

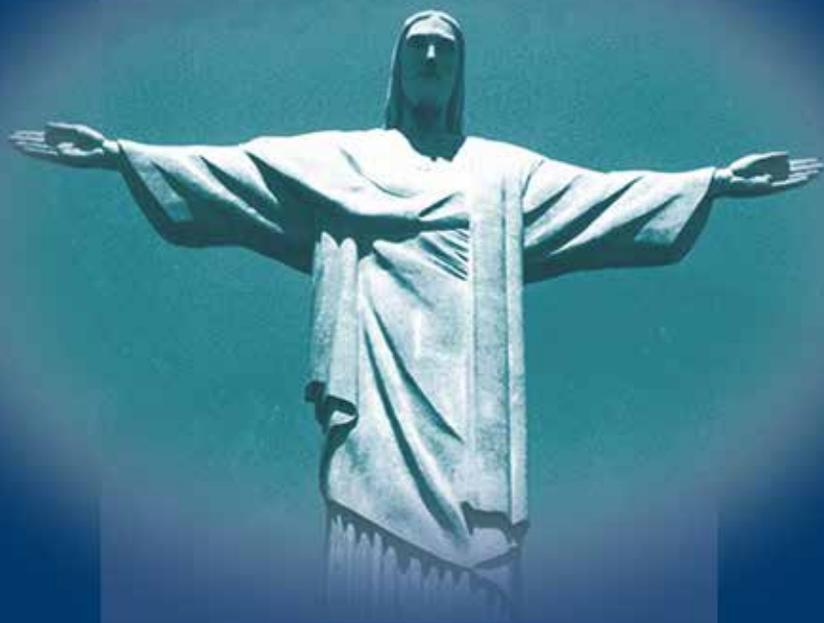


*Revista da*

# **EMERJ**

Escola da Magistratura do  
Estado do Rio de Janeiro

**Volume 3 nº 10 - 2000**



**EMERJ - A ESCOLA DO JUIZ**



**Revista da**

# **EMERJ**

Escola da Magistratura do  
Estado do Rio de Janeiro

**Volume 3 nº 10 - 2000**



**EMERJ - A ESCOLA DO JUIZ**

© 2000, EMERJ

## Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

### Conselho Editorial:

Des. Manoel Carpena Amorim; Des. Semy Glanz; Des. Laerson Mauro; Des. Darcy Lizardo de Lima; Des. Luiz Fux; Des. Décio Xavier Gama; Min. Carlos Alberto Menezes Direito; Des. Jorge de Miranda Magalhães; Des. Eduardo Sócrates Castanheira Sarmento; Des. Jorge Alberto Romeiro Júnior; Des. Letícia de Faria Sardas.

**Coordenação:** Des. Décio Xavier Gama

### Produção Gráfico-Editorial da Assessoria de Publicações da EMERJ

Editor: Irapuã Araújo (MTb MA00124JP); Editoração *website*: Geórgia Kitsos; Editoração: Márcio Alvim; Revisão: Irapuã Araújo, Suely Lima Teixeira; Capa: Geórgia Kitsos

**Apoio Cultural:** Banco do Brasil

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

Revista da EMERJ. v. 1, n. 1 - Rio de Janeiro:  
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)



## **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



# Meus Amigos

Chegamos ao número 10 da **Revista da EMERJ**. É um marco importante para a nossa publicação.

Todos sabemos que mais difícil do que criar uma revista cultural é manter a sua continuidade e a sua frequência. E isso nós temos conseguido, graças aos esforços dos que estão empenhados nessa tarefa.

Desde o último número aprimoramos o aspecto gráfico da Revista que está muito mais bonita.

Por outro lado, como a Revista já se credencia perante o mundo jurídico nacional, temos recebido contribuições de respeitáveis juristas brasileiros que, somados à “prata da casa”, dão à **Revista da EMERJ** o padrão científico que sempre almejamos.

Neste número estamos, à exceção do signatário, com grandes nomes da ciência do Direito, seja na área cível seja na área criminal, a par dos assuntos muito bem selecionados pela qualidade e, especialmente, pela atualidade dos temas.

Que Deus nos ajude a prosseguir.

Até breve.

