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do STF, ou de Tribunal Superior. O poder do relator de antecipar a tutela em ações ordinárias e nos incidentes processuais autônomos “Qualquer pena deve guardar relação adequada e proporcional com o fato (Art. 5º, XLVI) e sua aplicação fora do campo do Direito Penal está ao menos prometida pelo § 2º do Art. 5º”.
- Os Embargos do Devedor no Juizado Especial Cível** 134
Juiz Rogério de Oliveira Souza
O novo sistema de aplicação da Justiça com o Juizado Especial e a observância de disposições do CPC para a execução. Oferecimento dos embargos nos autos da execução pessoalmente ou por advogado. Impugnação em 10 dias. A forma oral de apresentação dos embargos. E o julgamento após audiência de conciliação. Legitimação. Inadmissão, rejeição liminar e recebimento dos embargos.

Princípios Gerais do Direito no Processo Civil

Des. Jorge de Miranda Magalhães

Igualdade ou isonomia. 2) Princípio do contraditório. 3) Princípio da ampla defesa. 4) Princípio da imparcialidade do juiz. 5) Princípio da motivação das decisões 6) Princípio do devido processo legal. 7) Princípio da recorribilidade ou do duplo grau de jurisdição. I - Introdução. II - Os princípios e o processo. III - Os Princípios Constitucionais ou Fundamentais do Processo. IV - Princípios Legais ou Informativos do Processo: 1) Princípio do dispositivo. 2) Princípio do impulso oficial. 3) Princípio da congruência ou da correlação. 4) Princípio da instrumentabilidade. 5) Princípio da substanciação. 6) Princípio da impugnação especificada. 7) Princípio da estabilidade da lide. 8) Princípio da eventualidade. 9) Princípio da preclusão: a) consumativa, b) preclusão temporal, c) preclusão lógica, d) preclusão ordinatória, e) preclusão máxima ou coisa julgada. 10) Princípio da publicidade. 11) Princípio da economia processual. 12) Princípio da *perpetuatio jurisdictionis*. 13) Princípio do ônus da prova. 14) Princípio do livre convencimento. V - Princípios do Procedimento: 1) Princípio da imediatidade ou da imediação. 2) Princípio da moralidade. 3) Princípio da concentração. 4) Princípio da identidade física do juiz ou da vinculação. 5) Princípio da lealdade processual. VI - Princípios Inerentes aos Recursos: 1) Princípio do duplo grau de jurisdição. 2) Princípio da taxatividade. 3) Princípio da singularidade. 4) Princípio da fungibilidade. 5) Princípio da dialetividade. 6) Princípio da voluntariedade. 7) Princípio da complementariedade. 8) Princípio da proibição da *reformatio in pejus*. 9) Princípio da irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias.

Teoria da Ação - As Grandes Objeções ao Conceito Final de Ação

Des. Álvaro Mayrink da Costa

Introdução. Até que ponto a culpa inconsciente é ação final? Seria possível conceber o conceito de culpabilidade despojado do dolo entendido como sua característica? Seria para o Direito Penal uma consequência inevitável o dolo como parte da ação? Qual o conceito que deverá ser aceito pelo intérprete da ação? O valor histórico do finalismo.

Os Fatores de Atribuição na Responsabilidade Civil

207

Procurador Regional da República André Fontes

Metodologia. Introdução. A responsabilidade por danos. Os fatores de atribuição. Os fatores de atribuição subjetivos e objetivos. Conclusões.

Uma Justiça para o Novo Século *

DES. HUMBERTO DE MENDONÇA MANES

Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Exmo. Des. Manoel Carpena Amorim, que dirige com tanta fidalguia e eficiência a nossa Escola da Magistratura, e ilustres autoridades já nominadas, mas com menção especial para a figura admirável de juriconsulto inigualável, que é o Des. Martinho Garcez Neto. É uma honra para nós tê-lo aqui.

Senhoras e senhores. Por volta de 1705, um prisioneiro foi deixado em uma ilha isolada em pleno Oceano Pacífico. Acreditava-se que não resistiria às intempéries. Contudo sobreviveu. Quatro anos depois, um cargueiro por lá passou e o salvou. Tempos mais tarde, ao ouvir essa história, o escritor Daniel Defoe rebatizou o prisioneiro com o nome de Robson Crusoe, romanciou a história e arranhou-lhe um amigo, Sexta-feira. Abstração, evidentemente. Mas já mostra que, com a chegada de Sexta-feira à ilha, nasceu um sistema de relações. É claro que ali estava um embrião de sociedade. É sabido que, desde os primórdios da humanidade, que é a nossa civilização, o homem mantém luta constante para dominar as forças da natureza. Pelo seu instinto de preservação e necessidades biológicas, associou-se a seus semelhantes. Daí nasceram conflitos de interesses.

Um dos maiores construtores de conceitos do século, Carnelutti, no primeiro capítulo de suas lições de Direito Processual Civil, resumia a questão em termos que, até hoje, inauguram alguns manuais de Direito Processual em nosso País. Dizia que o bem é tudo aquilo que satisfaz às necessidades do homem e sua vida em coletividade. Tem razão, porque a palavra bem, como se sabe, deriva do latim *bonoro*, que quer dizer “trazer felicidade”. Mas, tal como a Economia, o Direito é uma ciência da escassez. Se os bens da vida são escassos e os interesses humanos são grandes, dizia ele, dali nasceriam inúmeros conflitos cuja composição seria necessária. A palavra interesse, que também vem do latim *inter est*, é muito sugestiva, pois é o que está entre a pessoa e o bem. O interesse seria a valoração que

* Conferência Magna proferida no dia 8/2/99, na abertura do 1º Período Letivo da EMERJ.

um bem da vida representaria para determinada pessoa. Assim partiu-se para o conceito de lide, para o conceito conhecido de conflito de interesses.

Chegou-se a um ponto na sociedade em que a composição dos conflitos obteve forma peculiar. Sabemos que o homem começou a associar-se através de aldeias e depois passou a pequenas cidades, chamadas cidades-estado. Alguns conflitos atingiram intensidade tão grande que a própria base social, que alicerçava as sociedades humanas, se viu em perigo. Então a sociedade criou um ente superior a que deu o nome de Estado.

O Estado, através de sua *longa manus* e de vários desdobramentos, entregou a alguém a tarefa de julgar. Ao lado dessa pessoa, vários órgãos foram criados para assegurar a eficácia das regras jurídicas. Com o tempo, a separação recebeu o nome de Poder Judiciário, na parte em que nos interessa. Nem sempre foi assim. Nas monarquias absolutas, o rei era o próprio juiz. A princípio, a norma jurídica apresentou-se como um comando, uma ordem destinada a uma coletividade. É por isto que os manuais de direito, em sua maioria, usam, até hoje, a palavra mandado como sinônimo de norma jurídica, de imperativo ou de comando. Um dos grandes construtores do Direito do século passado, chamado Augusto Thon, definiu o ordenamento jurídico como um feixe de imperativos: alguém comandava, que era o rei, e alguém obedecia. Construiu-se assim, paulatinamente, o conceito de regra jurídica ou norma jurídica. A regra jurídica dá o sentido de direção e a norma jurídica seria a regra de conduta que governaria todo um povo.

A princípio, a técnica de julgar era a mesma, ou seja, o rei verificava, no continente europeu, o uso e o costume vigorante em cada cidade e ali a aplicava. A partir de meados do Século XV, houve um corte: os países do continente europeu adotaram a forma romana, *as pandectas*, no sentido de que os juízes deveriam decidir com base em conceitos. Contrariamente ao sistema da *civil law*, continental europeu, o sistema anglo-saxão permaneceu fiel ao costume. Lá, o direito romano não penetrou ou não conseguiu penetrar. Permaneceu o continente europeu com o sistema tradicional, enquanto que a Inglaterra, e suas colônias, adotou o sistema antigo. O continente europeu, também com as suas colônias, espalhou-se pelo mundo. O Brasil segue esse sistema europeu continental.

Nos Estados Unidos, a prevalência é do sistema inglês, com exceção da Luisiânia, que ainda segue o sistema continental, porque foi um território e hoje é Estado comprado pelos Estados Unidos à França, no início do Século XIX.

No Canadá, bifurcou-se a Justiça: o Quebec, por influência francesa, segue o sistema continental; o restante do País, o sistema anglo-saxão. Toda a América Latina segue o sistema europeu continental.

A divisão tripartite do Estado foi construída muito mais tarde. Já no Século XVIII, a idéia de Justiça começou a inspirar os enciclopedistas. Montesquieu foi um dos maiores teóricos a esse respeito. Recordo-me de que em sua posse, há anos, como juiz do Tribunal de Alçada, o ilustre Des. Sérgio Cavalieri Filho começou seu agradecimento citando passagem de Montesquieu, na sua conhecida obra **O Espírito das Leis**. Dizia: “Quando vou visitar um país não quero conhecer suas leis, não importa saber quais são. O que quero saber é se são ou não aplicadas e cumpridas”.

Começou a surgir um problema. De um lado, a existência da lei; de outro, o plano de sua eficácia, de seu cumprimento. Essa questão começou a surgir gradualmente, já com a revolução industrial. Sabemos que, com a derrocada do feudo diante do burgo, a nova ordem impôs suas leis. Leis consolidadas através de codificações notáveis, como o Código Civil francês, que teve o nome do grande estadista Napoleão Bonaparte, e, principalmente, o Código Civil alemão, de fins do Século XIX, que adotou todos os conceitos pandectistas graças ao trabalho de Windscheid e de outros.

No Século XIX, o conceito de Justiça passou a ser muito questionado. As injustiças da revolução social trouxeram à baila problemas das classes menos favorecidas, pois lá não havia ainda proteção ao trabalhador, como há hoje. As transformações súbitas deram origem a protestos. Daí as tentativas de Robert Tawer em fundar a colônia Nova Harmonia, na América, e escritos conhecidos, de Campanella e Morus, propondo melhor distribuição de renda.

A confusão reinante, no início da revolução industrial, era tão grande que a própria mulher era desconsiderada no meio intelectual. Basta dizer-se que uma das mais famosas escritoras inglesas, chamada Jane Austin, autora de vários livros, não escrevia seu nome nos livros. O único a elogiar seus livros foi Walter Scott, falando sobre o brilhantismo de um autor desconhecido. Só depois de falecer, aos 39 anos de idade, seu irmão revelou o nome da autora dessas obras prodigiosas, que descreviam a situação da mulher e da classe média inglesa em ascensão. E Dickens, em “Oliver Twist”, dedicava-se ao trabalho sobre a classe operária britânica imensamente desfavorecida naquela implantação inicial da nova ordem, propiciando inclusive discussões doutrinárias sobre a melhor forma de distribuição da renda.

É oportuno ressaltar que dois amigos de infância, Bernardo Winds-

cheid e Karl Marx, seguiram caminhos diferentes no ideal de Justiça. Eles estudaram juntos, mas eram radicais em suas colocações. Marx sustentava que todas as instituições estariam a serviço da classe dominante. Ele só via o lado econômico em uma sociedade. Windscheid, em carta famosa transcrita há pouco tempo no livro intitulado **A História do Direito Privado Moderno**, dizia que dentro ideal de Justiça só interessava, para o jurista, a construção de conceitos. Todo problema social seria “desinfluyente” para a Justiça. Foi, mais ou menos, o que fez, neste século, Hans Kelsen e sua teoria pura do Direito, um livro admirável, mas que reduz a pureza do Direito à norma e somente à norma.

Desse forma, vemos algo de positivo no debate de idéias porque comecemos mostrando que, de um lado, há o problema da criação do Direito e, de outro, o da eficácia do Direito. Geralmente, define-se o Direito, na concepção puramente teórica, como uma reunião harmônica e coerente de normas de relações intersubjetivas, cuja execução é garantida através de uma sanção institucionalizada. Com essa definição, observamos que há dois momentos: o da criação do Direito; o da sua garantia.

Percebendo esse problema logo no primeiro capítulo de seu famoso sistema de direito civil italiano, Domênico Barbero desenvolve a teoria institucionalista. Mostra que uma coisa é o direito, como conjunto de normas, e outra é o ordenamento jurídico. Faz a distinção entre direito e ordenamento jurídico. O primeiro seria esse conjunto de normas de conduta que governa um povo. O segundo seria algo mais amplo, ou seja, a reunião coerente dessas normas e mais alguma coisa - os órgãos e as instituições destinadas a garantir a eficácia das normas. É mais ou menos isso que ele quer dizer, desenvolvendo a teoria de Hauriou e de Santi Romano, no pequeno livro, meritoriamente famoso, intitulado **Ordenamento Jurídico**, edição de 1915, parágrafo 10.

A distinção mostra a necessidade de que os prolongamentos do Estado se fracionem em órgãos, entre eles o Judiciário e outras entidades, com o fim de garantirem o Direito em si. Aí entra o ideal de Justiça, precisamente sobre o que estamos tentando dissertar.

A obra de Windscheid é o mais famoso conjunto doutrinário do século passado. Penetrou muito na jurisprudência de nossos Tribunais e no ordenamento de nossa doutrina em razão das notas que a tradução italiana acrescentou, principalmente a de 1925 (Carlos Fada e Pedro Bonfanti). Nossos escritores abandonaram o sistema tradicional de ensinar o Direito

através de comentários a artigos de lei. Isso já vinha desde o tempo que o romanista Felipe Serafini traduziu para o italiano **As Pandectas**, com notas de grandes juristas italianos. Uma exposição sistemática passou a ser adotada. Foi um avanço insuficiente.

Os autores começaram a expor o Direito e a influenciar os Tribunais com base em exposições sistemáticas, como, por exemplo, a fulgurante obra de Pontes de Miranda em seu tratado de Direito Privado, como também no Direito Constitucional e Processual Civil à luz do Código de 1939. Neste século, o judiciário brasileiro começou a desenvolver-se. O curioso é que já naquela época se falava em blocos. Não uma globalização, essa realidade fenomênica dos dias de hoje, mas em parcelas do mundo. Então, como a Europa era quem comandava o planeta, pelo menos até o fim da II Guerra Mundial, recordo-me de que já se tentava uma união europeia sob outro prisma, em um livro famoso da época, intitulado **Os Dez Dias que Abalaram o Mundo**, de John Reed.

Leon Trotski propugnava pela criação dos Estados Unidos da Europa. É claro que falava sob a perspectiva da revolução permanente, da revolução socialista, e achava impossível implantar o comunismo em um país só. Trotski falava não em globalização, mas em um sistema europeu. E como Trotski era o personagem central da obra, o livro acabou sendo proibido por seu rival Stalin, que conquistou o poder e proibiu a divulgação do livro.

Em 1958, De Gaulle, sob um prisma ocidental de economia de mercado, propugnou o mesmo, ou seja, uma Federação Europeia. Achavam que isso não iria acontecer. Jean Jacques Servant-Shreiber, em meados da década de 60, propugnava o mesmo. Lembro-me de que, naquela época, logo que ingressei na Magistratura, o Des. Luiz Antônio de Andrade, um adepto da informática, pediu-me que fizesse uma palestra em torno desse livro. Tentei fazer com o Des. Martinho Garcez Neto ao meu lado, para socorrer-me em alguns erros que pudesse cometer.

Também naquela oportunidade o Ministro Vítor Nunes Leal, um dos mais preparados e atualizados Ministros da Suprema Corte brasileira, começou, para simplificar a tarefa dos julgadores, a tentar introduzir enunciados, verbetes, que serviriam como um conselho. Assim, quando o Supremo Tribunal Federal chegasse a uma jurisprudência tranqüila em torno de uma determinada questão, seria editado um verbeta. O conjunto desses verbetes do Supremo Tribunal Federal recebeu o nome de Súmula. Com o tempo, a palavra verbeta caiu de moda e fala-se em súmulas, mas, na verdade, a

súmula seria uma só, a do Supremo Tribunal Federal. Depois, com a criação do Superior Tribunal de Justiça, teria uma outra também. Esse conjunto de verbetes sumulares começou a ajudar realmente a tarefa dos julgadores.

Não que os julgadores fossem servos do Supremo Tribunal Federal, pois, no Brasil, a jurisprudência não é uma fonte formal do Direito, mas servia como um conselho, principalmente em matéria processual. É difícil, por exemplo, discutir se cabe ou não condenação em honorários advocatícios em mandado de segurança. O Supremo Tribunal Federal sumulou a questão no verbete 512. Assim igualmente o Superior Tribunal de Justiça, no verbete 105. Isto serve como um conselho, para simplificar a dinâmica do processo, não como uma obrigatoriedade para os juízes. Estou dizendo isso porque essa exposição já mostra uma aproximação para o século vindouro dos dois ideais de Justiça: o anglo-saxão e o continental europeu. No Direito Americano, o que vale é o precedente. O que eles chamam de law é a sentença. Quando se tem determinada lide apresentada, o conjunto de informática de hoje já mostra o precedente e isto, por ser vinculante, facilita o trabalho do advogado.

A Inglaterra entrou no mercado comum europeu. De Gaulle não queria que isso acontecesse, pois com a velha rivalidade entre a França e a Inglaterra, e com a aproximação entre Inglaterra e Estados Unidos, ele achava que a Inglaterra seria uma *longa manus* da penetração americana no continente. Ele era um anticomunista histórico, mas não tinha simpatia pelos Estados Unidos. Queria um bloco europeu para competir com os tigres da América do Norte. Contudo, a Inglaterra entrou no mercado comum.

Na Inglaterra e nos Estados Unidos, o Poder Legislativo está editando leis, atos de Estado emanados do Poder Legislativo segundo a forma prescrita na Constituição. É uma concessão do sistema anglo-saxão ao sistema continental europeu.

No Brasil, ainda não há súmula vinculante, mas é possível que a Justiça do Século XXI a tenha. Observemos os problemas que surgem em razão disso. Em matéria processual, não me repugna realmente uma súmula vinculante. Não fere a minha consciência dizer que o STF decidiu ou não pelo cabimento de honorários advocatícios em mandado de segurança. Não prenderei um processo anos e anos para chegar até lá. A questão extrapola quando tratamos do direito material. Até o Executivo federal brasileiro se está valendo disso para protelar o desfecho de demandas.

Se a Suprema Corte decide que concede, com base em tais pressu-

postos, um aumento de vencimentos a tal categoria de funcionários, isso só vincula aqueles que ingressaram com o mandado de segurança. A Administração, no lugar de estender essa vantagem aos demais, protela a decisão para forçar novo questionamento e vai ganhando tempo. Há uma resistência do Executivo federal à súmula vinculante. Então, está em aberto saber se vale ou não como simples conselho ou se se deverá dar à súmula eficácia de fonte do direito. Se isso acontecer, estaremos dando força legiferante ao Supremo Tribunal Federal e aos demais Tribunais Superiores. Estará sendo quebrado o sistema tripartite do Estado, pois o Judiciário terá uma missão que antes era do Legislativo. Só o Legislativo legisla, mas o Judiciário também legislará a partir do momento em que der interpretação a uma lei com força vinculante. É uma questão em aberto.

Observo que, mesmo que a súmula seja considerada lei, usando a palavra em sentido lato, ela também passará a sofrer os mesmos processos de interpretação que a lei sofre, ou seja, interpretação legal, doutrinária e jurisprudencial. Como a interpretação normativa é sempre evolutiva, é possível que a interpretação de uma súmula, que hoje se orienta em tal ou qual sentido, amanhã venha a ter um outro entendimento. Não será a súmula, *prima facie*, uma paralisação do Direito. Pode ser no momento, mas, com o tempo, não creio que isto venha a ocorrer.

O juiz, sempre que profere uma sentença, joga com dados que traz de fora para dentro do processo. Como todo observador comum o faz. São as chamadas presunções *omnes facti*. Ao ver o Des. Martinho Garcês Neto ali sentado, lembro-me de que sua Excelência redigiu um acórdão na antiga 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Guanabara, que é um primor a respeito dessa importação, pelo juiz, de idéias de fora para dentro do processo. Recomendo aos novos Magistrados e aos alunos da Escola que o leiam. Está publicado na Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça da Guanabara, volume nº 7, páginas 142 a 145.

Não jogamos apenas com a norma, mas com fatos de fora do processo. Afinal de contas, o direito é um processo de adequação da norma ao fato social. Daí as divergências de interpretação. Alguns são mais conservadores, outros mais avançados. É dentro desses entrechoques que o Judiciário vai progredindo.

Trago à colação uma invenção que vem sendo muito aplicada. Começou na administração do Des. Antônio Carlos Amorim. Desenvolveu-se na administração do Des. Gama Malcher. Na administração do Des. Thiago

Ribas Filho teve o seu zênite. Estou referindo-me aos juizados de pequenas causas, hoje juizados especiais. Vamos ver porquê.

O Congresso brasileiro tem resistido muito, em razão de várias pressões, a introduzir mudanças na legislação processual. Mas o processo tem um custo muito caro e demora muito. Esse formalismo está sendo rompido através dos juizados especiais. O Prof. Hermes Lima definia a Justiça como uma idéia-força, de caráter ético-psicológico, que ultrapassa a esfera do direito, não permitindo que se degrade na esterilidade do formalismo. Pois bem. Os juizados especiais combatem esse formalismo. Com os seus conciliadores, dão força aos magistrados sem quebrar-se o princípio constitucional do contraditório, aproximando a Justiça do povo, democratizando o Poder Judiciário, tornando-o mais acessível.

Há poucos dias, comecei o meu aprendizado na Presidência indo ao Interior. Apesar de ser neto de Promotor de Cantagalo, sou juiz oriundo da Guanabara e tenho o defeito de conhecer pouco o Interior. Estou começando a conhecê-lo. Acho que entre as metas da administração tem de estar a interiorização da Justiça, para que se dêem condições ao juiz de permanecer na Comarca todos os dias e de levar o povo ao Poder Judiciário, prestigiando a comunidade local, aproximando-a do juiz. A Escola da Magistratura é também um “peão” nesse jogo de xadrez. O Des. Manoel Carpena Amorim, sempre inovador, está colaborando muito nessa missão. A Escola que dirige não é um prolongamento do Poder Judiciário. Ela é o Tribunal de Justiça. É o Poder Judiciário.

Dizem que os Juizados Especiais estão “abarrotaados”. É verdade. Isto aconteceu porque o povo descobriu a Justiça. Existiam demandas invisíveis, das quais ninguém se lembrava, pois não valia a pena brigar por tão pouco. Por exemplo: um liquidificador quebrado ou um pneu furado não era motivo para brigar na Justiça. Apesar de todas as nossas lutas e das deficiências, inclusive quanto à quantidade de juizes, estamos avançando.

Há poucos dias, ouvi do Des. Sérgio Cavalieri, admirável colega, uma idéia muito sedutora. Sabemos que o depoimento dos acusados nas Varas Criminais é sempre um desgaste, uma humilhação (o fato, por exemplo, de o carro de presos parar aqui), enfim vários problemas burocráticos. Ele propôs a idéia de alguns juizes irem às delegacias ou aos presídios para colher os depoimentos. É uma idéia nova que poderá frutificar. Precisamos de colaboração, de idéias construtivas. Entendo que as administrações devem ter continuidade. Aliás, no Poder Judiciário, tem sido assim. Realmente, as

administrações do Judiciário sempre deram continuidade umas às outras, sem quebrar sua harmonia e independência.

Neste século, duas idéias extremadas surgiram: uma, com a marcha sobre Roma, de 1922. Pouco tempo depois, Mussolini dissolveu o parlamento então vigente, apesar de lá seguir pelos meios democráticos. O Rei o convocou, pelo sistema parlamentarista, para formar o Gabinete. Logo depois, fechou o Congresso italiano. Ele lançou uma idéia, da qual discordo, mas era a existente na época e inspirou a Alemanha, em 1933, Portugal, em 1928, a Espanha, em 1939, a Polônia e a Hungria. A idéia era a seguinte: cada representante de corporação figuraria no grande conselho, ou seja, os contadores teriam seus representantes, os militares os seus, os juizes também etc. Foi implantado o sistema fascista. O último a cair foi o da Espanha, com a queda do governo franquista. Eram regimes que tiravam a independência do juiz e nada tinham de democrático. Eram corporações governadas por partido único.

O curioso é que a revolução comunista de 1917, embora doutrinariamente fosse o oposto do fascismo, também adotou o sistema corporativista. As eleições eram feitas através de partido único e os juizes escolhidos. Estou dizendo isso porque alguns países adotam a eleição de juizes, inclusive o mais poderoso país da terra, em alguns Estados, adota o sistema eletivo. Fico a imaginar o que pode prometer um candidato a juiz pelo partido democrata para derrotar o candidato a juiz pelo partido republicano. Não entendo bem o que pode prometer um juiz. Há pouco tempo, passou na televisão a reprise do filme **O Vento será a sua Herança**, com Spencer Tracy. Nesse filme, o xerife dizia para o juiz que ele havia contrariado o interesse dele e que, então, seria pego na próxima eleição. Se essa moda medrar no Brasil, com o poder que têm alguns setores marginais da sociedade, maior do que as forças constituídas, fico a imaginar o que poderia acontecer se isto viesse a vingar em nosso País. Não creio que esse seja o caminho. O melhor é aquele da seleção mediante concurso público, temperado com o quinto Constitucional.

Os concursos têm sido rigorosos e a Escola da Magistratura está servindo realmente como meio de aprimoramento do juiz. Não basta, como disse o Des. Manoel Carpena Amorim, que o juiz aprovado conheça o direito. Ele tem que ter uma bagagem de prática, experiência. Julgar o direito dos outros é uma questão complexa. É preciso ter serenidade e equilíbrio. Para isso a Escola da Magistratura e o estágio probatório estão servindo de

plano-piloto para a Justiça do novo século.

Há muito tempo, um jovem nobre, marquês de Milão, apaixonou-se por uma moça pobre que trabalhava com o pai em uma padaria. O pai, ajudado pela filha, colocava nos pães alguns ingredientes e os vendia aos clientes. O jovem nobre ofereceu-se para ser empregado, com a intenção de conquistar a filha do padeiro, e começou a desenvolver a técnica de colocar mais ingredientes no pão. O seu nome era Antônio, mais conhecido como Toni. O pão por ele fabricado passou a ser conhecido como pão de Toni, ou seja, panetone. Se eu conseguir, neste momento, colocar algum ingrediente na Justiça do próximo século, ficarei muito agradecido. Muito obrigado. ◆

O Poder Judiciário e a Súmula Vinculante*

CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO
Ministro do Supremo Tribunal Federal

É para mim muito agradável falar para os novos juizes. Agradeço, portanto, ao eminente Desembargador Carpena Amorim, Diretor-Geral da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, a oportunidade que me proporcionou de conviver com os magistrados cariocas, com os novos juizes que estão cursando a EMERJ.

Devo falar-lhes sobre o Poder Judiciário brasileiro, seus problemas e, especialmente, sobre a súmula vinculante, ou o efeito vinculante das súmulas do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores. Penso, entretanto, que poderia me estender um pouco mais. Gostaria de falar-lhes, em primeiro lugar, das causas do maior problema da Justiça brasileira, que é a lentidão. E, além de falar-lhes a respeito da súmula vinculante, gostaria de colocar em debate algumas propostas ou sugestões que, ao que pensamos, poderiam elidir essa mazela que tanto desconforto traz aos jurisdicionados, porque torna, em certos casos, ineficiente a prestação jurisdicional, trazendo, por isso mesmo, para os magistrados, grande preocupação.

Dizia que o maior problema da Justiça é a lentidão. Há alguns anos, foi feita uma pesquisa de opinião junto à sociedade brasileira, sobre a Justiça. O resultado dessa pesquisa, revelou o Juiz Renato Nalini, em palestra que fez numa reunião promovida em Washington, pelo Banco Mundial, a respeito da Justiça no continente americano, à qual comparecemos, poderia ser caricaturado da seguinte forma: a Justiça brasileira seria uma velha, uma velha cega, como não poderia deixar de ser, pois a Justiça é sempre cega, trôpega e surda às queixas da sociedade. Mas essa velha cega, trôpega e surda, é uma velha decente. É dizer, a Justiça brasileira tem a virtude primeira, básica, fundamental, que se exige dos magistrados e dos tribunais, que é a seriedade, a honestidade, a decência. Isto quer dizer que essa velha está carecendo, apenas, de uma “recauchutagem” para se transformar numa velha enxuta, ou talvez, numa moça sadia e cheia de vida. E é assim que ela será no momento em que tivermos eliminado a lentidão da Justiça.

* Conferência Magna proferida na EMERJ, em 6/2/98.

Quais seriam as causas dessa lentidão?

A primeira, ao que me parece, é o aumento do número de processos, uma verdadeira explosão de feitos, que decorre, em grande parte, da Constituição democrática de 1988, que encorajou e encoraja o acesso à Justiça, despertando as pessoas para o exercício da cidadania. Ademais, a Constituição de 1988 quer que os indivíduos fiscalizem os negócios públicos. E essa fiscalização se faz, sobretudo, mediante o ajuizamento de medidas judiciais. Os interesses difusos e coletivos ganharam *status* constitucional, direitos fundamentais que são, de 3ª geração. Ampliou-se, por isso mesmo, a legitimação coletiva e a legitimação do Ministério Público, os direitos do consumidor podem ser defendidos em Juízo e ampliou-se o manto protetor da ação popular, que hoje protege, também, a moralidade administrativa. Enfim, a Constituição tem despertado as pessoas para o exercício da cidadania. São aos milhares as ações propostas, para a proteção da *res publica*, por entidades de classes, entidades sindicais, pelo Ministério Público e pelos cidadãos agindo individualmente.

Por outro lado, na medida em que os indivíduos são despertados para a cidadania, descobrem eles que o Estado-Juiz tem a obrigação de resolver os conflitos individuais. Cresce, então, o número de ações. Daí a explosão de processos.

Quando da privatização da Cia. Vale do Rio Doce, mais de uma centena de ações foram propostas por cidadãos, por entidades de classe e até pelo Ministério Público. As medidas cautelares que foram deferidas, ultrapassaram uma centena. Quando me diziam que teria havido exagero na concessão dessas cautelares, respondia que o contrário seria pior. Não obstante os exageros, que os Tribunais corrigiram, pior seria que os juízes fossem apáticos, que não estivessem engajados no espírito da Constituição.

Isto demonstra: primeiro, a ampliação do acesso à Justiça; segundo, que a sociedade confia na Justiça, apesar da mazela da lentidão, pois, do contrário, haveria diminuição de processos.

A segunda causa da lentidão, a meu ver, está na primeira instância, onde, de regra, as causas são propostas. O apoio administrativo da 1ª instância é deficiente, porque não está suficientemente aparelhado. Não sei como, no Rio de Janeiro, está o apoio administrativo da 1ª instância. Certo é que temos muitos “Brasis”. Não temos só um Brasil legal e só um Brasil real, temos vários “Brasis”. Por esse Brasil afora há comarcas em que o juiz não possui nem máquina de escrever, a máquina de escrever que já foi

substituída pelos computadores.

De outro lado, o número de juízes é deficiente. O Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, em palestra que fez em 1991 e que foi divulgada em revistas especializadas, mencionou que, enquanto na Alemanha, por exemplo, há um juiz para cerca de três mil habitantes, no Brasil temos um juiz para aproximadamente trinta mil. E se considerarmos que há, no Brasil, déficit de juízes - no Rio de Janeiro, ao que estou informado, existem 120 vagas - então a relação juiz/habitantes se altera, vale dizer, são mais de trinta mil habitantes por juiz.

Temos que admitir, também, que a forma de recrutamento dos juízes não é adequada, dado que o concurso público somente não basta.

Finalmente, e agora vou mencionar as causas que, ao que penso, mais contribuem para a lentidão da Justiça: o formalismo excessivo das leis processuais e o sistema irracional dos recursos.

Dou um exemplo para demonstrar essa irracionalidade: o despejo de qualquer botequim pode chegar ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal. Vejam: é ajuizada a ação de despejo. Três ou quatro meses depois - estamos sendo otimistas - é proferida a sentença decretando o despejo. Contra essa sentença pode ser interposta apelação, cujo único requisito é a sucumbência. Admitida a apelação, os autos são remetidos ao Tribunal de Justiça ou ao Tribunal de Alçada. Em quantos meses será ela julgada? Seis meses, um ano? Certo é que, julgada a apelação, ela será improvida, com certeza. Depois do julgamento dos embargos de declaração, pois esse recurso está sendo de uso quase obrigatório, duas petições serão apresentadas, concomitantemente: uma, que consubstancia o recurso especial para o STJ; a outra, o recurso extraordinário para o STF. Esses recursos serão inadmitidos pelo Presidente do Tribunal, depois de decorrido algum tempo, pois são milhares os recursos especial e extraordinário a serem despachados. Dois agravos de instrumento serão interpostos: um, para o STJ, outro, para o STF. De regra, o agravo interposto para o STJ é apreciado em primeiro lugar. No STJ, o relator vai negar seguimento ao agravo. Será apresentado, então, um agravo que, tempos atrás, denominava-se agravo regimental. Hoje ele está previsto na lei processual. O agravo será levado ao julgamento da Turma, que, certamente, vai negar-lhe provimento. Publicado o acórdão, será interposto o recurso de embargos de declaração. Isso tudo demanda tempo, implica despesas. Julgados os embargos, segue-se a publicação do acórdão, publicação quase sempre demorada. Alguns, após o julgamento

dos primeiros embargos de declaração, costumam interpor novos embargos, meramente protelatórios, sujeitos, unicamente, à pena de multa de um por cento sobre o valor da causa. Há causas que não têm valor pecuniário, sabemos. Terminada essa maratona no STJ, começa tudo de novo no Supremo Tribunal Federal. É dizer, repete-se, no STF, a maratona havida no STJ. Pergunto: isto é ou não é um sistema irracional?

E o formalismo excessivo das leis processuais? Há casos em que numa contestação são arroladas mais de uma dezena de preliminares. Em certos casos, ocorre autêntica intelectualização da burocracia judiciária, a estimular a chicana, a criarem os “doutores preliminares” e até os “meritíssimos das preliminares”, advogados e juizes que adoram espiolhar o processo à cata de preliminares que evitariam o trabalho de examinar o mérito da causa.

Indicadas as causas, quais seriam as soluções?

Em primeiro lugar, submeto à reflexão dos senhores a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante das súmulas, que, segundo penso, seriam de grande utilidade para o descongestionamento da máquina judiciária.

O efeito vinculante das súmulas é repellido por alguns, que tentam, inclusive, passar para os nossos colegas, juizes mais jovens, a idéia de que atentaria ele contra a independência judicial. Isto é uma balela, até porque quando o Supremo Tribunal Federal edita uma súmula, ele o faz depois que as instâncias inferiores já se manifestaram. Não conheço súmula que tenha sido editada com base apenas numa decisão isolada. Ademais, a súmula vai vincular, sobretudo, a administração pública. No Poder Judiciário que talvez seja o mais eficiente do mundo, que é o Judiciário norte-americano, o efeito vinculante não tem sabor de novidade, já que ele ali existe em razão do *stare decisis*, que é adotado no sistema do *common law*. Quer dizer, se a Suprema Corte Federal ou as Supremas Cortes dos Estados-membros, decidem uma causa ou recurso, os princípios de direito ali adotados deverão ser adotados pelos juizes e tribunais inferiores em causas onde os fatos são substancialmente os mesmos.

Os tribunais europeus, principalmente as Cortes Constitucionais, adotam o efeito vinculante para as suas decisões. Há pouco eu lia um trabalho do professor e juiz Antônio Álvares da Silva, especialista no direito alemão, que dava notícia de que as decisões do Tribunal Constitucional da Alemanha são vinculantes e que nenhum juiz alemão jamais declarou que esse efeito vinculante lhe retira a independência.

É preciso lembrar que o Supremo Tribunal Federal foi instituído, no

Brasil, pelos “pais da República”, para o fim de dar a última palavra sobre o direito federal, constitucional e infraconstitucional. Hoje, guardião-maior da Constituição, ele diz o que é a Constituição, parafraseando o Justice Charles Hughes, ao declarar, na Suprema Corte norte-americana: “*nós temos uma Constituição, mas a Constituição é o que os Juízes dizem que ela é*”.

Devo lembrar que, quanto aos juízes, a súmula vinculante seria desnecessária. Porque os juízes, de regra, quando vão decidir uma causa, a primeira coisa que fazem é a pesquisa em torno da jurisprudência. Eu fui juiz de primeiro grau, e era assim que procedia, e é assim que procedo, hoje, na Suprema Corte. Porque a jurisprudência representa a discussão amadurecida de uma questão de direito, pelo que é roteiro seguro para a decisão a ser tomada. A súmula vinculante terá como destinatários, principalmente, a administração pública, as grandes corporações, e os demandantes contumazes.

O efeito vinculante já existe relativamente às decisões tomadas na ação declaratória de constitucionalidade. No Supremo Tribunal Federal, decidimos no sentido de que é possível a concessão de cautelar - medida liminar - na ação declaratória de constitucionalidade. Até agora, apenas quatro ações foram propostas. Todos sabemos que o poder de cautela é inerente à atividade jurisdicional. Ora, se se trata de decisão da Corte Constitucional, que dá a última palavra a respeito da Constituição e se se trata de ação em que a decisão nela proferida tem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, a concessão da liminar, em certos casos, se torna de todo em toda necessária.

Penso e sustento que o efeito vinculante já existe, também, no que toca à ação direta de inconstitucionalidade, a ADIn. É que, se o Supremo Tribunal julga procedente a ação direta, a decisão afasta do mundo jurídico a lei declarada inconstitucional, com efeito *ex tunc*, como é da doutrina tradicional. Assim, se algum juiz ou autoridade administrativa teimar em aplicar a lei afastada do mundo jurídico, pratica ato nulo, realiza o nada.

É bom registrar que não propugnamos pelo efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal ou dos Tribunais Superiores. Queremos o efeito vinculante para a súmula da jurisprudência, que deverá ser aprovada, com base em precedentes da Corte, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Tribunal. Maioria absoluta ou três quintos dos votos dos membros do Tribunal. Esse efeito vinculante seria estendido, portanto, ao controle difuso, vale dizer, ao recurso extraordinário. Ele seria adotado, também, no Superior Tribunal de Justiça, no Tribunal Superior Eleitoral e no Tribunal Superior do Trabalho.

O efeito vinculante seria adotado, principalmente, nas questões de direito público, como as de direito tributário, de direito previdenciário, de direito administrativo. Isto não quer dizer, entretanto, que não poderia ser adotado nas questões de direito privado.

Tomei conhecimento, hoje, de que o Superior Tribunal de Justiça julgou, no ano passado, mais de cem mil processos. Será que é possível um juiz julgar cerca de 4.000 processos por ano? Não, não é possível. O Supremo Tribunal julgou, em 1997, 40.000 processos. Isto, evidentemente, não traduz a verdade inteira. O que acontece é que o Supremo Tribunal julga uma mesma tese de direito cem vezes, mil vezes. Dos 40.000 feitos julgados no ano passado, cerca de 85% desse total são recursos repetidos.

De uma feita, visitando a Suprema Corte norte-americana, conversando com um dos seus juizes, disse a ele que o Supremo Tribunal Federal julgava cerca de 30.000 processos por ano. Ele achou que estivesse eu confundindo “hundred” com “thousand”, cem com mil. Falei-lhe, então, que não havia confusão nenhuma. Mas acrescentei: antes que o senhor pense que o juiz brasileiro é um super-homem, ou que sou eu um grande mentiroso, quero esclarecer que cerca de 85% desse total são recursos repetidos.

Vejam a estatística.

Em 1997, o Supremo Tribunal julgou 40.815 processos. É dizer, cada ministro julgou mais de 4.000 processos. O Superior Tribunal de Justiça, conforme falamos, julgou mais de 100.000 processos. O Tribunal Superior do Trabalho deve ter julgado mais ou menos isso. Também nesses dois últimos tribunais o número de recursos repetidos deve ser muito grande.

Em 1995, o Supremo Tribunal Federal recebeu 30.706 processos e julgou 35.214 processos. No mesmo ano, o Tribunal Constitucional da Alemanha recebeu cerca de 7.000 queixas constitucionais e somente 2% dessa queixas foram admitidas. É dizer, somente 2% desses processos foram considerados relevantes e passíveis de apreciação. No mesmo período, a Suprema Corte norte-americana recebeu perto de 5.000 propostas de recursos, admitiu 300 e julgou 180. Isso foi possível, porque eles podem utilizar-se da argüição de relevância, o *writ of certiorari*. Em 1996, o Supremo Tribunal recebeu 28.084 processos e julgou 29.000.

Vamos fazer uma retrospectiva: em 1940, quando o Supremo Tribunal Federal compreendia o Supremo de hoje, o Superior Tribunal de Justiça e os Tribunais Regionais Federais atuais, recebeu 2.419 processos. Em 1950, já criado o Tribunal Federal de Recursos, que ficou com parte da competência

da Corte Suprema, foram 3.091 os processos recebidos. Em 1960, 6.504 processos. Dez anos depois, em 1970, 6.367 processos. Houve diminuição. Qual a causa? É que, em 1970, vigoravam atos institucionais, atos de exceção, os juízes não tinham garantias. Diminuíram, então, os processos. Os jurisdicionados passaram a não confiar nas decisões. E é razoável que isto ocorra. Ora, eu sei que sou independente, que vou me comportar com independência, mesmo não tendo garantias objetivas de independência. O jurisdicionado, entretanto, porque eu não tenho estrela na testa, vai pensar de outra forma. Se o juiz tem sobre a sua cabeça uma espada, se não tem ele garantias objetivas de independência, a sua decisão será imparcial? De uma feita, um ministro do Supremo Tribunal, quando as suas garantias estavam suspensas, declarou que não lhe importavam as garantias, dado que era ele um homem independente. Conversando, na época, com o Ministro Seabra Fagundes, ele ironizou: *“esse juiz se julga um super-homem. O juiz americano, o juiz inglês, o juiz italiano, têm garantias de independência e estão satisfeitos. Mas esse juiz brasileiro afirma que elas não são necessárias. É que se julga ele um super-homem”*.

Eu era juiz em Minas. Um dia, entra no meu gabinete um advogado, com quem mantinha eu relações de amizade. Portava um protesto para interrupção de prescrição contra a União. Perguntei-lhe porque não ajuizava logo a ação. Respondeu-me ele mais ou menos assim: *“ora, os juízes têm uma espada sobre as suas cabeças e eu não quero submetê-los ao sacrifício de decidirem contra o poder. E se o meu cliente for vencido, não vai acreditar na imparcialidade da sentença”*. Percebi, então, a importância dos predicamentos da magistratura, critérios objetivos garantidores de sua independência, garantias da justiça da decisão.

Continuemos: em 1980, 9.555 processos recebidos. Começa aí a escalada. Em 1989, foram recebidos 9.632 processos. Em 1990, 16.388 processos recebidos, 6.637 julgados. Em 1991, 18.407 recebidos e 14.622 julgados. Em 1993, 24.160 recebidos e 22.046 julgados. Em 1994, 26.662 recebidos e 28.725 julgados. Em 1995, 25.838 recebidos e 34.806 julgados. Em 1996, 30.706 recebidos e 29.000 julgados. Em 1997, conforme falamos, cerca de 40.000.

Eu não chego a afirmar que o Supremo Tribunal Federal, diante desses números, deva confessar a sua falência. Isso seria um exagero monumental. Alguém já disse isso. Não pensou, certamente, na gravidade de tal afirmativa. O dia em que o Supremo Tribunal falir, terá falido a Nação, terá falido o

Estado-Democrático de Direito. Não há falar em falência do Supremo Tribunal, tanto que os seus juízes vêm julgando, com enorme esforço, é certo, essa massa de processos. E por que o fazem? Principalmente porque do total desses processos, mais de 85% constituem mera repetição. E isto, meus senhores, é de fácil solução. É suficiente que seja adotada a súmula vinculante, medida que não custará um centavo aos cofres públicos. Ao contrário, a massa de processos repetidos implica gastos de dinheiro e de tempo. A súmula vinculante elidiria essas despesas e os juízes de todas as instâncias teriam tempo para se dedicar às questões novas, que reclamam solução.

Tenho em minhas mãos estatística do Superior Tribunal de Justiça. Em 1990, o STJ recebeu 14.087 processos; em 1996, foram recebidos 53.993 e, em 1997, mais de 100.000 foram julgados pelo S.T.J.

No Tribunal Superior do Trabalho as coisas não são diferentes. Em 1990, foram recebidos 20.276 processos; em 1996, 93.484 processos recebidos. Na Justiça comum estadual, em 1990, foram ajuizadas 3.606.000 ações. Daí para frente os dados não estão confirmados pelo Banco de Dados do Supremo Tribunal, motivo por que vou deixar de mencioná-los.

Como lidar com esses números? Como falarmos em justiça expedita, rápida? Ao que penso, esses números iriam cair de forma significativa com a adoção da súmula vinculante, se adotada no Supremo Tribunal Federal e nos Tribunais Superiores, conforme falamos.

Conclamo aqueles que não concordam com o efeito vinculante da súmula a procurarmos medidas que possam atenuar a vinculação, sujeitando a súmula vinculante, por exemplo, à ação de revisão. Esta ação poderia ser proposta como medida preparatória da ação principal ou *incidenter tantum*. Exemplifico: alguém quer propor uma ação, mas a sua pretensão encontra obstáculo numa súmula vinculante. Mas esse alguém entende que certos argumentos, que não foram apreciados nos precedentes da súmula, poderiam levar o Tribunal a cancelá-la. Ele vai, então, ao Tribunal que formulou a súmula, com uma petição, pedindo o seu reexame. O procedimento da revisão será o mais simples possível. Apresentada a petição, será designado o relator, que levará a questão ao julgamento do Tribunal, imediatamente. Ou, já proposta a ação, surge uma súmula vinculante dispendo de forma contrária à pretensão posta em Juízo. A revisão da súmula será pedida, *incidenter tantum*, se ao autor da demanda socorrer argumento novo. Ademais, além da ação de revisão da súmula, haverá, sempre, a possibilidade de a sua revisão ser requerida, de ofício, pelo relator.

Mas eu não fico, meus senhores, apenas na súmula vinculante. Ela, solitariamente, não seria suficiente para eliminar a lentidão da Justiça.

Vamos refletir sobre outras questões. Nada melhor do que, numa aula inaugural para magistrados, solicitar-lhes que reflitam, a partir daí, sobre questões que nos interessam de perto.

Além da súmula vinculante, temos que pensar, seriamente, na racionalização do sistema de recursos. É preciso, por exemplo, instituir ônus para a sucumbência recursal. É dizer, quem perde o recurso deve pagar os honorários do advogado do vencedor: os ônus da sucumbência iriam até à sentença, surgindo novos ônus para quem perde o recurso. E quem apresentasse recurso veiculando tese de direito já sumulada, pagaria multa em favor da outra parte.

Conversando com um velho advogado, disse-me ele que, em um sistema como o nosso, um advogado astuto e hábil não deixa uma ação terminar, mesmo porque, quando termina a fase de conhecimento começa tudo de novo com a execução.

Ora, o processo é instrumento de realização da justiça. Ele não pode ser instrumento da não realização da justiça. O formalismo excessivo e o sistema irracional de recursos realiza o devido processo legal às avessas. A sentença deve ter caráter mandamental. É dizer, tudo deve ser feito na fase de conhecimento. Precisamos acabar com as execuções por artigos e as execuções por arbitramento, com as suas formalidades e os seus recursos intermináveis. Na minha carreira de magistrado, que já vai longa, tenho presenciado os maiores absurdos em execuções de sentença que não acabam, nas quais repetem-se os recursos. Não! Vamos fazer tudo de uma vez, sem formalismos, sem recursos protelatórios.

Os grandes processualistas contemporâneos registram que o excesso de formalismo é ofensivo ao devido processo legal. Aliás, parece que estamos vivendo a primeira fase do devido processo legal, em que se pensa na defesa, apenas, do réu. O devido processo legal deve ser considerado em favor das duas partes em conflito. O excesso em favor de uma, vem em detrimento da outra. Importa, portanto, estabelecer o equilíbrio entre elas.

Senhores, penso que deveríamos refletir a respeito da arguição de relevância da questão de direito posta no recurso extraordinário, no recurso especial e na revista trabalhista.

A arguição de relevância é que permite à Corte Suprema norte-americana selecionar, dentre cerca de seis mil propostas de recursos, apresentadas

num ano, menos de trezentas. Essa argüição de relevância muita vez vem em favor do jurisdicionado. O famoso caso *Roe vs. Wade*, no qual a Suprema Corte estabeleceu jurisprudência sobre o aborto, só foi possível ser julgado em virtude da argüição de relevância. Em *Roe vs. Wade*, a Suprema Corte, registra o professor Luis Roberto Barroso - **Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Constitucional, Cadernos de Direito Const. e Ciência Política**, Rev. dos Tribs., 23/65 -, declarou a inconstitucionalidade de lei do Texas, que criminalizava o aborto, “*e consagrou um novo direito, não expressamente inscrito na Constituição, que foi o direito de privacidade*”. Isto só foi possível em razão da relevância da questão. É que, quando a causa chegou à Suprema Corte, a criança já nascera. O recurso estaria, então, prejudicado. Mas a Suprema Corte, com base na relevância, entendendo que a questão interessava a milhões de mulheres norte-americanas, considerou a questão uma *class action*, assim uma causa coletiva, e julgou-a.

A argüição de relevância deveria ser adotada, também, relativamente ao recurso especial (STJ e TSE) e ao da revista trabalhista (TST).

É hora, meus senhores, de pensarmos no recurso constitucional. Como seria esse recurso? Ocorrendo controvérsia constitucional séria, em qualquer processo, em qualquer Juízo ou Tribunal, o juiz poderia, mediante provocação do Procurador-Geral da República, no Judiciário da União, ou do Procurador-Geral de Justiça, nos Estados-membros, suspendendo o andamento da causa, remeter a questão constitucional à decisão do Supremo Tribunal Federal. Já pensaram em quantas e quantas ações seriam resolvidas mediante essa decisão do Supremo? Conversando com juízes de 1º grau, disseram-me eles que, quando a questão chega ao Supremo Tribunal, já as Varas estão sobrecarregadas de feitos. É preciso, então, que a decisão do Supremo seja proferida com rapidez, antes que o número de feitos em andamento inviabilize o andamento de outras ações.

Outra coisa: as Varas da Fazenda Pública e as Varas Federais viraram cobradoras de tributos, de impostos, de taxas, de contribuições de Conselhos de Fiscalização etc. Na inauguração de Varas da Justiça Federal, a que compareci, recentemente, tive a informação de que as novas Varas começavam a funcionar com mais de 10.000 processos. Pedi esclarecimentos ao informante e fui informado de que, desses 10.000 processos, cerca de 9.000 mil eram execuções fiscais, e execuções fiscais paralisadas, porque ou não se encontrava o devedor ou não existiam bens a serem penhorados. Aqueles

processos ficavam, então, na conta da Justiça. Ora, o que é preciso fazer é isto: a execução, na sua parte administrativa, citação ou notificação do devedor e a penhora, seria realizada extrajudicialmente, pela Fazenda. Se houvesse a interposição de embargos do devedor, o feito seria remetido à Justiça, para que fosse julgada a controvérsia e prestada a tutela jurisdicional. O que não é possível é a Justiça fazer as vezes de cobradora de tributos, exercendo atividade que não é jurisdicional, mas administrativa.

Outra questão: por que o fetichismo da jurisprudência uniforme? Penso que é perfeitamente possível a existência, por exemplo, de jurisprudência trabalhista do ABC paulista diferente da jurisprudência trabalhista do Estado do Piauí, já que as circunstâncias e os dados sociais, econômicos e culturais, são diferentes. O mesmo pode ser dito referentemente ao Direito Civil, Comercial, Penal etc. Como está a violência no Rio de Janeiro? Possivelmente, não será igual à do Estado de Goiás. A jurisprudência carioca há de ser diferente, em consequência, da jurisprudência goiana. O dado sociológico, os costumes, as circunstâncias econômicas, sociais e culturais, informam, evidentemente, as decisões dos tribunais. Assim, meus senhores, prestando obséquio à federação, o recurso especial do STJ e do TSE e a revista trabalhista do TST não deveriam ter como pressuposto o dissídio jurisprudencial, mas, apenas, ofensa à lei federal, comum, eleitoral ou trabalhista, observada a relevância da questão de direito. Os excessos, portanto, poderiam ser cortados no especial e na revista com base na ofensa à lei federal, comum, eleitoral ou trabalhista.

Acho muito bons os Juizados Especiais. Eles não desafogam a Justiça, mas aproximam a Justiça do povo. Quantos e quantos que não têm condição de contratar advogado, porque são pobres e os seus interesses são pequenos, que não passam nem na porta dos Tribunais, hoje estão sendo atendidos, sem protocolos e formalidades, nos Juizados Especiais. O que esperamos é que os processualistas de segundo time não intelectualizem, naqueles Juizados, a burocracia judiciária.

Acho fundamental, meus senhores, a valorização do juiz de 1º grau. O juiz de 1º grau é quem vive os fatos da causa, a realidade da causa. Fui juiz de 1º grau, fui juiz do T.R.E. de Minas, do Tribunal Federal de Recursos, do Tribunal Superior Eleitoral, do Superior Tribunal de Justiça e desde o ano de 1990 que sou juiz do Supremo Tribunal Federal. Os 11 anos que passei na 1ª instância foram muito gratificantes. Vejam, senhores: o juiz de 1º grau preside o fazimento da prova, interroga o réu e as testemunhas, nomeia o

perito, toma os esclarecimentos dos peritos etc. Ele pode, com um pouco de psicologia, verificar se o réu ou a testemunha não revelam a verdade inteira. Nós outros, juízes de tribunais superiores, somos os juízes dos papéis. É por isso mesmo que se recomenda, quando há dúvida quanto à matéria de fato, que se fique com a sentença de 1º grau, proferida pelo juiz que esteve próximo de tudo. Há juízes de 1º grau que garimpam a prova, que fazem inspeções pessoais, que ficam muito bem informados dos fatos da causa.

Agora, a minha proposta: penso que cerca de 40% das demandas poderiam ser resolvidas, em definitivo, em termos da matéria de fato, no 1º grau. Os recursos, daí para frente, nessas demandas, seriam puramente jurídicos: alegação de ofensa à lei.

Com isto, o juiz de 1º grau deixaria de ser o mero preparador de papéis que é hoje, dado que se recorre de tudo, porque não custa nada recorrer.

Reparem, meus senhores, que não falei em aumento do número de desembargadores, de ministros. As sugestões que faço, as propostas que trago ao debate, não implicam aumento de despesas.

A criação de cargos de magistratura, a partir do 2º grau, implicam, na verdade, despesas: cada ministro tem dois ou três assessores, um gabinete com secretárias, automóvel, motorista etc. Isto, entretanto, não acontece no 1º grau. No primeiro grau, penso, é preciso que a questão do aumento do número de juízes seja estudada e equacionada com cientificidade. Porque, na realidade, é pequeno o número de juízes de 1º grau em relação ao número de habitantes. A equação - número de juízes de 1º grau em relação à população - precisa ser visualizada em termos científicos.

Meus senhores, é preciso pensar num controle de qualidade do Judiciário, dos Juízes, dos servidores da Justiça e dos serviços da Justiça.

É o que trataremos a seguir.

