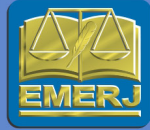


ISSN 2236-8957

*Revista da*

**EMERJ**



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

**Volume 2 nº6 - 1999**



**EMERJ - A ESCOLA DO JUIZ**



**Revista da**

**EMERJ**



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

**Volume 2 Número 6 - 1999**



**EMERJ - A ESCOLA DO JUIZ**

© 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 Araujo (Editor, MTb 597/MA-RJ); Márcio Alvim (Editoração); Geórgia Kitsos (Editoração *website*); William Lages e Geórgia Kitsos (Capa); Irapuã Araujo, Suely Lima Teixeira e Rosa Xerfan (Revisão)

**Apoio Cultural:** Banco do Brasil

**Impressão:** Infra-Estrutura Gráfica Banco do Brasil

**Tiragem:** 3.000 exemplares

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

v.

Trimestral -

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

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: (0XX21) 533-6642 / 533-5644 / 588-3376 - Fax: (0XX21) 533-8129

**E-mail:** [emerjpublicacoes@tj.rj.gov.br](mailto:emerjpublicacoes@tj.rj.gov.br)



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 Geral de Ensino**

Dra. Márcia Claudia Accioly Pimentel

### **Chefe de Gabinete**

Dra. Maria Alice da Cruz Marinho Vieira



# Apresentação

Meus amigos,

Este número da Revista EMERJ é editado num momento de grande perplexidade para a nossa classe.

O Poder Judiciário Brasileiro vem passando por séria crise, decorrente da implantação da CPI que apura possíveis irregularidades no Poder, no Senado Federal, e dos seus métodos espalhafatosos que não conseguem encobrir os interesses eleitoreiros que a engendraram.

Lamentavelmente não ficamos imunes a essas alevisias.

A comunidade brasileira certamente está fazendo dos tristes episódios noticiados uma generalização que nos atinge a todos.

Para nós, o que é mais preocupante, é que a insensatez dos artífices da crise pode gerar efeitos extremamente negativos para o sistema democrático, no qual a Justiça representa um verdadeiro fiel da balança, responsável pelo equilíbrio e harmonia entre os Poderes.

Só isso já seria sobremaneira preocupante para um país que saiu, há muito pouco tempo, de uma crise institucional de mais de 20 anos.

Grave também é uma reforma do judiciário que se arrastava na Câmara dos Deputados e que, de repente, tangida pela CPI do Senado, passa a trabalhar desenfreadamente sem as cautelas que um assunto dessa importância estava exigindo.

Que reforma do Poder Judiciário resultaria desse atropelo?

Queira Deus que a pressa em responder aos reclames da opinião pública não comprometa a verdadeira reforma que todos nós juízes almejamos, no interesse dos jurisdicionados.

A simplificação do processo, a melhor preparação dos juízes, novas formas de recrutamento dos candidatos à magistratura, melhores condições de trabalho, são temas que esperamos não sejam postergados pelas eventualidades e pelo açodamento do processo “reformista”.

Vamos rezar para que o bom senso prevaleça e que, afinal, possamos contar com um Poder Judiciário melhor aparelhado para o enfrentamento dos grandes desafios que, hoje, estão colocados diante de nós.

Aqui na Escola continuamos fazendo a nossa parte.

A preparação dos nossos juízes num mundo que se transforma a cada passo é uma necessidade indiscutível.

Ninguém duvida que estamos fazendo uma verdadeira revolução, a melhor das revoluções - a educação.

Somente através da educação é que vamos reverter esse quadro.

Costumo dizer que preparação de juízes é um problema de cidadania.

Só um juiz convenientemente preparado será capaz de proteger os direitos dos cidadãos assegurados na lei maior.

Juiz despreparado é uma afronta ao regime democrático.

A nossa Revista é uma dessas manifestações.

Gradativamente vamos adquirindo o padrão cultural que todos esperamos dela.

Esperamos que esse número, como os demais, seja do agrado de todos.

Até breve.

**MANOEL CARPENA AMORIM**  
Diretor-Geral da EMERJ



# SUMÁRIO

## **JURISDIÇÃO, ESPAÇOS DE INTEGRAÇÃO E CONSOLIDAÇÃO DA ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA**

**11**

*Juiz Antônio Rulli Júnior*

Proposições no sentido do respeito às nossas tradições políticas e jurídicas. Consolidação da Organização Judiciária. Proposições no sentido da atividade independente da organização judiciária, em harmonia com as demais atividades do poder político, com o Ministério Público sujeito ao Estado Democrático de Direito, sendo a atividade da advocacia indispensável à administração da justiça.

## **PROBLEMAS? FIAT LEX**

**28**

### **OU SOBRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A INTERNET**

*Juiz André Felipe Alves da Costa Tredinnick*

1. Os problemas do ser humano somente podem ser resolvidos pela Lei? 2. O limite da Lei. A imposição da autoconsciência. 3. A Internet. Uma nova forma de comunicação e seus diversos significados. 4. A liberdade de expressão como direito fundamental e seu alcance. A Internet como veículo deste direito. 5. Tentativas de controle da Internet.

## **A RESPONSABILIDADE CIVIL PREVISTA NO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

**58**

*Des. Sérgio Cavalieri Filho*

I - Impropriedade terminológica. II - Interpretação conforme a Constituição. III - Responsabilidade por omissão. IV - Entidades privadas que atuam no trânsito. V - Responsabilidade do DETRAN pelo prejuízo decorrente de compra de veículo de origem ilícita. VI - Conclusão.

## **O COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA COMO TÍTULO DE PROPRIEDADE**

**66**

*Dr. Melhim Namem Chalhoub*

A Lei nº 9.785/99 e as modificações introduzidas na legislação sobre desapropriações, registro de imóveis e loteamento de terrenos. (Leis 3.365/41, Registros Públicos, nº 6.766/79 (art. 26, § 6º) Dec.Lei nº 58/937. Desapropriação com finalidade de parcelamento do solo. Imissão na posse registrada no RGI. Cessão de direitos de posse como título do adquirente. Com-

promissos de compra e venda e cessões de promessas de cessão como título para o registro. Alcance social das novas regras e modificações culturais como consequência.

## **PRINCÍPIOS GERAIS DO CÓDIGO DO CONSUMIDOR: VISÃO HISTÓRICA** 72

*Des. Jorge de Miranda Magalhães*

A nova legislação sobre Direitos do Consumidor e a criação de Sistemas Estaduais de Proteção do Consumidor. Os princípios norteadores de proteção da Lei Italiana de 1992: analicidade, transparência, integração e interrogabilidade. O CODECON, como protetor do mais fraco e seus princípios: 1) O da dimensão coletiva da relação de consumo, 2) o princípio da transparência, 3) o da boa Fé, 4) o da equidade ou do equilíbrio contratual, 5) o da confiança, 6) o da solidariedade, 7) e o da inversão do ônus da prova.

## **O DANO MORAL RESULTANTE DO DIVÓRCIO OU DA SEPARAÇÃO INJUSTA E O SEU RESSARCIMENTO** 92

*Des. Luiz Murillo Fábregas*

Conceito de dano moral. A reparação do dano moral no direito brasileiro. A infração aos deveres do casamento dando como consequência o divórcio e os danos morais. Os danos morais decorrentes da separação e do divórcio no direito de outros países. Conclusão.

## **PRESSUPOSTOS DA QUEBRA** 106

*Dr. Jorge Lobo*

1. Estado de falência ou quebra. 2. Pressuposto subjetivo da falência. Extensão da falência. 3. Pressuposto objetivo da falência. 4. Pressuposto formal.

## **CONSIDERAÇÕES SOBRE A APELAÇÃO NO SISTEMA RECURSAL DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL** 117

*Dr. Sérgio Bermudes*

Pronunciamentos apeláveis. Finalidade da apelação. Efeito devolutivo. Efeito suspensivo.

## **JUSTIÇA MUNICIPAL?** 126

*Des. Décio Xavier Gama*

Proposta de criação dos Postos de Atendimento Judicial (PAJ) e os

seus encarregados. A Conciliação. O exemplo da Polícia Interativa e os conciliadores. Juizado Especial do dia e atendimento imediato, sem designação de data para audiência. A multiplicação dos juizados especiais e o congestionamento inicial, na espera das datas designadas na pauta. Vantagens da sugestão. Alguns cuidados especiais ou providências que devem ser levadas em conta na criação dos postos - Defensoria Pública: divulgação; prioridade inicial para cidades de porte médio; horário diferenciado.

#### **DURAÇÃO E EFICÁCIA DAS MEDIDAS CAUTELARES**

**136**

*Des. Wilson Marques*

A transitoriedade das medidas cautelares. São elas sempre provisórias, de duração limitada, ou seja, até que se revele desnecessária ou injusta. Revogação da medida cautelar: não é efeito da sentença de improcedência do pedido inicial; depende da instauração do incidente de revogação da medida. Cessação da medida cautelar como efeito do trânsito em julgado da sentença (art. 807). Medidas cautelares ex officio (art. 797/798), somente se a parte interessada as requeira (art. 2º). (Simpósio de Curitiba nº 65).

#### **A ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NOS TRIBUNAIS (NOVA REDAÇÃO DO ART. 481 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL)**

**142**

*Juiz Nagib Slaibi Filho*

O art. 97 da Constituição Federal e sua implementação por lei ordinária (art. 480 a 482 do CPC). A declaração incidental da inconstitucionalidade (Constituição Federal ou Estadual). O princípio da reserva de plenário aplicável em qualquer reconhecimento de inconstitucionalidade. A exigência de maioria absoluta para a declaração exigida desde a Carta de 1934. Precedentes jurisprudenciais do Plenário do STF quanto a desnecessidade de remessa dos autos a ele pela Turma para novamente apreciar a questão sobre a qual já se pronunciou o Tribunal. Alteração legislativa agora adotada nesse sentido.

#### **DOS ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS**

**149**

*Juiz Heleno Ribeiro Pereira Nunes*

1) Introdução. 2) Desenvolvimento do tema. Os art. 54 e 55 da Lei nº 9.099/95 combinados com o art. 98 da Constituição Federal. O art. 21 do CPC. A Doutrina. 3) Conclusões.

## **A UNIVERSIDADE E A FORMAÇÃO DOS JUÍZES**

**157**

*Des. Felipe Augusto de Miranda Rosa*

Polícia e Judiciário: Relações e Conflitos

Prof. João Marcello de Araújo Junior

1 - Introdução. 2 - O sistema de justiça penal: conceitos. 3 - O subsistema policial: natureza. Conceito de Polícia e de função policial. 4 - O subsistema judicial: a Justiça como instituição destinada à execução da política criminal. As teorias ressocializadoras, abolicionista e garantista. A prevenção geral positiva. 5 - Conclusões.

## **POLÍCIA E JUDICIÁRIO: RELAÇÕES E CONFLITOS**

**160**

*João Marcello de Araujo Junior*

Prof. Dr. h. c. Professor Titular de Direito Penal da UERJ (aposentado).

Diretor da Faculdade de Direito de Valença; Secretário-Geral Adjunto da AIDP.

## **COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO: VERDADES E FANTASIAS**

**172**

*Juiz Alexandre Abrahão Dias Teixeira*

Origem no Parlamento Britânico (Século XVI). A primeira CPI na Europa Continental instalou-se na França em 14/06/1928 e no Brasil a CPI surgiu na Carta de 1934 (art. 36), de 1946 (art.53), na Emenda nº 1 de 1969 (art. 37). A Lei nº 1.579 de 1952 e sua visão de pesquisar e de apurar os fatos deram origem à CPI (art.1º). A Doutrina.

## **BREVES CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DA REFORMA E CONTROLE DO PODER JUDICIÁRIO**

**180**

*Juiz Glauzenir Silva de Oliveira*

## **REFORMA? QUAL REFORMA?**

**191**

*Des. Felipe Augusto de Miranda Rosa*

# Jurisdição, Espaços de Integração e Consolidação da Organização Judiciária

ANTÔNIO RULLI JÚNIOR

*Juiz de Direito do Tribunal de Alçada Criminal/SP*

1. **Jurisdição** - A jurisdição tem sido conseqüência da soberania interna do Estado Nacional desde de sua formação, porque era a preocupação permanente do poder político organizar a sociedade e com ela toda a estrutura da vida social, principalmente pelo respeito aos direitos dos indivíduos e a necessidade da jurisdição para a pacificação dos conflitos.

O primeiro Estado Nacional a surgir foi na Europa, com a formação de espaço próprio, a Áustria (séc. X) e o segundo foi a formação do Estado Português (séc. XII).

A exemplo da Cidade Estado, na antigüidade clássica, a Babilônia nos deu o primeiro código de leis, como entendemos hoje.<sup>1</sup> Através desta cultura do direito codificado, evoluímos no ocidente, principalmente pelo saber dos juristas romanos, para o sistema estatutário.

No direito romano, já no período da *extraordinária cognitio*<sup>2</sup>, a jurisdição representa o poder do Estado, deixando de lado a justiça privada, a justiça pelas próprias mãos, a autotutela, a vingança privada e a equidade, ou a temível Lei de Talião.

No sistema romano o pretor passa a criar o direito e com isso evita a aplicação de sistema privado de justiça e o retorno ao barbarismo da autotutela e Talião. O Código de Hammurabi e as Leis de Manú passam para os sistemas do ocidente e o Código Semita passa a influenciar a cultura árabe, se transformando no Alcorão.

---

<sup>1</sup> Emanuel Bouzon, *As Leis de Eshnunna*, Petrópolis, Editora Vozes, 1981; ainda do mesmo autor, *Código de Hammurabi*, Editora Vozes, 1992, 5ª Ed. e *As Cartas de Hammurabi*, Petrópolis, Editora Vozes, 1996.

<sup>2</sup> In Antonio Rulli Júnior, *Universalidade da Jurisdição*, Prefácio de Cândido Rangel Dinamarco, São Paulo, Oliveira Mendes Ed., 1998, pp. 5-32.

Não era mais possível o governo sem a jurisdição, a qual passa a ser a pedra de toque e a garantia das relações sociais, com os seus primeiros rudimentos do direito natural.

Forma-se a consciência histórica da jurisdição que caminha no tempo com o ideal de justiça. Cada povo e cada época passam a ter o seu sentido de justo, resguardando a sobrevivência da polis e do próprio homem.

É falso considerar o Juiz como conservador do sistema, porque o Juiz passa a julgar de acordo com a lei, mas imbuído pela realidade que tem diante de si e que o motiva. Exemplo desta afirmativa é a lei do divórcio no direito brasileiro e que foi inteiramente construída sobre as decisões dos Tribunais de Justiça do Rio de Janeiro e de São Paulo, uma das razões de ter dado certo a lei.

A jurisdição é a virtude secreta do direito, cujo fundamento ético da consciência histórica é o justo, o viver honestamente.

A evolução na idade média representou oposição ao exercício do poder absoluto, manifestando-se tal reação no *habeas corpus*. No século XVIII, com a Revolução Francesa e com a Revolução Americana, os direitos fundamentais passam a ser a tônica do instituto que passa a exigir, para o seu efetivo exercício: a separação de poderes, a constituição escrita e rígida.

O avanço significativo é o reconhecimento, neste século, das obrigações internacionais em matéria de direitos humanos por parte dos Estados.

A garantia dos direitos humanos na ordem global impõe no âmbito de cada Estado a sua efetividade, como forma de legitimidade plena dos governos respectivos no plano mundial.<sup>3</sup>

A queda do comunismo e o fim da Guerra Fria contribuíram para este processo, com a destruição do muro de Berlim, a *perestroika* (mudança) e a *glasnost* (transparência) com a abertura da União Soviética para a economia de mercado e o desaparecimento das confrontações ideológicas fortaleceram o comprometimento das Nações com os parâmetros da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Por outro lado, a consciência de reprovação ao crime organizado, o tráfico de drogas, a marginalização, os crimes de computador, os crimes do colarinho branco, a lavagem de dinheiro, entre outros, exigem a jurisdicalização cada vez maior das atividades humanas, permitindo a exis-

---

<sup>3</sup> In Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*, São Paulo, Max Limonad, 1996.

tência de sociedade capaz de evoluir, superando as desigualdades e as injustiças que causam tanto desconforto e insegurança.

A globalização ou mundialização, com os critérios de uma ética de simetria e de assimetria, de homogeneidade e heterogeneidade, trouxeram a crise do desemprego e da educação. A evolução da ciência permitiu a mudança de sexo, a fusão e a fissão nucleares, o extermínio em massa pela guerra química e bacteriológica, a inteligência artificial, a clonagem, a exploração sideral, o desenvolvimento da comunicação sem limites, a escuta telefônica, exigindo do Estado Democrático de Direito definição ética e política, com conseqüências para a jurisdição, obrigada a equacionar as incertezas e a rapidez das mudanças. A arbitragem não é jurisdição porque não tem a mesma preocupação e conteúdo ético da função estatal.

No avanço da técnica, mera extensão do homem, deve a ciência estar submetida à moral? O mito do desconhecido deve ser normatizado pela jurisdição ou deve estar subordinado à política, ciência por excelência criadora da ordem ética e dos valores?

As novas descobertas trazem novos conflitos, além das incertezas para o futuro. A jurisdição existe para garantir o futuro do homem e de todas as espécies do universo. A jurisdição existe para a sobrevivência do homem no futuro, porque a consciência histórica e a liberdade crescem conjuntamente. E para existir o futuro, o próprio direito natural é condicionado pelo ideal do justo. E diante deste quadro evolutivo, o mais razoável é aceitar a universalidade da jurisdição e a jurisdicalização da política.

A jurisdição é expressão do poder nacional. Não um poder do Estado, porque o Estado não tem poderes. O poder é uno e indivisível. O que se reparte são as funções<sup>4</sup>. É função autônoma?

No direito brasileiro o princípio contido na norma do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, resolve de forma expressa a questão, assegurando a separação dos poderes, como determina o artigo 2º, da mesma Carta: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. É cláusula pétrea do sistema, garantindo a separação das funções (Artigo 60, § 4º).

Entretanto, no direito europeu, desde a Revolução Francesa, se tem entendido a existência de dois poderes: o legiferante, aquele que faz a lei e o que aplica a lei, isto é, governa aplicando a lei de ofício e, ainda, aplican-

---

<sup>4</sup> Antonio Rulli Junior, *Universalidade da Jurisdição*, São Paulo, Oliveira Mendes Ed., 1998.

do a lei a casos concretos de litígios, nesta última incluindo-se a jurisdição. A atividade judiciária seria nada mais nada menos do que um incidente na aplicação de normas legais, pois não se manifesta, na decisão judicial, ato de vontade<sup>5</sup>. E como o juiz não cria o Direito, mas, apenas o aplica na conformidade da lei, não haveria nenhum poder político<sup>6</sup>. Segundo Mário Guimarães o sistema americano admite o poder político do juiz, criando abertura no sistema, possibilitando o “governo dos juizes”<sup>7</sup>. Hoje não seria mais possível tal ordem de reflexão, havendo orientação diversa naquele sistema. O juiz não cria o direito, mas interpreta a lei. A lacuna está na lei, não no sistema jurídico<sup>8</sup>. O critério maior é o que permite ao juiz aplicar a lei, interpretando-a, não sendo importante distinguir o critério de criação ou não do direito, porque no fundo o juiz dispõe do poder político de harmonizar as partes e solucionar a conflitividade na sociedade.

Carré de Malberg<sup>9</sup>, como Montesquieu, admite a existência do Poder Judiciário, entendendo que a missão do juiz não se limita a pronunciar o direito editado pelas leis, mas implica também na tarefa de criar o direito destinado a reger casos que não estão previstos em nenhuma das hipóteses do legislador. Biscaretti di Ruffia<sup>10</sup> reconhece, em sua obra, o judiciário como função autônoma. E no direito alemão, na tradição constitucional, os juizes sempre foram independentes e só estavam submetidos à lei. A discussão sobre a existência de funções autônomas, coloca, por vezes, em dúvida, se no Estado Democrático de Direito, o executivo há de ser absorvido pelo legislativo, como no regime parlamentar ou o legislativo sofrerá as influências do executivo, como no regime presidencial. A separação das funções do poder nos vem dos tempos de Aristóteles, organicista por excelência, sofrendo sua concepção as variações de tempo e espaço. A separação das funções

---

<sup>5</sup> Mário Guimarães, *O Juiz e a função jurisdicional*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1960, 1ª. ed., p.42.

<sup>6</sup> Id., ib., p.43.

<sup>7</sup> Id., ib., pp.44 e sgts.

<sup>8</sup> Maria Helena Diniz, *As lacunas no direito*, São Paulo, ed. Saraiva, 1989, 2ª ed.

<sup>9</sup> *Contribution a la théorie générale de l'état*, Paris, Recueil Sirey, 1920, Vol. 1: “D’une manière générale, la repartition des compétences ne coincide pas strictement avec la distinction objective des fonctions”, p. 263; declarando de forma peremptória a existência da função jurisdicional (pp.283 e sgts).

<sup>10</sup> *Diritto Costituzionale*, São Paulo, R.T., 1984, pp. 419 e sgts., reconhecendo o poder judiciário como função autônoma, passando a estabelecer diferenças entre elas. E, ainda, em “*Lo stato democratico moderno nella dottrina e nella legislazione costituzionale*”, Milano, Dott. Antonio Giuffrè - Editore, 1948, pp.475 e sgts., “così, come del resto, l’hanno affermato numerose Costituzione moderne”, esclarecendo que na maioria das constituições atuais a jurisdição é função autônoma.



não tem caráter absoluto e os argumentos de Montesquieu ainda valem: o poder de julgar pertence à nação, que o exercita por meio de seus juizes<sup>11</sup>. Arbitragem não é jurisdição<sup>12</sup>, embora alguns a considerem jurisdição voluntária<sup>13</sup>. A arbitragem é um sistema primitivo de solução, não sendo nem permanente e nem dotado de coerção, oriunda do árbitro da equidade. Acentua Miguel Reale<sup>14</sup> que "...o poder é uma condição de atualização plena do Direito porque é uma condição essencial à integralização jurídica da sociedade, sendo por conseguinte, uma exigência do Direito que não pode se erguer contra o Direito". E nacional, no sentido de nação, é "...uma realidade subjetiva e objetiva (cultural), pondo em foco tanto o elemento subjetivo, que é representado pelo que se convencionou chamar de 'consciência nacional', como o elemento objetivo dado pelos fatores étnicos, econômicos etc."<sup>15</sup>.

Ensina o renomado mestre: "O que a história nos mostra não é o aniquilamento do poder, e, sim, a sua jurisdição progressiva, a translação contínua do poder do plano da força bruta para o plano do Direito e da Ética; não a sua identificação com o Direito, mas a sua correspondência com ele"<sup>16</sup>. Ora, a universalidade do poder jurisdicional sofre esta evolução, absorvendo de forma permanente os fluxos e contrafluxos do organismo social, avançando e recuando, movimento de aperfeiçoamento do grupo social que se identifica gradualmente com as conquistas do direito e da ética, permitindo o progresso e a evolução da sociedade e de seus membros, não mais permitindo o primitivismo do retrocesso e repudiando a violência da força. E conclui: "Todavia, a história está aí para nos indicar que, embora continuem as lutas e não sejam menos ásperos os motivos que lhes dão lugar, as contendas humanas já se não

---

<sup>11</sup> Mário Guimarães, *O juiz...*, p.53 e sgts, estabelece os princípios que norteiam a jurisdição, considerando-a de ordem pública.

<sup>12</sup> Desembargador Antonio Raphael Silva Salvador, *O poder judiciário não aceita e nem precisa partilhar jurisdição*, in Caderno de Doutrina/outubro 96, tribuna da magistratura.

<sup>13</sup> Paulo Jorge Tavares Canelas de Castro, Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, in Conferência sobre "Tribunal de Justiça da Comunidade Européia", Semana Jurídica Brasil & Portugal, APAMAGIS, 27 a 30 de Agosto de 1996.

<sup>14</sup> *Teoria do direito e do estado*, São Paulo, Livraria Martins Editora, 1970, 3ª ed., p.112.

<sup>15</sup> Id., ib., pp.115-126.

<sup>16</sup> Id., ib., p.78.

travam no corpo-a-corpo da vingança privada; desenvolvem-se, em geral, no plano ético do Direito, em virtude do aparelhamento judiciário e das garantias legais que a sociedade estabelece como condição de sua própria existência”<sup>17</sup>.

A universalidade da jurisdição significa a atuação cada vez mais jurídica do poder, sem tirar da política a sua natureza de criação dos novos valores em sociedade, efetivando em definitivo as conquistas sociais, trazendo o aperfeiçoamento das relações sociais, permitindo ao homem evitar a conflitividade.

**2. Espaços de Integração** - Nos espaços de integração que se formam fica a questão de se saber se continuamos com o critério de soberania interna absoluta do Estado Nacional ou se compartilhamos a soberania com os Estados integrantes desse mesmo espaço. Pergunta-se, ainda, qual seria a natureza da jurisdição compartilhada?

O poder se confunde com a força, segundo Miguel Reale: “...porque a força se põe por si mesma, ao passo que o poder é a força, posta por uma exigência ética ou jurídica...”<sup>18</sup>. Ou como se verifica em Dalmo de Abreu Dallari<sup>19</sup>, onde as configurações atuais do poder e seus métodos de atuação, se fazem pelo critério do “...reconhecido como necessário, quer também o

---

<sup>17</sup> Id., ib., p.79 e veja-se, ainda, Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade...*, pp.120-121: “... e especificamente à chamada ‘expressão política do poder nacional’. A nação, como realidade social dispõe de meios integrados para a consecução de seus objetivos, sintetizados no bem comum. Não só através do Estado ela os emprega, nem seria concebível. Todas as instituições sociais (família, grupos religiosos, culturais ou recreativos) econômicos (empresa, sindicatos) ou mesmo políticas empregadas da estrutura estatal (partidos políticos) constituem pólo de poder e, na sua área, reputam-se responsáveis pela promoção do bem comum (o poder nacional encontra-se ‘disseminado’ por todas as moléculas da sociedade). Mede-se o poder nacional pela expressão somada de todos esses aspectos setoriais, sabendo-se que existem muitas e variadas fontes do poder, tais como a extensão territorial do Estado, riquezas naturais, sua população, grau de cultura e civismo, firmeza institucional, sistema empresarial, equilíbrio social etc. - tudo isso concorrendo para a capacidade, que a nação possa ter, de escolher seus próprios caminhos, fruir de bens necessários à satisfação de necessidades vitais, avança rumo à melhoria da qualidade de vida e felicidade pessoal de cada um dos seus membros e impor-se ao respeito no concerto internacional”.

<sup>18</sup> *Teoria do direito e ...*, p.64.

<sup>19</sup> *Elementos de teoria geral do estado*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1981, pp. 30-40, explicando o autor o poder pelas características de sociabilidade e bilateralidade.

reconhecimento de sua legitimidade, o que se obtém mediante o consentimento dos que a ele se submetem” explicitando que “...embora o poder não chegue a ser puramente jurídico, ele age concomitantemente com o direito, buscando uma coincidência entre os objetivos de ambos...”, salientando mais, “...há um processo de objetivação, que dá precedência à vontade objetiva dos governantes ou da lei, desaparecendo a característica de poder pessoal...” porque tem também como razão atender “...a uma aspiração à racionalização, desenvolve-se uma técnica do poder, que o torna despersonalizado (poder do grupo, poder do sistema), ao mesmo tempo em que busca os meios sutis de atuação, colocando a coação como forma extrema”. Não é por outra razão que se admite o juiz “sem rosto”, na luta contra o crime organizado, como despersonalização do poder ou sua individualização. É um critério que toma o poder dentro de suas características de sociabilidade e bilateralidade. O poder, na forma de jurisdição, e o direito se apresentam, pois, como fenômenos concomitantes, sendo a jurisdição a função empenhada na realização dos fins do direito e nesse sentido pode-se falar “em graus de juridicidade do poder”<sup>20</sup>.

A jurisdição nos espaços de integração evitaria a formação de um Estado consumidor, pois os seus escopos seriam de formação de consciência de cidadania no Mercosul.

A jurisdição tem uma abrangência de fins ou escopos. O direito persegue o bem comum e como vem sendo assimilado: “O bem comum, objeto mais alto da virtude da justiça, representa, pois, uma ordem proporcional de bens da sociedade, de maneira que o Direito não tem a finalidade exclusiva de realizar a coexistência das liberdades individuais (visão parcial da fenomenologia jurídica), mas sim a finalidade de alcançar a coexistência e a harmonia do bem de cada um com o bem de todos”<sup>21</sup>. O parâmetro se volta para os fins comuns da sociedade, única forma de harmonização da convivência, porque realiza a ordem necessária à existência e preservação do homem e da própria sociedade. A vida em sociedade se reveste de renovação constante de valores, crescendo os interesses e a necessidade de satisfazê-los. É através da dinâmica das funções que se procura atender o bem de cada

---

<sup>20</sup> Id., ib., p.39.

<sup>21</sup> Miguel Reale, *Fundamentos do direito*, São Paulo, Ed. R.T. e Ed. da Universidade de São Paulo, 1972, p. 211.

um com o bem de todos: “A dialética da justiça é marcada por essa intencionalidade constante no sentido da composição harmônica dos valores, sendo esta concebida sempre como momento de um processo cujas diretrizes assinalam os distintos ciclos históricos”<sup>22</sup>. Envolve a atividade jurisdicional, em sua dialeticidade, o homem e a ordem justa por ele criada e que é sua projeção, valor-fonte de todos os valores no processo de evolução. Seria impossível uma definição para todos os tempos e para todas as civilizações de jurisdição, porque as características se firmam em cada época e em cada povo, “Cada época histórica tem a sua imagem de justiça, dependente da escala de valores dominantes nas respectivas sociedades, mas nenhuma delas é toda a justiça, assim como a mais justa das sentenças não exaure as virtualidades do justo”<sup>23</sup>. É por esta razão que se busca o conceito junto dos fins da jurisdição e quando se pensa nos escopos como características do poder, tem-se em vista que “a normatividade jurídica marca sempre um momento de racionalidade volitiva, de equacionamento de fatos segundo valores, numa necessária conversão do axiológico em teleológico”<sup>24</sup>. Poder seria “a capacidade de produzir os efeitos pretendidos (ou simplesmente de alterar a probabilidade de obter esses efeitos), seja sobre a matéria ou sobre as pessoas”<sup>25</sup>. O restabelecimento da harmonia social pela solução dos casos concretos envolve a necessidade de procura dos fins da própria jurisdição, pois, esta se confunde com aqueles.

Não é possível tratar do conceito tão só pelo direito constitucional, porque a sua efetivação se faz através de seu instrumento, o processo.

O jurista vem salientando a importância da fidelidade aos escopos da própria instrumentalidade: “O que realmente tem significado e reflexos no grau de legitimidade da jurisdição não é a sua institucionalização, em si mesma (porque sua necessidade todos sentem) -, mas as variações do grau de sua eficiência: existem objetivos a serem realizados mediante o exercício e a população, não abrindo mão deles, não tem dúvida em validar o ‘poder’

---

<sup>22</sup> Miguel Reale, *Lições preliminares de direito*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1976, 3ª. ed., p.371: “Cada época tem a sua idéia de justiça, dependente da escala de valores dominante nas respectivas sociedades, mas nenhuma delas é toda a justiça, assim como a mais justa das sentenças não exaure as virtualidades do justo”. E, ainda, na obra: “*O direito como experiência*”, São Paulo, Ed. Saraiva, 1968, p. 164: “Nesse sentido particular será lícito afirmar que o modelo jurídico é de natureza teleológica, sem que isto signifique que seja os modelos jurídicos engendrados para corresponder a pretensos ‘fins ou modelos ideais’ existentes fora da experiência concreta, como protótipos ou arquétipos inhistóricos”.

<sup>23</sup> Miguel Reale, *Lições...*, pp.372 e sgts.

<sup>24</sup> Miguel Reale, *O direito como...*, p.164.

<sup>25</sup> Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade...*, pp. 104 e sgts.

jurisdicional. São objetivos individuais e coletivos, situados no plano jurídico, social e mesmo político propriamente dito, todos dependentes do correto exercício da jurisdição. Esta é legitimada pelo grau de fidelidade aos seus escopos, mercê dos quais existe e é exercida”<sup>26</sup>. Os constitucionalistas entendem o poder como um fenômeno sócio-cultural, fato da vida social, orientando, através da soberania, os comportamentos com um fim evidente: “Pertencer a um grupo social é reconhecer que ele pode exigir certos atos, uma conduta conforme com os fins perseguidos; é admitir que pode nos impor certos esforços custosos, certos sacrifícios; que pode fixar, aos nossos desejos, certos limites e prescrever, às nossas atividades, certas formas”<sup>27</sup>, anotando-se, ainda, como exercício interno dessa soberania o problema da legitimidade e da legitimação: “Trata-se de saber, por um lado, quem detém e exerce o poder soberano; trata-se, por outro lado, de obter a justificação da titulariedade e exercício desse poder”<sup>28</sup>. A jurisdição é a expressão do poder institucionalizado<sup>29</sup>, a manifestação interna de soberania, aceita pelo grupo social, pela sociedade política. E como poder institucionalizado o seu objetivo é a aplicação do direito aos casos concretos, dirimindo conflitos de interesses, segundo o modo de divisão de funções. A divisão tem por meta estabelecer funções diferentes para órgãos diferentes, na chamada especialização funcional<sup>30</sup>, bem como independência harmônica<sup>31</sup>.

A divisão leva em conta a independência e harmonia<sup>32</sup> com a finalidade de se atingir com maior certeza os escopos do poder, através da “materialização dos fins e tarefas constitucionais...”<sup>33</sup>. A coerência da divi-

---

<sup>26</sup> Id., ib., p.205.

<sup>27</sup> José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo, Ed. R.T., 1991, 7ª. ed., p. 94, enfatiza a idéia de poder como fato social.

<sup>28</sup> J.J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, Coimbra, Livraria Almedina, 1995, 6ª. ed., pp.257 e sgts.

<sup>29</sup> Cândido Rangel Dianamarco, *A instrumentalidade...*, p.119: “O que importa, contudo, para a adequada ubicação da jurisdição nos quadrantes do contexto político, é seguramente o trato do poder institucionalizado, ou seja, poder do próprio grupo como tal (no caso, Estado)”.

<sup>30</sup> José Afonso da Silva, *Curso...*, p.96.

<sup>31</sup> Id., ib.

<sup>32</sup> Id., ib., p.97.

<sup>33</sup> J. J. Gomes Canotilho, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, Coimbra, Coimbra Editora, Ltda., 1982, pp.14-38.

são leva à natureza diferente de cada função, mantendo-as intrinsecamente ligadas aos seus fins que acabam coincidindo na realização da ordem social. Cada função apresenta-se com finalidades próprias, embora, coincidindo com os objetivos do poder, como um todo, pois, nada mais é do que “...uma energia capaz de coordenar e impor decisões visando a realização de determinados fins”<sup>34</sup>. O fim último para a jurisdição é a paz em sociedade, alcançada através da capacidade de decidir imperativamente e impor decisões<sup>35</sup>, visto o poder político através do enriquecimento de dados que o conhecimento da realidade processual oferece<sup>36</sup>. Neste aspecto se fundem as noções de jurisdição na constituição e no direito processual, seu instrumento e dinamização.

É com muita propriedade que Gomes Canotilho<sup>37</sup> adverte que a questão do reconhecimento de uma ordem constitucional “...não é um problema de fundamentação dos ‘fins últimos’, mas o de explicitar, na medida do possível, a ‘pretensão de legitimidade’, através da fixação dos fins e tarefas que incumbem ao Estado...” No direito brasileiro a dinamização da jurisdição se faz pela universalidade, seu maior fundamento como função autônoma, indicando que nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser subtraída do conhecimento do poder judiciário, garantia constitucional maior que permite a plena realização de seus fins, coincidente com a fundamentação dos ‘fins últimos’, base de sua ‘pretensão de legitimidade’. O poder jurisdicional tende à universalidade na medida em que nenhuma questão possa ser subtraída ao conhecimento do poder judiciário e, ainda, na medida em que um número maior de causas e de pessoas tenham efetivo acesso à justiça, como meio permanente de garantia da harmonia social, em constante evolução para uma sociedade cada vez mais justa. A certeza deste atributo torna a jurisdição o único meio viável da empresa humana na consecução e realização de seus fins últimos, dentro de razoável segurança e legitimidade.

Observa Gorender que a “blocagem regional”, que consiste na formação de blocos econômicos regionais, se vem materializando em

---

<sup>34</sup> José Afonso da Silva, *Curso...*, p.94.

<sup>35</sup> Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade...*, cf.11.

<sup>36</sup> Id., ib., p.444.

<sup>37</sup> *Constituição Dirigente...*, p.19.

uniões aduaneiras tendentes à formação de zonas de livre comércio, que por seu turno se projetam na formação de mercados comuns, aqui, já, com o horizonte de uniões econômicas e políticas, nisto considerando a estratégia de reorganizar além dos limites nacionais economias periféricas dependentes para conviver com grandes corporações transnacionais, e ao mesmo tempo servindo de ambiente para seguimento delas. É o que Alain Tourraine na “Crítica da Modernidade” identifica como a consolidação do papel estratégico das corporações multi e transnacionais. E como demonstra Eric Hobsbawn na sua obra “Era dos Extremos” a velocidade mutacional no caso do processo construtivo da União Europeia que foi longo e progressivo<sup>38</sup>. O processo do espaço de integração no Mercosul não deve ser cópia servil de outras experiências, mas processo que reflita a nossa realidade, principalmente a da cidadania, caso contrário criaremos outra utopia abaixo do equador. Sabemos, como Keynes, que “a longo prazo estaremos todos mortos”, mas é necessário refletir nossas condições de cultura. A Argentina prevê em sua Constituição a possibilidade de formação de órgãos supraestatais e a Constituição do Paraguai prevê a formação de órgãos supranacionais, embora a nossa Constituição e a Constituição do Uruguai não prevejam qualquer disposição à respeito. Há necessidade de previsão constitucional. O Tratado de Assunção, O Protocolo de Brasília para as Soluções de Controvérsias e o Protocolo de Ouro Preto representam um grande passo na direção da formação de uma união aduaneira com a formação de um mercado comum e de uma comunidade para a nossa cidadania. Pensamos, no futuro, no Tribunal Supranacional e no Parlamento do Mercosul<sup>39</sup>.

O processo de integração é lento porque teremos de respeitar as nossas tradições políticas e jurídicas. No campo da jurisdição o processo será mais fácil porque pertencemos ao mesmo ramo do sistema estatutário romano-germânico. Mas, esta jurisdição compartilhada que queremos é lenta, porque seu objetivo é a cidadania de respeito ao meio ambiente e ao consumidor.

---

<sup>38</sup> Desembargador Antonio Carlos Viana Santos, *Tribunal de Justiça Supranacional do Mercosul e Jurisdição*, in Revista da Faculdade de Direito das FMU, ano 10, nº 16, 1996, São Paulo.

<sup>39</sup> Francisco Pedro Jucá, *Possibilidade de um Parlamento Latino-Americano Vinculado ao Mercosul*, in Revista da Faculdade de Direito das FMU, ano 10, nº 16, 1996, São Paulo.

**3. Consolidação da Organização Judiciária** - O art. 1º, da Constituição Federal, afirma que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, com isso significando que o democrático qualifica o Estado, o que segundo José Afonso da Silva, “irradia os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado”<sup>40</sup>. E Canotilho sustenta que a democracia “...é um processo dinâmico inerente a uma sociedade aberta e ativa, oferecendo aos cidadãos a possibilidade de desenvolvimento integral...”<sup>41</sup>, entendendo tal postulado como fundamento de constituição e legitimação: “O problema central de uma constituição reconduz-se à questão nuclear da teoria do Estado e da filosofia do direito: a ‘legitimação-legitimidade’ de uma ordem constitucional no duplo sentido de justificação-explicação de uma ordem de domínio (estrutura de domínio) e de fundamentação última da ordem normativa”<sup>42</sup>. A jurisdição no Estado Brasileiro se apóia nos postulados do Estado Democrático de Direito e “...abre as perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais que ela inscreve e pelos instrumentos que oferece à cidadania e que possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana”<sup>43</sup>. Torna-se evidente o princípio da legalidade, como pedra de toque do sistema, caracterizando a sujeição ao império da lei, não somente no seu conceito formal de ato jurídico abstrato, geral, obrigatório e modificativo da ordem jurídica existente, mas, também “...à sua função de regulamentação fundamental, produzida segundo um procedimento constitucional qualificado”<sup>44</sup>, assentando-se na legitimidade.

A norma do art. 5º, inciso II, da C.F., estatui que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. O controle de legalidade é exercido através das três funções do poder, entretanto, o jurisdicional é o mais importante e se efetiva na garantia de acesso ao Poder Judiciário, como condição do princípio em si mesmo, examinando

---

<sup>40</sup> *Curso...*, p.105.

<sup>41</sup> *Direito Constitucional*, Coimbra, Livraria Almedina, 1995, p.416.

<sup>42</sup> José Joaquim Gomes Canotilho, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra, Coimbra Editora Limitada, 1982, p.15.

<sup>43</sup> José Afonso da Silva, *Curso...*, pp.106-107.

<sup>44</sup> *Id.*, *ib.*, p.107.



do a própria constitucionalidade da lei, para poder aplicá-la ao caso concreto. Como ficaria o controle de constitucionalidade no sistema de jurisdição compartilhada? Pelo sistema difuso? Pelo sistema direto?

A natureza do Estado Democrático de Direito vem caracterizado no poder jurisdicional, através dos princípios que estabelece: a) universalidade da jurisdição (art. 5º, inciso XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito); b) devido processo legal (art. 5º, inciso LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal); princípio do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, - aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes). E como consequência é garantida a independência e a imparcialidade do juiz, pela participação de todos no processo, além do direito de ação e de defesa, garantida a inafastabilidade do controle jurisdicional, através de instrumentalidade que assegura não somente os direitos individuais, mas também, os direitos coletivos. A universalidade da jurisdição é marcada pelo instrumental do devido processo legal e pelo contraditório e ampla defesa, porque a prestação jurisdicional "...quando entregue pelo Estado, dê a cada um o que é seu, segundo os imperativos da ordem jurídica. E isso envolve a garantia do contraditório..."<sup>45</sup>. E para Ada Pellegrini Grinover<sup>46</sup> as garantias da instrumentalidade convertem-se, "...de garantias exclusivas das partes, em garantias da jurisdição e transformam o procedimento em um processo jurisdicional de estrutura cooperatória, em que a garantia de imparcialidade da jurisdição brota da colaboração das partes e juiz. A participação dos sujeitos do processo não possibilita apenas a cada qual aumentar as possibilidades de obter uma decisão favorável, mas significa cooperação no exercício da jurisdição. Para cima e para além das intenções egoísticas das partes..." ressaltando que "...reverte em benefício de todos, pela boa qualidade da jurisdição, revelando-se mais uma garantia do que propriamente um direito."

Ao lado do fim de atuar a vontade concreta da lei, esta a qualidade primeira de bem conhecer. A instrumentalidade qualifica a universalidade porque permite a aplicação de meios para cumprir o direito material, como mostra Cândido Rangel Dinamarco: "O processo é instrumento a serviço do

---

<sup>45</sup> Id., ib., p.373.

<sup>46</sup> *O processo constitucional em marcha*, São Paulo, ed. Max Limonad Ltda., 1985, 1ª. ed., p.8.

direito substancial e isso justifica a preocupação de oferecer meios eficazes e seguros para que a busca seja produtiva e o direito substancial cumprido<sup>47</sup>. A jurisdição deve permitir a garantia dos princípios constitucionais, como forma de bem decidir, assegurando a realização de seus fins<sup>48</sup>. Esta garantia acaba-se confundindo com o próprio Estado Democrático de Direito (art. 1º, da C.F.). O exercício da jurisdição significa fidelidade ao direito material e as garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa constituindo-se na efetiva fidelidade aos desígnios de direito material<sup>49</sup>. Não se pode exigir ou restabelecer a harmonia social, sem que haja entre as funções do poder independência e harmonia relacionadas com os seus fins. Essa dinâmica justifica o exercício da jurisdição.

Mas, o exercício envolve questões primordiais: a indelegabilidade de atribuições e a impossibilidade do exercício simultâneo de funções<sup>50</sup>, além da soberania, limites de ordem instrumental, limites no conhecimento da conveniência e oportunidade de determinados atos, inclusive da administração e a eficácia das sentenças. Esta ordem de consideração para o exercício da jurisdição se faz necessário frente à separação dos poderes, sendo uma “técnica distributiva de funções distintas entre órgãos relativamente separados, nunca valerá em termos de incomunicabilidade, antes sim de íntima cooperação, harmonia e equilíbrio, sem nenhuma linha que marque separação absoluta ou intransponível”<sup>51</sup>. A própria Constituição atual prevê hipótese de delegação no artigo 68 (As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional), autorização que tem o significado de delegação de atribuições do legislativo para o executivo. É exceção ao princípio.

O mesmo não ocorre com a investidura em funções de poderes distintos, quando concomitantes. O legislador constituinte quis preservar a independência dos poderes, especializando as funções respectivas, de tal sorte que criou duas regras que não podem ser olvidadas: indelegabilidade de

---

<sup>47</sup> *A instrumentalidade...*, p.330.

<sup>48</sup> Id., ib., p.449: “A boa qualidade da decisão constitui, por um lado, fidelidade ao direito material (aí o escopo jurídico), mas, também acima disso, penhor de justiça das decisões. Toda a tessitura de princípios e garantias constitucionais do processo (com destaque para a do **due process of law**) é predisposto à efetiva fidelidade aos desígnios do direito material”.

<sup>49</sup> Id., ib.

<sup>50</sup> Michel Temer, *Elementos...*, p.122.

<sup>51</sup> Paulo Bonavides, *Ciência política*, Rio de Janeiro, Forense, 1978, 4ª ed., p.162.

funções e impossibilidade de exercício simultâneo de funções, surgindo, assim, quanto ao exercício o critério de quantidade do poder. O exercício pressupõe a soberania e a jurisdição é o lado interno desta. Soberania advém do poder que cria o direito, aplica a lei de ofício ou aplica a lei nos casos concretos, ou seja, é atributo de quem legisla, administra ou julga. Esta soberania se qualifica entre a soberania nacional e a soberania popular<sup>52</sup>, sendo a jurisdição elemento espacial do Estado Nacional.

A soberania nacional é a nação, na verdade um complexo indivisível e a soberania popular leva em conta a titulariedade que pertence a todos os componentes do povo, atribuindo a cada cidadão uma parcela da soberania, no dizer de Canotilho<sup>53</sup>. A nossa Constituição considera a soberania como emanada do povo, sendo o seu exercício efetivado por meio de representantes ou diretamente. Esta soberania recai sobre a dignidade da pessoa humana (inciso III, do art.1º, da Constituição Federal), exigindo participação democrática, mostrando-se una e indivisível, porque o poder político pertence ao povo. O povo é a afirmação do poder político<sup>54</sup>.

Esta soberania interna se identifica com princípios e tarefas<sup>55</sup>, identificação que nada mais é do que o respeito da constitucionalidade, princípio democrático, sistemas de direitos fundamentais, princípio da justiça social, princípio da igualdade e princípio da segurança jurídica. Portanto, o exercício não se limita apenas à lei, porque influi numa realidade social<sup>56</sup>, transformando a sociedade e impondo mudanças, garantindo a sobrevivência daqueles valores aceitos pelo povo. Este aspecto se torna importante porque denota o elemento espacial, indicativo de território sobre o qual recai a atuação da função jurisdicional, onde as sentenças e as decisões judiciais são reconhecidas como atos da soberania interna do Estado brasileiro. Os atos jurisdicionais somente terão eficácia no território nacional, embora atos jurisdicionais alienígenas possam ser reconhecidos no Brasil, e vice-versa, de acordo com as normas do Direito Internacional e leis internas. O exercício apresenta, assim, limitação espacial.

---

<sup>52</sup> José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, Coimbra, Almedina, 1995, 6ª. ed., pp.99-101.

<sup>53</sup> Id., ib.

<sup>54</sup> Id., ib., pp.104-105.

<sup>55</sup> José Afonso da Silva, *Curso...*, pp.107-108.

<sup>56</sup> Id., ib.

Com o aparecimento e a criação do chamado direito comunitário, em nada se tem alterado a idéia espacial de jurisdição, entre as comunidades que se formam a nível internacional: “*Il convient tout d’abord de souligner que la création du Tribunal de première instance des Communautés européennes n’a rien modifié quant au partage des responsabilités entre juridictions nationales et juridictions communautaires dans l’interprétation, l’application et la sanction judiciaire du droit de la Communauté européenne*”<sup>57</sup>.

E nem mesmo a idéia da criação do Código Penal Tipo para a América Latina alteraria o conceito espacial de jurisdição, porque os limites internacionais obedeceriam aos critérios de conveniência e viabilidade<sup>58</sup>. A formação do próprio Mercosul advém dessa conveniência e viabilidade, em razão da oportunidade igual para as partes, ou mesmo a criação de um Tribunal de Justiça Supranacional do Mercosul<sup>59</sup>. Haveria uma divisão de responsabilidades entre jurisdição nacional e jurisdição comunitária, ou mera transferência de competência comum das partes? O direito comum criado por um Parlamento do Mercosul obrigaria a cessão de soberania?<sup>60</sup> Em todo caso haveria necessidade de Emenda Constitucional, em razão do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, e da cláusula pétrea do sistema (art. 60, § 4º, da Constituição Federal).

O exercício da jurisdição apresenta limites internos. Os limites de ordem instrumental resultam dos princípios da “extra petita” ou “ultra petita” e da celeridade processual. É do interesse das partes que o juiz não possa mudar a “*causa petendi*”, e ainda, obedeça aos prazos processuais. A causa de pedir limita a atuação do juiz, embora a magnitude do poder no sentido de aumentar a magnitude da jurisdição, universalizando-se o âmbito de seu exercício, reforça a “...participação atuante do juiz e evitando-se resíduos

---

<sup>57</sup> José Carlos Moitinho de Almeida, Juiz do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, *Curso de direito comunitário*, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários do Ministério da Justiça de Portugal, 1991, textos de apoio, “O tribunal de justiça das comunidades europeias: sua organização, competência e funcionamento”, p. 6.

<sup>58</sup> Antonio Carlos de Araújo Cintra et alli, *Teoria geral do processo*, São Paulo, ed. R.T., 1991, 8ª. Ed., p.132.

<sup>59</sup> Desembargador Antonio Carlos Viana Santos, *Tribunal de Justiça Supranacional do Mercosul*, conferência proferida no dia 29.11.1996, no Iº Congresso de Magistrados do Mercosul, Florianópolis, Santa Catarina.

<sup>60</sup> Francisco Pedro Jucá, *Possibilidades de um Parlamento latino-americano vinculado ao Mercosul*, São Paulo, FDUSP, 1996, edição policopiada.

de pessoas excluídas.”<sup>61</sup> A celeridade processual impõe limite na atuação do juiz, o qual deverá obedecer os prazos impostos, evitando-se que a demanda fique indefinidamente sem solução, porque a justiça tardia se constitui em negação dos próprios fins da jurisdição, sendo caso de denegação de justiça. Não pode o juiz a qualquer pretexto deixar de conhecer e decidir o pedido das partes. Na antigüidade se impunha como norma de elementar prudência que os litígios não ficassem sem solução, porque havia o receio do retorno à vingança privada.

Estes limites de ordem instrumental denotam tendência do Estado contemporâneo à universalização, pelos objetivos de garantia das partes e acesso à justiça de um maior número de pessoas e causas.

Outro limite no exercício da jurisdição advém de certos atos que acarretam conflitos, mas, pelo critério de conveniência e oportunidade, perdem qualquer interesse para a jurisdição, e, conseqüentemente decorrem da impossibilidade jurídica da demanda<sup>62</sup>. É o caso de dívidas de jogo (art. 1477, do CC), ou, dos atos da administração que impedem o conhecimento das razões de conveniência e oportunidade do poder público.