DES. MANOEL CARPENA AMORIM

*Diretor-Geral da EMERJ*

# SUMÁRIO

## **UMA JUSTIÇA PARA O TERCEIRO MILÊNIO**

**11**

*Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello - STF*

A crise no Poder Judiciário. O sistema de freios e contrapesos e a simples homologação de um laudo arbitral. A Lei de Arbitragem e o estímulo à sua aplicação para aliviar a máquina judiciária. A deficiência do número de órgãos judicantes. A inflação e correção monetária. A instabilidade normativa. As medidas provisórias. A reforma do Judiciário e a sua ineficácia para os problemas da morosidade da justiça. O efeito vinculante e seus aspectos negativos. O STF e a “sua prerrogativa de errar por último”. Quais as medidas de correção dos rumos? A estabilidade normativa, o alargamento dos Juizados Especiais, o STF só como Corte Constitucional, o efeito vinculante, a unirrecorribilidade, enxugamento do rol de recursos, o aprimoramento de profissionais de Direito como o faz a EMERJ.

## **RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA**

**23**

*Desembargador Manoel Carpena Amorim - Diretor da EMERJ*

I. Introdução. II. Evolução histórica. III. A Constituição de 1988 e a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. IV. Correntes e teorias sobre a responsabilidade criminal da pessoa jurídica. V. Direito Comparado e legislação alienígena. VI. Atual concepção da culpabilidade. VII. Das penas aplicáveis. VIII. Do concurso das pessoas. IX. O Código de Defesa do Consumidor e a pessoa jurídica. X A Lei nº 9.605/98. A responsabilidade criminal da Pessoa Jurídica na nova lei de Infrações Ambientais. XI. Conclusão.

## **O PROCESSO PENAL BRASILEIRO E O NOVO IMPULSO PELA SUA MODERNIZAÇÃO**

**38**

*Ministro Salvo de Figueiredo Teixeira - STJ*

1. A Iniciativa, a metodologia e os anteprojotos da reforma. 2. Os anteprojotos. 3. Os participantes. 4. Principais inovações. 5. Os projetos. 6. O espírito da reforma. 7. A retomada da reforma, com a participação do Instituto Brasileiro de Direito Processual e a previsão no texto da “Reforma do Judiciário”.

## **DANO MORAL E PEDIDO GENÉRICO DE INDENIZAÇÃO**

**45**

*Juiz de Direito André Gustavo C. de Andrade*

1. Introdução. 2. Interpretação literal (gramatical) do artigo 286, II, do CPC. 2.1 *Intentio operis e intentio auctoris*; 2.2. Interpretações restritiva e declarativa. 3. Interpretações lógica, teleológica e sistemática. Análise dos argumentos contrários ao pedido genérico. 3.1 Estimativa do valor da indenização. 3.2 Sucumbência. Imprevisibilidade do valor da indenização; 3.3. Valor da causa e taxa judiciária. 3.4 Suposto incentivo à “indústria do dano moral”. 3.5 Princípios da ampla defesa e do contraditório. 4. Variações em torno do pedido genérico. 5. Pedido genérico e direito de apelar para majoração do valor da indenização. 6. Apelação com pedido genérico. 7. Pedido certo de indenização por dano moral. O entendimento de Professora Ada Pellegrini Grinover. 8. Conclusões.

## **O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E SEUS REFLEXOS NA TEORIA GERAL DO DIREITO CIVIL**

**68**

*Desembargador Sylvio Capanema de Souza*

As grandes codificações do Século XX, e o Código do Consumidor. As vulnerabilidades da massa de consumidores. O grande poder do fornecedor, o direito à informação e os monopólios dos produtores. CDC e a transformação havida na teoria dos contratos. E a relação de consumo. Referências genéricas do CDC a algumas atividades e não a contratos específicos. Cláusulas gerais e a de confiança. A cláusula da segurança e a da boa-fé. O consumidor e o fornecedor e as condições básicas de cada um. O princípio da relatividade do contrato. Vício do produto e o consumidor final. Administração de imóvel e locação. Correntes divergentes. Cláusula penal. Contrato de empreitada, de incorporação imobiliária, de transporte, de pacotes turísticos, de hospedagem, de seguro saúde, de *leasing*.

## **CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO**

**96**

*Desembargador Joaquim A. Vizeu Penalva Santos*

1. Definição. 2. Pactos contidos na cédula de crédito bancário. 3. Das garantias cedularmente constituídas. 4. Eficácia perante terceiros. 5. Disposições especiais. 6. Certificados de cédulas de crédito bancário (CCB). 7. Desdobramento ou Reagrupamento do CCB. 8. Forma de emissão dos certificados de cédulas de crédito bancário (art. 19 § 4º). 9. Forma de transferência do CCB (§ 5º do art. 19). 11. Inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 1.925, de 14 de outubro de 1999.