Devemos todos nós, juízes, advogados, membros do Ministério Público, propugnar por um Judiciário melhor, cujos problemas sejam atacados de frente, por um Judiciário transparente, sem a mazela da lentidão, que leva à ineficiência. É preciso, senhores, propugnar por um controle de qualidade do Judiciário, da magistratura e dos serviços da Justiça.

Primeiro que tudo, entretanto, quero deixar claro que não concordo com o controle externo do Poder Judiciário, nos moldes de um Conselho integrado por pessoas estranhas a este. Isto abastardaria a Justiça.

Em artigo que escrevi e que foi publicado no **Jornal do Brasil**, de 22.03.95, dissertei sobre o tema. Dele destaco:

Todavia, o fato de não concordarmos com o “controle externo do Judiciário” não quer dizer que não reclamemos a instituição de um Conselho Nacional da Magistratura, que realizaria um controle de qualidade do Judiciário, porque reconhecemos que o Judiciário tem os seus problemas, as suas mazelas, problemas que precisam ser equacionados, mazelas que precisam ser eliminadas. É dever dos juízes, dos advogados e dos juristas propugnar por um Judiciário melhor, por um Judiciário mais transparente. É preciso, portanto, instituir o controle de qualidade da Justiça, mediante a criação do Conselho Nacional da Magistratura, junto ao Supremo Tribunal Federal, ao qual caberia, principalmente, supervisionar a administração superior do Judiciário, fiscalizar o andamento dos serviços judiciários, tornar efetiva e pronta a prestação jurisdicional, mediante a investigação e o exame das causas de emperramento da máquina judiciária, formulando propostas e soluções, afastando, se for o caso, o juiz ou o servidor desidioso, punindo os juízes e servidores de má conduta.

O Conselho Nacional da Magistratura, cujas decisões poderiam ser revistas, jurisdicionalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, seria presidido pelo presidente do Supremo Tribunal e integrado por mais três ministros deste, por quatro ministros representantes dos Tribunais Superiores - STJ, TSE, TST, STM -, por cinco desembargadores que representariam os tribunais estaduais, por um juiz representante dos Tribunais Regionais Federais e um juiz representante dos Tribunais Regionais do Trabalho. O Conselho seria integrado, também, por representante do Conselho Federal da OAB, indicado por este, ao STF, em lista triíplice, cabendo à Corte Suprema a designação. Junto ao Conselho oficiaria o Procurador-Geral da República. Os problemas do Judiciário seriam levados ao Conselho, especialmente, pelo representante da OAB, porque os advogados podem sentir e perceber mais de perto esses problemas.

E mais: o Conselho Nacional da Magistratura teria um corregedor, o “investigador da Justiça”, que seria um ministro do STF, que, enquanto corregedor, não teria função judicante, porque ficaria, em tempo integral, por conta do Conselho. Para que isto se efetive, seria criado mais um cargo de ministro do STF. Os membros do Conselho e o corregedor teriam mandato determinado, três anos, por exemplo.

O Corregedor, nas correições e nas investigações, poderia requisitar juizes e membros do Ministério Público, federais, ou estaduais. Assim, por exemplo, diante de denúncias ou representações contra órgãos jurisdicionais de certa região do país, requisitaria juizes e representantes do Ministério Público de outras regiões, que o auxiliariam nas investigações. O corregedor seria o órgão executivo do Conselho. O Conselho, assim composto, poderia, respeitando a independência da magistratura, realizar o que denomino de controle de qualidade do Poder Judiciário, da magistratura e dos serviços da Justiça.

Em conclusão: controle externo do Judiciário, que abastardaria o Judiciário, não. Controle de qualidade do Judiciário, da magistratura e dos serviços da Justiça, efetivado pelo próprio Poder Judiciário, com o auxílio de instituições idôneas, a ele diretamente ligadas, a Ordem dos Advogados do Brasil e o Ministério Público, sim.

Finalmente, quando falei em forma inadequada de recrutamento dos juizes de 1º grau, queria dizer-lhes que preconizo a criação de Escolas da Magistratura, segundo o modelo, por exemplo, da França. O concurso público de provas e títulos seria para ingresso na Escola, cujo curso teria a duração de dois anos. Se o candidato o concluísse com aproveitamento, seria declarado juiz. Durante o curso, o candidato a juiz seguiria disciplinas teóricas, em uma primeira fase. Após, matérias práticas. Seria destacado, por um certo número de meses, para ajudar em Juizados e Tribunais e faria estágio junto à Administração Pública, no Ministério da Fazenda, das Relações Exteriores, do Trabalho etc. O candidato a juiz conheceria, então, por dentro, a Administração Pública.

Eu era Juiz Federal em Minas e professor de Direito Constitucional da PUC-MG. Isto por volta de 1970. Recebemos, na ocasião, a visita do prof. Bernard Schwartz, da Universidade de Nova York, também professor de Direito Constitucional. Fui designado, por isso, para receber e dar assistência àquele professor. Já estreitadas relações de amizade, manifestou-me ele a sua estranheza em exercer eu a magistratura federal, ainda muito moço. Dizia ele que o Juiz Federal nos Estados Unidos é, de regra, um homem que viveu a Administração Pública por dentro, quer como parlamentar, quer como alto funcionário do Executivo. Acrescentou o prof. Schwartz que o Juiz deve saber o que é e o que faz a Administração Pública.

Não posso admitir que um jovem, que mal saiu da Faculdade, com

23 ou 24 anos, sem nenhum conhecimento da Administração Pública, vá proferir decisões as mais importantes relativamente a essa Administração, sem conhecê-la.

Em 1989, em caráter oficial, como integrante do Superior Tribunal de Justiça, fui ver o funcionamento da Escola Nacional da Magistratura da França. Conversando com o seu diretor, indagou-me ele como resolvíamos, no Brasil, o problema do juiz sem vocação para a magistratura. A resposta foi muito difícil, porque só descobrimos que o juiz não tem vocação para o cargo quando ele já é juiz, já tem vitaliciedade. Perguntou-me, em seguida, como resolvíamos o problema do candidato cujo caráter não é essas coisas. Novamente fiquei sem resposta, porque a investigação social que é realizada, puramente formal, nem sempre será eficiente. Felizmente, a magistratura brasileira não tem sido procurada pelo estelionatário. Na Escola, durante o curso, o candidato seria observado, seus antecedentes examinados. E se fosse o caso, seria excluído, assegurando-se-lhe, evidentemente, o devido processo legal.

Meus senhores, trago-lhes as idéias que acabei de expor, para a sua meditação, para a sua reflexão. Eu penso que essas idéias poderiam tornar o Judiciário brasileiro mais eficiente, muito melhor. Por que não debatê-las?

Finalmente, uma palavra especial aos novos juizes. As instituições, já o disse mais de uma vez, valem por si, mas a sua grandeza depende das pessoas que as fazem funcionar. Assim, a grandeza do Judiciário depende, sobretudo, dos juizes. De uma feita, conversando com um colega, indagávamos como seria o juiz ideal. Depois de muita troca de idéias, chegamos à conclusão que o juiz ideal deveria ter estas qualidades:

- honesto e independente;
- operoso e responsável;
- bondoso, porém justo;
- inteligente e estudioso;
- despreconceituoso e progressista;
- humilde com os fracos, bravo com os poderosos.

O meu colega acrescentou: mas esse juiz ideal não seria um sonho? Não estaríamos sonhando?

Não sei se sonho. Certo é, gosto de repetir o verso de Fernando Pessoa, que o que é frustrante não são os sonhos que não realizamos, mas os sonhos que não tivemos a coragem de sonhar.

Mas enquanto me lembrava do verso de Fernando Pessoa, os meus olhos

passavam pela sala, plena de rostos jovens. Eu penso que poderia dizer-lhes, meus jovens juizes, que vocês, certamente, poderão realizar esse sonho.

Assim seja. ◆

As Novas e Boas Propostas da Reforma

SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA

Ministro do Superior Tribunal de Justiça, professor universitário e diretor da Escola Nacional da Magistratura.

Em seqüência aos objetivos de aprimorar a legislação processual civil brasileira, para dar-lhe mais efetividade, Comissão coordenada pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual e pela Escola Nacional da Magistratura, após debates e colheita de sugestões e críticas, elaborou um novo anteprojeto de lei, a ser encaminhado ao Congresso Nacional no início da nova legislatura.

Cuida-se do **13º anteprojeto** da “Reforma”, recordando-se que, anteriormente, dez (10) deles se converteram em leis, o 11º está no Congresso, no aguardo da reforma constitucional, e que o 12º restou prejudicado em face do Projeto nº 4.070/98 (relativo aos procedimentos no Supremo Tribunal Federal e nos Tribunais Superiores), que dele aproveitou algumas propostas).

Vem esse 13º anteprojeto com importantes inovações, a modificar substancialmente, em alguns pontos, o processo civil vigente.

Na realidade, cuida ele de aproximadamente quatro (4) dezenas de artigos, introduzindo modificações não apenas no CPC, mas também, e pela primeira vez em se tratando da “Reforma”, em algumas leis especiais (Lei dos Juizados Especiais, Lei do Executivo Fiscal etc.).

Para ficar apenas no mais relevante, destaco os pontos que se seguem.

1. No campo dos atos processuais, estimula-se a utilização dos **meios eletrônicos**, dentre os quais poderíamos incluir o fax e o correio eletrônico (art. 154).

2. No capítulo dos **prazos**, facilita-se a atuação do advogado, suspendendo-se os prazos contados em dias nos feriados e naqueles em que não houver expediente forense (art. 178).

3. O procedimento **sumário** passa a ter por teto 40 (quarenta) salários mínimos (art. 275-I) e a admitir também a intervenção de terceiro fundada em contrato de seguro (art. 280).

4. Dispensa-se a **audiência de conciliação** se o direito em litígio não admitir transação (art. 331).

5. Aprimoram-se as disciplinas dos institutos da **antecipação da tutela** (art. 273) e da **execução provisória** (art. 588).

6. Na área dos **recursos**, uma das mais visadas, em face das múltiplas deficiências do nosso sistema, além das inovações contidas no referido Projeto nº 4.070/98 e de outras agora sugeridas, que atingem até a sistemática do **reexame obrigatório** (art. 475), limitando o seu raio de ação, merecem especial enfoque as propostas concernentes à apelação, aos embargos infringentes e ao agravo de instrumento.

7. Quanto à **apelação**, expressa o projetado art. 520:

“A apelação terá somente efeito devolutivo, ressalvadas as causas relativas ao estado e à capacidade das pessoas.”

A ilação que se extrai é que, a exemplo do sistema italiano, o recurso contra as sentenças, como regra, terá efeito apenas devolutivo. Assim, salvo as exceções mencionadas no próprio texto legal, a parte apelante, para obter eventual efeito suspensivo, terá que o postular no segundo grau, através de cautelar, como ocorre, *verbi gratia*, relativamente ao recurso especial, no **STJ**, que tem sido criterioso no deferimento das pretensões nesse sentido. Esse sistema, como se pode antever, desestimulará em muito a interposição de apelações protelatórias, dinamizando a entrega da prestação jurisdicional.

8. No que tange aos **embargos infringentes**, propõe-se no art. 530:

“Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.”

Entre manter ou suprimir essa modalidade de recurso, optou-se por uma solução intermediária, que reduzirá consideravelmente a sua incidência. Pela proposta, não incidirão eles: a) quando a sentença não tiver apreciado o mérito; b) quando a apelação tiver “mantido” a sentença; c) quando a rescisória não tiver sido acolhida.

9. No concernente ao **agravo**, é de recordar-se, em primeiro lugar, o quanto era deficiente o sistema anterior à Lei nº 9.139/95, pela morosidade, pelos incidentes que proporcionava, pelas chicanas procrastinatórias que ensejava, pelo uso anômalo do mandado de segurança etc.

Veio o novo modelo, reconhecidamente bem superior na concepção. Todavia, encontrou ele uma nova realidade forense, em consequência do aumento das decisões interlocutórias, causadas pelo instituto da antecipação da tutela e demais medidas de urgência. Estivéssemos hoje com o modelo pretérito de agravo de instrumento e inviabilizada praticamente estaria a prestação jurisdicional.

Não se pode deixar de reconhecer, no entanto, que excessivo tem sido o número de agravos em sua modalidade de instrumento, a abarrotar os tribunais. Entretanto, como não é recomendável suprimir esse tipo de recurso, ou admiti-lo apenas em sua feição retida (o que ensejaria o retorno abusivo e anômalo do mandado de segurança para a obtenção de efeito suspensivo), a solução encontrada foi permitir ao relator converter o agravo de instrumento em agravo retido em inexistindo perigo de dano de difícil ou incerta reparação, encaminhando os autos, então, ao juízo da causa (art. 527).

Tal mecanismo não só desestimulará o uso desnecessário do agravo por instrumento como permitirá ao relator, em exame rápido, separar os casos, normalmente poucos, merecedores de pronto reexame pela instância revisora.

Em alguns casos (art. 523, § 4º), aduz-se, o agravo somente será possível em sua forma retida.

10. Ainda no campo dos **recursos**, o anteprojeto propõe possa o relator, monocraticamente, prover o recurso quando a decisão contrariar, à evidência, súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do **Supremo Tribunal Federal** ou de **Tribunal Superior**.

11. Expressivas igualmente são as inovações no **processo executivo**, justificadamente um dos pontos mais criticáveis da nossa legislação.

A “Reforma”, com a introdução do procedimento monitório (Lei nº 9.079/95) e com a Lei nº 8.953/94, já vinha buscando modernizar a execução civil brasileira. Agora, com o novo anteprojeto, vai além, dando um passo largo na concretização desse objetivo.

Com efeito, o que se propõe é a supressão do processo executivo autônomo, em se tratando das obrigações de dar coisa, certa ou incerta, e das obrigações de fazer ou de não-fazer, o que importa dizer que, nessas modalidades de obrigações, em se tratando de título judicial (sentença), a execução será uma simples fase, sem possibilidade de embargos do devedor, a exemplo do que ocorre hoje com as ações possessórias, com as ações de despejo e com a ação de nunciação de obra nova. Dá-se aí, um “processo

sincrético”, no qual se fundem cognição e execução (arts. 461 e 461-A, 621 e 644).

12. A **liquidação**, por sua vez, também se aperfeiçoa, recebendo o art. 604 dois parágrafos, com esta redação:

“§ 1º Quando a elaboração da memória do cálculo depender de dados existentes em poder do devedor ou de terceiro, o juiz, a requerimento do credor, poderá requisitá-los, fixando prazo até trinta dias para o cumprimento da diligência. Se os elementos do cálculo não forem apresentados no prazo assinado, ou no de eventual prorrogação, aplica-se o disposto no art. 601.

§ 2º Poderá o juiz, antes de determinar a citação executiva, valer-se do contador do juízo quando a memória apresentada pelo exequente aparentemente exceder os limites da decisão exequenda, e, ainda, nos casos de assistência judiciária. Se o exequente não concordar com o cálculo, a execução far-se-á com base no valor por ele pretendido, mas a segurança do juízo terá por base o valor do cálculo”.

13. Finalmente, dentre outras propostas de menor porte, é de assinalar-se ainda que o anteprojeto traz ao direito brasileiro, especialmente no campo da execução, o que há de melhor no sistema *Common Law* em termos de efetividade e eficácia da tutela jurisdicional, a saber, os institutos da *injunction* e do *contempt of Court*. A esse respeito, insere no art. 14 os seguintes inciso (V) e parágrafos (§§ 1º e 2º).

“V- cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, antecipatórios ou finais.

§ 1º A violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e providências processuais cabíveis, aplicar à parte multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte (20) por cento do valor da causa.

§ 2º Não sendo paga a multa no prazo estabelecido, será inscrita como dívida ativa do Estado ou da União, conforme o juízo competente”.

Em conclusão, realiza a comunidade processual civil brasileira, nesta

segunda fase da “Reforma”, mais uma etapa em seus propósitos de contribuir para o aperfeiçoamento do nosso sistema jurídico.

Veja-se, a seguir, texto provisório, sem revisão e sujeito a alterações, do Anteprojeto de Lei nº 13.

Redação pela Comissão reunida em Salvador, 5 e 6 de novembro de 1998.

Complementa as leis de reforma do Código de Processo Civil e dá outras providências.

Art. 1º Os artigos adiante mencionados, da Lei nº 5.869, de 11.1.1973, que instituiu o **Código de Processo Civil**, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 14.....

I -

II -

III -

IV -

V- cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, antecipatórios ou finais.

§ 1º A violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e providências processuais cabíveis, aplicar à parte multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte (20) por cento do valor da causa.

§ 2º Não sendo paga a multa no prazo estabelecido, será inscrita como dívida ativa do Estado ou da União, conforme o juízo competente.”

“Art. 154

Parágrafo único. Atendidos os requisitos de segurança e autenticidade, poderão os tribunais disciplinar, no âmbito da sua jurisdição, a prática e a comunicação de atos processuais mediante a utilização de meios eletrônicos.”

“Art. 175. São feriados, para efeitos forenses, os sábados, os domingos e os dias declarados por lei.”

“Art. 178. O prazo contado em dias, estabelecido pela lei ou pelo juiz, suspender-se-á nos dias feriados e naqueles em que não houver expediente forense.”

“**Art. 253.** Distribuir-se-ão por dependência os feitos de qualquer natureza:

I - quando se relacionarem, por conexão ou continência, com outro já ajuizado;

II - quando, tendo havido desistência, o pedido for reiterado, mesmo que em litisconsórcio com outros autores.

Parágrafo único.....”

“**Art. 273.**

§ 1º

§ 2º Não serão antecipados os efeitos da tutela quando houver perigo de irreversibilidade, salvo em casos excepcionais em que a sua denegação importe maior dano ao autor do que benefício ao réu.

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, conforme sua natureza, as normas previstas nos artigos 588 e 461, §§ 4º e 5º e 461 A.

§ 4º

§ 5º

§ 6º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providências de natureza cautelar, poderá ser concedida esta, quando presentes os respectivos pressupostos, como medida incidente da ação ajuizada.”

“**Art. 275.**

I - nas causas, cujo valor não exceda quarenta (40) vezes o valor do salário mínimo;

II -

Parágrafo único.....”

“**Art. 280.** No procedimento sumário não são admissíveis os embargos infringentes, a ação declaratória incidental e a intervenção de terceiros, salvo a assistência, o recurso de terceiro prejudicado e a intervenção fundada em contrato de seguro.”

“**Art. 287.** Se o autor pedir que seja imposta ao réu a abstenção da prática de um ato, tolerar alguma atividade, prestar fato ou entregar coisa, poderá requerer cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença ou da decisão antecipatória de tutela (art. 461, § 4º, 461 A, 621, 644, 645).”

“**Art. 331.**

§ 1º

§ 2º

§ 3º Se o direito em litígio não admitir transação, e não tiver sido designada audiência para fixar os pontos controvertidos, o juiz proferirá desde logo decisão de saneamento, nos termos do parágrafo anterior.”

“**Art. 430.** As partes terão ciência da data e local designados pelo juiz ou pelo perito para ter início a produção da prova.”

“**Art. 431.** Tratando-se de perícia complexa, que abranja mais de uma área de conhecimento especializado, o juiz poderá nomear, e as partes poderão indicar, mais de um perito ou assistente técnico.”

“**Art. 433.**

Parágrafo único. Os assistentes técnicos oferecerão seus pareceres no prazo comum de dez dias, após cientificadas as partes da apresentação do laudo.”

“**Art. 461.**

§ 1º

§ 2º

§ 3º

§ 4º

§ 5º Para efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como, a imposição de multa diária, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividades nocivas, além de requisição de força policial.

§ 6º O valor da multa poderá ser modificado pelo juiz, verificado que se tornou insuficiente ou excessivo.”

“**Art. 461A.** Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz concederá a tutela específica, fixando prazo para o cumprimento da obrigação.

§ 1º Tratando-se de obrigação para entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, quando lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz.

§ 2º Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido será expedido, em favor do credor, mandado de busca e apreensão ou de imissão de posse, conforme se tratar de móvel ou imóvel.

§ 3º Aplicam-se à ação prevista neste artigo as disposições constantes dos §§ 1º a 5º do artigo anterior.”

“**Art. 475.** Está sujeita ao duplo grau de jurisdição a sentença:

I - proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, as autarquias e as fundações de direito público;

II - que julgar procedentes, em matéria de mérito, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI).

§ 1º Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, poderá o presidente do tribunal avocá-los.

§ 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente ao de quarenta (40) salários mínimos, bem como nos casos de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor.

§ 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em súmula ou jurisprudência firme do Tribunal de destino ou de Tribunal Superior.

§ 4º O reexame necessário não impede o cumprimento provisório da sentença, salvo quando dele puder resultar dano grave e de difícil reparação, caso em que a requerimento do interessado, o juiz puder atribuir efeito suspensivo.”

“**Art. 497.** Os recursos previstos no artigo anterior não impedem a execução da sentença (arts. 587 e 588), salvo disposição expressa em contrário.”

“**Art. 520.** A apelação terá somente efeito devolutivo, ressalvadas as causas relativas ao estado e à capacidade das pessoas.”

“**Art. 523.**

§ 1º.....

§ 2º Interposto o agravo, o juiz, após vista à parte contrária no prazo de dez (10) dias, poderá reformar sua decisão.

§ 3º.....

§ 4º Será retido o agravo das decisões proferidas na audiência de instrução e julgamento e das posteriores à sentença, salvo nos casos de inadmissão da apelação.”

“**Art. 526.**

Parágrafo único. O não cumprimento do disposto neste artigo importa inadmissibilidade do agravo.”

“**Art. 527.** O Relator:

I - converterá o agravo de instrumento em agravo retido, nos casos em que não ocorra perigo de lesão grave ou de difícil reparação, remetendo

os autos ao juízo da causa;

II - poderá requisitar informações ao juiz da causa, que as prestará no prazo de 10 (dez) dias;

III - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso (art. 558), comunicando ao juiz tal decisão;

IV - 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-lhe juntar as cópias das peças que entender convenientes; nas comarcas sede de tribunal, a intimação far-se-á pelo órgão oficial;

V- ultimadas as providências dos incisos anteriores, mandará ouvir o Ministério Público, se for o caso, no prazo de 10 (dez) dias.

“**Art. 530.** Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.”

“**Art. 542.** Recebida a petição pela secretaria do tribunal, será intimado o recorrido, abrindo-se-lhe vista para apresentar contra-razões.”

“**Art. 544.**

§ 1º O agravo de instrumento será instruído com as peças apresentadas pelas partes, devendo constar, obrigatoriamente, sob pena de não conhecimento, cópias do acórdão recorrido, da certidão da respectiva intimação, da petição de interposição do recurso denegado, das contra-razões, da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado. As cópias poderão ser declaradas autênticas pelo próprio advogado, sob sua responsabilidade pessoal.

§ 2º A petição de agravo será dirigida à presidência do tribunal de origem, não dependendo do pagamento de custas e despesas postais. A parte contrária será, de imediato, intimada para, no prazo de dez (10) dias, oferecer resposta, a qual poderá ser instruída com cópias das peças que entender convenientes. Em seguida, subirá o agravo ao tribunal superior, onde será processado na forma regimental.

§ 3º

§ 4º

“**Art. 545.**

Parágrafo único. Quando o agravo de instrumento for manifesta-

mente incabível ou infundado, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um a dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor.”

“**Art. 547.**

Parágrafo único. Os serviços de protocolo poderão, a critério do tribunal, ser descentralizados, mediante delegação de competência aos escritórios da Justiça de primeiro grau.”

“**Art. 555.** O julgamento de apelação ou de agravo será tomado, na câmara ou turma, pelo voto de três juízes.

Parágrafo único. Ocorrendo questão de direito relevante, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, poderá o relator propor seja transferida a competência recursal para o órgão colegiado que o regimento indicar; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, dito órgão colegiado julgará o recurso”.

“**Art. 557.** O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do **Supremo Tribunal Federal** ou de **Tribunal Superior**.

§ 1º O relator poderá dar provimento ao recurso quando a decisão recorrida contrariar manifestamente súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do **Supremo Tribunal Federal** ou de **Tribunal Superior**.

§ 2º Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco (5) dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso. Não havendo retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento.

§ 3º Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa, nos termos do parágrafo único do artigo 545.”

“**Art. 575.**

I-.....

II-.....

III- o juízo cível competente, quando o título executivo for a sentença penal condenatória ou sentença arbitral.”

“**Art. 584.**

I-.....

II -.....

III - a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que verse matéria não posta em juízo;

IV -.....

V -.....

VI - a sentença arbitral.

Parágrafo único.”

“**Art. 588.** A execução provisória da sentença far-se-á do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas:

I - corre por conta e responsabilidade do exeçüente, que se obriga a reparar os danos que o executado venha a sofrer;

II - não permite, sem a prestação de caução, o levantamento de depósito em dinheiro ou a prática de atos que importem alienação do domínio ou dos quais possa resultar grave dano ao executado;

III - fica sem efeito sobrevindo acórdão que modifique ou anule a que foi objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior;

IV - eventuais danos serão liquidados no mesmo processo.

§ 1º No caso do inc. III, se a sentença provisoriamente executada for modificada ou anulada apenas em parte, somente nessa parte ficará sem efeito a execução.

§ 2º A caução pode ser dispensada nos casos de crédito de natureza alimentar em que o exeçüente se encontre em estado de necessidade.”

“**Art. 599.**

I-.....

II- determinar que devedor relacione os bens sujeitos à execução, indicando onde se encontram.”

“Art. 600

I-.....

II-.....

III-.....

IV- não relaciona corretamente os seus bens sujeitos à execução (art. 655, § 1º), ou não indica ao juiz onde se encontram e quais os respectivos valores.”

“**Art. 604.**

§ 1º Quando a elaboração da memória do cálculo depender de dados existentes em poder do devedor ou de terceiro, o juiz, a requerimento do

credor, poderá requisitá-los, fixando prazo até trinta dias para o cumprimento da diligência. Se os elementos do cálculo não forem apresentados no prazo assinado, ou no de eventual prorrogação, aplica-se, o disposto no art. 601.

§ 2º Poderá o juiz, antes de determinar a citação executiva, valer-se do contador do juízo quando a memória apresentada pelo exeqüente aparentemente exceder os limites da decisão exeqüenda, e, ainda, nos casos de assistência judiciária. Se o exeqüente não concordar com o cálculo, a execução far-se-á com base no valor por ele pretendido, mas a segurança do juízo terá por base o valor do cálculo.

“**Art. 621.** O devedor de obrigação de entrega de coisa certa, constante de título executivo extrajudicial, será citado para, dentro de 10 (dez) dias, satisfazer a obrigação, seguro o juízo (art. 737, II), apresentar embargos.

Parágrafo único. O juiz, ao despachar a inicial, poderá fixar multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação, cujo valor poderá ser modificado quando se tornar insuficiente ou excessivo.”

“**Art. 627.**

§ 1º Não constando do título o valor da coisa, ou sendo impossível a sua avaliação, o credor far-lhe-á a estimativa, sujeitando-se ao arbitramento judicial.

§ 2º Serão apurados em liquidação o valor da coisa e as perdas e danos.”

“**Art. 644.** As sentenças relativas a obrigações de fazer ou não fazer executam-se de acordo com o disposto no art. 461 e seus parágrafos, observando-se, subsidiariamente as regras do presente capítulo.”

“**Art. 659.**

§ 1º

§ 2º

§ 3º

§ 4º A penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante termo ou auto de penhora, cabendo ao exeqüente, sem prejuízo da imediata intimação do executado (art.669), providenciar, para presunção absoluta de conhecimento por terceiros, o respectivo registro no ofício imobiliário, mediante apresentação de certidão de inteiro teor do ato e independentemente de mandado judicial.”

“**Art. 814.**

Parágrafo único. Equipara-se à prova literal da dívida líquida e certa, para efeito de concessão de arresto, a sentença líquida ou ilíquida, pendente de recurso, condenando o devedor ao pagamento de dinheiro ou de prestação que em dinheiro possa converter-se.”

Art. 2º - A Seção III do Capítulo V do Título VIII do Livro 1 da Lei nº 5.869, de 11.01.1973, passa a denominar-se “Da audiência preliminar”.

Art. 3º - O art. 744 do CPC passa a integrar o Capítulo III, do Título III do Livro II, com a seguinte redação:

“**Art. 744.** Na execução para entrega de coisa é lícito ao devedor deduzir embargos de retenção por benfeitorias.

§1º

I -

II -

III -

IV -

§ 2º

§ 3º

I -

II -

Art. 4º - Os artigos adiante mencionados da Lei nº 6.830, de 22.9.1980, passam a vigorar com a seguinte redação:

Art. 9º

§ 1º

§ 2º

§ 3º

§ 4º

§ 5º

§ 6º

§ 7º Ao nomear bens à penhora, incumbe ao devedor atribuir valor aos bens nomeados.”

“**Art. 13.** O termo ou auto de penhora conterá, também, a avaliação dos bens penhorados, efetuada por quem o lavrar, ou o valor atribuído aos bens quando nomeados pelo devedor.”

Art. 34. Das sentenças proferidas em execuções de valor não excedente a quarenta (40) salários mínimos admitir-se-ão embargos infringentes e embargos de declaração.

Art. 5º O art. 30 da Lei nº 9.099, de 26.9.1995, que instituiu os Juiza-

dos Especiais Cíveis e Criminais, passa a vigorar com a seguinte redação:

“**Art. 3º** Juizado Especial Cível tem competência, por opção do autor, para o processo, a conciliação e o julgamento das causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas:

I -

II -

III -

IV -

§ 1º

§ 2º

§ 3º

Art. 6º - O art. 14 da Lei nº 9.289, de 4.7.1996, que dispõe sobre as custas na **Justiça Federal**, passa a vigorar com a seguinte redação:

“**Art. 14.**

I -

II - aquele que recorrer da sentença pagará a outra metade das custas, nos termos do art. 511 do **Código de Processo Civil**;

III -

IV -

§ 1º

§ 2º

§ 3º

§ 4º

§ 5º

Art. 7º - A presente lei entrará em vigor seis (6) meses após a data da sua publicação. ◆

O Grampeamento e a Constituição

OSNY DUARTE PEREIRA

Desembargador aposentado do TJRJ. Sócio honorário da Associação Brasileira de Imprensa (ABI).

Foi professor de Ciência Política do Instituto Superior de Estudos Brasileiros (ISEB). Autor de vários livros na área de Ciências Sociais e Jurídicas.

Em 1988, generalizou-se, entre os grupos que, na Assembléia Nacional Constituinte, formulavam novos dispositivos, a convicção de que a inviolabilidade das comunicações deveria acabar. O motivo não deixava de ser louvável: a criminalidade crescia, o terrorismo assumia proporções angustiantes, formavam-se quadrilhas para a disseminação dos tóxicos, quase tão poderosas quanto as de hoje. Urgia dotar a polícia de instrumentos adequados, a fim de conter a tragédia social que já se alastrava.

Imaginava-se que, disciplinando o grampeamento dos telefones e a violação da correspondência, aqueles males poderiam desaparecer ou, pelo menos, perder sua intensidade.

Ingenuidade comovente. Ocorreu o contrário, como iremos demonstrar.

A escuta dos telefones já era praticada em larga escala no mundo todo. O presidente Nixon foi destituído graças ao grampeamento de seu telefone. O imenso poder político de Hitler e de Mussolini assentou-se sobre a violação do sigilo. A perseguição aos judeus, o assalto aos bens de milhares, os seqüestros e mil outros crimes praticados por governos autoritários tiveram a ajuda decisiva do grampeamento dos telefones.

O Grampeamento no Brasil

Aqui no Brasil, não obstante proibição constitucional, o SNI (Serviço Nacional de Informações) sempre recorreu à arma da violação dos telefones e chegou a instalar, clandestinamente, na parede, por trás da cadeira do próprio Presidente da República, sofisticados dispositivos de escuta. Os que se indispunham contra os portadores desta arma terrível estavam perdidos. O Presidente Figueiredo, manietado pelo que teria sido gravado, não teve condições de punir os infratores. Crimes como as bombas lançadas na OAB, no Rio, com mortes e mutilações terríveis, as bombas preparadas para explodir no Riocentro, onde se encontravam festivamente reunidos milhares de

jovens, prisões arbitrárias, extorsões e mil formas de terrorismo, utilizadas durante a ditadura pelos grupos terroristas de direita, contaram com o precioso instrumento dos telefonemas gravados que, em mãos de torturadores, assegurava-lhes a impunidade, pela ameaça de represálias.

Tão desesperante foi o poder gerado pela violação do telefone, que o general Golbery, criador do SNI, repetia o que dizia Hitler da Gestapo, após a conspiração que, por um triz, não o eliminou: “Gerei um monstro”.

O Grampeamento Europeu, Asiático e Norte-Americano

Em muitos países da Europa, persistiu a prática do grampeamento dos telefones, introduzida pelas tropas fascistas de ocupação. As forças da resistência democrática, ao reassumirem os governos locais, mantiveram os equipamentos de controle, com o objetivo de vigiar os colaboracionistas e dificultar-lhes os movimentos.

A guerra colonial na Argélia, a abertura de espaço à criação de Israel e a repressão pelos príncipes árabes no Oriente Médio, gerada para garantir o petróleo para as “Seis Irmãs”, promoveram a irradiação dos focos de resistência pelo continente europeu. O governo de vários países trataram de legalizar a escuta, como instrumento de apoio aos que defendiam a soberania européia sobre as colônias africanas e asiáticas e suas jazidas de petróleo.

O recrudescimento do terrorismo muçulmano e a militarização do tráfico de entorpecentes animaram os governos a institucionalizar o grampeamento dos telefones.

Numa revisão da matéria, na *Gazeta Mercantil*, de 23.11.95, preparada por Márcio Aith, se vê que a Grã-Bretanha regulamentou a escuta telefônica desde 1949, através do *Wireless Telegraph Act*, e atribuiu ao Ministro do Interior (*Home Secretary*) a competência para autorizar e fiscalizar o exercício dessa forma de investigação criminal. Alemanha, Espanha, Itália, Suíça, cada país, a seu modo, disciplina este poderoso instrumento de repressão. Os Estados Unidos o fazem pelo *Crime Control and Safe Street Act*, de 1968.

Cada vez mais, entretanto, essas leis vão perdendo eficácia, como forma de disciplinar a escuta, diante do progresso da eletrônica na penetração do recesso dos lares, das repartições e até dos bancos mais poderosos e dotados da última palavra em blindagem de segredos.

Em 18.8.95, a *Gazeta Mercantil* fornecia detalhes da façanha de um matemático russo de 24 anos de idade que, de Leningrado (São Petersburgo) penetrou na contabilidade do Citibank, na Wall Street, e desviou US\$ 2,8

milhões para contas na Califórnia e em Israel.

O *Jornal do Brasil*, de 2.8.95, noticiava a audácia de um “pirata” pernambucano de 17 anos, que rompeu o sistema de segurança da Rede Nacional de Pesquisas do Departamento de Informática da Universidade de Pernambuco e teria até captado o número da senha do Governador Miguel Arraes!

O Sigilo na Carta Constitucional Vigente

Nossa Constituição, no capítulo dos **Direitos Individuais e Coletivos**, no art. 5º, em que garante a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, no inciso XII, assegura:

A inviolabilidade do sigilo nas comunicações telefônicas, salvo por ordem judicial, nas hipóteses e formas que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

No parágrafo 1º desse artigo, a Constituição prescreve:

As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Se o **sigilo** é um **direito pessoal**, a **escuta**, como ressalva de violação do sigilo, é um **direito coletivo** destinado a preservar a segurança, a liberdade e até a vida, que também são direitos mencionados nesse preceito.

A insuficiência da norma constitucional sobre o sigilo das comunicações proporcionou numerosos trabalhos de juristas, empenhados em criticá-la.

Destacamos o artigo de Yvan Senra Pessanha, sob o título *Um Poder Judiciário mais Democrático*, in *Estudos Jurídicos*, nº 3, páginas 145 a 155, publicado pelo IEJ (Instituto de Estudos Jurídicos) do Rio de Janeiro, em 1991. Também o ensaio de Ada Pellegrini Grinover, intitulado *As Provas Ilícitas na Constituição*, no mesmo volume, páginas 18 a 32.

Outro episódio importante foi a criação, pelo Presidente Itamar e seus ministros militares, da Secretaria de Assuntos Estratégicos - SAE, com 20.000 arapongas sob a direção do Almirante Mário Flores, o mesmo que promoveu, sigilosamente, a entrega do SIVAM (Sistema de Vigilância da Amazônia) à empresa norte-americana Raytheon, sem concorrência. O afloramento do escândalo resultou da ousadia de um juiz, que autorizou a

quebra de sigilo.

Até dezembro de 1995, os ministros militares cogitavam restabelecer o SNI e, portanto, com mais arapongas e sem Poder Judiciário para atrapalhar.

Tudo isto representava o retorno do Brasil ao modelo de Estados policiais do Terceiro Mundo, governados por oligarquias com fachadas de “eleições democráticas”, financiadas pelo Poder Econômico ditatorial.

A Lei nº 9.296

Nesse ambiente surgiu a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, que regulamentou o inciso XII, parte final, do artigo 5º da Constituição Federal:

“Art. 1º - A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do Juiz competente da ação principal, sob sigredo de justiça.

Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

Art. 2º - Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;

II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção;

Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

Art. 3º - A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo Juiz, de ofício ou a requerimento:

I - da autoridade policial, na investigação criminal;

II - do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.

Art. 4º - O pedido de interceptação de comunicação telefônica conterà a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregados.

§ 1º - Excepcionalmente, o Juiz poderá admitir que o pedido seja formulado verbalmente, desde que estejam presentes os pressupostos que autorizem a interceptação, caso em que a concessão será condicionada à

sua redução a termo.

§ 2º - O Juiz, no prazo máximo de vinte e quatro horas, decidirá sobre o pedido.

Art. 5º - A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

Art. 6º - Deferido o pedido, a autoridade policial conduzirá os procedimentos de interceptação, dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização.

§ 1º - No caso de a diligência possibilitar a gravação da comunicação interceptada, será determinada a sua transcrição.

§ 2º - Cumprida a diligência, a autoridade policial encaminhará o resultado da interceptação ao Juiz, acompanhado de auto circunstanciado, que deverá conter o resumo das operações realizadas.

§ 3º - Recebidos esses elementos, o Juiz determinará a providência do artigo 8º, ciente o Ministério Público.” (...)

Sucedem-se outros artigos que disciplinam as atribuições policiais e sua vinculação à dependência da autoridade do Juiz, bem como normas para a inutilização de trechos da gravação que não interessarem à prova.

Tudo isto demonstra que só a autoridade judiciária tem o poder de autorizar a pesquisa através da escuta telefônica. Qualquer membro do Poder Executivo, inclusive o Presidente da República, segundo o texto da Constituição em vigor, não pode usurpar tarefas que a Constituição outorga à autoridade judiciária.

Acontece que o País está infestado de escutas clandestinas, onde aparecem escândalos de toda ordem. Há, evidentemente, que punir esses infratores. Entretanto, a busca desses delinqüentes vem se realizando sem a observância da regulamentação estabelecida na Lei nº 9.296.

A Nação vem se degradando pela forma em que pretende punir os supostos autores desses grampeamentos.

O País caminha para o caos. Desde o Presidente da República, a Governadores, Prefeitos e representantes da Fazenda, todos vêm se arrogando o direito de, através de autoridades policiais locais, realizar investigações sobre a vida privada de cidadãos.

Por que é que todos buscam as fitas gravadas, como no recente escândalo do BNDES (Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e

Social) no caso das privatizações das empresas de telecomunicações? É que tais fitas podem ser utilizadas para dois fins: seja para destruí-las e, assim, ocultar delitos próprios, ou, na hipótese de nelas existir comprovação de crimes de terceiros, usá-las para chantagem.

Isto representa uma quebra do regime democrático e a instauração do medo e da insegurança de quaisquer desafetos da autoridade executiva federal, estadual ou municipal. É uma ilegalidade. E, como ilegalidade, deve igualmente ser punida pela exorbitância funcional.

Em verdade, os progressos da tecnologia cibernética continuam, com licença ou sem licença, ampliando o rombo na privacidade, confirmando o lamento de Fernando Pedreira, no artigo “*O funil da liberdade*”:

“A ditadura dos meios de comunicação tem deixado cada vez menos espaço ao indivíduo” (e acrescentamos) tem, também, ampliado mais o narcotráfico, peculatos, seqüestros, extorsões e miséria.

A Lei nº 9.296 exige um aperfeiçoamento. A sua importância não pode permanecer sujeita às pressões que padece a pessoa do Juiz.

O conceituado criminalista Márcio Thomaz Bastos, em declarações ao *Jornal do Brasil*, de 30.11.98, afirma que “há riscos de a espionagem - que foi um expediente comum na área política, durante a ditadura militar - aumentar na área empresarial. Só em 1996, depois que o governo foi abalado pelo escândalo da escuta no caso Sivam - que derrubou um ministro e um secretário particular do presidente Fernando Henrique Cardoso -, é que o grampo foi tipificado como crime, punível com pena de dois a quatro anos de reclusão.”

Márcio Thomaz acha que a privatização das empresas de telefonia deixou uma grande interrogação sobre a garantia constitucional de inviolabilidade das comunicações telefônicas.

“O Brasil privatizou sem criar uma agência controladora do sistema de telecomunicações. O monopólio privado é mais perigoso do que o público e tem uma tendência maior a ser cooptado”, diz o advogado.

O direito norte-americano introduziu o Tribunal do Júri para livrar os magistrados das responsabilidades inerentes às garantias dos cidadãos.

Nos casos de grampeamento de comunicações, que interessem à Ordem Pública e à defesa do Patrimônio Nacional, e onde, portanto, o grampeamento não tem um significado criminal, os cidadãos envolvidos no uso desse instrumento deveriam ser processados na esfera do Tribunal do Júri, constituído, tanto quanto possível, de uma lista de membros de

entidades ligadas às liberdades democráticas, consignadas na Declaração Universal dos Direitos do Homem. Ou sejam: a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB; a Associação Brasileira de Imprensa - ABI; o Instituto dos Advogados do Brasil - IAB; as centrais sindicais dos trabalhadores; as Associações de Moradores; as entidades religiosas e demais instituições representativas da sociedade, entre elementos radicados na Comarca (Código de Processo Penal, art. 439 e seguintes).

Este trabalho conclama todos os cidadãos para uma reflexão ante a progressiva abolição do regime democrático no tratamento do sigilo constitucional, que assegura a modernização das instituições governamentais. ◆

Responsabilidade Civil e o Júri

DES. MANOEL CARPENA AMORIM
Diretor-Geral da EMERJ

Uma das questões mais interessantes envolvendo a reparação do dano *ex delicto* é a do confronto entre a decisão absolutória do Júri popular e a indenização civil.

Como se sabe, a decisão absolutória no Crime faz coisa julgada no Cível, quando nega a existência material do fato ou a autoria.

Em caso recente, que examinamos, na 8ª Câmara Cível do TJ/RJ, nos defrontamos com a hipótese que passamos, agora, a considerar.

Tratava-se de uma ação de indenização promovida pelo pai da vítima de homicídio, na Comarca de Barra Mansa.

O Réu havia sido absolvido pelo Tribunal do Júri da Comarca, com base no artigo 386, IV, do C.P.P. e da decisão o Ministério Público não tinha recorrido.

A Dra. Juíza, em sua Sentença na Ação Civil, refere que o acusado era membro de família importante daquela comunidade e que a absolvição não se justificava diante da prova produzida.

O Júri, realmente, é um baluarte da defesa dos direitos e da dignidade da pessoa humana.

Militamos durante mais de 10 anos na Tribuna do Júri do antigo Estado da Guanabara e, por uma dessas coincidências da vida, comecei a minha atividade profissional exatamente nesse Tribunal do Júri de Barra Mansa.

Conheço, como ninguém, a instituição do Júri.

Sei das suas virtudes e dos seus defeitos.

Dentre essas, a influência que a comunidade exerce sobre os seus julgamentos nas pequenas comunidades e até nas comunidades de porte médio.

Daí a alusão feita pela ilustre Juíza sentenciante sobre a eventual distorção do veredicto em razão das condições sociais do Réu e da vítima.

Dentre aquelas, sobretudo em se tratando de discussão sobre a autoria do crime, a grandeza do jurado na aplicação do *in dubio pro Reo*.

O nosso Roberto Lyra, príncipe dos Promotores, costumava dizer que mais vale absolver 10 culpados do que condenar um inocente.

Essa colocação é que nos leva a fazer algumas considerações sobre a validade da sentença absolutória do Júri por negativa da autoria e a jurisdição civil.

O artigo 1.525 do Código Civil, tomando a posição em matéria altamente controvertida na Doutrina, disse que a Responsabilidade Civil é independente da criminal, mas que não se poderá questionar mais sobre a existência do fato ou quem seja o seu Autor quando essas questões se acham decididas no crime.

O Ministro Aguiar Dias chega a dizer que “o problema da interdependência das jurisdições ou da influência recíprocas das decisões das várias instâncias é dos mais tormentosos entre os que surgem no campo da Responsabilidade Civil.” (*Responsabilidade Civil em Debate*, Ed. Forense, pág. 40).

E, ainda, na mesma obra, às fls. 243, “o problema de interdependência das jurisdições só se apresenta quando os diversos Juizes decidem sobre os mesmos fatos. Mas esses fatos não são apreciados em si e por si. Conforme diz Hébrand, os Tribunais não são instituídos para apurar fatos, mas para resolver litígios. Não investigar e verificar fatos senão como base necessária à solução das demandas. Daí resulta que toda contestação de fatos pelo Juiz é relativa à ação em função da qual se procede”.

O que se procura preservar, o que a Lei procura preservar, quando se chocam duas jurisdições, discernindo sobre os mesmos acontecimentos é a coerência do pronunciamento, em última análise, a vontade concreta da Lei, ditada por um órgão do Estado à observância de todos os jurisdicionados e não apenas dirigida àqueles eventualmente envolvidos no conflito, uma vez que a sentença criminal do Tribunal do Júri em princípio não se distingue de qualquer outra emanada de órgão técnico.

Mas a verdade é que se a sentença do Tribunal popular não é diferente da sentença do Juiz togado, sob o aspecto formal, e de irradiação dos seus efeitos objetivos, dela se distingue, porém, quanto à sua substância.

A sentença do Júri, como é da essência dos julgamentos do Tribunal popular, é imotivada.

Além do mais, o jurado, na forma do artigo 464 do Código de Processo Penal, só tem compromisso com a sua consciência e os ditames da Justiça.

O jurado leigo não tem compromisso com a aplicação da Lei.

Essa é a seara do Juiz técnico que faz voto solene da sua fiel observância.

Por isso é que os que estão familiarizados com a instituição do Júri sabem que o Tribunal muitas vezes julga até *contra legem*, impactado pelo lado moral da causa.

Nunca vimos na nossa longa militância naquela Corte popular a gestante ser condenada por um crime de aborto, fato que não pode esconder a sua evidência e a sua autoria.

Como também não vimos ser condenado o pai que mata, e confessa, o estuprador da sua filha.

Nesse plano, o Tribunal do Júri é soberano, sendo os seus veredictos intocáveis.

Nem mesmo o Tribunal de Justiça pode interferir, como se sabe, no cerne das suas decisões, mesmo, como se disse, quando o Tribunal afronta a Lei negando a evidência dos fatos que lhes são apresentados pelas partes.

Assentadas essas premissas, importa agora considerar se o resíduo patrimonial da infração está sujeito ao mesmo critério de avaliação. Isto é, se a soberania dos veredictos, cânone constitucional, pode ser “arranhada” pela decisão no Juízo Cível.

O problema do confronto das Jurisdições foi estudado por diversos pensadores que podem ser agrupados em três correntes:

Merlin entende que o problema ficava jungido à autoridade da coisa julgada criminal sobre o Juízo Cível; **Toullier** refutou a pretensa tríplice identidade e negou essa autoridade, reconhecendo que a decisão criminal era prejudicial da ação civil, salientando que só o era no sentido de que devia ser julgada antes dela, jamais no de que exercesse sobre a segunda qualquer influência necessária.

Aubry et Rau substituíram o critério da autoridade da coisa julgada pelo ponto de vista da organização judiciária.

A doutrina francesa atual se filia a essa idéia, atribuindo à coisa julgada criminal autoridade sobre a ação cível com fundamento na sua principalidade.

Então, a única coisa a preservar no caso de conflito de duas jurisdições distintas é a coerência dos julgamentos para que a autoridade estatal emanada do poder jurisdicional não se torne contraditória, amesquinhando-se perante os jurisdicionados.

Se considerarmos o fato apenas sob o aspecto puramente formal as decisões são discrepantes.

Mas nos casos de insuficiência de prova, para exemplificar, ninguém

discute a validade do julgamento do cível diametralmente oposto ao julgamento criminal.

E a razão é muito simples. Os critérios de apreciação da prova são diversos. Isto é, a mesma prova que absolve no crime, pode condenar no cível. Naquela, há o benefício da dúvida em favor do Réu. Nesta, qualquer indício, até o *quod plerunque accidit*, pode servir de suporte para a reparação do dano (artigo 335 do C.P.C.).

É verdade que na substância as hipóteses a que nos referimos são diferentes. Mas não quanto à forma. Em ambas, o Juiz criminal absolve e o Juiz Cível condena.

Tivemos até um caso curioso em que um mesmo Juiz, por se tratar de comarca de Juízo único, absolveu no crime e condenou no cível, sob os aplausos unânimes do 2º grau de Jurisdição.

A Lei civil fala em existência material do fato e de quem seja o seu Autor, equiparando coisas totalmente diferentes.

A existência material do fato, o nome está dizendo, é constatável *ictu oculi*. Trata-se de dado objetivo: a vítima morreu em razão dos disparos efetuados.

A autoria, porém, já depende para a sua configuração de um juízo de avaliação dos diversos elementos de prova.

A própria confissão, a *probatio probatissima* do direito intermédio, já não tem no processo moderno o valor incontestável que tinha, podendo ser afastada à vista de outros elementos de convicção (princípio do livre convencimento).

Dessa forma, seria chocante e contraditório se a Justiça com uma mão dissesse: a vítima morreu; e com a outra afirmasse: a vítima está viva.

Mas quando se trata de autoria do crime, não há nenhuma incoerência na colocação feita nestes autos.

O Júri absolveu, de forma imotivada.

A Dra. Juíza, apreciando os mesmos fatos sob a ótica da Responsabilidade Civil, utilizando os critérios da apreciação da prova no cível, entendeu diferentemente decidindo pela condenação do Réu no pagamento da indenização.

É curioso que o Código de Processo Penal que também trata da matéria, em fase bem posterior do nosso direito codificado, ao tratar do confronto das jurisdições, não refere a hipótese da autoria.

Diz apenas, ainda que impropriamente, que faz coisa julgada no

Cível a sentença que negou categoricamente a existência material do fato (art. 65/66 do C.P.P.).

Nesse plano de idéias entendo que pode-se estabelecer, sempre tendo em vista a harmonia dos pronunciamentos judiciais, uma diferença entre as sentenças criminais absolutórias por negativa de autoria, emanadas dos Juízes técnicos, e as sentenças cíveis de reparação do dano e entre estas e aquelas emanadas do Tribunal popular.

As sentenças criminais absolutórias (emanadas dos Juízes técnicos), por imperativo legal, devem ser exaustivamente fundamentadas e, *ipso facto*, não podem colidir com a sentença do Cível, submetidas às mesmas regras, sob pena de violação dos princípios que regem a coexistência no mundo jurídico das diversas decisões jurisdicionais.

As sentenças criminais absolutórias prolatadas pelo Tribunal popular, entretando, porque imotivadas, podem ser questionadas no âmbito da Responsabilidade Civil.

Dir-se-á, e por que também não deveriam ser independentes as jurisdições penais e civis quando se tratar de sentença condenatória do Júri?

Porque, como se sabe, desde as lições de **Bentham**, a área do direito criminal é a mais rigorosa no campo das regras de conduta que regem a vida do homem na sociedade.

Na sua formulação dos círculos concêntricos, dizia **Bentham** que o círculo mais fechado era reservado às regras de caráter penal.

Isto é, se a conduta reprovada passasse pela censura do direito penal ainda poderia, em tese, ser abrangida por círculos maiores, de caráter patrimonial, administrativo, moral ou religioso. Mas se ficou desde logo na reprovação do crime era automaticamente abrangida pelas demais instâncias sociais do controle.

Por isso o C.P.C. diz que a sentença condenatória é título executivo judicial (art. 584, II) e o Código Penal (art. 91, I) que a sentença penal condenatória torna certa a obrigação de indenizar.

O problema, portanto, só aparece quando se trata de sentença criminal absolutória.

Concluindo, se a eventual prevalência da decisão criminal sobre a jurisdição civil não se alicerça sobre os valores que disciplinam a coisa julgada material, mas sobre a coerência que deve existir nos pronunciamentos judiciais através dos seus diversos canais, não há nenhum obstáculo que se oponha à revisão da prova pelo Juiz do Cível, mesmo em se tratando de

autoria do crime, porque, na sua fundamentação não há contradição alguma com a decisão imotivada do Tribunal popular.

O princípio da soberania dos veredictos, que o legislador constituinte no Brasil erigiu em garantia fundamental do cidadão, vigora no Juízo Criminal. Nessa área a decisão do Júri, certa ou errada, e até mesmo, como já dissemos, contra a prova, é soberana. Mas eventual desdobramento da sentença no campo patrimonial não compromete o sistema estabelecido na Constituição. ◆

Herança Jacente e Herança Vacante

SIMÃO ISAAC BENJÓ

Professor de Direito Civil. Procurador da Justiça do Estado do Rio de Janeiro

I. Herança Jacente

I.1 - Herança Jacente no Direito romano

1. Segundo **José Carlos de Matos Peixoto**, o Direito romano, considerava herança jacente a herança de quem não deixara *heres suus et necessarius*¹ ou *necessarius* e que ainda não fora adida (aceita). Entre a morte e a adição havia um intervalo em que a herança era *jacente*: não pertencia mais ao de cujo e ainda não pertencia ao herdeiro. Os bens que a compunham eram *res nullius*. Tal era a concepção romana, mas acarretava conseqüências chocantes: quem primeiro chegasse podia apossar-se dos bens hereditários sem cometer furto ou vendê-los sem ser obrigado a restituir o preço ao herdeiro adiante; por outro lado, a herança podia receber acréscimos ou incrementos e era preciso saber a quem os atribuir. Para remediar esses inconvenientes a jurisprudência romana atribuiu a princípio efeito retroativo à adição, de modo que, efetuada esta, corriam por conta do herdeiro adiante todas as vantagens e desvantagens da herança; mas, parecendo pouco curial considerar titular de relações jurídicas uma pessoa incerta, recorreu-se à ficção de que a personalidade do hereditando se prolongava até a adição da herança. **Modestino** admitia, conforme as necessidades, um ou outro desses expedientes. **Justiniano** adotou uma solução mais radical: por via de interpolação, considerou a herança jacente uma pessoa jurídica titular dos bens hereditários - *vice personae fungitur* (aut. cit., ob. cit., nº 194, ps. 353/354).