A eficácia das sentenças (art. 520, do CPC) tem como fundamento o respeito à liberdade das partes e demais sujeitos do processo.

A nossa organização judiciária se estabelece por um poder judiciário independente (arts. 92 a 126, da CF). Distingue-se em Justiça Estadual e Federal, esta dividida em ordinária, do trabalho e eleitoral, permanecendo a Justiça Militar a nível federal e estadual. As funções essenciais à Justiça têm como pilares o Ministério Público (arts. 127 a 130, da CF), a Advocacia Pública (arts. 131 a 132, da CF) e a Advocacia e Defensoria Pública (arts. 133 a 135, da CF). O Ministério Público se subordina tão somente ao Estado Democrático de Direito e a Advocacia é indispensável à administração da justiça, sendo o advogado inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei. É o lídimo representante da sociedade. ◆

---

<sup>61</sup> Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade...*, pp.166-167: “Além disso, a determinação da magnitude do poder, conduzida mediante análise política que considera o seu ‘domínio’, ‘alcance’ e ‘peso’ (premissas sugeridas pela atenção à ciência política), é capaz de oferecer subsídios valiosíssimos para o estudo dos limites da jurisdição, contribuindo para o seu melhor entendimento e razão de ser, na ordem internacional e na ordem interna do Estado de Direito”.

<sup>62</sup> Antonio Carlos de Araújo Cintra et alli, *Teoria geral...*, p.134.

# Problemas? *Fiat Lex!*

## Ou sobre a liberdade de expressão e a Internet

ANDRÉ FELIPE ALVES DA COSTA TREDINNICK  
*Juiz de Direito do TJ/RJ*

1. **Os problemas do ser humano somente podem ser resolvidos pela Lei?** - É uma idéia comum, tanto para os versados no mundo jurídico quanto para os leigos neste - por vezes - fastidioso universo, que para cada problema existente na sociedade humana sempre haverá um remédio no denominado “ordenamento jurídico” pronto para resolvê-lo, ou seja, uma **lei** ou, de forma mais técnica, uma **norma jurídica**, que o solucionará.

Se não houver, teremos então que criá-la...

Aprendemos, nós, os iniciados no mundo jurídico, que a norma jurídica distingue-se das não-jurídicas, tais como normas morais (que ditam regras para a convivência entre as pessoas) e religiosas (que ou explicitam a vontade de um ente Supremo ou ensinam como transcender a vida mundana) precisamente porque seria aquela primeira (a norma jurídica) dotada de **coerção**, ou seja, uma vez não cumprida, poderia ser imposta ao violador.

Nos Estados teocráticos, as normas religiosas e jurídicas se confundem, e a violação da norma religiosa redundava numa sanção ao seu perpetrador.

Num ou noutro sistema, jurídico ou teocrático, o fato é que, invariavelmente, está presente a concepção de que a **lei** é o preceito cogente e o norte daqueles submetidos ao seu império, sendo execrável e punível a sua violação.

Mas como teria se originado a lei como a conhecemos?

Em termos simples, podemos dizer que em um dado momento da evolução da sociedade, como diz **Wilhelm Friedrich HEGEL**<sup>1</sup>, os costumes, que até então regiam a vida dos grupos humanos, conhecidos apenas subjetiva e acidentalmente (sendo esta sua exata distinção das leis), foram transformados na lei escrita ou reunidos e ordenados, constituindo o direito consuetudinário ou costumeiro, surgindo então o **Direito**, em qualquer de suas concepções arquetípicas: a materialização do “justo” ou do “ideal”, ou

---

<sup>1</sup> “*Filosofia del Derecho*”, 3ª ed., Ed. Claridad, Buenos Aires, 1944, p. 186.

na expressão - inteligida pelos eleitos - da “vontade da divindade” ou dos “caminhos do autodescobrimento”.

Sempre, contudo, a figura da Lei.

A lei, assim, ao mesmo tempo totem e tabu, é imemorial, sagrada e intocável.

O ser humano se habituou a ter sua vida regrada pela lei. Não, por certo, que se paute por ela.

A norma inspira a transgressão, para uns, como afirmava **Sigmund FREUD**<sup>2</sup>, para outros, o respeito reto e inflexível, colocando-a inclusive acima da Justiça; e para alguns ainda, traz a necessidade de ser colocada sob o conceito de Justiça ou, como preferimos, tal como **Mauro CAPPELLETI**<sup>3</sup>, de ser adequada dentro da ordem constitucional, aplicando-a apenas quando plenamente inserida no sistema constitucional do Estado Democrático de Direito.

Seja como for, violando-a, observando-a cegamente, vendo-a sob o prisma variável da Justiça ou da ordem constitucional, a Lei está sempre presente.

Existiram pessoas, contudo, e que possuem seguidores ainda hoje, que pregavam exatamente o contrário: que o ser humano se deve libertar do “jugo da lei”, que nada mais simboliza do que a tirania e a opressão do mais fraco pelo mais forte.

**Pyotr Alexeivich KROPOTKIN** foi um desses homens.

Conhecido como um dos pais do movimento **anarquista**, escrevendo no final do efervescente e sonhador século XIX, atribuía o surgimento do anarquismo à pura manifestação do povo, constituindo a capacidade criadora e construtiva dos próprios seres humanos encarregados de desenvolver instituições de direito comum para proteger-se de uma minoria ansiosa pelo poder<sup>4</sup>.

Lutar contra a autoridade, rechaçando toda lei escrita, eis o que braçavam os impulsores do movimento anarquista, que pretendiam estabelecer

---

<sup>2</sup> Citado por Hermann MANNHEIM, *Criminologia Comparada* (tit. orig.: “*Comparative Criminology*”, vol I, ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1984, p. 459, que atribui a FREUD a frase: “Toda a proibição tem de ocultar um desejo”.

<sup>3</sup> “*Il significato del controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel mondo contemporaneo*”, in “*Rivista di Diritto Processuale*”, vol. XXXIII, 1968, p. 482.

<sup>4</sup> “*Folletos Revolucionarios I - Anarquismo: su filosofia y su ideal*”, ed. Tusquets, 1ª ed., 1977, Barcelona, Edição, introdução e notas de Roger N. Baldwin, p. 164/5

uma nova sociedade baseada na igualdade e no trabalho e no governo de cada um segundo sua consciência, e, especialmente, numa comunidade livre da lei escrita<sup>5</sup>.

A lei, para este pensador russo, significa apenas a resposta dos homens indolentes e covardes, fugindo de enfrentar a convivência com seu próximo, e buscando na norma jurídica a solução para cada problema surgido com a vida em comunidade.

Tal indolência leva as pessoas a pensarem que, para cada dilema da vida social, deve existir uma lei que o elimine e supere. E se já existir a dita lei, deveria então ser alterada, ou serem criadas outras, mais severas ou mais específicas, ou em outros termos, enfim, mudá-la, para adaptá-la a nova realidade.

Se há violência e criminalidade, aumentem a duração e gravidade das penas! Se há imigrantes, ampliem as restrições para seu ingresso no país! Se há falsificação de remédios, criminalizem este fato, com penas mais graves, especialmente *hediondas*...

Nossos olhos certamente se espantam com a história recente das leis.

Assim nos sentimos perplexos diante da luta pelos direitos da mulher não casada, dos filhos havidos fora do casamento, da superação da tortura como fase natural do processo penal (cf. Pietro VERRI, *Observações sobre a tortura*, ed. Martins Fontes, São Paulo, 1992, tít. orig. *Osservazioni sulla tortura*, Cesare BECCARIA, *Dos delitos e das penas*, tít. orig. “*Dei delitti e delle pene*”, ed. Ediouro, s/l, s/d), da escravidão institucional, e outros tantos exemplos que enchem nossa memória de vergonha.

Houve época em que leis disseram que existiriam homens superiores a outros homens, e havia a necessidade de estabelecer quem teria “sangue puro”<sup>6</sup>, e o resultado deste preconceito insano foi o *Shoah*, ou o Holocausto de milhões de judeus durante a segunda guerra mundial, o *apartheid* legalizado no sul dos Estados Unidos, na antiga Rhodésia, hoje Zimbábue, e na República da África do Sul, até poucos anos atrás.

---

<sup>5</sup> Kropotkin, op.cit., p. 167, v.I

<sup>6</sup> Em julho de 1933, a “equipe de trabalho” de Becker enviou os resultados de suas deliberações para Vicco von Bulow-Schwante, conselheiro da legação no Ministério para Assuntos Estrangeiros da Alemanha Nazista. Parte do que eles enviaram foi o projeto de lei para a Regulamentação do *Status* dos Judeus (D.L.R.S.J). (Tradução livre do artigo de Adam U.D., “An Overall Plan for Anti-Jewish Legislation in the Third Reich?” *Yad Vashem Studies*, XI: 33 - 55, 1976)



Hoje vemos as leis sofrerem de envelhecimento rápido, ante o avanço da sociedade, de modo que nos é permitido concluir que elas não consubstanciam, como um ideal, o conceito do justo.

A crítica de **KROPOTKIN** parece procedente, nestes termos.

Nem as leis que podem ser rotuladas de boas ou úteis, admite este filósofo como argumento contrário à sua posição inflexível.

Na época de seus escritos, anotou: “Talvez se objete que durante os últimos cinqüenta anos se tem aprovado um considerável número de leis progressistas. Porém, se analisarmos estas leis, descobriremos que esta legislação progressista constitui a derrogação de leis que nos foram legadas pelo barbarismo dos séculos precedentes. Toda lei liberal, todo programa radical, pode resumir-se nestas palavras: abolição das leis que atormentaram a própria classe média, devolução e ampliação a todos os cidadãos das liberdades que desfrutaram os nobres no século XII. A abolição da pena de morte (...), o direito de levar um funcionário público a um tribunal (...) não significam mais do que um retorno à liberdade que existiu antes que a Igreja e o Monarca pusessem suas mãos sobre todas as manifestações da vida humana. Assim, a proteção direta da exploração através de leis sobre a propriedade, e indireta pela manutenção do Estado, é ao mesmo tempo o espírito e a substância dos nossos códigos modernos, e a função concreta de nossa custosa máquina legislativa”<sup>7</sup>.

Curvemo-nos, deste modo, à realidade de que a lei não traz a felicidade nem a segurança.

A nossa Constituição Federal, a oitava desde a proclamação da independência política em 1822, já foi eleita a responsável por todas as mazelas de nossa República, e, por este motivo, emendada já dezenove vezes em pouco mais de dez anos de vida. Será este um exemplo de nossa incapacidade de elaborar um texto que exprima a vontade de nossa sociedade, ou será que nosso povo mudou tanto em uma década?

A citação de um filósofo anarquista em um ensaio jurídico pode soar como uma verdadeira “blasfêmia”, mas a intenção é exatamente esta: pensar, ainda que num devaneio, em um mundo sem leis e as conseqüências disto, ou *em um mundo onde não possam existir leis, e qual atitude tomar diante disso*.

---

<sup>7</sup> Op. Cit., p. 41, v. II.

**Oscar WILDE**, contemporâneo do filósofo russo, certa vez disse, em seu livro *De Profundis*, que “o eterno paradoxo da alma humana, de que nos apercebemos a cada momento, é que ela possa ser a um só tempo inteiramente livre e inteiramente dominada pelas leis”<sup>8</sup>.

Vemos sempre que as leis envelhecem antes da sociedade. A lei dificilmente está à frente de seu tempo, prevendo conflitos que surgirão. Normalmente, ela é alterada pelo clamor público contra sua ineficiência anacrônica, ou diante da histeria pregada pela mídia sobre determinado fato. Algumas vezes, ela é apenas para “inglês ver”; outras, ela simplesmente “não pega”.

Aonde iremos, então?

Permitir que antigos conceitos, que não se coadunam com a realidade social, continuem a vigorar, e que permaneçamos sempre editando novas leis, ou simplesmente devemos abolir todas as leis, e viver no pré-diluviano “estado natural?”.

Qualquer doutrina, filosofia ou religião, pregava **Karl POPPER**, que pretenda ser a resposta para todas as indagações, a solução de todos os males, e sinônimo da verdade, é o embrião da intolerância, da ditadura e do totalitarismo.

E de exemplos desta máxima a história da humanidade está repleta, pela eterna corrupção causada pela nossa espécie de todas as doutrinas, filosofias e religiões já concebidas.

O importante é que se mantenha - sempre - o senso crítico com relação ao mundo que nos cerca, sem admitir qualquer coisa como verdade absoluta e incontestável.

**2. O limite da lei. A imposição da autoconsciência** - Se um dia o homem puder se livrar do “juço das leis”, e se isto realmente é necessário, nunca saberemos.

Sabemos sim que muitas delas constituem efetivamente um instrumento de defesa social, ainda que, e em alguns casos - como na nossa sociedade atual - meramente em gestação.

---

<sup>8</sup> *A Alma do Homem sob o Socialismo e Escritos do Cárcere* - incluindo *De Profundis* e cartas para o *Daily Chronicle*, tit. orig.: *The Soul of Man Under Socialism* e *De Profundis*, ed. L&PM, trad. de Maria Ângela S. Vieira de Aguiar, Júlia Tettamanzy e Heitor Ferreira da Costa, Porto Alegre, 1996, p. 78.

Mas certo é que diversos campos das relações humanas ou são insusceptíveis de regulamentação legal, ou de tal forma mutáveis que as próprias leis deixam propositalmente espaço para o costume e outros métodos a fim de que o magistrado possa prestar a jurisdição, sem o auxílio da norma jurídica.

Assim, temos a Lei de Introdução do Código Civil, diploma integrador de todo o ordenamento jurídico, ao reconhecer que, na ausência da lei, o intérprete se valerá do costume, da analogia e dos princípios gerais do direito para dar a solução ao caso que deverá julgar.

Ou seja, jamais pensou o legislador que a lei poderia esgotar todas as possibilidades de situações litigiosas. Assim também o artigo 126 do Código de Processo Civil, o artigo 2º do Código de Processo Penal, e no direito estrangeiro o artigo 10 do Código Civil português e o artigo 12 do Código Civil italiano a situação merece tratamento semelhante, até porque foi lá onde nosso legislador se abeberou, como de regra.

Outros campos do direito reconhecem a quase impossibilidade da competição da lei com o dinamismo das relações humanas, e aí temos, em especial, o direito comercial e o direito internacional.

No direito mercantil vemos que a lei sempre está a reboque das mudanças do mundo capitalista e da evolução tecnológica. Novos contratos comerciais surgem no mercado de forma tão rápida que os livros de doutrina tornam-se desatualizados de um ano para o outro. Novas formas de títulos de crédito torna-se imateriais ou virtuais com a difusão da informática, admitindo o Projeto do Código Civil de 1984<sup>9</sup>, com recentes modificações, documentos por meios eletrônicos (artigo 225<sup>10</sup>) e livros comerciais *virtuais* (artigo 1.181<sup>11</sup>).

O direito internacional, depois da fase em que era sinônimo de força bélica, neste período pós-*détente* parece racionalizar-se em torno das relações comerciais e no respeito aos direitos humanos<sup>12</sup>, sempre contudo com

<sup>9</sup> O Projeto de Lei da Câmara nº 118, de 1984 (nº 634/75, na Casa de origem), que reunirá, de modo infeliz, os atuais Código Civil e Comercial.

<sup>10</sup> “Art. 225. As reproduções fotográficas, cinematográficas, ou registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão.”

<sup>11</sup> “Art. 1.181. Além dos demais livros exigidos por lei, é indispensável o Diário, que pode ser substituído por fichas no caso de escrituração mecanizada, ou eletrônica.”

<sup>12</sup> *International Criminal Tribunal for Rwanda, Rules of Procedure and Evidence, U.N. Doc. ITR/3/REV.1 (1995), entered into force 29 June 1995 e INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVI*, e a recente prisão do ex-ditador chileno Augusto Pinochet na Inglaterra, em virtude de um mandado de prisão para garantia de pedido de extradição feito pelo Juiz espanhol Baltazar Garzón.

abissais discordâncias acerca de tratados e convenções internacionais, e de seu cumprimento efetivo.

Em outros campos da vida humana, tampouco se admite a existência de leis, como no mais recente e fantástico dos inventos humanos: a INTERNET. Neste, a lei não encontra espaço, devido às suas peculiaridades, cabendo apenas à autoconsciência e a noção comum do bem e da civilização a manutenção de seu propósito livre.

**3. A Internet. Uma nova forma de comunicação e seus diversos significados** - Há poucos anos atrás, tornou-se rotina o uso de linhas telefônicas para a troca de dados de informática, rompendo-se desta forma a barreira física do armazenamento das informações, antes restrito a meios materiais, como papéis, livros e registros magnéticos, agora permanecendo o potencial humano praticamente limitado à nossa capacidade de assimilação.

A interligação de computadores pessoais desta forma constitui a Internet.

Como disse o profeta da contracultura **Timothy LEARY**, no capítulo "From Aquaria to Terrarium to Cyberia" de seu livro *Chaos and Cyberculture*, nós partimos em escala evolutiva do mundo aquático, onde viveram há milhões de anos nossos ancestrais peixes, para depois vivermos sobre a superfície da terra, até finalmente chegarmos àquilo que ele denominou de *Cyberia*: "*During the Roaring 20th Century, the equations of quantum physics led to the development of quantum appliances that allowed humans to receive, process, and transmit electronic images. Telephone, cinema, radio, television, computers, compact discs, fax machines; suddenly humans were creating digital realities that were accessed on living-room screens. This universe of electronic signals, in which we now spend so much time, has been called Cyberia*".

Nesta compreensão transcendente da evolução *do homo sapiens sapiens*, podemos constatar o quão fantástica pode ser esta terceira fase.

Não se trata apenas da máquina de imprimir de **GUTEMBERG**, do telégrafo ou do telefone, do rádio ou da televisão, sobretudo nestes dois últimos veículos de comunicação, onde o espectador ou ouvinte é sempre inerte, mas sim da verdadeira possibilidade de obter livremente informações de qualquer fonte e de comunicar-se, em toda a amplitude deste termo, com qualquer um em qualquer parte do planeta.

Este novo tipo de comunicação não poderia ficar de fora da tentativa de controle dos detentores do poder econômico e político, e também do medo e da ignorância das pessoas de alma pequena.

**Jürgen HABERMAS** anotou em “Mudança Estrutural da Esfera Pública - Investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa”<sup>13</sup>, que a imprensa, invariavelmente, de início um veículo de comunicação meramente reprodutor de acontecimentos, passou a refletir opiniões políticas e, neste passo, tornou-se um empreendimento capitalista e um instrumento da manipulação e criação da opinião pública.

Esta força, este poder mítico e transformador, levava ao que este filósofo chamou de “tendência à concentração e centralização”, observado no último quarto do século XIX com os grandes trustes da imprensa: **HEARST** nos E.U.A., parodiado por **Orson WELLES** no filme “Cidadão Kane” (1941), e **NORTCHCLIFFE** na Inglaterra, **ULLSTEIN** e **MOSSE** na Alemanha.

A mesma tendência é observada neste século, em impérios como o de **Ted TURNER** nos E.U.A. e, em nosso país, com os reinados de **Assis CHATEAUBRIAND** e, mais recentemente, num virtual monopólio dos meios de comunicação, com as mesmas características anteriores.

Estas corporações e trustes, contudo, participaram do controle dos “meios de comunicação de massa”, com poderes de extensão e eficácia incomparavelmente superiores aos da imprensa escrita, cunhando a opinião pública não mais com técnicas de persuasão política, mas de **publicidade**, para atingir o “tipo do consumidor político”, que **REISMAN**<sup>14</sup> deu o nome de “o novo indiferente”.

A imprensa, usualmente considerada um quarto poder, “não se mostra mais interessada em sua própria reforma”, como diz **Umberto ECO**<sup>15</sup>, até porque ela é consciente de seu poder, e este é atualmente, através da ignominiosa corrupção do dogma franciscano do “dar para receber”, a “moeda forte” para planos e projetos de governos neoliberais messiânicos, especialmente através da distribuição de concessões de rádios e televisões, a par de outras práticas vexaminosas para a conquista de votos no parlamento.

---

<sup>13</sup> Tit. original: “*Strukturwandel des Öffentlichkeit*”, ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1984, p. 217 ss.

<sup>14</sup> Citado por **HABERMAS**, op. cit.

<sup>15</sup> *Cinco Escritos Morais*, título original “*Cinque Scritti Morali*”, trad. Eliana Aguiar, ed. Record, Rio de Janeiro, 1997, p. 56.

**Umberto ECO** nos diz também que já está superada a polêmica referente ao controle exercido pelos meios de comunicação de massa sobre a opinião pública, porque não existe atualmente uma notícia verdadeiramente objetiva.

Embora o professor da Universidade de Bolonha reconheça que o domínio e a manipulação da notícia tenham um preço alto, que é a perda da sua confiabilidade pelo “público alvo” (leitor, ouvinte ou espectador), podemos observar que na verdade o que ocorre é pior do que a inconfiabilidade deste (embora diversas pesquisas de opinião pública indiquem que a imprensa seja uma das instituições de maior confiabilidade do povo): vemos uma verdadeira apatia na população, tanto no que diz respeito ao consumo, quanto à fabricação de personalidades e artistas, quanto à manipulação do eleitorado, com doses maciças de política sob forma de *marketing*, tornando possível transformar, sem maiores dificuldades, lobo em cordeiro.

No direito italiano, chegou-se à certeza de que o monopólio dos meios de comunicação consiste em última análise na negação do direito à liberdade de expressão, como anota **Fausto CUOCOLO**<sup>16</sup>: “... a liberdade de exprimir o próprio pensamento e de comunicá-lo aos outros conquistou crescente importância, seja pelo progressivo e relevantíssimo desenvolvimento dos meios de comunicação, seja pelo aumento da participação dos cidadãos na vida da comunidade civil e política, que tem evidenciado, não apenas o caráter funcional dos instrumentos de manifestação e de comunicação do pensamento, mas também a necessidade de impedir a degeneração deste exercício da liberdade no discurso que poderá, através do surgimento de situações monopolísticas, impedir de fato a circulação das idéias, transformando os meios de difusão do pensamento em instrumentos de agregação do consenso em torno de opiniões preconstituídas, e de fato suprimir a livre discussão. Trata-se de situação bem observada e recorrente tanto na Itália quanto em outros países (...)”.

Como resultado deste pensamento, na Itália foi submetido a um referendo um conjunto de leis, conhecidas como “*Legge Mammi*”, em razão do nome do Ministro italiano que as propôs, regulamentando o sistema de comunicações daquele país, com o intuito de combater a situação oligopolística existente ao tempo de sua elaboração. Existem naquele país seis grandes canais que podem ser recebidos em toda Itália, três deles (*Canale5, Italia1,*

<sup>16</sup> “*Principi di Diritto Costituzionale*”, Giuffrè ed., Milano, 1996, p. 358 ss.

*Rete4*) pertencem à empresa *Fininvest*, a companhia do ex-Primeiro-Ministro **Silvio BERLUSCONI**, e três deles (*RAI1*, *RAI2*, *RAI3*) constituindo empresas estatais.

Os objetivos deste *referendum* são, em primeiro lugar, reduzir para um o número de canais que uma empresa comercial privada possa possuir, e, em segundo lugar, reduzir para um o número de intervalos comerciais possíveis de serem inseridos durante a exibição de um filme, e em último lugar, abolir o monopólio da *RAI* e da *Fininvest* para a vinculação de anúncios.

Estas leis sofrem severas críticas, tanto da Corte Constitucional, que tende a considerá-las inconstitucionais, quanto do próprio parlamento, onde o partido de Berlusconi é muito forte<sup>17</sup>.

Em nosso sistema constitucional, por força do disposto no artigo 220, § 5º, da Constituição Federal<sup>18</sup> é admissível semelhante legislação, que seria muito bem vinda, pelo menos do ponto de vista do interesse dos espectadores.

No Brasil, sabemos que o virtual monopólio existente iniciou suas atividades há mais de meio século, com um jornal diário, consumido basicamente pela classe média. Com o passar do tempo, passou ao domínio de rádios e de uma rede de televisão, de proporções nacionais, suspeita de favorecimento estatal pelo apoio prestado ao regime militar e com notícias de capital estrangeiro em sua formação embrionária. Nos últimos anos, lançou-se ao mercado como editora de livros e revistas, da mesma forma gigantesca que antes, e, ultimamente, observando que seu diário não possuía boa penetração junto às classes menos favorecidas, lançou outro diário para competir com os periódicos que eram tradicionalmente consumidos por estes, lançando também uma revista semanal com preço idêntico àquela até então líder do mercado, sendo que com “preço promocional” abaixo daquela. Também possui participação em sistemas de transmissão de televisão a cabo e por microondas, gravadora de *compact discs* e fitas magnéticas etc.... Se tais investidas podem significar a princípio a “sadia competição de mercado”, elas efetivamente representam a prática de verdadeiras tendências

---

<sup>17</sup> Tendo como fonte desta informações a organização “*Media Watchdog*” (<http://theory.lcs.mit.edu/~mernst/media/>).

<sup>18</sup> Artigo 220, § 5º - “Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio”.

monopolísticas sobre os veículos da comunicação. No entanto, nenhuma lei regula esta matéria...

A grande questão deste novo meio de comunicação que é a Internet, e que é intrinsecamente diverso dos tradicionais, por exigir que os seus usuários deixem a passividade tradicional dos “recebedores de informações” dos veículos até então existentes (em regra) e atuem, selecionem e emitam as informações que desejem, é aceitar que a mídia em regra não publica apenas acontecimentos e tampouco possui compromisso com a verdade. Com a Internet, ao contrário, é possível sair da roda viva da manipulação da opinião pública, criando, obtendo e divulgando informações.

De forma pessimista, **Umberto ECO**, embora reconhecendo que na Internet “a informação difunde-se por inumeráveis canais autônomos”, constituindo um sistema acéfalo e incontrolável, aponta em seu último trabalho<sup>19</sup> problemas futuros, ou no mínimo momentâneos: em primeiro lugar, diz que “as redes telemáticas continuarão sendo instrumentos para uma elite aculturada e jovem, não havendo evidência de que essas redes vão continuar acéfalas para sempre”, prevendo um *Big Brother - à la Bill GATES*<sup>20</sup> - que ambicione o seu domínio, pelo monopólio dos *browsers*<sup>21</sup> ou dos provedores de acesso<sup>22</sup>, e, em segundo lugar, afirma que a imensidade de informação que essas redes permitem poderia levar a uma “censura por excesso”.

Esta visão certamente não pode ser rotulada, de forma irônica, de meramente escatológica, e não apenas em respeito ao renomado semiólogo, mas especialmente porque ela representa nossa herança comum em Caim, sempre denotando grande aptidão para o mal.

A imprensa escrita, e depois, neste século, o rádio e a televisão, poderiam também aparentar, quando surgiram, ser o berço de um mundo como o profetizado por **George ORWELL** em “1984”, controlado e manipulado por um Estado onisciente, pelo uso da vigília panóptica e da mídia, mas foi possível verificar que isto não ocorreu, ao menos de

---

<sup>19</sup> Op. cit, p. 86.

<sup>20</sup> Cuja empresa, a “Microsoft”, vem sendo processada pelo governo dos E.U.A. sob a acusação de formação de cartel na distribuição de seus *softwares*.

<sup>21</sup> O mesmo que programa de computador (*software*) que permite o acesso às informações da Internet, que permite a “navegação” pelo ciberespaço.

<sup>22</sup> Provedores são empresas que dão acesso à Internet, através de redes de alta conexão às empresas telefônicas, mediante o pagamento de determinada mensalidade, de acordo com o consumo, o que ainda ocorre no Brasil.



uma forma tão explícita ou uniforme. A mídia também possui suas leis próprias, e embora possa ser usada durante muito tempo para incutir determinada idéia em algum povo ou nação, ela também pode fomentar uma revolta contra o excesso da pregação de uma mentira, ou uma idéia exatamente contrária aquela imposta.

Sendo mantida sempre acesa a chama da liberdade, isto também não ocorrerá na Internet, a despeito de todos os defeitos que possa vir a ter, e considerando ainda a quase impossibilidade tecnológica disto vir a ocorrer, pela popularização da grande rede, através da acessibilidade vertiginosa à informática, e porque os grandes impérios deste mundo eletrônico constituem verdadeiros “castelos de cartas”, prontos a ruírem aos ventos de um novo *nerd* que descubra um novo programa de computador ou processador revolucionário, ou de uma nova empresa surgida no quarto de algum adolescente em um país qualquer.

A Internet é, conforme pensamos, uma ameaça a opinião de um grupo de afortunados que detém o controle dos meios de comunicação de massa, uma alternativa ao paradoxo descrito por **Umberto ECO**<sup>23</sup>, segundo a qual este “quarto poder”, que teria as funções de criticar e controlar os outros poderes tradicionais, só pode controlar e criticar a mídia através da própria mídia.

Mas isto é apenas uma faceta da liberdade de expressão.

**4. A liberdade de expressão como direito fundamental e seu alcance. A Internet como veículo deste direito** - A liberdade de expressão é, em termos simples, o direito de exprimir e divulgar um pensamento sem qualquer restrição, por qualquer meio, bem como o direito de obter informações de qualquer fonte, sem sujeição a qualquer forma de censura.

Por todos os tempos esta liberdade também significou o ousar dissentir da opinião da “maioria compacta”<sup>24</sup>, tanto no sentido de influir em sua modificação, quanto no direito de expressão das minorias.

---

<sup>23</sup> Op. cit., p. 56.

<sup>24</sup> Como dizia Henrick IBSEN em sua peça *Um Inimigo do Povo*, de 1882. Nesta, um ilustre habitante de uma cidadezinha descobre as propriedades medicinais de fontes termais próximas, o que permite o crescimento econômico da localidade, fazendo com que ele seja conclamado por todos. Quando, entretanto, ele descobre que as águas estão contaminadas, e decide levar isto ao conhecimento público, mesmo em prejuízo do desenvolvimento até então obtido, é execrado por seus mesmos entusiastas.

Nenhum dos direitos fundamentais do ser humano foi mais detestado e perseguido pelos tempos, porque para existir plenamente sempre exigiu demais do mais frágil sentimento humano: a tolerância.

Formou-se, contudo, o entendimento generalizado nas democracias do pós-guerra de que a liberdade de expressão, juntamente com outras liberdades individuais, consiste um patrimônio inseparável do ser humano.

É expressão do direito fundamental do ser humano, e como tal vem descrito na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948:

*“Artigo XIX*

*Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.”<sup>25</sup>*

Basicamente, para que se reconheça como existente em um determinado País, sua Constituição deve prevê-lo livre de quaisquer restrições.

As normas constitucionais, em relação ao direito fundamental da liberdade de expressão e a de pensamento, podem ser classificadas em ilimitadas, aquelas onde não há possibilidade de censura prévia ao seu exercício, mas existe a responsabilização pela violação de outros direitos fundamentais, limitadas, onde há real possibilidade de censura, mas seu alcance é bem claro e definido, restringível, onde existe a concreta possibilidade de censura, pouco definida, possibilitando a censura arbitrária, e a condicional, que ao vincular o exercício deste direito a um fim determinado, acaba por desconstituir sua existência efetiva, que carrega em sua definição, ainda que de forma implícita, as noções de pluralidade, diversidade e tolerância.

Nossa Constituição Federal de 1988 enquadra-se na primeira modalidade:

*“Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*

---

<sup>25</sup> “Article 19. Everyone has the right to freedom of opinion and expression; this right includes freedom to hold opinions without interference and to seek, receive and impart information and ideas through any media and regardless of frontiers..”

*IV - É livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;*

*IX - É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.*

O primeiro dispositivo prevê de forma genérica as liberdades individuais e coletivas, explicitadas nos seus incisos.

A liberdade de expressão é dividida em duas disposições: a liberdade de manifestação de pensamento, prevista no inciso IV, e na liberdade de expressão propriamente dita, estatuída no inciso IX.

A razão de ser desta divisão consiste numa opção de nosso constituinte, rompendo com a ordem constitucional outorgada pela ditadura militar<sup>26</sup>, e com a tradição constitucional anterior<sup>27</sup>, de fazer bem claras as liberdades que podem ser genericamente denominadas de “liberdades de expressão”, eis que ao manifestar publicamente um pensamento ou ao divulgar uma peça ou filme, exerço o meu direito fundamental de liberdade de expressão.

A vedação do anonimato visa impedir a violação de outros direitos fundamentais (tais como a honra e a dignidades alheias) sem a correspondente responsabilização, o que poderia vir a ocorrer, caso não fosse identificado seu autor.

As demais normas da lei fundamental que complementam este direito fundamental deixam claro seu alcance:

<sup>26</sup> Como consta na “Emenda” Constitucional de 1969: “Artigo 153. § 8º - É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação independentemente de censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos não depende de licença da autoridade. Não serão, porém, toleradas a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de religião, de raça ou classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes.” Redação semelhante possuíam as cartas de 1934 e a “polaca” de 1937. A atual disposição mais se assemelha com a Constituição de 1891, inspirada, como a maioria das Constituições sul-americanas de então, na *Charta* dos E.U.A.: “Artigo 72, § 12 - Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento pela imprensa, ou pela tribuna, sem dependência de censura, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido o anonimato.”

<sup>27</sup> Assim era o texto correspondente da Carta de 1946: “Artigo 153. § 8º - É livre a manifestação de pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos não depende de licença do poder público. Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de processos violentos para a subverter a ordem política e social, ou preconceitos de raça ou de classe.”

## “CAPÍTULO V - DA COMUNICAÇÃO SOCIAL

Art. 220 - *A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.*

§ 1º - *Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.*

§ 2º - *É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.*

§ 3º - *Compete à lei federal:*

*I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;*

*II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.*

§ 4º - *A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterà, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.*

§ 5º - *Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.*

§ 6º - *A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade.*

Art. 221 - *A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:*

*I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;*

*II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;*

*III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;*

*IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.” (grifei).*

Assim, o cânone de nossa ordem constitucional é a liberdade de expressão ilimitada, criando a Lei Maior escopos a serem priorizados pelo

emprego deste direito, notadamente pelos veículos de comunicação de massa, como se vê em seu artigo 221.

Estes nortes não constituem exceções à regra, pois, em caso contrário, o direito seria esvaziado, admitindo-se a censura. Não constituem empecilhos para outras formas de pensamento, inclusive que os contrariam, mas constituem as aspirações médias da população, que pode, sobretudo por meio das ações coletivas, questionar e punir tais abusos.

Preferiu o constituinte, ao invés de limitar o direito, dotar a sociedade de instrumentos de defesa contra os abusos cometidos pelo exercício do direito de liberdade de manifestação de pensamento<sup>28</sup>.

Em casos excepcionais, como o estado de sítio, tampouco é prevista a censura indiscriminada:

*“Art. 139 - Na vigência do estado de sítio (...) só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas:*

*III - restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei;*

*Parágrafo único - Não se inclui nas restrições do inciso III a difusão de pronunciamentos de parlamentares efetuados em suas Casas Legislativas, desde que liberada pela respectiva Mesa.*

Vê-se que nem se ousou falar na liberdade expressão como um todo, neste caso excepcional, mas em uma parcela sua, e mesmo assim em alguns veículos. Como se trata de norma restritiva e excepcional, não admite interpretação ampliativa (*favorabilia amplianda et odiosa restringenda* - “as coisas favoráveis devem ser ampliadas, e as restritivas, restringidas”).

O Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos, ratificado pelo Brasil e editado na ordem jurídica interna sob a forma do Decreto 592, de 6 de julho de 1992, diploma que desta forma, segundo nosso entendimento, respaldado no disposto no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal, possui

---

<sup>28</sup> É o caso da experiência brasileira no atual período pós-ditatorial. Em nossa democracia incipiente, onde existe sobretudo a falta de um pensamento realmente democrático, em um primeiro momento colocou-se a responsabilidade pela qualidade dos programas (especialmente transmitidos pela televisão) nas mãos dos donos das emissoras. Então surgiram aberrações sob a forma de programas de auditório, que constituem verdadeiros “circos dos horrores eletrônicos”, exibindo pessoas mortas cruelmente ou portadoras de deformidades atroz, que recentemente foram processadas pelo Ministério Público paulista, que invocava exatamente as normas do artigo 221 da Charta Magna para punir tais abusos, com multa diária, tendo em vista que não poderia alterar o programa ou censurá-lo previamente, por força do texto constitucional que proíbe tais atos.

hierarquia superior a todas as normas do ordenamento infraconstitucional, estatui, sobre o tema, que:

*“Artigo 18.*

*1. Toda pessoa terá direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Esse direito implicará [n]a liberdade de ter ou adotar uma religião ou uma crença de sua escolha e a liberdade de professar sua religião ou crença, individual ou coletivamente, tanto pública quanto privadamente, por meio de culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino.*

*2. Ninguém poderá ser submetido a medidas coercitivas que possam restringir sua liberdade de ter ou de adotar uma religião ou crença de sua escolha.*

*3. A liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita apenas a limitações previstas em lei e que se façam necessária para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.*

*4. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais - e, quando for o caso, dos tutores legais - de assegurar a educação religiosa e moral dos filhos que esteja de acordo com suas próprias convicções.” (acréscimo nosso).*

Desta forma, temos um tratado internacional editado na ordem jurídica interna, explicitando este direito, impedindo a criação de qualquer lei que o contrarie.

Em outros países, o mesmo direito também é garantido, com suas peculiaridades.

Vejam os termos em que este direito fundamental é previsto em uma democracia ocidental, como está na Constituição da Suécia, com as reformas de 1974:

*“Capítulo 2 (Liberdades e direitos fundamentais)*

*Artigo 1- Todo cidadão terá garantidos perante à comunidade:*

*1. Liberdade de expressão e de imprensa: ou seja, liberdade de transmitir informação ou formular opiniões por palavras, ou por escrito ou pela imagem ou por qualquer outro meio.”*

Semelhante é a disposição da Constituição espanhola de 1978:

“Artículo 20

1. *Se reconocen y protegen los derechos:*

a) *A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.”*

Igualmente, a Constituição portuguesa de 1974, evidentemente inalterada neste aspecto pela revisão de 1997:

“Artigo 37º (*Liberdade de expressão e informação*).

1. *Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações. 2. O exercício destes direitos não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura. 3. As infrações cometidas no exercício destes direitos ficam submetidas aos princípios gerais de direito criminal, sendo a sua apreciação da competência dos tribunais judiciais. 4. A todas as pessoas, singulares ou coletivas, é assegurado, em condições de igualdade e eficácia, o direito de resposta e rectificação, bem como o direito de indenização pelos danos sofridos.”*

Em algumas nações, sob os mais variados motivos, tal direito é negado pela própria norma que parece assegurá-lo, como por exemplo, na Constituição Cubana de 1992, e aqui temos um exemplo de norma condicional:

“Artículo 53. *Se reconoce a los ciudadanos libertad de palabra y prensa conforme a los fines de la sociedad socialista. Las condiciones materiales para su ejercicio están dadas por el hecho de que la prensa, la radio, la televisión, el cine y otros medios de difusión masiva son de propiedad estatal o social y no pueden ser objeto, en ningún caso, de propiedad privada, lo que asegura su uso al servicio exclusivo del pueblo trabajador y del interés de la sociedad. La ley regula el ejercicio de estas libertades”.*

A vinculação do direito de liberdade de expressão a um conceito puramente normativo (“aos fins da sociedade socialista”), destrói a própria

existência do direito, que abrange, certamente, a diversidade e pluralidade de opiniões.

Em outros, muito embora não exista qualquer restrição normativa, a norma está lá apenas formalmente, diante das inúmeras notícias sobre prisões e condenações de dissidentes políticos:

Observemos o que diz a Constituição da República Popular da China de 1982:

*“Article 35. Citizens of the People’s Republic of China enjoy freedom of speech, of the press, of assembly, of association, of procession and of demonstration”.*

Isto porque, como dissemos, não é a lei que traz a sua obediência tão-somente por existir, mas a consciência geral de que ela é boa e carrega o espírito da justiça e da liberdade, e, o mais importante de tudo, que a sociedade esteja suficientemente organizada para impedir que o tirano ascenda ao poder, tornando a lei “letra morta”, como ocorre em alguns países.

A Lei Fundamental da Alemanha de 1948, embora mais clara e prolixa, deu margem ao mesmo perigoso potencial limitativo da Constituição de Weimar de 1919<sup>29</sup>, a qual, nunca nos esqueçamos, não teve que ser revogada expressamente para possibilitar a ascensão do III Reich:

*“Artigo 5. (Liberdade de expressão, informação e de imprensa; liberdade de criação artística e científica).*

*1. Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente a sua opinião pela palavra, pelo escrito e pela imagem, bem como o direito de se informar, sem impedimentos, por meio de fontes acessíveis a todos. São garantidas a liberdade de imprensa e a liberdade de informação por radiodifusão e filme. Não haverá censura.*

*2. Estes direitos têm por limites os preceitos das leis gerais, as determinações legais para a proteção da juventude e o direito à honra.”*

---

<sup>29</sup> “Artigo 118 - Liberdade de imprensa e censura. Todo alemão tem direito a manifestar sua opinião através da palavra, por escrito, através da imprensa, de gravação ou de outro meio qualquer, sempre que se mantenha dentro dos limites que impõem as leis gerais. Não se pode impedi-lo de exercer este direito pela circunstância de trabalhar ou estar empregado em um lugar determinado, e ninguém tem direito a prejudicá-lo por haver feito uso deste direito. Não existirá a censura, porém a lei poderá prescindir deste princípio no caso dos cinematógrafos. Também será permitida a adoção de medidas para combater a literatura obscena e pornográfica, assim como para proteger a juventude nos espetáculos e representações públicas.” (tradução livre do livro de **Ottmar BÜHLER**, “*La Constitución Alemana*”, ed. Labor, Barcelona, 1931, p. 120).



A liberdade de expressão é, assim, limitada no direito teutão, mas de uma forma razoavelmente clara, embora se saiba que o filósofo Sócrates tenha sido condenado à morte pela acusação de ter cometido o crime de “corrupção da juventude”<sup>30</sup> com seus ensinamentos.

No direito italiano, a previsão deste direito fundamental é do tipo restringível, posto que suas delimitações são vagas:

*“Artigo 21 - Todos têm direito de manifestar livremente o próprio pensamento com a palavra, o escrito ou todos os outros meios de difusão.(...) São vedadas as publicações de jornal, os espetáculos e todas as outras manifestações contrárias aos bons costumes (...)”.*

A definição do que é ou do que pode significar bom costume é tão vaga que torna passível de restrição a liberdade de expressão, e desta forma neste sistema o direito mencionado pode ser considerado condicional.

Todo direito fundamental não pode ser limitado, mas evidentemente não pode importar na violação ou negação de outro direito fundamental.

Mas evidentemente tal direito pode ser mal utilizado, causando danos à sociedade ou para as outras pessoas.

Quando vamos ter a exata noção do abuso? A questão pode ser assim sintetizada: *“toda vez que se produzir uma alteração desnecessária na esfera jurídica alheia, o que ocorrerá quando ameaçar, violar ou negar outro direito fundamental”.*

Em termos simples, podemos empregar aqui a regra de ouro da Justiça: o meu direito termina onde começa o direito do próximo<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> “Sócrates é réu de corromper a mocidade (...)”, **PLATÃO**, *A Apologia de Sócrates*, (título original: *Apologia tou Swkratouz*), 24b e “...Assim resolvido (...) quando seus inimigos o acusaram de (...) corromper os jovens (...)”, **XENOFONTE**, *A Apologia de Sócrates*, (título original: *Apologia tou Swkratouz*), 10.

<sup>31</sup> Como variante da regra de ouro assim enunciada por **Hans KELSEN** (*A Justiça e o Direito Natural*, tit. Original *Das Problem Der Gerechtigkeit*, ed. Armênio Armada, Coimbra, 1979, p. 21 ): “devemos tratar os outros tal como gostaríamos de ser tratados”. **Immanuel KANT**, ao seu turno, diz: “Tratemos as outras pessoas sempre como um fim em si mesmo, e não como um simples meio para se chegar a outra coisa.”. A mesma regra consta da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, repetida no preâmbulo da atual Constituição Francesa: “A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados por lei.” (citada em *Anotações à Constituição de 1988*, de **Nagib SLAIBI FILHO**, ed. Forense, 4a ed., Rio de Janeiro, 1.993, p. 174).

Podemos facilmente constatar isto, através de exemplos práticos, sem, contudo, se ter a pretensão de evitar qualquer contrasenso.

Eu posso emitir uma opinião sobre alguém, quando estarei exercendo meu direito fundamental à liberdade de manifestação de pensamento. Mas se eu disser que uma pessoa é um assassino, estarei violando o direito fundamental desta à honra e à imagem<sup>32</sup>. Tal violação não ocorrerá, contudo, se o prolator de tal opinião for um representante do Estado encarregado da persecução penal, legalmente investido no cargo, e que imputa na forma da lei a acusação de um homicídio a algum indivíduo, porque também constitui um direito fundamental o direito à vida<sup>33</sup>, que deve ser punido, em caso de violação, pela aplicação da sanção penal apropriada<sup>34</sup>.

Da mesma forma, se, exercendo o direito à manifestação de pensamento, um indivíduo emitir uma opinião racista, tendo em vista que nossa sociedade deve ser justa, igual e solidária, e almejar promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, com repúdio ao racismo, que constitui crime<sup>35</sup>, ou apregoando a pornografia infantil, porque em nosso direito ninguém pode ser submetido a tratamento desumano ou degradante<sup>36</sup>, considerando ainda que os menores não possuem igual desen-

---

<sup>32</sup> “Artigo 5º - V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”; e “X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

<sup>33</sup> “Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”

<sup>34</sup> Código Penal brasileiro de 1940: “Artigo 121. Matar alguém. Pena: de 06 a 20 anos de reclusão (...).”

<sup>35</sup> “Art. 3º - *Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*”; Artigo 4º, VIII, e “Artigo 5º - XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.”

<sup>36</sup> “Artigo 5º - III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.”

volvimento físico e psíquico aos adultos, carecendo de proteção especial do Estado e da sociedade<sup>37</sup>.

Estes são os valores fundamentais de nossa sociedade, são os temas que, embora possa alguém crer no racismo ou ser um pedófilo, ofendem aos demais direitos fundamentais, e por este motivo podem ser objeto de punição.

**Fausto CUOCOLO**<sup>38</sup> sintetiza desta forma a questão: “*a liberdade de expressão não pode violar os outros valores que são constitucionalmente tutelados*”.

Apesar desta concepção, o que se observa é que, ainda que tenhamos uma imprensa livre, e consagremos em nossa Constituição a liberdade de expressão de forma ilimitada, ela é freqüentemente burlada e tolhida, exatamente pela ausência de uma experiência constitucional em nosso país (especialmente), e pelo discurso intolerante quanto à liberdade de expressão, ainda que de forma implícita, daqueles que trabalham com as leis e a sua aplicação, sob o argumento de salvaguardar os outros direitos fundamentais.

As tentativas de punir ou impedir a atividade da empresa de um provedor de acesso à Internet, visando impedir a difusão do racismo ou da pornografia infantil, ou do uso de drogas, ou do terrorismo, são inadmissíveis por redundarem em violação do texto expresso da Constituição Federal, e também demonstram a ignorância que toma conta do tema.

Veremos de forma mais detalhada como isto acontece, e o que se pode fazer para salvaguardar os demais direitos fundamentais.

---

<sup>37</sup> Art. 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

(..... *omissis*);

§ 3º - O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

(.....*omissis*);

V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

(.....*omissis*);

§ 4º - A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.”  
“Art. 228 - São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.”

<sup>38</sup> Op. cit, p. 359.

5. **Tentativas de controle da Internet** - A liberdade de expressão, posta desta forma, impede, a toda sorte, que se proíba ou se limite de qualquer forma sua manifestação pela Internet.

Em ocorrendo qualquer abuso, o que caberá será a punição do indivíduo que violou outros direitos e garantias fundamentais, mas não poderá dar ensejo a censura ao veículo ou ao provedor, como já se vem defendendo, de forma inconstitucional.

**Nuno ROGEIRO**<sup>39</sup> observa na Alemanha o processo movido contra a “Compuserve” norte-americana (empresa provedora) pela “difusão de pornografia infantil” pela Internet, na Baviera, e, em Mannheim, contra a “Deutsche Telekom” (empresa estatal de telefonia), pela difusão de propaganda nazista, obrigando-os a barrar o acesso dos utentes a estas páginas virtuais.

Ou seja, e ao contrário do que deveria ter sido feito, não se buscou a punição dos pornógrafos ou racistas, mas sim das empresas que permitiram a divulgação destas idéias.

No Brasil, também vem se discutindo como controlar a Internet, em casos de provedores<sup>40</sup> que permitem o acesso à pornografia infantil.

O penalista **Damásio Evangelista de JESUS e Gianpaolo Poggi SMANIO**, no artigo intitulado “Internet: Cenas de Sexo Explícito Envolvendo Menores e Adolescentes - Aspectos Cíveis e Penais”, respondendo à consulta formulada por membros do Comitê Gestor da Internet no Brasil, posicionam-se de forma incorreta, ao defender que, sob a luz do disposto no artigo 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990), *verbis*, “fotografar ou publicar cena de sexo explícito ou pornográfico envolvendo criança e adolescente, cominando pena de I (um) a 4 (quatro) anos de reclusão”, que, “a divulgação dos *sites*<sup>41</sup> [com conteúdo de pornografia infantil] via Internet constitui o núcleo da norma penal incriminadora (“publicar”) e adequa-se à figura típica”.

Segundo este entendimento, o fato de alguém se valer de um provedor para divulgar pornografia infantil, o provedor também cometeria a infração prevista no artigo 243 do Estatuto da Criança e do Adolescente, atra-

---

<sup>39</sup> *A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*, Coimbra Editora, 1996, p. 129

<sup>40</sup> O provedor é uma empresa que conecta o usuário à grande rede, por onde ele pode ir para qualquer *web site* (endereço eletrônico) onde poderá ter contato com uma *home page*.

<sup>41</sup> O mesmo que *web site*.

vés do núcleo excessivamente vago “publicar”, o que levaria a situações absurdas, ou ridículas, como no caso de um usuário, em um *chat*<sup>42</sup>, divulgar mensagens ou imagens de pedofilia, e desta forma o provedor, embora este seja sempre uma pessoa jurídica, seria punido, juntamente com o divulgador da imagem, embora se alguém enviar fotografias desta matéria para alguém que conscientemente as tenha encomendado, ninguém pensaria em punir a empresa de correios.

Na reportagem da Revista Veja, de 23 de julho de 1997, observou-se que um representante do Ministério Público de Salvador requereu a apreensão do computador de um indivíduo que o usava para distribuir material de pedofilia pela Internet, e também a apreensão dos computadores da “CPUNet”, provedor de acesso do pedófilo.

No Jornal do Brasil de 31 de dezembro de 1997 (p. 04), em uma reportagem sobre um grupo de adolescentes que divulgou material de pornografia infantil em sua *home page*<sup>43</sup>, que copiavam de outros endereços na Internet, e o repórter chegou a entrevistar o representante da empresa norte-americana que fornecia gráficos e desenhos para a decoração das páginas virtuais, que disse: “Tentar culpar o grupo americano... pela utilização de seus produtos em sites pornográficos na Internet é o mesmo que processar o fabricante de um automóvel pelo uso do veículo em um assalto ou processar a companhia telefônica caso um lunático ligue para a Casa Branca fazendo ameaças ao Presidente...”

Na edição do dia anterior, o mesmo periódico escreveu que o provedor poderia processar o usuário que divulgasse material ilícito, mas que aquele não exercia nenhuma forma de controle prévio (p. 05).