**ADOÇÃO - ADOÇÃO POR DUAS PESSOAS E A DE MAIORES DE 18 ANOS** **103**

*Desembargador Décio Xavier Gama*

Natureza jurídica da adoção. Adoção como ato civil. Antigas restrições ao direito de adotar, hoje superadas por leis que atualizaram o sistema legal do instituto. A adoção vedada por duas pessoas que não sejam marido e mulher. A antiga legitimação adotiva. As adoções simples e a plena do revogado Código de Menores de 1979. A adoção de maiores de 18 anos. A adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente e a adoção internacional.

**DO “EQUIVALENTE EM DINHEIRO” NAS AÇÕES DE DEPÓSITO  
EM CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA** **113**

*Juiz de Direito Rogério de Oliveira Souza*

A ação de busca e apreensão, a de depósito e a de execução, a primeira se convertendo na segunda se não encontrado o bem para apreender. O depósito como definido no Código Civil. A estimativa da coisa depositada. A ação de depósito como instrumento hábil à restituição da coisa. A restituição da coisa.

**DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO  
PROCESSO JUDICIAL E ADMINISTRATIVO** **118**

*Juiz de Direito Nagib Slaibi Filho*

Do dispositivo (LXXVIII do art. 5º da Carta Magna). Exame dos elementos contidos no dispositivo. Provimento cautelar como instrumento de celeridade do processo. Procedimento. Razoabilidade. Limitação da discricionariedade pela razoabilidade.

**DUPLICIDADE DE ARREMATACÕES** **143**

*Desembargador Severiano Aragão*

I. Arrematação. II. Dupla arrematação.

**MANDADO DE SEGURANÇA: DECADÊNCIA DA IMPETRAÇÃO E  
ERRÔNEA INDICAÇÃO DA AUTORIDADE IMPETRADA NÃO  
CONSTITUEM ÔBICES INTRANSPONÍVEIS À COGNIÇÃO DA CAUSA** **148**

*Juíza de Direito Cristina Gutiérrez*

I. Prazo decadencial. II Autoridade impetrada.

**EXECUÇÃO NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS** **153**

*Juiz de Direito Luis Felipe Salomão*

1. Introdução. 2. Generalidades. 2.1. Antecedentes. 3. Competência para execução nos Juizados Especiais Cíveis. 3.1. Aplicação subsidiária do Código de Processo Civil. 4. Procedimentos. 4.1. Títulos Judiciais. 4.2. Títulos extrajudiciais. 5. Conclusões dos Encontros de Juizes e Coordenadores dos Juizados Especiais Cíveis. 5.1. Jurisprudência. 6. Propostas para aprimorar o processo de execução nos Juizados Especiais Cíveis. 6.1. Estatísticas.

**TAXIONOMIA MODERNA DAS MARCAS – SEUS ATRIBUTOS** **175**  
**INTRÍNSECOS. PATOLOGIA DO USO DAS MARCAS CONSOANTE**  
**A NOVA LEI DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL**

*Procurador Regional da República Tomaz Henrique Leonardos*

1. Taxionomia moderna das marcas. 2. Uso patológico das marcas.

**DA NATUREZA JURÍDICA DO COMPROMISSO DO ADVOGADO** **184**  
*Professor e Advogado Edson Viana de Mattos*

Deontologia Jurídica. A essência da OAB e sua natureza jurídica. O compromisso do advogado perante a OAB. Datas da inscrição na Ordem e a do compromisso, para os efeitos de se iniciar o exercício da advocacia.

**A EMENDA DO JUDICIÁRIO – “QUEM GARANTIRÁ AS GARANTIAS ?”** **189**  
*Juiz de Direito José Eduardo Nobre Matta*

I. Introdução. II. Panorama das sugestões contidas no substitutivo da relatora. III. Da possibilidade de controle jurisdicional de emendas constitucionais que contrariem cláusulas pétreas. IV. Da Hermenêutica dos direitos e garantias fundamentais. V. Da suspensão de pagamento dos subsídios de magistrado (proposta de nova redação ao inciso III do artigo 95 da Constituição Federal). VI. Quarentena para os ex-juizes. VII. Conclusões.