1.1. Explica **Pontes de Miranda** que, com a aparição da *sucessão legal* ou *sucessão legítima*, pelos membros da família, houve passo além ou inicial na evolução do direito das sucessões. Com o falecimento do chefe

¹ *Heres suus* (herdeiro seu) era o herdeiro que, ao falecimento do de cujo, estava sob o seu pátrio poder (...); essa expressão (...) quer dizer que esse herdeiro como que sucedia no que de certo modo já lhe pertencia; e, como era obrigado a adir a herança, chamava-se de modo mais completo: *heres suus et necessarius* (...). *Heres necessarius* era o escravo instituído herdeiro e assim era chamado porque também era obrigado a adir a herança (...). Os herdeiros que não tinham essa obrigação chamavam-se estranhos ou voluntários (*extranei, voluntarii*) - aut. cit., **Curso de Direito romano**, Haddad-Editor, 4ª ed., nº 194, nota nº 1005, p. 353.

de família, o poder, que ele exercia sozinho, sobre quem quer que fosse da casa, dividiu-se entre os descendentes, que assim se fizeram chefes de outras famílias. Com isso, transmitiam-se direitos e deveres, inclusive de culto. Depois, a sucessão faz-se somente patrimonial e aparecem os *heredes extranei*, a começar pelos *agnados*² colaterais. Se o de cujo não tinha descendentes, a herança passava aos mais próximos agnados e, na falta deles, aos *gentiles*. Então, a casa desfazia-se, extinto o poder doméstico. O herdeiro pertencia a outra situação local, com outro culto (**Tratado de Direito Privado**, Tomo LV, Ed. Borsoi, par. 5.598,1, ps. 90/91).

Prosseguindo, esclarece **Pontes de Miranda** que o herdeiro estranho não adquiria a herança automaticamente, como o *suus heres* mas, sim, com o ato pelo qual adia a herança. Enquanto a *adire hereditatem* não ocorria, os bens não eram de ninguém, eram *nullius*; e a herança jazia. Qualquer pessoa podia tomar posse da herança, da *hereditas iacens*. Daí a *usucapio pro herede* (aut. cit., ob. cit., par. cit., 1, p. 91).

Quanto ao chamamento do herdeiro à herança, se não se encontravam herdeiros, o *Edictum cui heres non extabit*, já na época republicana, permitiu que o magistrado desse posse dos bens vacantes (*bona vacantia*) aos credores, para que se satisfizessem os créditos. No ano 18 antes de Cristo atribuiu-se a herança vacante ao Erário público - inicialmente ao Tesouro republicano (aut. cit., ob. cit., loc. cit.).

Adita **Pontes de Miranda** que o Estado passou a ser sucessor universal *heredis loco*, com a responsabilidade pelas dívidas. Depois, o Pretor determinou que, no caso de passivo superior ao ativo, a herança fosse entregue aos credores, de modo que somente fossem ao Tesouro público as heranças com excedente ativo (ob. cit., loc. cit.).

² O **parentesco** que vincula **pelo lado paterno** os membros da mesma família em sentido restrito ou lado (...), baseia-se na **patria potestas**, denomina-se **agnação** e **agnados** dizem-se os que estão ligados por esse vínculo. A **família** fundada nesse parentesco chama-se **agnática** (...). O círculo da agnação, na família em sentido lado, alarga-se de geração em geração, **o parentesco afasta-se, mas não se rompe**: a agnação não desaparece em nenhum grau determinado; entretanto, chega-se necessariamente a um ponto em que as filiações escapam à pesquisa (...). **Nesse ponto**, o parentesco (...) muda de nome (...) **chama-se gentilidade** (...)

Cognados são os **parentes** apenas **pelo sangue**; podem não fazer parte da família agnática, por terem saído dela, como o filho emancipado (...), ou por não terem nela entrado, como a mulher casada *sine manu*, que é, entretanto, cognada dos seus filhos (**J.C. de Matos Peixoto**, ob. cit., nº 186, p. 340).

2. Observa **Ernani Guarita Cartaxo** que a herança não aceita, em sentido próprio, não é uma pessoa jurídica, nem tem os seus atributos essenciais, pois, como destaca **Bento de Faria**, a pessoa jurídica existe em favor de um *fim geral*, ao passo que a herança jacente aparece personificada no interesse singular de um indivíduo - o herdeiro. A pessoa jurídica é destinada, em regra, a perdurar, a herança jacente existe somente por um período de transição (**As Pessoas Jurídicas em suas Origens Romanas**, Ed. Guaíra, p. 113).

Mas a sua personalidade aparente, fundada num processo de asseme-lhação ao seu próprio *dominus*, ou à *persona*, em geral, não pode entretanto ser negada, em face dos textos (aut. cit., ob. cit., p. 113).

I. 2 - *Herança Jacente no Direito brasileiro*

I.2.1 - Conceito e seus Aspectos Gerais

3. O Código Civil Brasileiro não definiu a herança jacente, mas enumera, embora confusamente, os casos em que ela ocorre, tal como se lê dos artigos 1.591 e 1.592:

Art. 1.591. Não havendo testamento, a herança é jacente, e ficará sob a guarda, conservação e administração de um curador:

I - Se o falecido não deixar cônjuge, nem herdeiro descendente ou ascendente, nem colateral sucessível, notoriamente conhecido.

II - Se os herdeiros, descendentes ou ascendentes, renunciarem a herança e não houver cônjuge, ou colateral sucessível, notoriamente conhecido.

Art. 1.592. Havendo testamento, observar-se-á o disposto no artigo antecedente:

I - Se o falecido não deixar cônjuge, ou herdeiros descendentes ou ascendentes.

II - Se o herdeiro nomeado não existir, ou não aceitar a herança.

III - Se, em qualquer dos casos previstos nos dois números antecedentes, não houver colateral sucessível, notoriamente conhecido.

IV - Se, verificada alguma das hipóteses dos três números anteriores, não houver testamentário nomeado, o nomeado não existir, ou não aceitar a testamentaria.

3.1. **Maria Helena Diniz** explica os dispositivos acima transcritos, com a necessária clareza:

“... a herança será considerada jacente (...) nos seguintes casos:

1º) **Não havendo testamento** (...), a) se o finado não deixar cônjuge, nem herdeiro descendente ou ascendente, nem colateral até o 4º grau, notoriamente conhecido (CC, art. 1.591, I; Dec.-lei n. 9.461, de 15-7-1946, art. 1º). Realmente, pelo art. 1.603 do Código Civil, defere-se a sucessão legítima aos descendentes; na sua falta, aos ascendentes; na inexistência destes, ao cônjuge sobrevivente, e, se este não existir, aos colaterais sucessíveis. Tendo o *de cujus* qualquer um desses sucessores legítimos, sua herança não será jacente; b) se os herdeiros, descendentes ou ascendentes, renunciarem à herança, e não houver cônjuge ou colateral sucessível, notoriamente conhecido (CC, art. 1.591, II).

(...)

2º) **Havendo testamento** (...), a) se o falecido não deixar cônjuge, nem herdeiros descendentes ou ascendentes (CC, art. 1.592, I); b) se o herdeiro nomeado não existir, ou não aceitar a herança (CC, art. 1.592, II); c) se em qualquer desses casos não houver colateral sucessível, notoriamente conhecido (CC, art. 1.592, III); d) se, verificada alguma dessas hipóteses, não houver testamentário nomeado, o nomeado não existir, ou não aceitar a testamentaria (CC, art. 1.592, IV). É preciso lembrar que há imprecisão técnica na redação do art. 1.592, que deveria proclamar jacente a herança: se o herdeiro nomeado não existir ou renunciar à herança (inc. II), e se, suposto isso, inexistir cônjuge, descendente ou ascendente (inc. I) e colaterais sucessíveis, notoriamente conhecidos (inc. III). E, ainda, se houver herdeiro e testamentário, a herança não será jacente, por causa do herdeiro e não do testamentário; se não houver herdeiro nem testamentário, será jacente, por falta de herdeiro e não de testamentário. Se houver herdeiro e não houver testamentário, não se terá a jacência, pois o herdeiro não deixa de herdar por não haver testamentário, e, finalmente, se houver testamentário e não existir herdeiro, a herança será jacente, apesar de haver testamentário, porque, verificada a inexistência de herdeiro testamentário, o testamentário nada teria de fazer (inc. IV); e) se o herdeiro instituído ainda não tem condições de se tornar titular do patrimônio que se lhe pretende transmitir, p. ex., se

o testador nomeia herdeiro universal filho já concebido, mas ainda não nascido; enquanto não ocorrer o evento, ter-se-á a jacência, os bens hereditários serão arrecadados, à espera do beneficiário que está para chegar, se se aguarda formação ou constituição de pessoa jurídica, a que se atribuíram bens, ou, ainda, se se tratar de instituição de herdeiro sob condição suspensiva, pendente tal condição.” (**Curso de Direito Civil Brasileiro**, 6º vol., *Direito das Sucessões*, Ed. Saraiva, p. 69/70).

4. Com a edição das Leis nºs. 8.971, de 29/12/1994, que regulou o direito dos “companheiros” (tais como nela definidos) à sucessão, e 9.278, de 10 de maio de 1996, que regulou a situação dos “conviventes” em união estável, e a converter-se em lei o Projeto de Lei nº 2.686/96 (que procura conjugar os preceitos das Leis nºs. 8.971/94 e 9.278/96, os conviventes, ou companheiros gozarão de direito sucessórios, na falta ou exclusão do(a) consorte do(a) falecido(a), o que altera as regras do Código Civil sobre a herança vacante.

5. *Outra hipótese de jacência é a da conversão da arrecadação de bens de ausente em herança jacente, se, declarada, por sentença transitada em julgado, a sucessão provisória, não comparecer herdeiro ou interessado que requeira o inventário, dentro de 30 dias (art. 1.165, parágrafo único, do CPC).*

6. O Projeto do Código Civil que, no Senado, tomou o nº 118, de 1984, antes nº 634, de 1975 (na Câmara), trata da herança jacente e da declaração de vacância dos bens do espólio, nos artigos 1.831 a 1.835, sendo a noção de jacência, deduzida do texto do artigo 1.831, bastante concisa:

“Art. 1.831. Falecendo alguém sem deixar testamento nem herdeiro legítimo notoriamente conhecido, os bens da herança, depois de arrecadados, ficarão sob a guarda e administração de um curador, até a sua entrega ao sucessor devidamente habilitado ou à declaração de sua vacância.”

O parágrafo 2º do artigo 28 do mesmo Projeto repete, com outras palavras, a norma do parágrafo único do artigo 1.165 do vigente Código de Processo Civil, a respeito da hipótese de jacência dos bens de ausente:

“Não comparecendo o herdeiro ou interessado para requerer o inventário até trinta dias depois de passar em julgado a sentença que mandar abrir a sucessão provisória, proceder-se-á à arrecadação dos bens do ausente pela forma estabelecida nos arts. 1.831 a 1.835”.

7. A diferença entre *herança jacente* e *bens de ausentes* está em que: a) a *herança jacente* é constituída pelos bens deixados pelo finado, testado ou intestado, de quem não ficaram herdeiros, ou de quem ficaram herdeiros não conhecidos; b) os *bens de ausentes* são os do finado, com ou sem testamento, de quem há herdeiros conhecidos, embora ausentes, ou os bens daqueles que se ausentam e não dão notícias de si, ignorando-se se são mortos ou vivos (Arthur Vasco Itabaiana de Oliveira, in **Tratado do Direito das Sucessões**, 4a. ed., Vol. I, Max Limonad, nº 132, nota 235, p. 110).

8. Por oportuno, cabe lembrar que o Código Civil considera absolutamente *incapazes* os *ausentes*, declarados tais por ato do juiz (artigo 5º, nº IV). Essa incapacidade não consta do elenco do artigo 3º do Projeto do Código Civil. Dispõe este que, declarada a ausência por sentença trânsito em julgado, o novo casamento do cônjuge supérstite põe fim à sociedade conjugal (artigo 1.574, nº V), permanecendo dissolvido o casamento precedente, ainda que a declaração de ausência seja revogada (artigo 1.575). Revogada a declaração de ausência, o cônjuge que contraiu novo casamento poderá demandar-lhe a anulação, salvo se ao tempo da respectiva celebração sabia que o cônjuge estava vivo (parágrafo 2º do artigo 1.575). Mas, anulado o novo casamento, fica o cônjuge requerente impossibilitado de contrair matrimônio com pessoa diversa da do seu ex-cônjuge, enquanto este se mantiver solteiro e capaz (parágrafo 3º do artigo 1.575).

9. Observa **Pontes de Miranda** que, apesar da automaticidade da aquisição da herança, pelo direito de saisina, há autores que vislumbram, no direito brasileiro e noutros sistemas jurídicos, situações em que consideram suspenso o direito de sucessão, ou a sucessão, ao que ele oferece as seguintes ponderações:

“Ora, quando se abre a sucessão, isto é, no instante imediato à morte do de cujo, e se tem de aguardar o nascimento do herdeiro, ou de um dos herdeiros, a incerteza sobre isso é subjetiva: se nasce com

vida, herdou; se não nasce vivo, não herdou, porque, juridicamente, não existe, nem existiu. Se se aguarda a decisão (...), ou na ação de investigação da paternidade ou maternidade, (...), a dúvida é subjetiva: se é filho (...) e lhe cabe a herança, como filho (...), ele herdou. Se a sentença, trântita em julgado, é desfavorável, não herdou. Se depende de aprovação alguma fundação, ou outra entidade, que o de cujo criou, o ato favorável mostra que ela herdou (...). A suspensão, de que se fala, é no plano subjetivo, porque o homem não sabe tudo do futuro. No caso de prole de alguma pessoa, ou de duas pessoas, a herança transferiu-se à prole, porque a lei o permitiu. Se tal prole não advém, o erro foi de quem a esperava. O ponto mais delicado é o de haver alegação e prova de que a mulher não poderia nunca conceber, ou de que do varão nenhum filho se poderia cogitar. Há, aí, o ensejo para ação declaratória com repercussão na suposição da legitimação ativa da prole insurgível. É erro dizer-se que a herança está sem dono até que nasça o concebido, ou que se dê a decisão na ação de filiação legítima ou ilegítima, ou o ato aprovativo da fundação ou de outra entidade (...), mas temos de repelir os seus argumentos, no direito brasileiro e em todos os sistemas jurídicos com a saisina.” (Autor cit., ob. cit., par. 5.598, ps. 92/93).

10. Mesmo jacente, a herança é um patrimônio, uma universalidade de direitos, embora seja um patrimônio especial.

Nesse sentido, veja-se a lição de **Roberto de Ruggiero**:

“(...) Se o curador representa o defunto ou antes o herdeiro desconhecido e (no caso do nascituro) o herdeiro futuro, é questão meramente teórica; praticamente a organização da curatela leva a que todos os atos praticados durante a jacência se repercutam sobre o herdeiro, quando seja conhecido ou apareça. Deve, porém, excluir-se que a herança seja uma pessoa jurídica; trata-se simplesmente de um patrimônio especial, mantido unido e submetido provisoriamente a administração alheia, para conservar a continuidade das relações.” (Instituições de Direito Civil, vol. 3, Ed. Saraiva, parágrafo 130, p. 427).

11. Na linha do Código Civil e do Código de Processo Civil, os magistrados **Euclides Benedito de Oliveira e Sebastião Lima** traçam um roteiro do procedimento aplicável à herança jacente:

- “a) notícia de falecimento de pessoa, deixando bens, sem testamento, cônjuge ou herdeiros (arts. 1.591 e 1.592 do CC), ou inexistência de herdeiros do ausente (art. 1.165, parágrafo único do CPC);
- b) Nomeação de Curador à Herança, e seu compromisso (arts. 1.143 e 1.144 do CPC);
- c) Arrecadação e Arrolamento dos bens: a) pelo juiz, com o escrivão e o curador intimados o MP e a Fazenda, lavrando-se auto; não tendo sido nomeado curador os bens serão entregues a um depositário (art. 1.145 do CPC);
- d) ou pela autoridade policial, mediante requisição do juiz (art. 1.148 do CPC);
- e) por carta precatória - se existirem bens em outra comarca - (art. 1.149 do CPC);
- f) Inquirição dos moradores da casa e da vizinhança, sobre o falecido, seus sucessores e bens, lavrando-se auto, e outras diligências que se mostrarem necessárias (arts. 1.150 do CPC e 1.593 do CC);
- g) Edital - 3 vezes, com intervalos de 30 dias, no DO, e na imprensa local, chamando os sucessores do finado a se habilitarem, no prazo de 6 meses (art. 1.152 do CPC);
- h) Citação pessoal do sucessor ou testamenteiro em lugar certo (art. 1.152, par. 1º do CPC);
- i) Comunicação à autoridade consular, se o finado era estrangeiro (art. 1.152, par. 2º do CPC);
- j) Habilitação de herdeiros, testamenteiros ou cônjuge (autos em apenso) - processamento com intervenção do Curador à Herança, da Fazenda, e do Ministério Público;
- l) Julgamento da Habilitação: a) se procedente, com a habilitação de herdeiro, de cônjuge ou de testamenteiro, a arrecadação converter-se-á em inventário (art. 1.153 do CPC); b) se improcedente, segue o processo de herança jacente e declaração de herança vacante (art. 1.157, parágrafo único do CPC);
- m) Habilitação de Crédito - em apenso, como nos inventários, ou por ação de cobrança (art. 1.154 do CPC);

n) alienação de bens - se houver requerimento, e sendo necessário - (arts. 1.155 e 1.156 do CPC);

o) Declaração de herança vacante - sentença - após 1 ano da 1ª publicação do edital (art. 1.152 do CPC), não havendo herdeiro habilitado, ou sendo julgada improcedente a habilitação (art. 1.157, parágrafo único do CPC).” - **Destinação da Herança Vacante**, in RT, vol. 689, ps. 91/92.

12. Pondera **Pontes de Miranda** que “bens de defuntos” arrecadáveis são os bens de quem morreu sem alguém *aparecer* como sucessor. A falta da aparição é restrita aos herdeiros parentais e testamentários, uma vez que se não pode pensar em não - aparição do Estado (Fazenda Pública³). A definição é, pois, a de bens a que se ignoram herdeiros, ou não existam herdeiros, parentais ou testamentários. Um é herdeiro certo, se não existem outros: o Estado (Fazenda Pública³) - ob. cit., par. 5.598,2, p. 95).

12.1. **Orlando Gomes** nega ao Estado (Fazenda Pública³) a condição de herdeiro:

*“A lei inclui o Estado entre as **pessoas sucessíveis**, colocando-o no quinto lugar da ordem de chamamento e determina que a herança a ele se **devolva**. Não permite que caia no domínio público, antes o indica para recolhê-la, caso não haja parente sucessível. Tem ele, relativamente à herança, os mesmos direitos e encargos do herdeiro, mas seria levar muito longe a índole do direito do Estado o atribuir-lhe tal condição.”* (**Sucessões**, Ed. For., 6ª ed., nº 58, p. 75).

Não obstante, ressalva o mesmo autor, a *herança jacente* continua a ser, entre nós, a ponte de passagem dos bens do defunto ao Estado (Fazenda Pública³).

13. O procedimento de herança jacente, assinala **José Olympio de Castro Filho**, é precipuamente cautelar: arrecadam-se os bens, porque ignorados no momento os interessados, havendo o interesse do Estado que se conservem e não se percam ou não sejam furtados, mesmo porque, se não aparecerem legítimos herdeiros ou legatários, a herança será declarada

³ Observação nossa.

vacante e, após cinco anos, os bens reverterão ao Estado (...) - **Com. ao Código de Processo Civil**, X vol., Ed. For., nº 88, p. 186.

Segundo entendimento do processualista citado, antes da Lei nº 8.049/90, com a declaração da *vacância*, o que se dá é a entrega dos bens à União, aos Estados⁴ ou ao Distrito Federal, enquanto a incorporação ao domínio público só se realizará posteriormente, pois, nos termos do artigo 1.594 do Código Civil (...), os bens arrecadados somente passarão ao domínio público decorridos cinco anos da abertura da sucessão (ob. cit., vol. cit., nº 92, p. 190).

De *lege ferenda*, defende **José Olympio de Castro Filho**, mais razoável seria fixar-se o prazo de cinco anos a partir da declaração de vacância, publicada por editais, para conhecimento dos interessados (ob. cit., nº cit., p. 191).

14. A regra, no procedimento de herança jacente, decorrente de suas finalidades (aut. cit., ob. cit., nº 106, p. 211), é de que os bens se devam arrecadar e conservar, para serem entregues aos herdeiros, ou, se declarada a vacância, à Fazenda Pública. O procedimento é, assim, não para disposição, senão precipuamente, de administração de bens.

14.1. Todavia, a administração judicial não pode ser muito diferente da administração privada, em que, muitas vezes, para haver boa administração, será preciso também haver a alienação de bens, sem o que os bens se perderão, ou terão diminuído o seu valor. Por isso mesmo, enumera o Código de Processo Civil (artigo 1.155) hipóteses em que o senso comum indica que para bem administrar é conveniente alienar.

14.2. Sob outro aspecto, ressalva **José Olympio de Castro Filho**, mesmo nas hipóteses constantes do artigo 1.155, nem sempre deve a alienação ser autorizada pelo Juiz. É que não existe a obrigatoriedade de alienação, em tais hipóteses, sendo ela apenas uma faculdade concedida ao Juiz. A este, portanto, em última análise, incumbe, com os amplos poderes que lhe dá o artigo 1.109 do C.P.C., encontrar sempre “a solução que reputar mais conveniente ou oportuna” (ob. cit., p. 214).

I.2.2 - A Herança Jacente e as Fundações Universitárias

⁴ Atualmente, os Estados foram substituídos pelos Municípios na titularidade da herança vacante, por força da Lei nº 8.049, de 20/06/1990, que deu nova redação ao artigo 1.594 do Código Civil.

15. A teor do artigo 3º do Decreto-lei nº 8.207, de 22 de novembro de 1945:

“Adquirindo o domínio dos bens arrecadados, a União, o Estado ou o Distrito Federal ficam obrigados a aplicá-los em fundações destinadas ao desenvolvimento do ensino universitário e o Ministério Público respectivo velará por essa aplicação.”

15.1. Para simplificar as rotinas até então praticadas pelos depositários judiciais, a Lei nº 816, de 20/12/1984, do Estado do Rio de Janeiro, alterou a Resolução nº 5, de 24 de março de 1977, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nos seguintes termos:

“Art. 1º - Fica acrescentado ao art. 77, da Resolução nº 5, de 24 de março de 1977, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a qual passou a integrar o Código de Organização e Divisão Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, o seguinte parágrafo:

“6º - Tratando-se de herança jacente, deverá ser nomeada a Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) depositária da herança, cabendo-lhe, nos termos da legislação vigente, a guarda e conservação dos bens arrecadados.”

Após a vigência de tal dispositivo (24/12/1984), a UERJ, depositária das heranças jacentes, passou, mediante prévia convocação por edital, para recepção das propostas lacradas, a proceder, sem solução de continuidade, a devida seleção dos interessados, na locação dos bens de herança jacente por ela arrecadados, beneficiando-se, com isso, dos rendimentos auferidos.

16. Com a edição da Lei nº 8.049, de 20 de junho de 1990:

a) alterou-se a ordem da vocação hereditária, excluindo-se os Estados e incluindo-se os Municípios, dando-se, nesse sentido, nova redação ao inciso V do artigo 1.603 do Código Civil (não obstante não se tenha tocado na redação do artigo 1.143 do C.P.C., que além da indevida inversão na prioridade dos entes políticos, beneficiários da herança vacante, ao chamar, em 1º lugar, a União, ao contrário da lei civil - que, desde a modificação advinda do Dec.-lei nº 8.207/45, determinava a outorga dos

bens à unidade da Federação onde o autor da herança tinha domicílio, ainda indica os Estados como sucessores, indicação essa afastada pela lei nova);

b) modificou-se, profundamente, a redação do artigo 3º do Decreto-lei nº 8.207, de 22/11/1945, supra transcrito, pois o novo diploma legal, ao incluir os Municípios, em lugar dos Estados, entre os adquirentes do domínio dos bens arrecadados, impediu que tais bens fossem destinados às Universidades Estaduais e não atribuiu aos Municípios (que, aliás, ao que se saiba, não mantêm fundações destinadas ao desenvolvimento do ensino universitário) qualquer dever ou encargo com a cultura, o que é profundamente lamentável num País, como o nosso, cujas universidades públicas se acham à mercê das unidades políticas deficitárias.

17. Como lucidamente expõem os já referidos magistrados **Euclides Benedito de Oliveira e Sebastião Luiz Amorim**, o dispositivo tem inspiração de cunho municipalista:

“Visa atender ao município brasileiro onde viveu o de cujus, ou onde exerceu atividade e acumulou fortuna (...) Mas é bem de ver que a nova sistemática trará inúmeras dificuldades de ordem prática, como na atribuição dos bens situados em municípios diversos. Sem falar no problema de acompanhamento dos processos por pequenas comunas, nem sempre contando com estrutura jurídica adequada, de modo que poderá ocorrer perecimento ou desvio de bens, por falta de sua regular arrecadação em Juízo.

Por isso que, atento aos bons resultados alcançados no sistema vigente, e considerando o benefício social pela aplicação dos bens ao ensino superior, parece inexistir razão bastante para a alteração devida.” (trab. cit., Rev. dos Tribus. cit., nº 689, p. 90).

18. Mas há uma questão de direito intertemporal que deverá ser dirimida de acordo com as melhores regras da hermenêutica, à luz do direito sucessório: o marco divisório da destinação dos bens da herança vacante, do que se tratará mais adiante.

II. Herança Vacante

II.1. Noção de Herança Vacante

19. A convalidação da herança jacente em vacante tem fundamento no *caput* do artigo 1.593 do Código Civil:

“Serão declarados vacantes os bens da herança jacente, se, praticadas todas as diligências legais, não aparecerem herdeiros.”

O parágrafo único desse artigo (que exigia o decurso do prazo de 1 (um) ano depois de concluído o inventário), foi derogado pelo artigo 1.157 do C.P.C.:

“Passado um ano da primeira publicação do edital (art. 1.152), e não havendo herdeiro habilitado nem habilitação pendente, será a herança declarada vacante”.

20. Declara-se, pois, vacante a herança quando, realizadas todas as diligências, inclusive com publicação de editais (artigo 1.152 do C.P.C.), e passado um ano da primeira publicação, não surgirem pessoas sucessíveis, deferindo-se os bens arrecadados ao ente público designado na lei.

Nos termos do artigo 1.594 do Código Civil, com a redação que lhe deu a Lei 8.049/90:

“A declaração da vacância da herança não prejudicará os herdeiros que legalmente se habilitarem; mas, decorridos 5 (cinco) anos da abertura da sucessão, os bens arrecadados passarão ao domínio do Município ou do Distrito Federal, se localizados nas respectivas circunscrições, incorporando-se ao domínio da União, quando situados em território federal.”

Esse prazo de 5 (cinco) anos não se aplica - não obstante entendimentos contrários, segundo os quais o parágrafo único do artigo 1.594 do Código Civil estaria implicitamente revogado pelo artigo 1.158 do C.P.C. - aos colaterais que não forem notoriamente conhecidos, nos termos do parágrafo único do artigo 1.594 do Código Civil:

“Se não forem notoriamente conhecidos, os colaterais ficarão excluídos da sucessão legítima após a declaração de vacância.”

II.2. *Natureza Jurídica do Julgamento da Vacância, segundo Pontes de Miranda*

20. Para **Pontes de Miranda**, o julgamento da vacância é **mandamental** e acompanhado de devolução não definitiva, logo após. Trânsita em julgado a sentença que devolveu, no tempo, até se completarem **cinco anos**, contados da **abertura da sucessão**, podem os herdeiros pedir, em ação de petição de herança, o que lhes toca (Trat. cit., vol. cit., parágrafo 5.598, p. 107).

E ressalta:

“Primeiro, havemos de advertir que a nova redação do art 1.594 não implica alteração ao sistema do Código Civil, arts 1.572 (saisina) e 1.603, V. O domínio e a posse transmitem-se à Fazenda Pública desde a morte, de modo que o direito dos parentes e cônjuge nunca foi. Não há atribuição, mas execução, com base na declaração de haver herdado.” (Trat. cit., vol. cit, par. cit., p. cit.).

Por isso, distingue:

*“(...) “herança vacante”, a que está em processo de verificar se é herdeiro o Estado. Porque não há mais nenhuma herança sem herdeiro e o próprio Estado tem a saisina. Os bona vacantia eram os bens que os Romanos, no direito novo, devolviam ao fisco (...). A resolução judicial final era constitutiva, de efeitos ex nunc; hoje é **mandamental**. Processualmente, ainda mais do que em direito material, tudo isso é assaz importante. O juiz das sucessões regidas pelo direito, ignorando se há herdeiros parentais ou testamentários, diligencia para saber a quem há de entregar os bens. Todo processo de arrecadação dos bens dos falecidos somente tem por fito a **execução**; e a habilitação do Estado é apenas mandamental. Não é declarativa: não tem força de coisa julgada material. O elemento declarativo não prepondera. Lá está, é verdade, como em qualquer julgado, mas depois de outros, em dose irrelevante para a sua caracterização (...) O ato de **entrega material**, executivo, é após as decisões envolventes* (Trat.. cit., vol. cit., par: 5.599, ps. 111/112).

Após tais considerações, conclui **Pontes de Miranda**:

“41.) A sentença que proclama a vacância é sentença mandamental, em ação não **ainda** executiva, com a particularidade de conter reserva de se apresentarem no prazo legal os sucessores do morto. A cognição é incompleta e mantém-se incompleta até cair, com a preclusão, a reserva.

(...) a eficácia preponderante do julgamento da vacância é **mais** do que a eficácia preponderante das sentenças declarativas. As sentenças somente sobre a **existência** da vacância, se, por um lado, teriam por base cognição completa (plus), que a sentença sobre a vacância não tem, por outro lado, não teriam eficácia mandamental, isto é, estariam limitadas à força e eficácia imediata e mediata das sentenças declaratórias. No fundo, o que resta, historicamente, da sentença proferida a respeito das heranças sem dono (antes, pois, do instituto da saisina, cf. Código Civil, art. 1572...), ao tempo da **lacuna** de propriedade e de posse **entre** a morte e a atribuição ao fisco, é apenas a estrutura **ôca**, o fóssil, o julgamento **com reserva** da vacância A sentença de hoje, embora fundada em cognição (incompleta) que provém do procedimento edital, é sentença mandamental, que se profere em processo tipicamente executivo: medida constritiva, apoiada em cognição superficial, à semelhança de algumas ações executivas que se iniciam com a penhora; procedimento de cognição (edital); liquidação e venda de bens, segundo regras jurídicas especiais, “embargos de terceiros, à feição dos embargos de terceiros” nas ações mandamentais e executivas.

A jacência e a vacância, no Código Civil, mudaram de conteúdo... A expressão “vacantes” está, aí, em sentido que não é o do direito romano. Só se refere à falta de herdeiros legítimos familiares e de herdeiros testamentários. O Estado é herdeiro legítimo e apenas se há de proceder à chamada declaração de vacância, para que, admitida, como é, a comparência de herdeiros, desconhecidos ou tidos como falecidos, posteriormente se habilitem. Para que tal espera não mais ocorra, há o prazo preclusivo.” (Trat. cit., vol. cit., par. cit., págs. 113/115).

II.3. Nossas Considerações

21. Segundo o fundamento político e social, a sucessão do Estado realiza a devolução dos bens à comunidade, em consequência da ordem

jurídico-econômica estatal ensejar ao finado o acúmulo patrimonial transmitido (**Caio Mário da Silva Pereira**, **Instituições de Dir. Civil**, Vol. VI, *Direito das Sucessões*, For., 6a. ed., nº 439, p. 72).

22. Procuram alguns justificar a sucessão do Estado com esclarecimentos exógenos (v.g., o domínio eminente sobre todos os bens de seus súditos; a soberania que exerce sobre tudo e sobre todos em seu território; ou o *direito de ocupação*, exercido sobre quaisquer bens vagos). Mas, como pondera **Caio Mário da Silva Pereira**, a ordem de vocação hereditária se funda na afeição presumida do morto e se esgota com os parentes no grau previsto; e em seguida a herança devolve-se ao Estado, *iure successionis*, desde que não haja o morto suprido o vazio por uma disposição de sua derradeira vontade (aut. cit., ob. cit., nº 451, p. 114).

23. A sucessão da Fazenda Pública envolve a devolução da herança a quem representa a coletividade a que pertenceu (aut. cit., ob. cit., loc. cit.).

A Fazenda Pública é um herdeiro especial. Adquire os bens por direito sucessório, em virtude de se tornarem vacantes pela falta de sucessores das outras classes.

Não se deve aceitar a afirmação de que não se lhe reconhece o direito de *saisine*.

É que se é verdade não se lhe reconhecer de logo a posse e a propriedade do espólio, pela só abertura da sucessão, não é menos certo que a herança vacante o é por ser vacante desde a abertura da sucessão e assim permanecer durante 5 anos após esse fato. Isso independente da sentença que *apenas declare o estado de vacância* e que pode ser proferida antes do quinquênio (nunca antes, porém, de decorrido um ano após a publicação do 1º edital - arts. 1.152 e 1.157 do C.P.C.), ou depois dele.

Pode-se, então, dizer que se a herança é vacante, o Estado (pessoa jurídica de direito público), por si, pelo Juiz (que é um de seus órgãos) ou a requerimento de seu substituto processual, deve proceder à arrecadação de todos os bens do espólio, que serão entregues ao curador, sob cuja guarda, conservação e administração ficarão, até a declaração de vacância. A partir da arrecadação, até que ocorra a declaração de vacância e o decurso de 5 anos após a abertura da sucessão, ninguém poderá dispor dos bens do espólio, do mesmo modo que ninguém pode dispor de bens arrestados, seqüestrados ou penhorados.

Se, repita-se, a herança é vacante, ela é um patrimônio de alguém e não *res nullius*. E o titular do espólio é a Fazenda Pública.

Se aparecerem herdeiros e for julgada procedente a habilitação, resolve-se a administração do Estado, com a entrega, após o término do inventário ou do arrolamento, com a partilha dos bens e dos frutos arrecadados, ao herdeiro habilitado, que terá assegurado o direito de possuir e o de propriedade desde a abertura da sucessão.

24. A herança se transmite à Fazenda Pública, no momento da abertura da sucessão, se ele está na vez de suceder (art. 1.572 do Código Civil).

24.1. Acontece que para a Fazenda Pública receber tal herança, não se procede a inventário ou a arrolamento, como ocorre com os outros herdeiros.

24.2. Ressalte-se que, não obstante a regra do artigo 1.572 do Código Civil, os outros herdeiros também não recebem, de fato, a herança no momento da abertura da sucessão.

É ela administrada pelo inventariante que só entrega aos herdeiros o remanescente do espólio, pagas as dívidas do de cujo e os encargos do inventário ou do arrolamento, uma vez esteja um ou outro concluído, com a partilha ou a adjudicação.

É que, como já se disse, o herdeiro insere-se na posição jurídica do falecido no momento mesmo em que se dá a morte, mas só lhe é atribuído o que sobra do patrimônio inventariado, excluídas as dívidas e encargos do de cujus, despesas de tratamento, funeral e ofícios religiosos, bem como as pertinentes ao inventário: custas, impostos e honorários advocatícios. Não recebe bens ou valores previamente escolhidos.

24.3. Pois bem, o Estado, quando vai legitimamente suceder o autor da herança, até integrar, de fato, a herança vacante em seu patrimônio, precisa, como já se disse, tomar as seguintes providências:

a) arrecadar os bens que compõem a chamada herança jacente, o que ele faz por intermédio do juiz, que é um órgão do Estado;

b) tentar localizar eventuais herdeiros ou legatários, para tanto promovendo a expedição de editais e diligências de citação e intimação;

c) obter uma decisão de vacância da herança, trântisa em julgado, *mandamental e de cognição* incompleta, em razão da qual lhe é, provisoriamente, entregue a herança;

d) aguardar o decurso do prazo preclusivo de 5 anos, após a abertura da sucessão, salvo se o herdeiro for colateral não notoriamente conhecido, hipótese em que basta o trântsito em julgado da sentença que reconhece a

vacância (se a sentença que reconhece a vacância só é prolatada após 5 anos contados da abertura da sucessão, não há mais o que aguardar: a incorporação ao patrimônio do Estado se dá com o trânsito em julgado daquela decisão). Mas o Estado recebe todos os bens vacantes e frutos desde a época da abertura da sucessão, feitas as deduções legais.

25. Em poucas palavras, pode-se dizer que, na hipótese de herança vacante, o direito sucessório da Fazenda Pública surge com a abertura da sucessão, mas a sua plena eficácia só é reconhecida com a conjugação do trânsito em julgado da sentença, que afirma a vacância do acervo, e o decurso do prazo de 5 anos, após a abertura da sucessão, podendo tal prazo anteceder à referida decisão.

III. A Lei 8.049/90 e as Sucessões abertas antes de sua vigência

26. Com o advento da Lei nº 8.049, de 26/06/1990, criou-se séria divergência sobre o destino do domínio e da posse da herança jacente.

26.1. A 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em acórdão do qual foi Relator o Des. **Humberto de Mendonça Manes**, entendeu que se deve atribuir o direito de *saisine* ao Estado (como unidade política); e não ao Município, se o óbito ocorreu antes da entrada em vigor da Lei nº 8.049, sob pena de violar-se o imperativo do artigo 1.557 do ordenamento civilístico (Agravo de Instrumento nº 1.337/93), sendo irrefutável o fundamento do referido aresto, proferido por maioria de votos:

“Antes de tudo, o ente estatal é herdeiro, e o é porque assim elenca o Código Civil no artigo 1.603, ao estabelecer a ordem de sucessão legítima.

Por seu turno, o mesmo diploma legislativo estabelece o direito de saisine no artigo 1.572. Sem abrir exceção, essa regra estatui que, aberta a sucessão, ocorre a transferência do domínio. Para que o Estado, então viesse a ser afastado da incidência desse pressuposto de fato, de mister seria encontrar-se, em outra regra jurídica, um comando de exceção. Essa regra excepcional não existe. E como o óbito se deu anteriormente à Lei nº 8.049/90, daí segue que a regra do artigo 1.572 já incidira; e, incidindo, juridicizou-se, daí defluindo efeitos que o ordenamento agasalha, entre eles, o direito subjetivo de propriedade dos bens em favor do Agravado.

Incorporada a titularidade dos bens ao patrimônio do Agravado, claro está que a lei nova não poderia retroagir, sob pena de ferir-se o princípio constitucional que tutela os direitos adquiridos, com o qual se harmoniza o artigo 1.577 do Código Civil.”

26.2. No mesmo sentido se pronunciou a 7ª Câmara Cível do mesmo Tribunal de Justiça, no Agravo de Instrumento nº 854/92, Rel. o Des. **Salim Saker**:

“HERANÇA JACENTE - Sucessão aberta antes da vigência da Lei 8.049/90 - Cabe ao Estado - e não ao Município - o domínio e a posse dos bens da herança jacente (arts. 1.577 e 1.603 do Código Civil) - Recurso improvido”.

26.3. Também esse é o entendimento dos já citados magistrados **Euclides Benedito de Oliveira e Sebastião Luiz Amorim**:

“Nas sucessões abertas anteriormente, ainda que a sentença declaratória de vacância seja produzida depois, competem os bens ao Estado, por força do que dispõe o art. 1.577 do CC. “A capacidade para suceder é a do tempo da abertura da sucessão, que se regulará conforme a lei então em vigor” (trab. cit., Rev. cit., p. 87).

26.4. Em parecer que elaborou, na qualidade de Professora de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ, respondendo à indagação que sobre o assunto lhe fora formulada pelo d. Diretor Jurídico daquela Universidade a conceituada civilista e Procuradora de Justiça do Estado do Rio de Janeiro Dra. **Maria Teresa Moreira Lima** também acolheu os fundamentos esposados nos pronunciamentos acima comentados, ressaltando:

“O tratamento dispensado pelo código civil brasileiro à sucessão do Estado parece não admitir interpretação dupla, conduzindo, isto sim, à idéia de que as pessoas jurídicas nomeadas no inciso V do artigo 1.603 ostentam a qualidade de herdeiro, posição que, obviamente, não tem o direito público por fundamento, mas decorre do direito sucessório.

Sendo herdeiras, tais pessoas jurídicas adquirem, na data da abertura da sucessão, o domínio e a posse dos bens.”

A d. parecerista buscou apoio em vários estudos e decisões e lembrou, com muita oportunidade, a tese do eminente Professor e Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Dr. **Regis Fichtner Pereira** (“*Da inaplicabilidade da alteração da vocação hereditária determinada pela Lei nº 8.049/90, relativamente a óbitos ocorridos anteriormente à sua vigência*”), tese essa apresentada no XVII Congresso dos Procuradores do Estado, realizado em Belém (Pará), de 04/11/91 a 07/11/91:

*“A vocação hereditária do Estado se dá, não em razão de sua condição de poder público, como querem alguns, mas sim em razão de disposição de lei, que o considera a pessoa melhor qualificada para suceder o “de cujus” na falta de parentes, próximos ou na falta de indicação expressa do autor da herança para a sucessão. Essa é a única conclusão possível em face do que dispõe a nossa lei, que, no art. 1.063, expressamente refere que a sucessão legítima defere-se ao Estado, e, no seu art. 1.619, refere que a herança se devolve ao Estado, o que inequivocamente lhe atribui **vocação hereditária.**”*

27. Observamos, com certa preocupação, tendência em sentido contrário de alguns acórdãos do Superior Tribunal de Justiça.

27.1. Vale destacar:

27.1.a)

CIVIL - VOCAÇÃO HEREDITÁRIA - LEGITIMIDADE DO MUNICÍPIO PARA SUCESSÃO DE BEM VACANTE.

I - A jurisprudência acolhe entendimento no sentido de que o Município tem legitimidade para a sucessão do bem jacente, cuja declaração de vacância deu-se na vigência da lei que alterou dispositivo que, retirando o Estado-Membro, substituiu-o na ordem hereditária.

*II - Reconhecido conhecido e provido” (Rec. Esp. nº 60008-1/RJ - 95/0004717-9, Rel. Min. **Waldemar Zeitter** - 3ª Turma do S.T.J).*

27.1.b:

*CIVIL. SUCESSÃO. QUALIDADE DE HERDEIRA. BEM VACANTE. A Jurisprudência acolhe entendimento no sentido de que o Município tem legitimidade para a sucessão de bem jacente, cuja declaração de vacância deu-se na vigência da lei que alterou dispositivo que, retirando o Estado-Membro, substituiu-o na ordem hereditária. Recurso conhecido e provido. (RESP 32897/SP 93/0006405-3, Rel. Min. **Cesar Asfor Rocha** - 4ª Turma do STJ).*

28. Há, porém, registro de um acórdão da mesma 4a. Turma do STJ (Rec. Esp. 61885/SP. 95/0010896-8), Rel. Min. **Ruy Rosado de Aguiar**, que conclui em sentido contrário às supra mencionadas decisões:

HERANÇA JACENTE. INCIDÊNCIA DA NOVA LEI. DIREITO DO ESTADO.

Se, ao tempo da abertura da sucessão, a lei vigente atribuía ao Estado os bens da herança jacente, a ele deverão ser transferidos, ainda que a transmissão do domínio tenha ocorrido quando em vigor a Lei nº 8.049/90, que atribuiu ao Município os bens da herança jacente”.

29. Coerentemente com os argumentos deduzidos neste estudo, não temos dúvida em concluir que o marco divisório da destinação dos bens da herança vacante é a data da abertura da sucessão do autor da herança. ◆

A Responsabilidade Médico-Hospitalar à Luz do Código do Consumidor

SERGIO CAVALIERI FILHO

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

1. **Casos Ilustrativos** - As ações de indenização decorrentes de responsabilidade médica e hospitalar, que antes eram raras em nossa Justiça, estão se tornando cada vez mais freqüentes. Talvez, em razão da má qualidade do ensino de um modo geral, e dos péssimos serviços prestados, principalmente pelos hospitais públicos; talvez, pelo aumento da demanda, da procura desses serviços por parte da população em geral, cada vez mais pobre e doente; talvez ainda, ou pelos três motivos, por ter hoje o cidadão uma maior consciência dos seus direitos e encontrar mais facilidade de acesso à Justiça.

Selecionei alguns casos, colhidos da nossa jurisprudência, a título de ilustração.

Um motorista de táxi, cerca de dois anos depois de ter sido submetido a uma cirurgia num hospital, morreu de infecção generalizada causada por resto de material cirúrgico, gaze deixada no seu abdômem quando da cirurgia. E aí se indaga: é possível que isto ainda aconteça, com todo o progresso da medicina?

Um jovem de 21 anos - todos são casos reais - estudante, vida sexual normal, tornou-se impotente após uma simples cirurgia de fimose. Já fez 3 cirurgias plásticas, sem sucesso; deverá ser submetido a mais uma na tentativa de recuperar a normalidade da sua vida sexual, mas sem muita esperança. A perícia constatou que, quando da cirurgia de fimose, uma veia foi interrompida, impedindo a circulação do sangue, o que acarretou necrose do tecido da glândula, o que é, praticamente, irreversível. Seria isto justificável em nossos dias?

Um cidadão sério e respeitável, que não queria expor-se a certos riscos, submeteu-se a uma cirurgia de vasectomia. Tempos depois foi surpreendido por uma ação de investigação de paternidade na qual ele era incluído como réu. Protestou, foi o primeiro a pleitear a prova pericial, confiante na cirurgia

que havia feito. Qual não foi a sua decepção quando o exame de DNA o apontou como sendo o pai biológico do investigante. O pior é que a Exm^a Sr^a dele não tinha a menor noção das suas aventuras extramatrimoniais. Já pensaram quanto isto vai custar só a título de dano moral?

2. A Responsabilidade Médica Empresarial - A responsabilidade médica foi muito discutida no passado quanto à sua natureza jurídica: se era contratual ou extracontratual; se gerava obrigação *de meio* ou *de resultado*. Entendo que após o Código do Consumidor - desde logo vou dizendo que o Código do Consumidor, em meu entender, é inteiramente aplicável aqui, porque se trata de prestação de serviço - essas discussões perderam relevância. Hoje a responsabilidade médica/hospitalar deve ser examinada por dois ângulos distintos. Em primeiro lugar, a responsabilidade médica decorrente da prestação de serviços médicos de forma empresarial, aí incluídos hospitais, clínicas, casas de saúde, bancos de sangue, laboratórios médicos etc. Em segundo lugar, a responsabilidade decorrente da prestação de serviço direta e pessoalmente pelo médico como profissional liberal.

No primeiro caso, serviços empresariais, antes do Código do Consumidor doutrina e jurisprudência procuravam enquadrá-lo no art. 1.521, inc.IV do Código Civil, aquele que disciplinava a responsabilidade dos hotéis e das hospedarias. Sustentava-se que a instituição hospitalar, além da obrigação de curar, de dar tratamento médico ao paciente, assumia com ele uma obrigação de hospedagem da qual lhe resultava uma presunção de responsabilidade que o tornava responsável por tudo aquilo que viesse a ocorrer ao paciente. Entendo, que após o Código do Consumidor essa fundamentação perdeu a sua razão de ser, porque o art. 14 deste Código estabeleceu responsabilidade objetiva para todos os acidentes de consumo decorrentes do fornecimento de serviço com defeitos. Diz o citado art.14 do Código do Consumidor:

“O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação do serviço.”

É o que o Código chama de *fato do serviço*, entendendo-se como tal o acontecimento externo, ocorrido no mundo físico, que causa danos materiais ou morais ao consumidor, mas decorrentes de um defeito do serviço.

Essa responsabilidade, como se constata do próprio texto legal, tem

por fundamento ou fato gerador o *defeito do serviço* que, fornecido ao mercado, vem a dar causa a um acidente de consumo. Exemplo: alguém contrata uma empresa para refazer a instalação elétrica de sua casa mas, tempos depois, um defeito nessa instalação provoca incêndio na casa.

“O *serviço é defeituoso*, diz o parágrafo 1º do art. 14 do CDC, quando não fornece a *segurança* que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais o modo do seu fornecimento, o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam e a época em que foi fornecido”. Trata-se, como se vê, de uma garantia de que o serviço será fornecido ao consumidor sem defeito, de sorte que, ocorrido o acidente de consumo não se discute culpa; o fornecedor responde civilmente por ele simplesmente porque lançou no mercado um serviço com defeito. E mais, será absolutamente irrelevante saber se o fornecedor tinha ou não conhecimento do defeito, bem como se esse defeito era previsível ou evitável. Em face do fato do serviço, o defeito é presumido porque o Código diz - art. 14, § 3º, I - que o fornecedor só excluirá a sua responsabilidade *se provar* - ônus seu - que o defeito inexistente, vale dizer, que o acidente não teve por causa um defeito do serviço.

3. A Posição da Jurisprudência - Embora lentamente, a jurisprudência dos nossos Tribunais vai aos poucos se libertando do artigo 159 do Código Civil - tão arraigado em nossa consciência jurídica - e começa a enquadrar a responsabilidade médico-hospitalar no Código do Consumidor na medida em que toma conhecimento da sua nova disciplina. Na Apelação Cível nº 6.200/94, da qual foi relator o Des. Marcus Faver, a Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro decidiu:

RESPONSABILIDADE CIVIL HOSPITALAR. Paciente Com Insuficiência Renal Grave. Hemodiálise. Contaminação Por Vírus da Hepatite B. Nexo de Causalidade Demonstrado. Responsabilidade do Hospital.

A contaminação ou infecção em serviços de hemodiálise caracteriza-se como falha do serviço e leva à indenização, independentemente de culpa. Aplicação, na hipótese, do art. 14 caput do Código de Defesa do Consumidor.

No corpo do acórdão, o seu eminente relator fez as seguintes judiciosas considerações: “*Em realidade, estamos diante da responsabilidade*

pela prestação de um serviço defeituoso, onde o fornecedor do serviço, no caso o hospital, responde pela reparação do dano, independentemente da existência de culpa, à luz da regra estabelecida no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, já vigente à época dos fatos.

“Assim, a responsabilidade do hospital se aperfeiçoa, sem questionamento de culpa, mediante o concurso de três pressupostos: a) - defeito do serviço; b) - evento danoso; c) - relação de causalidade.

“Ora, no caso dos autos, tais pressupostos ficaram, sobejamente, demonstrados. Pelo laudo de fls. 89/94, comprova-se que o *autor ingressou no hospital sem o vírus da hepatite B, o qual, segundo estudos médicos, só se transmite por transfusão ou relações sexuais.* Em razão dos serviços de hemodiálise, ali realizados, viu-se contaminado, ainda que pudesse, em tese, a apelante ter tomado os cuidados correspondentes à realização dos serviços.

“A legislação aplicável à espécie acolheu para hipótese os critérios da responsabilidade objetiva, pois desconsiderou, no plano probatório, quaisquer investigações relacionadas à conduta do prestador dos serviços que é, assim, irrelevante, para a solução da controvérsia.

“Como esclarece Antônio Hermen de Vasconcellos e Benjamim, *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*, Saraiva, 1991, pág. 80, quando se tratar de serviços médicos prestados por hospital, como fornecedor de serviços (art. 14 *caput*), a apuração da responsabilidade independe da existência de culpa.

“Na verdade, o hospital só se exoneraria da responsabilidade se comprovasse: não ter realizado os serviços; culpa exclusiva do autor ou de terceiro ou ocorrência de caso fortuito ou força maior.

“Despiciendas, pois, quaisquer considerações ou investigação probatória sobre a possível conduta negligente, imprudente ou imperita da sociedade apelante.”

Em outro julgado do mesmo Tribunal, agora na Apelação Cível nº 1.217/96, da qual fui o relator, a Segunda Câmara Cível decidiu:

RESPONSABILIDADE CIVIL. Estabelecimento Hospitalar. Morte de Recém-nascido. Alta Hospitalar Prematura. Indenização Circunscrita ao Dano Moral.

A alta hospitalar prematura de criança nascida com peso inferior ao normal e com deficiência respiratória, constitui, até aos olhos do leigo, a causa adequada da morte do recém-nascido, sendo prova

inequívoca da relação de causalidade o fato de ter o falecimento ocorrido cerca de oito horas após a alta.

Como prestadores de serviço que são, os estabelecimentos hospitalares respondem objetivamente pela reparação dos danos causados aos consumidores.

Pela morte de filho menor, antes da idade de trabalho, os pais só fazem jus à indenização pelo dano moral, de acordo com a mais atual doutrina e jurisprudência.

Fundamentado o meu voto, lancei as seguintes considerações: Em face dessa realidade fática torna-se absolutamente despicienda qualquer discussão em torno da culpa, como pretende fazer a apelante, porquanto, como prestadores de serviços que são, os estabelecimentos hospitalares respondem objetivamente pela reparação dos danos causados aos consumidores.

Aliás, após mais de cinco anos de vigência, já era tempo suficiente para que os operadores do direito, inclusive juízes, conhecessem e aplicassem o Código do Consumidor, porquanto, em se tratando de relação de consumo, a responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços não mais está fundada na culpa mas sim no *risco do empreendimento*.

O artigo 2º, do citado Código, conceitua o *consumidor* como sendo toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como *destinatário final*. *Serviço*, por sua vez, consoante conceito contido no parágrafo 2º, do artigo 3º, é *qualquer atividade* fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. Logo, no conceito de serviço enquadra-se perfeitamente a atividade dos estabelecimentos hospitalares, sendo os seus clientes, como destinatários finais desses serviços, consumidores por definição legal.

Pois bem, o artigo 14 do Código do Consumidor é de clareza solar ao responsabilizar o *fornecedor de serviços, independentemente de culpa* - vale dizer, objetivamente - pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços. Destarte, provada a relação de causalidade entre o serviço defeituoso e o dano, responde o fornecedor independentemente de culpa, à luz da legislação que protege o consumidor.

4. Exclusão da Responsabilidade Médica Empresarial - Parte da doutrina se recusa a enquadrar os estabelecimentos hospitalares no artigo 14 *caput* do Código do Consumidor por entender não ser possível responsabilizá-los pelos enormes riscos que os serviços médico-hospitalares muitas

vezes representam. Como responsabilizar o hospital pelo insucesso de uma cirurgia efetuada com todos os cuidados em paciente idoso e de péssimas condições gerais de saúde? Em primeiro lugar, não vemos como negar aplicação a uma lei cujas normas são de ordem pública e interesse social (art. 1º), vale dizer, de aplicação necessária. Assim, sendo os estabelecimentos hospitalares fornecedores de serviços aos consumidores, não há como deixá-los de fora da disciplina do Código do Consumidor. Em segundo lugar, não vemos nenhuma incompatibilidade, nem absurdo, como demonstraremos, entre a responsabilidade objetiva do hospital, prevista agora no Código do Consumidor, e os altos riscos do serviço que ele presta. Por que? Por uma razão muito simples: o hospital só responderá objetivamente quando prestar serviço com defeito. Equivale dizer, se não prestar serviço com defeito, não responde objetivamente e nem subjetivamente. Estamos aqui no terreno de uma responsabilidade objetiva, é verdade, mas não fundada no risco integral, mas sim no risco do empreendimento e que, como já assinalamos, exige a necessária relação de causalidade entre o defeito de serviço e o acidente de consumo. Se o acidente não decorre de um defeito não há fundamento para a responsabilização do hospital. Destarte, ainda que tenha havido insucesso na cirurgia ou outro tratamento, mas não se pode apontar defeito no serviço prestado, não haverá que se falar em responsabilidade do hospital.