Tentar processar o provedor, para impedir que exerça sua atividade, apenas e tão-somente porque hospedou uma página com material ilegal, ou porque permitiu o acesso a outros *web sites* com material ilegal, é o mesmo que tentar fechar-se um jornal porque alguém mandou publicar um anúncio ofensivo ou porque um entrevistado declarou-se racista, ou ainda por ter um alguém publicado notícias de que faz escuta clandestina ou procura voluntárias para uma rede de escravo-prostitutas.

Diante de algo novo, vemos uma espécie de comportamento semelhante ao do tristemente famoso caso das “bruxas de Salem”: onde os igno-

---

<sup>42</sup> Canal de conversação na Internet.

<sup>43</sup> *Home page* é o conjunto de textos e imagens que integram um endereço eletrônico.

rantes e os hipócritas, arvorando-se defensores da moral e dos bons costumes, perseguem a tudo e a todos, e querem uma censura rápida, querem leis específicas e rigorosas, preferencialmente hediondas, para regular algo que é insusceptível de ser regulado, e onde os abusos devem ser punidos sem a violação dos demais direitos fundamentais do indivíduo, que os provedores garantem.

A Internet, como algo novo, é insuscetível de ser sujeitada a qualquer tipo de lei ou controle.

Dizemos que tal controle é impossível não apenas do ponto de vista jurídico-constitucional, mas, sobretudo do ponto de vista real, porque não há como cercear o usuário na infovia, exatamente porque com um simples *lap top* e um *modem*, uma linha telefônica e uma senha de acesso (e, muitas vezes, nem isso), é possível ingressar na Internet.

Assim, vimos exemplos nos rebeldes zapatistas de Chiapas, nos *e-mails* enviados por diversos dissidentes chineses ao ocidente, nas mensagens das pessoas sitiadas na guerra dos balcãs, e muitos outros casos onde o controle estatal simplesmente não podia ser feito.

É um campo da vida humana, da mídia eletrônica aonde o controle vai ser feito pela própria mídia, e pelos seus usuários.

Por exemplo, existem inúmeros *softwares*<sup>44</sup> que impedem o acesso do usuário a páginas com conteúdo pornográfico, programáveis pela eleição de palavras-chaves e outros métodos (*exempli gratia*, *Surfwatch*, *Netnanny*, *Cybersitter* etc...), existe a própria autocensura, que repele a busca de *web sites* infames. Da mesma forma, existem hoje em dia aparelhos de telefone com bloqueadores dos serviços que normalmente hospedam números eróticos, e as televisões a cabo criaram códigos para impedir o acesso de pessoas não autorizadas ao mesmo tipo de material.

Ignorando tais fatos, em 1996, o Congresso dos Estados Unidos da América, em um caminho totalmente diverso, comungando da velha concepção de que não é possível a existência humana sem ser regrada pela lei, aprovou e o Presidente Clinton sancionou o *Communication Decency Act* (*CDA*), que criminalizava as seguintes condutas: “qualquer pessoa que, pelos meios de telecomunicação, faz, cria, solicita ou inicia a transmissão de qualquer comentário, pedido, sugestões, propostas imagens ou outra comunicação obscena ou indecente, sabendo que quem recebe tal comunicação

---

<sup>44</sup> Programas para computador, como o *Word*, o *CorelDraw* etc.

tem menos de 18 anos” (artigo 223 a) e “comete um crime quem usa um serviço computadorizado interativo para expedir, mostrar em uma modalidade acessível a qualquer pessoa menor de 18 anos comentários, solicitações, sugestões, propostas, imagens ou outra comunicação que, no contexto, represente ou descreva em termos evidentemente ofensivos, segundo os *standard* contemporâneos da comunidade, atividade ou órgãos sexuais ou escretores, sem precaução de que o usuário do serviço estabeleça a chamada ou inicie a comunicação”. (artigo 223 d).

Algumas organizações não-governamentais (entre elas a famosa *American Civil Liberties Union*) intentaram então um pedido de declaração de inconstitucionalidade destas disposições, que afrontariam as I e V emendas da Constituição Norte-Americana, que dispõe da seguinte forma:

*“I - O Congresso não pode emitir lei que (...) reduza a liberdade de expressão ou de imprensa (...).”*<sup>45</sup>

*V - Ninguém pode ser (...) privado da vida, da liberdade ou da propriedade sem um adequado processo previsto na lei (without due process of law) ...”*<sup>46</sup>

No sistema norte-americano, difuso em sua essência, quem primeiro apreciou a causa foi o tribunal do Estado da Filadélfia, que efetivamente reconheceu a inconstitucionalidade das mencionadas disposições, afirmando: “...As medidas adotadas devem ser consideradas excessivas, diante da impossibilidade tecnológica, por um lado, e da onerosidade econômica, por outro, impedindo que muitos provedores da Internet respeitem o CDA sem excluir o acesso a tais materiais também aos adultos”.<sup>47</sup>

---

<sup>45</sup> “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances.”

<sup>46</sup> “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.”

<sup>47</sup> Extraído do artigo “La sentenza del Tribunale di Philadelphia contro il Communications Decency Act”, da cátedra dos professores R. Orlandi ed G. Illuminati da UNIVERSITÀ DI BOLOGNA - FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA (Forum Multimediale di Procedura Penale).

Disse ainda o referido tribunal que a expressão “material indecente e obsceno” é extremamente vaga.

Sobre tais “**conceitos jurídicos indeterminados**”, violadores mesmo da própria garantia da reserva legal<sup>48</sup>, pela sua suscetibilidade de quaisquer interpretações, também encontrados em nossa legislação (“**reputação ilibada**”, artigo 73, § 1º, II, 94, e “**notável saber jurídico**”, 101, caput, e 104, parágrafo único, da Constituição Federal, “**mulher honesta**” artigos 215, 216 e 219 do Código Penal e outros) e mencionados especificamente na Constituição Italiana a respeito do direito fundamental aqui discutido, **Fausto CUOCOLO**<sup>49</sup> disse que seriam “limitações gerais”, e que existiam em seu país duas vertentes doutrinárias: uma, restritiva, que entendia compreendida na expressão apenas a moral sexual, enquanto outra era ampliativa, fazendo coincidir o bom costume com o sentimento comum moral, abrangendo inclusive a moral religiosa.

Ora, quer adotando a primeira, quer aceitando a segunda, haverá sempre uma dose de subjetivismo inaceitável, e um caráter de exclusão das minorias, para esta expressão, o que podemos observar inclusive nos últimos cinquenta anos, através dos quais a moral e os bons costumes variaram muito.

Diante dos termos vagos empregados na lei norte-americana, entendeu o Tribunal Federal da Filadélfia que eles afrontariam o disposto na quinta emenda, porque impediriam ao cidadão conhecer qual seria o objeto efetivo do termo utilizado.

O dilema decorrente dos possíveis malefícios trazidos com a Internet, como a divulgação de mensagens racistas, terroristas e a pornografia ilegal, é o mesmo com relação ao serviço infame conhecido como “disque sexo” e congêneres, pagos além da conta telefônica: ninguém tenta censurar a comunicação por telefone, a pretexto de impedir tais atos ilícitos ou abjetos, nem se pensa em punir a empresa telefônica pelos descabros que cometem alguns de seus usuários.

Com relação à primeira emenda da Constituição Norte-Americana, o tribunal entendeu que em matéria de liberdade de expressão ficou em evidência

---

<sup>48</sup> Previsto no artigo 5º, II, da Constituição Federal: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, cujo teor deverá ser, necessariamente, o mais claro e objetivo possível.”

<sup>49</sup> Op. cit., p. 360.



como as tecnologias das comunicações são determinantes em relação à modalidade através das quais tal liberdade se exercita, com a consequência que a análise dos instrumentos constitui um pressuposto fundamental para a verificação do exercício do citado direito constitucional.

Realizou o Tribunal uma aprofundada análise das características das tecnologias e das regras sociais da Internet. A respeito desta última, o Tribunal individualizou quatro características relevantes, entre elas algumas evidentes, como que a Internet é usada por diversas pessoas, e com as mais diversas finalidades, sem representar exclusivamente uma fonte de material pornográfico (ou ilícito).

Como toda expressão humana, e exatamente pela ambigüidade de nossa espécie, é indissociável o seu uso tanto para o bem como para o mal. Não é possível se dizer que a imprensa, o jornal, o rádio, o telefone ou a televisão jamais foram usados para o mal, mas é inegável o imenso serviço que eles prestaram à humanidade.

A Corte Federal da Filadélfia, sintetizando seu pensamento, afirmou:

*“Just as the strength of the Internet is chaos, so the strength of our liberty depends upon the chaos and cacophony of the unfettered speech the First Amendment protects”.*

O Governo Federal norte-americano apelou desta decisão, e a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, em 26 de junho de 1997<sup>50</sup>, também considerou inconstitucionais tais disposições.

Entre as diversas argumentações que utilizou, na mesma linha de raciocínio da Corte estadual, afirmou a Corte Suprema que a Internet não é tão “invasiva” quanto o rádio ou a televisão, isto porque as comunicações pela Internet não invadem o lar individual ou aparecem nos computadores. É preciso que o usuário, ao acessar seu provedor através de uma senha, busque as informações, selecionando as pesquisas que deseja realizar nas “ferramentas” disponíveis, como o *InfoSeek*, o *Altavista*, o *Yahoo*, o *Cadê*, e outros, como fizemos com a maior parte das informações contidas neste artigo, ou, onde mais seria possível conseguir cópias de leis estrangeiras?

---

<sup>50</sup> RENO, ATTORNEY GENERAL OF THE UNITED STATES, et al. v. AMERICAN CIVIL LIBERTIES UNION et al. *appeal from the united states district court for the eastern district of pennsylvania* N° 96-511.

Juntamente com os argumentos de que os termos empregados pelo CDA eram excessivamente vagos, como acima abordado, a existência de *softwares* de controle de acesso aos menores, exatamente como hoje se faz com a televisão a cabo, com a introdução de senhas para o acesso a canais com conteúdo erótico (isto, no Brasil) ou de violência (como nos EUA, imaginando que no Brasil não se pensa que a violência é tão danosa à infância e a juventude quanto o sexo estereotipado e vulgarizado), com a proibição do usuário para a companhia telefônica de serviços como o “0900” e o “0910”, onde, no território nacional, se encontram serviços como o “*dial a porn*” ianque (nosso “disque-sexo”) etc...

Em 23 de novembro de 1998 o Juiz Federal norte-americano **Leonie M. BRINKEMA**, julgando uma causa do *Mainstream Loudoun versus Loudoun County Library*, declarou inconstitucional a colocação de “filtros” nos computadores instalados em bibliotecas públicas, para impedir o acesso a *sites* com conteúdo pornográfico, por entender que tal ato violaria o direito dos adultos de acessar tais endereços eletrônicos, o que seria vedado pela primeira emenda da Constituição daquele país<sup>51</sup>. Para os menores de idade ficou estabelecido que estes deverão ser acompanhados pelos seus responsáveis ou possuir licença destes para acessar os computadores com acesso à Internet.

Essa decisão demonstra que vai-se tornando clara a limitação entre o direito fundamental à liberdade de expressão e o que pode ser feito para coibir as violações dos demais direitos fundamentais, especialmente em países onde aquele direito é ilimitado.

Qualquer forma de censura aos provedores poderia significar, inclusive, uma medida que certamente favoreceria o surgimento de monopólios ou oligopólios deste tipo de informação, com servidores que se propusessem a não permitir o acesso a *sites* pornográficos, ou amorais, ou de determinada religião, ou opinião política etc...

Em suma, não é a lei que trará a segurança para os usuários da Internet. O abuso do direito demanda uma nova mentalidade dos aplicadores do Direito e da polícia judiciária, que deverá utilizar equipamentos capazes de navegar pela Internet, requerendo a colaboração do público para denúncias de violações de outros direitos humanos e rastreando mensagens enviadas

---

<sup>51</sup> Como noticiou o Jornal “O GLOBO”, e ainda de acordo com o artigo de Cheryl ARVIDSON, intitulado “Loudoun Co. libraries adopt new Internet policy to meet judge’s concerns”.

por aqueles que abusam deste direito fundamental, solicitando inclusive a busca e apreensão de seus equipamentos, o que é, certamente, muito mais simples do que localizar alguém que tenha colocado uma carta numa caixa de correio no meio da rua.

Não é necessário que se criem leis para proibir e punir a divulgação de pornografia infantil pela Internet, ou páginas que preguem o racismo ou o terrorismo, posto que isto já está previsto em nossa legislação, e a Internet é apenas um meio para tanto.

Agir de forma diferente é cair no ridículo, e dar razão, ainda que involuntariamente, a **Pyotr KROPOTKIN**... ♦

# A Responsabilidade Civil Prevista no Código de Trânsito Brasileiro à Luz da Constituição Federal

SERGIO CAVALIERI FILHO

*Desembargador do TJ/RJ e*

*Professor da Universidade Estácio de Sá*

**I. Impropriedade Terminológica** - Sempre que alguém escreve sobre uma nova lei, esperam os leitores inúmeras novidades. Para evitar a decepção, informo, desde logo, que não trago novidades sobre o tema em exame. E não as trago porque o Código de Trânsito, em meu entender, não introduziu inovações relevantes na área da responsabilidade civil, embora alguns já preguem o contrário.

O Código de Trânsito tratou expressamente da responsabilidade civil em seu artigo 1º, § 3º, que tem a seguinte redação: “os **órgãos** e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito **respondem**, no âmbito das respectivas competências, **objetivamente**, por danos causados aos cidadãos em virtude de ação, **omissão** ou erro na execução e manutenção de programas, projetos e serviços que garantem o exercício do direito do trânsito seguro”.

Que responsabilidade é essa? Seria uma responsabilidade objetiva fundada no risco integral? Aponto desde logo uma impropriedade terminológica no texto quando diz que “os **órgãos** competentes do Sistema Nacional de Trânsito **respondem objetivamente**”. Ora, órgãos, sabemos todos, não são dotados de personalidade jurídica, nem possuem capacidade para adquirir direitos e contrair obrigações, e, por isso, não respondem civilmente pelo que fazem. São meros centros de competência, unidades de ação com atribuições específicas instituídas para o desempenho de funções estatais, através dos seus agentes. Os órgãos integram a pessoa jurídica a que pertencem, são partes do corpo da entidade, razão pela qual os atos que praticam são considerados atos da própria entidade. Dessa forma, os órgãos não respondem pelos danos que causam a terceiros; quem responde é a

pessoa jurídica à qual pertencem, essa sim dotada de capacidade econômica e jurídica para indenizar.

Isso até me faz lembrar de uma apelação julgada recentemente pela Segunda Câmara Cível do nosso Tribunal de Justiça, da qual fui o relator. Tratava-se, na realidade, de duas ações - uma cautelar e uma ação ordinária - movidas por servidores municipais contra a **Câmara de Vereadores** em busca de reajustes salariais e diferenças atrasadas. As ações foram solenemente contestadas pelos ilustres procuradores da Câmara, que não disseram uma só palavra sobre a ilegitimidade passiva; os processos foram saneados pelo Juízo *a quo*, e, finalmente, após mais de cinco anos de andamento, os pedidos foram julgados procedentes. Quando o recurso subiu, tivemos que extinguir os processos de ofício, sem julgamento do mérito, em face da ilegitimidade passiva. Sim, porque a Câmara dos Vereadores é Órgão Municipal e, como tal, não tem personalidade jurídica. Tem capacidade processual para defender as suas prerrogativas institucionais, responder mandado de segurança, e nada mais. Seus funcionários são funcionários do Município, este sim pessoa jurídica de direito público com legitimidade para responder em juízo por todos os atos praticados pelos seus órgãos.

Destarte, onde o Código de Trânsito diz: “os órgãos respondem” (artigo 1º, § 3º), leia-se: respondem as entidades as quais eles pertencem.

**II. Interpretação Conforme a Constituição** - Observo, em segundo lugar, que os órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito integram a Administração Pública, pelo que já tinham responsabilidade objetiva desde a Constituição de 1946, responsabilidade essa que foi preservada nas Constituições posteriores - 67 e 69 - e até ampliada na Carta de 88. Na década de 70 e parte da de 80, quando tive a honra de ser Juiz de uma das Varas da Fazenda Pública da Capital, ali sempre enfrentamos e resolvemos as ações relacionadas com responsabilidade civil das entidades do trânsito à luz da responsabilidade objetiva estabelecida na Constituição. E assim decidiram também todos os Tribunais. Sim, porque como entidades integrantes da Administração Pública sempre tiveram responsabilidade objetiva tal como a do Estado.

E que responsabilidade tem o Estado? Sabemos todos que houve inicialmente uma certa indecisão da doutrina e da jurisprudência em torno desta questão. Uns sustentavam que a responsabilidade civil do Estado era fundada no risco administrativo, outros entendiam que a teoria que lhe ser-

via de suporte era a do risco integral, e outros, ainda, diziam não haver distinção alguma entre as duas teorias. A realidade, entretanto, é que a distinção se fazia necessária para que não se transformasse o Estado em segurador universal, responsável por tudo que viesse a acontecer.

Embora a responsabilidade objetiva, fundada no risco administrativo, dispense qualquer parcela de culpa, permite à Administração afastar o seu dever de indenizar provando a ocorrência de uma das causas de exclusão do nexo causal - o fato exclusivo da vítima, o caso fortuito, a força maior e o fato exclusivo de terceiro. Pelo risco administrativo, o Estado só responde objetivamente quando houver relação de causa e efeito entre a atividade administrativa e o dano, ou ainda, quando o dano for causado por agente do Estado, atuando nessa qualidade. Já pelo risco integral, modalidade extremada de responsabilidade objetiva, o Estado ficaria obrigado a indenizar sempre, mesmo quando não tivesse dado causa ao resultado. Vale dizer, o Estado teria o dever de indenizar mesmo em face de uma daquelas causas de exclusão do nexo causal.

Hoje a questão está superada porque o artigo 37, § 6º da Constituição Federal não deixa dúvida a respeito da teoria ali adotada. Diz o texto que “as pessoas jurídicas de direito público respondem pelos **danos** que os seus **agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros**”. Essa expressão - **danos que os seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros** -, deixa inequívoco ter a Constituição adotado ali a teoria do risco administrativo. Para o Estado responder objetivamente é preciso que o dano seja causado pela sua atividade administrativa; que o dano seja causado por seu agente; que haja relação de causa e efeito entre a atividade administrativa e o dano. A contrário-senso, a Administração não responde objetivamente pelos assaltos e furtos ocorridos nas ruas da cidade porque assaltantes e ladrões não são - de regra - agentes do Estado; não responde pelas enchentes que assolam a nossa cidade, porque chuvas e tempestades não são também agentes do Estado.

Teria o Código de Trânsito **ampliado** essa responsabilidade objetiva prevista na Constituição, passando a atribuir agora para as entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito responsabilidade objetiva fundada no risco integral?

Esse é o ponto nodal do tema em debate. Tendo em vista que o § 3º, do artigo 1º do Código de Trânsito não se refere aos pressupostos constantes do texto constitucional, não faltará quem dê uma interpretação literal a esse texto para sustentar que, a partir da vigência do Código, as entidades

do Trânsito passaram a ter responsabilidade objetiva integral. Por essa ótica, as entidades do Trânsito responderiam agora por eventuais assaltos que ocorrem nos sinais, pelos furtos de veículos estacionados nas ruas, pelas chuvas e temporais que nos surpreendem na ida e volta para o trabalho e até pelos danos causados por motoristas embriagados ou imprudentes. Essa interpretação, no meu entender, é absolutamente descabida. Esta norma do Código de Trânsito tem que ser interpretada e aplicada em harmonia, em consonância com a Constituição sob pena de se tornar inconstitucional.

Com efeito, tendo a Constituição, como já vimos, estabelecido como princípio geral a responsabilidade objetiva para toda a Administração Pública, direta e indireta, mas fundada no risco administrativo, com aquelas limitações ali previstas, lei ordinária alguma pode dilatar esses limites para estabelecer responsabilidade objetiva integral em certas áreas dessa mesma Administração Pública.

Por isso, repetimos, o texto do Código de Trânsito terá que ser interpretado em consonância com a Constituição para que não se lhe dê uma aplicação inconstitucional. É o que a Suprema Corte costuma chamar de **interpretação conforme a Constituição**.

Sendo assim, vemos que também aqui o Código de Trânsito não inovou. Apenas transplantou para o seu corpo um princípio já vigente desde a Constituição de 46. O que esse dispositivo tem de novidade é apenas que, pela primeira vez, um Código de Trânsito tratou expressamente da responsabilidade civil. Mesmo assim, ao transpor para o seu texto o princípio constitucional, o fez com impropriedades, que darão muitos problemas aos aplicadores do direito.

**III. Responsabilidade por Omissão** - Observo, a seguir, que o dispositivo em exame (art. 1º, § 3º do CNT) refere-se expressamente à **omissão**, coisa que a Constituição Federal não faz. Teria aqui inovado o Código de Trânsito, indo além da Constituição Federal?

É bem verdade que parte da doutrina, capitaneada por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, sustenta que a responsabilidade do Estado só é objetiva no caso de **comportamento comissivo** e subjetiva no caso de **comportamento omissivo**, como se vê deste trecho da obra - **Elementos de Direito Administrativo** - do insigne Celso Antônio Bandeira de Mello:

*“A responsabilidade fundada na teoria do risco-proveito pressupõe sempre ação positiva do Estado, que coloca terceiro em risco...”*

*A responsabilidade do Estado por omissão só pode ocorrer na hipótese de culpa anônima, da organização e funcionamento do serviço... (Elementos de Direito Adm. Edit. RT/2ª ed., pg. 348).*

Essa corrente doutrinária, todavia, não obstante a autoridade dos seus defensores, não mereceu a preferência da maioria dos nossos publicistas, nem foi endossada pela jurisprudência dos nossos Tribunais. Tem-se entendido que a atividade administrativa, a que alude o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, engloba tanto a conduta comissiva como a omissiva, desde que essa omissão seja específica, isto é, seja a causa direta e imediata do não impedimento do dano, como nos casos de morte de detentos em penitenciária e acidente com aluno em colégio público por omissão da Administração.

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 109.615-RJ, do qual foi relator o eminente Ministro Celso Mello, a nossa Suprema Corte firmou idêntico entendimento. Tratava-se de recurso interposto pelo Município do Rio de Janeiro contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado que, reconhecendo a responsabilidade objetiva do recorrente, condenou-o a indenizar a vítima de acidente ocorrido nas dependências de uma de suas escolas Municipais por omissão da Administração. Enquanto brincavam durante o recreio, uma criança atingiu o olho de uma outra, causando-lhe deformidade traumática com incapacidade permanente para o trabalho - perda total do globo ocular direito. Em seu erudito voto, o douto relator coloca em destaque os seguintes pontos:

**“A teoria do risco administrativo**, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos, **por ação ou por omissão**, houverem dado causa. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, **faz emergir**, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, **o dever** de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, **independentemente** de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público”.

“As circunstâncias do presente caso - apoiadas em pressupostos fáticos soberanamente reconhecidos pelo Tribunal *a quo* - evidenciam que o nexo de causalidade material restou plenamente configurado **em face do comportamento omissivo** em que incidiu o agente do Poder Público (funcioná-



rio escolar), que se absteve de adotar as providências reparatórias que a situação estava a exigir...”.

Em outro julgamento, agora tendo como relator o insigne Ministro Moreira Alves, voltou a prevalecer o mesmo entendimento: “Não ofende o artigo 37, § 6º da Constituição Federal acórdão que reconhece o direito de indenizar à mãe de preso assassinado dentro da própria cela por outro detento”. Com base nesse entendimento a turma afirmou a responsabilidade objetiva do Estado ante a omissão no serviço de vigilância dos presos. Portanto, também aqui o Código de Trânsito não inovou, tampouco foi além da Constituição. Apenas explicitou o que já estava implícito, isto é, que a Administração Pública responde objetivamente tanto por ação como por omissão, desde que esta seja a causa adequada, direta e imediata do dano. Serve, todavia, o dispositivo para afastar qualquer dúvida quanto à responsabilidade objetiva das entidades do Trânsito por acidentes causados pela **omissão** em reparar sinais luminosos com defeitos sem a necessária presteza, pela falta de sinalização em certos lugares e até pela ausência de policiamento em certos horários e lugares.

**IV. Entidades Privadas que Atuam no Trânsito** - Temos hoje empresas particulares explorando comercialmente estradas, túneis, pontes etc. por força de concessões. Cobram pedágio dos usuários mas, em contrapartida, são obrigadas a conservar, fiscalizar e manter o bom funcionamento do seguimento do trânsito de que são concessionárias. Sem dúvida alguma, essas empresas respondem também objetivamente pelos danos que causarem aos usuários porque, como integrantes do sistema global do trânsito, estão sujeitas à mesma disciplina das entidades de direito público. Mesmo neste ponto, porém, o Código de Trânsito nada inovou porque essas empresas são **prestadoras de serviços públicos** e, como tais, já tinham responsabilidade objetiva.

Com efeito, a grande inovação da Constituição de 1988 na área da responsabilidade civil foi estender às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos responsabilidade objetiva tal como a do Estado. E isto a Constituição fez atendendo antiga reivindicação de corrente doutrinária fundada em questão de lógica incontestável: se o Estado, quando presta serviço diretamente, responde objetivamente pelos danos que causa a terceiros, por que o particular, quando presta serviços públicos, responderia subjetivamente? Quem tem os bônus tem que ter os ônus. Não se pode

tes à segurança do trânsito”. Até onde vai esse **dever de prevenir**, é questão a ser definida pela doutrina e a jurisprudência, sendo certo, todavia, que medidas administrativas terão que ser imediatamente desencadeadas, para que não se configure a **responsabilidade por omissão**, destinadas a “organizar e manter o Registro Nacional de Veículos Automotores - Renavam” (inc. IX), contendo informações sobre todas as características do veículo, tais como o número do chassi, do motor e outros agregados (art. 125). Nenhum registro de veículo poderá ser feito sem prévia consulta ao cadastro do Renavam e a apresentação dos documentos especificados nos artigos 122 e 124 do CNT, dentre os quais merece destaque a “certidão negativa de roubo ou furto de veículo, **expedida no Município do registro anterior**, que poderá ser substituída por informações do Renavam (inc. VIII). A baixa do registro, igualmente, está condicionada à prévia consulta ao cadastro do Renavam, e será comunicada tão logo efetuada (arts. 126 e 127).

**O certificado de Registro de Veículo**, por sua vez, deverá conter **características de invulnerabilidade à falsificação e à adulteração** (art. 121), algo idêntico ao que ocorre com a emissão de dinheiro.

Como se vê, a nova lei impõe realmente aos órgãos e entidades do Trânsito deveres específicos na atividade de fazer o registro de veículos, expedir o respectivo certificado e dar baixa nesse registro, deveres esses que, se não forem cumpridos, configurarão a falta do serviço suficiente para ensejar a responsabilidade da Administração. Mas, como entre a lei e a sua execução vai uma distância tão grande quanto a existente entre a planta de um palácio e a sua construção, muito tempo será ainda preciso para que as metas estabelecidas pelo novo Código de Trânsito venham realmente a se materializarem. Tudo dependerá agora de uma efetiva ação administrativa.

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

1) O art. 1º, § 3º do CTB, tem que ser interpretado **conforme a Constituição**, eis que as entidades do Trânsito são integrantes da Administração Pública, e, como tais, estão sujeitas à disciplina do art. 37, § 6º da Lei Maior.

2) Nada inovou o CTB, portanto, no que respeita à responsabilidade civil das entidades de Trânsito, quer por danos decorrentes de conduta comissiva quer omissiva, bem como em relação às entidades privadas que atuam em determinados segmentos de trânsito.

3) Sem prova de que os agentes do Detran participaram da falsificação de documentos ou foram coniventes com o falsário ao fazerem o registro do veículo de origem ilícita, não pode a Administração, por ausência de relação de causalidade, ser obrigada a indenizar o prejuízo daquele que adquiriu veículo furtado, por isso que o fato de terceiros é causa de exclusão da responsabilidade.

4) As novas disposições do CTB, todavia, que impõe às entidades de Trânsito deveres e cuidados específicos no registro de veículo, expedição do respectivo certificado e baixa desse registro, permitirão maior facilidade na configuração da **falta do serviço** pela omissão administrativa, e, conseqüentemente, a responsabilidade do Detran por veículos de origem ilícita vendidos no mercado de usados.

5) A responsabilidade do particular que provoca acidente de trânsito continua regida pelo art. 159 do Código Civil. Se o dever violado resultar de texto expresso do CTB, tais como os previstos nos artigos 26 - 67, configura-se a chamada **culpa contra a legalidade**, que torna desnecessária qualquer outra prova além da inobservância da regra de trânsito. A infração de norma regulamentar cria em desfavor do agente uma presunção de ter agido culpavelmente, incumbindo-lhe o difícil ônus da prova em contrário.

6) Nada inovou o CTB também no que respeita a responsabilidade das empresas de transportes coletivos por danos causados em acidentes de trânsito. Em relação aos passageiros, essa responsabilidade já era objetiva desde 1912; em relação a terceiros (pedestres), passou a ser objetiva a partir da Constituição de 1988, pois são prestadores de serviços públicos, mantida a mesma disciplina no Código do Consumidor, conforme artigos 14, 17, 22 e parágrafo único. ♦

# O Compromisso de Compra e Venda como Título de Propriedade

MELHIM NAMED CHALHUB

*Advogado*

A Lei nº 9.785, de 2 de fevereiro de 1999, introduz importantes alterações na legislação pertinente a desapropriações, registro de imóveis e loteamento, a saber:

a) no que tange à desapropriação, altera o art. 5º da Lei nº 3.365, de 21.6.41, para possibilitar a desapropriação de áreas com a finalidade de implantação de parcelamento do solo, com ou sem edificação, para melhor utilização econômica, higiênica ou estética, para construção ou para ampliação de distritos industriais; quando se destinar a implantação de parcelamento de solo destinado à população de baixa renda, não se dará outra utilização, nem haverá retrocessão; no processo de desapropriação, a União, Estados, Distrito Federal, Municípios ou suas entidades delegadas serão imitidas na posse provisória do imóvel;

b) a imissão provisória na posse será registrada no Registro de Imóveis; o poder expropriante ou suas entidades delegadas poderão ceder ou prometer ceder essa posse, sendo esse ato também objeto de registro no Registro de Imóveis (Lei de Registros Públicos, art. 36, I, 36);

c) a certidão de registro da posse passa a constituir título hábil para o arquivamento do memorial de loteamento, por parte do poder expropriante ou de suas entidades delegadas, dispensada a apresentação de título de propriedade;

d) na implementação do loteamento, o título do adquirente do lote será a *cessão de direitos de posse*; esses direitos podem ser objeto de garantia para fins de financiamento habitacional;

e) uma vez registrada a sentença que, no processo de desapropriação, fixar o valor da indenização, a posse converter-se-á em propriedade e sua cessão será convertida em promessa de venda ou, se já tiver havido quitação do preço, a cessão da posse converter-se-á em compra e venda, *circunstâncias que, demonstradas ao Registro de Imóveis, serão averbadas na matrícula relativa ao lote*;

f) independente dessas alterações para os loteamentos populares, a lei introduziu também alterações nos loteamentos em geral, destacando-se o acréscimo de um novo parágrafo ao art. 26 da Lei nº 6.766/79 (§ 6º), que dispõe que os compromissos de compra e venda de lotes, em geral (públicos ou particulares), passam a constituir título hábil para registro do domínio em nome do adquirente, independente de escritura de compra e venda.

O novo diploma legal constitui importante instrumento de atuação social, fornecendo ao poder público valiosos elementos para *ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes* (Constituição Federal, art. 182), na medida em que delinea mecanismos capazes de dar conseqüência prática aos princípios constitucionais atinentes à função social da propriedade e à desapropriação por interesse social (art. 5º, XXIII e XXIV), em sintonia com os propósitos da legitimação da posse de área urbana prevista no art. 183 da Constituição.

No contexto da nova estruturação voltada para o parcelamento de áreas havidas por desapropriação, ressalta como importante inovação, em benefício da generalidade dos compromissários compradores de lotes de terreno, em qualquer loteamento, o reconhecimento dos compromissos de compra e venda como títulos válidos para registro da propriedade no Registro de Imóveis, e a dispensa, por conseqüência, da escritura de compra e venda do lote de terreno, nos termos do novo parágrafo que foi acrescentado ao art. 26 da Lei de parcelamento do solo urbano, do seguinte teor:

“Art. 26. ....

“§ 6º. *Os compromissos de compra e venda, as cessões e as promessas de cessão valerão como título para o registro da propriedade do lote adquirido, quando acompanhados da respectiva prova de quitação.*”

A idéia não é nova, tendo como precedente o art. 41 da mesma Lei nº 6.766/79, pelo qual é reconhecida a validade do compromisso para efeito de registro da propriedade nas hipóteses de loteamentos que vieram a ser regularizados posteriormente à contratação do compromisso. De igual forma, pelo Projeto do Código Civil, de 1965, o registro do compromisso e do comprovante de quitação do preço é considerado título hábil para a transmissão do domínio.

Como se sabe, o compromisso de compra e venda de imóvel loteado foi tipificado através do Decreto-Lei nº 58, de 10 de dezembro de 1937, no momento em que se iniciava o processo de urbanização no Brasil, visando essencialmente ordenar a atividade do parcelamento do solo e propiciar segurança ao adquirente do lote de terreno.

Trata-se de contrato que contempla a obrigação das partes de celebrar um contrato futuro, que é o contrato de compra e venda. O compromitente, sendo titular do domínio sobre o lote, se obriga a transmiti-lo ao compromissário, desde que este conclua o pagamento do preço ajustado; de sua parte, o compromissário se obriga a pagar esse preço. Por força desse compromisso, o domínio do compromitente fica onerado, mediante o vínculo que se cria com o compromissário; de outra parte, cria-se em favor do compromissário um direito de aquisição, sob condição suspensiva, tendo como objeto a propriedade do lote; em razão desse contrato, o compromissário é investido nos direitos de usar e fruir, que são inerentes ao domínio, mas o compromitente retém o direito de dispor do domínio. A estruturação é compatível com o conceito da *elasticidade da propriedade* a que se referem os autores modernos, pelo qual a propriedade é dotada de uma capacidade de expansão ou de compressão dos poderes inerentes à senhoria<sup>1</sup>.

Sobre essa estruturação e, mais ainda, para evitar o risco a que, nos termos do art. 1.088 do Código Civil, ficaria sujeito o compromitente, a lei conferiu ao compromisso a natureza de direito real, oponível a terceiros, quando “averbado” no Registro de Imóveis.

Muito embora seja um contrato preliminar, pelo qual as partes se obrigam a firmar o contrato definitivo de compra e venda, a verdade é que o domínio do compromitente é submetido a uma compressão que o reduz quase que à expressão mínima, sendo, de certa forma, quase que apenas a garantia do crédito do compromitente, como muito bem observa José Osório de Azevedo Júnior:

---

<sup>1</sup> Ricardo Pereira Lira, *Elementos de Direito Urbanístico*, Renovar, Rio, 1997, p. 313.; José Carlos Moreira Alves, *Alienação fiduciária em garantia*, Forense, Rio, 1979, 2a. ed., p. 123, citando Pagenstecher, L. Arndts, Catan Tobeñas e Pugliatti; Gustavo Tepedino, *Multipropriedade imobiliária*, Saraiva, São Paulo, 1993, p. 80, invocando Lodovico Barassi, *La proprietà nel nuovo codice civile*; Frederico Henrique Viegas de Lima, *Da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel*, Juruá Editora, Curitiba, 1998, p. 110.

“E, à medida em que o crédito vai sendo recebido, aquele pouco que restava do direito de propriedade junto ao compromitente vendedor, isto é, aquela pequena parcela do poder de dispor, como que vai desaparecendo até se apagar de todo.”<sup>2</sup>

Nesse contexto, à medida em que o compromissário vai pagando as parcelas do preço, dá-se como que uma expansão dos seus poderes na propriedade, sobre a qual, desde a contratação do compromisso, já exercia os de usar e fruir inerentes ao domínio, investido que é de direito exclusivo sobre o lote de terreno, nos termos do art. 5º do Decreto-lei 58/37. Por isso mesmo, uma eventual alienação do domínio por parte do compromitente não afetará de modo algum o direito do compromissário, que, por força da seqüela, será exigível contra quem quer que detenha o domínio. Por isso mesmo, a construção doutrinária e jurisprudencial já consagrou o entendimento de que o imóvel objeto do compromisso integra o patrimônio do compromissário, ficando o compromitente só com o crédito. Em suma, a construção jurisprudencial vai aproximando o compromisso cada vez mais da compra e venda, aproximação que se torna inequívoca e definitiva uma vez pago o preço: a partir daí, os poderes do *dominus* se exaurem por completo, só lhe restando a obrigação de outorgar o contrato definitivo.

Entretanto, as dificuldades enfrentadas pelos compromissários para implementação dessa simples formalidade, que é a outorga da escritura de compra e venda, já há muito vinham justificando a medida legislativa que veio agora a ser consagrada nos termos do § 6º do art. 26 da lei do parcelamento do solo urbano, o compromisso passa a ser título hábil para registro do domínio em nome do compromissário, desde que acompanhado do comprovante de quitação do preço.

Efetivamente, havendo um compromisso quitado, a outorga de um segundo contrato (o contrato de compra e venda) é formalidade que se mostra absolutamente desnecessária, dada a potencialidade do compromisso e à luz do conteúdo do direito do compromissário, como se viu.

Ora, se o compromissário dispõe de um instrumento de compromisso de compra regularmente formalizado, se já resgatou integralmente o preço e se tem em mãos o comprovante de quitação do preço, nada justifica

---

<sup>2</sup> *Compromisso de compra e venda*, Saraiva, São Paulo, 1983, p. 7.

que o registro do domínio fique na dependência da formalização de um segundo contrato tendo o mesmo objeto, até porque o instrumento do novo contrato consubstanciará uma simples reprodução do teor do instrumento de compromisso, apenas recebendo designação distinta (chamar-se-á *escritura de compra e venda*); nem mesmo quanto à quitação do preço esse novo instrumento apresentará alguma diferença, pois apenas conterà declaração de que o preço pactuado já foi integralmente pago; ora, essa declaração de quitação é perfeitamente substituível por um termo de quitação ou pela prova da quitação, feita pelo adquirente, com a exibição dos comprovantes de pagamento de todas as parcelas do preço. É claro que deverá o adquirente atender outras exigências para o registro, como é o caso, por exemplo, da comprovação do imposto de transmissão *inter vivos*, mas, com o preenchimento desses requisitos, pouco importa que o instrumento que vai gerar o registro da propriedade tenha o nome de *escritura de compra e venda* ou de *compromisso de compra e venda*, quitado. Importa é que preencha os requisitos essenciais para individuação da propriedade e identificação das partes, pois, em substância, os poderes inerentes ao domínio já estarão integralmente concentrados no compromissário.

A nova regra tem, efetivamente, extraordinário alcance social, justificando-se todo esforço de interpretação construtiva e de integração que viabilize soluções concretas razoáveis e racionais, que, tal como observa Chaim Perelman, conciliem os princípios da equidade com os princípios da segurança jurídica<sup>3</sup>. A propósito, recentemente, em procedimento de jurisdição voluntária perante a Vara de Registros Públicos de Niterói, RJ, em que compromissários compradores de lotes de terreno, com fundamento no art. 41 da Lei nº 6.766/79, requereram o registro da propriedade em seu nome, exibindo como título o compromisso, foi invocado como eventual óbice a circunstância de que o conjunto de lotes em questão estaria configurado como *condomínio*, e não como *loteamento*, e as porções de terreno designadas como *áreas privativas*, e não como *lotes*; o juiz titular, Dr. Alexandre Eduardo Scisínio, considerando irrelevante o fato de não existir na legislação sobre o condomínio especial regra específica sobre o registro do contrato, e ressaltando a generalização do princípio segundo o qual o compromisso é título hábil para o registro do domínio em nome do compromissário, *princípio esse represtigiado pelo artigo 26 da novíssima*

---

<sup>3</sup> *Ética e Direito*, Martins Fontes, São Paulo, 1996, p. 436



*Lei nº 9.785, de 29 de janeiro de 1999, manifestou-se pelo entendimento de sua plena aplicação, desde que a prova da quitação da obrigação seja manifestada pelo devedor, como foi feito nestes autos, e assim deferiu o registro da propriedade fundado na analogia, para que os adquirentes alcançassem, com os registros, a segurança assegurada e aperfeiçoada pelo sistema, valendo reproduzir o seguinte excerto da sentença:*

*“Mesmo que inexistente norma idêntica à do artigo 41 da Lei nº 6.766/79 estampada na Lei nº 4.591/64, considerando que na aplicação da lei o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se destina e às exigências do bem comum, na espécie rege a analogia o tom que autoriza o magistrado a adequação de uma regra ao caso concreto sob seu julgamento, como um meio de integração do sistema jurídico, pois é o exemplo de ausência de lei que regule diretamente a situação concreta (arts. 4º e 5ºj da Lei de Introdução)”*

A nova regra, naturalmente, há de provocar profunda modificação cultural, admitindo-se que, durante algum tempo, ainda pareça estranha uma certidão da matrícula de imóvel indicando o *compromisso* como título de aquisição do domínio, e não a escritura de compra e venda. Mas, com o tempo, a nova conformação será assimilada, pois, em verdade, como se viu, a validade do compromisso para registro da propriedade é apenas a ampliação do direito já reconhecido no art. 41 da mesma Lei nº 6.766/79.

Trata-se, efetivamente, de medida de grande alcance social, que em muito contribuirá para que as pessoas de baixa renda regularizem a propriedade de suas moradias sem ônus adicionais desnecessários. ◆

# Princípios Gerais do Código do Consumidor: Visão Histórica

JORGE DE MIRANDA MAGALHÃES

*Desembargador do TJ/RJ*

*“A tutela da microdecisão é tutela da micro-felicidade, é uma forma de tutela da pessoa humana.”*

Após o aparecimento de Thomas Robert Malthus, Pároco de Haileybury, que publicou, em 1798, sob anonimato, obra em que condenava a teoria, então moderna, de população, seguindo-se a Adam Smith que em 1796 dava a conhecer ao mundo sua obra que superou todas aquelas então escritas sobre Economia Política, estabeleceu-se o princípio econômico de que o crescimento da população se modificava numa progressão geométrica, enquanto que o aumento das subsistências se processava numa progressão aritmética. Tais estudos se fulcraram na apreciação dos resultados econômicos da evolução passada na Inglaterra, procurando explicar as alterações verificadas nas teorias do valor, ou da renda agrária, do lucro, dos preços e dos salários.

Nessa mesma época, na França, Jean Baptiste Say apresentava, em 1803, seu *“Traité d’Économie Politique, ou simple exposition de la manière dont se forment, se distribuent et se consomment les richesses”*, obra modular de conho didático quanto à distribuição da matéria, e que valeu ao autor, no dizer de Charles Gide, o reconhecimento de que, a partir dele, a Economia Política pode ser considerada como definitivamente constituída sob sua forma clássica, sobretudo ante a divisão tripartida por ele feita da matéria em produção, distribuição e consumo. (Buys de Barros, pp.77/78)

É bem verdade, como nos mostra o mestre Buys de Barros (Instituições de Economia Política, I Vol., p.95), que a nova divisão da matéria abrange, inicialmente, uma parte introdutória, analisando o conceito de Economia Política, leis econômicas, motivação da atividade econômica e seu desenvolvimento, metodologia e relação com as demais ciências, além de noções fundamentais sobre a necessidade, desejo, riqueza, utilidade, servi-

ço, valor e preço, para depois examinar a produção, distribuição, circulação e consumo, onde se examina a alimentação, as leis de Engel, a intervenção do Estado e a teoria da população, para arrematar com análise sobre o equilíbrio econômico e o ciclo econômico.

No que tange ao consumo, onde se opõe às teorias de Monteverde (Nocions, p.58) e de Gide (Curso, p.618), segundo os quais significaria ele apenas a aplicação dos bens às necessidades humanas, assegura o Mestre que *consiste no complexo de transformações materiais que destroem ou diminuem a utilidade dos bens*, não se podendo confundir distribuição de bens, no seu sentido material, com destruição pela perda de sua utilidade, que é a determinante do consumo econômico, havendo mesmo casos em que, só após o consumo *definitivo*, verificar-se-á a perda da utilidade, como na hipótese do tecido, que, fabricado para o consumo, enquanto for usado pela modista, não terá perdido a utilidade, o que ocorrerá, após o gasto, pelo uso, na transformação em roupa, embora esta esteja iniciando o seu ciclo econômico de utilidade.

Assinala, ainda, que a evolução do consumo de bens tem sido consequência das invenções em todas as épocas, em benefício da satisfação das necessidades humanas que, pelos novos hábitos, se desenvolvem extraordinariamente, apontando as técnicas, como as da construção civil, maquinarias e utensílios, navegações etc. como ensejadoras de novas necessidades de adaptação ao *modus vivendi*, o que torna o consumo eixo da Economia Política, cabendo lembrar até Santo Tomás de Aquino, para quem a *“economia deve procurar o bem comum, tendo por meio a distribuição justa das coisas exteriores”*.

Entra aqui a fusão da Economia com o Direito, afirmando Pedro Lessa (Estudos de Filosofia do Direito, 1912, p.100) que *“ao lado da Antropologia há uma ciência social, a Economia Política, cujo conhecimento é indispensável à formação da teoria científica do direito, e à elaboração das normas jurídicas”*.

Não que haja subordinação do Direito à Economia Política, ou desta àquele, mas sim que sistemas econômicos, sobretudo de produção e consumo, são variáveis de país a país, em virtude da diversidade de instituições econômicas.

Como afirma Louis Bandin (Manuel d’Ec. Pol., p.19), *“o direito regulariza a economia, sem risco de estagná-la, completando-a e inserindo-a num conjunto, devendo ser bem flexível para acompanhar a evolução das idéias e dos fatos, devendo respeitar as leis econômicas”*.

Voltando ao saudoso Pedro Lessa, então Ministro do Supremo Tribunal Federal:

*“Sobre cada um desses graves problemas da atualidade, não é possível ao legislador que seja digno desse nome, formular normas jurídicas, que seriam do domínio do direito constitucional, do direito administrativo e do direito civil, sem o profundo estudo dos princípios e da leis de economia política.”*

Foi nesse contexto de idéias que o nosso Código Civil, preparado sob as idéias republicanas de igualdade, liberdade e fraternidade, oriundas ainda da Revolução Francesa e da Constituição de Filadélfia, estabeleceu a não intervenção estatal no terreno das relações contratuais, sobretudo as de consumo, respeitando a igualdade entre produtores (de bens ou serviços) e consumidores.

E no mesmo diapasão, a regra da cega obediência ao pactuado através da rígida obediência ao que tivesse sido acordado (*pacta sunt servanda*), atendendo aos princípios individualistas da Revolução Francesa.

Como acentua Heloísa Carpena Vieira de Mello (**Resp. Civil no Codecon**, Rev. EMERJ, vol. I, nº 3, p.73):

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

Cuidava-se de relação entre pessoas que se conheciam e se respeitavam, sendo inaceitável, por isso mesmo, a desconfiança de um em relação ao outro, na execução do ajuste.

Os tempos mudaram.

A sociedade mudou.

A produção mudou.

Já agora não é algo que produza para atender à necessidade do consumidor, à sua sensação de falta de algo desejado, no dizer dos economistas.

A Revolução Industrial do final do século XIX, a produção de máquinas de grande porte, capaz de grande produtividade, afasta o ho-

mem do centro da criação de recursos e o transforma em mero componente do sistema.

Afirma Buys de Barros (*op.cit.*, p. 10):

*“Sai o homem do estado de barbárie e alcança o de circunção; a produção passa a operar-se em função de variados agentes e fatores: divide as suas atribuições em campos diferentes, especializando-as, passando a agir como empreendedor, ou como capitalista, ou ainda como operário. E aos fatores natureza e trabalho, vê acrescidos outros tais como o capital e a organização.”*

Inverteu-se, então, o sentido da linha de produção, de atendimento à necessidade, e para melhores lucros, empregando todos os fatores de produção disponíveis, passou ela a instar o consumidor, a agredi-lo, comercialmente, a despertar nele o desejo de possuir o bem que lhe estava sendo, ou passou a ser, ofertado.

Daí a chamada massificação do consumo e da comunicação entre consumidores e produtores, gerando novas teorias de propaganda e informação, a que o consumidor não aderiria previamente, que lhe era e é imposta pelos mais diversos canais de comunicação, sem que se possa alegar haver ele contratado com quem quer que seja, e afastando de vez a teoria de que *pacta sunt servanda*.

Como bem observou Heloísa Carpena Vieira de Mello (*op.cit.* p.74), a sociedade em que vivemos é complexa, anônima e desigual; anônima, porque não mais conhecemos quem produz os bens ou quem presta serviços, afastando aquela confiabilidade précontratual; complexa, porque também ignoramos de que forma se processa a produção; e desigual, diante da preponderância econômica, jurídica e técnica do fornecedor.

A transformação das pequenas fábricas, dos pequenos negócios, em megaempresas, gigantescos organismos que manipulam verbas, muita vez, maiores que os orçamentos de mais da metade dos estados de todo o mundo, a sua insensibilidade perante o consumidor, a mera objetivação de lucros, afastando os mais elementares princípios de moral, ética, respeito à saúde, sentimento e direitos dos que exatamente lhes fornecem o combustível necessário à alimentação de suas criaturas omnívoras, ou seja, dos consumidores, passam a exigir do Estado, na busca do bem-estar do cidadão, maior intervenção jurídica de proteção ao Consumidor, daí nascendo a sigla Procon, desde 1978.

Em 1985, foi criado o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor vinculado ao Ministério da Justiça, objetivando a consolidação da legislação existente e o estímulo dos estados a adotarem órgãos oficiais de proteção, sendo responsável pelo anteprojeto do atual Código de Defesa do Consumidor, conhecido como Codecon, transformado na Lei nº 8.780/90.

Mas, desde 1962, que a Lei nº 4.137, conhecida como Lei do Abuso do Poder Econômico, já coibia atos ilícitos, por ela conceituados, e previa sanções administrativas referentes a tais comportamentos, sendo suas normas mais voltadas à concorrência sadia do que, propriamente, ao desamparado, ao hipossuficiente comercial, estabelecendo regras e padrões precusores daqueles que, em curto espaço de tempo, tanto quanto o vertiginoso crescimento e massificação da produção, vêm surgindo no mundo moderno, em busca da proteção ao consumidor, e criando princípios e normas que atendam a esse objetivo.

Nos anos 70, os movimentos conhecidos como consumeristas se expandiram em várias partes do mundo. Como evidencia Eduardo Varela (**Direito do Consumidor**, Rev. *In Verbis*, dez/97, RJ, p. 25), o desenvolvimento dos mercados nacional e internacional definiu a visão de que a bandeira dos direitos do consumidor tinha aspectos políticos, atraentes para a democracia.

A primeira instituição criada no Brasil foi em São Paulo, no ano de 1976, chamada Sistema Estadual de Proteção para o Consumidor, advindo depois a Lei nº 8.884/94, que reforçou a posição do CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica, criado em 1991.

Com o advento dessa legislação, começaram a ocorrer mudanças estruturais nas relações de consumo, no Brasil, como em todo o mundo

As empresas passaram a se preparar para enfrentar a nova realidade “*uma vez que todos, inclusive o consumidor, estavam há muito tempo acostumados ao tirânico poder dos produtos, muitos sem qualquer preocupação ética*”, como adverte Eduardo Varela (Op. cit., p.27).

Efetivamente, consumidores passaram a ser as próprias empresas, na aquisição de bens, como o exemplo do fabricante que adquiriu matéria-prima, ou equipamentos, para sua utilização, ou o comerciante ou importador, que distribui produtos ou serviços, pelos quais vai responder, ou afinal o cidadão, que na ponta extrema da cadeia produtiva efetua a compra ou contrata serviços, como final consumidor.