**O DIREITO PORTUGUÊS EM 1500** **213**  
*Desembargador Fernando Whitaker da Cunha*

As Ordenações Afonsinas (1446), só impressas em 1792. O Código Justinianeu, traduzido por João das Regras. As *Siete Partidas*, de João Afonso. As Ordenações Manuelinas e seu aditamento oficial de 1569. As Ordenações Filipinas (1603), suas razões políticas e o domínio espanhol sobre Portugal. A importância das Ordenações Afonsinas que se projetaram nas sucessoras.



# UMA JUSTIÇA PARA O TERCEIRO MILÊNIO\*

**MARCO AURÉLIO MENDES DE FARIAS MELLO**

*Ministro do Supremo Tribunal Federal*

Permitam-me quebrar o protocolo e fazer uma saudação concentrada aos presentes, aos membros da mesa, dirigindo-me ao chefe do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, Desembargador Humberto Manes, tão bem representado nesta assentada pelo Desembargador Ellis Figueira, Primeiro Vice-Presidente do Tribunal de Justiça. Não devo, no entanto, cometer um ato falho, deixando de registrar que aqui comparecem dois companheiros de sacerdócio em Brasília: meu caro amigo, Ministro Hamilton Carvalhido, que honrou a Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro em dois mandatos, e o Presidente do Tribunal de Justiça de Brasília, do qual sou jurisdicionado, Desembargador Hermenegildo Fernandes Gonçalves.

Confesso-me surpreso porque imaginei vir falar aos estagiários da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro e vejo-me assistido por mestres do Direito integrantes do Tribunal de Justiça, professores, membros do Ministério Público e advogados militantes entre os quais o Presidente da Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil neste Estado, Doutor Celso Fontenelle, exemplo de profissional a honrar a classe.

Fiquei a imaginar o que poderia transmitir em termos de entusiasmo e estímulo aos alunos da EMERJ. Reuni-me com o Desembargador Carpena Amorim para formular um título desafiador: “O nosso Judiciário no próximo milênio”.

O Estado encontra-se em crise, e não se trata de um problema setorizado, inerente apenas ao Judiciário, mas a atingir os três Poderes da República. Todavia, em relação ao Judiciário as cobranças são mais intensas, porque os pleitos são encaminhados diretamente pelos cidadãos, aguardando-se o almejado crivo e, acima de tudo, a feitura da justiça. Não é dado reclamar daqueles que exercem o ofício judicante, porquanto seus esforços já

---

\* Conferência Magna proferida na EMERJ, em 11/02/2000.

chegaram ao extremo. Parece-me que em servir reside a maior virtude, e os juizes são pessoas dedicadas ao ofício, sacrificando horas e horas, que deveriam estar voltadas ao aprimoramento humanístico e profissional, para proceder à entrega da prestação jurisdicional de forma célere e satisfatória, ante o inexorável fator tempo. Evidentemente, há de conciliar-se valores: aquele representado pela celeridade, pelo restabelecimento da paz social momentaneamente abalada, com outro tão importante alusivo à qualidade dos atos processuais.

A crise existe no âmbito do Poder Judiciário; não obstante, poucos se atêm na tarefa de perceber-lhe a origem e atinar para a circunstância de que a cultura brasileira direciona no sentido de adentrar-se o foro para a resolução de conflitos de interesses. A arbitragem é um instituto conhecido de todos, mas, lastimavelmente, continua em *stand by*. Questiona-se, hoje, no Supremo Tribunal Federal, a harmonia, ou não, de uma moderna lei que disciplina o instituto com a Carta da República. Discute-se o porquê de se afastar do Poder Judiciário a homologação de um possível laudo arbitral. Todavia, isso ocorre considerado o sistema de freios e contrapesos. Se examinarmos a lei de regência da arbitragem, veremos que o legislador teve o cuidado de prever, em primeiro lugar, o pacto, visando à solução de um possível conflito de interesses por tal via e, portanto, à manifestação livre e espontânea de vontade dos integrantes da relação jurídica que acabou por desaguar no desentendimento. O legislador brasileiro preocupou-se, também, com a hipótese da controvérsia girar em torno de direito indisponível, estabelecendo, nesse caso, o sobrestamento do processo de arbitragem, para a questão vir ser dirimida pelo Estado-Juiz, ou seja, por órgão investido do ofício judicante. É preciso estimular-se a arbitragem, os meios de solução de conflitos de interesse que aliviem a máquina judiciária.