Entre as causas que excluem a responsabilidade do prestador de serviços, o CDC refere-se à inexistência de defeito do serviço - “o fornecer de serviços não será responsabilizado quando provar que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste” (art. 14, § 3º, I) -, de sorte que, para afastar a sua responsabilidade, bastará que o hospital ou médico prove que o evento não decorreu de defeito do serviço, mas sim das condições próprias do paciente ou de outros fatores imponderáveis.

5. O Risco Inerente do Serviço - Aqui tem perfeita aplicação a lição do insigne Antônio Hermen de Vasconcellos e Benjamin sobre o *risco inerente* e o *risco adquirido*. Risco inerente, como o próprio nome diz, é aquele que faz parte da própria coisa, do próprio produto ou do próprio serviço. Aquilo que faz parte da sua essência, da sua natureza, de sorte que não existirá o produto, nem o serviço poderá ser prestado sem aquele risco que é próprio da sua essência. É o caso singelo de uma faca afiada de cozinha para fazer churrasco. Ela tem perigo inerente e se não tiver este perigo não prestará ao seu fim. É o caso dos medicamentos com contra-in-

dicação; há neles um perigo inerente, mas se não tiverem esse perigo não atenderão ao seu fim. Agrotóxico, que é vendido para atender a determinadas peculiaridades. Por esse risco inerente não responde o fornecedor, porque, como já dissemos, faz parte da coisa, faz parte do serviço. E esse risco não surpreende o consumidor, porque é um risco previsível. O fornecedor só eventualmente responderá pelo risco inerente se não informar, se não orientar adequadamente o consumidor sobre como usar, como se valer daquele produto ou daquele serviço. Aí haverá um defeito de informação. Mas por aquele risco que faz parte da própria coisa e sobre o qual o consumidor foi devidamente orientado, não tem porque responder. Em suma, *normalidade* e *previsibilidade* são as características do risco inerente, pelo qual não responde o fornecedor por não ser defeituoso um bem ou serviço nessas condições. Cabe-lhe apenas informar o consumidor a respeito desses riscos inevitáveis, podendo por eles responder caso não se desincumba desse dever, hipótese em que poderá resultar configurado o defeito de comercialização por informação deficiente quanto à periculosidade do produto ou serviço, ou quanto ao modo de utilizá-lo.

Fala-se em *risco adquirido* quando produtos e serviços tornam-se perigosos em decorrência de um defeito. São bens e serviços que, sem o defeito, não seriam perigosos; não apresentam riscos superiores àqueles legitimamente esperados pelo consumidor. *Imprevisibilidade* e *anormalidade* são as características do risco adquirido.

Pois bem, a regra é a de que os danos decorrentes da periculosidade inerente não dão ensejo ao dever de indenizar, mas responde o fornecedor de produtos e serviços pelos danos causados pela periculosidade adquirida. Essa regra, como já salientado, é perfeitamente aplicável aos serviços médico-hospitalares e própria para resolver os mais intrincados problemas que nessa área possam surgir. Não respondem os médicos, nem os hospitais, pelos riscos inerentes à sua atividade porque em casos tais não haverá defeito no serviço. A cirurgia de uma pessoa idosa - ou mesmo de outros tipos de cirurgia ou tratamentos -, por si só representa riscos que não podem ser eliminados; são riscos normais e previsíveis que não decorrem de nenhum defeito. Desde que devidamente informados ao paciente, não poderá ele, nem os seus parentes, responsabilizar o médico, nem o hospital pelo insucesso do tratamento. Médico e hospital só podem ser responsabilizados pelos riscos adquiridos, isto é, pelo defeito do serviço.

“Em matéria de proteção da saúde e segurança dos consumidores vige

a *noção geral da expectativa legítima*. Isto é, a idéia de que os produtos e serviços colocados no mercado devem atender as expectativas de segurança que deles *legitimamente* se espera. As expectativas são *legítimas* quando, confrontadas com o estágio técnico e as condições econômicas da época, mostram-se plausíveis, justificadas e reais. É basicamente o desvio deste parâmetro que transforma a periculosidade inerente de um produto ou serviço em periculosidade adquirida” (Antônio Hermen de Vasconcellos e Benjamin. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*, Saraiva, 1991, p. 48).

6. A Responsabilidade Pessoal do Médico - Uma única exceção ao sistema de responsabilidade objetiva estabelecida no Código do Consumidor foi aberta no seu artigo 14, § 4º, em relação aos profissionais liberais. Diz ali que “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”. Os profissionais liberais, portanto, embora prestadores de serviços ao mercado de consumo, respondem subjetivamente pelos danos que causarem aos consumidores, o que importa dizer que o Código do Consumidor manteve neste ponto a mesma disciplina do artigo 1.545 do Código Civil. Devemos ter em mente, todavia, que o Código foi bem claro ao dizer que a exceção só abrange a *responsabilidade pessoal* do profissional liberal, não favorecendo, portanto, a pessoa jurídica na qual ele trabalhe como empregado ou faça parte da sociedade. Assim, por exemplo, se vários médicos resolvem constituir uma sociedade, a responsabilidade desta será objetiva.

Sendo subjetiva a responsabilidade pessoal do médico, como na realidade o é, não bastará o mero insucesso do tratamento, seja clínico ou cirúrgico, para ensejar o seu dever de indenizar. Caberá à vítima provar não só o dano e o nexo causal, como na responsabilidade objetiva, mas também a culpa do médico. Essa prova, como por todos conhecido, é de regra difícil, não só em razão de seus aspectos técnicos, sempre a exigir perícia, mas também em razão do entendimento firmado pelos Tribunais. Tem-se admitido a responsabilidade pessoal do médico somente quando demonstrado erro grosseiro no diagnóstico, na medicação ministrada, no tratamento desenvolvido, ou, ainda, injustificável omissão na assistência e nos cuidados indispensáveis ao doente.

Tenha-se, ainda, em conta que não cabe ao Judiciário avaliar questões de alta indagação científica, nem se pronunciar sobre qual o tratamento mais indicado para a cura do paciente. Só lhe está afeto o exame da conduta pro-

fissional, para verificar, à vista das provas, se houve ou não falha humana conseqüente de erro profissional injustificável.

O eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar, em seu magnífico artigo sobre a “Responsabilidade civil do médico” (RT 718/38), propõe uma fórmula irreprochável na avaliação da culpa médica: “Diante das circunstâncias do caso, deve o juiz estabelecer quais os cuidados possíveis que ao profissional cabia dispensar ao doente, de acordo com os padrões determinados pelos usos da ciência, e confrontar essa norma concreta, fixada para o caso, com o comportamento efetivamente adotado pelo médico. Se ele não a observou, agiu com culpa. Essa culpa tem de ser certa, ainda que não necessariamente grave. Na determinação dessa culpa - acrescenta o eminente articulista - é preciso levar em consideração circunstâncias especiais. Assim, do anestesista se espera uma vigilância absoluta durante o decurso da cirurgia, até a retomada da consciência do paciente; do especialista, exige-se mais que do médico generalista; do cirurgião estético, rigoroso cumprimento do dever de informação e cuidado na execução do trabalho, que muitos consideram uma obrigação de resultado”.

7. Responsabilidade da Equipe Cirúrgica - Tem ensejado divergência a responsabilidade médica no caso de equipe cirúrgica. Se o paciente, por exemplo, durante a cirurgia, vem a falecer em razão de erro anestésico, quem deverá ser responsabilizado? A equipe toda, o médico-chefe ou apenas o anestesista? Tudo dependerá, em meu entender, do tipo de relação jurídica que há entre eles. Se a equipe é formada por escolha do médico-chefe e atua sob sua orientação, ele terá responsabilidade solidária com o anestesista por estar no comando da equipe. Os outros médicos são seus auxiliares e executam atos sob suas ordens, necessárias ao bom desempenho da intervenção. Mas, se atuam como profissionais autônomos - o que não é do nosso costume -, cada qual em sua especialidade, a responsabilidade será individualizada, cada um respondendo pelos seus próprios atos, de acordo com as regras que disciplinam o nexos de causalidade. A responsabilidade será daquele membro da equipe que deu causa ao evento. Em outras palavras, embora a equipe médica atue em conjunto, não há, só por isso, solidariedade entre todos os que a integram. As múltiplas especialidades da medicina e o aprimoramento das técnicas cirúrgicas permitem fazer nítida divisão de tarefas entre os vários médicos que atuam em uma mesma cirurgia.

Em caso bastante discutido no E. Superior Tribunal de Justiça, oriundo

do Tribunal de Justiça do Rio do Janeiro, a Terceira Turma da Corte Superior assim decidiu:

Ação de Indenização. Erro Médico. Responsabilidade solidária do cirurgião (culpa in eligendo) e do anestesista reconhecida pelo acórdão recorrido. Matéria de Prova.

I - O médico chefe é quem se presume responsável, em princípio, pelos danos ocorridos em cirurgia, pois, no comando dos trabalhos, sob suas ordens é que executam-se os atos necessários ao bom desempenho da intervenção.

II - Da avaliação fática resultou comprovada a responsabilidade solidária do cirurgião (quanto ao aspecto in eligendo) e do anestesista pelo dano causado. (Rec. Esp. nº 53.104-7-RJ, RSTJ 97/179).

Na motivação do seu voto, o eminente relator, Ministro Waldemar Zveiter, deixa claro o seu entendimento: “Reconheço que, com o desenvolvimento das especialidades médicas, a tendência da doutrina, inclusive do direito estrangeiro, é a de considerar separadamente a responsabilidade do anestesista e do cirurgião em face da capacitação própria em razão das funções específicas de cada médico. Todavia, em razão mesmo dessa especialização e do progresso alcançado devido às novas técnicas, diversificando as especialidades, em cada ramo da ciência médica desenvolveu-se a formação da *equipe médica*, notadamente nos atos cirúrgicos. Por isso que na opinião de René Savatier, o médico-chefe é quem se presume responsável, em princípio, pelos danos ocorridos, pois no comando dos trabalhos, sob suas ordens executam-se os atos necessários ao bom desempenho da intervenção.

“Assim, a apuração da responsabilidade por erro médico depende do exame do caso concreto. Induvidosamente há responsabilidade autônoma do anestesista quando se cuida de atos praticados no pré ou pós operatório. Porém, dentro da sala de cirurgia, como sucede no caso em exame, aquela se apura consoante a prova realizada nos autos para a verificação da culpa e do grau em que concorreu o agente e se atribuível exclusivamente ao anestesista ou não”.

Embora unânime o acórdão por questão regimental, em voto de vista o Ministro Eduardo Ribeiro ressaltou o seu entendimento: “A responsabilidade solidária exige o reconhecimento da culpa de ambos, ou seja, do anestesista e de quem o indicou (no caso houve erro exclusivo do anestesista). O eventual erro do escolhido não leva necessariamente a ter-

se como culpado o que efetuou a escolha. Essa pode ter sido feita com o maior critério e, por infelicidade, o profissional indicado, naquele dia, haver incidido em erro. Onde há culpa do cirurgião? Repito: o anestesista não é seu preposto... Estou convencido, tal sustentado no acórdão apontado como divergente, que se pode perfeitamente separar a responsabilidade de um e outro. Existirá essa, para o cirurgião, em decorrência dos atos que praticar, seja intervindo diretamente no paciente, seja na orientação que transmitir. Esse entendimento não se afasta do sustentado por Savatier, como exposto pelo eminente Relator. Na medida em que errar, no comando dos trabalhos poderá ser responsabilizado. Coisa diversa, entretanto, será pretender que, apenas por dirigir a intervenção cirúrgica, deva responder por eventuais falhas do anestesista, ligada a atos que digam especificamente com os misteres desse. Tal responsabilidade não reconheço” (RSTJ 97/187).

8. O Consentimento do Paciente - Além dos deveres de cuidado e sigilo, deve ainda o médico prestar ao paciente todas as informações necessárias sobre a terapêutica ou cirurgia indicada para o caso, seus riscos e possíveis resultados, dele obtendo o indispensável consentimento (ou do responsável). Toda vez que houver algum risco a correr, é preciso contar com o consentimento esclarecido do paciente, só dispensável em situação emergencial que não possa ser superada, ou de atuação compulsória. Cabe unicamente ao paciente decidir sobre a sua saúde, avaliar o risco a que estará submetido com o tratamento ou a cirurgia, e aceitar ou não a solução preconizada pelo médico (Ruy Rosado de Aguiar Jr., RT 718/36).

Não raro o médico, muito embora tenha realizado um trabalho tecnicamente perfeito, é trazido às barras do tribunal por não ter obtido o necessário consentimento do paciente. Vem a propósito o caso julgado pelo excelente Juiz Dr. Ricardo Couto de Castro na 43ª Vara Cível do Rio de Janeiro.

A paciente era possuidora de glaucoma congênito, o que lhe ocasionava uma deficiência visual, e, por conta desta situação, necessitava de tratamento, o que a levou a procurar o oftalmologista. Após a realização do primeiro exame, foi constatado que seria mais indicado a retirada do referido órgão, com o que não concordou a paciente. Procedido um exame mais minucioso, foi revelada a existência de capacidade visual. Diante de tal quadro, já em nova consulta, foi a paciente informada de que seria possível realizar uma cirurgia visando, em outro momento, a reatuação da capacidade visual. Tratava-se de cirurgia fistulizante, como forma de

reduzir a pressão, e, em segundo momento, tentar um transplante de córnea. Enquanto procedida à obtenção da verba para operar, teve a paciente nova crise, fazendo com que procurasse seu médico. Neste momento foi indicada a cirurgia, que pensava a paciente ser a fistulizante, quando, em realidade, era a de retirada do órgão visual.

Procedida a intervenção, conhecida tecnicamente como enucleação, muito embora bem sucedida motivou o ingresso da autora na Justiça em busca de indenização por danos materiais e morais porque o seu consentimento foi dado para outro tipo de cirurgia. Ação foi julgada procedente, como não poderia deixar de ser, uma vez que o médico descumpriu dever inerente à sua profissão de bem informar e obter o consentimento do paciente. Se o consentimento é dado para outro tipo de cirurgia, não pode o médico, a seu talento, modificar o seu objeto, salvo se circunstâncias emergenciais exigirem a mudança.

9. Cirurgia Estética - Obrigação de Resultado? Encerro esta exposição fazendo ligeiras considerações a respeito da cirurgia estética. Não há dúvida de que a *cirurgia corretiva*, que, como o próprio nome indica, tem por finalidade corrigir deformidade física congênita ou traumática gera obrigação de meio. Se o paciente, por exemplo, teve o rosto deformado em acidente automobilístico, o cirurgião plástico, por mais habilidoso que seja, nem sempre poderá garantir, nem pretender, eliminar completamente o defeito. Tudo fará para melhorar a aparência física do paciente, para minorar-lhe o defeito, sem garantir determinado resultado.

O que dizer, entretanto, da cirurgia estética? O objetivo do paciente em tal caso é melhorar a aparência, corrigir alguma imperfeição física, ficar mais jovem, mais bonito ou, pelo menos, menos feio. Tenho para mim que nesse caso o médico assume uma obrigação de resultado, comprometendo-se a proporcionar ao cliente o resultado pretendido. Se esse resultado não é possível, deve desde logo alertá-lo e se negar a realizar a cirurgia.

Há quem conteste, tanto na doutrina estrangeira como na brasileira, assumir o médico obrigação de resultado na cirurgia estética. O eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, depois de anotar que a orientação hoje vigente na França, na doutrina e na jurisprudência, se inclina por admitir que a obrigação a que está submetido o cirurgião plástico não é diferente daquela dos demais cirurgiões, pois corre os mesmos riscos e depende da mesma álea, endossa esse entendimento, tendo em vista que em toda ope-

ração existe um risco ligado à reação do próprio organismo humano, tipo de pele extremamente sensível, infecção hospitalar etc., situações muitas vezes imprevisíveis e que não podem ser imputadas ao médico. A eventual falta de informação precisa sobre o risco, e a não obtenção de consentimento plenamente esclarecido, arremata o ilustre Ministro, conduzirão à responsabilidade do cirurgião, mas por descumprimento culposo da obrigação de meios (RT 718, p. 40).

Na realidade, a crônica médica registra casos em que o cirurgião, embora aplicando corretamente as técnicas que sempre utilizou com absoluto sucesso em inúmeros pacientes, não obtém o resultado esperado em razão de características peculiares do próprio paciente, não detectáveis antes da operação. Tais circunstâncias, entretanto, em meu entender não afastam a obrigação de resultado.

Não se pode negar o óbvio, que decorre das regras da experiência comum; ninguém se submete aos riscos de uma cirurgia, nem se dispõe a fazer elevados gastos, para ficar mais feio do que já era, ou com a mesma aparência. O resultado que se quer é claro e preciso, de sorte que, se não for possível alcançá-lo, caberá ao médico provar que o insucesso - total ou parcial da cirurgia - deveu-se a fatores imponderáveis.

E como se justifica essa obrigação de resultado do médico em face da responsabilidade subjetiva estabelecida no CDC para os profissionais liberais? A indagação só cria embaraço para aqueles que entendem que a obrigação de resultado gera responsabilidade objetiva. Sempre sustentei, todavia, que a obrigação de resultado apenas *inverte o ônus da prova* quanto à culpa; a responsabilidade continua sendo subjetiva, mas com culpa presumida. O Código do Consumidor não criou para os profissionais liberais nenhum regime especial, privilegiado, limitando-se a afirmar que a apuração de sua responsabilidade continuaria a ser feita de acordo com o sistema tradicional, baseado na culpa. Logo, continuam a ser-lhes aplicáveis as regras da responsabilidade subjetiva com culpa provada nos casos em que assumem *obrigação de meio*, e as regras da responsabilidade subjetiva com culpa presumida nos casos em que assumem *obrigação de resultado*.

Em conclusão, no caso de insucesso na cirurgia estética, por se tratar de obrigação de resultado, haverá presunção de culpa do médico que a realizou, cabendo-lhe ilidir essa presunção mediante prova da ocorrência de fator imponderável capaz de afastar o seu dever de indenizar.

Eram estas as considerações que tinha a fazer, agradecendo a todos

Avanços da Doutrina e Jurisprudência do Dano Moral

SEVERIANO ARAGÃO

Desembargador do TJRJ. Autor do livro Dano Moral na Prática Forense (Editora Livraria Jurídica - Rio - 1998)

- I -

A doutrina do dano moral cogita e sintetiza seus conceitos e alcance atuais como as extraídas de parecer do jurista **RENAN KFURI LOPES** (Coad - *Seleções jurídicas* - Nov. 1994, pp. 16 - 17):

1) **MARTINHO GARCEZ NETO** - “não se pretende vender o bem moral, mas apenas fazer com que esse bem seja respeitado” (*Prática da R. Civil* - Saraiva, 4a. ed., pp. 50/51).

2) **CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA** - “o fundamento da reparabilidade pelo dano moral está em que, a par do patrimônio em sentido técnico, o indivíduo é titular de *direitos integrantes de sua personalidade*, não podendo a ordem jurídica conformar-se em que sejam impunemente atingidos” (*R.C. de acordo com a Constituição de 1988* - 2ª ed. Forense, p. 61).

3) **SAVATIER** - Dano moral seria “qualquer *sofrimento* humano, que não é causado por uma perda pecuniária e abrange todo *atentado à reputação* da vítima, à sua *autoridade legítima* ao seu *pudor*, à sua *segurança e tranqüilidade*, ao seu *amor próprio* estético, à sua integridade, sua inteligência, a suas *afeições* (*Traité de la Responsabilité Civile* - vol. II, nº 525).

4) **MAZEAUD & TUNC** - “Pareceria chocante, em uma civilização avançada como a nossa, que fora possível, sem incorrer em nenhuma responsabilidade Civil, lesionar os sentimentos mais elevados e nobres dos nossos semelhantes, enquanto o menor atentado contra o seu patrimônio, origina reparação” (*Tratado Teórico e Prática da R. Civil* - ed. Buenos Aires, vol. 1, tomo 1/435, nº 306).

- II -

Muitos outros juristas modernos abordam a matéria, em ordem a conceituar e enquadrar o dano moral (**CHRISTINO VALLE, CLAYTON REYS, CARLOS BITTAR, J. AGUIAR DIAS, ADRIANO DE CUPIS,**

RUY STOCO, JOÃO CASILLO, LINDBERG MONTENEGRO, AMARAL LEÃO etc.).

De nossa parte, afirmamos que dano moral é *dor moral*, naturalmente em sede de dano ao indivíduo, pessoa física. E aí parece ininteligível que se possam destacar *lesões pessoais materiais* e aquelas *espirituais, sentimentais*, as primeiras gerando efeitos patrimoniais definíveis, e as últimas conseqüências extrapatrimoniais, de complexa *avaliação*, onde entra o tormentoso *arbitrium judicis (boni viri)*.

Quando se busca, no Código Civil, a gênese do dano moral indenizável, como *valor de afeição* ou simples *fixação* objetiva de sua reparação, vamos dar com a vertente doutrinária que levou a Professora e civilista MARIA HELENA DINIZ, com inexcédível brilho, a classificar o dano moral em *direto* (personalidade, atributos da pessoa) e *indireto* (lesão a bens, como valor de afeição).

Quem sabe aí não resida o ponto de partida para se conceituar o *dano moral* como *pessoal, pessoal reflexo, material* com reflexos pessoais.

Ainda nessa trilha vamos dar a mão aos que concebam o *dano moral* à pessoa jurídica, como estrutura econômica sensível ao abalo de crédito (**CAIO MARIO**), como *honra objetiva* de entes coletivos (**LINDBERG MONTENEGRO**).

- III -

A respeito, podem-se anotar alguns itens modernos sobre o questionamento do dano moral, a saber:

1º) Parâmetros, salvo casos excepcionais, entre 50 - 200 Salários Mínimos, na fixação do dano moral.

2º) No IX ENTA - Agosto/97 - SP, houve três resoluções sobre dano moral, a saber:

Res. 09 - “O dano moral e o dano estético não se cumulam, porque ou o dano estético importa em dano material ou está compreendido no dano moral” (por unanimidade).

Res. 10 - “À indenização por dano moral deve dar-se caráter exclusivamente compensatório” (por maioria).

Res. 11 - “Na fixação do dano moral, deverá o juiz, atendo-se ao nexo de causalidade, inscrito no art. 1060 do Código Civil, levar em conta critérios de proporcionalidade na apuração do quantum, atendidas as condições do ofensor, do ofendido e do bem lesado” (por unanimidade).

3º) Costuma o julgador atentar para “a repercussão do dano e a possibilidade econômica do ofensor” (Ap. Cível 3026/96, TJRJ - 1ª Cam. Civ. - rel. **Des. PAULO SERGIO FABIÃO - JULG.** 16.12.97 (*in* Jornal do Commercio, 18.04.98, p. 07).

4º) Registra-se a ampliação *reparatória* de consumo e serviços, com ênfase aos “serviços bancários e finais”, mediante responsabilidade objetiva (arts. 3º, parágrafos 2º e 14, CDC - *in* Embargos Infringentes na Ap. Civ. 144/97, V GPCC Cíveis - TJRJ - rel. Des. **NILSON DIÃO** - julg. em 09.10.97, Ementário Cível 01/98).

5º) Destaca-se a tendência à *purificação do dano moral*, ou, como dizem os julgados do colendo **STJ** (*in* DJU, 17.04.98, p. 100):

a) “A concepção atual da doutrina orienta-se no sentido de que a responsabilização do agente causador do dano moral opera-se por força do simples fato da violação (*damnum in re ipsa*), não havendo que se cogitar da prova do prejuízo” (R. Esp. 23.575 - DF - rel. Mim. **CESAR ASTOR ROCHA** - *in* DJ de 01/09/97):

b) “Dano moral - Prova. Não há falar em prova do dano moral, mas, sim, na *prova do fato que gerou a dor; o sofrimento*, sentimentos íntimos que o ensejam (...)” (R. Esp. 86.271 - SP - rel. Mim. **CARLOS A. MENEZES DIREITO** - *in* DJ 09.12.97).

6º) Em sede de componentes, insumos e defeitos de fabricação, a jurisprudência é construtiva, responsabilizando o fabricante por “defeito de matéria-prima, transformada em sua atividade (...)” (TAMG - Ap. Civ. 0171143-7/00 - rel. Juiz **JARBAS LADEIRA - RJTAMG**, 54-55-249).

Prof. ANTONIO CHAVES coleciona exemplos da jurisprudência americana, penalizando, com elevadas reparações, “o fabrico de tanque de combustível na lateral dos veículos, facilitando explosão e mortes”, registrando o Centro de Segurança de Automóveis de WASHINGTON, desde 73, mais de 300 mortes em acidentes de veículos com tanques laterais. Considera auspiciosa a ampliação da responsabilidade civil “dos fornecedores e distribuidores de peças de veículos”, reportando-se ao caso de jovem de 19 anos, morta em decorrência de colisão de seu veículo estacionado, “por motorista embriagado, a 110 quilômetros/hora”. “O tanque do carro da vítima explodiu, porque foi perfurado pelas pontas afiadas de parafusos existentes (...). Indenização de *100 milhões de dólares*. Lembra, ainda, o civilista, caso por nós julgado, na 40ª Vara Cível, “do defeito de fabricação, onde, por causa de choque do veículo com uma pilastra, houve estilhaçamento

do pára-brisa, CUJOS FRAGMENTOS CORTANTES ATINGIRAM OS OLHOS DE PROMISSOR ADVOGADO, acarretando-lhe a cegueira total (...)”. O colendo STJ confirmou acórdão do E. TACível, reformando nossa sentença, dando pela IMPROCEDÊNCIA DO PLEITO, salvo da condenação o fabricante do veículo. (JSTJ e TRT, Lex 22/88 - 97). Levou-se em conta, objetivamente, o fato do CONTRAN informar que aquele tipo de vidro perigoso não era proibido. **AGUIAR DIAS** comentou o desacerto da solução final da justiça (Informativo Adv - Coad, nº 20/91, p. 207). Menciona **ANTONIO CHAVES**:

“O voto do príncipe de nossos especialistas, nessa matéria, seria no sentido de reconhecer que o responsável, isto é, aquele que teve a melhor e verdadeira oportunidade *de acordo com a Teoria da Causalidade Adequada* de evitar o dano, foi o fabricante, *que não previu como devia prever* a falta de resistência e ofensividade do vidro de pára-brisas - Dr. **ANTONIO CHAVES** *in* Coad - Adv, Seleções Jurídicas - julho - 94, pp. 20/22).

7º) Cumpre reafirmar que a *crux* dos estudiosos do dano moral é a *quantificação discricionária pelo magistrado*, ônus insuportável a que é submetido, pela omissão de leis expressas, de modo que, a cada causa resolvida, parece alertado o julgador da sabedoria daquelas letras sagradas: “não julgueis, para não serdes julgado”.

8º) Os últimos julgados conhecidos dão uma idéia da síntese acima:

a) “R. C. Dano Moral. Inclusão de cliente na lista de emitente de cheques sem fundo (...). Dano Moral fixado em 300 s. m.. Por outro lado, o pedido do autor de condenação do réu a 36 vezes o seu salário não encontra ressonância na jurisprudência”(STJ - A.I.145.354-RJ - rel. Mim. **EDUARDO RIBEIRO** - *in* DJN, 20.06.97. p. 28.686).

b) “Dano Moral. Fixação. É de repudiar-se a pretensão em que postulam exorbitâncias com arrimo no dano moral, que não tem por escopo favorecer o enriquecimento indevido” (STJ - Ag. Rg. no Ag. 108.923-0- SP - rel. Mim. **SALVIO DE FIGUEIREDO**, 4ª T. , un., agravo improvido - Julg. 24.09.96 - Boletim nº 17, STJ, de 14.11.96, p. 17).

c) “Turismo. Péssima qualidade de serviços, com extravio de uma mala (...)”. Condenação no valor de 200 salários mínimos - TJRJ - 7ª C. un. - Ap. Civ. 3913/97, rel. **Des. PESTANA DE AGUIAR**, J. 30.09.97 (*in* J. Commercio, 14.03.98, p. B-7).

d) “Valor da causa. Em ação de indenização por dano moral, o valor da causa não encontra parâmetros no elenco do art. 259, mas no disposto

no art. 258 do CPC” (STJ - R. Esp. 80.501/RI - rel. Mim. WALDEMAR ZVEITER - J. 25.11.97 - 3ª T., un., in DJU, 25.02.98 p. 68).

e) “Dano Moral (...). Defesa alegando verdade a respeito do ofendido. Ofensa à honra (...). Aquilo que é contrário à dignidade da pessoa deve permanecer em segredo, segredo que entra no campo da privacidade. Quantificação da indenização à luz dos arts. 49 e segs. do Código Penal. Inadmissibilidade disto porque a analogia pressupõe similitude de espécies, que não há” (STJ - A.I. 155.414 - 97 - SP - rel. Mim. **SALVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA**, J. em 16.10.97 in DJU, 30.10.97, p. 55.379).

f) “Dano moral. Agressão (“tapas”), praticada pela ré à autora, empregada de sua empresa. Fato ocorrido, em face da confirmação, como notícia a prova de que a agredida mantinha relacionamento amoroso com o companheiro da agressora. Circunstância atenuante da gravidade da conduta. Repercussão na estimativa do reconhecimento. Apelo da demandada, provido o recurso, para afastar a indenização sob esse tópico” (TJSP - 5ª Câm. - Ap. Civ. 3985 - 4/0 - 00 - SP - rel. **Des. MARCUS ANDRADE**, j. 05/02/98 - un. - in ementa 13, Bol. AASP - nº 2055, p. 122);

g) “Dano moral. Alegação genérica de violação. Impossibilidade. A reparação do dano moral não comporta pedido genérico sem especificação concreta do direito da personalidade violado. Já o valor pode ser deixado ao prudente arbítrio do Juiz, *ex vi* do artigo 1553 C. Civ.. Indeferimento da inicial mantido” (TACIV SP - 2ª T. - 10ª C. - Ap. 499.157 - rel. **Juiz SOARES LEVADA**, fis. 29.10.97, Bol. 2052, AASP, de 27.04. a 03.05.98, p. 2).

h) “Surfista propõe ação contra fabricante de refrigerante por ter utilizado sua imagem em propaganda. O TJRJ reduziu a indenização a 200 Salários Mínimos (R\$ 24 mil)”. (In Gazeta Mercantil, 10-06-97, p. A-12).

i) “R.C. de banco. Dano Moral. Extravio de talão de cheques. Remessa pelo correio (...). Uso de talonário por terceiro. Fixação da verba indenizatória em 300 Salários Mínimos” (TJRJ - 4ª C., Ap. Civ. 8.457/97 - rel. **Des. PIMENTEL MARQUES** - un. - J. Com. 10.06.98, p.B-9).

j) Recente ementário do TJ (J.Com. 17-06-98, p. B-9) consigna reparação por *dano moral* puro, cumulativo com perdas e danos, em casos de “tentativa de homicídio, causando incapacidade laborativa e condenação (coisa julgada).” (Ap. Civ. 7620/97, 6ª C. un., j. em 24.03.98 - rel. **Des. JOSÉ AFFONSO RONDEAU**) e “Dano moral cumulativo com patrimonial, decorrente da responsabilidade dos pais, por lesões corporais causadas por menor ininputável, provocando traumatismo craniano e perda de olfato”

(Ap. Civ. 7.544/97, 8ª C., un., j. em 17-02-98, **Des. CÁSSIA MEDEIROS**.

9º) Notável, na história de Roma, como ensina **ROBERTO LYRA**, em seus *Coms. ao Código Penal*, 3ª ed., Forense - 1958, vol. II, nº 33, pp. 246/247:

“O romano **NERÁCIO** passeava pelas ruas de Roma, acompanhado de um escravo, encarregado de pagar a *taxa legal pelas bofetadas que se divertia em vibrar nos transeuntes*. Durante a guerra peninsular, um oficial do exército inglês costumava penetrar a cavalo numa feira de Coimbra, quebrando com chicote os objetos de barro em exposição e ganhando a impunidade pela indenização”.

Estes *abusos* históricos apenas, confirmam que **NENHUMA LESÃO** ao patrimônio anímico ou material do cidadão, como diz a Constituição da República, pode ser excluída da apreciação e reprimenda pelo Poder Judiciário. ◆

O Novo ITR e a Vedação Constitucional do Confisco

ERNANI DE PAIVA SIMÕES
Advogado

A recente Lei 9.393, de 19/12/1996 (Dispõe sobre o Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR, sobre pagamento da dívida representada por Títulos da Dívida Agrária, e dá outras providências) surpreendeu a opinião pública pela disposição revelada pelo Congresso Nacional em utilizar o ITR como arma de política econômica e social.

A lei anterior (Lei 8847, de 28/1/1994), ora quase que totalmente revogada, fora, por força da pressão dos parlamentares fazendeiros, extremamente benevolente no tocante ao nível da tributação, estabelecendo alíquota máxima de 4,5% sobre o valor da terra nua (VTN) das grandes propriedades rurais, em função da utilização efetiva da área aproveitável e de sua localização, conforme as Tabelas a ela anexas (Tabela I - Geral - Tabela II - Municípios do Polígono da Seca e da Amazônia Oriental e Tabela III - Municípios da Amazônia Ocidental e do Pantanal Matogrossense e Sul Matogrossense).

O lançamento do ITR era efetuado de ofício, com base nas informações fornecidas pelos contribuintes, inscritas no Cadastro Fiscal de Imóveis Rurais - CAFIR, da Secretaria da Receita Federal, quase sempre subavaliadas.

A benevolência da tributação e a ausência de pessoal fiscalizador da SRF, preocupado com a receita de outros impostos formadores da caixa da União, significara a não disponibilidade do ITR para efeito de política agrária, em país dominado pelo latifúndio improdutivo, principalmente nos estados formadores da Amazônia, do Pantanal Matogrossense e do centro-oeste.

A nova lei retoma a orientação consagrada no Estatuto da Terra (Lei nº 4.504, de 30/11/1964), ao tempo do Governo do Presidente Castelo Branco, e que não teria seguimento nas posteriores administrações federais, demasiadamente preocupadas com os problemas industriais e urbanos.

No Estatuto da Terra já se estabelecera que a propriedade da terra deveria desempenhar função social, procurando harmonizar os interesses

dos proprietários e dos trabalhadores, alcançar melhores índices de produtividade e a conservação dos recursos naturais.

Trinta anos passados, desde o advento da lei nº 4.504, de 30/11/1964, pouco se fizera, portanto, no país no sentido de melhorar as relações de produção no campo. Agravara-se o problema com a existência de milhares de trabalhadores sem terra, que se organizaram politicamente para pressionar o Governo Federal, exigindo modificações na política e na legislação agrária, timidamente ensaiada com a Lei nº 8.847, de 28/1/1994 (Governo Itamar Franco) e robustecida com desapropriações para assentamento de trabalhadores, em proporção inusitada, no quadriênio do atual Presidente da República.

A nova lei 9.393, de 19/12/1996, inova ao estabelecer que o valor da terra nua - VTN - sobre o qual incidirá, a partir de janeiro de 1997, o novo ITR, será considerado auto-avaliação da terra, válida, portanto, em caso de desapropriação por interesse social.

O sistema de informações cadastrais, prestadas à Secretaria da Receita Federal pelos proprietários, titulares do domínio útil, ou posseiros a qualquer título, através do DIAC - Documento de Informação e Atualização Cadastral, já constante da legislação anterior, é agora modificado.

O contribuinte entregará, a cada ano, o Documento de Informação e Apuração do ITR - DIAT, nele declarando o valor da terra nua - VTN, correspondente ao imóvel, o qual deverá refletir o preço de mercado, apurado em cada início de ano.

Em surpreendente inovação legislativa, estabelece o novo diploma o duplo efeito do valor declarado pelo proprietário, titular do domínio útil ou possuidor a qualquer tipo do imóvel rural: para fins de cálculo do imposto e como valor básico para desapropriação, por tratar-se de auto-avaliação do contribuinte.

Atribui-se a esse último, além de declarar esse valor de mercado (auto-avaliação da terra nua), a auto-apuração e o pagamento do imposto, à base da Tabela de Alíquotas constante em anexo à nova lei. Em caso de subavaliação ou de prestação de informações inexatas, a Secretaria da Receita Federal procederá a lançamento de ofício.

A tabela tripla da Lei nº 8.847, de 28/1/1994, é agora unificada, fixando-se as alíquotas em função do grau de utilização do imóvel, independentemente de sua localização.

O valor da terra nua continua a ser apurado, como na legislação

anterior, excluindo-se os valores relativos a: a) construções, instalações e benfeitorias; b) culturas permanentes e temporárias; c) pastagens cultivadas e melhoradas; d) florestas plantadas.

As alíquotas do imposto são semelhantes às das Tabelas da Lei nº 8.847/94, variando de 1 a 8,6% exceto no tocante às áreas acima de 5.000 hectares (cerca de 1.033 alqueires mineiros de 48.400 m²) com grau de utilização até 30%, que são tributadas à impressionante alíquota de 20%, notando-se que a máxima anterior era de 4,5% (Lei 8.847, de 28/1/1994).

A classificação da grande propriedade (na lei anterior, na tabela tripla, acima de 15.000, 24.000 e 48.000 hectares) unifica-se, independentemente de sua localização, e reduz-se substancialmente para 5.000 hectares.

Os grandes proprietários de terras não cultivadas, surpreendidos com tal índice de tributação, encontram-se, pois, em encruzilhada: ou desmembram seus latifúndios para alcançar nível menor de tributação, alienando parte das terras, ou terão, mantido o grau de sub-utilização, de pagar em apenas 5 anos (5 x 20% = 100%) o valor real de sua propriedade sub-utilizada (terra nua).

Já não estamos, pois, no sistema prevalecente até 31/12/1996, em que o proprietário sugeria à SRF valor módico para efeito de lançamento do imposto, depois consideravelmente elevado pela avaliação judicial, em caso de desapropriação por interesse social, em virtude do mandamento constitucional da **justa indenização** (artigo 184 *caput* da Constituição Federal).

Informações que correm pelo interior do país indicam que os proprietários dos grandes latifúndios ingressarão em juízo contra as disposições da Lei nº 9.393/96, por verem na super-tributação da Tabela Única características de confisco, vedado pela Constituição Federal (artigo 150-IV).

Analisaremos, pois, à luz da doutrina e da jurisprudência, se a nova tributação se enquadra na categoria acima, para o fim de sua vedação pela regra constitucional supracitada (artigo 150-IV da Lei Magna).

Examinando o texto constitucional, vemos que, entre os direitos fundamentais, se encontra o de propriedade (artigo 5º, inciso XXII) notando-se, porém, que os incisos seguintes estabelecem a sua função social e a permissão para a desapropriação mediante justa e prévia indenização, em dinheiro - regra geral (artigo 5º, inciso XXIV) - ou em títulos da Dívida Agrária, em ocorrendo interesse social (artigo 184 da Constituição Federal).

No artigo 170 volta o legislador constitucional a acentuar os princípios de respeito à propriedade privada (artigo 170 - II) e sua função social

(170-III) normas de aplicabilidade imediata (eficácia plena), como o ensina José Afonso da Silva em seu *Curso de Direito Constitucional Positivo*¹.

O conceito de confisco, segundo a unanimidade da doutrina, é de difícil caracterização², notando-se que a generalidade da doutrina e as decisões jurisprudenciais não nos fornecem subsídios claros, capazes de definir os contornos aritméticos da vedação constitucional. Nesse particular, estamos em toda a parte, na presença de casuísmos jurisprudenciais, que não permitem a elaboração de regra unívoca.

Segundo Antonio Roberto Sampaio Dória³, em tentativa de interpretação aplicada à generalidade das hipóteses,

*“o poder tributário, legítimo, se desnatura em confisco, vedado quando o imposto absorve **substancial** parcela da propriedade ou a **totalidade** da renda”.*

Todavia o conceito de **substancial** não fica numericamente esclarecido.

Já Ives Gandra da Silva Martins⁴ entende que confisco

“é a forma clássica de desrespeito à capacidade contributiva”

vinculando, pois, a vedação do artigo 150-IV ao mandamento constitucional do artigo 145 § 1º (capacidade contributiva).

Não há, assim, fórmula expressa que defina numericamente o que se deva entender por **confisco**, expressão também usada nas constituições de 1946 e 1967, não vinculada, porém, à matéria tributária.

Na doutrina estrangeira não há, outrossim, um entendimento pacífico do que se deva entender por tributos confiscatórios, como no pensamento de Rafael Bielsa⁵:

¹ José Afonso da Silva - *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Ed. Revista dos Tribunais, 5ª edição, pg. 250.

² Antonio Roberto Sampaio Dória - *Direito Constitucional Tributário e “due process of law”*, Ed. Forense, RJ, 1986, pg. 195.

³ Antonio Roberto Sampaio Dória - obra citada, pg. 196.

⁴ Ives Gandra da Silva Martins - *Sistema Tributário na Constituição de 1988*, Ed. Saraiva, pg. 76.

⁵ Rafael Bielsa - *Estudios de Derecho Publico* - Ed. Depalma, Buenos Aires, 1951, vol. II, pg. 93.

“... é confiscatório, em nossa opinião, o ato que em virtude de uma obrigação fiscal determina uma injusta transferência patrimonial”.

Note-se que, tanto no direito norte-americano como no europeu e no japonês, foi necessário, por ocasião das grandes guerras do Século XX e para atender à crise econômico-financeira do início da década de 1930/1940, impor gravames cada vez mais elevados, tanto para atender a gastos extraordinários como para propiciar mudanças na conjuntura mediante uso extra-fiscal do Tributo (Vide sobre Tributação Extrafiscal e a Tributação como arma de Reforma Social, Aliomar Baleeiro, *Uma Introdução à Ciência das Finanças*)⁶.

Sobre o desenvolvimento das técnicas fiscais e os defeitos políticos, econômicos e éticos dos excessos de tributação, nos E.E.U.U. e no mundo ocidental, vide o clássico *Essays in Taxation* de Edwin R. A. Seligman, Augustus M. Kelley - Publishers - New York 1969⁷.

Curiosamente, decisões da Suprema Corte argentina, relatadas por Dino Jarach⁸, Giuliani Fonrouge⁹ e Antonio Roberto Sampaio Dória¹⁰ consideraram, no regime anterior à reforma constitucional peronista de 1949, como confiscatórios, impostos excedentes a 33% da renda de imóveis rurais.

As decisões da Suprema Corte argentina não justificam, porém, a adoção da alíquota de 33%, voltando-se a casuísmo em matéria tão problemática.

Na verdade o conceito de confisco, ligado à dimensão das alíquotas, não tem tratamento uniforme em nosso direito.

No caso do imposto de importação, no período post 1945, em que se adotou o modelo econômico da substituição de importações através do uso imoderado e protecionista das alíquotas aduaneiras, foi comum a imposição de gravames superiores a 100% sobre o valor dos bens importados.

⁶ **Aliomar Baleeiro** - *Uma Introdução à Ciência das Finanças* - Forense 14ª edição revista e atualizada por Flávio Bauer Novelli, pgs. 176 a 182.

⁷ **Edwin R. A. Seligman** - *Essays in Taxation*, New York 1969 - Augustus M. Kelley Publishers.

⁸ **Dino Jarach** - *Finanzas Publicas y Derecho Tributario* - Editorial Cangallo - Buenos Aires - pgs. 328 a 334.

⁹ **Giuliani Fonrouge** - *Derecho Financiero*, Ed. Depalma, Buenos Aires, pgs. 293 a 295.

¹⁰ **Antonio Roberto Sampaio Dória** - Obra citada, pg. 196.

O mesmo ocorria e ainda ocorre no caso do IPI, no tocante à tributação de cigarros, bebidas alcoólicas e bens de caráter suntuário, ora para formação de receitas, ora como desestímulo ao seu consumo.

No início de 1970, tempos do milagre econômico até o primeiro choque do petróleo (1974), as alíquotas progressivas do imposto de renda das pessoas físicas, hoje limitadas a 25%, elevaram-se a 55 e 60%, tributando pesadamente rendimentos do trabalho, desestimulando-se esse último em benefício do lazer.

No Estado do Rio de Janeiro é célebre a controvérsia a respeito da interpretação dos § 2º e 3º do artigo 57 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Estadual, os quais estabeleciam multas não inferiores a 200%, para o caso de simples ausência de recolhimento, e de 500%, no caso de omissão dolosa (não lançamento na escrituração fiscal).

A própria Secretaria da Fazenda do Estado, preocupada com a revogação expressa dos textos da lei ordinária, que prescreviam penas menos severas para os comportamentos dos contribuintes, solicitou à Procuradoria do Estado a propositura de ação direta de inconstitucionalidade, em 19/7/1991, no sentido de que a Suprema Corte afastasse aqueles dispositivos da Lei Magna estadual, por configurarem forma de confisco, vedada constitucionalmente. A inconstitucionalidade dessas multas confiscatórias foi então, declarada pelo Supremo Tribunal Federal.

Na verdade, no dizer de Sacha Calmon Navarro Coelho¹¹

“quando o montante do tributo é tal que consome a renda ou a propriedade, os proprietários perdem ou tendem a desfazer-se de seus bens”.

No caso em tela a imposição era até pouco inteligente, porque penalidade acima de 5 vezes o valor do imposto significa o não cumprimento da obrigação tributária, pela provável insolvência do contribuinte, alienação ou fechamento irregular de seu empreendimento.

Por outro lado, punir com 200% de multa o empresário que escriturara o ICMS devido, mas não o recolhera por dificuldades financeiras, significa-

¹¹ Sacha Calmon Navarro Coelho - *Comentários à Constituição de 1988 - Sistema Tributário* - 6ª edição - Ed. Forense, pg. 332.

va aniquilar o empreendimento de contribuinte não doloso, certamente às voltas com dificuldades financeiras conjunturais, situação comum no país.

No caso presente não vemos, porém, como acoimar de inconstitucional imposto sobre terras improdutivas, que em 5 anos signifique o exaurimento do ativo do contribuinte, eis que este sempre terá a possibilidade de desfazer-se de parte da área, recaindo em alíquota mais razoável (8,6%). O desmembramento dos grandes latifúndios improdutivos é a clara intenção do legislador, em cumprimento a mandamento constitucional (artigo 153, § 4º da Lei Magna).

Diante do texto constitucional que abriga o uso social da propriedade, entendemos, assim, que não há confisco em tal volume de tributação.

Cabe agora voltar a aludir à disposição do artigo 8º § 2º da Lei nº 9.393, de 19/12/1996, quando considera auto-avaliação a preço de mercado (e portanto para fins de desapropriação) o valor da terra nua, adotado pelo contribuinte para fins de auto-tributação.

Trata-se de presunção legal, a nosso ver *juris tantum* (e não *juris et de jure*, como por certo o pretende o legislador) que poderá ser ilidida pelo contribuinte, em caso de desapropriação, em razão da regra constitucional do justo preço, desde que provado erro material na auto-apuração do imposto, ou fato relevante majorador do preço do imóvel, após sua auto-avaliação.

É que o artigo 5º da Constituição Federal nos leva à regra da comutatividade nas relações entre o Fisco e o contribuinte.

Se, pois, a SRF pode impugnar o valor apurado pelo contribuinte em sua avaliação, nada pode impedir que o mesmo ocorra, em relação ao contribuinte, em caso de ocorrência superveniente que possa, após a auto-avaliação de janeiro, elevar o valor da terra desapropriada por interesse social.

Tanto assim é que a recente Instrução Normativa nº 68, de 01/09/1997, já faculta ao contribuinte apresentar declaração retificadora para ajustar informações anteriormente prestadas (artigo 13, parágrafo único), revogando a Instrução Normativa anterior, nº 48, de 21/05/1997. ◆

Inatividade da Sociedade Comercial

JOAQUIM ANTONIO VIZEU PENALVA SANTOS

Desembargador aposentado do TJRJ. Coordenador do

Curso de Direito Comercial da EMERJ

A nova Lei nº 8.934 de 18 de novembro de 1994 concernente ao registro de comércio trouxe várias novidades no que diz respeito ao assunto, a principiar pelo próprio nome, hoje designado por *registro de empresas*, abrangente, não só das sociedades comerciais, como as chamadas despersonalizadas, a exemplo do grupo de sociedades e consórcios regidos pela Lei nº 6.404 de 1976.

Em suma: o registro abrange um espectro mais amplo, a compreender as empresas no sentido genérico, e até certas sociedades civis como a cooperativa, cujo registro se faz na Junta de Comércio.

Introduziu, ademais, a nova lei a figura da *inatividade da sociedade*, cujos contornos acham-se contidos nos arts. 59 e 60 da referida Lei nº 8.934 de 1994.

Sociedade Comercial por Tempo Determinado - O art. 59 da citada lei dispõe que, expirado o prazo de vigência da sociedade celebrada por tempo determinado, esta perderá a proteção de seu nome empresarial, o que significa a perda do uso do nome comercial, isto é, a firma, a razão social ou a denominação, conforme se trate de sociedade de pessoas ou de capitais.

A capitulação do dispositivo leva a uma série de perquirições, entre as quais as seguintes: o que ocorre com a atividade da sociedade? passa esta a ser uma sociedade irregular? e os seus atos constitutivos?

Tais problemas exigem uma solução, ou pelo menos uma explicação plausível para a mesma.

Suponhamos que a sociedade não cumpriu as exigências da Junta Comercial v.g., a respeito da regularização de seus atos constitutivos, no prazo fixado na lei, e outra sociedade requeira na Junta o registro de nome comercial idêntico ao da primeira sociedade, como se resolverá o problema?

Todas essas perquirições envolvem a interpretação do art. 60 da Lei nº 8.934/94, cuja redação estabelece o prazo de dez (10) anos consecutivos para a sociedade que deixou de tomar as providências necessárias à regularização de seus atos constitutivos, provar à Junta Comercial a sua intenção de se manter em regular funcionamento.

Duas soluções, então, podem sobrevir:

a) a sociedade se mostra omissa, deixando de dar ciência à Junta Comercial a respeito de sua reativação, e, nesse caso, esta promoverá o cancelamento do registro da sociedade, com a perda automática de seu nome comercial, logo, na forma do disposto no § 1º do art. 60 da citada lei, cancela-se o registro da sociedade, na Junta Comercial, sendo a perda automática da proteção do nome comercial uma consequência da decretação da inatividade da sociedade;

b) a sociedade manifesta o desejo de cumprir a exigência contida na intimação direta ou por edital, para os fins do referido art. 60, e, nessa hipótese, não lhe poderá ser imposta a penalidade aludida, consoante dispõe o § 2º do mesmo artigo 60, desde que, evidentemente, atendida no prazo, a exigência formulada.

A Junta Comercial terá o prazo de dez (10) dias para comunicar às autoridades arrecadoras, para os fins previstos na lei fiscal, no caso referido na letra **a**, acima mencionada (§ 3º).

Reativação da Sociedade Inativa - Na aplicação do contido na letra **b** acima, faculta o § 4º do mesmo art. 60, à sociedade em vias de desativação, requerer a sua reativação, mediante nova constituição, expressão não muito adequada, por se tratar de renovação ou repetição do ato, caso o prazo já se expirara, como se se tratasse de nova constituição da sociedade, insuscetível de convalidação.

Na hipótese de o prazo ainda não se ter expirado, bastaria o pedido de prorrogação do ato, em atendimento às exigências da Junta Comercial.

Se, porventura, transcorrido *in albis* o prazo, caso nova sociedade obtenha, nesse interregno, o registro do mesmo nome comercial, o pedido feito pela sociedade antiga não poderá ter eficácia retroativa, em prejuízo da nova sociedade, pelo que prevalece o registro levado a efeito por esta efetivado.

Significado do Vocábulo Inatividade - A acepção do vocábulo significa a extinção da vida ativa regular da sociedade comercial, pois, para nós não pode existir extinção provisória ou inatividade temporária, logo, a inatividade da sociedade traz consequências muito graves em relação à própria sociedade, aos sócios e a terceiros.

Transcorridos os dez anos, o novo titular do nome comercial gozará de todos os direitos a ele atinentes que a lei lhe assegura.

A respeito do assunto, o ilustre Professor José Edwaldo Tavares Borba, na obra **Direito Societário**, 4ª ed, p.75, nota 1, ed. Freitas Bastos, assevera

que o legislador estabeleceu no caso, uma presunção *iuris tantum*, que, ao se considerar a sociedade inativa, tal fato tem a característica de sanção, como a perda da proteção ao nome comercial.

A lição do mestre é correta, apenas não se pode deixar de observar que o cancelamento do registro da sociedade, nos termos da lei traz graves conseqüências, tanto assim que a disposição do § 4º do art. 60, ao referir-se à reativação da empresa exige a obediência aos mesmos procedimentos que os exigidos para a sua constituição.

De outro lado, concordamos com o douto professor em que, provada a boa fé da sociedade, ou se tiver ocorrido alguma falha sanável, estando a sociedade em plena atividade, tal reativação é possível.

Contudo, transcorrido o prazo fatal, na omissão da sociedade mercantil, os atos constitutivos hão de repetir-se de forma inapelável, assegurados, entretanto, os direitos concedidos ao terceiro, eventual adquirente do nome empresarial, no interregno do prazo estabelecido na lei, no caso de omissão de seu exercício pelo titular da empresa faltosa.

Cumpra, ainda, atentar-se para o fato de que a disposição dos arts. 59 e 60 da Lei nº 8.934/94 tem por objetivo o abandono da empresa, pelo não exercício da atividade empresarial, pois é a sua defesa que o legislador visou proteger, sobretudo quando terceiro interessado requerer o reconhecimento dessa atividade em seu favor, logrando conquistar o nome empresarial, em face do total abandono pelo omisso empresário.

Interpretação contida no Decreto nº 1.800, de 30 de janeiro de 1996, que regulamentou a Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994 - O art. 72 do referido Decreto estatui a seguinte disposição:

“A firma mercantil individual ou sociedade mercantil cujo ato tenha sido objeto de decisão de cancelamento do registro providenciará, no prazo de trinta (30) dias a sua retificação, se o vício for sanável, sob pena de desarquivamento do ato pela Junta Comercial, no dia seguinte ao do vencimento do prazo”.

O art. 73 do mesmo Decreto admitiu que:

“Os recursos previstos neste Regulamento não suspendem os efeitos da decisão a que se referem”.

A exegese dos dispositivos acima referidos induz à conclusão de que o transcurso *in albis* do prazo citado, de trinta (30) dias leva inexoravelmente ao *cancelamento do registro*, mediante decisão da Junta Comercial, fato que leva à conclusão do término do caráter regular da sociedade, passando a mesma a se caracterizar como sociedade irregular, cujos atos constitutivos não se encontram devida e regularmente registrados na Junta Comercial.

No caso presente, mais grave é a conseqüência relativa à perda do direito de utilização do nome comercial.

Daí podem surgir dois caminhos, a seguir analisados:

a) outra sociedade, nesse meio termo, requereu e obteve o registro do mesmo nome comercial;

b) nenhuma outra firma pediu o registro do mesmo nome comercial do qual decaiu a sociedade faltosa, na hipótese em que o registro permanece em aberto, sendo permitido, no futuro, a quem o desejar vir a requerê-lo.