Do ponto de vista empresarial, inúmeras práticas se sucedem, junto aos consumidores, não só para evitar a incidência das sanções legais, como para conquistar, ou não perder o universo consumista, como SAC's (Serviço de Atendimento ao Cliente), Ombudsmen, representando o consumidor dentro das empresas, Conselhos de Consumidores, integrando a política de *marketing*, embalagens mais sofisticadas, pesquisas de opinião de mercado, preocupação com informações corretas, quanto a prazos de validade e modos de uso do consumo etc.

No mundo inteiro, a preocupação é a mesma: cuidado com a produção, oferta e propaganda de marcas e serviços, independente de outros aspectos mercadológicos, como a qualidade do produto, da mão-de-obra, custos, lucros, salários, impostos e outros.

Vê-se, pois, que o consumo deixou de ser simples etapa, ou fase, da ciência econômica, para alçar-se a nível de preocupação social e humana, pois que ligado ao atendimento das necessidades humanas, mas de modo eficiente, honesto, leal, correto, justo e, sobretudo, jurídico, por obediente às regras que foram logo criadas, principalmente no Brasil, Itália, Estados Unidos, Inglaterra e Alemanha, a respeito de sua efetivação.

Giovanni Iudica, ilustre professor da Universidade de Póvoa, na Itália, em palestra realizada no Rio de Janeiro, sob os auspícios do Instituto Ítalo-Brasileiro de Direito Privado e Comparado, com apoio do Secovi-RJ, da EMERJ-RJ, Associação dos Magistrados do Rio de Janeiro e Instituto Italiano de Cultura, em trabalho publicado na Revista Doutrinária, nº I, Maio/98, p. 7, lembra que a sociedade de consumo, caracterizada por um forte impulso à demanda, trouxe uma explosão extraordinária do bem-estar individual e coletivo e que o legislador europeu determinou a passagem da sociedade de consumo do mundo da economia àquele do direito, existindo diretivas da Comunidade Econômica Européia que, na realidade, favoreceram o crescimento de todo o sistema da economia, quando o enquadraram em termos jurídicos, valorizaram a demanda e ajudaram o consumidor, protegendo seu interesse.

Assinala ele (Op. cit., p. 9):

*“É a consciência de que o consumidor pode tornar-se de consumidor-pagador, consumidor que paga o bem ou o serviço que recebe, em consumidor devedor do custo do bem ou do serviço que recebe, a chave desta aceitação jurídica da sociedade econômica de consumo,*

*determinando a expansão da demanda, da oferta, com aumento difuso do bem-estar.”*

E após analisar as Leis nº 142 e 154, de 1992, da Itália, a respeito do crédito ao consumidor e da transparência bancária, aponta quatro princípios norteadores da proteção ao consumidor, a saber:

a) princípio da **analiticidade** dos conteúdos contratuais, pelo qual são proibidas as reticências e zonas obscuras;

b) princípio da **transparência**, pelo qual as regras devem ser públicas e publicadas;

c) princípio da **integração** contratual, segundo o qual, se determinadas normas contratuais são contrárias ao sistema, o conteúdo do contrato fica, *ex lege*, imperativamente, integrado pela vontade do legislador;

d) princípio da **inderrogabilidade** das normas consumeristas, pelo qual a violação da regra legal fica fulminada pela nulidade, que é a sanção mais radical conhecida pelo ordenamento italiano.

Arremata que a Itália passou da tutela geral, de formas de macroeconomia, a uma forma de tutela jurídica da microeconomia, isto é, tutela-se a decisão **individual** (grifamos) de cada consumidor em 300 mil a 6 milhões, ficando protegida a decisão mínima, e valorizando a importância da microdecisão, de tal forma que

*“Aqui estamos diante de um problema de valor: a tutela da microdecisão é tutela da microfelicidade individual, é uma forma de tutela da pessoa humana. É através da tutela de cada pessoa humana, de cada indivíduo que temos a formação da felicidade de todos, isto é, do bem-estar, do well state coletivo.”*

No mesmo sentido, o Professor Guido Alpa, da Universidade de Roma La Sapienza, também falando no mesmo Congresso (Op. cit., p. 4/5), a respeito dos **Princípios Gerais de Direito. Novos Contratos**, esclarece que hoje, não apenas na Itália, mas também na França e Alemanha, há forte tendência hermenêutica de abandonar o método formal na interpretação dos contratos, para se admitir que o juiz não apenas reencontre o direito, mas faça adição ao texto, existindo maior proximidade com as orientações jusrealistas, tanto norte-americanas quanto suecas, e existindo também maior proximidade com a práxis, isto é,



com aquilo que acontece todos os dias, nos tribunais, na solução de cada controvérsia, arrematando:

*“Remeto-me ao art. 2º da Constituição, que tutela a pessoa em todas as formações sociais, o indivíduo em todas as formações sociais em que desenvolve a personalidade. É muito importante e também um valor ideológico. Por quê? Porque se ligarmos a liberdade contratual à dignidade da pessoa, os limites da intervenção do legislador, para circunscrever a liberdade contratual são muito mais amplos.”*

A assertiva adquire relevo na medida em que valoriza o respeito e a dignificação da pessoa humana - e de cada uma delas - como centro do Universo, como criatura de Deus, e digna do respeito e acatamento de todos, inclusive e sobretudo do terreno jurídico.

Em nossa Carta Magna, a matéria está clara e expressamente regulada no art. 5º, quando alude à vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade, e no inciso XXXII do mesmo artigo, quando alude às regras de proteção ao consumidor.

A noção de cidadania, o respeito aos direitos do cidadão, sem dúvida, fizeram crescer o movimento, nivelando a Economia com o Direito, como antes se viu, chegando alguns a afirmar que a presença do Estado no mercado é princípio basilar do Codecon, devendo ele ser o protetor do mais fraco e vulnerável, inclusive e sobretudo nas questões de consumo.

## **PRINCÍPIOS GERAIS DO CODECON**

Diante da visão histórica atrás delineada, com os matizes econômicos, impõe-se agora apontar os mais importantes princípios estabelecidos nas regras de proteção ao consumidor.

Ousáramos acompanhar o Professor José Augusto Garcia (Rev. EMERJ, nº 2, p.115) em que, diante da materialização da ordem justa, segundo a qual o mundo moderno persegue não apenas a Justiça, nos moldes tradicionalmente estabelecidos e impostos, mas sobretudo a Justiça justa, destaca-se uma tendência de se deferir uma dose cada vez maior de poderes ao magistrado (p. 116), *in verbis*:

*“Enquanto em largos setores o Estado define, se retrai, o Estado-Juiz está cada vez mais e mais ativo, quase onipresente. Em outras*

*palavras, a crise do Estado do Bem-Estar não cruzou os lindes do processo,... Afinal, a função estatal mais acessível ao cidadão, apesar de tudo, é mesmo a função jurisdicional.”*

Daí sua posição de que se impõe, para realização da Ordem Jurídica justa, a inserção nas leis, de normas de conteúdo aberto, que demandam a expansão do subjetivismo do julgador, existindo muitas delas no Codecon, como portadora de conceitos juridicamente indeterminados, sendo inafastável e presente a importância da interpretação lógico-sistemática do Código, com olhos nos princípios que nele se projetam. E aduz o ilustre mestre, que honra a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro:

*“No art. 4º é que descobrimos o barro seminal do sistema do Código, de modo que não será perdido, certamente, todo o tempo utilizado na análise do dispositivo: sua exploração percuciente, ao contrário, serve para iluminar os demais aposentos do estatuto da proteção, facilitando sobremaneira a tarefa do hermeneuta.”*

**I. Princípio da Dimensão Coletiva da Relação de Consumo** - Significa dizer que, mesmo aquelas relações consumeristas, a nível individual, ficam agasalhadas pela proteção indistinta e indeterminada a todos os consumidores. Diz ele (p. 121):

*“Assim, se um simplório radinho de pilha de determinada marca apresenta algum vício, provavelmente muitos outros da mesma marca ostentarão idêntica falha, prejudicando um número indeterminado de consumidores. Impossível e extremamente nocivo, portanto, cuidar das lides de consumo como se fossem lides individuais, impermeáveis à sombra coletiva (grifado) de que falamos.”*

E cita o Professor J. C. Barbosa Moreira, a respeito da emergência da coletivização do direito (*in* p. 173, **Temas de Direito Processual**: 3ª série, S.P., Saraiva, 1984):

*“Passageiros do mesmo barco, os habitantes deste irrequieto planeta vão progressivamente tomando consciência clara da alternativa essencial com que se defrontam: salvar-se juntos ou juntos naufragar.*

*A história individual terá sempre, naturalmente, o seu lugar nos registros cósmicos; acima dela, porém, e em grande parte a condicioná-la, vai-se inscrevendo, em cores mais berrantes, a história coletiva. Os olhos da humanidade começam a voltar-se antes para o que diz respeito a todos, ou a muitos, do que para o que concerne a poucos, ou a um só.”*

Também Sérgio Bermudes é lembrado:

*“Victor Nunes Leal, um dos maiores juizes do Supremo Tribunal Federal em qualquer tempo, costumava lembrar que, visitando Brasília, ainda em construção, Juscelino Kubitschek indagava aos operários o que estavam fazendo. A resposta vinha específica: assentando um tijolo, erguendo uma parede, fixando uma viga. Um dia, o presidente perguntou a um candango que escavava fundo a terra onde se fincariam os alicerces do mais belo monumento da nova cidade: ‘E você, o que faz aí embaixo?’ A resposta comoveu de tal modo Juscelino, que ele saltou no fosso para abraçar o operário: ‘Presidente, eu estou construindo uma catedral’. Urge que cada sujeito do processo se compenetre da sua função de construtor de catedrais.”*

**(Introdução ao Processo Civil, 2ª ed., RJ, Forense, 1996, p.72)**

O princípio da dimensão coletiva confere nova regra de interpretação aos contratos consumeristas, diversa daquela imposta pelo Código Civil, descomprometido com a proteção ao consumidor, e perante o qual a oferta era mero aceite, sendo o consumidor o ofertante da compra e o vendedor o aceitante da venda. Pela nova visão consumerista, e pelo poder de circulação, atribuído às manifestações publicitárias dos fornecedores, inverteram-se as posições: ao anunciar, o fornecedor se torna responsável pelas características do produto, as quais são aceitas pelo comprador-consumidor, passando a fazer parte implícita do contrato, se nele não estiverem expressas.

Há, pois, nova dimensão coletiva na regra, sobretudo quanto à interpretação contratual, protegendo todos os que foram ou poderiam ser ludibriados pela propaganda enganosa e não correspondente à realidade.

Surge, em conseqüência, a legitimação da coletividade, nas ações correspondentes à defesa do consumidor, não só quanto aos interesses difusos

e coletivos *strictu sensu*, mas ainda nas chamadas individuais *homogêneas*, como as do mercado de valores mobiliários, antes regulado pela Lei nº 7.913/89, que não previa expressamente a tutela dos direitos individuais homogêneos afirmando alguns que o Codecon criou a *clars action* brasileira.

A Professora Claudia Lima Marques, em seu magnífico **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, Ed. Ret., 3ª ed., p.284, aponta os efeitos da atividade publicitária nos pactos consumistas, afirmando preocupar-se com o efeito desta atividade dos fornecedores no mercado, que chama de *vinculação própria* (grifado) segundo os ensinamentos dos mestres alemães, para só depois analisar a causa, isto é, a publicidade e sua natureza, enquadrando a problemática no princípio da *transparência*, a ser logo examinado.

Para ela (p. 295), traçado um paralelo segundo a tese de Rondgen, “com a determinação (Bestimung) - que seria a alma, a essência, da atuação da vontade (livre arbítrio) afirma que a determinação própria (Selbstbestimmung), assim propondo estudar a vinculação própria, que seria a alma, a essência da obrigação no mundo individualista, capitalista e liberal, pós-Revolução Francesa, renovando a responsabilidade (Haftung) como projeção necessária da obrigação ou vinculação própria, legitimando a sociedade atual, por interesse especial próprio.

*“Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.”*

Também no art. 127, a regra se faz presente, revelando a preponderância do fator coletivo, que é ao mesmo tempo um reforço e uma aparentemente paradoxal igualação do indivíduo ao coletivo:

*“Equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”.*

E arrematando, no art. 29:

*“Equiparam-se aos consumidores todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.”*

Nem poderia ser diferente!

A preocupação mercadológica, de transformar o fenômeno econômico de consumo por necessidade, em necessidade imposta ao con-

sumidor, exigiu atividade de divulgação, publicidade e propaganda que estabelecem condições ofertadas pelo consumidor, o qual tem o direito de exigir o seu pleno cumprimento, ao aceitar o pacto ofertado, conforme art. 6º, III, da lei.

**II. Princípio da Transparência** - Transparência significa aparecer através de; vale dizer que a transparência significa a correção e clareza da informação quanto ao produto ou serviço a ser vendido ou prestado, como também sobre o contrato a ser firmado, sobretudo na fase pré-contratual, ou fase negocial, dos contratos de consumo, onde deve aparecer a lealdade, a boa fé, o não engodo ao consumidor.

Como admitido pelo Professor Giovanni Iudica, atrás citado, implica tal regra na publicidade perfeita do ofertado, refletindo lealdade e respeito nas relações entre fornecedores e consumidores.

Seu objetivo é assegurar a seriedade e veracidade destas manifestações, criando, como se viu, uma diferente idéia de oferta contratual, menos inexpugnável e mais defensiva do hipossuficiente consumidor.

Como afirma a Professora Cláudia Lima Marques (Op. cit., p. 286):

*“Eis porque institui o CDC um novo e amplo dever do fornecedor, o dever de informar o consumidor não só sobre as características do produto ou serviço, como também sobre o conteúdo do contrato.”*

Por ele, passa o consumidor à posição de detentor de um direito subjetivo de informação (art. 6º, III) passando o vendedor, ou fornecedor, a ser titular do dever de bem informar.

Em verdade, o princípio da transparência não corresponde exatamente em nosso direito à expressão *Transparenzgebot*, existente no direito alemão, porque funciona como um serviço, na forma do art. 4º, *caput*, do Codecon, onde se lê:

*“A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de*

Assim, os fornecedores de bens, duráveis ou não, quer sejam fabricantes, produtores, construtores (nacionais ou estrangeiros) e o importador, respondem pelos vícios de qualidade ou quantidade desses bens.

Também o art.7º, parágrafo único, impõe a solidariedade *in verbis*:

“Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.”

Igualmente, os art. 25, §§1º e 2º, 28, §3º, 34 e 51, III, sendo que este último, a ser examinado, determina a nulidade da cláusula que transfere responsabilidade a terceiro.

O conceito de solidariedade nos é dado pelo parágrafo do art.896, do Código Civil Brasileiro, segundo o qual:

*“há solidariedade quando, na mesma obrigação, concorre mais de um credor (ativo) ou mais de um devedor (passivo), cada um com direito, ou obrigado, à dívida inteira.”*

Vê-se que o conceito está ligado à pluralidade de pessoas, como credores, ou como devedores. A solidariedade e as obrigações indivisíveis formam, assim, uma exceção ao princípio comum da divisibilidade do crédito e do débito entre os vários titulares ativos e passivos, como anota Serpa Lopes (**Curso**, vol. II, p.135), consoante o qual, e pela regra *concurso partes fiunt*, cada co-credor só pode exigir a parte que lhe caiba como de cada co-devedor só é possível demandar a que, igualmente lhe assista, na responsabilidade.

Dela decorrem os efeitos seguintes:

a) todo devedor é obrigado pelo total do débito, e o pagamento efetuado por um libera os demais;

b) a interrupção da prescrição contra um devedor é extensiva aos outros;

c) a ação judicial contra um devedor faz correr os juros legais contra todos os demais;

d) a perda da coisa, decorrente de culpa, ou durante a mora de um devedor, prejudica os co-devedores;

e) a coisa julgada, em proveito ou em prejuízo de um, só estende a todos os co-obrigados os seus efeitos;

f) a remissão do débito obtida, sem reserva, por um, aproveita aos demais devedores.

Afastados os efeitos b a f, quanto à chamada solidariedade imperfeita, criada doutrinariamente por Keller, com o abono de Savigny, Windscheid, Waynz e outros, embora aceita entre nós por Lacerda de Almeida e M.I. Carvalho de Mendonça, e depois afastada por Ascoli e Eisele, como anota Serpa Lopes (Op. cit., p. 140), eis que não agasalhada pelo legislador e fundada em falsa concepção de mandato-mútuo, tais efeitos demonstram que, entre nós, a solidariedade é de caráter unitário, quer em relação à sua eficácia, quer em relação ao seu caráter científico, quer em relação à sua estrutura.

Ocorre que a distinção entre perfeita e imperfeita fora criada no direito francês, como assinala Giorgi, ante o interesse despertado nas obrigações decorrentes de ato ilícito, uma vez que o Código Civil francês não estabelece a solidariedade, na responsabilidade do co-autor.

Também o nosso não o faz, e o Código do Consumidor até cria inúmeras solidariedades, como acima visto, entre todos os integrantes da cadeia de produção, distribuição e circulação, na clara proposta de defesa do desprotegido consumidor.

Mas essa presunção de culpa por imperícia ou negligência do fornecedor direto do bem, ou serviço, ante a massificação dos produtos, o anonimato das relações de consumo, e a complexidade tecnológica, que muita vez impede que o próprio comerciante, ou intermediário, tome ciência, e até veja o produto a ser entregue, tem desrespeitado a tendência mundial, mostrada por Cláudia Lima Marques (Op. cit. p.575) de imputar a responsabilidade por danos à saúde e segurança ao fabricante, diretamente, ou ao produtor ou importador, eis que a solidariedade lhe atribui culpa objetiva que, diante desses fatos, lhe é inatribuível, até por impossibilidade física ou material, ressalvada, evidentemente, a prova de sua culpa, como em repassar produtos falsificados, ou de validade vencida, por falta de cuidados mínimos de atenção na origem e exterioridade do produto.

Ressalve-se que, o comerciante, ou intermediário, não mais conhece o produto ou sua fórmula, se não o “domina”, se se pode testá-lo ou examiná-lo, até porque as embalagens de segurança o impedem, como admitir sua culpa na revenda ?

A aplicação da teoria da responsabilidade objetiva chegaria a extremos que a nossa consciência repugna.

comprador, como assinala a Professora Cláudia Lima Marques, que examina (Op. cit., p. 362 e seguintes) as hipóteses de venda de porta em porta (*door-to-door*) e os aspectos de venda à distância e *time-sharing*.

**IV. Princípio básico da equidade ou equilíbrio contratual** - Ante todo o exposto, fica claro que não é apenas, ou talvez não seja mais, a vontade das partes, exteriorizada no aperfeiçoamento do contrato, que deve ser respeitada e deve orientar toda sua interpretação, mas os princípios do equilíbrio - boa-fé nas relações de consumo, ante o princípio da *integração*, preconizado por Giovanni Iudica.

O novo direito do consumidor protege não só a vontade das partes, mas os amplos direitos e expectativas de todos os consumidores, ante a regra da dimensão coletiva das relações de consumo. Mesmo que a cláusula abusiva tenha sido aceita pelo consumidor, não traz vantagem excessiva para o fornecedor; se é abusiva, é contrária à lei e à ordem pública, e deve ser afastada, consoante o princípio apontado por Iudica, retromencionado, ensejando a sua invalidade, ou talvez mais precisamente, a ineficácia.

**V. Princípio da Confiança** - Vimos anteriormente a nova característica do anonimato das relações de consumo, eis que desconhecido do consumidor o produtor ou prestador de serviços.

Pelo sistema antigo, o produtor impunha ao consumidor o contrato que melhor lhe aprouvesse, afastando seus direitos disponíveis, e o máximo que este eventualmente poderia alegar era a ocorrência de contrato de adesão.

Hoje, no sistema do Codecon, as regras devem proteger a *confiança* que o consumidor depositou, não na pessoa do produtor ou prestador de serviço, mas no vínculo contratual, na sua transparência, na boa-fé do prestador e, sobretudo, ante a vinculação adequada, na adequação das prestações contratadas, ao fim que razoavelmente dela se espera, protegendo também a confiança que o consumidor deposita na segurança do produto ou serviço alocado no mercado, como observa Cláudia Lima Marques (Op. cit., pp. 574/5):

*“A massificação, a despersonalização, o anonimato, das relações de consumo, principalmente tomando em consideração o novo papel da publicidade e das técnicas de venda da economia, completam-se*



*com outro elemento desafiador que é a complexidade tecnológica dos atuais produtos oferecidos ao mercado.”*

Muita vez, essa confiança no produto, vendido pelo comerciante e que não preencha as expectativas do consumidor, por vício de fabricação ou vício de modelo (?) cria perplexidade do mercado, que também desconhecia o vício do produto, afirmando:

*“a noção de culpa, e mesmo o recurso à presunção de negligência ou imperícia do fornecedor direto, portanto, não são suficientes para dividir de forma justa os novos riscos da sociedade de consumo, sobretudo em face do princípio da solidariedade, inculcado no art.18, do Codecon, sendo a tendência mundial a de imputar tal responsabilidade por danos à saúde e segurança, diretamente ao fabricante, produtor ou importador, pois a relação triangular apenas atribui ao intermediário, zwischenperson, prova que não diminua a técnica do produto, evidentemente ressalvada a prova de sua culpa.”*  
(Cláudia Lima Marques, Op.cit., p. 545)

**VI. Princípio da Solidariedade** - Decorre da letra expressa da lei, que nos arts.12 e 18 preconizam:

*“O fabricante, o produtor, o construtor nacional ou estrangeiro e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.”*

*“Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.”*

*vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, ...”*

Assim, e entendendo-se a expressão *transfêrencia* surgida na lei, como *transparência*, efetivamente devida, todos os demais princípios estabelecidos nos incisos desse texto: hipossuficiência do consumidor (I); proteção governamental (II); boa-fé e equilíbrio nas relações consumeristas (III); melhoria do mercado de consumo (IV); controle de qualidade e segurança de produtos e serviços (V); repressão a abusos (VI); melhoria dos serviços públicos (VII); estudo do mercado (VIII), decorrem necessariamente da transparência e harmonia das relações de consumo em que tal transparência envolve todas as etapas da relação, desde a pré-contratação, com as regras proibitivas da propaganda enganosa, passando pela contratação propriamente dita, na qual se protege a vontade do consumidor, a sua boa-fé e confiança no produto ou serviço a ser prestado e chegando à etapa final da entrega real do produto ou serviço que deve corresponder às expectativas do consumidor e sobretudo às cláusulas da contratação.

Daí porque a doutrina tem apresentado critério que adotamos aqui, estando a transparência presente em todos os momentos da relação consumerista, sendo apenas uma de suas emanações a publicidade contida no art. 6º, III, da lei especial, onde se afirma ser direito básico do consumidor a *informação* adequada sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem, para efeitos da sua aceitação e contratados serviços ou entrega dos produtos, o que equivale ao comando específico acima mencionado, já que ofenderia a boa-fé e confiança do consumidor a contratação de objeto com característica diferente da publicada.

Tendo em vista que as avenças consumeristas, pela velocidade e informalidade das relações comerciais são feitas sem qualquer documentação prévia, em regra, onde o simples documento de caixa, ou nota fiscal resumida, comprova o ajuste, e tais elementos, previamente publicizados, são de extrema importância na configuração do pacto consumerista, razão pela qual o próprio art. 6º, IV, aponta direito do consumidor à proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra as práticas e cláusulas abusivas ou impostas, no fornecimento de produtos ou serviços, configurando cláusulas leoninas

verdadeiros pactos de adesão regulados pelo art. 54 da lei, onde se exige a expressa anuência do consumidor à limitação eventual de seu direito.

Como afirma a Prof. Cláudia Lima Marques (Op.cit., p. 288):

*“O princípio da transparência rege o momento pré-contratual, rege a eventual conclusão do contrato. É mais que um simples elemento formal, afeta a essência do negócio, pois a informação repassada ou referenciada integra o conteúdo do contrato ou, se falha, representa a falha na qualidade do produto ou serviço oferecido. Tal princípio concretiza a idéia de reequilíbrio de forças, na relação de consumo, em especial na conclusão de contratos de consumo, imposto pelo CDC, como forma de alcançar a almejada justiça contratual.”*

Daí a afirmativa de que a transparência, *na verdade*, é o grande princípio e a grande inovação legal nas relações de consumo.

Daí surge novo princípio, a seguir analisado.

**III. Princípio da Boa-fé** - Tem-se dito que este princípio é o eixo fundamental de todo o sistema implantado pelo Codecon.

Efetivamente, dispõe o art. 4º, III, da lei especial, que a Política Nacional de Relação de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendendo, entre outros, ao princípio (III) da harmonização dos interesses dos participantes da relação de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio das relações entre consumidores e fornecedores.

Vê-se, pois, que a boa-fé em relação ao consumidor e ao equilíbrio da relação fornecedor-consumidor é a coluna mestra, o arcabouço de todo o sistema, exigido de ambos os agentes contratuais, devendo estar presente tanto na fase pré-contratual, com a transparência das negociações e proteção das práticas abusivas e enganosas, como na contratual propriamente dita, e até no direito de arrependimento do

Mas não é aceitável, como se lê do art. 51, III, do Codecon, é a transferência prévia, contratual, da responsabilidade a terceiro, o que implicaria a negativa e afastamento dos princípios e da filosofia do próprio Código.

Efetivamente, entre as chamadas cláusulas abusivas, que protegem o consumidor, eivando de nulidade comportamentos relativos ao fornecimento de produtos e serviços, a lei arrolou o da transferência de responsabilidade a terceiros, vale dizer, eximir-se das responsabilidades legalmente impostas, sobretudo as da solidariedade, como acima exposto, mesmo que seja (art. 34) para endereçá-la a seus prepostos ou representante autônomo.

**VII. Princípio da Inversão do Ônus da Prova** - Objetivando facilitar a defesa dos direitos do consumidor, entre os seus direitos básicos, catalogados no art. 6º da Lei nº 8.078/90, como a proteção da vida, saúde e segurança, contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e bens; divulgação e educação sobre o consumo adequado dos bens, informação adequada, proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, modificação de cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão, em razão de fatos supervenientes, valorizando o brocardo *rebus sic stantibus*, a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos, a lei menciona:

a) o acesso aos órgãos judiciários ou administrativos, com vistas à prevenção ou reparação dos danos acima;

b) a inversão do ônus da prova, a favor do consumidor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente segundo as regras ordinárias de experiência.

Até então, o ônus de provar a culpa do produtor, ou prestador do serviço era do consumidor, mas agora, ante a nova regra, basta a assertiva deste, evidentemente justa, de que há vício no produto (art. 18 do Codecon), de ordem qualitativa ou quantitativa, que se transfere ao produtor ou prestador de serviço o ônus de provar sua inocência, vale dizer, de eximir-se da responsabilidade, atribuindo culpa pelo vício ao próprio consumidor ou a terceiro.

Tal inversão de ônus, em relação ao art.333, do CPC, é corolário do princípio anterior, pelo qual deve ser facilitado o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à reparação dos danos apontados no art.6º, VII, do Codecon, exigindo a lei que ele se sujeite a dois pressupostos:

- a) a verossimilhança da alegação, a critério do juiz; ou
- b) a hipossuficiência técnica do consumidor.

Não há de se confundir, aqui, a hipossuficiência técnica, a respeito das regras ordinárias de experiência, com a hipossuficiência econômica, responsável pela concessão da Justiça Gratuita aos que não possam enfrentar as custas judiciais sem o desfalque do necessário ao seu sustento, nos termos da Lei nº 1.060/50 (Lei de Assistência Judiciária).

Aqui, a lei quis proteger o leigo, o incauto, o inciente, aquele que, por falta de cultura ou de experiência ordinária, se deixa ludibriar em um contrato de consumo, do qual lhe resultem danos materiais ou morais.

A matéria, que é o grande objetivo do próprio código, ao dizer-se “de defesa do consumidor”, está consagrada sobretudo no art. 6º, que aponta o atendimento pela lei, às necessidades do consumidor, reconhecendo o princípio da (Inc.I) “vulnerabilidade do consumidor, no mercado de consumo”, preconizando o “acesso aos órgãos (Inc.VII) como um de seus direitos básicos:

*“o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;”*

É evidente que os princípios acima descortinados, ao lado de outros que deles decorrem, não esgotam a matéria aqui levemente exposta, mas esperamos sinceramente que o presente trabalho sirva, ao menos, de estímulos para pesquisas e estudos mais aprofundados, quando já estamos quase a comemorar um decênio do texto legal destinado à proteção do então sofrido e desamparado consumidor... ♦

# O Dano Moral Resultante do Divórcio ou da Separação Injusta e o seu Ressarcimento

LUIZ MURILLO FÁBREGAS

*Desembargador aposentado do TJ/RJ*

1. **O Conceito de Dano Moral** - Danos morais, prejuízos morais ou danos não-patrimoniais, como exemplifica WILSON MELO DA SILVA, seriam os decorrentes das ofensas à honra, ao decoro, à paz interior de cada qual, às crenças íntimas, aos sentimentos afetivos de qualquer espécie, à liberdade, à vida, à integridade corporal (**O dano moral e sua reparação** - 3ª ed. - p. 2 - Forense).

Aqueles que buscam uma conceituação do dano moral acentuam, como não poderia deixar de ser, o seu aspecto subjetivo, sendo marcadamente repetitivos.

Do conceito formulado por GABBA, freqüentemente citado: *Dano moral ou não-patrimonial é o dano causado injustamente a outrem que não atinja ou diminua o seu patrimônio*, retira-se a conclusão de que a sua noção há de ser, por exclusão, aquela do dano patrimonial. É assim o conceito do douto AGUIAR DIAS: *Quando ao dano não correspondem as características do dano patrimonial, dizemos que estamos em presença do dano moral. A distinção, ao contrário do que parece, não decorre da natureza do direito, bem ou interesse lesado, mas do efeito da lesão, do caráter da sua repercussão sobre o lesado* (**Da responsabilidade civil** - vol. 2 - 6ª ed. - nº 226).

Da mesma forma opina RAMON DANIEL PIZARRO; *Una primera línea de pensamiento, minoritaria, sostiene que la noción de daño moral debe inferirse por exclusión: daño moral es todo detrimento que no pueda ser considerado como daño patrimonial*. (Daño moral - Editorial Hammurabi - B. Aires - p.36)

Dano moral mais se sente do que define, como o grande advogado e professor SÉRGIO BERMUDEZ o afirmou (**Tribuna do Advogado** - 14.03.98), ou, como diz ANTONIO LINDBERGH MONTENEGRO:

*Só quem o sofre é capaz de estabelecer a sua dimensão (Ressarcimento de danos - 4ª ed. - p. 158).*

Finalmente, diz-se que o dano é moral, nas precisas palavras de ANTONIO JEOVÁ SANTOS, quando a lesão afeta sentimentos, vulnera afeições legítimas e rompe o equilíbrio espiritual, produzindo angústia, humilhação, dor etc. (**Dano moral indenizável** - p. 23).

**2. A Reparação do Dano Moral no Direito Brasileiro** - Não foram poucas as objeções opostas ao ressarcimento do dano moral em nosso direito. Embora majoritária a doutrina que sustentava a sua reparabilidade, juristas de nomeada a contestavam com vigor.

Os argumentos dos adversários do ressarcimento do dano moral podem ser metodicamente resumidos, segundo AGUIAR DIAS, a este esquema: a) falta de efeito penoso durável; b) incerteza do direito violado; c) dificuldade em descobrir a existência do dano moral; d) indeterminação do número de pessoas lesadas; e) impossibilidade de rigorosa avaliação em dinheiro; f) imoralidade da compensação da dor com o dinheiro; g) extensão do arbítrio concedido ao juiz. (op. e p. cit.)

Tais objeções, que têm sua fonte em GABBA, grande jurista italiano e ferrenho opositor da doutrina da reparabilidade do dano moral, encontraram adeptos entre os juristas brasileiros. Firmou-se, no entanto, majoritariamente, doutrina que a acolhia. Em sua excelente obra **O dano moral e sua reparação**, traz WILSON MELO DA SILVA o histórico em torno da disputa entre os nossos doutrinadores. Registra, entre os opositores, Lafayette, Lacerda de Almeida, Carpenter, Jair Lins, Jaime Landim, Tito Fulgêncio e Pinto Falcão, entre outros. E, entre os muitos e não menos ilustres adeptos da reparabilidade, Pedro Lessa, Orozimbo Nonato, Martinho Garcez Neto, Hermenegildo de Barros, Eduardo Espínola, Carvalho de Mendonça, Bento de Faria, Filadelfo Azevedo, Hanemann Guimarães, Aguiar Dias, tornando em caudal impetuoso o que era simples corrente, nas palavras do autor. PONTES DE MIRANDA chega a afirmar: *Que mal entendida justiça é esta que dá valor ao dano imaterial ligado ao material e não dá ao dano imaterial sozinho.*

São citados, entre os mais recentes juristas, os nomes de Orlando Gomes, Washington de Barros Monteiro, José Olímpio de Castro Filho, Caio Mário da Silva Pereira, Silvio Rodrigues, Arnaldo Wald, Antonio Chaves etc.

Consolidando a opinião majoritária em doutrina, a Constituição Federal de 1988 deixou indiscutível a reparabilidade do dano moral em nosso direito, assim dispondo o inciso X do art. 5º: *são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.*

A jurisprudência, até então tímida e vacilante, parecendo receosa em acolher aquilo que seria uma novidade em nosso direito, hoje se faz tranqüila e remansa, autorizando a reparação pelo dano moral em casos como: aponte indevido de nome como devedor inadimplente; cheque erroneamente devolvido por falta de fundos; publicação ofensiva na imprensa; morte de filho ou dos pais, como os casos mais freqüentes. Os poucos exemplos não esgotam, de longe, os sem número de hipóteses em que a jurisprudência vem reconhecendo o dano moral e impondo a sua reparação.

**3. A Infração aos Deveres do Casamento Dando como Conseqüência o Divórcio e os Danos Morais** - Não cuidam, os nossos doutrinadores, do assunto com a importância e o desenvolvimento que ele merece. Não seria uma certa dose de misoneísmo?

No entanto, os poucos, que em poucas palavras, sobre ele se manifestaram, não deixam a menor dúvida sobre a reparabilidade dos danos decorrentes da infração aos deveres do casamento, dando como conseqüência a separação ou o divórcio, sejam eles materiais ou morais.

Assim se pronuncia AGUIAR DIAS, sem dúvida alguma, a nossa maior autoridade em tema de responsabilidade civil: *A violação das obrigações derivadas do casamento é, indubitavelmente, falta contra a honestidade. É o que se verifica por parte de quem dá, por seu procedimento, causa à separação de corpos, desquite ou divórcio, acarretando prejuízo moral ou material ao outro cônjuge, como o marido que, negligente ao estado de saúde da mulher, permite que se desenvolva moléstia que a acomete, sem levá-la a submeter-se a exame médico, e sem usar de sua autoridade nesse sentido.*

O adultério constitui clara violação dos deveres conjugais. Poderá dar ensejo à reparação civil? À luz dos princípios expostos, não se pode senão sustentar a afirmativa.

Em nota de rodapé, afirma o consagrado e saudoso jurista não conhecer, em nossa jurisprudência, nenhuma decisão sobre o assunto (op. cit. - vol. 2 - nº 160 ).



Também no mesmo sentido, a lição de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, não menos renomado especialista na matéria: *Afora os alimentos, que suprem a perda de assistência direta, poderá ainda ocorrer a indenização por perdas e danos (dano patrimonial e dano moral) em face do prejuízo sofrido pelo cônjuge inocente.* (**Instituições de Direito Civil** - vol. V - p. 156 - Forense, 11ª ed.)

CARLOS ROBERTO GONÇALVES tem o mesmo entendimento. Diz ele: *Parece-nos que, se o marido agride a esposa e lhe causa ferimentos graves, acarretando, inclusive, diminuição de sua capacidade laborativa, tal conduta, além de constituir causa para a separação judicial, pode fundamentar ação de indenização de perdas e danos, com suporte nos arts. 159 e 1.539 do Código Civil. Da mesma forma deve caber indenização, se o dano causado, e provado, for de natureza moral. O que nos parece, contudo, carecer de fundamento legal, no atual estágio de nossa legislação, é o pedido fundado no só fato da ruptura conjugal, ainda que por iniciativa do outro cônjuge. Provado, no entanto, que a separação, provocada por ato injusto do outro cônjuge, acarretou danos, sejam materiais ou morais, além daqueles já cobertos pela pensão alimentícia (sustento, vestuário e casa), a indenização pode ser pleiteada, porque legem habemus: o art. 159 do Código Civil.* (**Responsabilidade civil** - p. 69 - Saraiva, 1994 - 5ª ed.).

Abordando a questão, assim conclui MÁRIO MOACYR PORTO: *Para um melhor esclarecimento, imaginemos a seguinte hipótese - o marido (e excepcionalmente a mulher) sevicia ou pratica uma lesão corporal ao parceiro, ofensa que ocasionou uma redução de sua capacidade de trabalho. O delito não justifica, apenas, a dissolução contenciosa da sociedade conjugal e a conseqüente fixação de uma "pensão" de alimentos (Lei do Divórcio, art. 5º caput e 19). O cônjuge responsável responde, ainda, cumulativamente, pelo prejuízo à saúde do cônjuge agredido, nos termos do disposto nos arts. 159 e 1.539 do Código Civil, além das sanções penais. Admitamos, ainda, o caso do cônjuge que difama o outro e a difamação se reflita, desastrosamente, na reputação do parceiro em sua atividade profissional ou vida em sociedade. O ultraje justifica não apenas a separação judicial contenciosa e, se for o caso, a pensão de alimentos, como, ainda, uma indenização do dano resultante da injúria (CC, art. 1.547). A ação fundamenta-se no art. 159 do Código Civil e é independente da ação que visa à dissolução litigiosa da sociedade conjugal e ao chamado divórcio-sanção. As indenizações são, assim, cumuláveis. Os dois pedidos po-*

*dem ser formulados em uma mesma demanda (CPC, art. 292). Nada impede, porém, que a indenização com apoio no art. 159 do CC, seja pleiteada antes ou depois da instauração do processo para a obtenção da dissolução contenciosa da sociedade conjugal ou do divórcio. (Responsabilidade civil entre marido e mulher - in Divórcio e separação - Yussef Sahid Cahali - tomo 2 - p. 955 - RT 8ª ed.).*

Também é a opinião de ANTONIO JEOVÁ SANTOS: *Claro está, contudo, que nas hipóteses de separação originada por agressão física ou infidelidade conjugal de um dos cônjuges, além de ser causa do rompimento da sociedade conjugal, dá azo à reparação por danos morais.* (op. cit. - p.195).

Assim e como se viu, os nossos melhores doutrinadores que, embora em poucas palavras, abordaram a questão, não deixam a menor dúvida sobre a possibilidade da reparação do dano moral pela violação dos deveres conjugais, independentemente da pensão alimentícia que nem sempre devida e que tem por fundamento a substituição do dever de mútua assistência na vigência da sociedade conjugal.

*A matéria, que há de se apresentar rica em controvérsias, não pode ser deixada ao abandono, como tem sido até agora, cabendo aos advogados agitá-la nos Tribunais, pois preceito constitucional reclama a sua aplicação e nele deverão buscar amparo as vítimas das separações e dos divórcios injustificados, certo que também a autoriza a regra do art. 159 do Código Civil.*

O advogado JOSÉ DE CASTRO BIGI, que também se afirma favorável à reparação do dano moral em separação e divórcio, retratando o quadro que se encontra em nossa jurisprudência e já anotado por AGUIAR DIAS, assim se expressa: *É evidente que se ações da natureza que estamos discutindo não chegam à barra de nossos Tribunais, é porque os advogados não têm se abalçado a propô-las. Por isso é que decidimos agitar a questão que está quase esquecida, partindo do art. 5º. n° X da atual Constituição: são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. (Dano moral em separação e divórcio - RT 679/47).*

Quem sabe não seria esse o motivo de não se preocuparem os juristas com a questão ? Se os advogados não impulsionam o Judiciário colocando-a sob a sua apreciação, não há como se reclamar a ausência de julgados ou a carência de doutrina a respeito.

**4. Os Danos Morais Decorrentes da Separação e do Divórcio no Direito de outros Países** - Se, entre nós, pouco ou nada se cuida a respeito da questão, ela é agitada em quase todos os outros países, sendo certo que a reparação do dano moral decorrente da separação ou do divórcio é prevista especificamente na legislação de muitos, ou resulta da aplicação da regra geral que obriga o causador do ato ilícito a reparar o dano causado a outrem, tal como dispõe a nossa Constituição Federal ou o art. 159 do Código Civil.

Remonta ao Direito Romano o dever de o cônjuge responsável pelo divórcio indenizar o inocente, com uma pena de caráter pecuniário. É lição de PEDRO BONFANTE: *Es verdad que se aplicaban penas pecuniarias, pero no a cargo de los cónyuges que se divorciaban, y tampoco para castigar el divorcio en si mismo, sino a cargo del cónyuge que había dado al otro un motivo justificado para divorciarse, y a favor del cónyuge inocente divorciado.* (**Instituciones de Derecho Romano** - Instituto Editorial Reus - Madrid, 1965 - 3ª ed. - p. 192)

No mesmo sentido, o ensinamento de JUAN IGLESIAS: *Tratandose de divorcio ex iusta causa, el cónyuge culpable es castigado com la pérdida de la dote - o de sus derechos sobre ella - y de la donación nupcial, y, si ni una ni otra se hubiessen constituido, com la de una cuarta parte de los bienes.* (**Derecho Romano - Instituciones de Derecho Privado** - Editorial Ariel - Barcelona, 1972 - 6ª ed. - p. 560).

É no direito francês que, modernamente, foram dados os primeiros passos para a aplicação da reparabilidade do dano moral decorrente do divórcio, sendo inspiração para muitos países que vieram a acolher a doutrina. Desde os primeiros tempos da vigência do Código Napoleão, ou seja, desde o início do século 19 a indenização vem sendo concedida e forte na regra emanada do art. 1.382 do mesmo e que assim dispõe: *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.* Assim leciona ALEX WEILL: *Le droit qu'a l'époux innocent d'obtenir réparation du préjudice subi par suite de la dissolution du mariage, est une application de l'article 1.382 du Code civil. La loi a consacré ce droit comme une sanction contre l'auteur responsable de la rupture du foyer.* (**Droit civil** - p. 336 - Dalloz, 1972).

O consagrado JEAN CARBONNIER, sobre apoiar o entendimento de que a reparação decorre da aplicação do art. 1.382, procura deixar certo que a pensão alimentícia não tem o propósito senão de representar o dever

de mútua assistência, não se inserindo no critério da indenização pelo dano produzido. É assim que sustenta: *Los hechos constitutivos de causa de divorcio (malos tratamientos, injurias e incluso adulterio) pueden causar un perjuicio material o moral al cónyuge inocente que tiene derecho a exigir su reparación al amparo del art. 1.382. Puede ocurrir que la disolución del matrimonio sea, en si misma, una fuente de perjuicios. Ya hemos visto cómo la pensión alimenticia del art. 301 pfo. 1º no hace más que resarcir el aspecto concerniente a la lesión causada por la desaparición del deber de auxilio. También se pueden imaginar otros daños y así lo reconoce la Ley del 1941 que añade al art. 301 un segundo párrafo, según el cual el cónyuge inocente tiene derecho al resarcimiento por el perjuicio material (no reparado mediante la pensión alimenticia) o moral causado por la disolución del matrimonio. La ley se há propuesto combatir el divorcio mediante una sanción moralizadora.* (**Derecho Civil** - tomo I - volumen II - pags. 188/9 - Bosch Editorial, 1961).

O princípio geral da responsabilidade pessoal, por aplicação do citado art. 1.382 impõe a reparação do dano, qualquer que ele seja. É como leciona PATRICK COURBE: *Lorsque le divorce pour faute est prononcé aux torts exclusifs de l'un des époux, celui-ci peut être condamné à des dommages et intérêts en réparation du préjudice matériel ou moral que la dissolution du mariage fait subir à son conjoint (C. civ., art. 246). Cette possibilité n'est qu'une application, en matière de divorce, du principe général de responsabilité personnelle: chacun doit réparer le dommage qu'il cause à autrui par sa faute (C. civ., art. 1.382).* Sustenta o autor, ainda: *Ainsi, les violences physiques, les injures, l'abandon du domicile conjugal, l'adultère, le refus de contribuer aux charges du mariage peuvent engendrer un préjudice moral ou matériel dont la réparation peut toujours être demandée.* (**Droit de la famille** - Masson & Armand Colin Éditeurs, 1997 - p. 190).

No ano de 1975, procedeu-se em França a uma reforma geral do divórcio e, com ela, estabeleceu-se norma específica impondo a reparação do dano, material ou moral, decorrente do divórcio por culpa de um dos cônjuges.

Assim e como anota CLAUDE COLOMBET: *Selon l'article 266 cc, l'époux aux torts exclusifs duquel le divorce a été prononcé peut être condamné à des dommages-intérêts en réparation du préjudice matériel ou moral que la dissolution du mariage fait subir à son conjoint; les causes justifiant ces dommages-intérêts sont identiques à*

ce qu'elles étaient avant la réforme de 1975: c'est dire qu'il pourra s'agir, par exemple, de la perte d'une situation matérielle intéressante (préjudice matériel) ou la déconsidération dans un certain milieu social (préjudice moral)... (**La famille** - Presses Universitaires de France, 1985 - p. 349).

A reparação do dano moral, por força do que dispõe o citado art. 266, é indiscutível. Observa JACQUE MASSIP: *C'est finalement sur le plan du préjudice moral que les dispositions de l'article 266 C. civ. ont le plus de vocation à s'exercer: la destruction du foyer est, en soi, une source de chagrin, de souffrances, qui appellent une satisfaction compensatoire. Mais la difficulté est l'évaluation du préjudice à réparer. L'article 266 jouera un peu comme une peine privée, donnant lieu à la perception d'une "amende" perçue au profit de la victime, modelée sur la gravité des fautes et les ressources du coupable.* (**La réforme du divorce** - p. 233 - Répertoire du Notariat Defrénois - Paris, 1976).

No mesmo sentido, as observações de YVES NACACHE e GÉRARD DE BEAUPUIS: *Lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'un des époux, l'autre peut demander qu'il soit condamné à lui verser des dommages et intérêts en réparation du préjudice tant moral que matériel que lui cause la dissolution du mariage.* (**Mariage et divorce** - Larousse, 1977 - p. 131).

Nem a exclui a dificuldade na fixação do valor da indenização, como observou o citado JACQUES MASSIP. Também é o entendimento de GENEVIÈVE THOMAS: *Le dommage moral subi par l'époux trompé n'est pas très difficile à établir. L'outrage à l'honneur conjugal est indiscutable. Si l'attribution d'une somme d'argent n'apparaît pas comme un mode de réparation très approprié, cela est dû beaucoup plus à l'ensemble du problème de la réparation du préjudice moral, qui devrait être revus ou remis en cause, qu'à l'unique question de la violation de l'obligation de fidélité entre les époux.* (**Les interférences du droit des obligations et du droit matrimonial** - Presses Universitaires de Grenoble, 1974 - p. 306).

Há, no Código Suíço, disposição expressa: *Se as circunstâncias que levaram ao divórcio ocasionaram grave dano nos interesses pessoais do cônjuge inocente, poderá a ele atribuir o juiz, como reparação moral, uma importância em dinheiro.* (art. 151 al. 2).

Desse modo e como observam HENRI DESCHENAUX e PIERRE TERCIER: *En vertu de l'art. 151 al. 2, le juge peut allouer à un époux une indemnité destinée à compenser dans une certaine mesure le tort moral qu'il a subi par suite du divorce. Cette "réparation" devrait lui permettre de surmonter en quelque sorte le choc que lui a causé le divorce et lui faciliter la reprise d'une vie normale.* (**Le mariage et le divorce** - Éditions Staempfli & Cie AS, 1980 - p. 123)

O Código Civil de Portugal contém regra geral - art. 483 - que basta à invocação, pelo cônjuge inocente, do dano moral sofrido com o divórcio. É como leciona ABEL PEREIRA DELGADO: *Parece não poder haver dúvidas de que o cônjuge inocente pode pedir ao cônjuge culpado uma indenização de perdas e danos (patrimoniais e não patrimoniais). Resulta tal direito do disposto no art. 483 do Código Civil.* (**Do divórcio e da separação judicial de pessoas e bens** - Biblioteca Jurídica Atlântida - Coimbra, 1971 - p. 166).

As sanções que podem ser impostas ao cônjuge responsável pelo divórcio, não ficam limitadas à possibilidade de ser pedida a reparação pelo dano moral pelo outro. Na partilha dos bens comuns do casal, o cônjuge que seja o único e principal responsável pelo divórcio, pode sofrer as sanções de natureza patrimonial previstas nos arts. 1.790 e 1.791, assim dispondo o primeiro: *O cônjuge declarado único ou o principal culpado não pode na partilha receber mais do que receberia se o casamento tivesse sido celebrado segundo o regime da comunhão de adquiridos.*

A outra sanção é prevista no art. 1.791 nos seguintes termos: 1 - O cônjuge declarado único ou o principal culpado perde todos os benefícios recebidos ou que haja de receber do outro cônjuge ou de terceiro, em vista do casamento ou em consideração do estado de casado, quer a estipulação seja anterior, quer posterior à celebração do casamento. 2 - O cônjuge inocente ou que não seja o principal culpado conserva todos os benefícios recebidos ou que haja de receber do outro cônjuge ou de terceiro, ainda que tenham sido estipulados com cláusula de reciprocidade; pode renunciar a esses benefícios por declaração unilateral de vontade, mas, havendo filhos do casamento, a renúncia só é permitida em favor destes.

Acrescente-se, finalmente, a norma do art. 1.792, que introduzida com a reforma do Código Civil que traz referência expressa aos danos não-patrimoniais, nestes termos: 1 - O cônjuge declarado único ou principal culpado, e bem assim, o cônjuge que pediu o divórcio com o fundamento

da alínea c) do artigo 1.781, devem reparar os danos não-patrimoniais causados ao outro cônjuge pela dissolução do casamento. 2 - O pedido de indenização deve ser deduzido na própria ação de divórcio.

Como se vê, seja pela regra geral do art. 483 ou pelas normas aqui citadas, o cônjuge considerado único ou principal culpado pelo divórcio, terá sempre o dever de indenizar ao cônjuge inocente, de uma forma ou de outra, pelos danos patrimoniais e/ou morais que este sofreu.

Apreciando a disposição do art. 1.792, assim disserta o Professor Catedrático da Universidade de Coimbra DIOGO LEITE DE CAMPOS: *Estão em causa os danos não patrimoniais causados por um dos cônjuges ao outro, com o divórcio, com o facto de ter dado causa ao divórcio ou de o ter pedido com o fundamento na alteração das faculdades mentais do outro. Assim, se um dos cônjuges é considerado culpado de adultério e o divórcio é pronunciado contra ele, deverá indemnizar o outro cônjuge pelos danos não patrimoniais causados pelo divórcio (não com o adultério). Parece aceitável, também, nesta matéria, a norma segundo a qual quem causa um dano deve indemnizar. E o divórcio, em si mesmo, é origem, normalmente de danos muito significativos.* (**Lições de Direito da Família e das Sucessões** - Del Rey Editora - Belo Horizonte - 2ª ed. - p. 309).