Outra causa da crise do Poder Judiciário é o descompasso flagrante entre órgãos investidos do ofício judicante e a população. No Brasil, há um juiz para cada grupo de vinte e cinco mil habitantes, enquanto que na Alemanha essa proporção é de um juiz para cada três mil e quinhentos habitantes.

No Brasil, aquele que deve dar o exemplo geralmente claudica, deixando de respeitar a ordem jurídica. Refiro-me ao próprio Estado que hoje é o grande jurisdicionado não só nos Tribunais Superiores. Indispensável é um apego maior aos princípios, e o exemplo deve partir do Estado (União, Estados-membros, Municípios, autarquias e fundações públicas), de modo a nortear a postura do cidadão comum.

A par disso, é de notar que quase sempre o advogado do Estado esquece-se de que goza de independência técnica quanto à própria atividade. Dê-se a liberdade ao profissional da advocacia que assiste o Estado, objetivando definir se deve, ou não, praticar um ato, ou interpor um recurso, quando sabidamente a matéria já está pacificada nos pretórios. Vivemos, até 1988, um verdadeiro círculo vicioso, sobrecarregando a máquina judiciária, relativo às execuções da própria Fazenda. Sabemos que a pessoa jurídica de direito privado, quando citada para uma execução, deve efetuar o pagamento em vinte e quatro horas, sob pena de ter bens penhorados e levados à praça, para a satisfação do débito. A liquidação, a execução propriamente dita contra a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal, faz-se num sistema totalmente diverso, cogitando-se de um instituto que hoje é tido por pernicioso. Para se ter idéia, tramitam no Supremo Tribunal Federal centenas de processos visando à intervenção no maior Estado da Federação - São Paulo -, pelo não pagamento de precatórios.

Fui Relator de uma ação direta de inconstitucionalidade tentada contra a Constituição Estadual e o Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na qual tive oportunidade de retratar o que aponteí, com desassombro, como um verdadeiro calote oficial. Até 1988, prevaleceu a crença de que, expedido precatório em 1º de julho com o valor atualizado, ter-se-ia, como previsto na Constituição Federal, até o término do exercício seguinte para chegar-se à satisfação do mesmo precatório. Estabeleceu-se, sem a visão voltada à realidade, que o valor inserido no precatório deveria ser liquidado sob o ângulo estritamente nominal, sem correção. Com uma inflação de cerca de trinta por cento, o que ocorreu, durante muitos anos, perpetuando as execuções?

O credor, ao receber o valor do precatório, constatava a satisfação do seu crédito em cerca de três a cinco por cento. Tinha, então, que peticionar novamente ao juízo da execução no sentido de que fosse expedido um novo precatório, após a remessa dos autos ao contador, para a atualização do valor devido. Esse círculo vicioso foi de certa forma interrompido pelo esforço do então Governador do Estado de São Paulo, que mais tarde veio a cair em desgraça, fazendo inserir, no artigo 33 do Ato das Disposições Transitórias da Carta de 1988, uma verdadeira moratória, cuja virtude foi revelar ser possível pagar-se a quantia devidamente atualizada. Previu-se, mediante o preceito do artigo 33 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que os Estados, senhores dessa decisão, poderiam liquidar os

débitos, corrigidos, em oito parcelas anuais sucessivas. A Carta de 1988, a meu ver, sinalizou visando ao afastamento do dogma quase sacrossanto de que não poderia haver a reposição do poder aquisitivo da moeda, em se cuidar do valor representado no precatório.

No Judiciário pátrio não há autonomia real, de fundo, mas tão-somente formal. Isso porque dependemos da aprovação de orçamento a ser encaminhado, em conjunto com os demais Poderes, ao Poder Legislativo, e aí acaba por vingar a política governamental em curso, voltada à diminuição de despesas. Entretanto, a causa maior do grande número de processos decorre da convivência, nos últimos trinta anos, com cerca de quatorze planos econômicos. Cada governante possuía uma política para, afastando as mazelas notadas, consertar o Brasil. A partir dessa política, visualizava-se não o Direito em si, mas o fim a alcançar, potencializando-se esse fim em detrimento do meio, atropelando-se princípios, enxugando-se o mercado quanto à moeda circulante e provocando o surgimento de conflitos de interesses a desaguardarem no Poder Judiciário.