Conclusão - O transcurso do prazo para o exercício do direito pela sociedade, conforme já enfatizamos, torna-a uma sociedade irregular, a qual passa a sofrer as seguintes restrições:

1ª) os sócios tornam-se solidária e ilimitadamente responsáveis pelas dívidas contraídas pela sociedade;

2ª) a sociedade está impedida de impetrar concordata preventiva, embora possam os respectivos credores pedir-lhe a falência, havendo, inclusive a possibilidade de apuração de crime falimentar, com relação aos livros comerciais;

3ª) no requerimento de sua falência serão os bens dos sócios solidários arrecadados, os quais irão compor outras massas, além da massa falida, às quais poderão habilitar-se os credores sociais juntamente com os credores particulares do respectivo sócio;

4ª) não podem revestir-se os livros comerciais da sociedade irregular de formalidades legais;

5ª) não podem tais sociedades requerer a falência de outra sociedade, nos termos do disposto no art. 9º, inciso III, letra **a** da Lei de Falências;

6ª) ter a forma de sociedade anônima.

Essas são as principais restrições a sofrer a sociedade considerada irregular, por se ter sido considerada inativa, por descumprimento ao capitulado nos arts.59 e 60 da Lei nº 8.934 de 1994. ♦

O Papel do Curador Especial no Processo Civil

WILSON MARQUES

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

1. No Processo de Conhecimento e no Cautelar - Ao réu citado por editais ou por hora certa, se revel, manda a lei que se dê Curador Especial (CPC, art. 9º, II, 2ª parte).

Esse Curador Especial desempenha, no processo, um papel que a lei não diz qual é.

Dúvida não há, no entanto, de que a exigência legal repousa no receio de que o revel não contestou porque a citação ficta, na verdade, não chegou ao seu conhecimento.

Há, aí, para usar expressão de Lígia Maria Bernardes, monografista da matéria, um “cerceamento de ciência” (ao revel citado fictamente), equiparável ao cerceamento da liberdade (do réu preso), um e outro a merecerem, por identidade de razões, a mesma proteção legal dispensada ao incapaz, desprovido de representante, ou portador de interesses conflitantes com os desse representante (CPC, art. 9º, I).

Em suma, nos três casos, o fim visado pela lei é o mesmo: a proteção do incapaz e a daqueles que, para os fins em vista, a ele estão equiparados: o preso e o revel citado por editais ou hora certa.

Ora, se, no caso de incapacidade, o Curador Especial vai ocupar a posição do representante legal do incapaz, que não o tem, ou que o tem, mas sem condições para o exercício da função, porque é que, nos outros casos, a este legalmente equiparados (o do réu preso e o do revel citado por editais ou hora certa), diverso haveria de ser o papel que lhe caberia desempenhar, no processo?

Nessa linha de raciocínio, impende reconhecer que, substancialmente, o que ocorre, no processo, com a intervenção do Curador Especial, nos casos previstos em lei, não é, senão, intervenção da própria parte, representada pelo Curador Especial.

Da premissa tiram-se importantes conclusões:

a) Como a contestação pode ser oferecida pelo réu (CPC, arts. 297 e 300), não pode oferecê-la, em nome próprio, o Curador Especial, que réu não é.

b) Também não pode oferecê-la, representado por seu Curador Especial, o próprio réu, revel, citado por editais ou hora certa, exatamente por ser revel, ou seja, porque já perdeu o prazo de que dispunha para contestar.

Aliás, seria ilogismo desconcertante considerar-se revel o demandado, que não contestou a ação, e, depois, admitir-se que outrem conteste por ele.

De resto, soa como contrasenso e fere os princípios de direito admitir-se que o réu diligente só disponha de um prazo para resposta, enquanto que o omissor (edital e hora certa) venha a dispor de dois; e mais: que aquele tenha o ônus da impugnação de cada fato, enquanto que o desidioso possa fazê-lo por negação geral.

Portanto:

a) Em nenhum caso, o Curador Especial pode apresentar contestação, em nome próprio.

b) Também em nenhum caso, o réu revel pode apresentar contestação, representado por Curador Especial.

c) Não estão impedidos de contestar, representados por Curador Especial, o réu incapaz e o réu preso, não revéis.

Estabelecido que o Curador Especial não pode apresentar contestação, e interpretada a contestação, por negação geral, que venha a oferecer, como mera intervenção do revel, por ele - Curador - representado, é evidente que tal intervenção não pode ter o condão de arrear os efeitos já produzidos pela revelia, dentre os quais ocupam posição de destaque a presunção de veracidade dos fatos narrados na inicial e o julgamento antecipado da lide.

Assim não fosse e o art. 320 do CPC decerto diria o que não diz: que a revelia não produz a *ficta confessio*, não só nos três casos, ali contemplados, como, também, no de revelia dos citados por editais ou hora certa.

Na sustentação de tese em sentido contrário, costuma-se dizer que, sendo de quem contesta o ônus da impugnação especificada dos fatos narrados na inicial, se o Curador Especial não pudesse contestar, o parágrafo único do art. 302 do CPC não teria estabelecido que:

“Esta regra, quanto ao ônus da impugnação especificada dos fatos, não se aplica ao advogado dativo, ao curador especial e ao órgão do Ministério Público”.

O argumento prova demais.

Se é para interpretar o dispositivo literalmente, então é preciso dizer que o advogado dativo e o órgão do Ministério Público, aos quais o citado parágrafo único também se refere, podem, a exemplo do Curador Especial, contestar, por si mesmos, em nome próprio.

A conclusão, evidentemente despropositada, serve para revelar, com muita nitidez, o desacerto da interpretação literal.

Mas, se é para dar preferência à interpretação lógica, teleológica, finalística e sistemática, como é da boa hermenêutica, o dispositivo fará sentido se lido com o acréscimo indispensável: “Esta regra, quanto ao ônus da impugnação especificada dos fatos, não se aplica à parte *representada* por advogado dativo, curador especial e órgão do Ministério Público”.

Tira-se, daí, a conclusão de que, representado por Curador Especial, o réu, se não for revel, (v.g. o preso, o incapaz), poderá contestar, “por negação geral”, ou, o que é dizer o mesmo, poderá fazê-lo, aliviado do ônus da impugnação especificada, não significando tal fato, no entanto, de modo algum, que também possam fazê-lo, com ou sem o alívio, o Curador Especial, em nome próprio, ou o revel, por ele representado.

2. No Processo de Execução - O art. 9º do CPC, como já se assinalou, manda o juiz dar Curador Especial ao revel citado por edital ou hora certa (inciso II, 2ª parte).

Em sede doutrinária, o conceito de revelia é bastante polêmico, havendo quem a identifique com a contumácia, vendo, numa e noutra, o descumprimento, por qualquer das partes, do ônus de atuar ou de comparecer no processo.

Outros entendem que a contumácia é gênero, do qual a revelia é uma das espécies.

Dentro dessa ótica, a revelia é a contumácia do réu.

Ao ver de outros, ainda, há entre os dois fenômenos jurídicos, relação de causa e efeito.

A contumácia é a causa. A revelia, um dos seus efeitos.

O vigente CPC não definiu a revelia, limitando-se a disciplinar os seus efeitos, a partir do art. 319, onde se diz que “se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor”.

Mas se esse efeito da revelia - o de reputarem-se verdadeiros os fatos afirmados pelo autor - resulta de uma causa - a de o réu não contestar a ação - então é porque, para o Código, revelia é falta de contestação.

Desse modo, pode-se dizer que há um conceito legal de revelia, extraído de dispositivo que regula os seus efeitos (o art. 319).

Convém insistir no ponto: de *lege lata*, revel é o réu que não apresentou contestação (arg. ex art. 319).

Ora, na execução não existe contestação.

O executado é citado para pagar (art. 652 do CPC).

Não para contestar.

Logo, se, na execução não existe contestação, também não pode existir revelia e, se não existe revelia, não pode o juiz, a pretexto de dar cumprimento ao comando do citado artigo 9º, II, nomear Curador Especial para o executado, que não é revel.

Se coubesse, na execução, nomeação de Curador Especial ao executado citado por editais ou hora certa, ele - curador -, mesmo assim, não poderia, em nome próprio, resistir à pretensão do exequente, através de embargos do devedor.

Tendo os embargos do devedor natureza jurídica de ação, para ajuizá-los o embargante precisa dispor de legitimação.

Dispõe de legitimação o afirmado titular da relação jurídica litigiosa (legitimação ordinária) e aquele a quem a lei expressamente autorizou a postular, em nome próprio, direito alheio (legitimação extraordinária).

O Curador Especial não é, nem se diz, titular da relação jurídica discutida nos autos da ação de execução.

Lei alguma o autorizou a postular, em nome próprio, direito alheio.

Logo, ele não dispõe nem de legitimação ordinária, nem de legitimação extraordinária, para propor ação de embargos de devedor, em prol do seu curatelado.

Argumenta-se, em contrário, que, sendo os embargos o único meio de defesa do executado (sic), o Curador Especial está legitimado a oferecê-los, pois, do contrário, seria inócua a sua nomeação.

Há, aí, três equívocos.

Primeiro: os embargos não são meio de defesa.

São ação, em que o executado é autor e o exequente é réu (Carnelutti, *Lezioni*, vol. I, n. 169; Liebman, *Embargos do Executado*, parágrafo 14; Amilcar de Castro, *Comentários*, v. X, p.377).

Segundo: não é fonte de legitimação o fato de o interessado dispor de um só ou de mais de um “meio de defesa”.

Terceiro: não sendo sequer cabível, a nomeação do Curador Especial, na execução, não pode ser, nem deixar de ser, inócua.

Também se costuma dizer que, havendo defesa, no processo de execução, ela só pode ser feita através de embargos de devedor, no que não haveria nenhum ilogismo porque a lei admite defesa através de ação.

Aqui, os equívocos são dois.

Primeiro: no processo de execução não existe defesa alguma, exercitável por meio de embargos de devedor, ou por outro meio qualquer (José Carlos Barbosa Moreira, *O Novo Processo Civil Brasileiro*, 6ª ed., p. 400, n.2).

Segundo: a lei não admite defesa através de ação; o que ela admite é ação com matéria de defesa, o que é coisa muito diferente.

Através dos embargos, o devedor não se defende.

Ataca.

Ou contra-ataca.

Os embargos do devedor têm a mesma natureza jurídica da reconvenção.

Não têm a da contestação.

Contestação, exceção e reconvenção são modalidades de resposta.

Mas só as duas primeiras são modalidades de defesa.

A última é resposta, mas não é defesa: é ataque, ou contra-ataque, como os embargos do devedor também o são.

Argumenta-se, por fim, que negar ao Curador Especial legitimação para opor embargos do devedor é violar os princípios maiores do contraditório, de ampla defesa e da igualdade das partes no processo.

Seria assim se, no processo de execução, houvesse contraditório, defesa e igualdade das partes.

Mas, não há.

Sobre o ponto, convém devolver a palavra a Liebman:

“A posição jurídica das partes (no processo de conhecimento e no de execução) também é diferente. Na cognição elas estão em posição de igualdade e de equilíbrio, pois não se sabe qual delas está com a razão e nada pode ser feito sem que todas elas sejam ouvidas ou possam fazer-se ouvir, de acordo com o princípio do contraditório...”

Muito pelo contrário, na execução não há mais equilíbrio entre as partes; não há contraditório... (e, portanto, defesa, ampla, ou não)” (*Processo de Execução*, Saraiva, 3ª ed., n. 18, p.38).

Concluindo e repetindo: no processo de execução não cabe nomeação de Curador Especial ao executado, que, citado, mantém-se inerte; mas, se coubesse, ele, curador, mesmo assim, não poderia opor-se à execução, em nome próprio, através de embargos de devedor.

Não se ignora que recente Súmula do Superior Tribunal de Justiça - de nº 196 - afirma o contrário, ao estabelecer que, “ao executado que, citado por edital ou por hora certa, permanecer revel, será nomeado curador especial, com legitimidade para apresentação de embargos”.

Mas, pelas razões aduzidas, respeitosamente diverge-se do verbete, desprovido de eficácia vinculativa. ◆

Protesto Silencioso...

DÉCIO XAVIER GAMA
Desembargador do TJ/RJ

O protesto, ou, de qualquer forma o ato de protestar, é realizado normalmente, com certa estridência, de forma a se tornar conhecido, não só pela pessoa contra quem se protesta, mas também por terceiras pessoas, para que haja divulgação do propósito manifestado por aquele que realiza o ato. Não se concebe protesto não propalado, ou que não chegue, pelo menos, ao conhecimento daquele a quem é dirigido o ato e mesmo de mais pessoas, de forma que a divulgação surta o efeito desejado.

Protesto de Títulos - Passando ao protesto judicial, ou ao simples protesto do título, cuja finalidade é a de manifestar uma intenção de modo formal, ou ressaltar direitos, vê-se que também aqui não se está diante de ato às escondidas ou sem divulgação. Tem o credor que dar aviso ao protestado ou intimá-lo, para que não se alegue surpresa com a providência que pode ser, ou que venha a ser tomada. Desse puro aviso ao devedor nada leva a crer que lhe possa advir dano de qualquer natureza, ao contrário do que normalmente se pensa. O motivo do protesto decorre da sua situação de possível inadimplente, ou de haver recusado o aceite do título, impondo-se a medida por força da lei cambial, para que possam ser adotadas as providências de cobrança ao alcance do credor.

Assim, o credor, passado algum tempo depois de vencido o título, vendo que já se avizinha a sua prescrição, toma a providência de *avisar* o devedor de que deseja continuar credor para receber a respectiva soma quando for possível, ou talvez, quando o devedor tiver com que pagar. Mas é sabido que a prescrição não se interrompe senão com o protesto judicial, tendo o extrajudicial em Cartório de seu registro, mais o objetivo de preservar aquele direito de regresso (art. 32 da Lei Cambial, Decreto nº 2.044, de 1908). Basicamente esse o objetivo do protesto ou da notificação, que segundo muitos, têm idêntico efeito, podendo ambos serem processados judicial ou extrajudicialmente. Esse protesto, não judicial, é que causa tanta preocupação a pessoas, ou empresas sempre atentas em manter o alto nível de conceito pessoal ou comercial.

Finalidade do Protesto - Por outro lado, na tradição legislativa brasileira o protesto tem a finalidade de preservar o direito de regresso contra o sacador e endossadores. O art. 20 da Lei Cambial (Decreto nº 2.044), de 31/12/1908, dispõe que o título deve ser apresentado ao devedor até o dia do vencimento, “ou sendo este dia feriado, no primeiro dia útil imediato, sob pena de perder o portador o direito de regresso contra o sacador, endossadores e avalistas”, cabendo a prova da apresentação com o instrumento do “protesto tirado em tempo útil e regular”(art. 32).

Também a falta ou recusa do aceite da letra se prova pelo protesto, como estipula o art. 13 da mesma lei. Outros fins reconhece a lei no protesto, como o de ensejar o requerimento da falência do devedor (art. 10 do Decreto - Lei nº 7.661/45) e até mesmo o de constituir requisito para a execução da dívida (caso do adiantamento do contrato de câmbio, art.75 da Lei nº 4.728/65).

De um modo geral, os países que adotaram a Lei Uniforme Relativa às Letras de Câmbio e Notas Promissórias, têm o protesto do título como forma de provar a sua apresentação ao devedor, bem como de constituí-lo em mora.

Em nosso sistema jurídico vem de longe a forma de se realizar o protesto através de Cartório de registro, de forma a se poder certificar, para o futuro, que esse ou aquele devedor foi ali intimado por algum credor para que cuidasse de pagar uma dívida vencida. Quem teve, oportunidade de ver títulos em cobrança em trânsito bancário internacional, já pôde observar como se realizam os protestos em alguns países que adotaram a Lei Uniforme de Genebra. O título entregue para protesto é devolvido ao apresentante, logo a seguir, com um carimbo atestando que ali esteve o credor e que manifestou o seu interesse de realizar o ato. Não se cogita de realizar qualquer tipo de registro para eventual consulta futura de quem quer que seja e nem, ao que parece, de dar aviso ao devedor. Avisado já se acha ele desde que contraiu a dívida, embora deixasse escoar o prazo sem efetuar o pagamento.

Protesto - Ato Normal - No Brasil, contudo, exige-se o instrumento de protesto, com instrumento, traslado e outras minúcias... (art. 29).

Mas é sabido e consabido que o protesto extrajudicial, que, não precisava ser tão formal a ponto de se exigirem distribuição e registros, passou, com o tempo, a servir de prova da inidoneidade do devedor, constituindo, por isto, quando indevido, um abuso do credor, que pode causar dano à vítima desse

abuso. Desnaturou-se o sentido do ato de protestar e se deu a ele outro caráter. Serve hoje o registro do protesto, por simples costume comercial, de uma espécie da Banco de Dados, para que os Bancos e outros credores tenham a listagem das pessoas a quem devem recusar créditos ou financiamentos.

Por isto mesmo, no regime, ainda, do Código de Processo Civil de 1939, começou-se a promover a sustação cautelar do protesto, mediante o requerimento do depósito, em caução, do valor do título. Ciente do aponte do título para o protesto, caracterizado com a sua mera distribuição ao Cartório de Registro, o devedor promovia o depósito e lograva suspender o protesto até o julgamento final da ação movida, para anular o débito. Essa ação haveria de ser movida no prazo de 30 dias (art. 677, do Código de 1939).

Andando o tempo, cogitou-se, depois, de ser oferecida garantia ao credor, em lugar do depósito, para evitar o protesto. Com isto deixava o devedor de realizar alto desembolso em tempos de inflação elevada, quando havia indícios fortes de o título resultara de fraude, ou fosse possível a sua anulação. A imaginação dos advogados é fértil e, caminhando-se mais, surgiram, em um ou outro caso, o oferecimento de caução fidejussória ou real em garantia, objetivando a sustação liminar do protesto.

O Protesto e o Dano Moral - Em tempos modernos, de indenização, em múltiplos casos pelo dano moral, principalmente de justo receio contra as conseqüências, do protesto, intensificaram-se as apresentações de requerimentos de sustação do protesto em lugar do simples contra-protesto. A justificar tais requerimentos cautelares estavam os casos de títulos vinculados a contratos plenos de cláusulas que podiam excluir a obrigação de pagar o título. Outra alegação dos requerentes da sustação era a de ter havido saque indevido, especialmente de duplicatas, sem base em operação de venda regular de mercadoria.

Em meio a essas justas alegações dos devedores abusou-se também de tais sustações do protesto. Ocorreu algo semelhante às abusivas contra-ordens de cheques pré-datados. Emitentes de cheques dados para “garantir” a dívida, intentaram muitos a contra-ordem, sob fundamento de pretender discutir a validade de compra e venda de mercadoria a prazo.

O Direito dos Credores - Dessa forma, credores legítimos se vêem em dificuldades ante o deferimento da sustação do protesto, porque ficam cerceados em seus direitos, especialmente, 1) o de regresso contra os endossantes e respectivos avalistas, por meio de execução (art. 13 e 32 da Lei Cambial e art. 13, § 4º da Lei nº 5.474/68, que dispõe sobre Duplicatas);

2) o de requerer a falência do devedor, para a qual deve tirar o “protesto especial instruindo o pedido com a certidão respectiva que caracteriza a impontualidade do devedor” (Art. 11, da Lei de Falências).

Em pior situação ficam os endossatários que recebem títulos em cobrança em todo País. São as duplicatas mercantis entregues, sejam em operação de desconto, sejam em mera cobrança. Em regra os endossatários para cobrança têm instruções do endossante, quando não é do seu próprio interesse a medida, de protestar o título no prazo legal, para preservar o direito de regresso, que é perentório. Pode ocorrer que, se há alegação de emissão irregular do título, o portador ou endossatário, também pode ser vítima da possível fraude.

Interessante e engenhosa é a prática que se iniciou, então, a partir desses fatos contrapostos, relacionados, de um lado, com o direito de tirar o protesto pelo credor e, de outro lado, com o justo receio do devedor de ser prejudicada a sua atividade comercial com o protesto do título. Em certo caso, em Comarca do Estado do Rio Grande do Sul, o devedor propôs a medida de sustação, não se opondo ao protesto, contudo, desde que não houvesse “publicidade” com relação ao fato. Ouvido o credor, o juiz veio a homologar o acordo pelo qual o protesto foi tirado, com aquela condição, que era o que preocupava o devedor. Surgiu, então, o protesto cognominado pelas partes de “silencioso”. Mas a publicidade do protesto consiste simplesmente no seu registro e na possibilidade de serem fornecidas certidões, que é o instrumento do protesto. Se o acordo envolveu o deferimento de sigilo para terceiros, não se sabe se esse sigilo acompanharia sempre o título e o traslado do protesto, nas medidas supervenientes, de execução, de requerimento de falência e até de ação ordinária, naturalmente em outros Juízos.

Por outro lado, o protesto é ato não judicial, que independe, portanto, de sentença ou de publicação de qualquer despacho para produzir efeito. Pela decisão na cautelar de admitir o protesto “silencioso”, não se pode dizer que o credor ficaria impedido de tomar medidas judiciais noutro Juízo com o título protestado. Tratava-se de acordo que envolvia apenas o credor para o ato, cabendo o reexame da questão por outro juízo competente para as causas que se seguirem a ele. Resta saber o que decidiu o Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul, para o qual seguiu recurso do Ministério Público, inconformado com o silêncio que recaiu sobre o protesto...

De qualquer forma foi um entendimento engenhoso que logrou obter a homologação judicial (!). ♦

A Nova Redação do Art. 557 do Código de Processo Civil

NAGIB SLAIBI FILHO

*Juiz de Direito - TJRJ. Professor - EMERJ e da
Universidade Salgado de Oliveira*

Dispõe o art. 557 do Código de Processo Civil, mercê da redação que lhe foi dada inicialmente pela Lei nº 9.139, de 30 de novembro de 1995, e depois pela recente Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, no bojo da reforma objetivando a simplificação e dinamização das leis processuais:

“Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

§ 1º A - Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

§ 1º. Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento.

§ 2º. *Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor.”*

Girando sobre o mesmo tema, com fundamento no art. 96, I, “a” da Constituição, e ampliando o poder relatorial para alcançar também a cognição de pedidos ou requerimentos, poderá o regimento interno do tribunal, como fez o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em redação inspirada pela então vigente Lei nº 9.139/95, autorizar o relator também a antecipar a tutela nas ações originárias e nos incidentes processuais autônomos, como, por exemplo, impugnações ao valor da causa e concessão de gratuidade dos serviços judiciais, incidentes de falsidade etc.

No patamar da interpretação sistemática, a procurar a inteligência legislativa ou a *mens legis* (como preferem os exegeticos exacerbados, ainda fiéis à decantada *completude do sistema jurídico*), deve ser ressaltado que a nova redação do art. 557 da lei processual é devida aos intensos esforços da comunidade jurídica - sob a denodada liderança de Ministros da Alta Corte de Direito Federal - visando agilizar e simplificar as formas procedimentais de forma a ensejar, tanto quanto possível, a efetividade do processo como pressuposto do Estado de Direito Democrático.

Não há efetividade do processo se este se arrasta como as preguiças do mato (na irada expressão de Rui Barbosa), sem qualquer utilidade ou necessidade.

E assim deve ser porque fere o senso comum e a lógica do razoável a idéia de que devesse o juiz permitir o inútil desenvolvimento do processo - em qualquer de suas fases, inclusive a recursal - se desde logo se convence do sucesso ou do insucesso do pleito.

É dever do Poder Público, por seus agentes (legislador, juiz e outros) prover ao cidadão serviço jurisdicional eficiente pois a Constituição, que os legitima, promete ao cidadão o livre e amplo acesso à Justiça.

Por isso é dever (e não faculdade) do juiz zelar pela efetividade do processo, inclusive antecipando as fases procedimentais em cada caso, tanto quanto juridicamente possível, e desde logo conhecer e resolver as questões, pois o processo é instrumento e não o fim da realização do Direito.

Temos, agora, a previsão legal de mais uma antecipação de tutela como a que já está há quase trinta anos nos arts. 329 e 330 da lei processual quanto à extinção do processo (com ou sem julgamento do mérito), no art. 130 quanto à formulação de provas, e no art. 273 quanto à antecipação ainda que parcial do próprio mérito.

Na perspectiva processual, o provimento relatorial antecipa a cognição que seria feita pelo órgão competente (como diz a lei), forçado o decisor monocrata a projetar o seu espírito no adiantamento daquilo que razoavelmente seria decidido por seus pares.

Qualquer antecipação de tutela, como é acaciano, exige previsão anterior da decisão definitiva, o que, logicamente, faz ruir eventuais limites compartimentais que entre elas pudessem existir. A cognição do relator não é uma cognição mais superficial ou menos abrangente que a cognição que faria a turma julgadora; antes, deve ser mais densa porque o *caput* do art. 557 mantém a expressão *manifestamente* e seu novo “§ 1º A” também se refere a *manifesto*.

Tais expressões exigem do aplicador do Direito a percepção, certamente só possível no caso concreto, de grau ou intensidade ou valoração do juízo tais que conduzam a, desde logo, dar acolhimento ao recurso ou lhe negar seguimento.

Se dúvida restar no espírito do relator - e isto é facilmente apurável pelos interessados no exame crítico da motivação que a Constituição exige, no art. 93, IX, para qualquer ato judicial - deverá submeter o tema à apreciação de seus pares, pois deles recebeu delegação pela lei.

Autorizando a norma legal ao relator apurar o que é *manifesto*, dele vai exigir, além da imprescindível motivação de qualquer ato judicial, que examine o caso em julgamento, sopesse os valores eventualmente em conflito, perscrute os efeitos que não são somente os processuais, mesmo porque, principalmente na jurisdição contenciosa, o processo nada mais é do que a vida em conflito.

Antes o relator podia antecipar decisões incidentais; agora, poderá fazê-lo quanto à decisão final do órgão competente. Mas deste é sempre o poder de decisão final, se provocado pelo recurso de agravo a que se refere o § 1º, caso não haja a retratação.

Se o relator pode antecipar a tutela **negando seguimento ao recurso**, pela mesma *ratio* a lei autoriza que poderá também desde logo lhe dar **provimento** quando a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, como está no novo “§ 1º A” do art. 557.

Admitem doutrina e jurisprudência que nos casos de reexame necessário (ou *duplo grau de jurisdição*, como está no art. 475) em que a sentença é subjetivamente complexa, carecendo de confirmação por outro órgão, possa o relator prover antecipadamente como se fosse o recurso referido no art. 557 *caput*.

Talvez seja desnecessário lembrar que somente é cabível o provimento antecipado se o recurso atender aos requisitos de admissibilidade (quanto aos pressupostos gerais e próprios, como legitimidade, interesse, tempestividade, preparo etc.), não se mostre prejudicado por fatos supervenientes (como, por exemplo, os referidos nos arts. 462 e 503 da lei processual) e esteja o procedimento recursal maduro para a decisão como, por exemplo, já tenha se manifestado o Ministério Público quando interveniente.

Melhor técnica legislativa seria se a hipótese de provimento do recurso, que está no § 1º do art. 557, estivesse no *caput*, porque este se refere

à negação de seguimento e aquele ao provimento: é regra geral da Técnica de Redação das Leis (Nomografia) dispor o positivo antes do negativo.

O *caput* do art. 557 refere-se à **negativa de seguimento do recurso**, desde que este se mostre *manifestamente*:

- inadmissível, não preenchendo os respectivos pressupostos;
- prejudicado, por fato superveniente à interposição (se já estava prejudicado quando da interposição, o recurso é inadmissível pela falta do objeto);

- improcedente (evidentemente não terá sucesso); e
- em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

O “§ 1º A” do art. 557 inova ao autorizar o relator a, desde logo, prover o recurso se **a decisão recorrida estiver em manifesto confronto** com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior.

Note-se a distinção: para negar seguimento ao recurso a lei se refere a orientação do **respectivo tribunal**, além do Supremo Tribunal e de Tribunal Superior; para prover o recurso só se a orientação for a ditada pelo Supremo Tribunal ou Tribunal Superior.

Em face da competência funcional que a Constituição defere aos tribunais para dispor sobre o funcionamento de seus órgãos jurisdicionais no respectivo regimento interno (art. 96, I, a), atendidas as leis processuais, não se evidencia injurídica a disposição regimental que venha conferir ao relator o poder de antecipar o provimento do recurso se a decisão recorrida confrontar com súmula ou com a jurisprudência dominante na mesma Corte.

Da Constituição os tribunais vão haurir a sua competência, pelo que prevalecem as súmulas e a jurisprudência dominante dos Tribunais nos temas próprios de sua jurisdição, atendida a prioridade da Suprema Corte em matéria constitucional, mas somente nesta.

É fácil discernir entre súmula e jurisprudência dominante: aquela tem o enunciado emitido nos termos regimentais e legais, esta expressa o entendimento ordinariamente seguido, mas que não mereceu ainda o patamar sumular.

A apuração do que é jurisprudência dominante pode oferecer óbices intransponíveis em face da natural alteração da orientação seguida pelas Cortes, embora muito facilitem as ementas de acórdão, como algumas das Seções do Superior Tribunal de Justiça, declarando tal condição.

A súmula do seu tribunal, ou de Tribunal Superior, é do conhecimento do relator, mesmo porque se diz que *a súmula é menos do que uma ordem e mais do que uma recomendação*; a jurisprudência dominante deve ser demonstrada ou ao menos indicada pelos interessados, embora ao relator reste o juízo sobre a incidência dos elementos normativos no caso em julgamento.

Da decisão relatorial antecipando a tutela caberá agravo.

O agravo é dirigido ao relator, independentemente de preparo, mas atenderá aos requisitos, inclusive formais, dos demais recursos, nos termos gerais postos nos arts. 499 e seguintes da lei processual.

Ordinariamente mostra-se desnecessária a abertura de prazo ao agravado para impugnação ou ao Ministério Público, se interveniente, salvo se o recurso evidenciar situação que assim exija para a validade do processo.

O relator poderá acolher o agravo e reconsiderar a sua decisão, mas não poderá negar seguimento a este agravo, porque o § 1º diz que, se não houver retratação, o *relator apresentará o processo em mesa*. A expressão *apresentará* constante do dispositivo legal impõe dever funcional ao relator, inviabilizando a interpretação, decorrente do mesmo art. 557, de que lhe pudesse negar seguimento.

Diferentemente do que mandava a Lei nº 9.139/95 no parágrafo único do art. 557, o relator não mais necessitará pedir dia para o julgamento do agravo - o que implicava na intimação dos advogados pelas vias referidas nos arts. 236 e 552 da lei processual - bastando agora simplesmente apresentar o feito em mesa na sessão de julgamento.

Neste aspecto, não foi feliz a nova redação legal.

Dificulta, em nome da celeridade processual, a atuação dos advogados a quem já não se permite a intervenção oral - salvo questão de ordem ou esclarecimento sobre ponto fático - no procedimento do agravo (embora o art. 554 somente mencione a modalidade do agravo de instrumento!), e que agora deverão se limitar à distribuição de memoriais aos julgadores, além do sempre penoso acompanhamento da tramitação do feito na secretaria. Mesmo assim, poderá o regimento interno especificamente admitir a defesa oral nesta modalidade de agravo, pela forma que estipular, como também poderá fazê-lo o Presidente da sessão, se assim exigir as circunstâncias do julgamento, incidentes as regras de direção do processo a que se referem o art. 125 do Código e as normas regimentais.

A disposição do § 2º do art. 557, assim como a nova redação que a Lei nº 9.668, de 23 de junho de 1998, deu ao art. 18 do Código de Processo

Civil (*o juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou*), constitui previsão de sanção e a sua aplicação não pode surpreender o sancionado, sem lhe permitir prazo razoável para se manifestar sobre a possível incidência, mormente quando o processo está no último grau da instância ordinária.

Não se extraia do mencionado § 2º interpretação que conduza à inexorabilidade de aplicação da sanção **sempre** que ao recurso se negar seguimento porque inadmissível ou infundado.

Aí temos sanção e não indenização, e somente esta admite a responsabilidade objetiva, pela simples ocorrência do fato.

A apenação somente é legítima se ocorrente situação inculpável que a decisão judicial deverá motivadamente explicitar.

Se maior confiança tivesse o legislador no juiz, não teria pré-tarifado a multa nos estreitos limites de um a dez por cento do valor corrigido da causa, pois daí certamente decorrerão flagrantes injustiças principalmente nas causas extrapatrimoniais ou em que o valor não guarde relação com o aspecto monetário.

Qualquer pena deve guardar relação adequada e proporcional com o fato. O princípio da individualização da pena tem fundamento constitucional (art. 5º, XLVI) e sua aplicação fora do campo do Direito Penal está ao menos prometida pelo § 2º do art. 5º.

Além do mais, o regime de governo é presidencialista, e os Poderes da República são independentes e autônomos, ao legislador cabe editar a norma genérica e abstrata, ao juiz dizer a norma individual e concreta.

Impossível exigir-se do legislador a minuciosa previsão de todas as hipóteses, ao juiz basta apreciar a situação fática que as partes lhe apresentam.

Socorra-se o aplicador da excepcional via de interpretação da razoabilidade que o sistema da Constituição democrática defere a todos os juízes e, fundamentadamente, pronuncie sanção equitativa, ainda que extrapolando os desarrazoados limites legais.

Melhor seria se o legislador tivesse se remetido aos critérios do art. 20, pois no arbitramento dos honorários ao advogado vencedor, o seu § 3º fala em dez a vinte por cento da **condenação** (e não do **valor da causa**), deixando ao § 4º, com forte poder de equidade, o modo de arbitramento nas demais causas.

Além da multa, a lei também condiciona a interposição de outros recursos ao depósito do respectivo valor. Seria descabelado e vulnerador do direito de recurso o eventual entendimento no sentido de condicionar o agravo contra a decisão relatorial que aplicou a multa ao depósito do valor da multa aplicada pela mesma decisão...

Em conclusão, o legislador cumpriu o seu dever ao editar as novas alterações sobre tal importante tema.

É desinfluyente discutir se a lei é boa ou ruim, como todos os atos humanos as leis têm qualidades e defeitos.

À comunidade forense (e não só aos juízes!), mais uma vez, mediante aplicação consciente e responsável da Lei, cabe a transcendental missão de ultrapassar o imenso abismo entre as disposições genéricas e abstratas e o mundo real, buscando, no caso concreto, o ideal de Justiça. ◆

Os Embargos do Devedor no Juizado Especial Cível

ROGÉRIO DE OLIVEIRA SOUZA
Juiz de Direito

1. A Lei nº 9.099, de 26.09.1995, se mostrou excessivamente tímida na regulamentação dos embargos do devedor, somente dispondo sobre o assunto em duas oportunidades: no inc. IX do art. 52, quando trata da execução de título judicial, e no § 1º do art. 53, regulando a execução de título extrajudicial. A matéria, então, restou carente de estudos doutrinários, adequação jurisprudencial e cuidados forenses em sua aplicação prática, porquanto fértil em indagações¹.

Embora a Lei dos Juizados Especiais tenha instituído um novo sistema de aplicação da Justiça, com a criação de órgãos próprios, separados da Justiça Comum, dispondo de um procedimento específico, e seu art. 2º tenha estabelecido um rol de princípios informativos norteadores do processo perante o Juizado, os artigos 52 e 53 determinaram a observância pelo processo de execução, das disposições do Código de Processo Civil², “no que couber” e “com as modificações introduzidas por esta lei”, deixando clara a distinção entre a aplicação supletiva e a aplicação subsidiária das normas processuais comuns. Desta forma, a leitura dos dispositivos referentes aos embargos do devedor devem receber atenção distinta para cada natureza de título executivo, sem perder de vista que se trata de um único meio de defesa do devedor quando se encontra sofrendo execução no Juizado Especial Cível.

2. A observação inicial a ser feita, é que a utilização dos embargos é facultativa, assim como ocorre no Juízo Cível Comum, sendo atribuído

¹ O problema não existia quando do regime da Lei revogada 7.244, de 07.11.1984, a qual, em seu art. 40, esclarecia que “a execução da sentença será processada no juízo ordinário competente”.

² C.f. Rogério de Oliveira Souza, *A Execução de Sentença no Juizado Especial Cível*, onde alerta para os perigos de aplicação indiscriminada das normas do Código de Processo Civil ao processo de execução no Juizado Especial Cível, fazendo a distinção entre a aplicação supletiva (“no que couber”) e a aplicação subsidiária (recurso ao CPC “com as modificações introduzidas por esta lei”).

inteiramente à vontade do devedor a conveniência de opor-se à investida executória do credor: decidindo pela inércia defensiva, proporcionará ao credor livre acesso ao seu patrimônio para obter a plena satisfação do direito previamente reconhecido, seja através de sentença, seja através de título executivo extrajudicial, eis que a execução prosseguirá em seus ulteriores termos (expropriação patrimonial). A omissão do devedor em valer-se dos embargos produz, ainda, o imediato trânsito em julgado da sentença (JEC, 52, inc. IV), que se encontrava sujeita à execução de forma provisória, em razão do recurso interposto ser recebido no efeito meramente devolutivo (JEC, 43)³. Em se tratando de execução de título extrajudicial, o silêncio do devedor terá o condão de tornar o título insuscetível de ataque quanto à seus requisitos formais e materiais (declarações de vontade nele veiculadas, isto é, obrigações).

3. Decidindo o devedor pela resistência à pretensão executiva do credor, imprescindível, então, que “ofereça” embargos. O oferecimento dos embargos se apresenta ao devedor de duas formas distintas, a depender do tipo de execução que se encontra sofrendo: se o título for de natureza judicial, a forma somente poderá ser a escrita, conforme dispõe o inc. IX do art. 52; ao revés, em se tratando de título extrajudicial, o devedor poderá oferecer embargos “por escrito ou verbalmente”, quando da realização da audiência de conciliação, conforme dispõe o par. 1º do art. 53. A diversidade decorre da diferença de procedimentos em razão da natureza do título que fundamenta a execução.

O art. 2º da Lei nº 9.099/95 estabelece o princípio da informalidade como norteador do processo especial. Logo, a forma escrita dos embargos não deve obedecer ao padrão rígido previsto no art. 736 do CPC (o qual, ao determinar que os mesmos sejam “autuados em apenso”, impõe a observância, a seu turno, do arcabouço previsto no art. 282 e 282 do CPC), eis que tais artigos somente deverão ser observados de forma supletiva (“no que couber”, ou seja, sem ofensa ao princípio da informalidade). Bastará, portanto, que o devedor desenvolva as razões de oposição à própria execu-

³ O efeito do recurso interposto contra a sentença no Juizado Especial Cível, em regra, é unicamente devolutivo, “podendo o Juiz dar-lhe efeito suspensivo, para evitar dano irreparável para a parte”, conforme disposto no art. 43, revelando a tendência moderna que se acentua nos sistemas legislativos processuais contemporâneos, de forma a possibilitar alguma satisfação ao credor, sem deixar o devedor, no entanto, desprotegido de eventual reforma da sentença (através, normalmente, do instituto da caução e da proibição de alienação patrimonial).

ção, ao seu valor ou sua obrigação devedora, de acordo com as alíneas “a”, “b”, “c” e “d” do inc. IX do art. 52, com a formulação de pedido, ao final, de anulação, redução ou extinção da execução.

A forma oral, a seu turno, carece ainda mais de requisitos próprios, sendo oferecida por ocasião da audiência de conciliação. Sua redução a termo deverá ser feita de forma simples, anotando-se apenas os elementos que fundamentam a oposição do devedor.

4. A legitimidade para o oferecimento dos embargos do devedor, é do próprio devedor⁴, seja esta pessoa física ou pessoa jurídica; tanto a forma escrita, quanto a forma oral, poderão ser utilizadas pelo devedor que detenha capacidade postulatória⁵, conforme previsão expressa do art. 9º da Lei, eis que o mesmo se refere a “partes”, e não apenas ao autor. A única restrição ocorre se a “causa” for de valor superior a vinte salários-mínimos, quando a assistência profissional de advogado (ou defensor público) é exigência legal. Em se tratando de oferecimento dos embargos, a “causa” mencionada no art. 9º deve ser entendida como o *valor dos embargos*⁶, pois a oposição do devedor à execução representa o bem jurídico que pretende haver ou que permaneça em seu patrimônio, podendo coincidir com o valor da execução ou de parte dela (isto é, a diferença entre o valor pretendido pelo credor e aquele que o devedor entende devido, nos casos previstos nas alíneas “b”

⁴ Evidentemente, restou salvaguardada no Juizado Especial Cível, a possibilidade do oferecimento de embargos de terceiro (senhor ou possuidor), conforme previsto no art. 1.046 do CPC, eis que a hipótese de se invadir o patrimônio jurídico alheio é uma realidade; da mesma forma, a hipótese de embargos por retenção de benfeitorias (CPC, 744) não pode ser negada no Juizado, muito embora seu tratamento demande maior complexidade processual e prática, objeto de estudo próprio.

⁵ Embora a pessoa jurídica também detenha capacidade postulatória, podendo agir diretamente em Juízo, nos mesmos casos e formas disponíveis para a pessoa física, tal faculdade somente poderá ser disposta por seus órgãos dirigentes, através do agente regularmente investido na função de representação, o que, na maioria dos casos, determinará a constituição de advogado para o patrocínio da causa, o qual poderá ser, também, preposto (neste caso, desde que devidamente nomeado).

⁶ A possibilidade de oferecimento dos embargos, em forma escrita ou oral, nos próprios autos da execução, impõe a atuação concreta e prática do princípio da informalidade (LJEC, art. 2º), inclusive quanto à fixação do valor da causa dos embargos, que continua a ter a natureza de ação de conhecimento incidental à ação de execução. Na petição de embargos ou na dedução de suas razões de embargante (LJEC, art. 53, § 1º), o devedor deverá declinar o valor, ou em sendo omissor, o Juiz deverá suprir a falta, de imediato, considerando o benefício pretendido alcançar com os embargos.

ou “c”, do inc. IX do art. 52, eis que representa o “ganho” ou a parcela que “pretende manter” em seu patrimônio, caso saia vitorioso). Logo, o devedor somente poderá se opor pessoal e imediatamente (ou seja, sem a assistência de advogado ou de defensor público), no caso de sua pretensão ser limitada ao teto legal. Insistindo o devedor em dirigir diretamente os embargos, quando carente de capacidade postulatória, o Juiz deverá valer-se do disposto no § 2º do art. 9º c/c art. 2º da Lei, ou seja, alertará a parte, através de despacho, “da conveniência do patrocínio por advogado, quando a causa o recomendar”, considerando os princípios da informalidade e da celeridade, de moldes a instruir o devedor das conseqüências negativas de sua insistência. Infrutíferos os avisos, deverá o Juiz extinguir o procedimento dos embargos por nulidade, sob a rubrica da ausência de pressuposto processual de existência, em razão da ausência de capacidade postulatória da parte (CPC, 267, IV c/c art. 13, I), com reflexos unicamente em relação ao devedor. O “alerta” é necessário para prevenir a hipótese de desconhecimento do rito pelo devedor, o qual poderia estar litigando diretamente com o credor, durante todo o processo e, entendendo ter também este direito na fase da execução, incorreria em grave prejuízo.

Vindo os embargos através de advogado, o devedor apresentará o instrumento de mandato próprio, em se tratando de execução de título extrajudicial, podendo este ser outorgado em sua forma escrita ou oral (LJEC, art. 9º, § 3º), devendo, na última hipótese, constar mínima referência no termo de assentada, com indicações suficientes que permitam identificar o profissional⁷. Em sendo execução de sentença, tal providência se faz desnecessária, eis que o mandato já se encontrará no processo desde a apresentação de sua resposta (LJEC, 30), salvo as alterações posteriores de representação.

5. Oferecidos os embargos, pessoalmente ou por intermédio de profissional habilitado, de forma escrita ou oral, os mesmos serão processados “nos autos da execução”, conforme dispõe o inc. IX do art. 52, expediente utilizado pelo legislador, considerando o princípio da informalidade e da celeridade, embora este último, em algumas hipóteses, seja prejudicado. A

⁷ A possibilidade de se contrair mandato judicial através de simples manifestação oral, segundo os termos do § 3º do art. 9º da Lei, implica, ao menos, que o profissional seja identificado pelo nome e pelo número de registro no órgão de controle e fiscalização, além do endereço para correspondência, restando o contrato perfeito e acabado com a simples aposição da assinatura do contratado no termo de audiência, com a presunção legal de que aceitou a contratação, os encargos decorrentes e participou do ato judicial.

disciplina vem de encontro ao disposto no art. 736 do CPC, o qual determina que os embargos “serão autuados em apenso aos autos do processo principal”. Decorre, evidentemente, que o oferecimento nos autos da execução não importa em qualquer anotação para efeito de controle, e muito menos em autuação e tombamento. O comportamento de resistência do devedor somente será conhecido através de consulta aos autos da execução, eis que, externamente, se perceberá apenas o movimento do processo anterior (seja de conhecimento, seja da execução do título extrajudicial). A simplicidade do processamento, no entanto, auxilia em muito quando da verificação da segurança do juízo (LJE, 52, IV, *fine*) e da tempestividade dos embargos.

6. Resolvido o devedor em oferecer embargos, sua opção apenas poderá ser “admitida” (CPC, 737) se estiver “seguro o juízo”, ou seja, se o direito do devedor de discutir a execução estiver contrafacionado ao direito do credor de obter a garantia de que, após se submeter a espera que lhe é imposta pelo devedor, se verá plenamente satisfeito. A garantia do credor se revela, portanto, na segurança do juízo e esta se obtém de acordo com o tipo de execução que se encontra em curso: pela penhora, em se tratando de execução por quantia certa; pelo depósito, em caso de execução para a entrega de coisa⁸.

A segurança do juízo pode se dar voluntária ou compulsoriamente. No primeiro caso, é o próprio devedor que faz a entrega do bem em juízo, para submetê-lo à constrição judicial; em caso diverso, a inércia do devedor em “cumprir a sentença” (LJEC, 52, III e IV), faz com que, após “solicitação do interessado” (isto é, o credor ou o subrogado), proceda-se “desde logo à execução, dispensada nova citação”, expedindo-se mandado de penhora. Em ambos os casos, necessário se faz a lavratura de auto de penhora (CPC, 665), bastando a descrição do bem oferecido ou penhorado e a prova sumária de sua propriedade, intimando-se, em seguida, o devedor da perfeição do ato.

O ato de penhora é complexo; envolve diversos atos concatenados entre si, de forma lógica e cronológica. Visa a garantia do juízo para futura

⁸ A diferença do encargo imposto ao devedor que pretende embargar, deriva da circunstância de se encontrar o bem devido em seu patrimônio, a título obrigacional, individualizado ou não, sobre o qual exerce legitimamente a posse, ou sobre o qual esta posse é contestada. Análise detalhada do problema é encontrada em OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, *Curso de Processo Civil*, Vol. II, pág. 85, Sérgio Fabris Editor, Porto Alegre, 1990. Se o bem pretendido for infungível e derivar de pretensão real, a execução não se fará através de demanda autônoma, mas como simples ato executivo, ao cabo do processo de conhecimento (ações executivas), como por exemplo, no pedido de despejo ou imissão na posse.

satisfação do direito do credor; por isto, deverá alcançar bens que sejam suficientes para tanto. O devedor tem o direito de nomear os bens que sofrerão a constrição judicial (CPC, 652 c/c 620), sob pena de não o fazendo no decêndio da intimação da sentença, devolver ao credor tal escolha⁹. No primeiro caso, a fim de se observar o princípio da celeridade (LJEC, 2^o) e considerando que o Juizado tem por escopo o “julgamento e a execução de causas de menor complexidade” (CF, 98, I), desnecessário se faz “ouvir o credor” sobre a nomeação, pois a discricionariedade do devedor na escolha dos bens encontra limites claros no art. 655 e 656, *caput*, do CPC. Caberá ao Juiz, mormente no Juizado, analisar criteriosamente o bem oferecido pelo devedor, sopesando-o com o crédito pretendido satisfazer e, então, determinar a lavratura do auto de penhora. Se o Juiz considerar ineficaz a nomeação, então sim, “devolver-se-á ao credor o direito à nomeação” (CPC, 657), o qual providenciará a indicação do bem hábil a satisfazer o seu crédito, de acordo com a ordem legal.

Em se tratando de execução de título extrajudicial, o devedor não terá a opção de proceder à nomeação de bens, porquanto somente será intimado para “comparecer a audiência de conciliação” (LJEC, art. 53, § 1^o), quando então poderá oferecer embargos. A intimação da penhora ao devedor não é ato de sua substância formal ou material, servindo antes como ato do próprio processo de execução. Eventualmente, então, o devedor poderá tomar conhecimento da constrição judicial sobre seu patrimônio apenas na oportunidade da audiência de conciliação.

7. Efetivada a penhora, o devedor “será intimado para embargar a execução no prazo de 10 (dez) dias” (CPC, 669). O inc. IX do art. 52 da LJEC não estabelece prazo, mas a aplicação supletiva ao Código de Processo Civil resolve a questão. Este prazo expresso, se aplica insofismavelmente na execução de título judicial, porquanto em se tratando de título diverso (art. 53), o devedor apenas disporá do prazo que o separa da audiência de

⁹ Não havendo efeito suspensivo a ser atribuído ao recurso inominado (LJEC, 43, em regra), a sentença se torna imediatamente exequível tão logo escoado o prazo de 10 (dez) dias de sua intimação, eis que traz em si, a cláusula de injunção ao devedor para cumpri-la “tão logo ocorra seu trânsito em julgado” (LJEC, art. 52, III e IV). A referência ao trânsito em julgado não infirma a regra da execução provisória, mas apenas fixa um prazo máximo de “preparação” do vencido para que dê início ao cumprimento voluntário da decisão.

conciliação; no entanto, a remissão ao mesmo artigo 669, impõe que a audiência seja realizada em prazo não inferior a 10 (dez) dias da “efetivação da penhora”, a fim de se evitar alegação de cerceamento de defesa. A interpretação sistemática de ambos os dispositivos é conclusiva neste sentido.

A intimação do devedor da efetivação da penhora obedecerá ao disposto no art. 19 da LJEC, isto é, “serão feitas na forma prevista para a citação”, não havendo óbice em que o ato seja contemporâneo à própria apreensão do bem (CPC, 664), medida que, inclusive, atende ao princípio da celeridade. Se o devedor estiver presente ao ato de apreensão, da penhora será imediatamente intimado. Em caso de nomeação ou escolha de bens pelo credor, a intimação da penhora deverá forçosamente obedecer ao disposto no art. 19 devido a ausência de contemporaneidade do ato. “Recaindo a penhora em bens imóveis, será intimado também o cônjuge do devedor”, conforme dispõe o parágrafo único do art. 669, de inteira aplicação no Juizado, devendo o cônjuge ser intimado a comparecer à audiência de conciliação, na hipótese de execução de título extrajudicial.

A contagem do prazo para o oferecimento dos embargos não sofre alteração quanto ao termo inicial fixado no art. 738 do Código de Processo Civil, no caso de execução de título judicial. O prazo (CPC, 184) inicia-se a partir do dia útil seguinte àquele da juntada aos autos, do ato de prova da intimação da constrição patrimonial (penhora, depósito, busca e apreensão). Em se tratando de título extrajudicial, a simples juntada do ato de intimação não terá o condão de dar início à contagem do prazo, porquanto verifica-se apenas a fixação do termo final (a audiência de conciliação), podendo mediar prazo bem superior ao decêndio entre a constrição e a audiência.

Sobreleva, portanto, importante alteração da sistemática da execução no Juizado Especial Cível: não há a citação para pagar ou nomear bens a penhora, mas procede-se de imediato à penhora de bens suficientes para a satisfação do crédito, em evidente economia de tempo, de prazos e de atos e formas processuais, importando o ato de constrição judicial de bens, em ambos os tipos de execução, no primeiro momento específico da procedimento executivo no Juizado Especial Cível.

8. Oferecidos os embargos, três perspectivas processuais se apresentam diante do devedor: o Juiz “inadmite” (CPC, 737) ou “rejeita liminarmente” os embargos (CPC, 739), ou os “recebe” (CPC, 740). No primeiro caso, o conhecimento do Juiz não ultrapassa os umbrais da defesa pretendida do devedor; nas hipóteses seguintes, faz com que a oportunidade ou a própria

matéria alegada pelo devedor seja apreciada.

A inadmissão dos embargos por ausência de garantia do juízo, é decorrência do princípio de que a “execução se faz no interesse do credor” (CPC, 612); esta hipótese não se verificará, no comum dos casos, no procedimento do Juizado Especial Cível, porquanto a penhora precede ao oferecimento dos embargos e se apresenta como o primeiro ato do processo de execução (LJEC, 52, IV: “proceder-se-á, desde logo à execução”). O que pode ocorrer é uma inversão de atos e prazos em razão do comportamento compulsivo do devedor em opor resistência à execução, trazendo a petição de embargos ao Juiz em momento anterior à própria penhora. Neste caso, deve o Juiz inadmitir os embargos, até que se ultime a garantia do juízo, evitando qualquer prejuízo para o curso da execução. A seu turno, a audiência de conciliação prevista no § 1º do art. 53 não se realizará enquanto não efetivada a penhora, quando se tratar de execução de título extrajudicial.

A rejeição liminar dos embargos (CPC, 739) se depreende da própria sistemática de defesa, podendo derivar de uma causa objetiva (“quando apresentados fora do prazo legal”) ou material (concernente a questões processuais ou ao mérito dos embargos). A verificação da tempestividade dos embargos será feita conforme o título executivo: se judicial, no prazo de 10 (dez) dias da juntada aos autos da intimação da penhora; se extrajudicial, se o devedor se omitir em oferecer os embargos por ocasião da audiência de conciliação (LJEC, 53, § 1º).

A rejeição liminar por causa material processual tem alcance próprio no âmbito do Juizado. O artigo 739, III, do CPC, faz remissão ao artigo 295, que trata do “indeferimento da petição inicial”, de inteira aplicação no sistema do Juizado, porquanto a matéria interessa à teoria geral do processo e a higidez da petição inicial. Cuidado deve ter o Julgador, no entanto, na análise da petição inicial quanto à sua ineptude, sempre atento para os ditames do art. 2º da Lei nº 9.099/95, não exigindo fidelidade absoluta à teoria processual com respeito aos requisitos constantes no parágrafo único do art. 295, mormente quando o devedor vier postular diretamente. Imprescindível, no entanto, possa o credor depreender da peça processual produzida ou reduzida a termo, as razões de defesa do devedor, de moldes a possibilitar, a seu turno, opor suas próprias razões.

Inaplicável, no entanto, se afigura o disposto no art. 739, II do CPC, porquanto a matéria suscetível de apreciação dos embargos em sede de Juizado Especial, refere limitação clara e de natureza taxativa nas alíneas

dispostas no inc. IX do art. 52. A norma constante no Código de Processo Civil remete ao art. 741, segundo o qual, “na execução fundada em título judicial, os embargos só poderão versar sobre (...)”, estabelecendo o âmbito máximo de conhecimento do juiz na ação incidental. A cognição judicial sofre restrição ainda maior no Juizado, outorgando o legislador, em razão do próprio Sistema do Juizado Especial, um reduzido leque de matérias disponíveis a servirem de defesa do devedor.