O Código Civil da Itália não contém qualquer norma regulando a matéria e sua doutrina majoritária recusa a indenização do dano moral causado pelo divórcio. Discutiu-se, no entanto, se o adultério autorizava ou não uma indenização. Sustenta FRANCESCO MESSINEO, ao definir o que seja dano imaterial: *Daño inmaterial es en cambio, todo perjuicio originado directamente a la persona: el denominado daño moral puro (sin afectar, ni inmediatamente, ni tampoco mediatamente, el patrimonio de ella, o a la persona misma, en su capacidad productiva); o sea el producido: a) atendiendo a un derecho suyo de personalidad moral o espiritual (libertad, dignidad, respectabilidad, decoro, honor (por ejemplo a causa de adulterio))...* (**Manual de Derecho Civil y Comercial** - EJEА - Buenos Aires, 1955 - tomo VI - p. 566).

Há uma tendência na doutrina, como afirma FERNANDO SANTOSUOSSO, no sentido de buscar fundamento jurídico para a indenização pelo dano moral decorrente do divórcio. É assim que leciona: *Mentre la giurisprudenza si va orientando per la soluzione negativa del problema della risarcibilità del danno morale cagionato dal divorzio, parte della dottrina ricerca delle vie per dare fondamento giuridico al risarcimento di*

*interessi non patrimoniali, lesi dallo scioglimento del matrimonio per divorzio.* (**Comentario del Codice Civile** - Delle persone e della famiglia - Il matrimonio - UTET - Torino - p. 836).

Na legislação de alguns países da América do Sul, são impostas sanções de ordem patrimonial ao cônjuge culpado pela separação ou pelo divórcio, à semelhança do que ocorre em Portugal, o que não acontece, em hipótese alguma, no Brasil, onde só se vê a regra do par. 3º do art. 5º da Lei do Divórcio, de rara aplicação.

O Código Civil do Uruguai assim dispõe com relação aos efeitos do divórcio quanto aos bens: *Conforme el art. 179, tenemos: a) que el cónyuge que diere causa al divorcio perderá todo lo que se hubiera dado o prometido por su consorte o por cualquiera otra persona, en consideración al matrimonio; b) que el cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo prometido en su provecho y, c) que si el divorcio fuere pronunciado contra los dos cónyuge, en caso de reconvencción, perderán ambos las ventajas referidas.* (**Derecho de Familia y Familia** - Saul D. Cestau - Fundacion de Cultura Universitaria, 1979 - 2ª ed. Vol. I - p. 274).

Assim também na Colômbia: *Según el art. 12 de la ley 1ª, que modificó al art. 162 del C.C., “en los casos de las causales de 1ª, 2ª, 3ª, 4ª, 5ª, y 7ª. del artículo 154 de este Código, el cónyuge inocente podrá revocar las donaciones que por causa de matrimonio hubiere hecho al cónyuge culpable, sin que este pueda invocar derechos o concesiones estipulados exclusivamente en su favor en capitulaciones matrimoniales”.* (**Matrimonio civil y divorcio en la legislación colombiana** - Marco Gerardo Monroy Cabra - Editora Temis Bogotá, 1977 - p. 189).

Disposição semelhante também se encontra no Código Civil do México: *El cónyuge que diere causa al divorcio perderá todo lo que se hubiere dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración a éste; el cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho (art. 286).* (**Derecho de Familia** - Antonio de Ibarrola - Editorial Porrúa S/A - Mexico, 1981 - 2ª ed. - p. 343)

Bem ao contrário da nossa, a literatura jurídica na Argentina é muito rica no estudo da matéria. Juristas da envergadura de BELLUSCIO, ESCRIBANO, LÓPEZ DEL CARRIL, BARBERO, D'ANTONIO e SALAS, entre outros contam com obras específicas sobre o tema danos e



prejuízos derivados do divórcio. Também incontáveis os artigos publicados em suas revistas especializadas e versando a matéria, deixando-nos uma rica fonte de pesquisas.

Sua legislação não conta, porém, com norma expressa regulando a matéria, daí a ampla controvérsia que se verifica tanto em doutrina como na jurisprudência dos tribunais daquele país. É como informa o Prof. JOSE RAUL VELAZCO: *Ante la ausencia de norma expresa que establezca el resarcimiento de los daños causados por el divorcio - y separación personal - há sido motivo de amplia discusión - en doctrina y jurisprudencia - la procedencia o no de la reparación de los perjuicios causados por los hechos que dieron causa al divorcio o separación personal o de los daños ocasionados por el divorcio o separación personal en si mismos. Desde que Rebora afirmara que este capítulo del derecho de familia se hallaba en blanco en la jurisprudencia se han suscitado opiniones que es posible agrupar en dos corrientes: aquellos que aceptan tal resarcimiento y quienes sistemáticamente lo niegan. Entre los primeros es posible citar a Sala, Acuña Azorena, Colombo, Guastavino, Spota, López del Carril, Mazzinghi, Moset Iturraspe, D'Antonio, Barbero y Zannoni. Entre quienes no aceptan tal acción a Bibiloni, Llambías y Borda. (La ley, 1991).*

AUGUSTO CESAR BELLUSCIO, que se mostra favorável à reparação, aponta ser majoritária a corrente doutrinária que a admite. Assim: *El divorcio en si, o los hechos constitutivos de sus causales, suelen representar para el cónyuge inocente una fuente de perjuicios materiales o morales. El resarcimiento de dichos daños es generalmente admitido en el derecho extranjero, sea sobre la base de disposiciones legales específicas, o bien de la aplicación de las reglas generales sobre responsabilidad civil. En nuestro país, aun cuando no exista norma legal expresa sobre el tema ni se lo haya planteado sino contadas veces en el ámbito judicial, es ampliamente mayoritaria la doctrina que afirma la procedencia de la indemnización. (Derecho de Familia - tomo III - Matrimonio - Ediciones Depalma Buenos Aires, 1981 - p. 553).*

EDUARDO A. ZANNONI entende de aplicar-se o princípio geral em matéria de responsabilidade civil na reparação dos danos resultantes do divórcio. É como sustenta: *Habrá de partirse del principio general en materia de responsabilidad civil, contenido en el art. 1.109 del Cód. Civil, y una vez aceptado que toda causal de divorcio involucra un hecho ilícito*

civil, corresponderá hacer aplicación de las disposiciones de los arts. 1.068, 1.077, 1.078 y conchs. del mismo Código. Es evidente que todas las causales de divorcio revisten el carácter de hechos ilícitos en tanto importan violación de deberes emergentes del matrimonio y dan lugar a la sanción civil del divorcio. (**Derecho civil - Derecho de familia** - tomo 2 - 2ª ed. - Editorial Astrea Buenos Aires, 1993 - p. 215).

OMAR U. BARBERO vê a conveniência de uma reforma na legislação argentina no sentido de ser incluída norma específica regulando a matéria. Diz ele: *Sin perjuicio de la tesis que defendimos, en el sentido de que es procedente en el derecho argentino actualmente vigente la reparación de los daños y perjuicios derivados del divorcio, pensamos que una futura reforma de la legislación civil deberá incluir normas específicas al respecto, a fin de evitar la anarquía doctrinaria y jurisprudencial.* (**Daños y perjuicios derivados del divorcio** - Astrea, 1977 - p.277).

Registre-se, por fim, o que dispõe o art. 351 do Código Civil Peruano: *Si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente, el juez podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral.*

**5. Conclusão** - Como se viu neste breve esboço, não mais se justifica a discussão em torno da reparabilidade do dano moral. Vencidas as objeções de GABBA e demais negativistas, serão poucos os países que não a acolhem. Simples e objetiva regra geral que determine a reparação do prejuízo causado por aquele que violou direito de terceiro, basta à afirmativa da reparabilidade do dano moral, assim como se encontra no art. 159 do Código Civil. A Constituição Federal de 1988 não dá ensejo a qualquer controvérsia a respeito, até mesmo com relação ao seu alcance: todo e qualquer dano moral há de ser reparado.

Também já foi acentuado que, em nosso Judiciário, não se conhecem ações visando à reparação do dano, moral ou material, decorrente da separação ou do divórcio. Assim, por mais grave a falta cometida por um cônjuge contra o outro; por maiores os prejuízos que o inocente venha a sofrer, sai o responsável incólume da demanda contra ele proposta e, quando muito, obrigado a prestar alimentos, se for o caso. Os bens, ainda que não adquiridos pelo culpado, são partilhados por igual, sejam os aqüestos, sejam os do regime comum, em muitos casos representando um prêmio

pela sua conduta até preordenada. Assim tem sido até agora, o que representa, sem dúvida, uma injustiça.

Se deixamos a fase da vindita privada, quando os adúlteros eram punidos até com a morte, a castração ou o apedrejamento das mulheres; se o criminoso passional deixou de merecer a boa vontade do júri popular, contando com a sua absolvição ou a atenuante de relevante valor moral, quando matava o seu cônjuge colhido em adultério, nada justifica continue aquele que violou os deveres do casamento inteiramente ileso quando da sua dissolução, por vezes até premiado na partilha dos bens.

A violação dos deveres do casamento é, indubitavelmente, falta contra a honestidade, como afirmou AGUIAR DIAS, e o adultério é a sua forma mais nítida e contundente, a ensejar uma reparação civil.

É um ultraje à honra e uma traição ao amor do outro cônjuge.

O dano moral resultante do adultério está *in re ipsa*, como se reconhece em todas as legislações aqui anotadas e decorre de dispositivo constitucional, entre nós.

De tudo o que foi exposto, resta incontroverso que a falta aos deveres impostos no casamento, qual seja a sua intensidade, sua gravidade, quais sejam as suas conseqüências, autoriza a reparação de qualquer dano, material e/ou moral. É o que sustenta a melhor doutrina, mesmo entre nós, verificando-se, na legislação de alguns países, a existência de disposição expressa, sem embargo de se poder invocar, onde ela não existe, a regra geral que impõe a reparação do dano causado por ato injusto. ◆

# Pressupostos da Quebra

JORGE LOBO

*Livre Docente em Direito Comercial pela UERJ e advogado.*

1. **Estado de falência<sup>1</sup> ou quebra<sup>2</sup>** - Para que se caracterize o estado de falência ou quebra, é indispensável a coexistência de três pressupostos<sup>3</sup>: (1º) o pressuposto subjetivo, (2º) o pressuposto objetivo<sup>4</sup> e (3º) o pressuposto formal.

2. **Pressuposto subjetivo da falência** - São sujeitos passivos da falência:

2.1. *Ex vi* do artigo 1º da Lei de Falências:

a) o comerciante individual<sup>5</sup>, conforme definido no artigos 1º e 4º do Código Comercial<sup>6</sup>, nacional ou estrangeiro<sup>7</sup>, inscrito ou não no Registro Público de Empresas Mercantis<sup>8</sup>;

<sup>1</sup> A falência, a concordata preventiva e a concordata suspensiva são disciplinadas pelo Decreto-lei nº 7.661, de 21.06.1945, vulgarmente conhecido por Lei de Falências.

<sup>2</sup> Falência ou quebra são expressões sinônimas. A nossa Lei de Falências vale-se, entretanto, exclusivamente, do vocábulo falência, a exemplo do que ocorre na Itália, em que a matéria é regulada pelo Código da Falência. Na Argentina, a preferência é pela palavra quebra, conforme se verifica da epígrafe da Lei 24.522, sancionada em 20.07.1995. Na França, a Lei nº 85-98, de 25.01.1985, não usa nem o termo falência, nem quebra, mas liquidação, conforme expusemos, longamente, em nosso livro *Da recuperação da empresa no Direito Comparado*, Ed. Lumen Juris. Por fim, anote-se que, outrora, bancarota era a falência ou quebra criminosa.

<sup>3</sup> Entende-se por pressuposto, segundo o Novo Dicionário Aurélio, “a circunstância ou o fato considerado antecedente necessário de outro”; consoante o Vocabulário Jurídico, de De Plácido e Silva, Forense, 15ª ed., pág. 636, pressuposto é “o que deve vir antes”; para o Dicionário de Filosofia Oxford, Jorge Zahar Editor, 1994, pág. 311, é uma “afirmação cuja verdade é necessária para a verdade ou falsidade de outra afirmação”.

<sup>4</sup> Os pressupostos subjetivo e objetivo são denominados por De Martini “elementos constitutivos substanciais para a sentença declaratória da quebra”, in *Gli elementi costitutivi de estintivi della stato d'insolvenza*, *Dir. Fall.*, 1943, I, p. 39.

<sup>5</sup> A Lei nº 8.934, de 18.11.1994, que criou o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, ao invés de “comerciante individual”, emprega a expressão “firma mercantil individual” (art. 2º, *caput*).

<sup>6</sup> De acordo com o artigo 4º do Código Comercial, é comerciante quem faz da mercancia profissão habitual, discriminando o artigo 19 do Regulamento nº 737, de 25.11.1850, os atos de mercancia. A sua vez, o artigo 1º do Código Comercial estabelece que podem comerciar no Brasil: 1º) todas as pessoas que se acharem na livre administração de suas pessoas e bens e não forem expressamente proibidas por lei; 2º) os menores legitimamente emancipados; 3º) os menores, que tiverem mais de dezoito anos de idade, com autorização dos pais, provada por escritura pública. Sobre o tema, é importante atentar ainda para o item 2.2, letras “b” e “c”, *infra*, e respectivas notas.

<sup>7</sup> Sobre os documentos que o comerciante estrangeiro deve apresentar ao Registro Público de Empresas Mercantis veja-se o DL 341, de 17.03.1938, art. 2º, par. único, alínea “b”.

<sup>8</sup> Os atos das firmas mercantis individuais devem ser arquivados no Registro Público de Empresas Mercantis, *cf.* art. 2º da Lei 8.934, de 1994.

b) as sociedades comerciais de que tratam (1º) os artigos 311 (sociedade em comandita simples)<sup>9</sup>, 315 (sociedade em nome coletivo ou com firma)<sup>10</sup> e 317 (sociedade de capital e indústria)<sup>11</sup> do Código Comercial, (2º) o Decreto nº 3.708, de 10.01.1919 (sociedade por quotas, de responsabilidade limitada)<sup>12</sup>, e (3º) a Lei nº 6.404, de 15.12.1976 (sociedade anônima ou companhia e a sociedade em comandita por ações)<sup>13</sup>, e,

c) as filiais, agências, sucursais e estabelecimentos de sociedades comerciais autorizadas a funcionar no país<sup>14</sup>.

2.2. *Ex vi* do artigo 3º da Lei de Falências:

a) o espólio do devedor comerciante<sup>15</sup> ;

b) o menor, com mais de 18 (dezoito) anos, que mantém estabelecimento comercial com economia própria<sup>16</sup> ;

c) a mulher casada que exerce o comércio<sup>17</sup>, e,

d) os que, embora expressamente proibidos, exercem o comércio<sup>18</sup>.

<sup>9</sup> “Art. 311: Quando duas ou mais pessoas, sendo aos menos uma comerciante, se associam para fim comercial, obrigando-se uns como sócios solidariamente responsáveis, e sendo outros simples prestadores de capitais, com a condição de não serem obrigados além dos fundos que forem declarados no contrato, esta associação tem a natureza de sociedade em comandita”.

<sup>10</sup> “Art. 315: Existe sociedade em nome coletivo ou com firma, quando duas ou mais pessoas, ainda que algumas não sejam comerciantes, se unem para comerciar em comum, debaixo de uma firma social”.

<sup>11</sup> “Art. 317: Diz-se sociedade de capital e indústria aquela que se contrai entre pessoas, que entram por uma parte com os fundos necessários para uma negociação comercial em geral, ou para uma negociação comercial em geral, ou para alguma operação mercantil em particular, e por outra parte com a sua indústria somente”.

<sup>12</sup> Dispõe sobre a sociedade por quotas, de responsabilidade limitada, cumprindo notar, entretanto, que a sociedade por quotas, de responsabilidade limitada, só será considerada comercial se o seu objeto social for a prática de atos mercantis.

<sup>13</sup> Dispõe sobre as sociedades por ações, regulando os artigos 1º a 279 as sociedades anônimas ou companhias e os artigos 280 a 284 as sociedades em comandita por ações.

<sup>14</sup> Cf. Lei 8.934, de 18.11.94, arts. 1º, II, e 4º, X, regulamentada pelo Dec. 1.800, de 30.01.96, art. 2º, parágrafo único, alínea “b” e pela Instrução Normativa nº 59, de 13.06.96, do DNRC. Veja-se, também, a parte final do art. 7º da Lei de Falências.

<sup>15</sup> A falência do espólio não será declarada após um ano da morte do devedor, cfr. art. 4º, § 2º, da Lei de Falências.

<sup>16</sup> O artigo 9º, § 1º, V, do Código Civil prevê que cessa, para os menores, a incapacidade pelo estabelecimento civil ou comercial, com economia própria.

<sup>17</sup> A exigência de autorização marital para o exercício do comércio pela mulher casada (art. 3º, III, da Lei de Falências) foi suprimida pela Lei nº 4.121, de 27.08.1962.

<sup>18</sup> São proibidos de exercer o comércio, conforme dispõe o artigo 2º do Código Comercial: “(a) os presidentes e os comandantes de arma das províncias, os magistrados vitalícios, os juizes municipais e os órfãos, e oficiais de fazenda, dentro dos distritos em que exercerem as suas funções; (b) os oficiais militares de 1ª linha de mar e terra, salvo se forem reformados, e os dos corpos policiais; (c) as corporações de mão-morta, os clérigos e os regulares; (d) os falidos, enquanto não forem legalmente reabilitados”.

2.3. *Ex vi* do artigo 4º da Lei de Falências:

- a) o ex-comerciante<sup>19</sup> e
- b) a sociedade anônima dissolvida<sup>20</sup>.

2.4. *Ex vi* dos arts. 325 c/c. 328 do Código Comercial, o sócio ostensivo da sociedade em conta de participação.

2.5. *Ex vi* de leis especiais:

- a) as empresas incorporadoras ou construtoras de imóveis<sup>21</sup>;
- b) as empresas de construção<sup>22</sup>;
- c) as empresas de trabalho temporário<sup>23</sup>;
- d) as instituições financeiras<sup>24</sup>,
- e) as companhias de seguro<sup>25</sup> e
- f) as usinas de açúcar<sup>26</sup>.

2.6. Por força de construção doutrinária e jurisprudencial, embora nem todas exerçam propriamente atividade mercantil:

a) as sociedades de fato ou irregulares<sup>27</sup>; b) as sociedades em liquidação<sup>28</sup>; c) as empresas teatrais; d) as empresas de publicidade; e) as indústrias

<sup>19</sup> O ex-comerciante fica sujeito à falência durante o período de dois anos da cessação de sua atividade, provada pelo Registro Público das Empresas Mercantis, *ex vi* do art. 4º, VII, da Lei de Falências.

<sup>20</sup> Poderá ser declarada a falência da sociedade anônima dissolvida até no máximo dois anos da cessação de suas atividades (art. 4º, VII, da Lei de Falências) ou até a liquidação e partilha do seu ativo (art. 4º, § 2º, da Lei de Falências), o que ocorrer primeiro.

<sup>21</sup> Art. 43 da Lei nº 4.591, de 16.12.1964.

<sup>22</sup> Art. 1º da Lei nº 4.068, de 09.06.1962.

<sup>23</sup> Art. 16 da Lei nº 6.019, de 03.01.1974.

<sup>24</sup> Art. 12, alínea “d”, da Lei nº 6.024, de 03.03.1974.

<sup>25</sup> Art. 26 do DL 73, de 1966, alterado pelas MPs nºs 1.719 e 1.719-2, de 13/10/98 e 10/12/98, publicadas no DOU-I dos dias 14/10/98 e 11/12/98, respectivamente, que deixa evidenciado que, decretada a liquidação extrajudicial da seguradora, se o ativo não for suficiente para o pagamento de pelo menos a metade dos credores quirografários, ou quando houver a ocorrência de crime falimentar, será decretada a falência da seguradora.

<sup>26</sup> Art. 28 do DL 3.855, de 21.11.1941 (Estatuto da Lavoura Canavieira).

<sup>27</sup> O artigo 305 do Código Comercial estabelece: “Presume-se que existe ou existiu sociedade, sempre que alguém exercita atos próprios de sociedade, e que regularmente se não costumam praticar sem a qualidade social. Desta natureza são especialmente: 1º) negociação promiscua e comum; 2º) aquisição, alheação, permutação, ou pagamento comum; 3º) se um dos associados se confessa sócio, e os outros o não contradizem por uma forma pública; 4º) se duas ou mais pessoas propõem um administrador ou gerente comum; 5º) a dissolução da associação como sociedade; 6º) o emprego do pronome *nós* ou *nosso* nas cartas de correspondência, livros, faturas, contas e mais papéis comerciais; 7º) o fato de receber ou responder cartas endereçadas ao nome ou firma social; 8º) o uso de marca comum nas fazendas ou volumes; 9º) o uso de nome com a adição - e *companhia*. Anote-se, por oportuno, que a falência da sociedade irregular ou de fato se deduz do art. 8º, alínea III, que exige a juntada do contrato social na confissão de quebra, cfr. observa RUBENS REQUIÃO, ob. e vol. cits., p. 52, nº 35.

<sup>28</sup> Vide artigos 335 e 355 e segs. do Código Comercial e 206 e 208 e segs. da Lei 6.404/76.

de minérios e demais riquezas do subsolo; f) a indústria de caça e pesca; g) o sapateiro; h) o alfaiate, quando não se limita à confecção; i) o barbeiro, se intermedeia a venda de artigos de perfumaria; j) o corretor oficial e de fundos públicos; k) as empresas editoras; l) as empresas cinematográficas.

## 2.7. Extensão da falência

De acordo com Trajano de Miranda Valverde<sup>29</sup> e Rubens Requião<sup>30</sup>, o artigo 5º da Lei de Falências<sup>31</sup> distingue, para todos os efeitos de Direito, a pessoa jurídica da sociedade da pessoa física dos sócios solidários, não admitindo, em consequência, a extensão da falência da sociedade aos sócios solidária e ilimitadamente responsáveis pelas obrigações sociais.

Contudo, como doutrina Waldemar Ferreira<sup>32</sup>, embora o sócio solidário não seja declarado falido, fica sujeito aos dispositivos falimentares, como se o fosse, no que é seguido por Sampaio Lacerda<sup>33</sup>.

São sócios solidária e ilimitadamente responsáveis pelas obrigações sociais aqueles que integram (a) as sociedades em comandita simples, chamados de sócios comanditados (art. 313 do C.Com.), (b) as sociedades em nome coletivo, (c) as sociedades de capital e indústria, denominados de sócios capitalistas (art. 320 do C.Com.), e (d) as sociedades em comandita por ações. Também são solidária e ilimitadamente responsáveis pelas obrigações sociais das sociedades falidas: (a) os sócios fundadores das sociedades anônimas em formação, consoante dispõe o parágrafo único do art. 92 da Lei de S.A., (b) o sócio único da sociedade anônima por obrigações e dívidas surgidas enquanto o número mínimo de dois não for reconstituído, na forma da alínea d, do inciso I, do art. 206, da Lei de S.A., (c) os sócios ocultos<sup>34</sup>, (d) os sócios aparentes, (e) os sócios de sociedades nulas, com

<sup>29</sup> *Comentários à Lei de Falências*, Forense, 1948, vol. I, pág. 66, nº 43.

<sup>30</sup> *Curso de Direito Falimentar*, Saraiva, 1975, vol. I, pág. 47.

<sup>31</sup> Art. 5º. “Os sócios solidária e ilimitadamente responsáveis pelas obrigações sociais não são atingidos pela falência da sociedade, mas ficam sujeitos aos demais efeitos jurídicos que a sentença declaratória produza em relação à sociedade falida. Aos mesmos sócios, na falta de disposição especial desta lei, são extensivos todos os direitos e, sob as mesmas penas, todas as obrigações que cabem ao devedor ou falido”.

<sup>32</sup> *Instituições de Direito Comercial*, Freitas Bastos, 3ª ed., vol. IV, pág. 368, nº 1401.

<sup>33</sup> *Manual de Direito Falimentar*, Freitas Bastos, 11ª ed., pág. 39.

<sup>34</sup> O saudoso Prof. Requião, in *Curso cit.*, p. 51, nº 33, declara que “o art. 6º sujeita à falência o sócio oculto”, com o que, *d.v.*, não concordamos, pois a parte inicial do art. 6º deixa evidenciado que o sócio oculto será responsável solidário na falência da sociedade da qual faça parte, apurando-se a sua responsabilidade mediante processo ordinário, no juízo da falência, aplicando-se ao caso o disposto no art. 50, § 1º, cf. determina a parte final do art. 6º.

objeto ilícito, com atividade ilícita e com objeto proibido, (f) os sócios de sociedades em que, por sentença transitada em julgado, for desconsiderada a personalidade jurídica, sobretudo quando há confusão patrimonial e unidade de direção, e (g) os sócios de sociedades por quotas, de responsabilidade limitada, quando, no exercício da gerência, adquirirem ações ou quotas de coligadas ou controladas que resulte em participação recíproca, conforme determina o § 6º do art. 244 da Lei de S.A., aplicado subsidiariamente por força do art. 18 da Lei de Limitadas.

### 3. Pressuposto objetivo da falência

#### 3.1. Os diversos critérios legais e doutrinários

Segundo Bento de Faria<sup>35</sup>, o estudo do Direito Comparado demonstra que, no Direito antigo, o estado de falência decorria do desequilíbrio do patrimônio do devedor, quando o ativo se mostrava inferior ao passivo, denunciando a impossibilidade de o devedor pagar a dívida exigível<sup>36</sup>.

“Esse (antigo) critério”, observa, ainda, Bento de Faria, “foi substituído pelo da cessação de pagamentos - ou seja, a insolvabilidade -, expressiva da impossibilidade de pagar débitos vencidos e exigíveis, por falta de meios”<sup>37</sup>, e, posteriormente, no país, o da cessação de pagamentos pelo da impontualidade e dos atos de bancarrota, como elucida Paulo de Lacerda<sup>38</sup>, que vige até hoje<sup>39</sup>.

Embora variem os critérios, a doutrina tem ensinado, em sua maioria, que “o pressuposto essencial, fundamental da falência, é a insolvência”<sup>40</sup>.

Rubens Requião, debruçando-se sobre o tema e batendo na mesma tecla, sustenta que “a insolvência é um fato, que geralmente se infere da

---

<sup>35</sup> *Direito Comercial, Falência e Concordata*, Ed. A. Coelho Branco F<sup>o</sup>, 1947, 1ª parte, p. 76.

<sup>36</sup> Atente-se, contudo, a bem da verdade, e atualmente é pacífico, que o devedor pode ser solvente, por possuir um ativo superior ao seu passivo, e encontrar-se impossibilitado de adimplir, nos respectivos vencimentos, a obrigações pecuniárias por absoluta falta de recursos financeiros disponíveis, quando, em alguns sistemas jurídicos, como o nosso, se encontrará, então, em estado de falência.

<sup>37</sup> Ob. e loc. citis.

<sup>38</sup> *Da Falência no Direito Brasileiro*, Cia. Editora Nacional, 1931, p. 131.

<sup>39</sup> Com efeito, o Código Comercial brasileiro, no artigo 797, dispunha que “todo o comerciante que cessa seus pagamentos entende-se quebrado ou falido”, passando o Decreto 917, de 1980, artigo 1º e seu § 2º e o artigo 2º, ao sistema da “impontualidade no pagamento de obrigação líquida e certa e a ocorrência de circunstâncias denunciadoras da insolvência taxativamente enumeradas em lei”, critério mantido pela Lei 859, de 1902, artigo 1º e § 1º, pela Lei 2.024, de 1908, artigo 1º e seu parágrafo único, pela Lei 5.746, de 1929, artigo 1º e seu parágrafo único, e, finalmente, pelo Decreto-lei 7.661, de 1945, artigos 1º e 2º.

<sup>40</sup> Sampaio de Lacerda, *Manual de Direito Falimentar*, Ed. Freitas Bastos, 11ª ed., p. 39.



insuficiência do patrimônio do devedor para o pagamento de suas dívidas. Solvente é quem usou do crédito e está em condições de solver as obrigações contraiadas”, acrescentando que o estado de insolvência “pode ser confessado ou presumido por atos que exteriorizem a ruína da empresa”<sup>41</sup>.

Sampaio de Lacerda, a seu turno, explica que, embora não haja “na lei brasileira qualquer passagem que autorize verificar que essa foi a intenção do legislador”, é o que se infere, segundo o renomado Autor, do artigo 1º, quando faz defluir da impontualidade a insolvência<sup>42</sup>, aduzindo que, mais importante do que “a impontualidade, é a situação do patrimônio do devedor. É o estado do patrimônio de alguém pelo qual se revela incapaz de fazer frente aos débitos que o oneram.

Tudo quanto a lei faz para caracterizar o estado de falência baseia-se na insolvência”<sup>43</sup>.

Logo após, reafirmando seu ponto de vista, Sampaio de Lacerda esclarece que “essencial é o estado do patrimônio”, embora obtempere, a seguir, que “o não-pagamento é apenas uma presunção de insolvência, que pode de fato não existir caso o ativo seja superior ao passivo, embora tenha ocorrido o inadimplemento da obrigação líquida e certa no vencimento”, para, afinal, concluir: “o essencial, portanto, não é a insolvência, mas a insolvência presumida e não propriamente a insolvência”, e, ademais, com arrimo em Bolaffio: “não raro a falência ocorre sem insolvência, porque o comerciante não sabe combinar, com precisão, as entradas e saídas de dinheiro”, e, em Provincialli: “a insolvência se caracteriza pela impossibilidade patrimonial do devedor em satisfazer regularmente a própria obrigação”<sup>44</sup>.

### 3.2. A precariedade do critério da insolvência.

Como se vê, a doutrina pátria não tem sido feliz no desenvolvimento do tema (aliás, a alienígena também não se tem havido melhor), o que nos leva a propor, com os olhos voltados para o sistema adotado pelo DL 7.661, de 1945, um caminho diferente, partindo de noções econômicas básicas, sem, entretanto, descurar dos seus reflexos no campo jurídico.

Em condições normais, o empresário, sensato e de boa-fé, leva em consideração, quando contrai uma dívida, três elementos distintos: o seu

---

<sup>41</sup> *Curso de Direito Falimentar*, Saraiva, 1975, 1º vol. p. 55.

<sup>42</sup> Ob. cit., p. 39/40.

<sup>43</sup> Idem, p. 39.

<sup>44</sup> *Ibidem*, pp. 40 e 41.

ativo, que é o complexo de bens e direitos de que é titular; o seu passivo, que é o conjunto de obrigações contraídas com terceiros, e a liquidez do seu ativo, que consiste na possibilidade de transformar os bens e direitos que possui em moeda corrente para atender às suas obrigações.

Quando ocorre um desequilíbrio entre o ativo e o passivo do devedor, ou, para ser mais explícito, quando, no vencimento, o devedor não dispõe de meios financeiros para pagar uma dívida líquida e certa, em geral diz-se, impropriamente, que ele está insolvente ou, como, acertadamente, doutrina Alfredo Rocco, que ocorreu “um fato patológico no desenvolvimento da economia creditícia”.

Contudo, se atentarmos bem para o fenômeno econômico do descumprimento de uma obrigação líquida e certa no vencimento, vamos verificar que o inadimplemento pode ser provisório ou definitivo.

O inadimplemento é provisório quando o devedor não dispõe de meios financeiros para liquidar as dívidas vencidas, embora possua suficientes bens e direitos em seu ativo para cumprir todas as suas obrigações vencidas e vincendas, cuja realização, no todo ou em parte, poderá ser obtida em tempo útil.

O inadimplemento é definitivo quando o devedor não possui um ativo superior ao seu passivo, nem logra obter, em tempo hábil, os meios financeiros necessários à liquidação de suas obrigações vencidas, seja através de recursos dos próprios sócios ou de terceiros, sob a forma de subscrição de ações decorrentes de aumento de capital social, seja através de empréstimos e financiamento de curto, médio ou longo prazo, seja através de lançamento de debêntures etc.

Do exposto, fácil é concluir que o inadimplemento provisório não passa de uma situação de iliquidez, enquanto o definitivo, de uma situação de *deficit* patrimonial, sendo certo que somente este deveria poder autorizar a decretação da falência e aquele legitimar exclusivamente a execução da dívida vencida com fundamento no Código de Processo Civil.

Com efeito, se o devedor está apenas numa situação de iliquidez, o credor só deveria ser legitimado a propor a ação própria para o reconhecimento judicial do seu direito e a execução de seu crédito e não a recorrer ao instituto da falência que pressupõe a existência de uma pluralidade de credores insatisfeitos, porque deficitário o patrimônio do devedor, que contraiu mais obrigações e dívidas do que podia atender a tempo, a hora e nas condições pactuadas.

Como é curial, embora a impontualidade, o inadimplemento de obrigação líquida e certa no vencimento seja, em geral, uma manifestação exterior do estado de falência, ou, como enfatiza J. X. Carvalho de Mendonça, “a manifestação típica, direta, o sinal ostensivo qualificado da impossibilidade de pagar e conseqüentemente do estado de falência”<sup>45</sup>, muitas vezes ela apenas expressa a disposição do devedor de discutir a dívida, por entender que não deve pagá-la na forma e nas condições exigidas pelo credor; outras, por negligência ou deficiente controle do devedor das “contas a pagar”; algumas, por fatos imprevistos, tais como a falência ou a concordata de um devedor do devedor, ou a retratação do crédito bancário, ou encurtamento dos prazos de pagamento aos fornecedores etc.

Destarte, se não há *deficit* patrimonial, se a situação é apenas de iliquidez, se a impontualidade do devedor é passageira, transitória, provisória, pois o seu ativo supera, muitas vezes em larga margem, o seu passivo, a lei não deveria permitir o desvirtuamento do instituto da falência, nem a sua transformação em ação de cobrança.

A propósito, o eminente Professor Nelson Abrão doutrinou: “o sistema legal brasileiro é bastante rigoroso ao autorizar o requerimento da falência com base na falta de um só pagamento no vencimento, uma vez que é decisiva a orientação das legislações no sentido de determinarem a abertura da falência à ocorrência da insolvência, ou seja, incapacidade definitiva de pagar, o que é referendado pela doutrina. Afigura-se-nos inconsistente o preceito que autoriza o ajuizamento do pedido de falência à ocorrência de uma simples impontualidade. A cessação de pagamentos é simplesmente o indício que a revela, mas não é senão um indício e o juiz não se atém a ele para abrir os procedimentos coletivos quando a dívida não é paga. A cessação de pagamentos é o sinal de alarme que atrai a atenção do juiz e o conduz a pesquisar por que o devedor pára de pagar. Se o magistrado encontra outros indícios (protestos, hipotecas, salários não pagos, demandas fiscais, efeitos de comércio avalizados, existência de títulos de favor) ele inferirá um clima geral de insolvência... etc. Acreditamos que a próxima lei de falências que vier, consentânea com a realidade sócio-econômica, possibilitará a abertura do procedimento concursal, só em caso de insolvência, devendo a impontualidade, que é sinal exterior desta, ser corroborada por outros sintomas”<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> *Das Falências e dos Meios Preventivos de sua Declaração*, Tipografia Brasil, 1899, vol. I, p. 84.

<sup>46</sup> *Curso de Direito Falimentar*, RT, 3ª ed., pp. 53/55.

A crítica do saudoso Prof. Nelson Abrão é, sem dúvida, procedente, pois o instituto da falência, desde priscas eras, tem por objetivo por a salvo a *pars conditio creditorum*, a fim de que o credor mais bem orientado, mais bem informado, mais esperto, mais atirado, não desfalque o patrimônio do devedor comum em detrimento da universalidade de credores, não sendo aconselhável que apenas um único título líquido e certo, vencido e não pago, qualquer que seja o seu valor, seja fundamento suficiente para a decretação da quebra de uma empresa solvente, embora ilíquida, momentaneamente.

Mas, se a constatação do estado de *deficit* patrimonial demanda a verificação da situação do ativo e do passivo do devedor, o que, por certo, exige tempo e até mesmo, por vezes, a realização de perícia contábil; se a idéia da impontualidade é rigorosa e drástica, qual deve ser o pressuposto objetivo da quebra, sabido que o sistema anglo-americano acaba de abandonar os atos de bancarrota?

A orientação mais consentânea com a realidade atual parece ser a do Anteprojeto de Lei Concursal espanhol, que elegeu como pressuposto objetivo da falência o “estado de crise econômica da empresa”<sup>47</sup>, dispondo o seu artigo 9º:

*“Art. 9º - A efectos de la solicitud de concurso instada por un acreedor, se considerarán reveladores de una situación de crisis económica del deudor aquellos hechos que por su naturaleza manifiesten la existencia de un estado patrimonial que lesione o amenace gravemente el interés de los acreedores a la satisfacción normal y ordenada de sus créditos y en particular los siguientes:*

*1º. El sobreseimiento en los pagos que, aun no siendo definitivo ni completo, afecte al conjunto de las obligaciones del deudor o de una manera general a algunos de los siguientes supuestos:*

- a) Obligaciones tributarias correspondientes a la última anualidad vencida.*
- b) Cuotas de la Seguridad Social, por el mismo período.*
- c) Rentas del local de negocio en donde se realice la actividad principal del deudor, por el mismo período.*
- d) Salarios y demás retribuciones derivadas de relaciones de trabajo correspondientes a las dos últimas mensualidades vencidas.*
- e) Intereses, amortizaciones, reembolsos u otras prestaciones establecidas en la emisión de obligaciones o cualesquiera otros*

---

<sup>47</sup> Anteproyecto de Ley Concursal, Ministerio de Justicia, Secretaria General Técnica, Madrid, 1983, art. 9º.

valores, cuando haya transcurrido más de un mes desde el respectivo vencimiento.

f) Prestaciones de servicio de caja específicas de las entidades de crédito.

g) Indemnizaciones debidas por las entidades aseguradoras a asegurados o beneficiarios.

2º. La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor.

3º. El cierre del último balance con activo realizable inferior al pasivo exigible, cuando el deudor esté obligado a llevar contabilidad.

4º. La desaparición injustificada del deudor del lugar de su domicilio o residencia, o, en el caso de personas jurídicas, el abandono de sus funciones por parte de los administradores, sin que en uno u otro caso se haya dejado representante con facultades generales.

5º. El abandono, el alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor”.

3.3. A impontualidade: critério do art. 1º da Lei de Falências.

Segundo o artigo 1º da Lei de Falências, que adotou a teoria da impontualidade, é mister que, sem relevante razão de direito, o devedor não pague, no vencimento, obrigação líquida<sup>48</sup>, constante de título que legitime a ação executiva<sup>49</sup>.

<sup>48</sup> A definição de obrigação líquida é ministrada pelo art. 1533 do Código Civil, *verbis*: “Considera-se líquida a obrigação certa, quanto à sua existência, e determinada quanto ao seu objeto”.

O artigo 1º, § 1º da Lei de Falências dispõe sobre a liquidez da obrigação provada por conta extraída dos livros comerciais e verificada judicialmente nas condições de seus incisos I a V, e, ainda, o § 3º do mesmo artigo dispõe sobre a liquidez das duplicatas não aceitas.

<sup>49</sup> Legitimam a ação executiva - (a) os títulos executivos judiciais: I - a sentença condenatória proferida no processo civil; II - a sentença penal condenatória transitada em julgado; III - a sentença homologatória de laudo arbitral, de conciliação ou de transação, ainda que esta não verse questão posta em juízo; IV - a sentença estrangeira, homologada pelo Supremo Tribunal Federal; V - o formal e a certidão de partilha (previstos no art. 584, I a V, do CPC); (b) os títulos executivos extrajudiciais: I - a letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata, a debênture e o cheque; II - a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor, o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas, o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores; III - os contratos de hipoteca, de penhor, de anticrese e de caução, bem como de seguro de vida e de acidentes pessoais de que resulte morte ou incapacidade; IV - o crédito decorrente de foro, laudêmio, aluguel ou renda de imóvel, bem como encargo de condomínio desde que comprovado por contrato escrito; V - o crédito de serventuário de justiça, de perito, de intérprete, ou de tradutor, quando as custas, emolumentos ou honorários forem aprovados por decisão judicial; VI - a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, Estado, Distrito Federal, Território e Município, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei; VII - todos os demais títulos, a que por disposição expressa, a lei atribuir força executiva (previstos no art. 585, I a VII, do CPC).

### 3.4. Os atos de falência ou quebra: critério do art. 2º da Lei de Falências.

Consoante o artigo 2º da Lei de Falências, que adotou a teoria dos atos de falência ou quebra, caracteriza-se, também, a falência se o comerciante: “I - executado, não paga, não deposita a importância, ou não nomeia bens a penhora, dentro do prazo legal; II - procede a liquidação precipitada, ou lança mão de meios ruinosos ou fraudulentos para realizar pagamentos; III - convoca credores e lhes propõe dilação, remissão de créditos ou cessão de bens; IV - realiza ou, por atos inequívocos, tenta realizar, com o fito de retardar pagamentos ou fraudar credores, negócio simulado, ou alienação de parte ou da totalidade do seu ativo a terceiro, credor ou não; V - transfere a terceiro o seu estabelecimento sem o consentimento de todos os credores, salvo se ficar com bens suficientes para solver o seu passivo; VI - dá garantia real a algum credor sem ficar com bens livres e desembaraçados equivalentes às suas dívidas, ou tenta essa prática, revelada a intenção por atos inequívocos; VII - ausenta-se sem deixar representante para administrar o negócio, habilitado com recursos suficientes para pagar os credores; abandona o estabelecimento; oculta-se ou tenta ocultar-se, deixando furtivamente o seu domicílio”. (conforme incisos I a VII do art. 2º da Lei de Falências).

4. **Pressuposto formal** - A falência ou quebra tem, basicamente, três significados.

O primeiro, econômico, que consiste na situação anormal do patrimônio do devedor comerciante.

O segundo, um significado jurídico, quando o estado econômico da falência se transforma em estado jurídico especial, por força de uma sentença declaratória proferida por juiz competente.

O terceiro, processual, pois a falência é, sem dúvida, uma série de atos processuais, com finalidades específicas, que, resumidamente, são: (a) buscar a satisfação de todos os credores (princípio da generalidade ou da universalidade subjetiva); (b) assegurar tratamento igualitário a todos os credores (princípio da igualdade ou da *pars conditio creditorum*); (c) garantir que todos os bens se destinarão à liquidação de todas as dívidas (princípio da unidade patrimonial ou da universalidade objetiva) e, finalmente, (d) defesa da economia coletiva (princípio publicístico da falência).

Para que se caracterize a quebra, é mister que o fato econômico da falência se transforme em estado jurídico da falência, o que se dá com a sentença declaratória da falência, que é o seu pressuposto formal. ◆

# Considerações sobre a Apelação no Sistema Recursal do Código de Processo Civil \*

SERGIO BERMUDES

*Professor de Direito Processual da PUC-RJ e advogado.*

1. **Pronunciamentos apeláveis** - Incandescem na apelação, mais do que em qualquer outro recurso, os requisitos da plena efetividade do duplo grau de jurisdição, forjado pela evidente conveniência de se submeter a sentença, contanto que o peçam os legitimados, ao crivo de um órgão diferente do prolator delas. Por isso, a apelação é o recurso por excelência. Nenhum outro dos recursos existentes realiza com tal plenitude a devolução da competência ao órgão recursal, no mais das vezes situado num plano superior da hierarquia judiciária. Não necessariamente - dí-lo a história e mostram as regras, como a do art. 41 e parágrafos da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, dos juizados especiais, instituindo um recurso que, se não é apelação no nome, o é na forma, na finalidade, no conteúdo. Apelação também é o recurso do art. 475 do Código de Processo Civil, referido como *reexame necessário*, que constitui um meio pelo qual o Estado, valendo-se do juiz, agente seu, recorre de certas sentenças, diante das quais ele sucumbe como titular de interesses contrariados: anulação (e nulidade) do casamento, provimento contrário à União, ao Estado, ao Município; improcedência da execução de dívida ativa da Fazenda Pública. No caso dos três incisos do art. 475, e noutros, semelhantes, previstos em leis especiais, a apelação (*rectius*, o julgamento dela) é condição da eficácia da sentença. Assim se vê no parágrafo único daquele artigo, onde, aliás, a frase “haja ou não *apelação voluntária*” ajuda, por contraste, o entendimento de que o dispositivo também trata de uma apelação, só que não voluntária: apelação necessária; apelação de ofício.

---

\* Palestra proferida nas III Jornadas Brasileiras de Direito Processual Civil, promovidas pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, em 16.06.99, em Salvador, BA.

Desde a fase da *cognitio extra ordinem* do processo romano, na qual se institucionalizou, a apelação é o recurso da *sentença*, como dito no art. 513 do CPC, que remete aos arts. 267 e 269, onde se trata da extinção do processo com ou sem julgamento do mérito por ato para o qual o § 1º do art. 162 reserva aquela denominação. A impugnabilidade de certas interlocutórias por apelação, como ocorreu no velho processo lusitano, não desnaturou o recurso (*exceptio non fiat regula*), constituído para propiciar, mediante o reexame do processo, a revisão da sentença, a menos que ela não seja impugnável, como pode ocorrer, consoante se vê, por exemplo, no art. 865 do CPC, onde se declara o descabimento de defesa e de recurso no processo cautelar de justificação. Idem, quando da sentença só cabe outro recurso para o mesmo órgão, como no caso dos embargos infringentes do art. 34 da Lei nº 6.830, de 22.9.80.

A doutrina e a jurisprudência, por razões de ordem prática, terminaram dando à sentença, para fins de apelação, um conceito incompatível com a ciência e com as normas pertinente ao próprio Código de Processo Civil. Sentença, na concepção prevalecente, será apenas - para que dela se possa apelar - o ato de extinção total do processo, de modo que nada remanesça que ainda demande a atividade jurisdicional do juiz. Conforme essa pragmática ótica de conveniência, não será sentença, porém decisão interlocutória, por isso agravável (art. 522), o ato de indeferimento da petição inicial da reconvenção. Se, em vez de reconvir, o réu propusesse contra o autor a mesmíssima ação por dependência (art. 253) da que este lhe moveu e o juiz lhe indeferisse a inicial, a doutrina e a jurisprudência dominantes diriam que houve sentença e cabe apelação. Já se vê que o entendimento prevalecente é ilógico. No exemplo aqui oferecido, ele viola o direito de defesa do sucumbente, que, forçado a agravar, perde o prazo maior da apelação, perde a retratação imediata pelo juiz (art. 296), que só reexaminará a sentença ao cumprir o art. 526, perde o revisor e a sustentação oral e, não unânime o acórdão, perde os embargos infringentes (assim lembrava o meu querido amigo ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, mestre de todos nós, cujo nome evoco com muita saudade). Veja-se que, na hipótese de que se cogita, não há sequer sentença como forma de interlocutória, senão uma sentença mesmo, na aparência e no conteúdo.

Admite-se a apelação da sentença, como dispõe, singelamente, o art. 513 do CPC, que, contudo, não se demora ele próprio, como faz o § 1º do art. 162, a definir esse ato, remetendo aos arts. 267 e 269. Salvo restrição



legal, onde houver sentença, poderá haver apelação, que tem muito do conteúdo do direito de ação, pois ela reinvoça a jurisdição.

Tal como a ação, a apelação, exceto a necessária, e assim todos os recursos, governam-se pelo princípio dispositivo: o legitimado recorre se quiser recorrer e o seu recurso fixa os limites da prestação jurisdicional: *tantum devolutum quantum appellatum* - é a regra repetida no *caput* do art. 515: “a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada”. Por isso, aliás, não se admite que, provendo apelação de sentença terminativa, de extinção do processo sem julgamento de mérito, o tribunal casse o ato e profira ele próprio o julgamento do mérito. Não tendo ocorrido esse julgamento na instância recorrida, a questão de mérito não faz parte da matéria impugnada, cuja apreciação escapa, então, da competência do tribunal. O julgamento do mérito, que acaso acontecesse, como fizeram certos acórdãos, mediante a invocação de um estranho “princípio da causa madura”, hostil à processualística, fere o *due process* e a prerrogativa de defesa do jurisdicionado, que tem direito a uma sentença de mérito da primeira instância com o recurso a ela inerente. O princípio do duplo grau da jurisdição não é imposição constitucional, nada obstando a que a lei ordinária o exclua. O julgamento do mérito por sentença do primeiro grau, nos processos das ações que ali têm curso, este sim, é garantia constitucional e a supressão dele afronta a carta política.

Se a apelação pressupõe uma sentença, cumpre atentar no conceito desse pronunciamento, que é ato de extinção; de exaustão da atividade jurisdicional exigida do juiz no tocante a uma relação processual. Eis por que integram a sentença e são igualmente apeláveis os capítulos desse ato em que o juiz também decide incidentes, que, na definição do § 2º do art. 162, são julgados por decisões interlocutórias. Se o juiz, *v.g.*, decidiu, na própria sentença, o incidente da impugnação do valor da causa (art. 261), ou a arguição de incompetência absoluta (art. 113), esses pontos são apeláveis tanto quanto os demais. Aqui, há sentença num sentido formal. Inversamente, não haverá, nem formalmente, decisão interlocutória quando, extinguindo uma das relações processuais que em conjunto se processam, o juiz a extinguir, como no exemplo do indeferimento da reconvenção. Não resisto a estender essas considerações ainda um pouco: *quid iuris* se, com grave erro técnico, violando a segunda parte do art. 313 do CPC, o juiz, na própria sentença rejeitar a exceção de impedimento, ou de suspeição e for adiante, extinguindo o feito com ou sem julgamento do mérito? Decididas essas

questões na sentença, será ela apelável também quanto ao impedimento ou à suspeição e o tribunal, provendo ou não provendo a apelação no particular, declarará nula a sentença quanto aos demais pontos porque a arguição de suspeição ou impedimento suspende o processo, conforme o art. 265, III, até o pronunciamento do tribunal (art. 313), sem que o juiz possa, absolutamente, sentenciar.

Havendo sentença, pode haver apelação dos legitimados (arts. 513 e 499), no processo cognitivo (arts. 267 e 269), no processo cautelar (arts. 803 e 810), no processo de execução (art. 795), que constituem as três espécies do processo civil contencioso, e no processo de jurisdição voluntária (art. 1.110).

**2. Finalidade da apelação** - Considerando o seu alcance, não será exagerado dizer-se que a apelação não é o recurso só da sentença, tomada isoladamente, em si mesma, senão o recurso do processo. Mesmo a preclusão das interlocutórias é fenômeno de eficácia relativa, bastando imaginar-se que desaparece, por exemplo, a decisão preclusa, proferida na exceção de incompetência, se a apelação declara a nulidade do processo a partir da citação.

Dê-se muita razão a CARNELUTTI: “L’appello è una forma de rinnovazione. Il processo si rifà. Non si ripara l’edifizio già costruito; si ricostruice” (Lezioni, IV, ristampa, Cedam, Padova, 1931, p. 232).

É essa renovação do processo que explica se possa não apenas rever a sentença, para confirmá-la, ou reformá-la, substituindo-a pelo que, em ambas as hipóteses, ficar julgado na apelação (art. 512), como ainda para se declarar a sua nulidade, ou se pronunciar a nulidade do processo, no todo ou em parte. Como recurso da sentença, a apelação propicia o reexame de tudo o quanto a sentença pressupõe. Descobre-se, então, porque a apelação de uma sentença de mérito pode redundar num julgamento de nulidade do processo, ou num julgamento de extinção dele, sem apreciação do mérito. Ainda aqui se opera a substituição prevista no art. 512 do Código de Processo Civil, que ocorre sempre que o tribunal examinar o mérito da apelação, inconfundível com o mérito da ação, e deixa de se verificar, nos casos de juízo negativo de admissibilidade do recurso.

Apelando, o apelante pede o reexame da sentença e, pela natureza da apelação, o reexame do processo. Por isso, não há *reformatio in peius*, se, havendo o apelante apelado apenas da parte mínima da sentença, na qual

sucumbiu, o tribunal, diante de uma nulidade, desfizer todo o processo, inclusive a sentença largamente favorável ao recorrente. O critério do empioramento prático da situação do apelante não é seguro para determinar a ocorrência da *reformatio in peius*. No exemplo dado, terá havido, objetivamente, uma piora prática, mas não a *reformatio in peius*, que só ocorre quando a sentença de mérito for mais danosa ao apelante do que era, na hora em que ele apelou, formulando recurso que não abrangia, por impossível, a parte favorável da sentença.