Tivemos os planos Delfim I, II, III, Dornelles, Cruzado, Bresser, Arroz com Feijão, Verão, Collor I e II. Hoje vivemos, em relação à espiral inflacionária, um momento profícuo, no que a inflação está controlada. Em contrapartida, revelando que a balança da vida possui dois pratos, nota-se o esquecimento dos problemas sociais, a provocar, principalmente na área penal, o surgimento de inigualável número de ações.

Quanto aos planos, costume contar um caso talvez apenas folclórico. Certa vez, um servidor de hierarquia superior levou um projeto de lei que versava sobre Direito Tributário a um Ministro, para encaminhamento à Câmara dos Deputados pelo Presidente da República, e, quando alertado sobre possível conflito entre o projeto e as normas da nossa Lei Maior, o titular da pasta perguntou qual o grau de inconstitucionalidade desse projeto, havendo o servidor revelado que o grau seria de setenta por cento. Indagado sobre como se alcançou essa porcentagem, o servidor afirmou que a extensão do conflito do projeto com a Carta fora calculada a partir do pressuposto de que cerca de trinta por cento dos contribuintes, em que pese o vício da lei, viriam a pagar o tributo sem nada reclamar. Por essa forma, busca-se obter reforço de caixa, sempre deficitário ante os acessórios das dívidas interna e externa.

A par dos planos, e afastados os problemas financeiros, bem como a inflação, convivemos com algo inadmissível em um Estado Democrático

de Direito e até mesmo em uma civilização: a instabilidade normativa. Existindo normas permanentes, mesmo assim é possível o surgimento de conflitos de interesses, o que se dirá quando, a cada dia, criando-se um pandemônio para os operadores do Direito, edita-se, por essa ou aquela via, ato normativo para reger a convivência social, a vida gregária. Há de atentar-se para a necessidade de termos, no Brasil, não um número maior de diplomas legais, mas a mudança de cultura de forma a que os homens obedeçam às regras estabelecidas. O que falta, na verdade, é uma conscientização maior sobre a imperiosidade de observar-se o ordenamento jurídico em vigor, não se podendo perder de vista que o Estado deve dar o exemplo. Sucedem-se os diplomas e os projetos. Para complicar ainda mais as coisas, adota-se a lei do menor esforço. Ao cogitar-se da revogação dos diplomas anteriores, aciona-se a chamada revogação tácita, permanecendo no cenário jurídico o que ousou nomear de verdadeiro “entulho” legislativo, a gerar grande insegurança para todos, fazendo-se necessária a definição interpretativa do que se encontra, ou não, em vigor.

Nos dias atuais, percebe-se ainda fenômeno dos mais graves, já referido por Leonardo Boff: a apatia generalizada, principalmente por parte do Poder ao qual incumbe legislar. Sabemos que a República está assentada em três Poderes e a cada qual é reservada uma atividade precípua, prevendo a Carta da República entrelaçamento dessas atividades no campo da absoluta excepcionalidade. Mesmo assim, hoje o Executivo não só executa o que se encontra no arcabouço normativo, como também legisla, inserindo novas normas nesse mesmo arcabouço, e o faz com esteio em um preceito que, a meu ver, é pedagogicamente claro, ao disciplinar a edição das medidas provisórias.

E como podemos enquadrá-las? Em primeiro lugar, como algo excepcional, já que se trata do Poder Executivo atuando de forma precária e efêmera. A medida provisória é balizada no tempo, porque destinada a vigor por trinta dias. Revela o Poder Executivo saindo da seara reservada pela Constituição Federal e adentrando outra que diz respeito ao Poder Legislativo. No artigo 62 da Constituição Federal constam os requisitos para a edição da medida provisória. De acordo com o *caput* do artigo, a medida provisória há de ser editada a partir da relevância e da urgência da matéria a ser versada. Não se trata de relevância e urgência comuns, pois no próprio dispositivo restam potencializados esses dois predicados, com a exigência da convocação do Congresso Nacional para reunir-se, em cinco

dias, em Brasília, caso se encontre em recesso, com a finalidade de examinar a medida provisória. Ora, para que essa convocação, se é possível, de forma indefinida, reeditar-se, no vigésimo nono dia de vigência, essa mesma medida provisória? Seria com o objetivo de se ter uma despesa maior para o erário? Creio que não. Vejam a excepcionalidade, em si, desse instrumento colocado ao alcance do Poder Executivo para legislar. Somente é dado encontrar regra semelhante, relativamente à convocação do Congresso Nacional para reunir-se em estando em recesso, no tocante a um outro instituto, também de excepcionalidade maior, que, graças a Deus, não se faz presente no dia-a-dia dos brasileiros: o estado de defesa.