A contrafação do rol do art. 741 do CPC, com aquele sumário apresentado no inc. IX do art. 52, revela o âmbito de discussão posto ao devedor para embargar a execução.

A alínea “a” do inc. IX se refere à “falta ou nulidade de citação no processo, se ele correu à revelia”, situando-se a oposição do devedor em matéria de natureza unicamente processual. A falta ou nulidade de citação há de ser perquirida de acordo com os ditames 18 e 19 da LJEC com atenção especial para a regra do art. 13, onde se afirma que “os atos processuais serão válidos sempre que preencherem as finalidades para as quais forem realizados, atendidos os critérios indicados no art. 2º desta lei”. É o princípio da instrumentalidade das formas (a ausência de nulidade se não há prejuízo). A citação das pessoas jurídicas, no âmbito do Juizado, encontra espectro muito mais fluido em sua realização do que nos procedimentos previstos no Código de Processo Civil, conforme se vê do inc. II do art. 18. A citação a que a alínea “a” se refere, a seu turno, é aquela que deveria ter ocorrido no processo de conhecimento, pois na execução de título judicial “proceder-se-á desde logo à execução, dispensada nova citação” e, na execução de título extrajudicial, o devedor será “intimado a comparecer à audiência de conciliação”. A remissão ao inc. I do art. 741 do CPC esclarece bem o alcance do dispositivo especial, ao referir-se expressamente à “falta ou nulidade de citação no processo de conhecimento”.

A alínea “b” e a alínea “c” do inc. IX, a sua vez, referem-se, ambas, à rubrica de “excesso de execução”, prevista no art. 741, III c/c 743 do CPC, embora a lei se refira a “manifesto” como caracterizador do excesso. Evidentemente, o “erro de cálculo” acarretará excesso da execução em razão de o credor pleitear “quantia superior à do título” (CPC, 743,I), o que torna a alínea perfeitamente dispensável, revelando uma preocupação legislativa desnecessária. As disposições previstas nos incisos II, III e IV do art. 743 são aplicáveis *in totum* no Juizado Especial, posto que suscetíveis de ocorrência.

A referência a “manifesto” é característica do procedimento especial do

Juizado, denotando atenção própria do legislador. Manifesto é aquilo que é perceptível aos olhos de relance, sem qualquer outra atividade cognitiva, é a realidade apreensível aos sentidos de maneira imediata. Sendo ação própria, disparada como veiculadora da pretensão do devedor a desconstituir o título judicial ou extrajudicial ou reduzir o valor da execução, o princípio do contraditório há de ser observado, abrindo-se a oportunidade para o credor de se pronunciar sobre o “manifesto excesso”; no entanto, o recurso aos princípios norteadores do art. 2º da LJEC indica em sentido oposto, mormente se considerarmos que no procedimento ordinário dos embargos, previsto no Código de Processo Civil, não há referência ao “manifesto excesso”. A flagrância do excesso devolve ao Juiz a possibilidade de determinar ao credor, de imediato, a correção da execução no sentido da legalidade, observando-se qual a natureza da matéria que deu origem ao excesso (CPC, 743). De qualquer forma, a resistência do credor em proceder na forma determinada pelo Juiz, deve ser havida como verdadeira impugnação, regendo-se a matéria na forma do art. 740. Ao revés, a rotineira intimação do credor para “impugnar” os embargos, quando o excesso é “manifesto”, apenas redundaria em maior gasto de tempo em prejuízo da satisfação do interesse do credor. Indispensável é que o excesso seja patente, perceptível *prima ocelli*, de moldes a se evitar alegação, em contrário, de cerceamento de defesa, desta vez, por parte do credor.

Por fim, a alínea “d” do inc. IX do art. 52 elenca como matéria suscetível de servir nos embargos, qualquer “causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, superveniente à execução”. O dispositivo é conhecido do Código de Processo Civil, conforme se vê do inc. VI do art. 741, apresentando “exemplos” destas “causas” (pagamento, novação, transação etc.). A exigência é que as mesmas tenham ocorrido em momento posterior à sentença, pois, em sendo anterior ou contemporâneo, caberá “ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença” (CPC, 462). O espectro aqui, é variado, dependendo do título em execução e das relações jurídicas exógenas ao processo que ambas as partes desenvolvem entre si.

Do rol analisado e comparado com aquele disposto no art. 741 do CPC, constata-se que os incisos II (“inexigibilidade do título”), III (“ilegitimidade das partes”), IV (“cumulação indevida de execuções”) e VII (“incompetência do juízo da execução, bem como suspeição ou impedimento do juiz”), restaram ausentes do rol do inc. IX do art. 52. A primeira obser-

vação seria a negação da possibilidade destas matérias serem deduzíveis em Juízo pelo devedor. No entanto, não é esta a conclusão, porque seria verdadeiro cerceamento de defesa não se conhecer da alegação de “inexigibilidade do título” ou de “ilegitimidade das partes”, sob o argumento de que estas hipóteses não foram previstas na Lei Especial. Há de se ter em alerta a aplicação supletiva do Código de Processo Civil, conforme determinação do *caput* do art. 52 da LJEC. Todas as matérias restantes e não expressamente relacionadas no inc. IX são perfeitamente cabíveis de atuação pelo devedor em sede de embargos no Juizado Especial Cível. As restrições são observáveis, apenas, em relação ao inc. IV (“cumulação indevida de execuções”), porquanto, em se tratando de execução de título judicial, a mesma seria absolutamente impertinente; o mesmo não se dá, em caso de título extrajudicial, quando a matéria poderia aflorar, dependendo da escolha do credor. Por fim, a exceção de incompetência do Juízo da execução somente seria factível em caso de título extrajudicial, pois na outra modalidade, “compete ao Juizado Especial promover a execução dos seus julgados” (art. 3º, § 1º, I). As exceções de impedimento ou suspeição do juiz, desde que por fatos ocorridos ou de conhecimento posteriores à sentença (em caso de título judicial) ou por ocasião da audiência de conciliação (em se tratando de título extrajudicial), são perfeitamente cabíveis como matéria de embargos, mas, em casos tais, será observado o disposto no art. 30, *fine*, da LJEC, o qual remete para o art. 312 do CPC, com a consequência inelutável da suspensão da execução (CPC, 265, III). Conclui-se, portanto, que a preocupação do legislador redundou no vazio, posto que as hipóteses subtraídas do rol previsto na lei especial, não podem ser espancadas do direito do devedor, sob pena de se ofender o princípio da ampla defesa.

Sendo os embargos oferecidos em execução de título extrajudicial, o § 1º, do art. 53 faz remissão expressa às matérias do inc. IX do art. 52, como hábeis a fundamentar o direito do devedor em opor-se ao credor, sem qualquer ressalva ao disposto no art. 745 do CPC, o qual outorga ao devedor a possibilidade de alegar, “além das matérias previstas no art. 741, qualquer outra que lhe seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento”. Neste passo, há de se ter em vista a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, prevista no *caput* do art. 53 (“obedecerá ao disposto no ...”), de moldes a possibilitar ao devedor o recurso amplo a “qualquer” matéria que lhe seria útil apresentar como defesa em eventual “processo de conhecimento” formador do título. Da mesma forma, conclui-se que a limitação da

cognição procurada pelo legislador também não alcançou o sucesso esperado quando se tratar de execução de título extrajudicial, abrindo-se ao devedor o mesmo alcance previsto no Código de Processo Civil.

9. Considerando, portanto, as opções processuais que se descortinam diante do Juiz, os reflexos produzidos no andamento do processo serão, da mesma forma, diversos.

Na hipótese de “inadmissão” dos embargos por ausência de segurança do juízo (CPC, 737), a conseqüência imediata é o prosseguimento da execução em seus ulteriores termos, a saber, a efetiva constrição judicial do bem do devedor, devendo o Juiz determinar o desentranhamento da petição de embargos e eventuais documentos, devolvendo as peças ao devedor afoito, para oportuna reapresentação. A decisão judicial tem natureza interlocutória, mas irrecorrível, dada a sistemática do Juizado Especial (art. 41); incorrente, porém, qualquer prejuízo para o devedor, o qual poderá voltar a se opor à execução no momento processualmente correto.

No caso de “rejeição liminar” (CPC, 739), também se dará o prosseguimento da execução, mas agora, no sentido da “alienação do bem penhorado” (LJEC, 52, VII) para a satisfação concreta do direito do credor. A decisão judicial se reveste de maior carga meritória, produzindo prejuízo para o devedor, seja qual for o fundamento legal adotado pelo Juiz. É de se lembrar, nesta oportunidade, que os embargos foram oferecidos “nos próprios autos da execução”, cabendo indagar qual a natureza jurídica da decisão judicial que entendeu pela rejeição liminar. Em se tratando de Juízo Cível comum, dúvida não haveria em classificá-la como sentença (CPC, 162, § 1º), pois o Juiz pôs “termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa”; no Juizado Especial Cível, no entanto, a execução prosseguirá nos autos do processo originário, o qual recebeu, embora por momento fugaz, a investida do devedor em se levantar contra o credor¹⁰. Aventura-se,

¹⁰ A decisão de rejeição, evidentemente, não ocisou o processo, mas certamente pôs por terra a pretensão obstativa do devedor. Vedar-lhe a possibilidade de reexame da matéria por órgão judicial com poder revisor sobre a decisão, seria impor sério cerceamento aos princípios da ampla defesa, do contraditório e do duplo grau de jurisdição. A seu turno, franquear ao devedor inconformado a via heróica do mandado de segurança seria, da mesma forma, temerário como instrumento de garantia hábil à defesa de seus argumentos, mormente considerando a proibição da dilação probatória na via especial do *mandamus*, a qual exige a prévia demonstração documental da existência do fato que dá origem ao direito pleiteado. No caso de rejeição liminar, com exceção da hipótese prevista no inc. I do art. 739 do CPC (“intempe-

no entanto, com respaldo no art. 5º, inc. XXXV da Constituição Federal (direito de ação e de defesa)¹¹ e nos princípios informativos do art. 2º da Lei nº 9.099/95, que a solução da questão processual pode ser outra e mais eficaz. O art. 52, *caput*, manda aplicar o disposto no Código de Processo Civil “no que couber” (aplicação supletiva). A rejeição liminar, em sede procedimental ordinária, desafiaria recurso de apelação, mesmo sem efeito suspensivo do curso da execução (CPC, 520, V). A Lei dos Juizados apenas prevê a interposição de recurso “da sentença” (art. 41), não se referindo a qualquer outro recurso para as demais decisões proferidas no curso do processo (interlocutórias). A leitura desatenta do art. 162 do CPC faria supor que a decisão de rejeição liminar dos embargos poderia se enquadrar como de natureza interlocutória, mas, em verdade, dado os princípios de celeridade e informalidade reitores do sistema dos Juizados Especiais Cíveis, a substância decisória do ato é intrinsecamente de sentença, não apenas porque produz o encerramento imediato da tentativa do devedor de discutir a execução, mas também porque o Juiz precisará, necessariamente, embora nem sempre exaustivamente, adentrar nas próprias matérias que o mesmo pretendia apresentar, para então, rejeitá-las¹².

Desta forma, classificando a decisão de rejeição liminar como sentença (e não como simples decisão interlocutória), passível da interposição do recurso inominado previsto no art. 41 da LJEJ, sem efeito suspensivo (art. 43), gerando imediatamente o choque de interesses: o credor, querendo o prosseguimento da execução, e o devedor desejando a apreciação de suas “razões” pelo órgão revisor. A informalidade processual sugere a formação de um “instrumento”, às expensas do recorrente, no sentido de, juntamente com

tividade”), todas as demais matérias deduzíveis pelo devedor, carecem, em grau menor ou maior, de alguma investigação probatória, dificilmente habilitando o Juiz à expedição de ordem mandamental. Evidentemente, nos casos em que esta demonstração é possível, com assento exclusivamente em prova documental, a impetração do mandado de segurança não poderá ser negada ao devedor, com requerimento de suspensão da execução (Lei nº 1.533, art. 7º, II).

¹¹ Na majestosa lição de JOSÉ AFONSO DA SILVA, “o art. 5º, XXXV, consagra o direito de invocar a atividade jurisdicional, como direito público subjetivo. Não se assegura aí apenas o direito de agir, o direito de ação. Invocar a jurisdição para a tutela é também direito daquele contra quem se age, contra quem se propõe a ação. Garante-se a plenitude da defesa ...” (c.f. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, pág. 372, RT, 5ª edição, 1989).

¹² A rejeição liminar dos embargos por intempestividade retira qualquer avanço do Juiz em direção ao conhecimento da matéria invocada pelo devedor, eis que desnecessário.

as suas razões, fazer transladar as peças que entende imprescindíveis para o julgamento da Turma Recursal, acrescentando-se, depois, as contra-razões e outras peças a pedido do recorrido (credor). Segundo o prudente arbítrio do Juiz e sempre considerando que no Juízo Cível comum, a apelação seria recebida em seu efeito “meramente devolutivo”, poderá conceder “efeito suspensivo” ao recurso, a fim de “evitar dano irreparável para a parte”. A construção procedimental é de *lege ferenda*, mas sem qualquer prejuízo para as partes, mantendo, ao mesmo tempo, a discricionariedade do Juiz quanto ao prosseguimento da execução^{13,14}.

Eventual objeção de que o recurso inominado se encontra previsto unicamente para a fase de conhecimento do Juizado Especial Cível, não encontra eco, pois os embargos do devedor são ação de conhecimento, conforme já assentado na doutrina e jurisprudência; apenas recebem tratamento extremamente simplificado e informal, como toda a fase executiva do Juizado.

Por fim, no caso do Juiz “receber os embargos”, a suspensão da execução se mostra imperativo legal (CPC, 739, § 1º), embora podendo alcançar apenas a parte da execução efetivamente embargada, conforme dispõe a novel redação do § 2º do mesmo artigo. A suspensão parcial, no caso do art. 52, inc. IX da LJEC, se dará em virtude da alegação de excesso de execução (alíneas “b” e “c”), porquanto quanto à parte incontroversa, o credor poderá continuar em direção aos atos ulteriores nos próprios autos da execução. A presunção, no entanto, é a celeridade do Juizado na resolução dos embargos, induzindo o credor a aguardar o julgamento dos embargos, evitando gastos desnecessários (editais, hasta etc.). O recebimento dos embargos, a seu turno, não abre ao credor a possibilidade de interpor qualquer recurso, devendo suportar, mais uma vez, o ônus do tempo no processo; da mesma forma, a suspensão parcial da execução não atribui ao devedor

¹³ O Juiz deverá ser extremamente cauteloso em determinar a suspensão da execução, pois este efeito somente se produz com o “recebimento” dos embargos (CPC, 739, § 1º); além disso, o art. 520, V determina que a apelação será “recebida, somente no efeito devolutivo”, em caso de rejeição liminar dos embargos ou de sua improcedência. Determinar a suspensão da execução nos feitos de “menor complexidade” (CF, 98, I) seria reconhecer um “*plus*” onde há um “*minus*” de importância material e processual. Por outro lado, a discricionariedade atribuída ao Juiz para conceder efeito suspensivo ao recurso é uma tendência da moderna processualística, de moldes a possibilitar a satisfação do direito reconhecido de modo imediato.

¹⁴ Ou, então, há de se admitir o recurso de agravo (CPC, 525) no Juizado Especial Cível, com todos os seus percalços procedimentais.

insatisfeito o direito a pleitear a revisão da decisão, salvaguardando a via mandamental. Como regra geral, vindo a sofrer prejuízo, poderá dirigir-se contra o credor afoito em ação própria.

Recebidos os embargos, inteira aplicação a regra procedimental prevista no art. 740 do CPC, intimando-se o credor para “impugná-los no prazo de 10 (dez) dias, designando, em seguida, audiência de instrução e julgamento”. No Juízo Cível Comum, a realização de audiência é condicionada à sua necessidade, conforme se depreende do parágrafo único do mesmo artigo, sendo possível o julgamento antecipado do pedido (CPC, 330, I). Em sede do Juizado Especial, no entanto, a diretriz normativa prevista no art. 2º da Lei nº 9.099/95, mais uma vez, impõe ao Julgador buscar, “sempre que possível, a conciliação ou a transação”. A conciliação na fase executiva se volta para a proposição das diversas “medidas” sugeridas pelo legislador, “entre outras”, conforme dispõe o § 2º do art. 53 (pagamento a prazo, dação em pagamento, adjudicação do bem penhorado). A conveniência do credor será o fiel do sucesso ou do fracasso da conciliação. Independe, assim, da natureza do título executivo em execução, eis que a interpretação sistemática dos artigos 52, 53 e 2º faz concluir pela imprescindibilidade da realização de audiência de conciliação.

10. Seguro o Juízo e admitidos os embargos (CPC, 737), não tendo os mesmos sido rejeitados liminarmente (CPC, 739), descortina-se perante o Juiz, finalmente, seu julgamento, o qual poderá enfrentar o mérito ou não, dependendo do acolhimento de alguma preliminar argüida pelo embargado (credor) em sua impugnação. Interessa, no entanto, apenas, os efeitos do julgamento dos embargos em relação ao curso da execução no Juizado Especial Cível.

Em caso de acolhimento de matéria preliminar (processual ou de mérito), o Juiz deve julgar extintos ou improcedentes os embargos e determinar o prosseguimento da execução; conforme visto acima, a decisão judicial tem natureza de sentença, embora proferida “nos mesmos autos da execução” (LJEC, art. 52, IX), desafiando o recurso inominado característico (art. 41), sem efeito suspensivo. O prosseguimento da execução, no entanto, obedecerá às normas próprias da provisoriedade (CPC, 587). Sendo os embargos acolhidos, no todo ou em parte, o Juiz determinará a extinção da execução ou sua adequação aos termos da decisão. Insatisfeito agora, poderá o credor interpor o mesmo recurso inominado, também sem efeito suspensivo, a fim de que a matéria seja reexaminada pela Turma Recursal.

A celeridade que se pretende impor ao processamento das ações no Juizado Especial Cível, aliado aos princípios da informalidade e simplicidade, servirá como estímulo às partes para que aguardem o julgamento do recurso interposto pelo adverso, paralisando, por vontade própria, o prosseguimento da execução, de molde a se evitarem a constituição de “instrumentos” de recurso ou o oferecimento de caução (CPC, 588, I e II).

Conforme a rápida digressão, o tema dos embargos do devedor no Juizado Especial Cível desafia estudo parcimonioso e dedicado, com a atenção voltada para o atendimento dos princípios informativos que regem o Juizado, propiciando celeridade à satisfação do credor e garantia de defesa ao devedor, não sendo recomendável a aplicação cega e descompromissada das normas próprias do Juízo Cível comum, sob pena de se transformar a execução dos “julgados e títulos de pequenas causas” em martírio igual ao enfrentado, diuturnamente, pelos credores em todo o país, temendo sempre a confirmação do dito popular “ganha, mas não leva”. ◆

Princípios Gerais do Direito no Processo Civil

JORGE DE MIRANDA MAGALHÃES

*Desembargador do TJ/RJ. Professor de Processo
Civil da EMERJ*

I. Introdução - Não seria necessário repetir que o comando jurídico, tanto mais geral e abstrato quanto seja, mais exige que o intérprete lhe penetre no âmago para saber como aplicá-lo ao caso concreto, quase sempre envolto em contornos não previstos pela lei.

E dentre os recursos usados na interpretação do texto legal, para sua plena e correta aplicação, encontram-se os princípios gerais do direito, que também foram respeitados e atendidos na elaboração da norma.

Diz ALCIDES MENDONÇA LIMA (*Processo de Conhecimento e Processo de Execução*, p. 43) que todos os ramos jurídicos estão subordinados a princípios, que lhes servem de diretrizes, indispensáveis à elaboração, interpretação e aplicação de suas respectivas normas cogentes, esclarecendo ser evidente que, como traço comum a todas e a cada uma delas, dominam a base ideológica do Estado em que tenham incidência, segundo as estruturas sociais.

Daí decorre que os códigos de um país, de regime político capitalista ou de um socialista, não poderiam seguir a mesma orientação, como assinala o mestre, o que tem levado as minorias políticas, em cada um deles, a se insurgir contra os respectivos poderes judiciários, apontando-os como defensores da maioria, quando não são mais do que aplicadores das leis impostas por sua maioria.

HERMES LIMA (*Introdução à Ciência do Direito*, Edit. Freitas Bastos, 31ª ed., p. 157) anuncia que, no direito privado, os princípios gerais do direito derivam, preferentemente, da lei escrita e não lhe constituem senão o prolongamento, culminando por apontá-los como “prestações normativas, integrantes da lei ou do seu espírito e que ajudam a expressão lógica do direito”; ressalvando que, pela posição jusnaturalista, nos princípios gerais do direito verificar-se-ia uma concretização de verdades filosóficas perenes.

COVIELLO (*apud* HERMES LIMA, *op. cit.*, p. 958) esclarece que

tais princípios, embora não se achem formulados em nenhum lugar, formam o pressuposto lógico necessário de várias normas da legislação, neles sintetizando a construção doutrinária a causas econômicas, históricas e sociais que determinam as leis, valendo eles como foco de luz para iluminar o texto, ou a aplicação do mesmo.

Mestre PONTES DE MIRANDA (*Comentários ao CPC*, Edit. Forense, ed. 1974, p. 66) afirma que toda a legislação supõe conceitos que, correspondentes a causas e fatos, deles se separam para poderem organizar a vida social segundo a própria natureza (objetivo) e segundo o propósito dos que o organizaram. Através deles e de suas combinações, o homem consegue, com esforço psíquico, organizar, lá fora, a vida. A ciência procura acertar o máximo possível, quanto às suas afirmações acerca dos conceitos e das relações entre eles, segundo a técnica que se emprega. O papel da política legislativa é mais o de transmitir proposições; portanto, ensejando a construção jurídica. A abstração e a generalização prestam-lhe serviços enormes, para o bem e para o mal. Na elaboração de definições e princípios, pretende o legislador sintetizar a realidade mesma do direito; mas, em verdade, é a introdução da abstração, como se fossem realidade... Por isso mesmo, à base de toda legislação, está a concepção filosófica da vida, teoria do conhecimento.

II. Os Princípios e o Processo - Considerando que é através do processo que o Estado, após assumir para si a força da prestação jurisdicional, proibindo o exercício privado das próprias razões, excetuadas as hipóteses legalmente previstas, atende aos seus objetivos maiores de garantidor da paz social e das relações jurídicas, resulta inequívoco ser o processo o depositário de um sem número de princípios, ou pressupostos lógicos ou normas, buscando cumprir seus compromissos com a moral e a ética, valendo como algo anterior e externo ao sistema processual e, sobretudo, como bússola na aplicação das regras processuais em busca dos objetivos sociais e políticos do próprio sistema jurídico.

Como assinala ADA GRINOVER (ADA GRINOVER/ DINAMARCO/A.C. ARAÚJO CINTRA, *Teoria Geral do Processo*, Editora R.T.), a experiência jurídica, segundo conhecidíssimo pensamento *iuris* filosófico, pode ser estudada por três aspectos: norma, valor e fato. Sob o aspecto da *norma*, constitui-se a *epistemologia* (ciência do direito positivo), à qual pertence a dogmática jurídica, que estuda o direito como

ordem normativa. Os valores éticos do direito são objeto da *deontologia jurídica*. O fato é estudado pela *culturologia*. Alguns dos princípios gerais do direito processual colocam-se entre a epistemologia e a deontologia, entre a norma e o valor ético, no limiar de ambos.

As normas jurídicas, como assinala ARTHUR J. FAVERET CAVALCANTE não têm uma existência objetiva e independente do conhecimento que se tenha, sendo impossível dissociar o seu conteúdo da opinião que delas se faça, elas prescrevem aquilo que os integrantes ou coletividade supõem que prescrevam.

Daí porque os princípios são, ao mesmo tempo, fonte de interpretação da norma, como direito positivo que esta é, e seu critério legitimador, ou seja, expressão de sua legitimidade e aceitação moral, como regra de conduta social.

ARRUDA ALVIM (*Código de Processo Civil Comentado*, vol. V, p. 54) até faz a distinção entre princípios *informativos* e princípios *fundamentais* sendo, os primeiros, regras eminentemente técnicas estruturais e, assim, universais, enquanto os segundos são plenos de carga ideológica, conjuntural admitindo outros que a eles se antepõem. Assim, para ele, a defesa da propriedade é princípio *fundamental* insito aos sistemas capitalistas, servindo de âncora para a interpretação de atos processuais, como v.g., a possibilidade ou não, de ser julgado de plano o pleito desapropriatório, em casos de revelia enquanto o princípio da bilateralidade da audiência (ou do contraditório) é técnico e inerente ao próprio processo, sendo apontado como *informativo*.

A dissensão não é ampla quanto ao conteúdo, eis que alguns, como LIEBMAN (*Manuale*, Tomo I, p. 227. nº 124) e ADA GRINOVER (*op. cit.*, p. 51) optam pela expressão “princípios gerais”, enquanto MAURO CAPELLETTI (*El processo civil*, p. 16) e FREDERICO MARQUES os denominam “princípios fundamentais” e H. THEODORO JUNIOR (*Princípios*, in *Rev. Processo*, vol. 23/178) e outros, de “princípios informativos” do processo, não faltando os que, como ALCIDES DE MENDONÇA LIMA (*op. cit.*, p. 44) vejam os “informativos” no processo e os “fundamentais” no procedimento.

Conforme, porém, sua importância quanto à substância da norma, tanto que ADA GRINOVER (*op. cit.*, p. 51/52) os chama de informativos, tais princípios costumam ser classificados como:

- a) princípio *lógico*, que consiste na escolha dos fatos e forma mais

aptas para descobrir a verdade e evitar o erro;

b) princípio *jurídico*, que consiste em proporcionar aos litigantes igualdade na demanda e justiça na decisão;

c) princípio *político*, que consiste em prover os direitos privados da máxima garantia social com mínimo de sacrifício da liberdade individual; e

d) princípio *econômico* que consiste em fazer com que as lides não sejam tão dispendiosas, a ponto de se poder dizer que a justiça civil é feita só para os ricos, possibilitando seu acesso a todos.

Tais princípios, por alguns chamados meras *regras informativas do processo*, não se conformam ao princípio da deontologia, ultrapassando a dogmática jurídica e exibindo-se aos estudiosos do direito na formação de consciências e infiltrações do próprio *ius positum*.

É na Constituição de um estado que se encontram formulados tais princípios servindo eles de uma verdadeira *plataforma comum*, segundo a feliz expressão de CÂNDIDO DINAMARCO (*op. cit.*, p. 49) a embasar todas as teorias processuais e permitir a elaboração de uma teoria geral do processo.

Refletem-se, cada um deles e todos em sistema, na prestação jurisdicional, como finalidade que é do processo, seu mero instrumento, fornecendo-lhe elementos de atuação para atingir os fins colimados, pena de, falhando a aplicação de qualquer um deles, tornar-se viciada a prestação, sem a devida e necessária proteção dos direitos das partes.

Efetivamente, sem os meios aptos, como assinala ALCIDES MENDONÇA LIMA (*op. cit.*, p. 49), a verdade dificilmente será descoberta e o erro evitado (princípio lógico); se os litigantes não foram tratados com igualdade, inclusive na sentença, ocorrerá a injustiça (princípio jurídico); se não for assegurada a máxima garantia à defesa dos direitos, com sacrifício desnecessário da liberdade, o processo se tornará instrumento de opressão, falhando em seu objetivo (princípio político) e, finalmente, se os gastos forem tão grandes que desestimulem os litigantes de poucos recursos, fadados a terem de suportar a iniquidade, sem poderem reagir em juízo, o processo se poderá tornar, quiçá, em incentivo a atos de justiça privada (poder econômico).

São, portanto, tais regras, guardiãs dos princípios gerais e dos próprios textos legais que acodem no momento crucial em que a paz e as relações jurídicas são violadas.

Em verdade, quase todos os textos legais do nosso ordenamento estão

impregnados de mais de um desses princípios. Exemplificando: embora o art. 20, referente ao sucumbimento, ou sucumbência, reflita a preocupação do princípio econômico, fazendo indenizar o vencedor de seus gastos feitos com a vinda a juízo, ressarcindo a parte afinal vitoriosa, o art. 125, alusivo aos poderes do juiz, se refere a todos eles: **a)** ao lógico, como meio eficiente de descobrir a verdade; **b)** ao jurídico, porque compete ao juiz assegurar a igualdade de tratamento às partes; **c)** ao político, porque cumpre ao juiz garantir às partes seus direitos com o mínimo de sacrifício; e, finalmente, **d)** econômico porque cabe ao juiz velar pela rápida solução do litígio, evitando-lhe estípidos financeiros desnecessários.

Daí porque estão, e devem estar, refletidos no Texto Maior de qualquer ordenamento jurídico, que os respeite e preconize, como ocorre na nossa Carta de 88, cujo art. 5º, § 2º, expressamente prevê que: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição, não excluem outros decorrentes do regime e *dos princípios* por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

HUMBERTO THEODORO JUNIOR (*Princípios Gerais do Processo Civil*, Rev. Processo, vol. 23, p. 178) bem observa o fenômeno, asseverando que, em nenhum ramo do direito, portanto, mais se avulta a importância dos princípios informativos do que no direito processual, já que da fiel interpretação de seus dispositivos, e da correta aplicação de seus institutos, vai depender a sorte política, não raras vezes, das normas dos demais ramos da ciência jurídica, que compõem o direito material ou substancial.

Ante seu caráter geral e balizador de todas as atividades legais da sociedade a que se dirige, cabe à Constituição de um Estado estabelecer as regras mestras que hão de dirigir seus momentos, no sentido dos quatro princípios acima chamados, também, de regras gerais ou dogmáticas e da deontologia jurídica.

Qual deles seria prevalente ou mais importante, do ponto de vista pessoal, é também discussão que travam os juristas, havendo quem aponte o *dispositivo*, ou de *disponibilidade acionária* (*Dispositionsprinzip*, conforme GRÖNNER, 1881), segundo o qual a iniciativa acionária é atribuída ao próprio interessado, enquanto outros indicam o da *imparcialidade* do juiz, órgão estatal encarregado da entrega da justiça, com poderes alusivos aos quatro princípios basilares e deles decorrentes.

Assim, nossa apresentação não indicará qualquer conotação de ordem

de importância, mas apenas de critério quanto ao surgimento na vida do processo, sendo possível enunciar desde logo, entre eles, o da dispositividade, o da imparcialidade do juiz, o da audiência bilateral ou do contraditório, o da ampla defesa, o do devido processo legal, o da recorribilidade, o da igualdade, da coisa julgada, da motivação das decisões, da publicidade e tantos outros.

Chamaríamos princípios legais, inerentes ao processo ou ao procedimento, aqueles que se acham expressos nos textos processuais, como o código e leis extravagantes, entre eles: o da contradição do libelo, da impugnação específica, da congruência ou correlação da sentença, da preclusão, da eventualidade, da estabilidade da lide, da relevância do fato superveniente, da perpetuação da jurisdição (ou da competência), da verdade real, da economia processual, da concentração, da oralidade, da imediatidade ou identidade física do juiz, e outros que serão adiante analisados.

III. Princípios Constitucionais ou Fundamentais do Processo

1. Princípio da Igualdade ou Isonomia

Decorre da regra estabelecida no art. 5º, *caput*, do Texto Maior, segundo a qual todos são iguais perante a lei, e aos brasileiros ou estrangeiros residentes no país, é garantida a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Segundo EDUARDO COUTURE (*Fundamentos del Derecho Procesual Civil*, B. Aires, Depalma, 1958), “as partes se acham no litígio em pé de igualdade e essa igualdade, dentro do processo, outra coisa não é senão uma manifestação do princípio da igualdade dos indivíduos perante a lei”.

Todo o constitucionalismo contemporâneo, como esclarece ARRUDA ALVIM (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, p. 28), contém em si a idéia cristalizadora do princípio da igualdade de todos perante a lei. Consiste essa idéia num epílogo, na principal resultante de uma revolução social triunfante, monolítica em seus princípios e fins, que foi a Revolução Francesa. A idéia de igualdade de todos perante a lei, uma realidade, através de todos os mecanismos de que ela se serviu informou e informa todo o direito constitucional ocidental.

E, após examinar os interesses políticos decorrentes, no mundo capitalista e no comunista, que conflitam a igualdade jurídica com a igualdade real, concluindo que estão inseridos nas cartas ocidentais alguns dispositivos antagônicos, arremata o mestre (*Comentários ao Código de Processo Civil*,

vol. V, p. 29) que o Direito Constitucional não é, de forma alguma, algo estritamente formal: guarda um profundo e exaltado compromisso com a História, de que descende e onde se enraíza, desde que os conceitos, para ele, são produtos de uma experiência vivida. Doutra parte, no entanto, o costume, a lei, a norma escrita, nada mais é, do que a cristalização conceitual desta experiência vivida, a qual se constitui no conteúdo substancial de interesses protegidos e éticos daquelas normas, que se encontram formalmente centralizadas na constituição, adiantando ser o maior o princípio da igualdade, que é servido, porém, por outros, a fim de proporcionar autêntica eficácia a tal regra.

Assim, como mecanismos também constitucionais, para a plena aplicação e eficácia do princípio da isonomia, aponta os da *plenitude lógica do ordenamento jurídico* e o do *acesso ao Judiciário*.

Pelo primeiro, o ordenamento jurídico pretende atingir a totalidade dos comportamentos humanos, e das condutas, sem qualquer distinção, considerando os destinatários das normas.

Em nossa Carta Política, efetivamente, a regra se consubstancia no art. 5º, *caput*, assim como no inciso II, onde se afirma que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, donde resulta ser a lei obrigatória a todos os seus destinatários.

Pelo segundo, do pleno acesso ao Judiciário, também expresso na Carta de 88, em seu art. 5º, XXXV, pelo qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito, completo fica o ciclo de proteção à igualdade entre as pessoas, consagrando expressa e amplamente o princípio da igualdade, a partir do sistema constitucional que é, na feliz expressão de ARRUDA ALVIM (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, p. 31) a matriz eficaz e lógica do sistema, uma verdadeira unidade do ordenamento jurídico, evidenciada pela circunstância de que toda normatividade válida encontra na Constituição o seu fundamento de validade.

Ocorre, todavia, como visto antes, que, apesar da abrangência da lei, em termos infraconstitucionais, regulando ela aspectos que, em determinado momento e situação histórica, na verdade, proporcionam situações diferenciadas, ou seja, comportamentos que não podem ser exigidos de todas as pessoas, porque se referem a situações distintas, só aquelas incluídas nas conjunturas especialmente reguladas são a ela obrigadas, constituindo-se num verdadeiro elemento discriminatório de atuações.

À lei de locações, por exemplo, não estarão sujeitos aqueles que não sejam locadores ou locatários, nem tenham eventuais direitos ou deveres decorrentes da relação jurídica locatícia que se instalou.

Mas apesar dessa discriminação de situações, é incontestável que, dentro do universo heterogêneo de pessoas e abrangido pela lei, há que haver igualdade de tratamentos, sendo vedada a separação ante situações jurídicas idênticas.

Em direito processual civil, o princípio da igualdade, também chamado de *princípio da paridade de tratamento*, estabelece que, dentro do processo, os litigantes não de ser tratados igualmente, respeitadas as diversidades intrínsecas de suas posições.

Assim, segundo a chamada *igualdade formal*, autor e réu ostentam situações diferentes, eis que o autor apresenta atributos e requisitos próprios, e diversos, até funcionalmente, daquelas do réu, não podendo ser tratados igualmente, mas atendendo cada um ao que a lei deles espera.

O que não se admite é que se tratem diferentemente os autores, de um lado, e os réus, de outro, tanto que, pelo princípio da *paridade substancial*, devem ser dadas condições de tratamento igual a autor e réu, o que faz, por exemplo, o C.P.C., em seus artigos 397 e 398, ao estabelecer que, a qualquer momento, e antes da sentença, as partes (tanto autor como réu) poderão juntar documentos aos autos, exigindo-se ao mesmo tempo, que sobre eles seja chamada a outra parte a se pronunciar.

É claro que tal regra não é simples aplicação da igualdade, fazendo também eco ao princípio do contraditório, mas é fora de dúvida, como já ressaltado, que dificilmente um mesmo dispositivo processual se encaixe apenas sob o signo de um único princípio, sendo comum atender a, pelo menos, dois deles.

Vulnerando, aparentemente, tanto a supracitada igualdade formal, como sobretudo a material, o diploma processual vigente tem outorgado prerrogativas a certas pessoas, como à Fazenda Pública, ao Ministério Público e a Defensoria Pública, as quais foram instituídas com vistas ao interesse público e em razão da natureza e organização do Estado.

Assim, a ampliação dos prazos estabelecida no art. 188, do digesto processual, alterando as condições em ambos, como autores ou como réus, quadruplicando seus prazos para contestar ou dobrando-os, em regra, para falar nos autos.

Tal benefício se tem justificado como indispensável e necessário às características de tais entes: a Fazenda, diante da complexidade dos servi-

ços estatais e necessidade de formalidades burocráticas; o M.P., por causa do desaparelhamento e distância das fontes de informação e das provas; a Defensoria Pública, por ambas as razões.

Além da dilação do prazo, há também outras formas de violação à isonomia formal ou substancial, como o caso da dispensa de preparo aos carentes, desde que beneficiário de justiça gratuita, concedida pelo juiz, face à prevalência do bem jurídico VIDA, afetável eventualmente por esse pagamento, se não dispensado; a isenção de caução e a variedade percentual (de 10 a 20%), inclusive sem esses índices, quando vencida a Fazenda, que para muitos tem sido julgado inconstitucional e a própria dispensa do caucionamento da execução, através de depósito, na forma do art. 602, de valor que renda aquele outro necessário ao enfrentamento, ou condições, conforme art. 20, parágrafo 5º, do digesto processual.

Também aflora à questão a regra do recurso obrigatório, ou duplo grau de jurisdição, insculpido no art. 475, II e III, do CPC, segundo o qual a sentença proferida contra a União, Estado e Município e aquela que julgar improcedente a execução de dívida ativa da Fazenda Pública, sofrerá reexame obrigatório pelo órgão recursal competente, devendo o juiz ordenar remessa dos autos ao Tribunal, haja ou não apelação voluntária, ou parte vencida, podendo avocá-los o presidente do Tribunal, se assim não for feito.

Cuida-se de dispositivo que, evidentemente protege a Fazenda e fere o princípio das igualdades formal e material de tratamento às partes e que tem sido recriminado pela quase unânime doutrina.

Formalmente porque, em verdade, não há sentença que julgue execução fiscal improcedente, mas sim que, eventualmente, acolha os embargos manejados pelo devedor. *Substancialmente* porque, se os órgãos públicos têm suas próprias procuradorias, com advogados recrutados, nos termos da Constituição, por concurso, não há razão lógica nem moral para que receba tratamento privilegiado, corrigindo perícia ou desídia de seus representantes, conforme assinala ADA P. GRINOVER (*Os Princípios Constitucionais e o Processo Civil*, ed. 1975, p. 45).

Outro dispositivo aparentemente violador desse princípio é aquele referente ao dever de depósito prévio do percentual de 5% do valor da causa, para a propositura de ação rescisória, do qual é dispensada a Fazenda Pública, conforme art. 488, II e seu parágrafo único.

A dispensa, todavia, se explica, dada a natureza do depósito, de garantir a prévia execução da multa legalmente estabelecida, como verdadeira

antecipação por perdas e danos, decorrente do ataque ao anterior vencedor em demanda transitada em julgado, ante os evidentes e presumidos prejuízos que possa sofrer.

É que a Fazenda Pública é, por presunção legal, solvente, indiscutivelmente, assim entendido dentro do nosso ordenamento, não havendo razão para que adiante valores, como se exige do particular, que não goza daquele conceito legal.

Outros textos poderiam ser examinados, como o da garantia prestável pelo autor de caução que resida fora do país, ou dele se ausente, na pendência de lide, não tendo no país imóveis que lhe assegurem o pagamento de custas e honorários, entendendo ADA GRINOVER (*Os Princípios constitucionais e o Processo Civil*, ed. 1975) ser inconstitucional tal dispositivo, por violar a isonomia, enquanto ARRUDA ALVIM (*op. cit.*, p. 50) o acolhe, justificando seu entendimento com o fato de que aquele que se ausenta não se encontra numa situação jurídico-material de ser eventualmente responsabilizado de forma igual àquele que se encontra presente, via de regra, com seu patrimônio também presente.

Mas é no instituto da revelia que se acha a grande discussão sobre o princípio.

Advindo o texto, em parte, do direito alemão, como adverte a doutrina, apresenta-se a regra do art. 319 como drástica e draconiana, por não ostentar, como no direito tedesco, aquele recurso específico outorgado ao réu de, pela mera manifestação de sua vontade, anular a sentença que tenha considerado por confitentes os fatos da inicial e a possibilidade de novo julgamento, com base nas provas existentes, manifestando-se ARRUDA ALVIM (*op. cit.*, p. 51) pela sua constitucionalidade.

Funda-se ela em que a evolução da regra da *bilateralidade da audiência ou do contraditório* se deu no sentido de distinguir entre a ciência ao réu da existência de processo de seu interesse e o seu comparecimento para se defender, tanto que a figura da citação se torna indispensável para o aperfeiçoamento da relação processual triangular. É evidente, diz ele, que se se descuida de dar ciência ao réu, não poderá ele defender-se e, portanto, deduzir sua contestação, exceção etc... Mas tal ciência é o essencial, o ôntico à bilateralidade, e não o comparecimento do interessado, que é titular de seu patrimônio e de seu direito, e deles pode dispor.

Tanto que a lei ressalva que a revelia não produzirá os efeitos previstos se se tratar de direito indisponível, caso em que os fatos devem ser

provados pelo autor.

Outro ângulo da questão, em sede doutrinária, reside na outorga de curador especial, em processo de execução.

É que nele o autor, ou exequente, busca a satisfação de um direito que já lhe foi reconhecido por decisão judicial trânsita, ou a tal assemelhada por lei, como o título extrajudicial, cujo valor e eficácia é àquela equiparado, razão pela qual prevalece aqui o chamado princípio da *superioridade*, ou da *eminência do credor*.

Ocorrendo a revelia finalmente, através da não apresentação de embargos pelo devedor, citado por edital ou hora certa, seria correto, com fulcro no art. 9º, II, do pergaminho processual, outorgar-lhe a nomeação de curador especial, com poderes para fazê-lo?

A justificativa para tal figura é a não certitude, em casos que tais, de uma citação ficta, em que não se sabe, ao certo, se o devedor foi, ou não, validamente citado, ou seja, se, não obstante a abertura de prazos dilatatórios ou peremptórios, teve ele pleno conhecimento ou existência de lide que o atinja!

Do ponto de vista rigorosamente dogmático, não caberia tal nomeação, eis que os embargos do devedor têm natureza eminentemente desconstitutiva, cuja finalidade é desfazer o título judicial ou extrajudicial, em que se funda o exequente, o qual já obteve anterior sentença favorável.

Do ângulo da igualdade substancial, porém, os embargos apresentam conteúdo de defesa, sobretudo em relação aos títulos extrajudiciais, em que a lei (art. 745, do C.P.C.) admite apresentação de qualquer argumento de defesa que seria lícito arguir em processo de conhecimento, e o art. 741 arrola quanto aos títulos judiciais, também a defesa, alusiva a fatos posteriores à condenação.

Até porque nos embargos, ou junto com eles, poderia o embargante-devedor formular exceções, de incompetência e suspeição, que são evidentemente matérias de defesa, como o admite o próprio código, nos arts. 301 e 304.

Daí evoluiu a doutrina, no que tem sido secundada pela jurisprudência dos tribunais superiores, supremo ou estaduais, que em nome de um rigor dogmático não se pode deixar de nomear, em execução, curador ao revel, citado por edital (já que aqui a hora certa não seria possível, legalmente), podendo ele exercer a mesma função processual que teria no processo de conhecimento, ou seja, apresentar todas as defesas possíveis, não aplicando-

se, aqui, o princípio da superioridade ou prevalência do credor.

Finalmente, o princípio da igualdade jurisdicional, apresenta-se sob duas premissas: como interdição ao juiz de fazer distinções entre situações iguais, ao aplicar a lei, e como interdição ao legislador de editar leis que possibilitem tratamento desigual a situações iguais, ou tratamento igual a situações desiguais. Na 1ª hipótese a igualdade implica, também, na criação de tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII) admitindo ela mesma o privilégio de favor, para certas pessoas, em razão de suas condições pessoais. Voltaremos ao assunto quando tratarmos da regra do juiz natural. Na segunda hipótese, a Carta Magna outorga a possibilidade de fulminar-se a lei inconstitucional, através de expresse sistema a respeito de seu controle.

2. *Princípio do Contraditório*

O princípio do *contraditório*, por outros chamado de regra da *audiência bilateral*, é também garantia constitucional, estabelecido entre nós pelo art. 5º, LV, da Carta de 88.

Inerente a outro princípio, segundo o qual o juiz deve ser imparcial, determina a este que, ouvindo uma das partes, não se pode deixar de ouvir a outra, pelo que, como já se viu acima, é intimamente ligado ao princípio da *igualdade* ou da *paridade de tratamento* das partes, e é evidentemente ligado ao processo.

Assim, como assinala ADA GRINOVER (*op. cit.*, p. 55), a *bilateralidade da ação* gera a bilateralidade do processo. Em todo processo há pelo menos duas partes: autor e réu. O autor (demandante) instaura a relação processual, invocando a tutela jurisdicional, mas a relação processual só se completa e põe-se em condições de preparar o provimento judicial com o chamamento do réu a juízo. Somente pela soma da parcialidade das partes (uma representando a tese e a outra a antítese) o juiz pode corporificar a síntese, em um processo dialético.

A Constituição, em único dispositivo (art. 5º, LV) previu o contraditório e ampla defesa, aplicável expressamente aos litigantes, em qualquer processo judicial ou administrativo.

Afastada a impropriedade de se afirmar a existência de processo administrativo, em regra, mero procedimento, eis que nele não há a prestação jurisdicional, como no processo, o que se crê é que o Texto Maior quis ampliar a aplicação da regra da audiência bilateral, impondo a necessidade de que se dê ciência a cada litigante dos atos praticados pelo juiz e pela outra parte, a fim de que ele possa realizar o *contraditório* e até o *princípio da*

recorribilidade, mesmo ainda em fase de discussão administrativa.

Tais fatos levaram ROBERT W. MILLAR (*The Formature Principle of Procedure*, p. 47) a assegurar ser o da *bilateralidade* da audiência das partes o mais importante de todos os princípios processuais, por encerrar, em si mesmo, o do contraditório e ampla defesa, igualdade de tratamento e imparcialidade do juiz.

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, a seu turno (*Processo de Conhecimento*, p. 28), assegura que, ao lado da concessão da Justiça Gratuita a quem não possa remunerar seu advogado, o principal consectário do tratamento igualitário das partes se realiza através do contraditório, que consiste na necessidade de ouvir a pessoa perante a qual seria proferida a decisão, garantindo-lhe o pleno direito de defesa e de pronunciamentos, durante todo o curso do processo, acrescentando que, embora os princípios processuais possam admitir exceções, como o do princípio da igualdade entre as partes, acima analisado, o do contraditório é absoluto, e deve ser sempre observado, sob pena de nulidade do processo, tanto que o código em seu art. 741, I, estabelece a possibilidade de que o executado, através de embargos, possa invocar a nulidade do processo de conhecimento, por vício de citação, desfazendo-se não só a execução, como o próprio título judicial que lhe deu arrimo.

Daí decorre, inexoravelmente, que toda decisão só pode ser proferida depois de ouvidas ambas as partes mas não, ao menos, de lhes ter sido dada a oportunidade de se pronunciar sobre relação processual de seu interesse, que só após a citação estará perfectibilizada, do que decorrem os chamados limites subjetivos da coisa julgada.

Traduzem eles a idéia de que, em regra, ninguém pode ser alvo de condenação senão no processo em que foi chamado que, por isso, só às partes presentes produz eficácia a decisão.

É bem verdade que existem exceções, mas que não violam o princípio.

Uma delas é a do assistente, conforme art. 55, do diploma processual, que não mais poderá, em processo posterior, discutir a justiça da decisão prolatada naquele em que interveio, após seu trânsito, salvo se alegar e provar que, pelo estado em que recebera o processo, ou pelas declarações e atos do assistido, fora impedido de produzir provas suscetíveis de influenciar na sentença, ou que desconhecera a existência de alegação ou de provas de que o assistido, por dolo ou culpa, não se valeu.

Aluda-se também à figura do litisconsorte unitário, ou seja, daqueles que, nos termos do art. 47, do C.P.C., em redação confusa e truncada, devam ter a lide decidida de modo uniforme para todos, por ser lide relativa a titularidade única e indivisível, bastando o ato de um deles para beneficiar os demais, mas impondo-se que todos compareçam ao processo, se a sentença for contrária ao seu interesse, pena de não atingir, exatamente por ofensa à bilateralidade da audiência.

É a hipótese apontada como da coisa julgada, ou de efeitos processuais *secundum eventum litis*, tal como ocorre na ação popular (Lei nº 4.717/65), cujo art. 18 estabelece que a sentença em tais feitos terá eficácia de coisa julgada *erga omnes*, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente, por deficiência de prova, caso em que qualquer cidadão poderá intentar ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

PONTES DE MIRANDA (*op. cit.*, p. 88) chama a este de princípio da *audição jurídica*, ou da ouvida necessária ou de direito (*Grundsatz der richtlichen Gehörs*) assegurando que “qualquer processo civil, ainda que arbitral, submete-se à teratologia de que só se pode prosseguir com a ouvida da outra parte; e o próprio autor, no que lhe interesse após a petição, tem que ser ouvido. Quando se pratica o ato processual, sem se ter ouvido a parte, que teria prazo para falar, ou algo determinar, infringe-se o princípio da *audição jurídica*. Não se pode renunciar de início, ou em geral, às audiências ou vistas, mas é renunciável o direito à audiência ou vista em cada ato processual”.

3. Princípio da Ampla Defesa

Imposto no art. 5º, LV, do Texto Maior, funciona como complemento inevitável do princípio do contraditório.

Efetivamente, se se entende não se poder admitir a relação processual sem a presença do réu, que a ela deve ser chamado, seria absolutamente inócuo o regramento se, comparecendo a juízo para se defender, e opor-se à pretensão do autor, o réu não pudesse, em juízo deduzir toda a prova de seu interesse.

Daí ser chamada de pleonástica a expressão “ampla defesa”, já que toda defesa, como garantia constitucional, deve ser a mais ampla possível, inadmitindo-se a sua prévia limitação.

4. Princípio da Imparcialidade do Juiz

Chamando a si o Estado o dever de efetuar a prestação jurisdicional, ou seja, de fazer justiça ao cidadão, desde o momento em que proibiu o

exercício da justiça pelas próprias mãos; é indissolúvel o conceito de jurisdição do processo.

Daí decorre que a justa composição da lide, a solução do conflito de interesses entre as partes, só pode ser obtida através de processo regular, em que as partes tenham igualdade de tratamento, sob o regime do contraditório e da ampla defesa e perante um juiz imparcial.

Mirabeau, perante a Assembléia Constituinte, reagindo contra os juízes secretos e de caráter inquisitivo do período reinol, manifestou expressivo pensamento, ao declarar: *donnez-moi le juge que vous voudrez: parcial, corrupt, mon ennemi même, si vous voulez, peu m'importe pourvu qu'il ne puisse rien faire qu'a la face du public*".

Era a imperiosidade de que o juiz fosse imparcial, ainda que apenas diante do público, consagrando não só esta característica, como também a independência, a autoridade e a responsabilidade do juiz.

Para garantir tal imparcialidade, a Carta Magna outorga à magistratura predicamentos inafastáveis, em seu art. 95, a saber: a *vitaliciedade* que, no 1º grau, só será adquirida após 2 anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do Tribunal a que o juiz estiver vinculado e, nos demais casos, de sentença judicial, transitada em julgado; a *inamovibilidade*, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII; e a *irredutibilidade de vencimentos*, observado quanto à remuneração o que dispõem os arts. 37, XI; 150, II; 153, III e 153, par. 2º, I, da Carta.

Salta aos olhos que, embora garantia do magistrado, tais regalias lhe são outorgadas em busca de independência e imparcialidade, em que não estão subjugadas a qualquer valor outro que não seja o da sua conveniência e disponibilidade, na interpretação e aplicação da lei, a cada caso concreto.

Por isso mesmo, impõe-lhe a Carta Política, naquele mesmo dispositivo, as proibições de (I) exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; (II) receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo; e (III) dedicar-se à atividade política partidária.

Efetivamente, só um juiz imparcial poderá exercer eficazmente os demais princípios constitucionais aplicáveis ao processo, sem ressalva ou subterfúgio, considerando que a maior das ditaduras é exatamente a da inteligência.

Garantindo tal princípio, um outro, também de nível constitucional, surge no art. 93, IX, da Carta Magna, relativo a motivação das decisões.

5. Princípio da Motivação das decisões

Foi erigido pela Carta de 88 um princípio constitucional do direito processual, através da regra inserta no art. 83, IX, pela qual “todos os julgamentos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e seus advogados, ou somente a estes”.

O texto consagra também o princípio da publicidade, que, como antes examinados, diz respeito não só à imparcialidade do juiz, como à motivação de todas as decisões e, afinal, à própria recorribilidade delas.

Interessa-nos, por ora, o exame da motivação, que diz respeito à garantia constitucional ao jurisdicionado de que as decisões judiciais não extrapolam os limites da lei e da interpretação que a elas tem dado o julgador.

Dissertando sobre o tema, o Professor JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA ensina.

Hoje, têm-se no diploma de 1973 o artigo 131 (“o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”); o artigo 458, que arrola, entre os “requisitos essenciais da sentença”, no inciso II, “os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito”; e, ainda, o artigo 165, que estende aos acórdãos a incidência do artigo 458, acrescentando que “as demais decisões” (isto é, as interlocutórias) também “serão fundamentadas, ainda que de modo conciso”. A conjugação desses dispositivos não deixa margem a qualquer dúvida sobre a adoção categórica e irrestrita do princípio da obrigatoriedade da motivação.

Vê-se, portanto, que o princípio da motivação das decisões judiciais se vincula a diversos outros regramentos. Um deles é, diante de justificativa de decisão, e de sua publicidade, a confirmação da imparcialidade do juiz, tal qual afirmou MIRABEAU. O outro é a legalidade da decisão, eis que só conhecendo as razões de decidir, poder-se-á conhecer o papel desempenhado no processo decisório, pelas opções valorativas do julgador, por exemplo, ao concretizar conceitos jurídicos abstratos, como *bons costumes*, *exercício regular do direito*, *interesse público* e outros análogos, como acentua

BARBOSA MOREIRA (*A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito*, p. 116). O terceiro seria o controle da discricionariedade do juiz que, podendo escolher entre vários caminhos ditados pela prova dos autos, pode optar por qualquer deles, mas está obrigado a se justificar, conforme o artigo 131, do digesto processual.

Outro, finalmente, é o de buscar a reforma da decisão que, por desatendimento aos ditames acima, se revele diferente ou incorreta, chamado de recorribilidade.

6. *Princípio do Devido Processo Legal*

É no sistema das normas de direito processual que se apresentam os princípios gerais, informativos e fundamentais do processo civil moderno, consoante a regra imposta pela Carta Magna de 88, em seu art. 5º.