O fim da apelação pode ser, no todo ou em parte, a nulidade da sentença ou do processo, ou a reforma da sentença. A apelação só limita a atividade do órgão recursal no tocante à parte da sentença não impugnada pelo recurso. Tudo o mais se insere na competência do tribunal.

O recurso de apelação só alcança a sua finalidade, depois de um juízo positivo de admissibilidade, consubstanciado na declaração, que se admite implícita, da ocorrência dos denominados pressupostos recursais objetivos e subjetivos, como a recorribilidade, a tempestividade, a adequação (ressalvada a incidência do princípio da fungibilidade, cuja aplicação se admite), o preparo, a sucumbência, geradora do interesse, a legitimidade. De tal sorte o juízo de admissibilidade é relevante que o parágrafo único do art. 519 permite ao juiz reexaminar, após a resposta do apelado, os pressupostos de admissibilidade do recurso, sem que esse exame impeça o do tribunal sobre o mesmo assunto.

Com a regra do parágrafo único do art. 519, o legislador não fez da apelação um recurso de retratação, como ocorre com o agravo (§ 2º do art. 513; arts. 526 e 529) e, excepcionalmente, com a apelação da sentença de indeferimento da inicial. Esta sentença pode ser revista pelo juiz, conforme o art. 296, que introduziu o elemento retratação num recurso normalmente despojado dele. Terá o legislador dado um primeiro passo para transformar a apelação num recurso reiterativo, que enseja a revisão da sentença apelada, na parte apelada (art. 515), pelo próprio juiz que a proferiu?

**3. Efeito devolutivo** - Respeitada a norma do cabeço do art. 515, que limita a devolução à *matéria impugnada*, o efeito devolutivo atua de modo extenso, transformando a apelação, como escrevi linhas acima, em recurso que propicia não só o reexame da sentença, como o do processo.

O legislador do Código de Processo Civil buscou extrair toda a eficácia possível da devolução. Se o efeito devolutivo devolve - mais claramen-

te, transfere - ao tribunal recursal a competência do juízo apelado, esse tribunal atua como juiz do processo; como aquela *zweite Erstinstanz*, a que aludem a doutrina alemã e austríaca, falando de uma segunda (no sentido de renovada) primeira instância.

Essa eficácia devolutiva da apelação explica a existência de normas semelhantes à do art. 516, que submete ao tribunal questões anteriores à sentença, ainda não decididas. Vale o exemplo de BARBOSA MOREIRA (*Comentários*, vol. V, 7ª ed., Forense, Rio, 1998, p. 444), de eventual impugnação ao valor da causa sobre a qual o juízo *a quo* não se pronunciara, deixando a matéria pendente da decisão interlocutória, que ele não proferiu. Também a norma do art. 517, conforme a qual “as questões de fato, não propostas no juízo inferior, poderão ser suscitadas na apelação, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior”, é imanente ao efeito devolutivo. Não constituindo o duplo grau de jurisdição um mandamento inafastável, a lei transforma o tribunal da apelação no juízo cognitivo do “fato novo”, assim chamado porque só na apelação ele aparece no processo, condicionado esse juízo apenas à prova de que motivo de força maior (art. 183, § 1º - a força maior constitui justa causa) impediu a parte de deduzi-lo na primeira instância. A correta interpretação do art. 517 leva a concluir que, se se pode, nas condições ali estabelecidas, alegar o fato novo, é cabível, *a fortiori*, a dedução do fato superveniente, sem que o tribunal possa restituir o processo ao juiz para apreciar esse fato, ocorrido após a sentença.

O efeito devolutivo da apelação transfere ao tribunal (ou ao órgão julgador do recurso, situado no mesmo plano hierárquico do juízo recorrido, como, v.g., a turma do § 1º do art. 41 da Lei dos Juizados Especiais) o conhecimento daqueles fundamentos do pedido ou da defesa, que o juiz rejeitou, ou, simplesmente, não apreciou. É o que está no § 2º do art. 515: “quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais”. O muito saudoso ALCIDES DE MENDONÇA LIMA exemplificou, em palestra a que assisti: requerido o despejo (a) por falta de pagamento do aluguel e (b) pelo ruinoso uso da *res locanda*, a apelação do locatário, interposta da sentença de procedência do pedido apenas pela falta de pagamento, rejeitada ou não decidida a alegação de mau uso, leva este segundo fundamento ao conhecimento do tribunal, de sorte que ele pode negar provimento à apelação, indistintamente, pelo primeiro e pelo segundo funda-

mento, ou só pelo segundo, afirmando, na última hipótese, que não ocorreu a falta de pagamento, mas houve o mau uso. Afaste-se a idéia da *reformatio in peius* porque não se terá verificado a piora da situação prática do apelante quanto ao julgamento de mérito.

Efeito também da devolução, que a apelação opera, é a norma do § 1º do art. 515: “serão, porém objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro”. O parágrafo não se refere a questões surgidas no processo e que deveriam ter sido decididas antes da sentença. Dessas se ocupa o art. 516. Cuida daquelas questões, postas pelas partes, que cabia ao juiz resolver na sentença (art. 458, III), sem que ele o fizesse por inteiro, isto é, em todos os aspectos que mereciam a consideração do órgão judicial.

Suponha-se, para se trabalhar com um exemplo, que a ação de nulidade do ato jurídico se tenha fundado (a) na incapacidade do agente e (b) na ilicitude do objeto. Imagine-se, agora, que a alegação de incapacidade do agente repouse (a1) na sentença da sua interdição e (a2) na existência de laudos médicos e outros documentos, todos a denunciarem a sua falta de juízo, no momento da prática do ato. Se o juiz, apreciando o fundamento a (incapacidade do agente), o rejeita, ou se, simplesmente, não o aprecia, acolhendo apenas o fundamento b (ilicitude do objeto), a apelação do réu devolve ao tribunal o fundamento a, de sorte que o tribunal pode, livremente, apreciar o fundamento rejeitado ou omitido, para o rejeitar, ou acolher. Até aqui, fica-se no âmbito do § 2º do art. 515. Entretanto, e sempre se contemplando o exemplo dado, se o juiz acolhe o fundamento a com base na sentença de interdição do agente, nada decidindo quanto aos documentos alegadamente comprobatórios da incapacidade, o tribunal pode, perfeitamente, julgando a apelação do réu, decidir pela inexistência ou nulidade da sentença de interdição, declarando-a imprestável para sustentar o fundamento da incapacidade do agente, porém confirmar o mesmo fundamento da incapacidade, decidindo pela existência dela diante dos documentos - questão que o juiz, que se ativera à sentença da interdição, não decidira. É o § 1º que terá incidido, não me parecendo que esse parágrafo e o § 2º hajam cuidado da mesma situação, como deixa transparecer a doutrina, quando os trata de cambulhada. Enquanto o segundo parágrafo contempla a existência de mais de um fundamento do pedido ou da defesa, o primeiro trata de questões - não de fundamentos - suscitadas e discutidas, porém não julgadas

por inteiro, como acontece com diferentes fatos que se afirmam consubstanciadores do mesmo fundamento.

4. **Efeito suspensivo** - A regra é o efeito suspensivo da apelação, como se vê no *caput* do art. 520, onde se diz que ela “será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo”. Enquanto a devolução é transferência, a suspensividade é sustação da eficácia da sentença apelada, que não repercute, juridicamente, no grupo social, embora possa fazê-lo, só pelo anúncio da sua existência, em termos políticos, num fenômeno sociológico.

Razões de ordem política levam a lei a suprimir, excepcionalmente, o efeito suspensivo, de modo a permitir a imediata eficácia da sentença, admitida inclusive a sua execução provisória (arts. 587, 2ª parte, e 588), se condenatória, conforme o art. 521 do CPC. Os seis incisos do art. 520 enumeram casos em que, excepcionalmente, a apelação fica privada do efeito suspensivo, aos quais se somam outros, previstos nas leis extravagantes.

Criando uma exceção à exceção, o parágrafo único do art. 558 manda aplicar às hipóteses do art. 520 a norma do seu *caput*: “o relator poderá, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara”. Quando a apelação não produzir o efeito suspensivo, como nos casos do art. 520 e em quaisquer outros, objeto de lei extravagante, mas nos quais incidem as normas do CPC relativas a esse recurso, será possível, ainda assim, obter-se esse efeito, como permite o parágrafo único do art. 558.

Louve-se o legislador que com as regras do art. 558 e do seu parágrafo único aboliu o largo uso do mandado de segurança como sucedâneo de recurso, impetrado para sustar a eficácia das decisões impugnadas por agravo de instrumento (art. 497, 2ª parte) e por apelação sem efeito suspensivo (art. 520).

Surge, no tocante ao parágrafo único do art. 558, um problema prático. Ajuizado o agravo de instrumento diretamente no tribunal (art. 524) e distribuído incontinenti (art. 527), o relator toma imediato conhecimento do recurso, podendo, desde logo, atribuir-lhe o efeito suspensivo (art. 527, II). Entretanto, a apelação não chega logo ao tribunal, podendo, por diversas circunstâncias, ser retardada a sua subida, bastando imaginar-se a exis-

tência de apelados com diferentes procuradores cuja resposta só vier aos autos no trigésimo dia do respectivo prazo. Quando houver necessidade de se pedir a suspensão da eficácia da sentença, prevista no parágrafo único do art. 448 do Código de Processo Civil, com os autos ainda na primeira instância para o processamento da apelação, parece-me que, entre as possíveis, a melhor solução será apresentar-se ao tribunal, com uma prova da interposição da apelação e do seu preparo e cópias dos documentos relevantes, um requerimento de efeito suspensivo, no qual se demonstre a incidência do art. 558. Distribuído esse requerimento a um relator, que, conforme as normas regimentais, ficará prevento, ele ou o órgão, para a apelação, caberá a esse juiz deferir o efeito suspensivo.

Inspirou-me essa iniciativa, já tomada por mim, no exercício da advocacia, com todo o êxito, a norma que pus, no anteprojeto de reforma do CPC, elaborado pela comissão que tive a honra de integrar, em 1995, conforme a qual se podia apresentar ao tribunal cópia do recurso de agravo e de apelação, interpostos na primeira instância e ainda em processamento ali, a fim de que o órgão recursal pudesse, excepcionalmente, sustar a eficácia do pronunciamento recorrido, assim se dispensando, por falta de interesse processual, o uso anômalo e oneroso do mandado de segurança para o mesmo fim. ♦

# Justiça Municipal? Solução Inicial do Conflito na Comunidade

**DÉCIO XAVIER GAMA**

*Desembargador aposentado TJ/RJ*

*O acúmulo de processos, em muitos estados, aguardando datas distantes marcadas para audiência dos Juizados Especiais, constitui problema crônico que existia no procedimento sumaríssimo e no Juizado de Pequenas Causas. Esse o desafio de congestionamento inicial do processo, que requer pronta resposta e solução, para que não se frustrate mais um instrumento anunciado de rápida prestação jurisdicional.*

**A Conciliação** - A tentativa de conciliação, de longa data introduzida na Justiça do Trabalho e hoje norma obrigatória na Justiça comum, é responsável pela redução de feitos judiciais em andamento, ou, pelo menos, pela desaceleração do aumento de litígios em Juízo. Todavia, a conciliação se torna mais fácil se for estimulada logo no início, bem antes de os pequenos conflitos constituírem uma demanda judicial, quando os ânimos da divergência ainda não assumiram aspecto mais acirrado, desde, naturalmente que uma das partes tem a iniciativa de requerer uma solução. Assim, a aproximação das partes, se realizada em data bem próxima do aparecimento do litígio, com a participação de conciliadores revestidos de certa autoridade, produzirão melhor resultado.

**O Exemplo da Polícia Interativa** - A experiência de uma cidade com 30.000 habitantes, aproximadamente, como a de GUAÇUÍ, no Espírito Santo, e seus cinco Postos, denominados Serviços de Atendimento ao Cidadão (SAC), revela que as tarefas de realização da Justiça podem ser abreviadas e aprimoradas quando delas participa a comunidade em momento mais próximo do surgimento da controvérsia.

O Programa Comunitário daquela cidade foi concebido com objetivo de realizar melhorias do serviço público e ampliar os canais de comuni-



cação entre as pessoas e as autoridades. Esse Programa se acha em pleno funcionamento há mais de quatro anos. É ele aqui referido com o sentido de revelar como é possível introduzir uma fase anterior à conciliação prévia dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/95), seja para simples homologação do acordo, seja para facilitar a tarefa de apreciação do caso pelos conciliadores ou pelo Juizado Especial competente.

A cidade, naquele Programa, é dividida em setores, sendo eleitos líderes como porta-vozes da microcomunidade nas reuniões que se realizam periodicamente. Além disto, o Serviço de Atendimento funciona em cada setor, até 11 horas da noite, à disposição dos interessados, para queixas e reclamações, especialmente sobre a má execução do serviço público, ou sobre o desvio de conduta das pessoas. Esse atendimento pode ser também de uma reclamação concreta contra alguém, seja envolvendo ressarcimento de prejuízo, ou de simples cobrança, seja para comunicar questões de caráter infracional. O encarregado desse serviço é um Policial Militar, que se deve voltar mais para a questão da ordem e da segurança pública.

Aquela comunidade, no propósito de resolver pequenos problemas locais de interesse geral, introduziu na concepção do seu Programa, a idéia de pacificação de divergências entre pessoas, mas é certo que esse encontro dos desavindos em um Posto, com encarregado pronto a ouvi-los e a propor-lhes a conciliação, não representa senão, é preciso repetir, *uma forma inicial de realização de Justiça*, embora sem ter origem na atuação de qualquer órgão judiciário.

**A Proposta** - A sugestão é, pois, de se aproveitar a idéia da Polícia Interativa de Guaçuí e de serem criados, com outra finalidade e outra estrutura, POSTOS DE ATENDIMENTO JUDICIAL (PAJ), que podem ter como encarregados conciliadores designados pelo Juiz, com função também de ponderar sobre uma solução simples para o caso (acordo) e mostrar, não raro, que a divergência entre as partes não merece assumir feições de causa judicial. Como se verá a seguir, tais Postos poderão, alternativamente, ter como encarregado, um Guarda Municipal (não um P.M. como em Guaçuí), se puder ser celebrado convênio com as Prefeituras, inclusive quanto à utilização de instalações, mobiliários, computador etc. De qualquer forma, com os Postos o Poder Judiciário assume a sua função de iniciar, pela forma mais simples, o processo de conciliação e de orientar o encaminhamento eventual, aos Juizados Especiais, dos casos que não foram objeto de acordo. Essa a fórmula de o Poder competente tomar conhecimento, cada vez

mais, de conflitos envolvendo talvez reduzida expressão econômica, mas que incomodam e, às vezes, torturam as pessoas humildes.

Não se pode esquecer o quanto aquela colaboração dos Municípios será estimulada, pelo aspecto político que encerra a implantação dos Postos de Atendimento Judiciais. A par de dar ampla popularização ao serviço judiciário, eles se destacarão na comunidade e serão vistos no Município como a realização de novo serviço público. Importante, portanto, que o Posto tenha a presença do guarda municipal, seja para colaborar na ordem dos trabalhos e nas providências de convocação da parte contrária, seja para atuar até mesmo como conciliador.

Na criação desses Postos de Atendimento Judiciais às pessoas em divergência é que vejo, portanto, a possibilidade concreta de se iniciar a realização de uma *primeira etapa da Justiça*, que se situaria em fase anterior ao antigo Juizado de Pequenas Causas, que evoluiu para os Juizados Especiais Cíveis e Criminais de hoje. Há nessa primeira providência, por outro lado, uma forma de preparar as pessoas para verem, na aproximação dos divergentes e na solução amigável do conflito, tentada por um terceiro, a maneira mais conveniente de por fim às controvérsias. Esse mediador terá que assumir certa posição de autoridade, seja ele um conciliador designado pelo Juiz, seja um guarda municipal, de forma a poder sugerir um entendimento ou um acordo, ou, verificada a sua impossibilidade, sempre ainda no calor da dissensão, encaminhar o conflito a quem tem competência para dirimi-lo. Seria ele uma branda e aparente autoridade.

Caberá ao conciliador do Posto providenciar, por qualquer modo, a convocação da parte contrária (carta, telefone etc.) valendo-se dos meios disponíveis, inclusive fornecidos pelo reclamante, para que sejam ouvidas as razões da outra parte e anotando-se, em registro bem simples, as posições em divergência. A atribuição de localizar a parte contrária, se possível no mesmo dia, pode caber a qualquer funcionário ou a pessoa que esteja a serviço do Posto, ou colaborando com ele. Por isto, a importância da presença de um guarda do município, acordado com o Poder executivo local, que poderá exercer, dentre outras funções, a de colaborar na localização ou nas providências de convocação da parte contrária.

É evidente que, não comparecendo a parte convidada para a conciliação, não lhe advirá qualquer prejuízo, salvo o de ser o seu conflitante orientado sobre a conveniência de prosseguir no Juizado Especial com sua pretensão, ou de desistir dela, se se convencer de que não é bom o seu direito.

Qualquer solução, ou encaminhamento adequado que se dê ao caso naquele atendimento do PAJ, terá o caráter *lato sensu* de forma inicial de realização de justiça. É a comunidade sendo atendida pelo Poder Público na sua função específica e o cidadão exercendo seus direitos de forma mais simples e adequada.

Em uma *segunda etapa* de conhecimento do litígio, ainda que para simples homologação do acordo, se as partes entenderem conveniente, será feita a apresentação dos divergentes ao Juizado Especial (ou, se necessário, serão convocados), se antes a questão, sendo de caráter criminal, não merecer investigação por Distrito Policial. Mas a apresentação deve se fazer no mesmo dia, ou no máximo no dia seguinte.

É a volta da Justiça Municipal? Não, porque a função específica do conciliador decorre de uma atividade do estado e consiste em dar início a um atendimento judicial. Também o Juiz de Paz nos Distritos em que se divide o Município não tem outra função senão celebrar casamentos, mas informalmente pacifica muitos conflitos, ou toma providências urgentes e úteis quanto a litígios, sobre fatos às vezes graves, que surgem longe da sede da Comarca.

Não seria, contudo, de má inspiração o regime da antiga Justiça Municipal, extinta pela reforma judiciária de 1906 e substituída integralmente pela do Juízo de Direito estadual. Vivemos hoje em outras circunstâncias de população, de cultura e de aglomeração urbana. De qualquer forma, a idéia de ser feito atendimento judicial no âmbito dos pequenos núcleos municipais e até em seus distritos, através de postos avançados, merece ser considerada, em face da expectativa das pessoas simples quanto a uma solução local também simples de seus conflitos.

Em alguns estados já funcionam Postos de Juizados, com conciliadores, fora da sede do Juízo, mas dentro de sua área de competência. Têm a vantagem de se aproximarem das pessoas na comunidade. Contudo, não abrangem medidas que levem ao atendimento imediato, sem as pautas de marcação de audiências distanciadas no tempo; podem realizar um bom serviço de realização primária de justiça em Comarcas de Juizado Especial único, mas se acham presos à causa da acumulação inicial de feitos.

**Os Postos e os Conciliadores** - Para bem exercer a sua função, o conciliador designado deverá receber instruções sobre a atitude ou conduta que deve ter ao atender as partes. As normas e orientação a serem dadas são as mesmas para o conciliador no Juizado Especial, também pessoas voluntárias na colaboração com a Justiça.

É sabido por todos os juizes devotados às causas dos novos Juizados Especiais, que, dentre os conciliadores, alguns se destacam pelo discernimento, espírito público e paciência em conduzir a aproximação entre as partes. A eles se dará a incumbência de serem, preferencialmente, encarregados dos Postos de Atendimento Judiciais, cujo horário de funcionamento alternativo deve ser facilitado para os encarregados e para as partes (como sugestão: de 16 às 20h., de 17 às 21h., de 18 às 21:30h.).

Em Postos de Atendimento Judiciais, nas Regiões Administrativas da cidade, se possível será apresentada a maioria das possíveis questões e, se não solucionadas após o convite à parte contrária para o entendimento, serem encaminhados os interessados para o Juizado Especial competente. *A sugestão inclui, portanto, a criação dos Postos de Atendimento, bem como do Juizado Especial competente e específico para os casos do dia, incluindo, naturalmente os do dia anterior em se tratando de atendimentos do dia ou da noite precedente.* A juízos cíveis de pequenas comarcas poderia ser atribuída competência para o exame, assim, de questões do dia ou da noite precedente, para homologação de acordo ou para apreciação e julgamento.

**Juizado Especial do Dia e Solução Imediata** - As medidas, assim, adotadas, serão uma forma de abreviar a prestação jurisdicional. Com elas poderão ser Joeiradas as questões de toda natureza e serem apontadas as consideradas realmente conflitos que precisam ser decididas no Juizado competente. Os Postos irão permitir mais tempo a órgãos da Justiça para processar e julgar questões outras, de maior complexidade. Resultarão também na redução do número, que é cada vez maior em muitos estados, dos que procuram os Juizados Especiais por motivo de questões cíveis de ínfimo valor, ou criminais de menor potencial ofensivo.

Com aquelas medidas estará aberto caminho para um núcleo de *solução diária*, ou em dois dias, do caso proposto. Bastará que a experiência venha a recomendar a criação de um *Juizado Especial do dia*, que seja *competente para o exame dos casos apresentados ao Posto de Atendimento do dia anterior*. Em muitos casos haverá solução imediata, desde que compareçam as duas partes, ou que, pelo menos, tenha sido convocada a parte contrária de véspera no PAJ, de forma a poderem ser ouvidas ambas no Juizado.

**A Multiplicação dos Juizados Especiais** - Chega a ser surpreendente o crescimento das reclamações distribuídas a cada dia para os novos

Juizados Cíveis e Criminais. Notícia o Jornal do Comércio, de 7 de novembro de 1998 (pág. B6), matéria relacionada com evento da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e do Instituto Universitário de Pesquisas (IUPERJ) que “Os Juizados Especiais já são responsáveis por cerca de 65% das ações judiciais em todo o país, o que representa um milhão e 200 mil ações cíveis e 900 mil processos criminais”. Já se prevê que, em muitas cidades, o número de cargos de Juizes criados e instalados para apreciar e julgar causas com a competência prevista na Lei nº 9.099/95, ultrapassará em muito, em pouco tempo, o de Varas Cíveis e Criminais existentes. Os 65% das ações judiciais em todo o país, que representam aqueles números em 759 Juizados Especiais no final do ano de 1998 são julgados por 1.170 magistrados em todo o País. São dados divulgados pela AMB, quando já elaborado este Projeto.

Declarações prestadas pela Desembargadora Nancy Andrichi, do D.F., acentuam que “o sistema implantado pela Lei nº 9.099/95, inovador e moderno, exigiu a mudança de mentalidade da comunidade jurídica e dos jurisdicionados, o que não ocorre de modo repentino. A maioria dos estados da Federação já implantou seus Juizados. *No Distrito Federal, o processo está em ritmo acelerado, com a criação recente de 54 novos Juizados Especiais*” (outubro/98). Também foi divulgado, que sete municípios da Baixada Fluminense já possuem 23 Juizados. Diz-se, ainda, na mesma notícia, que “as estatísticas do mês de junho/98 registraram a existência de 9.138 processos cíveis e 17.411 criminais (quase o dobro dos cíveis) em andamento nesses sete municípios. Em média, 1.015 para cada Juizado Cível e 2.100 para cada Criminal”. (TJRJ nº 9 - Set/Out/98)

Já estava elaborado esse trabalho quando foi noticiado, em Jornal Nacional, da TV, no dia 23/01/1999, com audiência em todo o Brasil, que, na cidade do Rio de Janeiro, apesar dos numerosos Juizados Especiais em funcionamento com alguns postos avançados, a decisão costuma vir após seis (6) meses.

No entanto, trata-se da Justiça, que já se mostrou acessível e menos demorada para a solução que se espera, na consciência das pessoas de parcos recursos. Estas passaram a buscar cada vez mais reparação de seus prejuízos ou o reconhecimento de seus direitos. Acham-se hoje também mais protegidas por leis modernas, a que se seguiu o entendimento jurisprudencial atualizado com os novos conceitos da sociedade.

Assim, o Código de Defesa e Proteção do Consumidor e a ampla reparação sempre reconhecida e muito divulgada, dos danos físicos, morais e materiais. Uma nova mentalidade da população já se forma hoje à luz dessa evolução de entendimento jurídico do País, graças, inclusive, à mídia de força intensa.

As medidas visando aprimorar a justiça e abreviar a prestação jurisdicional devem, assim, ir ao encontro dessa atividade judiciária quase que se pode dizer *de massa*, que diz respeito mais a pessoas de menores recursos.

**O Congestionamento Inicial que se Repete** - O crescimento da atividade do Poder Judiciário se deve, não apenas à criação de novas Comarcas e Varas, ou à elevação dos núcleos populacionais, mas, em razão, principalmente, da legislação processual moderna e das normas legais amplamente divulgadas, como ficou visto, de proteção em geral dos direitos do cidadão. No tocante aos procedimentos concebidos para terem rápido andamento, podemos hoje tomar como ponto de partida o do procedimento sumaríssimo (art. 275 do CPC), que impunha fossem praticados todos os atos até a sentença em 90 dias. A frustração quanto a seus resultados começou com a própria entrada em vigor, do Código de 1973. As vagas na pauta para as primeiras audiências no Juízo Cível se alongavam para muito além daquele prazo. Em seguida veio a Lei do Juizado de Pequenas Causas, que também, em pouco tempo, se mostrou insuficiente para desobstruir a retenção inicial de andamento dos feitos, por igual distanciamento das marcações de audiências nas pautas diárias. Aperfeiçoada essa Lei na etapa seguinte, que foi a dos Juizados Especiais, estendido o seu rito à matéria criminal, vê-se atualmente um crescimento rápido e desmedido das suas serventias e correspondentes cargos de Juízes titulares, mas as vagas em suas pautas para a primeira audiência, ainda assim, começam a se distanciar para muitos meses em alguns estados, embora tenha-se passado pouco mais de três anos após o advento da Lei nº 9.099/95.

A solução seria criar, mais e mais, Juizados Especiais, se os feitos que foram a eles distribuídos já representam, em três anos da vigência da Lei, 65% do total de demandas distribuídas nos Juízos de primeira instância? Talvez sim, pensam alguns, porque a população cresce e a atividade humana se desenvolve entre conflitos de interesses. Mas, por que o congestionamento, ou a dificuldade inicial de engrenar ou de irromper-se o magnífico mecanismo de pacificação dos conflitos que é a tentativa de concili-

ação nos Juizados Especiais? Por que não se atende à parte e não se criam condições (intimação da parte contrária de forma imediata, por exemplo), para o encontro dos litigantes no mesmo dia, ou no máximo, no dia seguinte, conforme o caso, já no Juizado Especial competente e específico?

Ficou visto que aquele represamento se acha logo no início, no leque enorme que ainda não se abriu o suficiente, em primeira instância, para atender aos interessados em ver examinadas as suas pequenas causas de qualquer natureza, antes mesmo de se convergirem para o julgamento nos Juizados Especiais.

A resposta àquelas indagações reside na absoluta e permanente falta de tempo disponível nas pautas dos Juizados. Cresce o número de reclamações e começam a se alongar as datas de marcações possíveis de audiências iniciais.

**Colaboração de Particulares** - A proposta preconiza a criação dos Postos de Atendimento Judicial, com leigos em direito, guarda municipal, aposentados, pessoas enfim selecionadas pela visão direta dos Juizes participando, mais do que já o fazem até agora e a lei autoriza, na tentativa de buscarem uma solução local, em muitas regiões da cidade, com as partes, no calor do litígio, antes de os interessados pensarem nas complicadas, para eles, idas e vindas ao Foro. O importante é que os Postos tenham vida independente e não seja, apenas um posto avançado do Juizado, não obstante a sua supervisão pelo Coordenador.

A propósito da colaboração maior de particulares nessa atividade de realização de justiça, o Desembargador e Professor José Carlos Barbosa Moreira em palestra recente publicada na Revista da Escola da Magistratura (EMERJ -Vol. 1, nº 3) acentua que “o caso é antes de *publicização* da função exercida pelo particular que de qualquer tipo de *privatização*”. Diz mais o eminente processualista em seu trabalho PRIVATIZAÇÃO DO PROCESSO?: “O que se pode e deve reconhecer é a propensão do nosso tempo - com intensidade variável, segundo o lugar e a matéria - para envolver particulares na atividade de solução de litígios, quer na esfera judicial, quer fora dela. Rotular esse movimento de ‘privatização do processo’, ou ‘da Justiça’ se afigura claramente pouco apropriado”.

**Vantagens** da sugestão que devem ser destacadas:

1) A possibilidade de implantação do projeto mediante simples normas administrativas (Resoluções, provimentos, atos executivos) baixadas pelo próprio Tribunal. Não se poderá dizer que serão normas processuais,

da competência da União, como já se alegou, com certa razão, quando das primeiras tentativas de implantação de outras medidas para aceleração do andamento de ações de pequeno valor. De qualquer modo, a opção de procurar primeiramente o PAJ, embora estimulada, é dos interessados.

2) A criação dos postos, gradual e paulatinamente, conforme as necessidades de cada Comarca, ou seja, dando-se preferência às que apresentem sinais de crescimento maior da população e, conseqüentemente, de demandas nos Juizados Especiais. Ficará sempre adiada a criação dos Postos em cidades em que as Varas Cíveis e Criminais se acham com seus serviços em dia, com pautas de audiências designadas para datas próximas e com as sentenças sendo proferidas no prazo legal.

3) O surgimento possível de uma *solução dos casos do dia*. Com efeito, adotado horário alternativo (após as 18h.), caminha-se para serem entregues no dia seguinte, ao Juizado competente, os casos não solucionados no PAJ. Para isto, se terá criado um Juizado de competência específica, que se instala para solucionar, antes de tudo, os casos trazidos ao Posto apresentados no dia anterior e não solucionados. É a fórmula, que poderia afinal ser adotada para se evitar congestionamento nas pautas distanciadas em meses para a primeira audiência do Juizado Especial.

4) O baixo ou quase nenhum custo na instalação e funcionamento dos Postos (PAJ), na forma sugerida. A remuneração que alguns poucos estados concede a conciliadores, embora de caráter simbólico, na verdade pode ser tomada como estímulo àquela participação maior, com os critérios de cada estado. Como reconhece o Desembargador Wilson Carlos Rodycz, em seu excelente trabalho OS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS NO BRASIL, tal atribuição tem também o caráter honorífico e pessoas abnegadas estarão, com freqüência, disponíveis para aquele trabalho.

#### **Alguns cuidados especiais, ou providências que devem ser levadas em conta na criação dos Postos:**

1) **Defensoria Pública.** Será de todo conveniente que os Postos tenham a presença eventual de um Defensor Público, para prestar assistência aos possíveis beneficiários da gratuidade de justiça. A presença maior de interessados em tais Postos será a dos que têm direito à assistência judiciária.

2) **Divulgação.** Ponto importante na adoção do Programa será o da divulgação dos Juizados Especiais e do atendimento nos Postos. Deve haver publicação de notas ou artigos explicativos sobre o funcionamento e a



importância dos PAJ. As partes serão pessoalmente informadas, sobre a forma de proceder no julgamento dos Juizados, se frustrada ali a tentativa de conciliação.

A explicação, ou ampla divulgação dos Juizados Especiais, é trabalho que se insere no sistema que visa abreviar a prestação jurisdicional sem despesa nas causas de pequeno valor e com mais rápido atendimento inicial. Se atingido esse objetivo, em outra via judicial, ficarão os órgãos ordinários da Justiça mais disponíveis para os feitos de maior complexidade em primeira e segunda instâncias.

Deve haver preocupação em levar ao público a notícia sobre a existência da Justiça de conciliação, que mais se preocupa com a pacificação dos conflitos em forma simples sem traumatizar os contendores mais do que já se acham desgostosos com o próprio litígio.

3) **Prioridade para Cidades de Porte Médio.** Será também de toda conveniência, na criação de Postos de Atendimento Judicial (PAJ), a sua paulatina implantação, primeiramente, em cidades de 30 a 100 mil habitantes, se possível já com experiência do seu Corpo de Guardas Municipal, que possa colaborar no funcionamento do novo setor judicial. Daí a possibilidade de serem celebrados convênios entre o Tribunal de Justiça do Estado e a Prefeitura. Creio que haverá da parte dos Prefeitos predisposição para colaborar na forma que for sugerida pelo Tribunal.

4) **Horário Diferenciado.** Deve ser ressaltado, por último, que a implantação dos Postos de Atendimento Judiciário em muito facilita a adoção de horários alternativos para o público, de acordo com a conveniência local. Essa importante inovação dos Juizados Especiais (Art. 12 da Lei.) será mais facilmente sentida se os PAJ se instalarem, em salas, lojas ou casas cedidas por qualquer entidade da Comarca, especialmente pelas Prefeituras. ◆

# Duração da Eficácia das Medidas Cautelares

WILSON MARQUES

*Desembargador do TJ RJ*

As medidas cautelares nascem sob o signo da transitoriedade.

Visam servir à solução prática e eficiente de outro processo, esta sim definitiva.

Costuma-se dizer que são temporárias e provisórias, expressão que encerra uma certa redundância, pois tudo o que é provisório também é temporário, embora a recíproca não seja verdadeira: o temporário nem sempre é provisório. Existe o temporário definitivo.

O temporário é aquilo que dura um determinado tempo. É aquilo que não é eterno. O provisório também é aquilo que dura um determinado tempo, mas com a peculiaridade de estar à espera de alguma outra coisa, que é a definitiva.

Então, nós podemos dizer que as medidas cautelares são provisórias e dizendo provisórias já estaremos dizendo tudo, sem necessidade de acrescentar que elas são, também, temporárias.

Sendo provisórias, a duração da sua eficácia é limitada.

Duram até que se tornem desnecessárias (fez-se o arresto de bens do devedor, julgou-se procedente o pedido principal e na execução converteu-se o arresto em penhora) ou injustas (o autor perdeu a causa principal).

Mais especificamente, até quando dura a eficácia da medida cautelar?

Cumpra distinguir entre as seguintes situações:

**Primeira:** A medida foi decretada *antes* da instauração do processo principal:

A sua duração está limitada a 30 dias contados da data da efetivação da medida, se, nesse prazo, não for proposta a ação principal (artigos 806 e 808, I)

**Segunda:** A medida foi decretada antes da instauração do processo principal, tendo sido proposta a ação principal no prazo de 30 dias, ou, então, a medida foi decretada depois da instauração da ação principal.

Nestes casos, a medida durará: 1. até que se revele: 1.1: desnecessária (porque já atendido, em termos definitivos o requerente); 1.2: injusta (porque verificada a inexistência do suposto direito a cuja salvaguarda se ordenava a providência).

Na identificação dos dois casos, é necessário fazer uma outra distinção:

A medida foi concedida (liminarmente ou na sentença) e o julgamento do mérito da causa principal foi *favorável* ao autor: Os efeitos da medida cautelar perduram enquanto pendente o processo principal (artigo 807).

Esse processo principal, a que o dispositivo se refere, há de ser entendido em sentido amplo, a abranger o processo de conhecimento, o processo de liquidação e o processo de execução.

Acabou o processo de conhecimento, a eficácia da medida cautelar não cessa. Acabou o de liquidação, também, não. Para a cessação da eficácia da medida é preciso que ocorra o encerramento do processo de conhecimento, do de liquidação e do de execução.

A não ser assim, o dispositivo seria ilógico, porque importaria em retirar do autor a garantia, justamente a partir do momento em que ele demonstrou que o seu direito não é apenas aparente, senão que real.

Em contrapartida, para satisfazer a exigência do artigo 806 do Código de Processo Civil não basta propor a ação de conhecimento, dentro do prazo de trinta dias, contados da data da efetivação da medida cautelar.

É preciso propor, também, dentro do mesmo prazo de trinta dias, contados do em que a ação se tornou proponível, a ação de liquidação e a ação de execução.

A não se entender assim, estaríamos autorizando o autor a fazer, depois do encerramento do processo de conhecimento, aquilo que antes ele não podia fazer: manter, por tempo indefinido, a restrição ao direito de parte contrária.

O artigo 808, III, dá a impressão que cessa a eficácia da medida cautelar, com a sentença, em qualquer caso, pois afirma que a eficácia da medida cautelar cessa “se o juiz julgar extinto o processo principal, com ou sem julgamento do mérito”, não fazendo distinção entre decisão em sentido favorável e decisão em sentido desfavorável ao autor.

Mas, a ser assim chegar-se-ia a resultado evidentemente absurdo: o autor vencedor ficaria privado da medida acautelatória justamente quando se reconheceu a existência do seu direito. Antes, quando havia só a aparên-

cia do seu direito, ele estava garantido. Agora que se sabe que o seu direito não é apenas aparente, mas real, a garantia deixaria de existir.

Dispondo sobre a matéria, o Código português corretamente estabelece que cessa a eficácia da medida cautelar se a ação principal for julgada *improcedente*. (artigo 382, 1, “b”).

No nosso 808, III, temos, então, que fazer o acréscimo indispensável: “...com ou sem julgamento do mérito, *desfavorável* ao autor. Porque, se *favorável*, a eficácia da medida cautelar não cessará com a sentença de extinção do processo principal, com ou sem julgamento do mérito. Cessará somente quando se tornar desnecessária (o arresto foi convertido em penhora; o devedor pagou a dívida etc. etc.)

b) A medida foi concedida (liminarmente ou na sentença) e o julgamento do mérito da causa principal foi *desfavorável* ao autor: Os efeitos da medida cautelar cessam com o julgamento de extinção do processo, com ou sem julgamento do mérito (artigo 808, III).

A expressão “julgamento”, constante do referido dispositivo legal, precisa, no entanto, ser bem entendida.

Não significa o só fato de ser proferida a sentença, porque sujeita a recurso de apelação que, em regra, se recebe no duplo efeito, sem falar no fato de que, julgada a apelação, por maioria de votos, outro recurso, também com efeito suspensivo, poderá ser interposto: o de embargos infringentes. Em todos esses casos, a eficácia do *decisum* fica em suspenso e sem produzir efeitos a decisão recorrida não pode produzir o efeito de fazer cessar a eficácia da medida cautelar.

Seria de pensar, então, que, no caso figurado, a eficácia da medida cautelar cessaria no momento em que se esgotassem os recursos providos de efeito suspensivo - apelação e embargos infringentes - passando a decisão a ser atacável somente por recursos desprovidos daquele efeito - recurso especial e extraordinário.

Tal conclusão, no entanto, bateria de frente contra o artigo 807, de acordo com o qual as medidas cautelares conservam sua eficácia... “na *pendência* do processo principal”...

Obviamente, havendo recurso, mesmo desprovido de efeito suspensivo - especial ou extraordinário - é claro que o processo principal continua pendente e na pendência dele, de acordo com o referido dispositivo legal, as medidas cautelares conservam a sua eficácia.

Portanto, dentro dessa linha de raciocínio, a eficácia da medida cautelar somente cessa *quando transitar em julgado, no processo principal, a deci-*

*são de extinção do processo, com ou sem julgamento do mérito, desfavorável ao autor.*

Cessada a eficácia da medida cautelar, a parte poderá repetir o mesmo pedido, com base em fato ocorrido antes da cessação?

O artigo 808, parágrafo único, estabelece que “se por qualquer motivo cessar a medida, é defeso à parte repetir o pedido, salvo por *novo fundamento*”.

Novo, aí, está no sentido de *diverso, diferente*. Não no de fato ocorrido *posteriormente*.

Portanto, com base em fato *diferente* daquele que foi alegado anteriormente, o pedido poderá ser repetido, mesmo que esse fato diferente tenha ocorrido antes da cessação da medida.

O juiz pode revogar *ex officio* a medida acautelatória que concedeu *initio litis*, ou na sentença de julgamento do mérito da ação cautelar?

Na interpretação do artigo 807, que dispõe sobre a matéria, Galeno Lacerda sustenta que o juiz pode revogar *ex officio* a medida cautelar, concedida *initio litis* ou ao final, dispensando iniciativa do interessado, alegação de fatos novos, propositura de ação e audiência da parte contrária.

Outros autores, como Humberto Theodoro Júnior e José Frederico Marques exigem iniciativa da parte, propositura de ação incidental e contraditório. O último exige, também, alegação de fatos novos.

O entendimento do prof. Galeno Lacerda não nos parece o melhor porque contrário: a) ao princípio da iniciativa: *ne procedat iudex ex officio*; b) ao princípio do contraditório: *audiatur et altera pars*.

Mas a tese de Humberto Theodoro Júnior e de J.J.Frederico Marques também não está imune à críticas: soa como um verdadeiro atentado ao princípio da economia processual exigir, para a simples revogação de medida cautelar, a propositura de ação incidental, com petição inicial, citação, resposta, sentença e apelação, receptível no duplo efeito, à falta de regra expressa em contrário.

Pensamos que, aqui, como alhures, *in medio virtus*. Se admitirmos *petitio simplex*, entranhada nos mesmos autos da ação cautelar, sobre a qual o juiz ouvirá a parte contrária, decidindo em seguida o incidente do processo, teremos atendidos os dois primeiros princípios mencionados (iniciativa e contraditório), sem ofender o terceiro (o da economia processual).

Ao proferir, no processo principal, sentença de mérito desfavorável ao autor, pode o juiz, em decorrência, revogar a medida cautelar que lhe concedeu *initio litis*?

Como acabamos de ver, a revogação da medida cautelar não é efeito da sentença de improcedência do pedido inicial, pois depende de instauração de incidente de revogação, nos moldes referidos.

Portanto, sem que seja instaurado e nele se observem as formalidades legais pertinentes, a revogação da medida cautelar não será admissível, na sentença ou fora dela.

Por outro lado, como também já vimos, a cessação da medida cautelar não é efeito da sentença de improcedência do pedido inicial.

É efeito do trânsito em julgado dessa sentença (artigo 807).

Logo, ao proferir, no processo principal, sentença de mérito desfavorável ao autor, o juiz não pode revogar a medida cautelar que concedeu *initio litis*.

O desaproveitamento do prazo do artigo 806, para propositura da ação principal, obsta a que seja proposta ulteriormente e acarreta a extinção do processo cautelar, sem julgamento do mérito?

O desaproveitamento desse prazo acarreta somente a cessação da eficácia da medida liminar, nunca a extinção do processo cautelar, sem julgamento do mérito (artigo 808, I, c/c 806).

Por mais forte razão, não acarreta, igualmente, a extinção do processo principal, nem impede que seja proposta depois do prazo a ação que dentro dele não foi intentada.

O juiz pode conceder medida cautelar inominada *ex officio*?

Aparentemente, *sim* (artigos 797 e 798).

Mas a resposta tem de ser *não*.

A permissão afrontaria o princípio da iniciativa, consagrado no artigo 2º: *ne procedat iudex ex officio*.

O Código diz que, em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, o juiz determinará medidas cautelares sem a audiência das partes (artigo 807).

Também diz que o juiz poderá determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que um parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação (artigo 808).

Mas não diz que o juiz determinará essas medidas sem que a parte interessada as requeira.

Logo, os referidos dispositivos legais devem ser interpretados de forma sistemática, em harmonia com o artigo 2º de acordo com o qual

“nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais”.

Portanto, nos casos figurados, o juiz deferirá as medidas cautelares, *se a parte as requerer*.

Na hipótese contrária, não.

No sentido do texto: Simpósio de Curitiba, conclusão n° 65.

Em sentido contrário, mas *data venia*, sem razão: Galeno Lacerda. ♦

# A Arguição de Inconstitucionalidade nos Tribunais

(Nova redação do art. 481  
do Código de Processo Civil)

**NAGIB SLAIBI FILHO**

*Juiz de Direito RJ. Professor da EMERJ e da Universidade Salgado de Oliveira*

A Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, dispondendo sobre o processamento de recursos no âmbito dos tribunais, entre outras alterações na legislação processual civil e trabalhista, acresceu ao art. 481 do Código de Processo Civil um parágrafo com a seguinte redação:

*“Art. 481. ....*

*Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.”*

As disposições contidas nos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil implementam procedimento para efetivar a norma decorrente do disposto no art. 97 da Constituição da República, a exigir que somente pelo voto da maioria absoluta dos seus membros ou do respectivo órgão especial poderão os tribunais reconhecer - em controle difuso ou concentrado - a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Os regimentos internos dos tribunais, ao tratar de tal procedimento em atenção ao disposto no art. 96, I, “a”, da Carta Maior, geralmente se remetem às disposições da lei de ritos quanto ao procedimento da arguição de inconstitucionalidade.

Desde logo, ressalte-se que o procedimento previsto nos arts. 480 a 482 da lei processual civil somente é cabível quando houver necessidade do reconhecimento incidental da inconstitucionalidade e não se aplica às ações de inconstitucionalidade ou às representações de inconstitucionalidade pro-



cessadas e julgadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelos Tribunais de Justiça dos Estados (Constituição Federal, arts. 102, I, “a”; 125, § 2º), estas previstas nos regimentos internos dos respectivos tribunais.

O mencionado procedimento é aplicado independentemente de ser federal ou estadual a Constituição objeto de comparação com a norma impugnada, pois o art. 480 refere-se genericamente a “argüida a inconstitucionalidade...”.

De qualquer forma, o denominado *princípio da reserva de plenário* que se extrai do disposto no art. 97 da Constituição é aplicável em qualquer reconhecimento de inconstitucionalidade pelos tribunais, servindo o roteiro dado pelos arts. 480 a 482 da lei processual como procedimento para o reconhecimento incidental - posto o tema de constitucionalidade como questão prévia ao julgamento da causa.

Já quanto ao denominado controle concentrado de constitucionalidade, em que a questão de constitucionalidade é a questão principal da lide, o procedimento é dado pelas disposições regimentais da Suprema Corte e dos Tribunais de Justiça. Nesta modalidade de controle, a atividade dos tribunais reveste-se de evidente caráter legislativo, operando por si só com efeitos *erga omnes*, quer quando suspendem a eficácia da norma impugnada (como na ação direta de inconstitucionalidade e na representação de inconstitucionalidade), quer quando agregam à norma sob exame na ação declaratória de constitucionalidade a eficácia de se tornar imune ao controle incidental.

Desde a Constituição de 1934, vige entre nós a tradição da conduta hoje imposta pelo art. 97 da Constituição, preceituando que *somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público*.

O espírito que levou o legislador constituinte a editar tal comando, na oportuna lição de Pontes de Miranda sobre o art. 116 da revogada ordem magna, foi o *fim político-técnico de prestigiar o ato do poder público, inclusive a lei, só admitindo a desconstituição daquele, ou dessa, por maioria absoluta de votos dos tribunais* (**Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1/69**, Rio, Forense, 1987, tomo III, p. 611).

É que somente se proclama a inconstitucionalidade além de qualquer dúvida razoável (*beyond all reasonable doubt*), mesmo porque *todas as presunções militam a favor da validade de um ato, legislativo ou executi-*

vo; portanto, se a incompetência, a falta de jurisdição ou a inconstitucionalidade, em geral, não estão acima de toda dúvida razoável, interpreta-se e resolve-se pela manutenção do deliberado por qualquer dos três ramos em que se divide o Poder Público. Entre duas exegeses possíveis, prefere-se a que não infirma o ato de autoridade (Carlos Maximiliano, **Hermenêutica e aplicação do Direito**, Rio, Forense, 1996, 16ª ed., p. 307).

Daí porque carecer o órgão fracionário – justamente porque é fração e não o todo - de tribunal de competência funcional para proclamar *ex novo* a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, submetendo-se obrigatoriamente, para tal, aos procedimentos referidos nos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil e às normas regimentais para ensejar a cognição e a decisão da questão incidental pelo plenário ou pelo órgão especial do tribunal.

Se o órgão judiciário não se qualifica como tribunal, nem dele é órgão fracionário - como os milhares de juízos monocráticos que em nosso País têm o dever de conhecer em primeiro grau da esmagadora maioria dos pleitos submetidos ao Poder Judiciário - continua com o poder de, motivadamente, deixar de aplicar nos casos que lhe são submetidos a julgamento a norma que entender incompatível com a Constituição.

Note-se: no reconhecimento incidental da inconstitucionalidade há simplesmente a resolução de questão preliminar ou prejudicial na cognição da causa, dispensando-se os juízes de reproduzir a declaração de inconstitucionalidade no dispositivo da sentença, esta sim, a julgar extinto o processo, com ou sem julgamento do mérito.

Até mesmo o Supremo Tribunal Federal, no reconhecimento incidental de inconstitucionalidade, se vê obrigado a submeter o tema à decisão plenária e, após, a comunicar o resultado à autoridade ou órgão interessado bem como, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal para os fins que estão hoje no art. 52, X, da Constituição (Regimento Interno, art. 178; tal norma é geralmente reproduzida nos regimentos internos dos tribunais de justiça inclusive para fins de comunicação à Assembléia Legislativa).

Se se trata de julgamento da constitucionalidade em ação direta de inconstitucionalidade ou em representação de inconstitucionalidade, por si só, independentemente de comunicação ao órgão legislativo, o reconhecimento da incompatibilidade com a Lei Maior tem efeitos *erga omnes*.

Em conseqüência, também no Supremo Tribunal Federal - cuja função precípua é a guarda da Constituição - não tem as Turmas, em face do

disposto no art. 97 da Constituição, o poder de reconhecer incidentalmente a inconstitucionalidade, embora possam, como todos os demais órgãos fracionários de tribunais, reconhecer a constitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Como o Excelso Pretório é tribunal com poucos integrantes, dispõe o seu Regimento Interno, no art. 177, que *“o Plenário julgará a prejudicial de inconstitucionalidade e as demais questões da causa”*, e o verbete 72 de sua Súmula que *“no julgamento de questão constitucional, vinculada a decisão do Tribunal Superior Eleitoral, não estão impedidos os Ministros do Supremo Tribunal Federal que ali tenham funcionado no mesmo processo, ou no processo originário”*.

Nos tribunais com maior número de membros, norma regimental geralmente atribui ao plenário ou ao respectivo órgão especial tão-somente o julgamento da questão de inconstitucionalidade, e, resolvida a arguição, lavrando-se o respectivo acórdão, devolve-se ao órgão fracionário o julgamento das demais questões da causa. Neste aspecto, diz a Súmula 513 da Suprema Corte que: *“a decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário não é a do plenário, que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (câmaras, grupos ou turmas) que completa o julgamento do feito.”*

Há precedente na Suprema Corte - na linha seguida pela alteração legislativa ora comentada - considerando que, se o Plenário já se pronunciou anteriormente sobre a inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, não há necessidade de remessa dos autos a ele pela Turma, para que novamente aprecie a questão (Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, Agravo de Instrumento nº 169.964-8, do Paraná, relator o Ministro Marco Aurélio, julgado em 26 de setembro de 1995, Diário da União de 3 de novembro de 1995, p. 37.253).

Neste aspecto, vale transcrever a lição de Moniz de Aragão:

*“Como é sabido, casos há em que o julgamento plenário sobre a constitucionalidade acontece no próprio processo em que é suscitada a questão. Outros há, no entanto, em que, diante da multiplicidade de causas sobre o mesmo tema, os diversos órgãos fracionários do tribunal ficam autorizados por disposição regimental a aplicar a decisão plenária independentemente de submeter a matéria ao plenário a cada vez que torne a surgir. Na primeira hipótese, o julgamento sobre a*

*constitucionalidade fica registrado em acórdão entranhado nos autos; na segunda é ele adotado em outros processos, às vezes sem que conste dos respectivos autos o texto da manifestação do plenário. Verificandose esta última situação, o Supremo Tribunal não tem conhecido de recursos extraordinários que abranjam a questão constitucional sem que figure nos autos do processo o acórdão do pleno (ou órgão especial) que a julgara.” (Competência para rescindir o julgamento previsto no art. 97 da Constituição Federal, artigo no livro de **Estudos de Direito Processual em memória de Luiz Machado Guimarães, sob a coordenação de José Carlos Barbosa Moreira, Rio, Forense, 1977, pp. 141/150, item 7.2).***

Esta é a moldura político-jurídica que ensejou a vedação, posta no novel parágrafo do art. 481, aos órgãos fracionários de suscitar a argüição de inconstitucionalidade quando houver precedente pronunciamento sobre o tema do Pleno, ou órgão especial, do mesmo Tribunal ou do Supremo Tribunal Federal.

Se o tema já foi debatido pelo órgão do Tribunal com específica competência funcional - o Pleno ou órgão especial - fere a lógica que, a cada vez que fosse necessária a cognição incidental para a resolução da causa, novamente fosse suscitada a argüição e repetido o procedimento dos arts. 480 a 482 da lei processual.

Basta se ver que temas há que se repetem milhares de vezes no mesmo tribunal, em que o fundamento está restrito à constitucionalidade, como, por exemplo, nas questões tributárias e administrativas. Neste aspecto, pelo exemplo de mais evidência no momento, a inconstitucionalidade da taxa municipal de iluminação pública até mesmo foi proclamada em súmulas dos tribunais de alçada de São Paulo e do Rio de Janeiro, a dispensar novo debate nas centenas de milhares de ações postas em centenas de juízos monocráticos espalhados pelas Comarcas destes dois grandes Estados da Federação: a sumulação do tema foi meio de vincular os órgãos fracionários dos tribunais (mas não os juízos monocráticos!), como, aliás, constava no Regimento Interno do extinto Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro.

Enfatize-se, no entanto, que o parágrafo único do art. 481, ora em comento, limitou-se a referir não a Súmula, mas a “*pronunciamento*” do Pleno ou órgão especial do Tribunal e do Supremo Tribunal Federal.

Então, não se exige a edição de enunciado sumular, este a exigir na sua formulação procedimento específico previsto no regimento interno dos tribunais no denominado incidente de uniformização de jurisprudência.

Pelo que decorre do novel dispositivo, basta que haja decisão plenária que tenha apreciado o tema da inconstitucionalidade para que se vinculem os órgãos fracionários. Parece que o efeito prático de tal disposição será a intensa pesquisa de decisões da Suprema Corte e do pleno dos tribunais sobre a questão de inconstitucionalidade - através dos repositórios de jurisprudência (quanto ao Supremo Tribunal através da Internet no sítio [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br) que felizmente até mesmo dispõe do inteiro teor dos acórdãos) e de informação da Secretaria do Pleno ou órgão especial do respectivo tribunal.

Se a lei se refere à decisão plenária, inexistente vinculação à decisão de relator, ainda que *ad referendum* do Pleno ou órgão especial, que tenha monocraticamente concedido liminar até mesmo em ação ou representação de inconstitucionalidade.

Evidentemente, não se exclui que a decisão plenária tenha sido aquela que se pronunciou em ação direta de inconstitucionalidade ou em representação de inconstitucionalidade, porque nestas o efeito é *ex nunc* (a partir da publicação da decisão ou acórdão que concedeu a medida liminar ou definitiva) para suspender *erga omnes* a eficácia da norma inconstitucional.

Se o reconhecimento da constitucionalidade se deu em ação declaratória de constitucionalidade, mais razão há para que não se suscite a argüição de inconstitucionalidade porque é especial efeito da decisão liminar ou definitiva neste tipo de ação constitucional tornar a lei ou ato normativo imune ao controle incidental.

Evidentemente, o pronunciamento há de atender ao quorum qualificado do art. 97 da Constituição, e a regularidade do procedimento não precisa ser demonstrada a cada passo - com a exibição do inteiro teor do acórdão de origem - porque todos os atos estatais, inclusive os praticados pelos órgãos judiciários, gozam da presunção relativa de legitimidade que os publicistas e o direito pretoriano extraem do disposto no art. 19, II, da Lei Maior.

Vê-se, assim, que mui discretamente, o parágrafo único do art. 481 do Código de Processo Civil cristalizou normativamente o que a doutrina e a jurisprudência admitiam: a vinculação dos tribunais às decisões do Supremo Tribunal Federal no reconhecimento incidental da inconstitucionalidade,

mesmo porque bastava, e ainda basta, ao relator, para não se conhecer de recurso constitucional, o fundamento de que o tema já fora apreciado pelo Excelso Pretório.

Nem se pode argüir de inconstitucional a nova disposição ora em comento, sob o argumento de restringir a autonomia dos tribunais ou dos seus órgãos ou integrantes.

O art. 99 da Constituição garante é a autonomia do Poder Judiciário - e não dos tribunais - e não pode agitar malferimento da autonomia funcional dos juizes aqueles que estão jungidos ao reconhecimento da inconstitucionalidade pelo Plenário ou órgão especial do próprio Tribunal e, no tema constitucional, a Constituição erigiu a Suprema Corte ao papel de seu guardião.

Aliás, se o Tribunal, por seu órgão fracionário ou mesmo pelo Pleno, ignorar a norma proibitiva contida no dispositivo em comento, estará desafiando, de um lado, recurso ao Superior Tribunal de Justiça por vulneração da norma decorrente do disposto no mencionado parágrafo único do art. 481, e, de outro, a reclamação prevista no art. 102, I, "I", da Constituição, a garantir a competência e a autoridade do mais Alto Tribunal do país.

Neste último aspecto, sobre a natureza jurídica e o alcance da reclamação, basta se consultar o extenso acórdão que decidiu a Reclamação nº 383-3, de São Paulo, sob a relatoria do Ministro Moreira Alves (DJU de 2/5/93), em que até mesmo em sede de jurisdição constitucional concentrada foi admitido, por unanimidade, tal remédio assegurado também do princípio da unicidade do Poder Judiciário nacional.

Enfim, continuem os juizes monocráticos na motivada apreciação dos temas constitucionais que se vejam obrigados a enfrentar no julgamento das causas que lhe são submetidas, deixando de aplicar, nos casos concretos, as leis e atos normativos que, a seu ver, sejam incompatíveis com a Constituição.

Mas os tribunais, independentemente de alteração das disposições regimentais, agora estão jungidos aos precedentes, seus e principalmente da Suprema Corte, nas questões constitucionais.

Tais precedentes, se atendido o quorum qualificado referido no art. 97 da Constituição, ganham verdadeiro conteúdo normativo, mais uma vez demonstrando que hoje se mostra vazia e ultrapassada a rígida separação de Poderes e funções estatais que o antigo magistrado, Charles de Secondat, o Barão de Montesquieu, enxergou como fundamento suficiente para acabar com o absolutismo real. ◆

# Dos Ônus da Sucumbência nos Juizados Especiais Cíveis

HELENO RIBEIRO PEREIRA NUNES

*Juiz de Direito do TJ/RJ*

1. **Introdução** - O nosso interesse acerca do tema despertou durante o período em que integramos a Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis da Comarca da Capital, no período compreendido entre os meses de dezembro de 1998 e abril de 1999.

Nas diversas Sessões de Julgamentos das quais participamos, sempre que, na qualidade de relator, votamos no sentido de dar provimento ao recurso interposto, impusemos ao recorrido vencido os ônus da sucumbência, fazendo com que este arcasse com o pagamento das custas processuais e taxa judiciária já adiantadas pelo recorrente, além dos honorários advocatícios.

Contudo, neste aspecto, por diversas vezes, ficamos vencidos, argumentando a maioria que a lei que criou os Juizados Especiais não previu tal hipótese, qual seja, a responsabilidade do recorrido vencido quanto aos ônus decorrentes da sucumbência.

Assim, resolvemos desenvolver um pequeno estudo sistematizado sobre a matéria a fim de melhor explicitarmos o nosso entendimento.

2. **Desenvolvimento do Tema** - A Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, tratou da matéria no seu Capítulo II, Seção XVI, artigos 54 e 55, nos seguintes termos:

*Art. 54 - O acesso ao Juizado Especial independará, no primeiro grau de jurisdição, do pagamento de custas, taxas ou despesas.*

*Parágrafo único - O preparo do recurso, na forma do § 1 do artigo 42 desta Lei, compreenderá todas as despesas processuais, inclusive aquelas dispensadas em primeiro grau de jurisdição, ressalvada a hipótese de assistência judiciária gratuita.*

*Art. 55 - A sentença de primeiro grau não condenará o vencido em custas e honorários de advogado, ressalvados os casos de litigância*

*de má-fé. Em segundo grau, o recorrente vencido pagará as custas e honorários de advogado, que serão fixados entre dez por cento e vinte por cento do valor da condenação ou, não havendo condenação, do valor corrigido da causa.*

*Parágrafo único - (omitido).*

Uma interpretação literal e apressada das normas contidas nos dispositivos legais acima transcritos poderia nos levar à conclusão de que, realmente, somente o recorrente vencido será condenado no pagamento das custas e honorários de advogado. Todavia, já adiantamos, tal conclusão contraria princípios que norteiam o nosso sistema jurídico e, por isso, segundo pensamos, deve ser rejeitada.

Observemos o seguinte exemplo: “A” ajuíza em face de “B” uma ação cobrando uma dívida no valor de mil reais. Em primeiro grau de jurisdição, o pedido é julgado improcedente. “A”, então, entendendo ser bom o seu direito, e segundo admitido na própria Lei nº 9.099/95, interpõe recurso visando ao acolhimento de seu pleito. Para isto, conforme determina o citado texto legal, para poder exercer o direito de recorrer, efetua o pagamento do valor das custas processuais e da taxa judiciária, além de contratar os serviços profissionais de um advogado, pagando os seus honorários. Hipoteticamente, “A” realiza uma despesa no valor de trezentos reais. No julgamento do recurso, “A” obtém êxito e a Turma Recursal, reformando a sentença recorrida, julga procedente o pedido para condenar “B” a pagar, a “A” a quantia de mil reais.

Desde logo, do exame do caso exemplificado, verificamos que, se adotarmos o entendimento de que não se impõem ao recorrido vencido os ônus da sucumbência, chegaremos, *data venia* daqueles que assim se posicionam, a uma conclusão que, a nosso ver, foge da mais comezinha lógica jurídica. Note-se que “A”, a quem o Poder Judiciário, em última instância, reconheceu um crédito de mil reais em relação a “B”, na verdade, teria seu patrimônio diminuído, posto que não poderia se ressarcir das despesas que efetuou com o pagamento das custas processuais, taxa judiciária e honorários de advogado. Estaríamos, portanto, diante de um enriquecimento sem causa do recorrido vencido, que, como sabemos, é amplamente repellido por nosso direito e, o mais surpreendente, que estaria sendo imposto ao recorrente vencedor pela própria Justiça, o que não se concebe.

Sendo assim, faz-se necessária a estruturação de um processo interpretativo que harmonize as normas insculpidas nos artigos 54 e 55 da



Lei nº 9.099/95, aos princípios diretores do nosso direito, de molde a buscarmos o ideal de Justiça.

Recorrendo-se, primeiramente, ao texto constitucional, atentamos que o artigo 5º, inciso LV, da Carta Magna, especificando um dos direitos e garantias nela estabelecidos, dispõe:

*“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”*

Daí se infere que o pedido de revisão da decisão judicial proferida em primeiro grau de jurisdição, através da utilização das vias recursais, entre outros, instrumentaliza o princípio constitucional da ampla defesa. Isto é o que se denominou chamar de duplo grau de jurisdição.

Aliás, neste aspecto, vale ressaltar a lição do renomado jurista e eminente ministro do Supremo Tribunal Federal, José Celso de Mello Filho, ao comentar a anterior Constituição Federal:

*“...As Constituições republicanas, no entanto, embora não garantissem, explicitamente, o sistema do duplo grau, adotaram-no de modo implícito. A própria Carta Federal, ao dispor sobre a competência recursal dos tribunais (v. art. 119, II e III; art. 122, III; arts. 138 e 139, v.g.), institucionalizou a pluralidade dos graus de jurisdição. Por tal razão, pode-se dizer que o princípio do duplo grau de jurisdição existe imanente e implícito, em nosso estatuto constitucional. Os recursos configuram instrumentos de atuação e de concreção desse mesmo princípio. O legislador ordinário não pode tornar imunes à impugnação recursal os atos decisórios emanados do Poder Judiciário...”<sup>1</sup>*

Ressalte-se que a atual Carta Constitucional não se olvidou de garantir a possibilidade de revisão das decisões proferidas em primeiro grau de jurisdição, particularmente, no que se refere aos Juizados Especiais. Preceitua o Texto Maior, em seu artigo 98, e inciso I, *in verbis*:

---

<sup>1</sup> *Constituição Federal Anotada* - 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1 986, p. 437

*Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:*

*I - juizados especiais, providos de juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;*

*II - (omitido)*

Temos, portanto, que, já sob a égide constitucional, sob pena de ferirem-se os princípios da ampla defesa, de forma genérica, e o do duplo grau de jurisdição, de modo especial, não se deve entender que, nos termos do artigo 55, da Lei nº 9099/95, o recorrente vencedor (aquele que teve o seu recurso provido) não possa ser ressarcido das despesas que foi obrigado a realizar para ver satisfeito o seu direito, com a imposição dos ônus da sucumbência ao recorrido vencido.

Entendimento diverso, qual seja, o de que é vedado se condenar o recorrido vencido nos ônus da sucumbência, com certeza, estaria a inibir a utilização de recursos possivelmente procedentes, os quais, na medida em que forem providos pela decisão proferida em segundo grau de jurisdição, estarão a demonstrar a existência de *error in iudicando* na decisão inicial, que justificaram a sua interposição, resultando isto na conclusão evidente de que tal vedação estaria a significar um atentado aos princípios constitucionais anteriormente mencionados.

É verdade que a Lei nº 9.099/95 veio a lume para facilitar o acesso do cidadão à justiça, além de ter por finalidade precípua a rapidez da decisão judicial, como forma inequívoca do pleno exercício dos direitos da cidadania, na medida em que o Poder Judiciário possa, de imediato, responder aqueles que o procuram na esperança de ver realizados os seus anseios.

Desta forma, para se alcançar os objetivos visados, inseriu-se como regra na legislação especial a gratuidade do acesso à justiça em primeiro grau de jurisdição, dispensou-se a obrigatoriedade do advogado em algumas hipóteses, simplificaram-se os procedimentos, além de se instituírem normas objetivando desestimular a interposição de recursos.

No tocante a estas últimas, estipulou-se a obrigatoriedade da assistência de advogado para que a parte possa exercer o direito de recorrer, assim como exigiu-se, salvo nos casos em que a parte é beneficiária da gratuidade de justiça, consoante previsto na Lei nº 1.060/50, o pagamento de todas as despesas dispensadas por ocasião da propositura da ação (custas processuais e taxa judiciária), bem como das despesas inerentes ao próprio recurso, o denominado preparo (artigo 54, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95). Previu-se, outrossim, a imposição dos ônus da sucumbência no caso de desprovimento do recurso apresentado pela parte.

Contudo, todas estas normas que têm a finalidade de inibir a utilização de recursos, na verdade, se dirigem àqueles inconformismos infundados e meramente protelatórios. Os recursos que veiculam uma pretensão procedente e que, por isso, venham a ser providos pela decisão de segundo grau de jurisdição, não podem ser alvos das aludidas normas que procuram demover a parte de dirigir-se à via recursal, eis que, somente se assim se entender, não se estará desrespeitando os princípios constitucionais da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição.

Portanto, repisamos, nada mais lógico e jurídico que, no caso de darse provimento ao recurso interposto pela parte, se condene o recorrido vencido nos ônus da sucumbência (despesas processuais adiantadas pelo recorrente vencedor e honorários de advogado).

Mas não apenas com a análise dos aspectos constitucionais da questão chegamos a tal ilação. A utilização dos processos de interpretação existentes na ciência da hermenêutica nos permitem chegar ao mesmo resultado quanto ao sentido e ao alcance dos dispositivos legais enfocados

Neste ponto, é importante lembrar alguns ensinamentos do festejado jurista Carlos Maximiliano, em sua obra clássica:

*“Preocupa-se a Hermenêutica, sobretudo depois que entraram em função de exegese os dados da Sociologia, com o resultado provável de cada interpretação. Toma-o em alto apreço; orienta-se por ele; varia tendo-o em mira, quando o texto admite mais de um modo de o entender e aplicar. Quanto possível, evita uma consequência incompatível com o bem geral; adapta o dispositivo às idéias vitoriosas entre o povo em cujo seio vigem as expressões de Direito sujeitas a exame.*”

Prefere-se o sentido conducente ao resultado mais razoável, que melhor corresponda às necessidades da prática, e lhe seja mais humano, benigno, suave.

*É antes de crer que o legislador haja querido exprimir o conseqüente e adequado à espécie do que o evidentemente injusto, descabido, inaplicável, sem efeito. Portanto, dentro da letra expressa procure-se a interpretação que conduza a melhor conseqüência para a coletividade.”<sup>2</sup>*

Levando em linha de conta as lições extraídas dos ensinamentos do culto jurista, pensamos ser possível interpretarem-se as normas contidas nos citados artigos 54 e 55, da Lei nº 9.099/95, de forma mais consentânea com os princípios que inspiram o direito processual pátrio.

Destarte, o *caput* do artigo 54, da Lei dos Juizados Especiais, enuncia o princípio da gratuidade a vigorar em primeiro grau de jurisdição, para, em seguida, em seu parágrafo único, preconizar a necessidade do pagamento das despesas processuais, para permitir o acesso ao segundo grau de jurisdição, o que mostra a existência, nesta instância, de uma aproximação com os preceitos inerentes à justiça comum.

O *caput* do artigo 55, por seu turno, explicitando as conseqüências jurídicas para as partes dos princípios anunciados no dispositivo legal anterior, prevê que a sentença de primeiro grau não condenará o vencido em custas e honorários advocatícios, com exceção dos casos de litigância de má-fé, e que, em segundo grau de jurisdição, o recorrente vencido, à semelhança do autor vencido na justiça comum, pagará as custas e honorários de advogado, que serão fixados segundo os critérios ali estabelecidos.

Observamos, portanto, que a legislação especial, depois de regular o caso em que o recorrente restou vencido, é omissa quanto às hipóteses em que este obtém êxito total ou parcial de seu recurso. Tal lacuna torna imperiosa a integração da norma jurídica, pela adoção da analogia, dos costumes ou dos princípios gerais do direito (artigo 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil).

Abre-se, então, ensejo para que as regras e os princípios contidos no Código de Processo Civil acerca do tema sejam utilizados, subsidiariamente, e por analogia, nas hipóteses não previstas na Lei nº 9.099/95. Anote-se que o estatuto processual é a lei geral do processo, cujas normas aplicam-se

---

<sup>2</sup> *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 8ª ed - Rio de Janeiro. Freitas Bastos, 1965, p. 177.

subsidiariamente toda vez que a lei especial não regulamenta a matéria de forma específica.

Relativamente ao princípio da sucumbência no processo civil, anota o Professor Humberto Theodoro Júnior, citando Andrioli: “ Assenta-se ele na idéia fundamental de que o processo não deve redundar em prejuízo da parte que tem razão. Por isso mesmo, a responsabilidade financeira decorrente da sucumbência é objetiva e prescinde de qualquer culpa do litigante derrotado no pleito judiciário. Para sua incidência basta, portanto, o resultado negativo da solução da causa, em relação à parte.”<sup>3</sup>

Destaque-se ainda a lição citada pelo eminente Desembargador e Professor Yussef Said Cahali sobre o tema em foco: “preside a matéria da sucumbência, a teoria da causalidade; por esta, quem litiga o faz a seu risco, expondo-se, pelo só fato de sucumbir, ao pagamento das despesas. Os honorários advocatícios, como conteúdo das despesas, são devidos sempre que a atuação do litigante exigir, para parte adversa, providência em defesa de seus interesses.”<sup>4</sup>

Dito isto, temos então que, em sede dos Juizados Especiais Cíveis, se o recorrente obtiver êxito total em seu recurso, ou seja, se o mesmo for integralmente provido, incide, por analogia, a regra prevista no artigo 20, *caput*, do Código de Processo Civil, devendo o acórdão da Turma Recursal condenar o recorrido vencido nas despesas processuais pagas pelo recorrente vencedor e os honorários advocatícios.

Quando o provimento do recurso interposto for apenas parcial, cada litigante (recorrente e recorrido) será em parte vencedor e vencido, caracterizando-se a chamada sucumbência recíproca, pelo que aplicam-se, também por analogia, as normas do artigo 21, do Estatuto Processual Civil, sendo recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas.

Todavia, se em consequência do provimento parcial do recurso interposto, a modificação da sentença de primeiro grau for mínima no que se refere ao direito reconhecido ao recorrido, ou seja, se a Turma Recursal acolher parte mínima do pedido veiculado no recurso, incide, analogamente, a regra do artigo 21, parágrafo único, do Código de Processo Civil, respondendo o recorrente, por inteiro, pelas despesas e honorários de advogado.

---

<sup>3</sup> *Curso de Direito Processual Civil*, 3ª ed. - Rio de Janeiro: Forense; 1987; p.96

<sup>4</sup> *Honorários Advocatícios*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 46.

Igualmente, sendo diversos os recorrentes ou recorridos, os vencidos respondem pelas despesas e honorários em proporção, também por aplicação análoga da norma inserida no artigo 23, do aludido diploma legal.

Registre-se que, no caso de sucumbência recíproca, pensamos que, quando da execução da decisão judicial, do crédito porventura reconhecido ao recorrido, decorrente do pedido meritório, deve ser abatido o valor oriundo dos ônus da sucumbência que ficaram a seu cargo, em virtude do provimento parcial que se deu ao recurso.

Finalizando, não procede o argumento no sentido de que é impossível condenar-se o recorrido vencido nos ônus da sucumbência, uma vez que, tratando-se o recorrente de pessoa jurídica, este não poderia promover a execução dos ônus da sucumbência no Juizado Especial, em virtude da vedação contida no artigo 8º, da Lei nº 9.099/95.

Embora a matéria não seja objeto deste trabalho e, por isso, talvez merecesse um estudo mais aprofundado, entendemos que, na hipótese, não se aplica a norma do citado artigo 8º, eis que, ali, se veda tão-somente a propositura da ação por pessoa jurídica. No entanto, no caso em tela, a hipótese será a da execução de um julgado proferido em um processo em que a pessoa jurídica foi parte, e, deste modo, a competência do Juizado Especial estaria fixada na norma inscrita no artigo 3º, § 1º, inciso I, do mencionado texto legal.

**3. Conclusões** - As normas previstas na Lei nº 9.099/95, que visam a desestimular a utilização dos recursos, sob pena de violarem os princípios constitucionais da ampla defesa, de forma genérica, e do duplo grau de jurisdição, de maneira específica, somente podem ter em mira aqueles inconformismos infundados e protelatórios.

Todo processo interpretativo visa a um resultado razoável, conducente à melhor consequência para a coletividade, e a falta de imposição ao recorrido vencido dos ônus da sucumbência acarreta, em algumas hipóteses, o seu enriquecimento sem causa, em detrimento do recorrente vencedor, o que é rejeitado pelo direito pátrio.

A lei especial que regulamenta os Juizados Especiais Cíveis e Criminais é omissa no tocante à hipótese em que o recorrente obtém êxito total ou parcial do seu recurso, pelo que, utilizando-se as regras de integração da norma jurídica, aplicam-se, subsidiária e analogamente, as disposições e princípios do Código de Processo Civil acerca da matéria, que é a lei geral do processo. ♦

# A Universidade e a Formação dos Juízes

FELIPPE AUGUSTO DE MIRANDA ROSA

*Desembargador aposentado do TJRJ e Professor*

Os concursos para admissão na carreira da magistratura têm evidenciado que o grau de preparação da maioria dos candidatos é muito precário, do que resulta uma aprovação restrita e insuficiente para o preenchimento das vagas existentes. O problema é nacional, ocorrendo nas justiças estaduais e nos ramos do Poder Judiciário federal.

Isso indica, desde logo, a existência de pelo menos uma causa comum e persistente, que está a toda evidência na formação dos profissionais do direito. O insuficiente preparo dos bacharéis que saem das faculdades de ensino jurídico está minando a qualidade global desses jovens (alguns não tanto) que buscam na formação profissional as bases para sua atuação na vida prática.

Essa é a razão pela qual várias instituições estão realizando estudos sobre o curso de direito, tendo como mote o chamado “provão”, parte do processo avaliativo do Ministério da Educação, aplicado as escolas de direito. Instituições como a Ordem dos Advogados do Brasil e a mídia em geral têm abordado a matéria reiteradamente como um problema básico na formação profissional. Ainda há pouco foi publicado o resultado de uma pesquisa organizada sob a direção da Professora Eliane Junqueira, em que se questiona se as faculdades de direito são “fábricas de ilusões”. Tais abordagens realçam a importância do assunto.

É claro que a preparação dos profissionais do direito em geral é assunto relevantíssimo quando se pensa na formação dos magistrados. Estes devem ser escolhidos, como o são, em concursos severos nos quais os tribunais procuram investigar, além de outros dados, o grau de conhecimento jurídico dos candidatos. De fato, não se admite o ingresso na magistratura de bacharéis despreparados ou insuficientemente preparados em matéria jurídica. Daí o rigor dos concursos de seleção e o baixo número dos aprovados, o que revela também a preocupação do próprio Poder Judiciário no recrutamento de seus novos componentes.

Entre os problemas relativos a formação nos cursos de direito, o dos currículos tem sido dos mais discutidos. Várias tendências têm sido identificadas, a primeira delas, mais tradicional, no sentido da manutenção da antiga estrutura curricular profissionalizante, como espinha dorsal de uma formação que tende a se ramificar e especializar nos cursos de pós-graduação e na experiência profissional. Uma segunda tendência é no sentido da adoção do que se chama “modernização”, consistente na inclusão de novas disciplinas profissionais, como resposta às novas realidades da vida jurídica e aos avanços do conhecimento especializado.

Relacionada com essa segunda tendência está a abertura dos currículos para certas matérias consideradas introdutórias ou de base geral, para enriquecer a formação dos novos advogados com conhecimentos multidisciplinares que possam ampliar sua percepção da realidade sócio-cultural e sócio-econômica em que circulam os problemas legais.

A estrutura dos cursos é, assim, a primeira preocupação nas discussões para o aperfeiçoamento do ensino jurídico, ligada, portanto, à escolha das disciplinas neles lecionadas e também à maneira em que se sucedem as matérias ao longo do curso, de modo a garantir uma progressão lógica na formação dos estudantes. A inclusão dos chamados “sistemas de créditos” tem dado lugar a debates variados, sofrendo alguma oposição dos partidários da fórmula tradicional do ensino seriado, principalmente porque parece quebrar a estrutura lógica e progressiva dos estudos.

De outro lado, o rigor na apuração do aprendizado é focalizado como essencial em qualquer reforma do ensino do direito, sabido como é que muitas instituições de ensino facilitam em excesso a aprovação dos estudantes, mediante provas banais que não revelam, na realidade, o grau de aprendizado. Esse é um aspecto extremamente grave na vida universitária brasileira e que tem sido apontado freqüentemente nas avaliações dos respectivos cursos. Outro, é a insuficiência dos recursos materiais à disposição dos estudantes, como instalações adequadas ao estudo de cada disciplina, bibliotecas e documentação básica, hoje enriquecida pelo uso da informática, tudo o que é na verdade essencial na preparação dos novos advogados, entre os quais se escolhem os novos magistrados.

Uma articulação desejável nas providências para enfrentar as dificuldades acima apontadas (e outras) impõe-se na tentativa de aperfeiçoamento do ensino jurídico. Não somente os concursos para ingresso na magistratura têm apontado as lacunas referidas. A observação da atividade profissional



de muitos advogados, felizmente não todos, revela os problemas mencionados e sua gravidade. Isso se reflete, é lógico, na formação dos futuros juizes, como tem sido demonstrado e dificulta o trabalho de aperfeiçoamento que os tribunais e, mais recentemente, as Escolas da Magistratura têm feito para a melhor qualificação dos membros do Poder Judiciário. Exemplo de tal esforço é o da EMERJ - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, entre outras, onde se realizam cursos intensos teóricos e práticos para adequar os novos juizes, recentemente aprovados nos concursos, às funções a que se destinam, em um processo de estágio e observação no período legal de vitaliciamento, com o auxílio e os conselhos de magistrados mais antigos e até já aposentados.

A articulação entre o ensino do direito nas universidades e a seleção, bem como o aperfeiçoamento dos juizes é assim evidente e merece redobrada atenção de toda a comunidade, em especial dos próprios profissionais do direito. ♦

# Polícia e Judiciário: Relações e Conflitos

**JOÃO MARCELLO DE ARAUJO JUNIOR**

*Prof. Dr. h. c. Professor Titular de Direito Penal da UERJ (aposentado). Diretor da Faculdade de Direito de Valença; Secretário-Geral Adjunto da AIDP.*

**1. Introdução** - O tema, “Polícia e Judiciário: relações e conflitos”, à primeira vista, pode conduzir-nos ao exame de certas relações conflituosas, de natureza prática, que se estebelecem entre a Polícia e a Justiça, com muita frequência, conseqüentes do exercício cotidiano das funções de cada uma dessas Agências de controle social. Relações conflituosas essas, que poderiam ser exemplificadas com episódios como aquele que, antes da entrada em vigor do atual Código de Processo Penal italiano, tivemos oportunidade de vivenciar em Milão. Vejamos:

Num início de primavera, estávamos na Estação Ferroviária de Milano Termini, juntamente com o hoje Desembargador paulista, Pedro Luiz Gagliardi, recém-chegados de um belíssimo passeio pelo Lago de Commo e de uma estupenda “seratta” no Cassino de Lugano (Campeone d’Ítália). Terminávamos nossa participação em mais um dos Congressos do CIRGIS, sociedade científica da qual somos diretores. Estávamos no lado externo da Estação, quando se acercaram umas ciganas, portando cartazes. Uma delas colocou um papel bem próximo ao rosto do Desembargador para encobrir sua visão, enquanto outra, num gesto muito rápido, “bateu-lhe” a carteira. Antes mesmo que, o então Juiz de Alçada Criminal, desse conta de que havia sido furtado, um homem, de camisa polo surrada e calças jeans, deteve a cigana e recuperou a carteira. Era um policial italiano, que nos conduziu a um conjunto de pequenas salas no interior da Estação, juntamente com a “zingara”. Lá chegando, a primeira coisa que o policial fez foi dar umas... “bofetadas” na mulher, que ficou razoavelmente machucada. Em seguida, diante do nosso ar de espanto e reprovação e sem que nos identificássemos, o policial justificou-se, dizendo:

- “Vocês são turistas e, certamente, não querem perder tempo com a burocracia da Polícia e da Justiça. Além disso, como não anotei o nome de outras testemunhas, e, por isso, mesmo que fosse lavrado um auto de prisão

em flagrante, ela, em um ou dois dias, estará na rua outra vez, pois como vocês devem saber, *a Polícia prende e o Juiz solta*. Assim, será melhor que ela receba um corretivo aqui, no posto policial, que a deixará de “molho” por uns dias, do que se perca tempo com formalidades inúteis. Além disso, vocês já recuperaram a carteira e não perderão tempo com o magistrado de instrução. O Pretor daqui é um “chato”.

Entramos calados e saímos em silêncio daquele lugar sombrio. Uma vez na rua, mais ou menos envergonhados, despedimo-nos do Dr. Gagliardi, que estava muito irritado, ainda mais, porque o colega dele italiano fora desconsiderado (por ter sido chamado de “chato”) e fomos, cada um, para o seu “albergue”, sem dizer mais palavras.

Durante o trajeto para o hotel, ficamos como que ruminando a frase: “a polícia prende e o juiz solta”. Essa mesma frase já ouvimos, algumas vezes, no Brasil.

Hoje, passados alguns anos, voltamos ao tema, não com o interesse prático, vulgar mesmo, que ele nos despertou outrora, mas sim para fazer uma reflexão teórica sobre as causas profundas dessas relações conflituosas.

Resolvemos “pensar em voz alta” sobre a crise atual do Sistema de Justiça Penal, ou seja, sobre a tensão existente entre *segurança e liberdade*, ou, em outras palavras, entre *prevenção e garantias*, ou ainda, entre *legalidade e política criminal*. Vamos ao assunto.

Como sabemos, a Polícia e a Justiça fazem parte daquilo que se convencionou chamar o “Sistema de Justiça Penal” e, a nosso juízo, é justamente, da tensão existente na estrutura e no funcionamento desse Sistema, que nascem os choques entre as duas instituições, que deveriam conviver harmoniosamente, para garantia dos direitos fundamentais e da segurança social.

**2 - O Sistema de Justiça Penal** - Iniciaremos este estudo através da tentativa de estabelecer um conceito de “Sistema de Justiça Penal.

O Prof. Jean Pradel, Catedrático da Faculdade de Direito de Poitiers, em livro recentíssimo, publicado sob os auspícios da Association Internationale de Droit Pénal<sup>1</sup>, da qual somos diretores, nos ensina que, por *sistema* se deve entender um conjunto, no qual as partes devem se harmonizar e combinar, sem que se firam. Citando o dicionário de Littré, sintetiza: sistema é “un composé de parties, coordonnées entre elles”.

<sup>1</sup> *Jean Pradel*: Procédure pénale comparée dans les systèmes modernes; Nouvelles Etudes Pénales, n° 15, 1998, Èrès/AIDP, p. 135.

Mais adiante, afirma que a expressão sistema de justiça penal pode ser entendida em duas acepções, que se rivalizam: no conceito amplo, incluem-se todas as fases da reação social ao fenômeno criminal, desde a criminalização primária de certos comportamentos, que é feita pelo legislador, até o momento da execução de uma condenação, passando pela investigação, pelo processo, pelo julgamento, conjunto este que forma aquilo que se convencionou chamar de criminalização secundária. Em sentido estrito, o Sistema de Justiça Penal limita-se à investigação, ao processo e ao julgamento, ou seja, à criminalização secundária.

O conceito estrito será aquele com o qual iremos trabalhar, embora preferíssemos incluir nele, também, a execução.

Diante disso, verificamos que o Sistema de Justiça Penal, em sentido estrito, está composto pela Polícia que investiga, pelo Ministério Público que promove a ação penal, pelo Judiciário que julga, formando cada um deles um subsistema. Esses subsistemas, devem funcionar, como se disse, harmônica e combinadamente.

Neste estudo, pelo título do trabalho, nos interessaria, apenas, examinar dois desses subsistemas: a Polícia e o Judiciário, entretanto tal tarefa seria extremamente difícil de ser executada e incompleta, se não tratássemos do Judiciário englobadamente com o Ministério Público, que está situado entre os dois subsistemas limites e serve de elo entre eles.

**3 - O Subsistema Policial** - Antes de entrarmos diretamente na análise desse subsistema, é preciso aclarar uma incerteza existente no campo conceitual, relativamente à própria noção de polícia ou de função de polícia e suas relações com a organização e o funcionamento político da sociedade.

Nossa primeira missão será fixar e tornar claro o próprio vocabulário, precisando o sentido e o conteúdo da palavra “polícia”, para fugirmos do seu emprego vulgar.

A palavra “polícia” é polissêmica e, por isso pode ser tomada em dezenas de sentidos. A pesquisa entretanto deve centrar-se na ordem funcional, pois historicamente, parece que a função precedeu o órgão. Por isso, devemos fixar o conceito de polícia através do sentido da expressão *função policial* ou *função de polícia*, que não deve se confundir com “poder de polícia”, que é próprio do Direito Administrativo.

Assim, na França, como lembra Jean-Louis Loubel del Bayle, o Código do Brumário do ano IV, já estabelecia que “a polícia é instituída para

manter a ordem pública, a liberdade, a propriedade, a segurança individual”. De forma mais explícita o mesmo autor nos conduz à Grande Enciclopédia de 1910, onde se afirma que “não se conhece uma sociedade razoavelmente organizada, na qual não exista um poder de polícia que assegure a seus membros a segurança interior, reprima e previna os crimes e, por outro lado, assegure a obediência aos representantes do Estado e as prescrições ditadas por seus chefes”.<sup>2</sup>

Essas definições, escolhidas ao acaso, evidenciam o liame existente entre a noção de polícia e a de ordem social ou organização social e ordem política. Portanto, a função policial e, conseqüentemente, a polícia, está ligada a existência de relações sociais e às regras de funcionamento que garantem a convivência social e a supremacia do grupo que dispõe do poder de fazer as leis. Daí poder-se afirmar, utilizando-se de uma expressão da sociologia anglo-saxônica, que a função policial é uma função de *controle social*, entendido este como o processo destinado a assegurar a conformidade das condutas às regras estabelecidas, para resguardar entre os membros de uma determinada coletividade o denominador comum necessário à coesão e ao funcionamento dessa coletividade. Por outro lado, o controle social se destina ainda a desencorajar todas as formas de inconformismo às normas estabelecidas.<sup>3</sup> Neste ponto, devemos deixar bem claro que se o conceito de polícia parece inevitavelmente ligado ao de controle social, não queremos com isso afirmar que a recíproca seja verdadeira, ou seja, que toda forma de controle social seja de natureza policial. *A polícia exerce o controle social negativo e externo*, ou seja, aquele que importa na aplicação de sanções e escapa ao próprio sistema interior de autocontrole decorrente da autodisciplina individual, fundada em um sentimento interior de obrigação moral.

O controle social negativo externo faz com que intervenham diretamente pressões sociais exteriores ameaçando os indivíduos de modo a que atuem segundo as normas estabelecidas.

Esse controle social externo, por sua vez, pode ser de dupla natureza: *imediate* ou *institucional*. Imediate é a reação social espontânea exercida

---

<sup>2</sup> Jean-Louis Loubel del Bayle: La Police. Approche socio-politique; Montchrestien, Paris, 1992, p.16.

<sup>3</sup> Rocher, G.: Introduction à la Sociologie Général; Paris, 1970, 55.

pelo próprio grupo como grupo. Assim, os seus membros se afastam do infrator, negam-lhe o cumprimento, criticam-no publicamente e, às vezes, chegam ao linchamento.

Já o controle social *institucional* caracteriza-se por uma pressão social menos direta, tendo caráter mediato e é realizada por uma instituição, mais ou menos organizada, que se manifesta nos casos de desvio, intervindo em nome da coletividade. É nesse momento que surge a *função policial*. Nela a missão de controle social não é confiada indistintamente a todos os membros da coletividade, mas sim a um grupo selecionado, específico, que se investe desse poder de atuação, em nome do poder social. Tal investidura dá direção às intervenções coercitivas, ou seja, à segurança, e esta, por sua vez, dá à função policial o direito ao uso da força.

Obviamente, a função policial não se esgota no uso da força, pois dispõe de outros meios de ação e de influência, mas essa possibilidade última do recurso ao confronto físico é que revela a especificidade da função policial, pois é isto que a distingue das outras instâncias às quais estão atribuídas funções de controle social.

Desse breve esboço, verificamos que a polícia é uma *instância formal de controle social*, cuja característica mais marcante reside na possibilidade do uso da força para a realização da sua função. Sua atuação está, fundamentalmente, direcionada no sentido de uma *prevenção geral e especial do crime, de caráter negativo*, ou seja, no sentido de uma atuação *punitivo-retributiva, inspirada na idéia de segurança*.

Nessas condições, uma polícia historicamente assim constituída atua *inquisitorialmente* e, conseqüentemente, com grande dose de arbítrio, pois, como já dissemos, sua preocupação primária é a segurança e não a garantia do livre exercício dos direitos e garantias individuais.

Manter e restabelecer a ordem pública, prevenir e reprimir os crimes, obviamente são missões da polícia. Estas, entretanto, devem ser executadas porque a desordem e o crime limitam ou impedem o exercício dos direitos e garantias individuais e não por ser a atividade policial a expressão pura e simples da autoridade do Estado.

A legislação processual penal brasileira, infelizmente, não ficou imune a essa concepção primitiva de polícia, tanto assim, que, lhe destinou a missão de realizar a instrução criminal preliminar, e a tal ponto, que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, contrariando posição do Su-

premo Tribunal Federal<sup>4</sup>, chegou a decidir que o Ministério Público não pode conduzir investigação de natureza criminal, sob o fundamento de que tal atribuição é exclusiva da polícia judiciária<sup>5</sup>. Tal instrução preliminar é manifestamente inquisitorial e incontrolada, muitas vezes arbitrária e cruel, que alcança diretamente os direitos individuais fundamentais. A função de garantia, portanto, ficou relegada para plano inferior.

Para provar o que acabamos de dizer, basta que se atente para a *liberdade fundamental de ir e vir*. A polícia é a principal instituição social investida do poder de violar tal direito. A lei processual penal lhe outorga o dever funcional inafastável de prender em flagrante quem tenha praticado um ato com aparência de delito. Da mesma forma, a polícia, por direito próprio, movimentou o Sistema de Justiça Penal, através do inquérito policial. Trata-se do *princípio da oficialidade da atuação policial*.

Diante da aparência de um delito a polícia inevitavelmente atua, pois “a fase investigatória, prévia ao oferecimento da acusação, é atribuída à polícia judiciária, que atua autonomamente, contando apenas com o controle externo do Ministério Público”<sup>6</sup>. Em razão disso, a polícia, como lembram Figueiredo Dias e Costa Andrade, dispõe de “um espaço de liberdade de ação concreta... que ultrapassa largamente as margens dentro das quais a lei permite a intervenção de considerações de oportunidade”<sup>7</sup>.

O inquérito policial é um instrumento poderosíssimo colocado pela lei à disposição da polícia. Trata-se de um procedimento de natureza administrativa, de caráter cauteloso, que ao mesmo tempo contém uma investigação e uma instrução<sup>8</sup> acerca de fato supostamente definido como crime e que envolve importante limitação à liberdade individual.

No inquérito a apuração dos fatos é sigilosa, podendo até gerar o pedido de incomunicabilidade do indigitado autor, ou sua prisão provisória.

---

<sup>4</sup> STF, HC nº 75.769-3/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Octavio Gallotti, v. u. j. em 30.09.07, DJU de 28.11.97)

<sup>5</sup> HC nº 615/96, 1ª C. Crim. rel. juiz convocado Silvio Teixeira, DOERJ de 26.08.96)

<sup>6</sup> *Ada Pellegrini Grinover: The Criminal Justice Systems Facing The Challenge Of Organized Crime Preparatory Colloquium - Guadalajara, México; in Ada Pellegrini Grinover, Damásio E. de Jesus, João Marcello de Araujo Junior e Raúl Cervini: Crime Organizado, GBAIDP, Valença, Editora Valença, 1998, p. 24, no prelo.*

<sup>7</sup> *Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade. Criminologia - o homem delinqüente e a sociedade criminógena; Coimbra, Editora Coimbra, 1984, p. 446.*

<sup>8</sup> *Sérgio Marcos de Moraes Pitombo: A Polícia Judiciária as Regras Orientadoras do Processo Penal; in Ada Pellegrini Grinover et alii: A Polícia à Luz do Direito, RT, São Paulo, 1991, p. 35.*

Há poder de apreensão de coisas e de devolução de outras. A autoridade policial pode exumar cadáveres, representar sobre a necessidade de exame da sanidade mental, promover perícias, expedir ordens de busca e apreensão; arbitrar fianças; representar pela prisão preventiva. Além disso, com o inquérito policial não se busca uma verdade material, como numa instrução probatória de caráter contraditório. O inquérito busca uma verdade formal, inquisitorial, ou seja, *descobrir autores para serem punidos, em uma palavra, segurança*.

Todo esse poder aliado aos fundamentos históricos da polícia conduzem a instituição a posicionar-se de uma maneira um tanto exótica como subsistema do sistema penal. O arbítrio e a força são suas duas grandes características, características essas às quais se pode acrescentar a submissão ao poder político do grupo dominante. A Polícia, forte e arbitrária, com poder até sobre a vida dos indivíduos, coloca-se a serviço do Estado e não da sociedade e, por via do conseqüência, a serviço dos grupos hegemônicos dentro da sociedade. Sua atuação, como dissemos, é repressiva e quando atua preventivamente, em matéria criminal, o faz através do polo negativo. A polícia simboliza a imagem do “proibido”, quando deveria, em verdade, representar o árduo papel de estar à disposição dos cidadãos permanentemente para dar solução a todas as urgências e emergências sociais, tudo com os olhos fitos na garantia dos direitos individuais.

Essa, a nosso juízo, a realidade teórica e prática do subsistema policial, que trabalha para alimentar um outro subsistema, ou seja, o subsistema judicial, porém a tensão existente entre ambos é manifesta. Daí a razão da crise atual, que reflete a questão política e econômica do nosso tempo, pois, o projeto globalizador exige segurança, enquanto o que nos resta de subjetividade exige garantias<sup>9</sup>.

**4. O Subsistema Judicial** - O Subsistema Judicial estrutura-se e atua em torno de outros valores, diversos daqueles até aqui expostos, dentre os quais avultam as garantias. O Subsistema Judicial, nele incluído o Ministério Público, vê no Sistema de Justiça Penal, um instrumento de política criminal e não, apenas, um verificador de culpa e aplicador de penas legais.

---

<sup>9</sup> João Marcello de Araujo Junior: O Direito Penal Contemporâneo - fundamentos; Revista do Ministério Público, Rio de Janeiro, nº 6 - jul-dez, 1997, p. 91



Inacreditavelmente, essa visão do Sistema de Justiça Penal somente começou a instalar-se em nosso âmbito cultural, a partir dos anos setenta, quando ocorreu a ruptura definitiva com esquema tradicional retributivo. Tentaremos trocar isso em miúdos.

O esquema tradicional retributivo, segundo Pagliaro, procurava orientar a conduta humana por meio da intimidação e da emenda<sup>10</sup>. Tal esquema doutrinário podia ser assim sintetizado: “o bem deve ser recompensado com o bem e o mal punido com o mal”. A retribuição, segundo a dialética hegeliana dos opostos, era a negação de uma negação e, por isso, a reafirmação do poder estatal.

Como se pode depreender do que acabou de ser dito, o tradicional esquema retributivo pretendia legitimar-se por si mesmo, uma vez que tinha como objetivo *fazer justiça*, compensando a culpa do autor com a pena. Essa idéia de justiça através da compensação entre a culpa e a pena é racionalmente indemonstrável, assumindo, por essa razão, caráter puramente metafísico.

O pensamento retributivo, já vimos, é próprio da polícia e pressupõe um Estado quase absoluto. Daí a lúcida observação de Figueiredo Dias, segundo a qual, não se pode hoje, em verdade, deixar de reconhecer a incompatibilidade entre a idéia de Estado de Direito Democrático e Social e a imposição de penas em nome de exigências de retribuição e expiação, de caráter metafísico<sup>11</sup>.

Hoje, a concepção teórica do Sistema de Justiça Penal mudou, passando a ter um novo paradigma. Hoje, às vésperas do terceiro milênio, o Sistema de Justiça Penal não tem mais por finalidade fazer justiça, mas sim fazer funcionar a sociedade.

A essa conclusão já havia chegado, desde 1966, o célebre Projeto Alternativo alemão, que, em seu Preâmbulo, afirmava que o fenômeno punitivo se constitui de “uma amarga necessidade da comunidade de seres imperfeitos, que são os homens”. *A necessidade de manutenção da convivência é que exige a atividade punitiva. É assim que o Subsistema Judicial encara a sua função.* A Criminologia canadense, tendo á frente Álvaro Pena

---

<sup>10</sup> Antonio Pagliaro: Principi di Diritto Penale, parte generale; 5ª ed., Dott. A. Giuffrè, Milão, 1996, p. 3 e mais amplamente, p. 675 e ss.

<sup>11</sup> Jorge de Figueiredo Dias: Direito Penal Português. As conseqüências jurídicas do crime; Aequitas., Lisboa, 1993, p. 61.

Pires, Denis Szabo, Maurice Cusson, Marc le Blanc e outros, desde há muito, havia chegado a essa mesma conclusão, como se pode observar durante o X Congresso Internacional de Criminologia (Hamburgo, 1988).

*A função judicial é, portanto, realizar concretamente a Política Criminal e não fazer justiça abstrata, como se dizia antigamente.* Nesse sentido, embora com uma visão ressocializadora, é a lição de Alvaro Mayrink da Costa, que traduzindo Marc Ancel afirma “o delinqüente não poderá mais ser submetido à justiça penal unicamente para fins expiatórios, de vingança, ou de retribuição na luta contra o delito”<sup>12</sup>

Os anos setenta e os primeiros dos oitenta foram marcados por três grandes movimentos de política criminal. Na Aula Inaugural do Curso Jurídico da UERJ, que ministramos no ano de 1983, fizemos o primeiro exame desses movimentos, ou seja, dos movimentos de Lei e Ordem, da Novíssima Defesa Social e da Política Criminal Alternativa.

Contemporaneamente, aqueles três movimentos evoluíram e adquiriram roupagem e substrato novo. O pensamento político criminal atual, divide-se, também em três vertentes, denominadas: ressocializadora, abolicionista e garantista.

A despeito de possuírem algumas características próprias, essas três correntes *têm por objetivo garantir a convivência, fazendo com que a sociedade funcione.*

Assim, o movimento de ressocialização busca garantir a convivência através de uma função preventiva, de real proteção da sociedade. Com a pena busca promover a reinserção social do condenado, reduzindo com isso a taxa de reincidência. A teoria ressocializadora não se limita, como no antigo esquema retributivo, a uma atividade de intimidação. Ao contrário opera através do oferecimento de meios ao condenado, que o capacitem para a convivência social. A segunda vertente de política criminal atual é o abolicionismo.

O movimento de Política Criminal Alternativa dos anos oitenta evoluiu para uma posição radical, que se denomina Abolicionismo. O Abolicionismo, como seu próprio nome indica, prega a abolição da punição e sua substituição por outras formas de composição de conflitos, para garantir a convivência.

---

<sup>12</sup> Alvaro Mayrink da Costa: Reflexões Críticas e Propostas para a Execução Penal, in Revista da EMERJ vol. 1, nº 3, 1998, p. 117.

Finalmente, temos o sistema garantista, que parte da aceitação de que o que legitima a atuação do Sistema de Justiça Penal é, basicamente, a prevenção geral do delito, sempre que esta tenha lugar respeitando as garantias oferecidas pelo Estado de Direito Democrático, como afirma Jesús María Silva Sánchez<sup>13</sup>.

O garantismo entende que o Sistema de Justiça Penal somente se legitima para atuar sobre o estado de liberdade do indivíduo, se agir sob um rigoroso controle do poder do Estado, atuação essa que deverá respeitar estritamente os princípios de previsibilidade, segurança jurídica, igualdade e proporcionalidade.

O Subsistema Judiciário é o guardião desses princípios político-criminais, que envolvem, ainda, a idéia de intervenção mínima, para garantir a identidade normativa da sociedade, indispensável à manutenção da convivência.

A atuação do Subsistema Judicial deve produzir nos destinatários da norma penal um duplo sentimento de proteção. Os cidadãos devem sentir-se garantidos contra a ação criminosa do delinqüente e contra a ação desproporcionada e ilegítima do Estado, diga-se, da polícia. Um Sistema de Justiça Penal assim concebido se legitima por si mesmo, por ser um instrumento de minimização da violência no seio da sociedade, evitando a sua banalização e a “normalização da chacina”, para usarmos as expressões de Adair Rocha<sup>14</sup>.

Nos dias atuais, como já ficou demonstrado, o Subsistema Judiciário não mais atua através da prevenção geral negativa, que, já vimos, continua sendo a forma de atuação da polícia, ou seja, em uma expressão, não se dá mais valor à crença na eficácia da intimidação de potenciais criminosos, pela ameaça da punição.