Efetivamente, só a preexistência de regras processuais imutáveis, ou pelo menos, cuja alteração não acarreta prejuízo a qualquer das partes, é que pode garantir não apenas a igualdade entre as pessoas, como a própria justiça da decisão.

Atendendo a esse princípio genérico, haurido do *due process of law*, do direito americano, encontramos princípios outros, de ordem constitucional e legal, tais como o do juiz natural, proibição de tribunais de exceção, promotor natural, duplo grau de jurisdição, ou recorribilidade das decisões e motivação das decisões judiciais, além da obediência às formas previamente estabelecidas.

É, portanto, princípio que encerra os quatro tipos de regras ou princípios gerais da dogmática jurídica, a saber: o princípio *lógico*, buscando a verdade sem erro; princípio *jurídico*, usando a igualdade no processo e justiça na decisão; o princípio *político*, trazendo o máximo de garantia social com o mínimo de sacrifício individual e o princípio *econômico*, tornando acessível a justiça a todos.

A maior emanção desse princípio é a do *juiz natural*, insculpido no art. 5º, LIII, da Carta Magna, assim entendido aquele que não só consagra a tese de que juiz é aquele investido de função jurisdicional, afastando julgamentos por outro poder, como ainda impede a criação de tribunais de exceção ou *ad hoc*, para o julgamento de causas cíveis ou penais.

Assegura ADA GRINOVER (*op. cit.*, p. 33) que “as modernas tendências sobre o princípio do juiz natural nele englobam a proibição de subtrair o juiz constitucionalmente competente, vale dizer, aquele que tinha sido previamente indicado pelas leis processuais vigentes, de modo que a

garantia se desdobra em 3 princípios a saber: a) só são órgãos jurisdicionais aqueles que tenham sido constituídos pela constituição; b) ninguém pode ser julgado por órgão constituído após a ocorrência do fato, já que isso importaria num tribunal de exceção, criado precipuamente para aquele julgamento; c) entre os juizes pré-constituídos, vigora uma ordem expressa de competências, a qual exclui qualquer possibilidade de discricionariedade de quem quer que seja.

Este princípio, como já visto, complementa e é complementado pelo da imparcialidade do juiz e pelas prerrogativas constitucionais da magistratura, além das vedações à sua atuação, sempre no sentido de garantir às partes a lisura da prestação jurisdicional.

A própria Declaração Universal dos Direitos do Homem, constante da Assembléia Geral das Nações Unidas, reunida em Paris, em 1948, assegura, em prol da imparcialidade do juiz e da defesa da personalidade humana, que “toda pessoa tem direito em condição de plena igualdade, de ser ouvida, publicamente e com justiça, por um tribunal independente e imparcial, para a determinação de seus direitos e obrigações ou para o exame de qualquer acusação contra ela em matéria penal”.

Além da regra do juiz natural, entendemos que o princípio do devido processo legal também agasalha a *do promotor natural*, ou seja, a do órgão do Ministério Público que, nos termos do art. 127, da Carta Magna, é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica do regime democrático, e os interesses sociais e individuais indisponíveis.

Para garantir a imparcialidade do órgão de atuação do M.P., no sentido de fiscalizar a aplicação da lei, como lhe determinarem as leis do processo, atendendo a defesa da ordem jurídica e colaborando com a função jurisdicional, a Constituição assegurou ao M.P. a indivisibilidade, a unidade e a independência funcional, sendo garantida autonomia funcional administrativa e elaborando sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.

Goza, segundo o art. 128, § 5º, I, das mesmas prerrogativas da magistratura, ou seja, vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, recebendo as mesmas vedações que os magistrados conforme inciso II do mesmo texto e recebendo, da Carta Magna, funções institucionais que, ao mesmo tempo que limitam as suas funções, lhe atribuem pesados encargos, no sentido de preservar os direitos assegurados na Constituição

pelos poderes públicos e pelos serviços de relevância pública.

Não se pode deixar de inferir, diante desse quadro, ser o M.P. órgão integrante do devido processo legal, em busca da prestação jurisdicional, sobretudo com vistas à justiça e segurança das relações sociais e jurídicas.

Finalmente, decorre também do devido processo legal, a regra segundo a qual, atendendo ao princípio jurídico e ao político (v. supra), o processo é mero instrumento para realização do direito.

7. Princípio da Recorribilidade ou do Duplo Grau de Jurisdição

Mesmo que se tenham criado regras fundadas no princípio *jurídico*, visando à justiça das decisões judiciais, e no *lógico*, buscando a verdade, sem erro, muitas vezes é possível que, por variadas razões, sobretudo errôneas interpretações dos fatos e das leis, essas metas não tenham sido atingidas, razão pela qual, a jurisdição deve escalonar-se em graus (em geral dois).

É a aplicação do princípio chamado *da recorribilidade* ou *do duplo grau de jurisdição*, que garante à parte um novo julgamento, em regra por órgão denominado de “jurisdição superior” (ADA e DINAMARCO, *op. cit.*, p. 72), e que tem sido acolhido pela generalidade dos sistemas processuais contemporâneos, inclusive o brasileiro.

Não vem expressamente mencionado na Carta Federal vigente, mas dela decorre quando, em seu art. 5º, inc. LV, estabelece o direito à ampla defesa, ao contraditório, com “os meios e os *recursos* a ela inerentes”.

Da mesma forma, no artigo 102 e seguintes, reguladores do Poder Judiciário, quando atribui competência recursal a vários órgãos superiores, aos quais outorga a denominação de *tribunais*, ocorrendo exceção, apenas, em relação a decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em matéria de sua competência originária.

Repousa este princípio, não só no atendimento ao natural inconformismo das partes quanto a decisões que lhes sejam desfavoráveis, como, principalmente, na preservação da imparcialidade dos juízes e legalidade das decisões, ou até mesmo na possibilidade de que determinadas decisões sejam *injustas* ou *erradas*, exigindo-se sua reforma.

A ele se opõem alguns tratadistas, apresentando três argumentos, a saber:

1. O erro e a injustiça podem ocorrer no tribunal recursal, ao fazer julgamento que modifique a decisão de grau anterior, a qual, na verdade, é que estaria correta e acorde com a lei e a justiça;

2. é ineficaz e desnecessária a decisão recursal, quando confirme

a anterior, que não merecia ser reexaminada, o que afronta a economia processual;

3. ao apontar erro ou injustiça na decisão anterior reformada, a decisão emanada de órgão recursal é sempre perniciosa ao prestígio e respeitabilidade do Poder Judiciário, fomentando desavenças e incentivando o desrespeito, além de desprestigiar um Poder da República.

Mas não é ordem psicológica, nem mesmo técnico-jurídica a necessidade do duplo grau de jurisdição, como também, a da fundamentação das decisões judiciais, a ela ombreadas, senão de ordem política.

É que nenhum órgão, atendendo ao sistema de harmonia estabelecido pela Carta Federal, pode ficar infenso ao controle de outro, sobretudo no Poder Judiciário, onde seus membros não são eleitos pelo povo, a quem devem prestar seus serviços, mas por concurso ou designação de outros órgãos estatais.

Inexistindo - e realmente não pode existir - qualquer possibilidade de controle *externo* sobre as decisões dos magistrados, pena de serem violados todos esses princípios, o que os tornaria vulneráveis e inseguros, só pode o controle ser exercido *internamente*, através de órgãos que lhes examinem o conteúdo das decisões, para aquilatar justiça e legalidade, sendo isso até caminho político para a própria reestruturação das leis ou de sistemas legais, referentes a certos institutos de direito, cuja imperfeição seja, e muitas vezes o é, proclamada pelos julgadores, ao fazerem a aplicação das leis a cada caso concreto.

E o sistema é tão importante que, nos próprios empregos de juizados especiais, alusivos às chamadas causas de pequenos valores, hoje regulado pela Lei nº 9.099/95, admite-se o duplo grau de jurisdição, propiciando-se à parte inconformada a possibilidade de revisão da sentença desfavorável, por outro órgão, do próprio sistema especial, chamado de Conselho Recursal.

IV. Princípios Legais ou Informativos do Processo - Analisaremos, aqui, aquelas regras expressas ou não na lei, sempre decorrentes ou ligadas a um princípio constitucional, e que servem de plataforma comum a embasar todas as teorias processuais e permitir a elaboração de uma teoria geral do processo.

1. *Princípio Dispositivo*

Verificado que o juiz, sempre que autorizado a desencadear o curso processual, ficava vinculado, moral e psicologicamente, à sua posição de

autor, afetando sua necessária imparcialidade, criou-se a necessidade de que outrem instaurasse a ação, pelo que se atribui, em regra, no campo penal o poder ao chamado *promotor de justiça*, em proveito público, encarregado de zelar pelo interesse da coletividade.

Na esfera civil o poder foi entregue à própria parte interessada, àquela que se sentisse atingida pelo comportamento alheio, podendo ela vir a juízo apresentar a sua pretensão, se quiser ou da forma que lhe aprouver, assim como dela desistir, respeitadas as exigências legais.

Como ensina ADA GRINOVER (*Princípios Gerais do Processo Civil*, Ed. Malheiros, in TGP, p. 68) “esse poder dispositivo é quase absoluto, no processo civil, mercê da natureza do direito material que se visa a atuar. Sofre limitação quando o direito material é de natureza indisponível, por prevalecer o interesse público sobre o privado”.

Isto não significa, porém, que o estado atual do processo encarcere o juiz ao arbítrio da parte, embora a ela ele esteja vinculado, como na aplicação do princípio da congruência, a ser adiante examinado.

No processo moderno, os poderes do juiz deixaram de ser de mero expectador, como no direito romano em que “*non liquet*” obrigava as partes a refazer toda a via processual, já que “não restou claro” para o magistrado, passando ele não só a finalizar como sobretudo a impulsionar o processo, determinar provas, chamar terceiros, reprimir comportamentos etc. É o que caracteriza o art. 262, 2ª parte do objeto processual, quando atribui ao juiz, representante do Estado na prestação jurisdicional, o dever de dar andamento ao processo.

2. Princípio do Impulso Oficial

É aquele, como se viu acima, pelo qual o juízo, após o disparo da ação pela parte interessada, nela reclamando a prestação jurisdicional, assume o dever de entregá-la, munido de poderes que para tanto a lei lhe confere.

Assim, o art. 125 do C.P.C. anuncia que ao juiz compete dirigir o processo, conforme a disposição da lei, assegurando às partes igualdade de tratamento (princípio da isonomia ou imparcialidade), velar pela rápida solução do conflito (princípio da economia), prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça (deontologia) e tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes (princípio político), sendo-lhe vedado eximir-se de sentenciar ou despachar, alegando lacuna ou obscuridade da lei, para o que poderá valer-se, se inexistente norma legal aplicável, de regras de analogia, costumes e princípios gerais do direito, decidindo a lide nos limites das

questões propostas e sendo-lhe defeso conhecer de questões não suscitadas, evidentemente que sejam de ordem pública, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

Tem-se afirmado que, ante os termos do art. 130, pode o juiz satisfazer-se com a vontade formal para dirimir a controvérsia, vale dizer, pode apenas deferir, ou não, as questões que as partes tenham formulado, sobretudo em lide atinente a direitos disponíveis, mas a melhor e mais perfeita posição hoje é outra: ante os poderes que, lentamente o processo civil foi conferindo ao juiz, e sendo ele o destinatário da prova, cumpre-lhe aferir não só sobre a necessidade de prova requerida, como também processá-la, para melhor e mais perfeita prestação jurisdicional, conforme preconiza o art. 130, *in fine*, do vigente diploma processual.

A propósito do tema, ADA P. GRINOVER, *op.cit.*, p. 64, assinala:

“Conclui-se pois, que o processo civil não é mais eminentemente dispositivo como era outrora;

“Impera, portanto, no campo processual penal, como no campo processual civil, o princípio da livre investigação das provas, embora com doses maiores de dispositividade no processo civil.

Mais provas do poder conferido ao juiz para o impulso do processo residem no art. 267, II e III, que permitem a sua extinção, sem exame do mérito, por contumácia das partes, determinando ao magistrado apenas a sua intimação para as providências devidas, no prazo assinalado, caracterizando a teimosia da omissão ou negligência.

Mas, como se vê, o art. 128 veda ao magistrado o conhecimento dos feitos não suscitados pelas partes, eminentemente de caráter dispositivo, decidindo a lide nos limites das questões propostas. Tal princípio, de certa forma, é repetitivo no art. 460 do C.P.C., quando proíbe ao magistrado proferir sentença a favor do autor de natureza diversa do pedido, bem como condenar o réu em quantidade superior, ou em objeto diverso do que lhe foi demandado, estabelecendo o chamado *princípio da congruência*.

3. *Princípio da Congruência ou Correlação*

É, como se viu, a regra segundo a qual o juiz, ao decidir a questão que lhe foi proposta, deve manter-se nos limites das questões trazidas, não podendo julgar acima, abaixo (entenda-se omissamente quanto a algum ponto) ou diferentemente do que lhe foi trazido: são as jurisdições ou julgamentos *ultra, intra* ou *extra petita*.

Tal princípio, sem dúvida, decorre não só daquele outro, de sede

constitucional, referente à imparcialidade do juiz, como daquele alusivo à legalidade e à igualdade das partes, não se podendo olvidar o do contraditório, pois se a parte autora efetuou determinado pedido, foi em relação a ele que a outra se defendeu, sendo vedado considerá-la naquilo em que não teve oportunidade de se defender, como também vedado lhe é deixar de examinar algum pedido do autor, de entregar-lhe algo que não pediu, em relação ao *ex adverso*.

Equivale, pois, o princípio da congruência ou da correlação, ao *si-logismo*, isto é, ao processo lógico de raciocínio em que, de uma premissa maior - que é a lei ou o contrato -, cotejada com uma premissa menor, - que são os fatos apontados pelas partes - se conclui estarem, ou não, estes enquadrados naqueles, não se podendo avaliar senão os fatos, tais como ofertados ou provados em juízo.

Assim, da mesma forma que se diz: (P.M.) - Todo homem é mortal; e se afirma: (p.m.) - João é homem; concluindo: logo, João é mortal, se deverá, na sentença dizer: Todo inquilino deve pagar alugueres; ora, João é inquilino, logo, João deve pagar alugueres (conclusão).

É, pois, o princípio da correlação, ou da congruência, um exame conclusivo entre a petição inicial, com seu pedido, fatos e fundamentos, em cotejo com os argumentos da defesa, de modo que o julgador, pena de viciar o processo lógico de raciocínio, e violar os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, não poderá decidir senão nos limites dos fatos e pretensões discutidos, sendo-lhe defeso, por isso, extrapolar daqueles limites.

Apenas o direito é que poderá ser reexaminado, em homenagem à regra *iura novit curia*, ou *mihi factum et dabo jus*, pois o dever de Justiça do Estado, ao entregar a prestação jurisdicional, lhe permite eventualmente, aplicar ao caso regra jurídica diversa da pretendida ou invocada, eis que a norma é de interesse público. Para alguns, o termo correlação diz respeito à *quantidade* da condenação, enquanto o da *congruência* se refere à natureza da sentença.

Dá se infere, também, que o processo é conjunto de atos, ordenados e vinculados entre si, através dos quais o Estado presta a jurisdição, sendo, portanto, mero instrumento dessa entrega de Justiça.

Decorre disso o outro princípio a seguir examinado.

4. *Princípio da Instrumentalidade*

Processo é instrumento de Justiça, é conjunto de regras através das

quais o Estado, através do Poder competente, presta a jurisdição, dirimindo conflitos, trazendo a paz e a segurança às relações entre seus cidadãos.

Assim, o princípio da instrumentalidade do processo, para alguns apenas instrumentalidade das formas, é aquele segundo o qual, quando a lei prescrever ao ato determinada forma, sem cominar nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.

Conforme registrado na Revista nº 65/183, do STJ, órgão encarregado da aplicação em última instância, da legislação infraconstitucional (art. 105, da C.F.), sobre o recente X Congresso Mundial de Direito Processual é no art. 244, do nosso código processual de 1973, que se encontra a mais bela regra do atual direito processual, pois nele se valorizam e dimensionam corretamente a finalidade do processo, considerando-se válido o ato que, se atendendo embora a forma legal, sem vício de nulidade porque ausente qualquer prejuízo, tenha atingido seu efeito dentro do processo (princípio jurídico e político), ensejando a entrega da prestação jurisdicional sem mais despesas ou da forma mais rápida possível.

5. Princípio da Substanciação

É aquele pelo qual o autor, já na inicial, ao apresentar sua pretensão, deve indicar os fatos e os fundamentos da sua pretensão, as razões pelas quais vem a juízo em busca da subordinação da vontade alheia à sua própria vontade, o que só através da ação do Estado se mostra possível.

Demonstra o Prof. JOSÉ AUGUSTO GALDINO DA COSTA (*Princípios Gerais do Processo Civil*, Editora Proqram, p. 52) que este princípio impõe ao autor o ônus processual de indicar, na petição inicial, *a causa petendi próxima e a remota*, conforme estabelecido pelo art. 282, III, do C.P.C., pena de indeferimento (art. 284), apontando a lição de Lobão (J.J. Caetano Correia e Souza).

A lição não foi aceita exatamente assim pela doutrina, que vê na causa remota a relação jurídica, de caráter prévio e abstrato, de onde emanavam direitos subjetivos e deveres jurídicos ou direitos potestativos que podem ser exigidos pelos autores demandantes, em face dos réus demandados, podendo também o pleito incidir sobre mera declaração jurídica, existência dessa relação, ou falsidade de documento, conforme art. 4º, do CPC, bastando que, ao lado desse fundamento, ou causa remota, se aponte a causa próxima, ou fato, configurado pelo comportamento do réu e ensejador do inconformismo do demandante.

Assim, numa ação de indenização, o fato (causa próxima) é o dano oriundo do ato ilícito praticado, e o fundamento (causa remota) é a lei, que impõe ao causador do dano, por ato ilícito, o dever de reparar o mal causado.

Também, numa ação de separação, o fato (a causa próxima) será a grave violação do dever legal, enquanto a causa remota, ou fundamento, é a relação jurídica estabelecida pelo casamento, onde são impostos direitos e deveres aos cônjuges.

É exatamente desse binômio: fato-fundamento que o réu deverá defender-se, por conta do princípio do contraditório e ensejando sua oportunidade de impugnar os fatos e o direito alegado pelo autor.

6. Princípio da Impugnação especificada

Inerente ao contraditório, este princípio, consagrado no art. 302 do estatuto procedimental, afirma caber ao réu, na contestação, manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial, presumindo-se verdadeiros os fatos não impugnados, salvo se: 1 - não for admissível, a seu respeito, a confissão decorrente do silêncio; 2 - se a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento público, que a lei considerar da substância do ato; e 3 - se estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto.

Ressalta a lei, todavia, que esta regra quanto ao ônus da impugnação especificada dos fatos (e não da regra jurídica apontada, como já vimos) não se aplica ao advogado dativo, ao curador especial e ao órgão do Ministério Público, considerando-se advogado dativo também o Procurador nomeado pela assistência judiciária, os quais ficam dispensados dessa impugnação, podendo fazer a genérica.

Conseqüência da aplicação desta regra é que a eventual revelia, na confissão do fato impugnado, que também não se aplica à Fazenda Pública, consoante jurisprudência dominante, ante a natureza do direito em litígio, que é de interesse público (RTJ 84/613), não é conhecida em relação as pessoas mencionadas, e a contestação “por negação geral dos fatos” torna os mesmos controvertidos (RT 497/118), transferindo ao autor o ônus de provar nas suas alegações, ainda que não impugnada por qualquer daqueles antes acima descritos.

Aduz a lei, no art. 303, que a contrariedade dos fatos, na defesa, é tão importante, inclusive para efeitos da aplicação do princípio da congruência, ou da correlação, que só é lícito deduzir nas alegações, depois

da contestação, quando: I - relativo a direito superveniente; II - competir a juiz dela conhecer de ofício, o que até tornaria redundante a oportuna alegação; III - por expressa autorização legal, puderem ser formuladas em qualquer tempo ou juízo, como nas hipóteses da competência absoluta (art. 113), ou prescrição, ou ainda, segundo alguns, na hipótese do art. 264, § 3º, em relação aos pressupostos processuais ou condições para o legítimo exercício do direito acionário.

Por oportuno, ressaltamos, quanto a última questão, nosso entendimento no sentido de que, quando a lei (art. 267, § 3º do CPC) afirma que o juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, enquanto não profunder sentença de mérito (entenda-se também, acórdão) de matéria constante dos nºs IV, V e VI (pressupostos processuais e condições gerais ou especiais para o legítimo exercício do direito acionário), fê-lo independente de preclusão, apenas para aquelas questões que não tenham sido ainda examinadas, embora disponíveis às alegações das partes.

Como afirma GALENO DE LACERDA em lapidar lição, repetida na RTJ 100/7:

“A preclusão no curso de processo depende, em última análise, da disponibilidade da parte em relação à matéria decidida. Se indisponível a questão, a ausência de recurso não impede o reexame pelo juiz. Se disponível, a falta de impugnação importa concordância tácita à decisão. Firma-se o efeito preclusivo não só para as partes, mas também para o juiz, no sentido de que vedada se torna a retratação.”

7. Princípio da Estabilidade da lide

Valendo-se do exemplo acima, ditado pelo art. 303, segundo o qual não pode a parte, após a defesa, aduzir novos argumentos, senão os admitidos pela lei, e considerando que também ao autor foi imposto o ônus de, na inicial, declarar os fatos e os fundamentos de seu pedido, temos como consequência inicial, que a lide já estará caracterizada, assim entendida lide como a pretensão do autor, resistida pelo réu, segundo LIEBMAN.

Fundado no princípio fundamental, porque constitucional, da igualdade entre as partes, dispõe a lei, através do art. 264 do CPC que, feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições

(*rectius*: sucessões) permitidas em lei, sendo absolutamente vedada, mesmo se o réu a consentisse, a alteração do pedido, ou da causa de pedir, após o saneamento do feito.

É o chamado *princípio da estabilidade da lide*, segundo o qual, se o autor já apresentou, atendendo à regra da substanciação, seu pedido justificado pelos fatos e fundamentos, e se o réu já foi convocado a sobre eles se pronunciar, não poderá mais o autor modificar sua pretensão sem anuência do réu e, depois de ultrapassado o momento da defesa, com o conseqüente saneamento, nem mesmo com o consentimento de ambas as partes isso será possível, eis que foi iniciado o julgamento do feito, através do saneamento, pelo que a eventual modificação corresponderia a outra causa, caracterizada pelo pedido e/ou causa de pedir diversa, ensejando também diverso julgamento.

Ambas as limitações temporais, todavia, além de impor a aplicação do presente princípio, também revelam - e já expressam que, normalmente, os princípios estão aglutinados num mesmo texto legal - a presença de outro princípio, que é o da eventualidade.

8. *Princípio da Eventualidade*

Por este princípio, devem as partes alegar, na oportunidade própria, aberta pela lei, ou por ocasião do exercício de faculdade processual, todas as pretensões ou decisões de mérito, ou de defesa, ou de rito, não o podendo fazê-lo em outra oportunidade, no mesmo processo.

Mesmo que tais alegações sejam aparentemente contraditórias, ou conflitantes, no momento em que são feitas, devem ser elas apresentadas naquela oportunidade, não podendo a parte, salvo permissivo legal, aguardar o julgamento de cada uma delas, para apresentar a outra, pena de se eternizar o julgamento e a demanda.

Assim, assinala JOSÉ AUGUSTO GALDINO DA COSTA (*op. cit.*, p. 115) que “todas as alegações devem ser feitas cumulativamente, ainda que no momento não apresentem interesse atual e que tenham sido alegadas em via subordinada, no sentido de que somente sejam decididas, na eventualidade de que as deduções propostas em via principal sejam rejeitadas”.

Assim, a desvantagem da cumulatividade da alegação, pela eventualidade, também se caracteriza se a parte não pode fazer tardias alegações que possam trazer seus elementos de convicção em juízo, enquanto, de outro lado vale o princípio para ajudar a rapidez do processo (princípio da celeridade), impondo às partes a prévia colocação nos autos de todos os seus

argumentos, evitando o prejuízo de uma em favor de outra parte, menos técnica e mais guiada por artimanhas processuais.

Da imposição nesse princípio, ou seja, da impossibilidade de argumentações extemporâneas, decorre outro princípio, que o garante e reforça, conhecido como da preclusão.

9. *Princípio da Preclusão*

É o princípio pelo qual, ultrapassado o momento e o tempo próprios para a prática do ato, não mais poderá ser ele efetuado, porque preclui, ou seja, *pre* (prefixo latino = antes) e *cludere* (variação verbal do verbo *claudo* - *is, si, sum, ere* = fechar) o seu direito de fazê-lo.

Em regra, aplicável às partes, também se estende aos julgadores, conforme a regra do art. 473, do CPC segundo o qual é defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão, na medida em que não poderá examinar questão já superada, sendo-lhe permitido, evidentemente, a qualquer momento, conhecer de questão indisponível à parte, ou de direito.

Tal é nosso entendimento, por exemplo, a respeito da preclusão nas questões referentes ao art. 264, § 2º, do CPC, como expusemos anteriormente na análise do princípio da eventualidade.

Exemplo típico de preclusão é a do art. 245 do estatuto processual, onde se afirma que “a nulidade dos atos (*rectius*: anulabilidade) deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão”, não se aplicando a regra àquelas nulidades que o juiz deve declarar de ofício, como no prefalado art. 264, § 3º, ou no art. 301, § 4º, e no art. 303, II, isto é, nas hipóteses relativas ao compromisso arbitral e puderem as partes, por expressa disposição legal, formular questões em qualquer tempo e juízo, como a prescrição e a incompetência absoluta.

A doutrina vem desenvolvendo diversas espécies de preclusão, a saber:

a) consumativa

Atribuída a CÂNDIDO DINAMARCO, ou, ao menos, por ele desenvolvida, é a modalidade de preclusão, em que a parte, por praticar o ato, ou exercer a faculdade, ainda dentro do prazo processual, não mais poderá modificá-lo ou aditá-lo, ainda dentro do seu lapso temporal, eis que, ao consumir o ato, entende-se tenha afirmado desnecessário o restante do prazo, não utilizado.

Assim é, *v. g.*, quando a parte apresenta seu recurso antes do fim do lapso temporal, desacompanhado do comprovante de pagamento de cus-

tas, ou de eventual documento indispensável pela lei, sendo-lhe vedado *a posteriori*, mesmo que dentro do prazo legal, complementar ou corrigir o ato praticado.

b) preclusão temporal

É a geralmente conhecida como simplesmente preclusão, pela qual as partes, tendo prazo para o ato ou faculdade, não o exercendo no tempo hábil, ficam impedidas de fazê-lo, após o seu curso, ou seja, extemporaneamente.

c) preclusão lógica

É a perda, ou impossibilidade lógica, ou prática de ato, ou faculdade, em contradição com atos anteriores, ofendendo a lógica do comportamento das partes.

Dispõe o art. 503 do C.P.C., *v.g.*, que a parte que aceitar expressa ou tacitamente a sentença na decisão, não poderá dela recorrer.

Sirvam de exemplos a entrega das chaves, na ação de despejo decretada, ainda dentro do prazo de recurso que, com isso, fica logicamente precluso, por se entender a renúncia do inquilino.

Também, conforme a Lei de Desapropriação, o depósito complementar prévio, pelo expropriante, ante o pleito de imissão provisória na posse do bem desapropriado, o que vale como concordância com a decisão que o impôs, afastando o cabimento do recurso, ainda que dentro do prazo legal.

d) preclusão ordinatória

Consiste na perda da possibilidade de praticar o ato, ou exercer faculdade, se precedida do exercício irregular da mesma possibilidade.

Assim, não podem ser recebidos os embargos do devedor, antes de garantido o juízo pela penhora, ou para depositar, conforme a hipótese:

O Professor ANTONIO ALBERTO BARBOSA (*in A Preclusão Processual Civil*, RT, 2ª edição, 1992) assegura que “se a faculdade deve ser exercida de determinado modo, e segundo determinadas formas, decorre disso que o exercício irregular preclui, nos casos estabelecidos pela lei, qualquer outro exercício. Ela é a típica expressão do princípio da auto-responsabilidade da parte e corresponde às exigências de um ordenado e rápido desenvolvimento do processo”.

e) preclusão máxima; ou coisa julgada

Significa este tipo de preclusão que a parte, deixando ultrapassar o prazo para a prática do ato, por qualquer que seja o motivo, nada mais pode pleitear naquele feito, eis que já decidido por sentença trânsito, seja por extinção do processo sem exame do mérito (coisa julgada material),

sendo defeso a ela pleitear, e ao juiz decidir naquele feito, esgotadas as possibilidades de praticar o ato ou do exercício de faculdade. Seu objetivo é impedir que, ofendendo a segurança das relações jurídicas, se venha a proferir uma sentença, no mesmo ou em outro processo, conforme a hipótese, envolvendo as mesmas partes, mesmo pedido e mesma causa de pedir. Se o for, a segunda decisão, por tal fato, poderá ser rescindida.

10. *Princípio da Publicidade*

Decorre esse princípio informativo não só daquele estrutural, ou fundamental, inerente à imparcialidade do juiz, como do princípio *due process of law*.

Como afirma ADA P. GRINOVER (*op. cit.*, p. 67) é ela “preciosa garantia do indivíduo, no tocante ao exercício da jurisdição. A presunção do público, nas audiências, e a possibilidade de exame dos autos, por qualquer pessoa, representam o mais seguro instrumento de fiscalização proposta sobre a obra dos magistrados, promotores públicos e advogados. Em última análise o povo é o juiz dos juízes”.

Como se viu, foi pela Revolução Francesa, ao se insurgir contra as arbitrariedades da realeza, julgamentos secretos e imotivados, que surgiu este princípio, difundido por MIRABEAU, perante a Assembléia Constituinte, situando-o como marco da independência, imparcialidade, autoridade e responsabilidade dos magistrados.

Presente na lei, sofre por ela algumas restrições, de interesse público, como no art. 155 do CPC, onde se permite o chamado *segredo de justiça*, em restrição à publicidade do processo, quando: I) o exigir o interesse público; II) disser o processo respeito a casamento, filiação, separação de cônjuges, converção da separação em divórcio, alimentos e guarda de menores, restringindo o direito de consulta e certidões dos autos apenas às partes e seus procuradores, admitindo ao terceiro somente o direito de obter, por pedido ao próprio magistrado, certidão do dispositivo (e não à fundamentação da sentença) bem como de inventário e partilha resultante de desquite.

Prevaleceu aqui, sobre o da publicidade, e suas razões, princípio mais de respeito e sigilo à imagem e privacidade das partes, no tocante às suas relações conjugais e familiares, não expostas normalmente - e por preserváveis - ao conhecimento e ridicularia pública, eis que em tais feitos são expostas e analisadas questões do tão só interesse das partes e alusivas a seus direitos personalíssimos.

Como alerta ADA GRINOVER (*op. cit.*, p. 69), publicidade, como

garantia política - cuja finalidade é o controle da opinião pública nos serviços de justiça - não pode ser confundida com sensacionalismo, que afronta a dignidade humana, cabendo à técnica legislativa encontrar o justo equilíbrio e dar ao problema a solução mais consentânea, em face da experiência e do costume de cada povo.

Mesmo em última hipótese, não expressamente contempladas na lei, tem-se admitido possa o magistrado, graças ao poder de que é investido e do princípio da autoridade do processo, bloquear ou restringir o afluxo de curiosos aos atos processuais, igualmente incitada pela mídia, respeitando, assim, as partes da execração pública, que nada tem a ver com a publicidade do ato, por interesse público, obviamente.

11. *Princípio da Economia Processual*

Decorrente da regra fundamental do princípio econômico que, como acentuou JAIME GUASP, reside em aplicar-se o direito processual para obtenção da prestação jurisdicional no máximo de resultado com o mínimo de esforço, não se sente ele apenas poupador de gastos e custas das partes, senão de dispêndio desnecessário de qualquer outro bem.

Efetivamente, ligado ao princípio da instrumentalidade, ou do aproveitamento do ato, este princípio justifica a prática e validade do ato a “*se desdobra a su vez en economia de dinero, de tiempo y de trabajo*” (GUASP, *Des. Proc. Civ.*, p. 26).

Para CHIOVENDA, o princípio nada mais revela que a aplicação da tradicional e indiscutível lei social do *menor esforço* à atividade jurisdicional, eis que ninguém faz, com muito esforço, aquilo que pode fazer com pouco esforço.

Daí a existência de regras como a preclusão, a conexão (arts. 102 a 111, do CPC) e o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, que também envolvem à economia processual e a garantia fundamental do devido processo legal.

12. *Princípio da Perpetuatio Jurisdictionis*

O princípio, ao se traduzir como o da perpetuação da jurisdição (*rectius*: da competência) se liga, evidentemente a outros princípios fundamentais, como do devido processo legal, da legalidade ou da imparcialidade do juiz.

Por ele, conforme art. 87 do digesto processual, determina-se a competência no momento em que a ação é proposta, sendo irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo

quando suprimirem o órgão judiciário de alterarem a competência, em razão da matéria ou da hierarquia.

Significa dizer que o órgão competente, a quem foi validamente distribuído o feito, no início, competente será para seu julgamento, até o final do processo, ressalvadas as hipóteses legais.

Quer-se, com a adoção do princípio, evitar a burla ao devido processo legal e, particularmente, ao princípio do juiz natural, o que ocorreria, v.g., se a parte, após o início do feito perante o juiz legalmente competente, mudasse seu domicílio ou o objeto da causa, como também o direito em que se fundou fosse alterado.

Mas o princípio, em nome da economia processual, e até no da legalidade, pode ceder:

a) nos termos da própria lei (art. 87 do CPC), se extinto o órgão judiciário, como por exemplo a vara ou comarca, passando o feito à competência de outra que for em substituição designada;

b) se alterada a competência do órgão primitivo, em razão da matéria ou da hierarquia, como no caso de extinção ou desmembramento de varas, dividindo-se sua competência, pelo que a anterior não mais terá possibilidade jurídica do exame da questão, a ser entregue à outra;

c) no caso de desmembramento de comarca, quando ele cede à exceção: os processos iniciados na comarca desmembrada serão transferidos para a nova, em atendimento às superiores razões do interesse público, como assinala EDSON PRATA (*Comentários ao C.P.C.*, Forense, 1987, vol. 2, p. 303);

d) finalmente, ocorrendo a conexão de causas (art. 102 e segs. do CPC) o órgão inicialmente competente poderá perder sua competência em face de outro, atendidos os pressupostos legais (art. 106 e 219 do CPC) prevalecendo o interesse público do *simultaneus processus*, e gerando a impossibilidade lógica de que um dos juízos, perdendo sua competência, possa conhecer de outra causa.

13. Princípio do Ônus da Prova

Sintetiza este princípio o encargo, ou ônus, atribuído à parte que alega o fato, de trazer os elementos probatórios do que afirma, a fim de que possa o juiz estabelecer aquele silogismo jurídico de que se falou, ao analisar o princípio da congruência, ou da correlação.

Segundo o brocardo latino *onus probandi incumbit eius qui dicit, non qui negat*, ou seja, o dever de provar é de quem afirma o positivo, e não de quem

simplesmente nega, já que a prova do negativo é impossível (ou diabólica).

Pode, ainda, a parte, além de provar os fatos, conforme imposição do art. 333, I (ao autor) e II (ao réu), ser chamado, também a provar o direito, vale dizer, a existência e vigência da lei, em norma de direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, quando solicitado pelo juiz, eis que este só está obrigado a conhecer a lei federal, dispensando a parte de comprovar sua existência e vigência.

Ante, porém, a moderna tendência publicista do processo, que vem atenuando a diferença entre o princípio dispositivo, ínsito ao processo civil, e o inquisitivo, típico do penal, foram aumentados o poder do juiz, podendo ele, conforme art. 130 do diploma processual, determinar a produção de provas necessárias à instrução do processo, inclusive, indeferindo as diligências inúteis meramente protelatórias.

Já entenderam os tribunais (RT 593/166 e JTA 141/257) que o julgador de segunda instância, assim como o de primeira, em todas as questões que lhe são postas, tem o direito de formar sua livre convicção, tendo não só o direito, como o dever de converter o julgamento em diligência, sempre que assim entender mais necessário, para uma apreciação perfeita, justa e correta da questão que lhe é posta.

14. *Princípio do Livre Convencimento*

Do exemplo acima, vem o presente princípio, pelo qual se outorga ao juiz o poder de julgar consoante o seu livre convencimento, decorrente da análise da prova que as partes tenham carreado aos autos ou que, por dúvidas, tenha ele mesmo delimitado.

Não se trata de arbitrariedade do juiz, mas de decorrência dos princípios constitucionais da imparcialidade e da independência, ficando ele, todavia, obrigado a motivar as suas decisões, a fim de permitir às partes, ao público e aos tribunais, em caso de recurso, o controle da legalidade e moralidade da decisão.

ADA P. GRINOVER (*op. cit.*, p. 66) ensina que o princípio se situa entre o da prova legal, em que as provas já são adremente valorizadas, cabendo ao juiz apenas aplicá-las mecanicamente, e o do julgamento *secundum conscientiam*, hoje de certa forma presente nos Juizados Especiais, e em tribunais de júri, onde ao juiz era dado julgar consoante sua consciência e sua íntima convicção.

Tal sistema, ligado aos da independência e imparcialidade, de outro lado está igualmente atado aos procedimentais da validade, da identidade

física do juiz e da imediatidade, entre outros, a serem examinados logo a seguir.

V. Princípios do Procedimento - Considerando-se o procedimento como a exterioridade do processo, ou sua aparência e realização material e física, temos que, como acentua ALCIDES MENDONÇA LIMA, “enquanto os princípios fundamentais do procedimento ainda podem estar inseridos, expressamente, na lei, para maior certeza quanto à orientação adotada, os princípios informativos do processo surgem quando os dispositivos devam ser interpretados para a devida aplicação, mesmo sem nunca aparecerem como texto legal, mas nem por isso deixam de reger o processo, em seus fins, como garantia das instituições gerais”. (*Processo de Conhecimento e Processo de Execução*, p. 50)

Daí se crê que, enquanto os princípios informativos do processo são decorrência do sistema, estando como sangue nas veias do ser vivo que é o processo, as normas procedimentais, por serem ínsitas a cada caso, devem ser expressas, trazendo em seu bojo, em regra, o princípio informativo de sua origem.

Podemos apresentar os seguintes princípios procedimentais como os mais conhecidos.

1. *Princípio da Imediatidade ou da Imediação*

Por este princípio, de caráter tipicamente informativo, está o juiz da causa obrigado ao contato direto com as partes e a sua prova testemunhal, ou pericial, com a própria coisa ou com terceiros, para que possa obter os elementos necessários ao esclarecimento da vontade dos autos, e, em consequência, decidir e justificar o seu livre convencimento.

Sua aplicação reside em vários textos legais, sobretudo o art. 440, alusivo à inspeção judicial, art. 342, referente aos depoimentos pessoais das partes; e 446, II, que lhe impõe, em caráter especial, proceder direta e pessoalmente à colheita da prova.

O epílogo desse processo de apuração da prova eclode no art. 132, onde se afirma que o juiz que apurar a prova deverá proferir a decisão. Hoje, tal princípio foi atenuado conforme a nova redação do texto citado, trazida pela Lei do Agravo, para atribuir a decisão não ao juiz que houver presidido a prova, mas ao que houver concluído a audiência, o que se afigura atenuação ao comando apenas por razões de economia processual e de maior aceleração da prestação jurisdicional.

No sistema processual moderno, orientado pela economia processual, instrumentalidade e efetividade da prestação jurisdicional, tal sistema tem sido, como se vê, mitigado em sua importância.

Assim, o art. 330 permite que a decisão seja proferida de acordo com o estado da lide, vale dizer, sem o contato do juiz com as partes e sem prova oral ou pericial, mas apenas a documental, eis que desnecessária se torna a audiência ou a produção de qualquer outra prova.

Também quando ocorrerem os efeitos da revelia (arts. 319 e 320, do CPC) ou for unicamente de direito a matéria *sob examine*, caso em que o magistrado também dispensará qualquer contato com as partes ou demais provas.

2. *Princípio da Oralidade*

Por este princípio, já bastante atenuado nos tempos modernos, mas preocupado com os resultados, a eficácia do processo e a efetividade da prestação jurisdicional, a discussão oral da causa, na presença do magistrado, é apontada como de fundamental importância para que ele possa aquilatar a validade e confiabilidade dos elementos probatórios nos autos.

Está ligado, pois, a três outros princípios procedimentais: *da imediatidade*, antes examinado, *da concentração*, a seguir examinado, e *da recorribilidade das decisões interlocutórias*, também a ser analisado.

3. *Princípio da Concentração*

Integrante de um conjunto de outros princípios procedimentais, destinados a regulamentar e orientar a apuração de provas e a decisão judicial, consiste o da *concentração em uma só audiência* - já que ela é una e contínua, ainda que tenha prosseguimento em outro dia - de toda a prova requerida pelas partes e autorizada ou determinada pelo magistrado, e perante ele produzida.

Em nosso código vigente, dispõe o art. 331 que, não obtida a conciliação, o juiz saneará o processo, deferirá a prova e designará audiência; os arts. 450 e seguintes, em continuação, dispõem sobre a realização da audiência, devendo o juiz ouvidas as partes, fixar os pontos controvertidos sobre as quais incidirá a prova, a ser, em seguida, produzida na seguinte ordem: inicialmente, o perito e seus assistentes técnicos, atendidos os requisitos do art. 435, depois os depoimentos pessoais, finalmente as testemunhas, abrindo-se prazo para os debates orais que, todavia, poderão ser substituídos por memoriais, se a causa apresentar questões complexas, de fato ou de direito, abrindo-se prazo para seu oferecimento.

Essa concentração da prova na mesma audiência, geralmente seguida de sentença, nela também prolatada, salvo adiamento para tal, no prazo de dez dias, consolida a trilogia atrás anunciada de oralidade - concentração - imediatidade, à qual se ajusta o princípio da vinculação do juiz, ou de sua identidade física, a ser a seguir examinado.

4. *Princípio da Identidade Física do Juiz, ou da Vinculação*

Regulado pelo art. 132 do CPC, como vimos, já hoje bastante atenuado pelos princípios informativos da economia e da celeridade processual, além de efetividade da prestação jurisdicional, significa ele que fica vinculado ao processo o juiz que presidiu e concluiu a instrução probatória, devendo ser o seu sentenciante, exatamente porque será aquele em melhores condições para tal, diante da prova por ele colhida.

Ocorre que, por motivos já expostos, a lei despreza esse princípio, estabelecendo que deva sentenciar o processo o juiz que *concluiu* a audiência, independente de ter apreciado a prova oral e de ter estado presente no ato da concentração probatória.

A esse propósito, observa CÂNDIDO DINAMARCO (*A Reforma do CPC*, Malheiros, 1ª ed., p. 55).

5. *Princípio da Lealdade Processual*

Busca esse princípio que, além de direitos, deveres, ônus, poderes e faculdades que os sujeitos da relação processual (partes e juiz) tenham entre si, também exista, particularmente entre autor e réu um dever recíproco de ética no comportamento processual, não podendo uma faltar com a verdade à outra ou ao magistrado.

Efetivamente, se o processo é meio de obtenção de justiça e de resposta do Estado à pretensão das partes, de outro lado, como assinala ADA GRINOVER (*op. cit.*, p. 69) é também meio de pacificação geral da faculdade e atuação de seu direito. Diante dessas suas finalidades, que lhe outorgam uma profunda inserção sócio-política, deve ele revestir-se de uma dignidade que corresponda a seus fins. O princípio que impõe esse dever de moralidade e probidade a todos aqueles que participem do processo (partes, juízes, auxiliares, advogados e membros do M.P.) denomina-se *princípio da lealdade processual*.

Visa ele exatamente a impor, sobretudo aos litigantes, uma conduta moral e de respeito mútuo, que possa ensejar ao feito seu natural curso e levá-lo à consecução de seus objetivos: a prestação jurisdicional e a paz social.

Independente de ilícitos processuais já estabelecidos em dispositivos

próprios, como a fraude processual, o legislador também estabeleceu a figura do litigante de má-fé no art. 17 do C.P.C., que diz:

“Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II - alterar a verdade dos fatos;

III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI - provocar incidentes manifestamente infundados.”

Com toda cautela a jurisprudência vem evitando aplicar essas sanções, por entender muito sutil a caracterização da litigância de má-fé, em oposição aos termos do contraditório, que é constitucionalmente garantido, afastando daquela figura o comportamento meramente culposos, para abranger apenas aquele visivelmente doloso e entendendo qualquer ato lesivo, por culpa, ligado ao *ius defendendi*.

VI. Princípios Inerentes aos Recursos - A natureza jurídica do recurso, do latim *re* (movimento para trás) e curso (de *curro* - *is*, *cucurri*, *cursum*, *ere* = verbo correr), sofre questionamentos doutrinários, havendo quem (Giller, Betti, Montana, Guasp e outros) o entenda como *ação autônoma* destinada a impugnar decisões judiciais, buscando a sua desconstituição, e exigindo-se, como direito acionário, os mesmos requisitos exigíveis para a propositura da inicial.

Em sede penal, também EDUARDO SPINOLA assim entende, afirmando, inclusive, que a revisão criminal tem a mesma natureza dos demais recursos, embora rotulada de ação autônoma.

Para outros (Rocco, Calamandrei e a maioria), porém, o recurso se insere no exercício do direito acessório, sendo ato processual, como os demais, sujeito a requisitos legais para sua admissibilidade, mas sempre no mesmo processo, como fase procedimental posterior, evitando a ocorrência da coisa julgada.

Em sede doutrinária, tem-se entendido, no Brasil, como em outros países de tradição processualista, como a Itália e a Alemanha, que o recurso é uma fase procedimental de continuação do processo, decorrente *do princípio dispositivo*, tanto que presente o princípio da voluntariedade, como se

verá adiante, o que de logo afasta do seu rol o chamado *recurso ex officio*, ou duplo grau obrigatório, assegurando alguns até que seja ele a repetição, ou reexame, do que se passou em 1º grau, o que seria vedado se de ação autônoma se tratasse, sem o atendimento às previsões legais.

Frise-se, de logo, que apenas os atos do juiz estão sujeitos a recurso, e não os da parte, do M.P., do Escrivão, ou de quem quer que seja, o que desloca o problema para a regra do art. 162, do digesto processual que define,

a) *sentença*: é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa;

b) *decisão interlocutória*: é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente;

c) são *despachos* todos os demais do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte, a cujo respeito a lei não estabelece outra forma.

Afaste-se, outrossim, a imprecisão conceitual da lei alusiva a despacho, caracterizado formalmente, ou seja pela ausência de forma legal, quando o correto, *d.v.*, na linha de raciocínio exposta, e até da eficácia do conceito, seria o critério ontológico, apontando como despachos aqueles atos que nada decidem, ou seja, que impulsionam o processo mas não decidem questão alguma ou que, em síntese, desatendam a qualquer interesse da parte no processo, eis que se o fizesse seriam decisões interlocutórias, tal como o vêm entendendo tranqüilamente a doutrina e a jurisprudência.

Destarte, tentaremos expor os princípios processuais que dizem respeito aos recursos, assim entendidos aqueles atos da parte que, inconformados com o desatendimento a seu interesse nos autos (processual ou material) buscam o reexame da questão, afastando-nos por ora, do exame da parte alusiva às vantagens e desvantagens dos recursos, nascida, sobretudo, com a Revolução Francesa, cuja Assembléia Constituinte se insurgia contra o despotismo dos magistrados, subservientes à realeza.

Estabelecido já ficou que os princípios do processo nem sempre estão expressos e visíveis na Lei, como os do procedimento, cumprindo trazer a palavra de NELSON NERY JR. (*Os Princípios fundamentais do Recurso*, RT, 4ª ed., p. 33) a respeito do tema, eis que, para ele “Quando falamos em princípios gerais dos recursos estamos nos referindo aos *fundamentais* e não aos informativos, que são verdadeiros axiomas, aplicáveis ao instituto do recurso no Processo Civil Brasileiro. Os problemas estão, sim, no concerne aos princípios fundamentais, adotados pelo sistema jurídico brasileiro,

sob conotações ideológicas e políticas. Daí serem discutíveis e discutidos em doutrina e jurisprudência, ...”, esclarecendo que a nomenclatura usada por ele não é uniforme, mas clara e a permitir plena compreensão de suas posições, ao lado de outros não menos ilustres tratadistas do tema.

1. *Princípio do Duplo Grau de Jurisdição*

Decorrente do princípio fundamental da recorribilidade, como daquele da imparcialidade do Juiz e da motivação dos julgamentos, quer este princípio atender à possibilidade de que, sob provocação da parte e, excepcionalmente, por vontade da lei, seja a decisão judicial revista por outro órgão do Poder Judiciário.

É destinado à garantia fundamental da boa justiça, da paz social e da ordem geral e segurança em relações jurídicas, sendo seu principal fundamento a falibilidade do homem, mesmo na função judicante, não sendo lógico, nem psicológico, que ninguém pudesse pretender o reexame de seus atos ou de sua fundamentação, sobretudo tendo em vista o seu dever de obediências aos demais princípios antes apontados.

Como se viu antes, embora não expressamente previsto o princípio da recorribilidade em sede constitucional, está ele implícito nos dispositivos que apontam a competência recursal do Supremo Tribunal Federal (art. 102 da C.F.) ou do Superior Tribunal de Justiça (art. 108 da C.F.) ou, mesmo, quando afirma o Texto Maior, no art. 121, § 3º, serem irrecuráveis as decisões do Tribunal Superior Eleitoral, salvo quando contrariarem a C.F, entre outros casos, como a sugerir o caminho da via extraordinária.

Assim, podemos dizer que o princípio do duplo grau de jurisdição decorre naturalmente do devido processo legal (*due process of law*), estabelecendo a possibilidade de que a decisão venha a ser reapreciada por órgão de hierarquia normalmente superior à do que a prolatou, não sendo isso absolutamente necessário, mas recomendável, na lição do Mestre MACHADO GUIMARÃES (*Limites Objetivos do Recurso de Apelação*, 1961, p.31) .

Na verdade, a competência do reexame da decisão, inerente ao duplo grau de jurisdição, nada tem a ver com questão, que é de análise do *ato em si*, quanto aos requisitos e fundamentos da decisão, nada impedindo que o seja por outro órgão do mesmo nível, embora não fosse o desejável, ante a maior experiência, geralmente existente, no órgão superior, ou tribunais, compostos por Juízes mais experientes.

Alguns problemas surgem da aplicação desse princípio:

a) o primeiro dele é o relativo ao chamado reexame obrigatório do

recurso *ex officio*, titulado no art. 475, do nosso Código, que o impõe, pena de ineficácia da decisão até a sua confirmação nas hipóteses que menciona, quais sejam as matérias de nulidade de casamento ou contra Fazenda Pública, por entendê-las como de alto interesse público.

Assim, esse duplo exame obrigatório, por isso mesmo, recurso não é, eis que a ele ausentes as características essenciais de prazo, voluntariedade, interesse, legitimidade e dialeticidade e outras, presentes nos recursos, como requisito de sua admissibilidade.

Efetivamente, ao recorrer da própria sentença o juiz não tem na matéria qualquer interesse pessoal, - e se tivesse não poderia julgá-la - pelo que também lhe falece a legitimidade para o recurso; ademais, não apresenta as razões para a reforma de sua decisão, nem tem prazo para fazê-lo, estabelecendo a lei apenas que, se não o fizer no ato sentencial, a decisão não terá qualquer eficácia até sua confirmação pelo colegiado superior.

b) Outro problema diz respeito à limitação da questão trazida à competência do órgão recursal, dispondo a lei que apenas o que lhe for devolvido (remetido), poderá se objeto de exame.

Assim, se a decisão é extintiva do processo, sem o exame do mérito, não poderá o Tribunal, ao examinar o recurso, se afastada a razão da extinção, prolatar desde logo decisão de mérito, pena de usurpar a competência do juízo de primeiro grau, violando o princípio do *juiz natural* e, com toda certeza, agredindo o direito de ampla defesa das partes, eis que o mérito ainda não teria sido em primeiro grau debatido.

c) O princípio não tem incidência ilimitada, estando apenas previsto na Carta Magna, o que implica em dizer que não pode ser suprimido pela Legislação Ordinária mas poderá ser delimitado, ou restrito.

Assim, Lei de Execuções Fiscais, em seu art. 34, prevê que o recurso cabível, contra as sentenças em causas de valor inferior a 50 OTN's, seja ao próprio juiz da causa, também a Lei nº 9.099/95, regulamentadora dos Juizados Especiais, admite recurso para o próprio Juizado, através de um conselho composto de três juízes do mesmo nível do sentenciante. Vê-se, pois, não ser necessário que o recurso seja endereçado a Tribunal ou órgão de nível superior ao do recurso, podendo ser a outro do mesmo nível hierárquico.

2. Princípio da Taxatividade

É aquele segundo o qual só podem ser acionados os recursos previstos na Lei processual civil.

Assim, havendo o CPC, em seu art. 496 estabelecido os oito recursos clausulados, nenhum outro pode ser criado, revelando-se o texto legal como autêntico *numerus clausus*.

Mas é forçoso admitir que daqueles previstos, alguns recursos podem sofrer - e sofrem - variação na aplicação ao caso concreto, como no caso do *Agravo e dos Embargos Infringentes*.

Efetivamente, além do agravo previsto no art. 496, II e art. 522 e seguintes do CPC, encontram-se ainda, fora do arrolamento do Código, mas também ditados pela lei, os seguintes agravos:

a) O agravo do art. 532, pelo qual pode a parte se insurgir contra a decisão que inadmitir os Embargos Infringentes interpostos, admissibilidade atribuível ao Relator do feito, em caráter monocrático, por exemplo, por intempestivo, por não haver voto vencido etc. Neste caso, o agravo será interposto pelo Embargante, no prazo de 5 dias (art. 557, parágrafo único) para o órgão a quem competiria o julgamento do recurso que foi denegado.

b) Agravo contra o eventual indeferimento de outrem Agravo de Instrumento, atacando este a denegação liminar de Recurso Especial ou Recurso Extraordinário, como se vê do art. 145, do CPC, onde se fala em agravo, o qual está previsto e representado pelo art. 258, do Reg. Interno do STJ e art. 317 do Regimento Interno do STF.

c) Agravo previsto no art. 557 do CPC, com a nova redação dada pela Lei nº 9.139/95, atacando decisão monocrática do relator que, liminarmente, negar seguimento a recurso, por inadmissível, improcedente, prejudicado ou contrário a Súmula do próprio Tribunal ou de Tribunal Superior, cabendo a competência para o exame e julgamento desse outro agravo, chamado de *interno* pelo STJ, porque se processa sem instrumento e nos próprios autos do processo, ao órgão que seria competente para conhecer do recurso que foi atentado.