Hoje o sentido da prevenção inverteu-se. Nos dias que correm obtêm-se melhor efeito preventivo através da “tutela das expectativas da comunidade com a manutenção da validade da norma infringida”. Essa mudança de sinal da prevenção, que passa de negativo para positivo, deixa de ter em vista os potenciais criminosos para dirigir-se a todos os cidadãos<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> *Jesús María Silva Sánchez*: Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo; J.M. Bosch Editor, S.A., Barcelona. 1992, p. 13.

<sup>14</sup> *Adair Leonardo Rocha*: Exclusão Social e “Normalização da Chacina”; in Revista da Faculdade de Direito de Valença, ano, I, nº 1, maio de 1998, p. 99.

<sup>15</sup> *Jorge de Figueiredo Dias*: ob. cit. p. 228.

Contemporaneamente, não se atribui à punição nenhuma finalidade psicológica ou terapêutica. As “esperanças” que acompanham a punição são secundárias, pois a relação que se estabelece entre o crime e a pena é, apenas, a de uma irracional seqüência de dois males.

Com a punição fundada numa idéia de prevenção positiva, o que se pretende assegurar é o restabelecimento e a manutenção da paz pública perturbada pelo cometimento do crime, através do fortalecimento da consciência jurídica da comunidade, no respeito aos comandos jurídico-penais, ou nas palavras de Jakobs, o que se busca é a estabilização das expectativas comunitárias de validade e vigência da norma violada<sup>16</sup>.

A prevenção positiva, além de caracterizar-se como uma força moralizadora, importa, também, na confirmação da fidelidade ao direito.

Essa nova e moderna concepção do Sistema de Justiça Penal conduz, necessariamente a uma forma específica de atuação do Subsistema Judicial, qual seja, deve proceder mediante o sistema acusatório, pois este está fundado na idéia de garantia, ao passo que o sistema inquisitório, próprio da polícia, está inspirado na de segurança. Este o conflito conceitual fundamental.

**5. Conclusões** - No sistema acusatório, na lição de Gaëtan di Marino, no último número da *Revue Internationale de Droit Pénal*, as partes têm a iniciativa e comandam o processo, sendo o juiz um árbitro imparcial. O processo é oral, público e contraditório. O dogma acusatório garante a proteção do indivíduo, colocando as partes em um mesmo pé de igualdade, assegurando a imparcialidade do juiz e dando ao acusado o máximo de garantias<sup>17</sup>.

Essa síntese do sistema acusatório revela, ao primeiro olhar, o conflito que se estabelece com o sistema inquisitório, que já descrevemos e é próprio da atividade da polícia, através do inquérito policial. A própria palavra - *inquérito* - etnologicamente evidencia o seu conteúdo e o conflito entre as duas formas de atuação.

Assim, ademais de todas as outras áreas de conflitos, que já deixamos entrever, entendemos que esta é a fundamental razão da crise entre

<sup>16</sup> *Günther Jakob*: Schuld und Prävention, p. 10 e 31, “apud” Anabela Rodrigues: A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 321.

<sup>17</sup> *Gaëtan di Marino*: L’implantation et les Remises en Cause des Dogmes Accusatoire et Inquisitoire; in RIIDP, vol. 68, n<sup>os</sup> 1 e 2, 1997, p. 21.

polícia e Justiça, que a nosso juízo, somente encontrará solução, tanto no plano teórico, quanto no prático, no dia em que a polícia, perdendo as características atuais, integrar-se ao Ministério Público, como seu braço executivo, passando em conseqüência a harmonizar-se com os outros Subsistemas, através de uma atividade preventiva, geral e especial, positiva.

Com essa medida haverá o efetivo controle da polícia identificando-a com progresso sócio-político da humanidade, que se caracteriza pela imposição de limites ao exercício do poder. Com tal medida, estaremos fazendo desaparecer a tensão existente dentro do Sistema de Justiça Penal, que passará a exercer integralmente a função de garantir os direitos e liberdades fundamentais do homem, estabelecendo o império da lei e fazendo com que a convivência seja mantida pacificamente e a sociedade funcione harmoniosamente<sup>18</sup>. ◆

---

<sup>18</sup> Conferência pronunciada em Seminário organizado pela UERJ, no dia 3/9/98. Dedico este estudo a meu neto Pedro Nunes de Araujo Liesegang (nome de Ministro do Supremo...), nascido há dois dias (1.9.98).

# Comissões Parlamentares de Inquérito: Verdades e Fantasias

ALEXANDRE ABRAHÃO DIAS TEIXEIRA

*Juiz de Direito Auxiliar do III Tribunal do Júri do TJ/RJ,  
Professor de Processo Penal da Pós-Graduação da  
Universidade Estácio de Sá e da Graduação da  
Faculdade Bennett*

A partir do esclarecedor artigo assinado pelo eminente Presidente do Superior Tribunal de Justiça, Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, publicado no último dia 08/04/99, às fls. 7, do Jornal O GLOBO, muito há que se discutir sobre poderes e verdadeiros interesses de todas essas trinta e oito Comissões Parlamentares de Inquéritos hoje instaladas no País.

Façamos pois, algumas considerações.

A Comissão Parlamentar de Inquérito, ou CPI, tal como é conhecida por todos os brasileiros, deita raízes no Parlamento Britânico, surgindo mais precisamente no século XVI.

Este instituto constitucional, ensina-nos Celso Ribeiro Bastos<sup>1</sup>: *“É típico do sistema Parlamentarista. Tem sido adotado ao longo da História em todas as monarquias e repúblicas parlamentaristas da Europa, passando também a vigorar nas Constituições americanas, inclusive na dos Estados Unidos”*.

Diz-se que estas Comissões foram melhor desenvolvidas e aperfeiçoadas no direito americano<sup>2</sup>. Aliás, as Comissões Parlamentares já eram utilizadas em solo americano antes mesmo da entrada em vigor de sua Constituição, ou seja, no período das Colônias, que por sua vez lastreavam-se nas praxes do Parlamento Britânico para lhes dar eficácia e rito procedimental.

Noticia-se, que a primeira Comissão Parlamentar de Inquérito, instalou-se na Europa Continental, designada pela Câmara dos Deputados Fran-

<sup>1</sup> Bastos, Celso Ribeiro, *Curso de Direito Constitucional*, Ed. Saraiva, 1998, 19ª Ed., fls. 353.

<sup>2</sup> Ver sobre o tema, brilhante trabalho da lavra do Ministro do STJ Carlos Alberto Menezes Direito, sob o título: Comissões Parlamentares de Inquéritos: Limites - publicado na REVISTA DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - *RDUERJ* n.º: 2/147.

ceses em 14 de junho de 1828, tendo como atribuição precípua investigar as supostas atividades ilícitas do Ministro Villèle.

Em solo pátrio, as Comissões Investigatórias surgiram através do art. 36 da Constituição de 1934, foram mantidas na Constituição de 1946 (art. 53), omitidas na Constituição de 1937 e ressurgiram através do art. 37 da Emenda Constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969, que dizia o seguinte: *“A Câmara dos Deputados e o Senado Federal, em conjunto ou separadamente, criam comissões de inquérito sobre fato determinado e por prazo certo, mediante requerimento de um terço de seus membros”*.

Objeto de tantas controvérsias e vítima de tantos desgastes, as CPI's transmudaram-se em alvo de chacota popular, tanto que o Ilustre Advogado RICARDO WILSON SANTOS GUIMARÃES, em excepcional crítica<sup>3</sup> cobrou: *“o fim da inércia destas malsinadas CPI's patrocinadas pelo suado dinheiro público, que reiteradas vezes vem acabando no que se convencionou chamar 'pizza'.*”

Perplexo com uma possível mitigação dos poderes das CPI's, o autor aprofunda-se em construção interpretativa para dar maior autonomia as Comissões para promoção de diligências essenciais, tais como: *“requisitarem informações, papéis, gravações, quebra de sigilo bancário, escuta telefônica ...”*, deixando entrever ao final que tais órgãos teriam poderes para: *“... decretar a prisão daqueles que tentarem descumprir suas ordens (da CPI)”*<sup>4</sup>

Esse desabafo nos traz a triste constatação de que o povo, apesar de senhor soberano da razão, continua sendo induzido a erro pelas mensagens indutivas e oportunistas patrocinadas pela mídia e por supostos “líderes” de ocasião, que o alimentando criminosamente em suas carências, cria uma fantasiosa visão simplista de combate a corrupção, miséria e inércia que assolam nosso sofrido país.

Não pretendo com este humilde trabalho defender o Poder Judiciário<sup>5</sup>, até porque a população já deu mostras<sup>6</sup> de que realmente conhece seu

<sup>3</sup> In. Poderes e Responsabilidades das CPI's - JORNAL DO COMMERCIO - Edição do dia 05/01/98 - fls. B-09

<sup>4</sup> ob.cit.

<sup>5</sup> Ver nesse sentido a matéria: “A CPI e a credibilidade do Judiciário”, publicada no jornal O GLOBO em 08/04/99, fls. 7, pelo Honrado e Combativo Ministro Antônio de Pádua Ribeiro - Presidente do Superior Tribunal de Justiça

<sup>6</sup> Ver as seguintes Matérias: “Confiança no Judiciário é maior que no Legislativo”, veiculada na FOLHA DE SÃO PAULO, dia 05/04/99, onde pesquisa da Datafolha indica que 60% da população não acreditam nos Parlamentares, enquanto apenas 31% dos entrevistados dizem não confiar no Poder Judiciário; “O Judiciário é o menos impuro dos Poderes” - CORREIO BRASILIENSE - 11/04/99 - fls. 11 - Entrevista com Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho, Presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros.

empenho e, mesmo rotulando-o de lento e prestador de um serviço ainda muito deficiente, continua prestigiado-o, quando confronta-o com os demais Poderes, pois tem sido o que mais tem-se modificado, reciclado e investido no socorro da sofrida sociedade brasileira, motivo pelo qual tem causado profunda irritação em muitos segmentos corporativistas e lobbistas, todos de escrúpulos duvidosos, que vêm amargando prejuízos com a rigidez de suas decisões.

Ao contrário, pretendo com este trabalho apenas e tão somente auxiliar os que realmente se propõem a conhecer o tema, unificando notáveis trabalhos doutrinários e apurados entendimentos jurisprudenciais, visando com isso repudiar o vergonhoso show pirotécnico de abusos que perplexos e atônitos estamos sendo compelidos a assistir pela mídia.

Para conhecermos com exatidão esse Instituto Jurídico Constitucional, devemos analisar com profundidade a sua natureza jurídica, pois só entendendo sua essência poderemos efetivamente alcançar com maior precisão os poderes, deveres e limitações dessas Comissões<sup>7</sup>.

Alan Barth<sup>8</sup>, ao analisar tais comissões sob o enfoque jurídico-constitucional americano, já dizia que: *“O poder de investigar pode ser usado com propriedade para o propósito de informar o Congresso nas matérias sobre as quais deve legislar, para o propósito, limitado, de informar o público sobre os problemas nacionais emergentes; e para o propósito de examinar a atuação dos Órgãos Executivos”*.

O art. 1º da lei nº: 1.579, de 18 de março de 1952, que instituiu o rito das Comissões Parlamentares de Inquérito no Brasil, diz que tais Comissões visam *“pesquisar”* e, principalmente, *“apurar”* os fatos que originaram sua formação.

Não se duvida que o dispositivo foi recepcionado pela CRFB/88, pois o § 3º do art. 58 fala que tais Comissões devem ter como esteio a *“apuração”* de um fato determinado.

Francisco Campos, chamado a enfrentar o árduo tema das atribuições investigatórias das CPI's<sup>9</sup>, disse-nos o seguinte: *“O poder da comissão*

---

<sup>7</sup> V. a respeito os seguintes trabalhos de Comissões Parlamentares de Inquérito. Limite de sua competência. Sentido da expressão constitucional poderes de investigação próprios das autoridades judiciais. Inadmissibilidade de busca e apreensão sem mandado judicial. Luis Roberto Barroso (RF: 335/165); Comissões Parlamentares de Inquérito - limites. Fábio Konder Comparato (RTDP: 5/66).

<sup>8</sup> In. Government by Investigation, fls. 99.

<sup>9</sup> In. Revista Forense nº: 195/71.



*é limitado pelo objeto ou pelo fato que foi encarregada de investigar, assim como o dever do informante de prestar as informações orais ou escritas solicitadas pela Comissão só lhe pode ser imposto quando relativas ou concernentes àquele objeto ou àquele fato”.*

Outra não foi a conclusão alcançada pelo Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, que após ensinar-nos o pensamento da mais abalizada doutrina alienígena, assim coligiu<sup>10</sup>: *“O que se verifica é que a investigação parlamentar, concretamente, está vinculada ao poder de legislar e de controlar do Congresso. Há, portanto, uma esfera própria para a comissão parlamentar de inquérito, ou seja, uma limitação material, assim a competência do Congresso sobre o objeto da investigação”.*

Visando apurar minuciosamente o que se convencionou chamar *“fato determinado”*, o art. 2º da mencionada lei conferiu as CPI’s as seguintes atribuições: *“(…) determinar as diligências que reputarem necessárias e requerer a convocação de Ministros de Estado, tomar o depoimento de quaisquer autoridades federais, estaduais e municipais, ouvir os indiciados, inquirir testemunhas sob compromisso, requisitar de repartições públicas e autárquicas informações e documentos e transportar-se aos lugares onde se fizer mister sua presença”.*

Tudo que for apurado nos trabalhos, deverá ser reduzido a termo no procedimento rotulado de *“inquérito”* pelo art. 6º da citada lei, que por sua vez ainda autoriza a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal, no que couber.

Procedimento semelhante ao das CPI’s contido no CPP, é o Inquérito Policial, que foi regulamentado no art.4º e segs. do citado diploma processual penal.

Adotando, pois, a clássica definição de Inquérito Policial trazida pela doutrina<sup>11</sup>, percebe-se logo que procedimento investigatório/informativo produzido, seja pelas Comissões Parlamentares de Inquérito, seja por qualquer outro Órgão Administrativo com poderes para tanto, nada

---

<sup>10</sup> Ob. Cit. Fls. 151

<sup>11</sup> “O inquérito, pois, nada mais é do que um conjunto de informações sobre a prática da infração, isto é, sobre o fato infrigente da norma e a respectiva autoria”. E mais: “Essa investigação preliminar, que constitui o inquérito ...”. In Fernando da Costa Tourinho Filho, *Prática de Processo Penal*, Saraiva, 19ª Ed., 1997, fls. 2.

mais é do que uma espécie do gênero “*Inquérito*”, disciplinado pelo nosso Código de Processo Penal; tratando-se, portanto, segundo a jurisprudência majoritária, a qual confessamos não adotarmos<sup>12</sup>, de: “... *peça administrativa, meramente informativa, de cunho nitidamente investigatório, onde inexistente ampla defesa e o contraditório por ausência de relação processual instaurada e, por conseguinte, exercício de jurisdição*”.

Admitindo-se então o entendimento majoritário, não podemos nos afastar da idéia de que essa modalidade de procedimento administrativo visa a colheita de indícios probatórios mínimos a embasar uma futura ação penal, sendo que no caso das CPI's, além da *persecutio criminis in judicio* e da possível ação de responsabilidade civil, promovidas exclusivamente, por força de mandamento constitucional (§ 3º, do art. 58 e 129, I), pelo Órgão do Ministério Público, há excepcionalmente uma possível ação de cunho político, que tramitará pelos ritos próprios no âmbito do Congresso Nacional. Quando for o caso.

Somado a tais fundamentos, temos ainda que explicitar que a Comissão Parlamentar de Inquérito, através de seus membros, jamais poderá: “*decretar prisão, requisitar documentos, expedir mandados de busca e apreensão etc.*”, tal como cobrado pelo Ilustre Advogado durante todo o seu trabalho<sup>13</sup>, pois as Autoridades que a presidem são “*Autoridades Administrativas*”, tal como definido no parágrafo único do art. 4º do CPP, verbis: “*A competência (leia-se atribuição) definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função*”. (grifos são nossos).

Como tradicionalmente todas as autoridades que presidem procedimentos rotulados de Inquéritos são classificadas como “*Administrativas*” pela lei, estas autoridades *não são investidas de jurisdição*, tendo apenas a seu favor poderes de polícia investigatórios no âmbito das suas “*circunscrições*”, o que as impede de praticar todos os atos cobrados pelo missivista,

---

<sup>12</sup> Entendemos, junto com alguns poucos, que todo o procedimento administrativo onde figure: acusado, investigado ou indiciado, está compelido, por força do inciso LV do art. 5º da CRFB/88, a garantir o contraditório, a ampla defesa e também o devido processo legal.

<sup>13</sup> Matéria publicada no JORNAL DO COMMERCIO em 05/01/98 às fls. B-9.

pena de ofensa a garantia constitucional pétreia prevista no inciso LXI do art. 5º da CRFB/88<sup>14</sup>.

Apesar desta constatação, percebemos que a confusão acerca do tema se instalou por obra da interpretação equivocada dos constitucionalistas pátrios e do legislador constituinte<sup>15</sup>, que ao definir, no § 3º, do art. 58 da CRFB/88, as atribuições dos integrantes das Comissões Parlamentares de Inquéritos, deu-lhes equivocadamente: *“poderes de investigação próprios das autoridades judiciárias”*

Ousamos discordar de tão abalizado entendimento, por acreditarmos Ter a doutrina alienígena a melhor razão<sup>16</sup>, ao concluir o seguinte: *“... as comissões de inquérito não podem incidir sobre a esfera privada do cidadão: a protecção dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrada vale perante os inquéritos parlamentares.”*

Este é o entendimento, graças ao apuro técnico e coragem de nossos ofendidos Julgadores, seguido pelas Cortes Brasileiras, pois não obstante estejam sofrendo as injustas provocações patrocinadas por interesses outros, sabem que autorizar a aplicação da interpretação pretendida pelos ativistas do triste momento político vivenciado em nosso país, aniquilará as garantias constitucionais e democráticas garantidas a todos cidadãos pelo art. 5º da Carta Política de 1988.

---

<sup>14</sup> Esse é o entendimento reiterado do STF: *“Os atos das Comissões Parlamentares de Inquérito, que venham a ser constituídas no âmbito do Poder Legislativo da União, são passíveis de controle jurisdicional, sempre que, de seu eventual exercício abusivo, derivarem injustas lesões ao regime tutelar das liberdades públicas”* (STF, DJU 5.8.92, HC 69.647-3 - Min. Celso Mello); *“A Comissão Parlamentar de Inquérito destina-se a apurar fatos relacionados com a Administração (CF, art. 49, X), tendo por finalidade conhecer situações que possam ou devam ser disciplinadas em lei, ou ainda verificar os efeitos de determinada legislação, sua excelência, inocuidade ou nocividade. Não se destina a apurar crimes nem a puni-los (competência dos Poderes Executivo e Judiciário); entretanto, se no curso de uma investigação vem a deparar com fato criminoso, dele dará ciência ao Ministério Público, para os fins de direito, como qualquer autoridade, e mesmo como qualquer do povo”*. (STF, RDA: 199/205) e ainda: *“Comissão Parlamentar de Inquérito não tem poder de ordenar a prisão de qualquer pessoa, visto que, no sistema constitucional positivo brasileiro, os casos de privação da liberdade individual somente podem derivar de situação de flagrância ou de ordem emanada da autoridade judiciária competente (CF, art. 5º, LXI), ressalvada a hipótese - de evidente excepcionalidade - de “prisão por crime contra o Estado, determinada pelo executor da medida (CF, art. 136, § 3º, I), durante a vigência do estado de defesa decretado pelo Presidente de República (STF, RDA: 196/195)”*

<sup>15</sup> In. Da Silva, José Afonso - *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Malheiros, 9ª Ed., 1994, fls. 451 e Ferreira Filho, Manoel Gonçalves - *Curso de Direito Constitucional*, Saraiva, 22ª Ed., 1995, fls. 150.

<sup>16</sup> In. J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, Almedina, 1992, Portugal, fls. 752.

Vale aqui trazer as apuradas palavras do sempre seguido Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, que do alto da intrepidez que sempre lhe foi peculiar asseverou<sup>17</sup>: “... não pode o Poder Judiciário deixar de prestar a jurisdição para assegurar direitos previstos na Constituição, que sejam violados ou ameaçados de violação por ato de autoridade praticado com ilegalidade ou abuso de poder”.

Como disse logo no início do trabalho, não me inclinei aqui a debater a inclassificável “CPI do Judiciário”, pois a mesma retrata com invejável fidelidade a decadência sócio-política vivida pela frágil democracia brasileira neste fim de século. Ademais, penso desnecessária qualquer explanação sobre os contornos legais e constitucionais da pré-falada CPI por entender que aquele que se aventura na sua defesa, sob a ótica legal e política, estará em desconfortável posição, pois para entender a ofensa constitucional que tal Órgão representa, insisto a exaustão, não importa para o apreciador grande esforço intelectual, *quicá* o do homem mediano !!!

Tenho, pelos argumentos que trouxe até aqui, que este ato representa o maior atentado a tripartição constitucional dos Poderes que se teve notícia, em nosso país, nesses últimos tempos, motivo pelo qual trago a colação a posição do E. Conselho da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, que chamado a enfrentar o tema, lastreou-se em erudito voto condutor do eminente Desembargador, hoje Presidente deste Tribunal, Humberto de Mendonça Mannes, para assim ementar:

*“As Comissões Parlamentares de Inquérito, quer na Carta de 1967 (art. 39), quer na vigente (art. 58, § 3º), possuem limites precisos e determinados pelo ordenamento constitucional. Não representam a Câmara dos Deputados, e, sim, são elas a própria Câmara, como um de seus Órgãos, e sua atuação não pode chegar ao ponto de violar-se o princípio, também esculpido nas Constituições pátrias, da separação dos Poderes da República.*

*A Câmara dos Deputados não possui poderes para fiscalizar ato de magistrado praticado no exercício de suas funções, e sob pena de invadir-se competência privativa do Poder Judiciário.*

*O magistrado, ao depor perante Comissão de Inquérito instituída para a apuração de fraudes na Previdência Social, somente o fará*

---

<sup>17</sup> Ob. Cit.: fls. 152/153.

*na condição de testemunha, jamais como investigado ou indiciado, e terá, nos termos da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (art. 33,I), a prerrogativa de escolha do local, dia e hora do depoimento”<sup>18</sup>.*

Do voto condutor colhemos ainda o seguinte argumento: *“Quem fiscaliza os atos judiciais é o próprio Judiciário, através do sistema dos recursos e do controle interno, exercido por seus próprios Órgãos. Qualquer delito, outrossim, eventualmente praticado por Magistrados, ensejará, como se sabe, o desencadeamento da ação penal, por meio, no caso, da ilustrada Procuradoria-Geral da Justiça Estadual”.*

E mais o seguinte: *“E nem poderia ser diferente, sob pena de transformar-se o Legislativo em julgador dos atos praticados pelos juízes, implantando, contra o ordenamento constitucional, um controle externo do Judiciário, através do qual os magistrados passariam a sofrer pressões de todo tipo, inclusive políticas e econômicas, para julgarem dessa ou daquela maneira”.*

O momento é de profunda complexidade, exigindo de todos nós, aplicadores do direito, aprimoramento, coragem, união e perseverança para combater, em prol da sofrida sociedade brasileira, os contornos políticos oportunistas e os seguimentos corporativistas e lobbistas que explicitam as escancaradas sua indignação com a imparcialidade e fidelidade democrática patrocinada pelo Poder Judiciário

Melhor será encarar este momento com a célebre conclusão do mestre Alan Barth, que após estudar aprofundadamente as Comissões Parlamentares de Inquéritos no Direito Americano, ficou perplexo com a demagogia, e só lá existe este mal, fazendo, por tal motivo o seguinte alerta<sup>19</sup>: *“Como qualquer outro corpo legislativo, o Congresso dos Estados Unidos tem sua quota de demagogos. Mas ele tem também estadistas capazes de altear-se nas grandes decisões”.*

Preferimos crer que muito mais do que demagogia, o que todas as 38 CPI's querem no fundo, é apurar ilegalidades, sem dar margem a mais corrupção nem servir de cortina de fumaça para interesses outros de dignidade duvidosa.

Que deus nos ouça !!! ◆

---

<sup>18</sup> Processo n.º: 1066/93 - Julg. pelo E. Conselho da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em 16/12/93. A íntegra do julgado encontra-se na Circular n.º: 004/99, de 16/04/99, enviada aos Magistrados pela Combativa Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB).

<sup>19</sup> ob.cit.

# Breves Considerações a Respeito da Reforma e Controle do Poder Judiciário

GLAUCENIR SILVA DE OLIVEIRA

*Juiz de Direito do TJ/RJ*

O mundo contemporâneo vive intensas, grandes e rápidas transformações, especialmente nas áreas de tecnologia, meios de comunicação e informática, o que, por si só, gera um aumento e evolução dos conflitos sociais.

É exatamente este aumento dos conflitos que, na maioria das vezes, desencadeia diversas e numerosas demandas judiciais, que vêm causando, entre outros fatores, uma hipertrofia nas atividades típicas do Poder Judiciário. Quer isto dizer que os magistrados estão, cada vez mais, sendo chamados pelos jurisdicionados a dar uma solução judicial e justa às suas demandas, a decidir a respeito de seus direitos e interesses.

Nesta seara é mister refletir (com a presteza que o tema requer) sobre o acesso à Justiça, sobre as funções e os poderes do magistrado, sem esquecer suas insuficiências e dificuldades, bem como sobre o papel e a importância do próprio Poder Judiciário, que deve, não obstante, pautar sua conduta nos ditames da Lei, atender legitimamente aos anseios e aspirações do cidadão jurisdicionado.

Vivemos hoje, felizmente, uma transformação social, com uma necessária evolução da consciência da sociedade em relação às suas necessidades e seus poderes paralelos e contrapostos aos poderes institucionais da República. O povo tem, hoje, consciência ou, no mínimo, noções sobre seus direitos, principalmente os consagrados na Constituição Federal, e sabe que, para garantia deles, pode e deve recorrer ao Judiciário em busca de uma prestação jurisdicional.

Entretanto, essas transformações não foram acompanhadas pela estrutura do Poder Judiciário e, principalmente, pelos instrumentos de que dispõe para desempenhar suas funções constitucionais. Esse fato gera a ineficiência da própria prestação jurisdicional, causando a insatisfação de quantos se socorrem da Justiça.

É preciso ressaltar, no entanto, que embora o Poder Judiciário tenha a sua parcela de culpa neste quadro que se apresenta, não se pode imputar a ele a culpa exclusiva, posto que inúmeros são os motivos deste problema, muitos dos quais externos à própria magistratura, inclusive de ordem política e que travancam a modernização e a prestação eficaz da jurisdição.

Em primeiro lugar, deve-se esclarecer que tal problema não é exclusivo de nosso país, aflige também a todos os países mais desenvolvidos que têm a elogiosa iniciativa de discutir o assunto. Na França, por exemplo, busca-se uma reforma que dê ao Judiciário maior independência, especialmente no que concerne ao trato com os assuntos ligados às instituições e órgãos públicos.

No Brasil, ao contrário, fala-se em reforma e controle do Poder Judiciário, ao mesmo tempo em que se busca uma reforma em toda a administração pública.

Quando se fala em reforma do Judiciário, encontra-se o apoio dos próprios magistrados de quaisquer tribunais do país, posto que ninguém melhor do que os próprios para saber que precisamos de reforma, e uma reforma ampla, não apenas na estrutura do Poder, mas na formação e composição de seus membros, além da modernização dos seus instrumentos de trabalho, passando pela análise acurada da legislação, que como é cediço, não é obra deste Poder da República, e sim do Legislativo.

Ocorre que se desencadeia no país, em torno da reforma e, principalmente do controle do Judiciário, discussões apaixonadas, sem a seriedade que o tema requer, descomprometidas com os verdadeiros anseios da sociedade brasileira e altamente comprometidas com alguns setores do governo e da política. Busca-se, entre outras coisas, retirar a independência do Judiciário no desempenho de suas funções, o que é por demais perigoso num país de instabilidade econômica e política, que é governado por políticos descompromissados com os interesses legítimos de nosso povo.

A primeira indagação que se faz é a quem interessa manietar o Judiciário, retirando-lhe a independência que a Carta da República lhe outorgou? A resposta é simples e encontra ressonância nos emaranhados dos poderes políticos e econômicos que dirigem os destinos do Brasil e de seu povo sofrido, que luta pela sobrevivência enquanto satisfaz, com seu trabalho e exploração de que é vítima, os interesses de alguns poucos.

Não é esta a diretriz que deve tomar o tema da reforma do Judiciário que, embora hoje com todas as suas deficiências, é imprescindível para a

manutenção do Estado de Direito, para a garantia da ordem pública e, principalmente, para a garantia dos direitos dos cidadãos, nas suas relações para com os demais membros da sociedade e também frente ao próprio Estado enquanto Poder Público.

É mister encarar e solucionar os verdadeiros problemas por que passa o Judiciário brasileiro. De início, convém salientar que a crise não é peculiar do Poder Judiciário, mas é uma realidade de todas as instituições públicas do país. Na realidade, o que está em crise é o Estado Brasileiro, que engloba os três poderes da República (Executivo, Legislativo e Judiciário) e suas demais instituições, sejam da administração direta ou indireta.

Busquemos portanto, soluções sérias e realísticas para os nossos problemas institucionais, sem ataques demagógicos que visam a formar uma cortina de fumaça para encobrir os verdadeiros problemas do país e as falcatruas econômicas e políticas das quais tomamos conhecimento dia a dia pela imprensa e que não encontram a solução legal esperada (v. g., o caso da pasta rosa, o escândalo dos bancos, o caso das ilhas Caimã, o caso das empreiteiras, a troca de favores políticos, o caso dos anões do orçamento etc.).

Como é cediço, ao Judiciário cabe a solução dos conflitos de interesses, aplicando a lei aos casos concretos, garantindo os direitos dos cidadãos, inclusive contra o Governo e sua administração, se a demanda assim exigir e o permitir. Tal mister só poderia ser confiado a um Poder distinto do Legislativo e do Executivo e, para desempenho desta missão, seus membros necessitam de algumas garantias constitucionais, entre as quais se delinea a da INDEPENDÊNCIA.

Esta é uma garantia funcional, que é própria da instituição e que garante ainda a necessária IMPARCIALIDADE do magistrado, como princípio da jurisdição.

Esta garantia é por demais importante num Estado de Direito, posto que evita a influência sobre os juízes de fatores e pressões externas à magistratura, como injunções políticas e econômicas, tanto de setores privados quanto de segmentos do Poder Público, envolvidos com a política. Isto porque, além de garantir os direitos do cidadão frente ao Estado e seus órgãos, o Poder Judiciário decide, não raras vezes, litígios entre os Poderes Legislativo e Executivo.

Assim, imprescindível se torna a garantia da independência dos magistrados na prestação jurisdicional, para que se não vejam pressionados e



impelidos, por questões menos dignas, a abandonar a sua imparcialidade e a decidir em desacordo com suas convicções humanas, jurídicas e legais.

Aliás, deve-se registrar que a atual Constituição Federal atribuiu ao Judiciário não apenas o seu histórico papel de solucionador de conflitos de interesses e aplicador da lei, mas ampliou seus horizontes, atribuindo-lhe agora também uma função política, visto que é árbitro de conflitos coletivos e questões de massa, além de ter poderes para analisar a licitude e moralidade dos atos da Administração Pública, que afetam e mesmo ferem os interesses legítimos dos administrados, velando pela observância do disposto no art. 37 da Carta da República.

É preciso melhorar o acesso à Justiça, principalmente no que concerne às camadas mais pobres da população que, via de regra, têm seus direitos desrespeitados pela força do poder econômico ou político, em razão da dificuldade em buscar uma prestação jurisdicional.

Neste passo, já se progrediu bastante com a criação e funcionamento dos juizados especiais, criados pela Lei nº 9.099/95, que desburocratizou a Justiça, propiciando um acesso mais rápido e barato (inclusive com isenção de custas judiciais) a ela pelos menos favorecidos.

A própria Defensoria Pública institucionalizada, que teve como marco a instituição existente no Estado do Rio de Janeiro, é hoje um dos principais pilares e porta de entrada para os hipossuficientes no acesso à Justiça. Infelizmente, esta elogiosa instituição está a merecer maior atenção por parte do Estado, eis que passa por diversas dificuldades, inclusive com evasão de valorosos profissionais que migram para outras carreiras jurídicas, à busca de melhores condições de trabalho.

Outro problema enfrentado pela magistratura é a insuficiência de juízes em nosso país. Atualmente, contamos com um juiz para cerca de 29.000 (vinte e nove mil) habitantes.

O referido problema se agrava ainda mais em razão do excessivo e crescente número de demandas judiciais, o que é fruto da conscientização do povo a respeito de seus direitos e interesses, e faz com que os cidadãos acorram ao Judiciário, em busca de uma resposta a um litígio. Parece que a insuficiência do número de magistrados está inserido numa bola de neve crescente e sem solução.

Os próprios juizados especiais que, a princípio, desafogaram os juízos comuns, ante a divisão de competência pela matéria e pelo valor da causa, desburocratizando a justiça e proferindo julgamentos rápidos, já não estão

mais conseguindo cumprir satisfatoriamente o seu papel, necessitando de uma reforma estrutural, posto que absurdo é o número crescente de reclamações a serem julgadas.

É de se notar que, em razão da gratuidade de seus serviços, aliado a outros fatores, muitas pessoas levam ao juizado demandas indignas dos serviços judiciários, fadadas ao insucesso, mas que contribuem para o inchaço de processos em suas secretarias, retirando do juiz o pouco tempo que tem para dedicar-se às demandas realmente sérias e merecedoras de atenção.

Importante frisar ainda que o Brasil é palco de uma sucessão de leis e medidas provisórias polêmicas e geradoras de diversos conflitos de interesses e que, via de regra, pelo cunho político que as informam, causam também um expressivo aumento de demandas judiciais, especialmente quando versam sobre planos econômicos, que afetam toda a sociedade, como ocorreu com os planos Bresser, Collor, Real etc.

Outro fator que merece destaque no processo de engessamento do Judiciário, tornando-o moroso, diz respeito a grande diversidade de procedimentos existentes em nossas leis processuais, aliada ao excessivo número de recursos previstos nos ordenamentos jurídicos processuais.

De fato, nossas leis processuais primam pela burocracia, pela valorização dos procedimentos, muitas vezes desnecessários, posto que se traduzem em meras formalidades sem qualquer efeito prático e que tendem a procrastinar a decisão judicial definitiva. Os recursos são por demais numerosos, fazendo com que, muitas vezes, os feitos passem por quatro instâncias, até chegar ao STF, quando então encontrará a solução definitiva.

Tal sistema recursal é procrastinatório e desnecessário, devendo-se encontrar uma solução mais rápida e eficaz para o problema, sem se sacrificar o constitucional direito à amplitude de defesa. O próprio STF, que deveria ser apenas o guardião da Constituição Federal, uma verdadeira Corte Constitucional, foi transformado irregularmente em quarta instância recursal.

Não é demais salientar que outros fatores também contribuem para a morosidade da Justiça, como o despreparo de muitos advogados, especialmente os mais novos na carreira, e a atuação de certas procuradorias autárquicas.

Na prática, os juízes podem observar que quando um processo é patrocinado por advogados experientes e conhecedores das leis, materiais e processuais, os mesmos acabam por auxiliar o magistrado no desempenho de seus misteres, posto que postulam corretamente os eventuais direitos e

interesses de seus clientes, utilizando-se dos remédios processuais adequados à questão. Foi com esta visão que a advocacia foi alçada à categoria de função essencial à administração da Justiça, nos termos do disposto no art. 133 da Magna Carta.

Ao contrário, a inexperiência e a falta de conhecimento das leis, sejam materiais ou processuais, por parte de expressivo contingente daqueles nobres profissionais, acabam por tumultuar o processo, fazendo com que o juiz, como dirigente do feito, dedique maior tempo à cognição da causa, o que procrastina ainda mais a solução final.

Na mesma linha de raciocínio, deve-se citar que algumas procuradorias autárquicas usam de expedientes procrastinadores, com a utilização de recursos fadados ao insucesso, em matérias, muitas vezes, já pacificadas na doutrina e especialmente na jurisprudência, inclusive nos tribunais superiores. Tal expediente apenas retarda a conclusão de um processo, com a prolação da sentença final. É o que ocorre exemplificativamente com as demandas que envolvem o INSS.

Uma das propostas de solução para este problema diz respeito à adoção das chamadas súmulas vinculantes, que tantas polêmicas e discussões têm gerado no meio jurídico, contando com votos favoráveis e contrários de renomados juristas e magistrados estudiosos do assunto.

O principal argumento favorável à adoção do efeito vinculante das súmulas de jurisprudência consiste em acelerar as decisões judiciais, possibilitando uma resposta jurisdicional mais rápida, desafogando o Judiciário, em relação às causas cujas matérias e soluções já estejam sumuladas.

Conquanto o argumento seja nobre e com benéficos efeitos na prática judiciária, há outras questões importantes que se ligam ao assunto e que não podem ser esquecidas pelos cultores do direito.

Refiro-me aos inconvenientes e, até mesmo, à inconstitucionalidade que a adoção das súmulas vinculantes pode causar. Com a finalidade de reduzir a multiplicação dos processos, desafogando o Judiciário, esquecem seus defensores que tal instituto, que se quer criar, importa em engessar ou robotizar o magistrado no desempenho de suas funções, especialmente os que compõem a primeira instância.

A inconstitucionalidade do instituto ganha contornos quando se depara com o princípio constitucional da independência funcional dos juízes (art. 95 da CF/88), posto que a sentença a ser proferida em um processo que

verse sobre matéria já sumulada terá que, obrigatoriamente, observar a súmula vinculante, independente do convencimento do magistrado.

Não me parece a melhor solução, visto que a atividade de julgar é uma atividade puramente intelectual, na qual o juiz, após fazer uma análise dos fatos e das provas produzidas no feito, utiliza seus conhecimentos da lei, doutrina, jurisprudência e outras fontes do direito, para então formar a sua convicção fundamentada.

Tal engessamento da atividade intelectual do juiz implicaria em uma estagnação da jurisprudência pátria, exceto a elitizada nos tribunais superiores, justamente em nosso país onde a jurisprudência é a mais fecunda e criativa do mundo contemporâneo. As súmulas de jurisprudência sempre foram uma fonte subsidiária para auxiliar o juiz no julgamento de uma demanda, mas nunca com efeito obrigatório.

Com a máxima vênia aos cultores do entendimento contrário, a adoção do efeito vinculante suprime a liberdade de pensamento e a inteligência do juiz, esterilizando-a.

Entendo de bom alvitre citar o entendimento moderado do eminente professor Diogo de Figueiredo, segundo o qual “O polêmico efeito vinculante, embora tenha seus conhecidos inconvenientes técnico-doutrinários, poderia vir a ser adotado restritamente em relação às decisões pacificadas dos dois mais elevados tribunais do país e, naturalmente, com todas as necessárias cautelas para não engessar a jurisprudência, abrindo-se a possibilidade de, demonstrada a existência de novos fatos e de novas considerações, serem admitidos discricionariamente, recursos extraordinários ou especiais àquelas duas Cortes.” (**Revista da EMERJ**, vol. 1, n. 3).

Mais polêmico que a questão da reforma do Poder Judiciário é o tema de seu controle, especialmente o denominado controle externo, que suscita, além da polêmica inerente ao assunto, discussões apaixonadas e comprometidas com a política congressista.

A crise por que passa o Judiciário vem ganhando cada vez mais espaço na mídia, sobretudo televisiva, divulgando a idéia de que sobre ele deve pesar um controle externo, a ser exercido por um órgão formado por membros alheios ao Judiciário, especialmente políticos integrantes do Congresso Nacional, o que dá, evidentemente, um cunho eminentemente político ao referido órgão de controle.

Logo de início, salta aos olhos que tal controle, exercido por um órgão político, seria inteiramente inconstitucional, posto que possibilitaria a

ingerência de um poder do Estado em outro, o que é vedado pela Constituição, que consagra, como um de seus princípios, a separação e independência dos poderes.

Ressalte-se o fato de que um controle exercido por pessoas estranhas ao Judiciário, além de ser inconstitucional, não traria qualquer melhoria na qualidade da prestação jurisdicional, visto que não conhecem os meandros e as dificuldades enfrentadas pelos magistrados como um todo e individualmente, o que só pode ser feito com chances de sucesso por integrantes da instituição.

De outra forma, não se pode admitir um diligenciamento político da Justiça, posto que política e assuntos jurídicos não podem e não devem se misturar, o que traria um estado de insegurança jurídica em desfavor do cidadão, manietando a magistratura nacional, retirando-lhe a independência e imparcialidade inerentes ao Estado Democrático de Direito.

Na realidade, com a proposta do famigerado controle externo, tenta-se dissimular a tentativa de gerar uma submissão do Poder Judiciário ao desacreditado poder político que, inúmeras vezes, tem seus interesses decotados por encontrarem a barreira judicial na garantia dos interesses maiores do país e do cidadão.

Toda vez que os interesses políticos poderosos, sobretudo de segmentos facilmente identificáveis do Congresso Nacional, são algemados por uma decisão acertada da Justiça, cresce o movimento pelo controle externo, totalmente descompromissado com a seriedade e os interesses da sociedade.

Esta é a verdadeira razão que impulsiona a tentativa de retirar do juiz a sua independência funcional, o que sói inconstitucional, por atentar contra a cláusula pétrea da separação dos poderes (art. 60, § 4º, inc. III da CF/88) e causa graves e imprevisíveis riscos para os direitos e garantias fundamentais do cidadão, facilitando o rompimento do Estado de Direito.

Por outro lado, o controle do Judiciário já existe, de ordem interna e externa.

Na ordem interna, o controle das atividades dos magistrados é realizada desde a posse dos novos juízes e investidura no cargo até o seu desligamento das atividades judicantes.

Após a aprovação em um rigoroso concurso público de provas e títulos, o magistrado passa por um período de aprovação com vistas à sua vitaliciedade, com duração de dois anos. Durante este período, ele é fiscalizado

de perto por um conselho formado por desembargadores, que analisam a vida funcional do juiz, suas decisões, sentenças, relacionamento com os demais profissionais do direito e com os jurisdicionados.

Os juízes passam ainda por cursos de aperfeiçoamento que, no Estado do Rio de Janeiro, são realizados pela EMERJ, de cunho obrigatório, visando à intensificação do conhecimento teórico e prático do magistrado, aperfeiçoando-o para o desempenho de suas funções.

Deve-se ainda ressaltar a atividade de fiscalização administrativa exercida pela Corregedoria de Justiça e pelo Conselho da Magistratura sobre as atividades e conduta dos juízes. Isto sem falar na fiscalização da atividade funcional e moral dos magistrados, valendo lembrar que no campo penal, em curto espaço de tempo, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro julgou e condenou 5 (cinco) juízes por prática de ilícito penal, afastando-os de seus cargos.

No que concerne ao controle externo, este já é levado a efeito por disposições constitucionais em casos expressamente previstos. É o caso da previsão do julgamento dos ministros do STF pelo Senado Federal nos crimes de responsabilidade, na participação da OAB nos concursos públicos para ingresso na carreira, na composição dos membros dos tribunais, inclusive superiores, por membros da advocacia e do Ministério Público (quinto constitucional), na decisão do Senado Federal sobre a composição dos tribunais superiores etc.

Em todos estes casos, há a participação de pessoas ou órgãos alheios à judicatura na composição da magistratura nacional, o que se transmuta em uma espécie de controle externo.

A escolha de ministros das duas mais altas cortes de Justiça do país pelo Presidente da República com a chancela e aprovação posterior do Senado, além de consistir em um verdadeiro controle externo, significa uma exceção ao princípio constitucional da separação de poderes, bem como uma forma de intromissão daqueles poderes políticos nos assuntos do Judiciário.

Este sistema de escolha de magistrados para os tribunais superiores, corre o risco de não selecionar o candidato que, eventualmente, ostente maiores méritos e causa uma verdadeira politização da magistratura. Não é o sistema ideal, posto que aqueles órgãos de cúpula do Poder Judiciário, não raras vezes são chamados a decidir questões que envolvem o governo e o Congresso Nacional, envolvendo questões políticas, sobretudo o STF, imbuído de sua competência constitucional.

Data vênia, as escolhas político-partidárias de magistrados comprometem a independência e imparcialidade inerentes à judicatura e prejudicam a confiabilidade pública na magistratura, sobretudo em um país de poucas tradições, de cultura ainda incipiente, marcado por conflitos sociais e políticos de momento e cujas práticas políticas não são nada edificantes e positivas para o povo e para o aprimoramento das instituições. Deve-se evitar, assim, o perigo da politização dos tribunais do país.

Como divulgou acertadamente a revista **Veja**, em matéria intitulada “Sem lei nem ordem”, publicada em 11 de dezembro de 1996, os brasileiros nunca procuraram tanto os tribunais para garantia dos seus eventuais direitos, mas a revista esclarecia ainda que os juízes não conseguem dar vazão às demandas cada vez mais crescentes. Apontou algumas das razões enfocadas no início deste modesto trabalho, como a causa da ineficiência do Judiciário.

Segundo a interessante matéria, desde o ano de 1998, o número de processos em tramitação em todas as instâncias da Justiça aumentou cerca de nove vezes, havendo mais de 6 (seis) milhões de processos em andamento. Em razão inversa, o número de juízes diminuiu consideravelmente havendo, só no Estado do Rio de Janeiro, aproximadamente 150 (cento e cinqüenta) vagas a serem preenchidas, apesar da realização constante de concursos públicos para este fim, mas que não logram aprovação de candidatos suficientes ao desempenho da função.

Há espaço para se levantar diversas outras questões acerca dos problemas e deficiência do Poder Judiciário, que contribuem para a sua chamada crise. No entanto, qualquer rotulação e tentativa de diminuir suas atribuições e seus poderes, de intimidar os magistrados retirando-lhes a independência no desempenho de suas funções são, no mínimo, irresponsáveis e levianas.

O Judiciário lutou durante séculos para adquirir a sua real independência, desvinculando-se dos interesses e pressões exercidas desde a idade média pelos grupos políticos e econômicos que, hodiernamente vêm seus interesses menos legítimos coartados pela judicatura que, em suas decisões, atende aos mandamentos legais e constitucionais, sempre em busca do bem comum e da paz social, nos termos do que dispõe a Lei de Introdução ao Código Civil, art. 5º.

Em hipótese alguma se pode admitir a eliminação ou mesmo diminuição dos poderes e da independência do magistrado ao julgar de acordo com seu livre convencimento, o que significa uma verdadeira garantia de

imparcialidade e segurança para o jurisdicionado, especialmente a parte mais fraca em uma demanda.

A sociedade brasileira não tem conhecimento das dificuldades e angústias por que passa um magistrado na labuta de seu dia a dia, do volume de trabalho imposto pelo grande número de processos afetos à sua cognição, bem como da natural solidão enfrentada pelo juiz em razão de suas funções, inclusive o afastamento de sua família e seus amigos, ante a necessidade de dedicação às suas funções.

Existe no próprio seio do Judiciário a consciência de que se faz mister uma reforma urgente deste Poder da República, de índole estrutural, administrativa e funcional, mas que deve ser acompanhada de uma modificação dos mecanismos e diplomas processuais, de transformação dos procedimentos para que sejam mais expeditos e menos formais, valorizando o princípio da instrumentalidade das formas.

Inúmeras propostas positivas vêm sendo apresentadas para a melhoria e maior eficácia da função jurisdicional, mas são inaceitáveis quaisquer delas que visem a tolher a independência e a imparcialidade do Judiciário como Poder predisposto a garantir os direitos constitucionalmente consagrados, por atentar contra o Estado Democrático de Direito.

Muitas das propostas positivas são viáveis e de simples implantação, mas nota-se uma incontestável ausência de vontade política dos demais Poderes (Legislativo e Executivo) em eliminar as deficiências do Judiciário, visto que tal importaria em fortalecimento deste último, o que é indesejável do ponto de vista político, até porque é o Judiciário o único Poder acessível à população que a ele recorre em face da conduta dos poderes públicos de desprezar os direitos dos cidadãos, seja nos atos típicos da administração, seja nas relações jurídicas mantidas com os mesmos.

Enfim, façamos uma ampla reforma no Judiciário e lutemos por ela, mas com seriedade e compromissados com os anseios legítimos do povo brasileiro, sem discursos políticos irresponsáveis e comprometidos com a manutenção do sistema de exploração e privilégios econômicos, sociais e políticos no parlamento nacional. ◆



# Reforma? Qual Reforma?

FELIPPE AUGUSTO DE MIRANDA ROSA

*Desembargador aposentado do TJ RJ e Professor*

O recente e ridículo bate-boca entre os Presidentes do Senado e da Câmara dá bem a medida da confusão que se armou em torno de uma reforma do Judiciário que todos dizem querer, mas não sabem bem como realizar. Desde o início dos debates intensos na mídia, autoridades de diversas procedências têm exposto seus pontos de vista sobre uma “necessidade urgente” de se reformar o aparelho judicial brasileiro, com vistas à sua maior celeridade e simplificação.

Em meio a tais pronunciamentos, a que não faltou, reiteradamente o Senhor Presidente da República, falou-se a respeito de muitos aspectos relevantes, alguns dos quais, entretanto, estranhos a uma reforma do aparelho judicial. Assim é que, por exemplo, parece que o Presidente está pensando apenas no problema da rapidez necessária da distribuição da Justiça. Outros, certamente desavisados da real estrutura dos poderes da República, incluem as dificuldades e imperfeições dos Tribunais de Contas entre as suas preocupações, sem perceber que tais tribunais são órgãos auxiliares do Poder Legislativo, erro aliás comum.

Por outro lado, alguns arautos da reforma focalizam somente a proposta da criação das súmulas vinculantes, espécie de prejulgados a serem aplicados em casos repetitivos, para desafogar os tribunais superiores. Existe quem sustente que a oposição de muitos juizes a tal remédio legal é consequência de um corporativismo da magistratura, esquecidos de que, na verdade, se adotadas as súmulas, os juizes de 1º grau de certas competências terão realmente diminuição sensível do trabalho.

O que se pode dizer é que a desinformação campeia solta entre os leigos e os não-leigos em matéria jurídica, inclusive quanto à forma de recrutamento da magistratura, sobre cujos detalhes um ilustre parlamentar deitou falação há dias, supondo que os critérios dos concursos sejam iguais em todo o país e contenham vícios que não ocorrem, vícios esses capazes de prejudicar a neutralidade dos examinadores em relação aos candidatos.

Isso não quer dizer que não existam problemas de ordem prática e de princípio na organização, estrutura e dinâmica da Justiça brasileira. Há muitos problemas, numerosas imperfeições que devem ser corrigidas, sem ser necessário extirpar um ramo do Poder Judiciário a pretexto de que ele funciona mal. Em vez de simplesmente corrigir-lhe os defeitos sugere-se o seu fim.

A indefinição domina o cenário. É importante precisar os rumos que se quer verdadeiramente imprimir a essa reforma que se diz tão urgente. Um pouco de clareza de propósitos, abandonados alguns objetivos subjacentes que não são confessados, está a ser reclamado pela sociedade civil, pelos cultores do direito e pelos usuários do aparelho judicial. ♦

## COLABORARAM NESTE NÚMERO

- Alexandre Abrahão Dias Teixeira, 178  
André Felipe Alves da Costa Tredinnick, 30  
Antônio Rulli Júnior, 13  
Décio Xavier Gama, 132  
Felippe Augusto de Miranda Rosa, 163, 197  
Glaucenir Silva de Oliveira, 186  
Heleno Ribeiro Pereira Nunes, 155  
João Marcello de Araujo Junior, 166  
Jorge de Miranda Magalhães, 78  
Jorge Lobo, 112  
Luiz Murillo Fábregas, 98  
Melhim Namem Chalhub, 72  
Nagib Slaibi Filho, 148  
Sérgio Bermudes, 123  
Sérgio Cavalieri Filho, 60  
Wilson Marques, 142