Em relação aos Embargos Infringentes, previstos pelo digesto processual em seu art. 530, quando a decisão proferida em Apelação, ou Ação Rescisória, não for unânime, podemos destacar o fato de que os Tribunais Superiores têm entendido não ser ele admitido nos processos alusivos a Mandado de Segurança, conforme Súmula nº 597, do STF e nº 169 do STJ, eis que entendem essas cortes que a ação mandamental se submete a estatuto processual próprio (Lei nº 1.533/51) de sistema recursal fechado, onde não está previsto o recurso de Embargos Infringentes.

Igualmente, pela Súmula 293, o E. STF entende ser inadmissível esse

recurso contra decisão em matéria constitucional submetida ao plenário dos Tribunais, nas chamadas declarações de inconstitucionalidade, eis que inexistente órgão superior ao plenário do Tribunal, ao qual competisse o recurso.

3. *Princípio da Singularidade*

É aquele também chamado de regra da unirrrecorribilidade ou unicidade, pelo qual, ante a admitida taxatividade do sistema recursal, para cada ato impugnável existe apenas um recurso próprio e admissível, vedando-se a interposição cumulativa de outro recurso contra o mesmo ato.

Evidente que, atentando para o princípio, impõe-se examinar a natureza do ato judicial recorrível (eis que os irrecorríveis, a teor do art. 504, não oferecem problema) sendo irrelevante a forma ou nome que o julgador haja dado às decisões (despacho, decisão, saneador etc.), importando apenas o seu conteúdo, a teor do art. 162, do CPC, para caracterizar o recurso cabível.

É possível, assim, que num mesmo momento, v.g., numa audiência de instrução e julgamento, após indeferir a prova deferida, o magistrado se ponha a proferir a decisão da questão, ou sentença.

Assim, pela natureza jurídica da decisão interlocutória, o primeiro *decisum* desafia agravo, que poderá ser retido, manifestado pelo advogado na própria ata da audiência, ou de instrumento, nos dez dias subseqüentes.

Quanto à decisão extintiva do processo, com ou sem julgamento do mérito, o recurso evidentemente será o de Apelação.

Como assinala NELSON NERY JR. (*Teoria Geral do Recurso*, RT, 4ª ed., p.96) “o fato de o CPC permitir às partes a interposição simultânea de Embargos Infringentes, Recurso Especial e Recurso Extraordinário, relativamente ao mesmo acórdão (art.498) constitui, em nosso entender, *exceção* ao princípio da singularidade dos recursos”.

Efetivamente, prolatado em Apelação, ou Ação Rescisória, um acórdão em que a decisão não tenha sido unânime, e também tenha sido, a ver da parte, violada a Lei Federal, a jurisprudência, e, ainda, desrespeitado texto constitucional, deve e pode a parte apresentar os três recursos cabíveis, pena de preclusão temporal, cabendo ao Tribunal examinar primeiro os Embargos e, se desacolhidos eles, encaminhar os outros dois recursos, começando pelo Especial, ficando o Extraordinário reservado para a final observação e julgamento.

4. *Princípio da Fungibilidade*

Previsto no Código de 1939, em seu art. 810, que estabelece “salvo a hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela inter-

posição de um recurso por outro, devendo os autos ser enviados à Câmara ou Turma, a que compete o julgamento”.

Deriva o princípio do verbo latino *fungere*, que significa: *trocar, mudar* (daí: fungível), admitindo ele possa o recurso ser trocado por outro, o que ocorria sempre que o prazo estivesse adaptado no recurso.

Alguns tratadistas afastam a moderna aplicação do princípio, por falta de previsão legal, e ofensa à regra da singularidade, enquanto outros, fundados na origem e fundamentação constitucional da recorribilidade, dizem-no possível, não necessitando de previsão legal expressa porque decorrem do próprio sistema jurídico-processual.

Afirma-se, também possível o princípio quando se evidencia confusa e de difícil percepção a opção pelo recurso legalmente previsto.

É a hipótese, v.g. do art. 395 do CPC, que se refere à decisão sobre o incidente de falsidade documental como sentença, quando, na realidade, apenas o incidente foi resolvido, desafiando o manejo de Agravo.

Também a hipótese de rejeição liminar de reconvenção ou de ação declaratória incidental, verdadeiras ações, cujo indeferimento, ou extinção, se caracteriza como ato sentencial, a reclamar apelação, mas a doutrina e a jurisprudência admitem aceite agravo, porque o processo principal, onde foram apresentados, não se extinguiu, para justificar a apelação.

5. *Princípio da Dialeticidade*

É o princípio consubstanciado no art. 514, II do CPC, entre outros, que exige seja o recurso discursivo, isto é, dialético, isto é, sujeito a contrariedade, a fim de que se estabeleça também o contraditório na fase recursal.

Da mesma forma que a petição inicial deve atender ao princípio da *substanciação* (vide acima), o recurso deverá ser fundamentado apresentando o recorrente as razões pelas quais pretende ver reformada a decisão alvejada.

6. *Princípio da Voluntariedade*

Decorrente do genérico princípio dispositivo, inerente às ações, o presente princípio da voluntariedade consiste em que a parte deve declarar seu expresso inconformismo com a decisão guerreada e assinalar os motivos dessa insatisfação, não podendo ser conhecido o recurso apresentado sem seu conhecimento e autorização.

Daí porque, havendo a parte manifestado propósito incompatível com o recurso, ou renúncia, ou ainda, desistência ao recurso já formulado, não deve ser este admitido, por ofensa ao princípio da voluntariedade.

Como não pode o juiz aceitá-lo, também não pode impor o recurso à

parte, nem mesmo ao incapaz, por menoridade ou insanidade.

Daí também se extrai o já manifestado entendimento de que o duplo grau de jurisdição não é recurso, porque impõe o reexame da matéria, nas hipóteses que a lei menciona, mesmo que a parte teoricamente interessada, por ser sucumbente não tenha trazido seu inconformismo voluntário a juízo.

7. *Princípio da Complementariedade*

Exceção ao princípio da dialeticidade, afirma este princípio ser possível a apresentação de razões fora do prazo da apelação, quando esta já tiver sido acompanhada dos motivos do inconformismo.

Só que estas novas razões, como se deduz do raciocínio, serão complementares àquelas, por força de fato novo, ocorrido após a sentença, desfavorável total ou parcialmente, e ensejadora do recurso.

Tal ocorre, v.g., quando proferida a sentença, e ofertada a apelação, por uma das partes, a outra formular Embargos de Declaração que, aceitos, importem em uma nova sucumbência para a parte que já apelou. Exemplo, o aumento da verba honorária.

Também poderá ela trazer nova apelação, eis que, pelo princípio da consumação ou preclusão consumativa, já recorreu do ato, cabendo-lhe apenas, em complemento a ela, trazer novas razões contrárias a esse fato não objeto do apelo, como no caso dos honorários.

Evidente que, não havendo ela ainda apelado, poderá fazê-lo agora, e neste caso o princípio não será o da *complementariedade*, mas da *recorribilidade*.

8. *Princípio da Proibição da Reformatio in pejus*

Também chamado de princípio de defesa da coisa julgada parcial, consiste este princípio na proibição de que, devolvida ao órgão recursal *ad quem* o processo, fica-lhe defeso reformar a sentença para piorar a situação jurídica do recorrente, ressalvada a hipótese em que também a outra parte recorreu, caso em que eventual reforma atenderá aquele outro recurso.

Efetivamente, se pela *voluntariedade* a parte recorre do que lhe foi adverso, não tem sentido que o tribunal, reexaminando o feito, ainda mais a prejudicasse, sem que isso também fosse pedido pela outra parte.

Escapam a esse princípio as chamadas questões de ordem pública, reguladas pelo art. 267, § 3º do digesto processual, pelo qual as questões processuais, de ordem pública, antes de proferida a decisão, podem ser conhecidas por qualquer juiz ou tribunal, *ex officio*, sem ofensa ao direito

da parte.

É decorrência do chamado princípio inquisitório, da obediência pela Justiça às questões de ordem pública, como ocorre na hipótese de coisa julgada, ilegitimidade da parte, representação processual etc., o que não agride, ante garante o direito da parte à prestação jurisdicional justa.

Questão interessante é a decisão do recurso, *ex officio*, por advento de questão superveniente, não examinada na sentença, e que vinha a desfavorecer a parte recorrente, não se podendo entender aqui aplicável o princípio, eis que não conhecida ante a questão, só agora vinda a recurso, por autorização legal excepcional.

9. *Princípio da Irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias*

Com o advento da nova Lei do Agravo, que criou, inclusive, a suspensividade de decisões interlocutórias, alguns têm entendido superado o princípio em nosso sistema.

Como observa, porém, NELSON NERY JR. (*op. cit.*, p. 150), a questão está na expressão em separado, que significava recurso com suspensão do processo, o que ainda não ocorre, eis que a suspensividade é apenas excepcional, confirmando a regra da generalidade, já que só conferível, em nome da própria boa justiça, quando verificáveis o *periculum* e o *fumus*.

Nem mesmo o justifica a separação de agravo, a ser interposto no tribunal, já que o feito principal continua a ter seu curso normal, não sendo paralisado, nem mesmo pela suspensividade, eventualmente conferida pelo Tribunal.

10. *Princípio da Consumação*

É da essência do processo que os atos processuais devam ser praticados no tempo e na forma legalmente previstos.

Assim, uma vez perdida a oportunidade, ocorre a preclusão, como também ocorrerá após a apresentação do recurso, através da chamada *preclusão consumativa*.

Daí que, apresentada a apelação, ou outro recurso, pelas razões esposadas, não mais poderá a parte reverter a situação, buscando mudar o recurso ou os motivos da impugnação, ressalvada a regra da *complementariedade*, retro examinada, ante nova decisão modificadora daquela atacada pelo recurso apresentado.

Exceção legal é o chamado recurso *adesivo*, trazido pelo art. 500, do C.P.C., pelo qual o parcialmente sucumbente, satisfeito com a parte que

lhe foi reconhecida na sentença, e não apresentando contra ele o recurso voluntário, pode oportuna e tempestivamente recorrer, ao ser intimado a contrariar o recurso que a outra parte tenha apresentado.

Mas se ele já interpôs o recurso, não mais poderá recorrer adesivamente, junto às contra-razões, ante os princípios da consumação e da singularidade recursal.

Daí dizer-se que o recurso adesivo é recurso condicionado, porque submisso à apresentação e à movimentação do recurso da outra parte, já que inexistente aquele, não poderá ser formulado, e ocorrida a desistência dele, o adesivo também deve ser julgado extinto.

Alguns doutrinadores apresentam outros princípios além dos aqui expostos, pelo que entendemos ser o tema deste trabalho apenas uma iniciação ao tema, tão fértil e atraente. ◆

Teoria da Ação

As grandes objeções ao conceito final de ação

ÁLVARO MAYRINK DA COSTA

Doutorado pela UERJ. Professor de Direito Penal e Criminologia. Presidente do Fórum de Execução Penal - EMERJ. Desembargador do TJ/RJ.

1. Engisch escreveu em *Der finale Handlungsbegriff* (1944) uma elegante crítica a Welzel ao desenvolver o seu próprio conceito de ação (conceito social), encontrando sua base num conceito superior da ação que corresponde a uma concepção prática da vida. Afirma que não se deve ocultar que tal conceito social, natural e não naturalístico da ação, contém uma direção orientada à valoração jurídico-penal. A direção dada por Engisch aparece desligada do fim que persegue o autor individualmente. Observa-se que o critério da adequação é constitutivo, o que traz a diferença com o conceito finalista de Welzel (*Das neue Bild des Strafrechtssystems* - 1961). Sustenta que a posição welzeliana é demasiado restrita, pois não compreende todos os casos de dolo, visto que deve englobar as conseqüências da ação reconhecidas como necessárias ainda que não desejadas e representadas como possíveis, embora não aceitas pelo autor. (Welzel responde que se alguém atua tendo em vista as conseqüências necessárias ou reconhecidas como possíveis, tais conseqüências não são causadas cegamente, mas pertencem à “supradeterminação” do sentido, ainda que não sejam perseguidas pelo autor). Diz que o dolo eventual e a culpa consciente estão juntos e só se separam como “pedaços” da culpabilidade, entrando a doutrina finalista em conflito com as graduações da culpabilidade determinadas pelo legislador. Cita as dificuldades na tentativa de reestruturar a posição subjetiva do autor em relação ao resultado (distinção entre a intenção, o saber e a previsibilidade).

Também é objeto da crítica de Engisch a postura do erro, no que é ratificado por Wolf (*Der Handlungsbegriff in der lehre vom verbrechen* - 1964), ao afirmar “que o erro sobre as circunstâncias do ato é uma causa de exclusão da ação”. Se a ação é a configuração “consciente da realidade”, o dolo exige o “conhecimento do ato em todas as características que pertencem

cem ao tipo objetivo do injusto”. Ora, se o dolo pertence à ação, pertence também o conhecimento do ato, cuja falta (erro) exclui o dolo. Engisch (*Der finale Handlungsbegriff* - 1944) combate o conceito do dolo na doutrina finalista, não aceitando a posição de Welzel em relação ao dolo e à culpa como espécies distintas de ação que tenham repercussão secundária dentro da teoria do injusto.

O dolo e a culpa no sentido jurídico seriam tratados como uma porção no âmbito finalista da ação e dentro da doutrina do injusto ou, respectivamente, da doutrina da culpabilidade. Para Engisch, a ação dolosa e a culposa não se correspondem com o crime doloso e o culposo. Toda ação seria, em parte, dolosa e, em parte, culposa, pois certas conseqüências são perseguidas pelo autor e anteriormente calculadas, ao passo que outras são passadas por alto, não obstante serem previsíveis. Não se poderia olvidar que o crime como injusto típico é doloso ou culposo.

2. Até que ponto a culpa inconsciente é ação final?

Na célebre monografia, Bockelmann apresenta uma consideração crítica afirmando que a nova doutrina não explica satisfatoriamente a *causação culposa* (repetem Schönke e Nagler). Para ele tal reprovação é correta e os defensores do *conceito da ação* não podem iludir-se, tentando demonstrar na *causação evitável* a existência de relações com momentos finais, pois entre a ação dirigida a um resultado e a não dirigida existe uma diferença básica. O sistema de Welzel é erigido sobre tal diferença, e não parece que se possa dar tal reprovação à nova doutrina, apenas pelo fato de duplicar o conceito de ação para elidir certas perplexidades.

As objeções de Bockelmann (“*Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme*” - 1949) não estão certamente situadas nas *causações evitáveis*, que o finalismo separa de forma expressa das ações dolosas, como contrapartida delas e as remete para uma categoria especial sistemática. Situa-se mais aos atos negligentes que não consistem em causações, motivo pelo qual indaga: *com que direito são equiparados sem os trâmites da finalidade e do caráter doloso da ação?* Sabemos que nos crimes que implicam a causação de um resultado a ação só pode ser considerada como *ação típica* quando o fim é reprovável *ex lege* (v. g., Caio dispara sobre Tício e, obviamente, atua de um modo finalista na acepção genuína da expressão e se seus disparos vierem a causar a morte de Tício terá sido produzido por uma *atividade finalista*. Pergunta-se: **(a)** cumpriu todas as exigências que demanda o con-

ceito de uma ação de homicídio?; **(b)** por que não se exigir também que o dolo esteja dirigido à morte?; **(c)** por que não se exigir de Caio apenas o que precisamente *quis*, ao matar Tício, em relação ao objetivo por ele querido?

São dois os fundamentos em que se apóia a equiparação da finalidade e *dolo*: **(a)** *conceito de antijuridicidade deduzido pela doutrina finalista* (a antijuridicidade não é lesão de um bem simplesmente, isto é, o desvalor do resultado). A lei não proíbe todas as lesões a bens jurídicos, mas só aos que são incompatíveis com a vida ordenada da comunidade.

O momento da finalidade pertence ao injusto penal e os crimes dolosos e negligentes são diferenciados no tipo de injusto.

Para Bockelmann não pode existir um *conceito unitário* de injusto em que desapareçam as diferenças existenciais entre dolo e culpa. Tais casos surgem quando se realiza uma atividade sem dolo do tipo sendo um crime de mera atividade. É claro que o autor atua finalisticamente sem dolo e por outro lado não se trata de *causação evitável*. *Tais condutas não são antijurídicas?* Ficaria frustrada a tese de que da essência da antijuridicidade deve deduzir-se que o dolo pertenceria à ação e, com isso, desapareceria um dos fundamentos da equiparação da finalidade ao dolo; **(b)** *A ação não é um simples processo causal*. Seria um suceder intencional com sentido próprio, pois supõe o curso causal supradeterminado finalisticamente. Na ação a vontade dirige com pleno sentido a resultante do suceder no escuro (cego).

Por esse diapasão, *o momento final da ação seria igual ao dolo* (o próprio dolo).

Ora, sublinha Bockelmann, a lei penal cria tipos que podem ser realizados por uma conduta que deverá ser voluntária e final. Todavia não necessitaria ser proposta como meta da realização típica. Assim, não só sancionando *causações evitáveis*, o finalismo admite como formas acessórias da própria ação, mas também nos poucos casos em que proíbe a mera atividade. A lei não pode configurar a “unidade de sentido” à ação, de forma que resulte incompatível com o que a consciência jurídica geral considera objeto idóneo de uma resposta penal. Há que se orientar *o conceito de ação* na direção em que a vida social dirija a conduta humana. Nos limites da lei é absolutamente impossível ser reprovada pelo legislador penal. Para Bockelmann cairia o segundo fundamento em que se apóia o finalismo, *equiparação da finalidade e dolo*, e, portanto, *a prova da tese de que o dolo pertence à ação*.

Cita-se que só determinados tipos podem ser realizados dolosamente

(v. g., tentativa). Com tal traçado doutrinário diz Bockelmann que não se poderia considerar em alguns casos o *dolo como elemento da ação* e em outros como *elemento da culpabilidade*.

3. *Seria possível conceber o conceito de culpabilidade despojado do dolo entendido como sua característica?*

Perfilhando tal linha, só com resposta afirmativa é que seria compreendido como fator da ação. Para Bockelmann o *dolo* não pertenceria à ação e sim à culpabilidade, e “por mais que o conceito antropológico, pré-jurídico, da ação seja de tal índole que só englobe a conduta dolosa... o certo é que o conceito jurídico-penal da ação é uma espécie distinta”. Tanto Bockelmann como Mezger entendem sob o mesmo nome de *ação finalista* sustentada por Welzel, sendo que a discrepância não afeta o conceito, mas sua aplicação no campo do Direito Penal.

4. *Seria para o Direito Penal uma conseqüência inevitável o dolo como parte da ação?*

No âmbito jurídico o dolo é a expressão ontológica da finalidade (*dolo é finalidade juridicamente relevante*). Assim, no Direito Penal o dolo é a parte interna da ação injusta típica, e, conseqüentemente, finalidade jurídico-penal relevante. Niese escreve em seu *Finalität Vorsatz U. Fahrlässigkeit* (1951) que fora da doutrina finalista é freqüente tentar explicar através de um modo gráfico a relação do dolo com a ação, usando a metáfora de que o dolo é a imagem reflexa do ato na alma do autor. Tal giro está acomodado ao esquema tradicional, pois, após comprovada a tipicidade de uma ação, no dolo só cabe examinar se as circunstâncias típicas estão comprovadas, através da representação do autor. A verdadeira essência do dolo, alerta Niese, está dentro da ação, porque na realidade o dolo está no plano de execução da ação. O autor busca no dolo um plano para seu atuar, o dolo dentro da ação é um fator configurante ativo.

Desta forma, *só é finalista aquele que inclui o dolo na ação injusta*.

O problema do *conceito final da ação* foi abordado por Mezger desde as primeiras edições do Kurt-Lehrbuch (1949) e de maneira mais rica na monografia *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik* (1950) e, por último, num artigo publicado no *Juristenzeitung* (1952). Os ataques críticos de Mezger não se dirigem para uma doutrina final da ação corretamente

entendida, mas para um finalismo extraviado e seus efeitos na esfera do direito punitivo. Afirma que nenhum dogmata pode ser contrário ao finalismo, visto que ninguém nega na ação jurídico-penal a importância decisiva do obrar finalista *do autor*. Na doutrina os elementos subjetivos do injusto podem ser determinados também no *conceito do injusto* numa ampla visão finalística.

Para ele a polêmica só giraria em torno dos *limites* impostos a tal finalismo. Assim, não se poderá negar a necessidade no Direito Penal de uma doutrina final da ação. Mezger resume suas posições em quatro pontos: **(a)** nega que a ação, como fundamento do sistema jurídico-penal, seja um conceito causal; **(b)** a ação como fundamento do sistema é *um conceito final*, implicando o elemento voluntariedade, e sustenta uma revisão parcial da doutrina do tipo; **(c)** a ação como fundamento do sistema é um conceito afetado de sentido. A doutrina finalista englobaria somente uma parte da realidade ontológica da ação punível, o que seria *incompleto*, teria algo mais do que as relações finais do autor; **(d)** com independência das realidades ontológicas, o juízo e a valoração normativos se realizam pelo direito vigente. Defende a posição de que o dolo não pertence ao injusto, e em seu artigo *Wandlungen der Strafrechtlichen Tatbestandslehre* determina o alcance entre o *tipo de ação* (receber a carga total ontológica) e o *tipo do injusto*.

5. Maihofer em sua monografia *Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem* fornece uma grande contribuição para o *thema*. Busca fundamentar um *conceito social de ação* frente ao *conceito natural de ação*, característico da dogmática tradicional e frente ao *conceito final de ação* (Welzel e Niese). Afirma que a *ação não é* um objeto como a mesa ou o livro, mas uma *conexão concreta*: conexão entre o sujeito que a realiza e o objeto sobre o qual recai. *A ação só existe como conexão, inexistindo sem agente, bem como não há agente sem ação.*

A ação liga o agente com o objeto da ação, de forma que na ação concreta o ato ao autor, o objeto ao sujeito, constituindo uma síntese.

Para Maihofer a *função* que há de cumprir o *conceito de ação* é triplíce: **(a)** conceito de ação é o elemento básico da união e o elemento limitativo do sistema do crime (a importância lógica do conceito de ação). A análise sistemática precisa partir de um conceito unitário fundamental para a total conexão sistemática; **(b)** a função como elemento de união (a importância sistemática do conceito de ação). Toda a sistemática jurídico-penal que

pretenda solucionar sua missão “sistematicamente” necessita ter em conta que os escalões valorativos a que se recorreu na tarefa de subsunção do crime surgem numa série funcional. Assim, numa ordem rigorosa teríamos *ação, injusto, culpabilidade e pena*, que podem realizar a comprovação e valoração sistemática de uma ação em seu conteúdo de desvalor como crime; **(c)** a função como elemento limitativo (a importância prática do conceito de ação).

Através de suas características pode-se fixar o limite máximo absoluto de consideração jurídico-penal e como elemento limitativo são deduzidas as exigências estruturais.

Maihofer considera o *conceito final da ação* como elemento básico do sistema do crime (necessidade do caráter unitário lógico). Surgem os problemas da estrutura em seus aspectos formal e material, sendo que as dificuldades não se situam na ordem de captação e reunião dentro do conceito superior de formas de conduta (fazer e omitir), como ocorria na *doutrina da ação natural*, senão a respeito da conduta dolosa e negligente.

A doutrina dominante considera o juízo desvalorativo expressado com a palavra *evitável* como a base da reprovação de culpabilidade da ação culposa. Tal desvalor não concerne só ao ato, mas àquilo que este autor devia evitar porque houvera podido fazê-lo, e ao invés, procedeu de outra maneira. Não se trataria da valoração de um ato abstrato, mas da relação concreta do autor com tal ato, razão pela qual a expressão *evitável* empregada por Welzel expressa corretamente o que fora examinado no tipo da culpabilidade.

Deste modo, na culpa a doutrina da ação seria absorvida pelas doutrinas do injusto e da culpabilidade. A antecipação no *conceito de ação* do tipo de culpabilidade produz como efeito que todos os casos, que em virtude de tal antecipação valorativa não são considerados como “ações”, ficam fora de toda valoração típica e antijurídica.

Assim, para Maihofer o *conceito final da ação* aparece como elemento limitativo do sistema. O conceito normativo final-subjetivo da ação está estruturado *como valorativo* e obtém seus módulos do conteúdo de desvalor dos tipos que a dogmática imperante considera como tipos de culpabilidade e do injusto. O conceito final-subjetivo da ação não poderia cumprir qualquer das funções primitivas do conceito de ação, como elemento básico, de união, ou limitativo. Para ele, uma sistemática edificada sobre tal base nunca poderá satisfazer as exigências de unidade, rigor lógico e utilidade prática, que determinam o valor sistêmico para a teoria e para a prática.

6. A idéia de que é impossível no plano ontológico submeter a conduta (ação ou omissão) a um conceito comum é superada pela teoria social da ação ao reunir num critério valorativo o fazer e o *não-fazer*. Parte do posicionamento de que o atuar do homem, como partícipe, leva a noção de ação à realização de um resultado socialmente relevante na esfera jurídico-penal, traduzido na produção de um evento típico.

Procurando superar os problemas que apresentam na tese finalista para aplicar seu *conceito de ação* nos tipos culposos, a teoria social da ação tem em conta um conceito próximo ao Direito Penal: *ação é o processo causal desenvolvido pelo homem que produz um resultado, querido ou não, mas socialmente desvalorado*. A ação penal é reprovável enquanto persiga ou possa produzir um evento anti-social. A teoria parte tanto da crítica da postura causalista, como da crítica da ação finalista. Em relação à primeira, **(a)** porque não pode ser definido exclusivamente atentando contra as leis da natureza produzido no mundo físico não tem relevância, pois o essencial é que implique uma relação valorativa com o mundo circundante ou social e, em relação à segunda, **(b)** porque na vida social é de importância não só o que o homem executa conforme a meta fixada, mas o que realiza contrariamente aos seus próprios fins pelo que o conceito de ação deveria ser configurado de tal modo que seja suscetível de ser valorado por padrões sociais, de deixar entrever uma relação com o mundo social circundante. E, conclui Maurach em seu *Deutsches Strafrecht*, que em suas origens o conceito social de ação via a ação como unidades de sentido funcional que devem ser compreendidas segundo as concepções, experiências e costumes da vida, importando uma atualização da conduta desde a atualidade de proteção do bem jurídico. Por tais motivos deveria se entender por *ação* “toda conduta voluntária dirigida ao mundo exterior social” ou “a realização de um resultado socialmente relevante”.

A diferença entre as doutrinas causal e final estaria para tal corrente na *tese social*, visto que seria a única para entender todas as classes de comportamento humano relevantes para o Direito Penal, e representar a mais alta unidade relativa a todos os fenômenos punitivos (função classificatória).

Desta forma, os partidários da ação social entendem que toda a conduta voluntária é dirigida ao mundo social exterior ou à realização de um resultado socialmente relevante. O *conceito social de ação* parte de uma valoração não jurídica. A tipicidade contém *per se* a prévia desvaloração

social. Tal *conduta socialmente relevante* pode consistir: **(a)** numa atividade finalista; **(b)** na causação de conseqüências domináveis pelo autor; **(c)** numa inatividade frente a uma *ação esperada*.

Entendemos que a *teoria social da ação é orientada de diversas maneiras, porém as opiniões são concordes ao aceitar que se incluem no conceito de ação* o significado social e a conseqüência de conduta corporal, só sendo considerada ação a *conduta socialmente relevante*. É um ponto de vista demasiado estreito, pois uma conduta relevante socialmente deve poder realizar o conceito de ação, não sendo admissível que constituam ação somente as circunstâncias externas (“ação humana é a estruturação responsável, provida de sentido, de realidade, com conseqüências causais que a vontade está em condições de dominar”).

Em resumo, em virtude das grandes controvérsias relativas às exigências que devem ser associadas ao *conceito de ação* dentro das *várias teorias e suas vertentes*, limita-se em saber se a ação deve ser tomada exclusivamente como *categoria do ser* (conceito ontológico) ou também como *categoria jurídica* (conceito jurídico).

Os críticos da teoria social da ação objetam: **(a)** ser causal; **(b)** não solver os problemas da tentativa e do crime omissivo; **(c)** há contradição entre a causação de um resultado socialmente relevante e a conduta nos tipos de mera atividade; **(d)** dá mais valor ao *resultado*, quando o que é fundamental é o *desvalor da conduta* (v. g., não haveria diferença entre uma ação de homicídio doloso e culposo por serem idênticos os eventos, realizando-se a distinção na culpabilidade e não no fato típico). Ao fundamentar a ação na realidade social os críticos afirmam que ela se projeta além da realidade jurídica, o que seria censurável por introduzir, no conceito, um elemento metajurídico.

Realmente, a teoria social da ação expõe uma *solução conciliadora* entre a pura consideração *ontológica* e a *normativa*, mas não responde à crítica. A ação seria “*das vom menschlichen Willen beherrschte oder beherrschbare sozialerhebliche Verhalten*” (a conduta socialmente relevante, dominada ou dominável pela vontade humana). Ora, tal conceito está ligado à estrutura pessoal do atuar e aos dados ontológicos na vontade e na sua manifestação.

7. A propósito, a construção neoclássica, que teve sustentáculo no causalismo alemão contemporâneo, e que encontrou em Mezger o seu melhor artífice, está em plena decadência em todas as suas variantes (Hellmuth

Mayer segue sistematizando a análise do delito por via do critério “objetivo-subjetivo”). Correta e bem lançada a análise de Zaffaroni (*Tratado de Direito Penal*), a quem adiro ao juízo crítico, de que os inconvenientes da teoria “neoclássica” se originam do fato de separar um conceito jurídico-penal da ação distinto do ôntico-ontológico e da dificuldade de trabalhar com um conceito de tipo privado dos elementos subjetivos necessários à individualização da conduta reprovável, confundindo o juízo de desvalor com o objeto desvalorado nos campos da antijuridicidade e da culpabilidade.

Sob tais fundamentos, após uma visão retrospectiva e crítica da busca da construção da teoria do delito em seus múltiplos e tortuosos caminhos, é inquestionável a admissão da *subjetivação do tipo* e de um *critério tripartido* (o dolo pertence ao tipo subjetivo, há independência da antijuridicidade e permanece a possibilidade de compreensão da antijuridicidade ao campo da culpabilidade e a separação completa do dolo de tal área).

Como bem salienta, na modernidade conceitual há *um finalismo ortodoxo e um finalismo heterodoxo*, sendo que o maior representante do finalismo heterodoxo foi Welzel, partindo da teoria da inexistência de um conceito jurídico-penal de ação para identificar o conceito jurídico-penal ao ôntico-ontológico.

Adotando uma postura heterodoxa, entendo que não será possível formar um conceito ontológico de dolo que fique apartado da vontade do legislador. Outros caem no vazio das inutilidades, pois, se entende como modo a abarcar o controle do processo de um acontecimento material e sem valor, não sendo idêntico ao dolo, visto que não gera dado novo para a teoria do erro, perdendo o conceito de ação seu caráter prévio, convertendo-se em um produto jurídico-normativo.

Como diz Roxin, é possível desenvolver-se as teorias do dolo e da participação desligando-se do conceito de ação e ratificando-se em seus próprios conceitos. No que tange à ação negligente, é correta a idéia de seu relacionamento e sua valoração com a conduta, o que não atinge por meio de um juízo de desaprovação sobre a causalidade.

A negligência não depende só da finalidade, mas da violação dos deveres jurídicos de cuidado, isto é, do elemento normativo.

É necessário para a elaboração de um juízo crítico em relação a *teoria final da ação* o estudo comparativo do desenvolvimento histórico da dogmática jurídico-penal, ressaltando que a importância da teoria final da ação se concentra em um aspecto decisivo para a *fundamentação da pena*,

que é a estrutura da conduta humana.

A melhor doutrina favorece a construção da teoria do ilícito da ação, (*Theorie vom personalem Unrecht*), que adotamos na modernidade do Direito Penal, observadas e ressaltadas as críticas e as contradições nos diversos seguimentos do finalismo, prevalente a posição heterodoxa, ponderada na avaliação crítica elaborada.

A teoria da ação teve o mérito de pavimentar o caminho para a teoria do ilícito da ação - um conceito superior que engloba condutas dolosas e objetivamente culposas como fundamento da pena, aceitando-se, majoritariamente, a inclusão do dolo no tipo subjetivo, como preconizava a teoria final da ação.

8. Qual o conceito que deverá ser aceito pelo intérprete da ação?

Aderimos, com algumas divergências, à “concepção finalista”, por entendermos que sua direção metodológica representa o melhor endereço doutrinal agora, no presente estágio, com a direção da teoria do ilícito da ação. Os corifeus da teoria social sustentam que não se trata de um jogo terminológico, mas “é um conceito fundamental de conteúdo concreto”, ou bem representa uma posição espiritualista frente à natural, ou retira a ação do subjetivismo radicalizado pelo finalismo, para conectá-la para uma valoração objetiva do conteúdo típico do injusto.

9. A meu sentir, a despeito do esforço de Jescheck tentando uma ponte entre o finalismo e o causalismo já desgastados, através da inclusão do dolo no tipo e de Wessels ao considerar uma estrutura pessoal da conduta e as suas circunstâncias ontológicas, vejo dificuldade intransponível em relação ao vetor unidade, sem relevância ou utilidade o conceito de relevância social. Como pontos positivos aponto a correção do excesso de subjetivação do finalismo e o descuidar do desvalor do resultado, para não eliminar o conceito de ilícito da ação.

A teoria da ação nos conduz ao conceito de ilícito, hoje, para a teoria do ilícito da ação (ilícito do ato), sendo de notar o desenvolvimento da concepção pessoal do ilícito nos últimos anos (*theorie vom personalem Unrecht*). Assim, o ilícito do resultado deve se situar dentro do conceito de ilícito, devendo-se ter cuidado para a tendência a incorporar todos os elementos subjetivos da ação punível no ilícito da ação, tornando vazio o conceito de culpabilidade. De outro lado, há o perigo de subjetivação das

causas de justificação excludentes da ilicitude, diante, sim, do convencimento subjetivo do autor sobre a existência de uma causa de justificação. Questiona-se a retirada do desvalor do resultado (delitos de resultado por tipos de perigo concreto e a equiparação da tentativa ao tipo consumado). Observamos que há penalistas que chegam a eliminação do desvalor do resultado desde o conceito do ilícito. A chamada *teoria do ilícito subjetivo* defende que o ilícito é constituído exclusivamente pelo desvalor da ação (radical), excluindo o desvalor do resultado, que só passaria a ter ressonância na fundamentação da pena (necessidade da reação penal). A meu sentir, na atualidade a melhor solução está na utilização do ilícito da ação e do ilícito do resultado como componentes paritários no conceito jurídico-penal do ilícito. Somente o conjunto de tais elementos caracterizará o ilícito do fato, existindo entre eles uma relação constante. No ilícito da tentativa inidônea só há possibilidade de comprovar-se o ilícito da ação e não do perigo realmente produzido. Na divisão do conceito de culpa em elementos do ilícito e da culpabilidade há decisivas vantagens, não só pela clara separação entre o ilícito e a culpabilidade nos fatos culposos, como de identificar a lesão geral de cuidado como fator decisivo.

A adequação social é um corretivo de rota insuficiente, não podendo ser admitida como causa extralegal de justificação. As causas de justificação não são normas de conduta, mas de permissão. Há um difícil problema de área de delimitação que se constitui na distinção entre a conformidade com o direito e a adequação social, bem como o devido dever de cuidado.

10. *Aí, está o valor histórico do finalismo*

Na realidade o finalismo não está acabado. Mas ocorre é que nos dias atuais surgem questões novas a que o finalismo *per se* não oferta qualquer resposta. Não se pode com isso dizer que o finalismo simplesmente fracassou. Deve-se ter cuidado com a posição de Roxin (*Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* - 1970), partindo de um ponto de vista idealista, defendendo uma construção de política criminal e teleológica trazendo a resposta penal sob o manto extremamente repressivo. ◆

Os Fatores de Atribuição na Responsabilidade por Danos

ANDRÉ FONTES

Procurador Regional da República. Professor na Universidade do Rio de Janeiro - Uni-Rio

§1º Metodologia - Nas “Quintas Jornadas de Direito Civil” da Argentina, realizadas em 1971, na cidade de Rosário, a Quinta Comissão aprovou como conclusão que “a obrigação de ressarcir reconhece como regra os seguintes pressupostos: I) antijuridicidade; II) danos; III) causalidade; IV) fatores de atribuição”¹.

Passados vinte e sete anos desde a sua aprovação, continua desconhecida no Brasil a conclusão acerca dos “fatores de atribuição”.

Este ensaio visa a colmatar essa lacuna na literatura brasileira e a ordenar a sua compreensão sistemática. O trabalho se inicia com a determinação de um conceito. Partiu-se da premissa de que todo o conhecimento é conceitual, seja ele científico ou do senso comum². Por conceito entendeu-se o significado que os fatores de atribuição teriam para o Direito³.

Considerou-se que este conceito seria substancial e fundado, expressando um valor de aplicação como regra de conduta social⁴, ainda que os conceitos jurídicos sejam predominantemente indeterminados⁵. A generalização do conceito e a sua capacidade de atender a vários ramos da Ciência Jurídica atribuem aos fatores de atribuição o predicado de verdadeira categoria jurídica⁶, porque aqui se propõe que eles sejam tidos como

¹ VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A.. *Responsabilidad por daños*. Buenos Aires: Depalma, 1994. p. 111.

² COSTA, Newton da. *Lógica Indutiva e Probabilidade*. São Paulo: Hucitec, 1993. p. 11.

³ COSTA, Cláudio Ferreira. *Filosofia Analítica*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1992. p. 14.

⁴ BIELSA, Rafael. *Metodologia Jurídica*. Santa Fé: Editora Castellví, 1961. p. 69.

⁵ ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988. p. 208.

⁶ RIVERO, Jean. *Curso de Direito Administrativo Comparado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 56.

conceitos fundamentais com relação a certa ordem, servindo de apoio para a compreensão de determinada esfera do conhecimento⁷. Mas não se trata de categoria puramente abstrata, que mais se situaria no campo da lógica, e sim de categoria concreta, baseada em componentes factuais, como toda base mesma do sistema categorial jurídico⁸.

A existência de um nome ou designação (*rectius*: termo), representando aquele conceito⁹, isto é, distinguindo o conceito da sua expressão verbal ou simbólica, é algo determinante. Aqui o termo é usado como expressão de um conceito¹⁰. A fim de tornar mais preciso o objeto, empregou-se um termo particular¹¹ ou singular¹² para os “fatores de atribuição”. Entendeu-se por termo particular um nome específico. Dessa forma, permitiu-se que os “fatores de atribuição” assumissem uma existência própria por meio da linguagem¹³. A designação é decisiva para a afirmação de uma teoria e tão difícil quanto instruí-la é nominá-la¹⁴, pois o homem tem mais propensão para idéias do que para inventar palavras¹⁵.

Adotou-se como critério de classificação dos fatores de atribuição o conteúdo¹⁶, já usado na literatura argentina, pois o instituto é unicomprensivo dos seus aspectos subjetivos e objetivos¹⁷.

Nosso método de investigação baseou-se na chamada Teoria Perspectivista. Assim, na elaboração deste ensaio considerou-se o conjunto de pontos de vista, desde os quais esta adquire uma significação potenciada, esgotando, até os limites do possível, a totalidade da visão do tema¹⁸. Dentre

⁷ TERAN, Juan Manuel. *Filosofia del Derecho*. 5ª ed. Cidade do México: Editorial Penna, 1971. p. 87.

⁸ DIMAS, Lemus. *Hacia una Teoria General del Patrimonio*, trabalho guatemalteco perante o XII Congresso Internacional de Notariado Latino. Buenos Aires, 1973. p. 25.

⁹ HEMPEL, Carl G. *Filosofia da Ciência Natural*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1970. p. 109.

¹⁰ VIRIEUX-REYMOND, Antoinette. *La Logica Formal*. Buenos Aires: Libreria El Ateneo Editorial, 1976. p. 14.

¹¹ HEMPEL, Carl G.. *Op. cit.* 109.

¹² LIARD, L.. *Lógica*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1963. p. 15

¹³ CUPIS, Adriano de. *Osservatorio sul Diritto Civile*. Milão: A. Giuffrè, 1992. p. 39.

¹⁴ RUMNEY, Jay, MAIER, Joseph. *Manual de Sociologia*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1979. p. 164.

¹⁵ DE TOCQUEVILLE, citado por Rumney e Maier, *op. cit.* p. 164.

¹⁶ BIELSA, Rafael. *Op. cit.* p. 188.

¹⁷ VÁZQUEZ Ferreyra, Roberto A.. *Op. cit.* p. 195.

as perspectivas possíveis no Direito, optou-se pela jurídico-positiva¹⁹.

§2º Introdução - O prejuízo que alguém causa a outrem constitui um dano²⁰. Como, em sentido amplo, toda atividade determina algum sacrifício ou prejuízo, normalmente esse dano integra o conteúdo do tráfico jurídico como dano de natureza econômica²¹. Entretanto, os riscos do tráfico compreendem outros danos, causados por prejuízos injustos²², que causam a lesão a um interesse merecedor de tutela jurídica²³ e atingem o equilíbrio das relações exigindo a sua recomposição. São danos que derivam de um comportamento anômalo que atingem a esfera jurídica alheia²⁴. A probabilidade de esses danos ocorrerem se agrava pela complexidade dos casos resultantes do constante progresso social²⁵, que torna impossível a precisa indicação, por meio de tipos legais, da pluralidade dos fatos que devem ser qualificados como injustos, e que impõe, no enunciado legal, a diretriz máxima de duas cláusulas gerais: o princípio da atipicidade do ilícito civil²⁶ e o princípio do ressarcimento de todo dano qualificado como injusto²⁷. Esse ressarcimento é de cariz tão-somente indenizatório e não preventivo ou punitivo²⁸, motivo pelo qual jamais deve se tornar um meio de enriquecimento ilegítimo para a vítima²⁹.

¹⁸ MARIN PEREZ, Pascual. *Manual de Introduccion a la Ciencia del Derecho*. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1968. p. 68.

¹⁹ MARIN PEREZ, Pascual. *idem*. p. 27.

²⁰ TORRENTE, Andrea; SCHLESINGER, Piero. *Manuale di Diritto Privato*. 12ª ed. Milão: Giuffrè. p. 695.

²¹ ALPA, Guido. *Istituzioni di Diritto Privato*. 2. ed. Turim: UTET, 1997. p. 1096.

²² TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di Diritto Privato*. 31ª ed. Pádua: CEDAM, 1990. p. 189.

²³ BARBERO, Domenico. *Il Sistema del Diritto Privato*. 2ª ed. Turim: UTET, 1992. p. 854.

²⁴ BESSONE, Mario *et alii*. *Istituzioni di Diritto Privato*. 3ª ed. Turim: Giappichelli, 1996. p. 945.

²⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. III. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 363.

²⁶ TORRENTE, Andrea; SCHLESINGER, Piero. *Op. cit.* p. 695.

²⁷ GALGANO, Francesco. *Diritto Privato*. 5ª ed. Pádua: Edizioni Cedam, 1988. p. 341.

²⁸ ASÚA GONZÁLEZ, Clara *et alii*. *Manual de Derecho Civil*, vol. II. Madrid: Ed. Marcial Pons, 1996. p. 450.

²⁹ GEORGIN, Charles. *Notions Élémentaires de Droit Civil*. 7ª ed. Paris: Éditions Eyrolles, 1947. p. 337.

Do fato causador do dano injusto nasce a obrigação de indenizar. Essa relação obrigacional vista da parte do credor é qualificada como direito subjetivo³⁰. Na concepção civilística, esse credor tem duas espécies de poderes: (a) o direito à prestação (direito subjetivo) e (b) o poder de exigí-la (pretensão). Ao direito subjetivo de ser indenizado corresponderá uma pretensão³¹ (ou mesmo múltiplas pretensões³², ou seja, o poder de exigir a indenização do causador³³.

Sujeitam-se a esse tipo de injusto duas classes de situações: (a) a situação econômica (gerando o dano patrimonial) e (b) a situação psicofísica (gerando o dano moral). A ambas assegura-se a reparação dos danos mediante indenização pretendida pelas vítimas ao causador do prejuízo. O agressor sujeita-se ao dever de indenizar com base na ideia de que a liberdade do homem traz implícita a responsabilidade - inclusive patrimonial - por seus atos³⁴.

Todo esse fenômeno é designado de responsabilidade por danos³⁵.

§3º A responsabilidade por danos - A responsabilidade é uma conquista da civilização³⁶. Evoluiu de sua forma clássica, fundamentada na culpa e vem se sujeitando a inovações conceituais e se moldando em torno da Teoria do Risco. Deste modo, hoje se caminha no sentido de exigir tão-somente a existência de nexo causal entre o evento ocorrido e o dano conseqüente³⁷. Até mesmo o seu fundamento começa a ser alinhado a partir de novas concepções filosóficas, como o personalismo ético, entendido aqui

³⁰ CZACHÓRSKI, Witold. *Il Diritto delle Obligazioni*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1980. p. 29.

³¹ COMPARATO, Fábio Konder. *Natureza do Prazo Extintivo da Ação de Nulidade do Registro de Marcas*. Revista de Direito Mercantil, São Paulo, 77. p. 58.

³² KOHLER, Josef. *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*. Berlin und Leipzig: Dr. Walther Rothschild, 1909. p. 56.

³³ MEDICUS, Dieter. *Allgemeiner Teil des BGB*. 4., neubearbeitete Auflage. Heidelberg: Müller, Jur. Verl., 1990. p.34.

³⁴ WOLF, Ernst. *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*. Lehrbuch. 3., erw. Aufl. Köln; Berlin; Bonn; München: Heymann, 1982. p. 120.

³⁵ VALLET DE GOYTISOLO, Juan. *Panorama del Derecho Civil*. 2ª ed. Barcelona: Bosch, 1973. p. 221.

³⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. III. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1997. p. 363.

³⁷ VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. *Op. cit.* pp. 362-363.

como forma de ter o agente responsabilidade, por assumir as conseqüências do próprio agir segundo as bases éticas³⁸.

Entretanto, a responsabilidade por danos é regularmente tratada como um complexo de três requisitos: (a) uma atividade (requisito subjetivo), (b) um nexo de causalidade (requisito formal) e (c) um dano (requisito objetivo). No Direito Privado o primeiro requisito (a atividade) deve ser qualificado normalmente como culposo.

No atual conhecimento do tema, entende-se serem funções da responsabilidade por danos: (I) a afirmação do poder estatal; (II) a sanção; (III) a prevenção; (IV) o ressarcimento³⁹.

Nessa perspectiva, as mudanças sociais e o anseio de justiça ideal impõem a evolução desses conceitos, bem como exigem que a responsabilização busque soluções que não se afastem dos seus próprios fundamentos, logrando sempre a reparação de todo o dano injusto, e não simplesmente sancionar a culpa⁴⁰, o que exigiria a própria superação do termo “responsabilidade civil” por “responsabilidade por danos”⁴¹, preferido na designação deste trabalho.

§4º Os fatores de atribuição - Por “fatores de atribuição” se entende “o fundamento da obrigação indenizatória que atribui juridicamente o dano a quem deve indenizá-lo”⁴². Diante de um dano injusto ocorrido, “o fator de atribuição nos dará a última resposta acerca de quem e porque o deve suportar”⁴³. “Ao se falar de fator de atribuição se faz menção ao fundamento de que a lei toma em consideração para se atribuir juridicamente a obrigação de indenizar um dano, fazendo recair seu peso sobre quem em justiça corresponde”⁴⁴. Constitui a “razão especial” que estabelecerá a quem se deve

³⁸ AMARAL, Francisco. *Direito Civil brasileiro. Introdução*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1991. p. 596.

³⁹ ALPA, Guido. *Op. cit.* 1096.

⁴⁰ VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. *Op. cit.* p.245

⁴¹ *idem.* p. 245.

⁴² VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A.. *Op. cit.*. p. 194

⁴³ *idem.* p. 193.

⁴⁴ *idem.* p. 193.

impor as conseqüências do dano⁴⁵. Constituem os fatores de atribuição a resposta à seguinte questão: por que da obrigação de indenizar?⁴⁶

Seriam, pois, os “fatores de atribuição” um pressuposto da obrigação de ressarcir, junto com a ilicitude, o dano, a causalidade e outras partes de natureza complementar integrante do sistema jurídico⁴⁷.

Sob certa ótica, os “fatores de atribuição” poderiam ser compreendidos como um risco criado pela existência ou atuação de determinado grupo⁴⁸.

O termo no plural se justificaria na idéia de um catálogo amplo e aberto no qual se incluem critérios subjetivos e objetivos⁴⁹. Assim, não se limitariam aos casos de responsabilidade subjetiva⁵⁰.

A evolução da responsabilidade por danos alcançaria, assim, com os “fatores de atribuição”, a última etapa de seu desenvolvimento, substituindo a culpa (fundamento comum inicial) como critério básico do sistema ressarcitório, dada a insuficiência dos seus resultados⁵¹.

A culpa é compreendida como um dos fatores de atribuição, ao lado do risco criado, a equidade, a garantia dentre outros⁵².

Os “fatores de atribuição” subjetivos se baseiam exclusivamente na culpa e no dolo⁵³. Porém, é de se notar que a referência aos fenômenos que compreendem o conteúdo dos “fatores de atribuição” objetivos (como a solidariedade e a equidade, dentre outros) é meramente enunciativa, sujeita a constante expansão.

⁴⁵ idem. p. 193.

⁴⁶ idem. p. 193.

⁴⁷ BAIGÚN, David e BERGEL, Salvador Dario. *El fraude en la administración societaria*. Buenos Aires: Ed. Depalma, 1988. p. 104.

⁴⁸ MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad por daños*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni Editores, 1992. p. 59

⁴⁹ VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. *Op. cit.* p. 113.

⁵⁰ idem. p. 113.

⁵¹ GESUALDI, Dora Mariana. *Responsabilidad civil: factores objetivos de atribución, relación de causalidad*. Buenos Aires: Ed. Ghersi-Carozzo, 1987. pp. 15-16.

⁵² Para um exame do processo histórico que redundou nos fatores de atribuição, veja-se PIZZARRO, Ramón Daniel. *Responsabilidad por el riesgo o vicio de la cosa*. Buenos Aires: Universidad, 1983.

⁵³ VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A.. *Op. cit.* p. 197.

§ 5º Os fatores de atribuição subjetivos - Por fatores subjetivos de atribuição se entende aqueles “que têm em conta a análise valorativa da conduta do autor do prejuízo”⁵⁴. Decorrem de qualquer ato voluntário dirigido ao fato causador do dano⁵⁵, podendo tal comportamento danoso ser reprovado a título de culpa ou ainda de dolo.

Os únicos fatores subjetivos de atribuição são: (a) a culpa e (b) o dolo⁵⁶. Esses, por sua vez, são modalidades fundamentais que compõem a culpa em sentido amplo⁵⁷, já que se torna inicialmente irrelevante a distinção em Direito Civil, por mensurar-se o dano e não o ânimo do agente⁵⁸. Em sentido lato, a culpa é pressuposto e medida da imputabilidade⁵⁹, mesmo entendida como fator de atribuição⁶⁰. No entanto, por não constituírem requisito presente em toda e qualquer responsabilidade, os fatores subjetivos não são exigidos na responsabilidade objetiva: em verdade, são eles forma de classificação de conhecimento do fenômeno, e não meio de sujeição da realidade.

§ 6º Os fatores de atribuição objetivos - Em linhas gerais recebem a designação de fatores objetivos de atribuição toda série aberta de critérios legais de imputação que justificam a imposição de dano a determinado agente⁶¹.

São assim designados porque contrastam com os fatores subjetivos⁶². Estão categorizados como objetivos porque dispensam a valoração da conduta do agente causador do dano⁶³, tornando irrelevante a voluntariedade e a

⁵⁴ VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A.. *Op. cit.* p. 196.

⁵⁵ *idem.* p. 196.

⁵⁶ *idem.* p. 196.

⁵⁷ TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das Obrigações*. 6ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1989. p. 341.

⁵⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. pp. 452-453.

⁵⁹ DUSI, Bartolomeo. *Istituzioni di Diritto Civile*. 2ª ed. Turim: G. Giappichelli, 1937. p. 168.

⁶⁰ VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. *Op. cit.* p. 248.

⁶¹ VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A.. *Op. cit.* p. 207.

⁶² *idem.* p. 196.

⁶³ *idem.* p. 207.

culpabilidade⁶⁴, pois o fundamento da reparação está assentado numa causa externa, diversa do juízo de valoração que exigia o comportamento danoso⁶⁵.

Não se esgotam no fenômeno denominado de “risco criado”⁶⁶, pois constituem um catálogo aberto e dinâmico que se amplia por toda obra legislativa ou mesmo jurisprudencial ou doutrinária⁶⁷, ainda que essa não-taxatividade seja dirigida ao futuro⁶⁸.

Tendem os fatores de atribuição em sentido objetivo a serem relatados apenas em rol enunciativo, pela dinâmica na inclusão dos novos critérios decorrentes da criação jurisprudencial, que vem reconhecendo os novos e avançados fatores objetivos próprios da socialização dos danos, já agora com critério não somente de conotação jurídica, mas, também econômica⁶⁹.

No estado atual do conhecimento acerca dos fatores objetivos de atribuição, enumera-se os seguintes fenômenos⁷⁰:

- a) a solidariedade;
- b) a seguridade social;
- c) o risco criado;
- d) a equidade;
- e) a garantia e tutela especial do crédito;
- f) igualdade dos ônus públicos;
- g) seguro;
- h) critérios econômicos.

Todavia, é intuitivo que novas áreas estão vocacionadas para contribuir na elevação do rol de fatores objetivos, como a defesa do consumidor, o meio ambiente e a situação de titular do poder de controle de situações empresariais ou complexas como, por exemplo, na subcontratação.

⁶⁴ idem. p. 196

⁶⁵ idem. pp. 196-197.

⁶⁶ idem. p. 207.

⁶⁷ idem. p. 196.

⁶⁸ idem. p. 196.

⁶⁹ idem. p. 197.

⁷⁰ VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A.. *Op. cit.* p. 207.

§ 7º Conclusões

1 - O fator de atribuição nada mais é que o fundamento da reparação pela socialização do risco.

2 - Constitui uma forma de consolidar a responsabilidade por danos, em decorrência das mudanças sociais, com a superação da tradicional responsabilidade civil.

3 - Integra um juízo normativo em branco, capaz de ser completado por novas fórmulas identificadas na realidade social.

4 - Visa a legitimar os novos critérios de responsabilização, elencados e denominados de fatores objetivos de atribuição. ◆

COLABORAM NESTE NÚMERO:

1. ANDRÉ FONTES
2. ALVARO MAYRINK DA COSTA
3. CARLOS MARIO DA SILVA VELOSO
4. DÉCIO XAVIER GAMA
5. ERNANI DE PAIVA SIMÕES
6. HUMBERTO DE MENDONÇA MANES
7. J. A. VIZEU PENALVA SANTOS
8. JORGE DE MIRANDA MAGALHÃES
9. MANOEL CARPENA AMORIM
10. NAGIB SLAIBI FILHO
11. OSNY DUARTE PEREIRA
12. ROGÉRIO DE OLIVEIRA SOUZA
13. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA
14. SERGIO CAVALIERI FILHO
15. SEVERIANO ARAGÃO
16. SIMÃO ISAAC BENJÓ
17. WILSON MARQUES