É preciso recolocarem-se as coisas nos seus devidos lugares. Se o artigo 62 da Carta da República, para alguns, à mercê de uma visão isolada e momentânea, não se mostra suficientemente claro, é necessário que o Congresso Nacional discipline de forma mais direta, pedagógica e até mesmo redundante o instituto da medida provisória. Não se pode continuar com a atual situação, vendo a reedição de uma medida provisória no Diário Oficial pela sexagésima sétima vez.

Cogita-se da reforma do Poder Judiciário. Indaga-se, então, sobre a eficácia dessa reforma, considerado o Projeto de Emenda Constitucional em tramitação. A meu ver, não há uma eficácia maior porque não se busca corrigir as deficiências notadas e combater as causas da morosidade do Judiciário. Ao reverso, insere-se o que, para muitos, será a solução do grande acúmulo de processos, principalmente em Brasília - o chamado efeito vinculante. Seria ele a solução para tal problemática? Sob o meu ponto de vista, a resposta é negativa. Hoje em dia, as controvérsias demoram muito a chegar a Brasília; chegam após terem surgido há oito anos, e aí quando deparamos com o primeiro processo, atrás dele já temos uma carreta repleta de outros. Pois bem, julgaremos o primeiro e determinaremos, se modificada a decisão proferida, a baixa dos processos à origem para que a própria Corte casse a decisão que prolatou, de vez que somente poderá decidir dessa forma? É possível se enquadrar isso como julgamento?

O efeito vinculante apresenta um mal maior que diz respeito a premissa inafastável quando se cuida do ofício judicante - a espontaneidade do juiz ao defrontar-se com a controvérsia; a liberdade maior que o juiz deve ter, sopesando as peculiaridades do caso concreto. Cada processo é um processo. Costumo dizer, em tom jocoso, que o Supremo Tribunal Federal, por ser órgão de cúpula, tem a prerrogativa de errar por último, mas não

tem o privilégio de impor, no âmbito do Poder Judiciário, possíveis erros, pois nós que lá temos assento também somos criaturas humanas. Estou a lembrar-me de um velho juiz do Estado do Rio de Janeiro, Dr. Elieser Rosa, que em “Leituras de Processo Civil”, monografia que me foi presenteada pelo então defensor público Hamilton Carvalhido, consignou que a justiça, enquanto for obra do homem, será passível de falha.

Não acredito no efeito vinculante como uma via para diminuir-se o número de processos. Sou um juiz centralizador que exerce na plenitude, não delegando, o ofício judicante. Digo sempre que os processos repetidos não me dão trabalho, que não os pego porque eles são objeto de decisão monocrática ou votos adaptados pela própria assessoria, a partir do que eu, individualmente, já elaborara.

Ressaltarei mais um aspecto negativo do efeito vinculante das decisões: a tendência do homem à acomodação. Não podemos imaginar o julgamento de um conflito de interesses como simples “bater de carimbo”. Há de preservar-se a espontaneidade, a independência do julgador, apenas submetido à própria consciência, devendo atuar a partir da formação humanística e profissional que possui.

Então, quais são as medidas visando à correção de rumos? Em primeiro lugar, faz-se mister uma estabilidade normativa maior; em segundo, há de cobrar-se um crivo mais técnico das comissões das duas Casas do Congresso Nacional, das Comissões de Constituição e Justiça das Casas Legislativas e, sob o ângulo constitucional, em uma outra fase do processo legislativo, a da sanção ou veto do projeto aprovado. O veto precisa ser implementado colocando-se em plano secundário, em benefício da prevalência da Constituição, a conveniência governamental, dada a política em curso.

Tivemos, nos últimos anos, uma experiência de absoluto sucesso relativa aos Juizados Especiais, desburocratizando-se o processo e afastando-se uma parafernália de recursos. Não sou contrário aos recursos, mas há a necessidade de conciliar-se a correção de decisões com a prestação jurisdicional que se quer mediata, célere, dentro de um tempo razoável. Precisamos alargar o campo de atuação dos Juizados Especiais, nos quais, repito, realizou-se uma experiência muito bem sucedida. Caminhemos, também, para a criação de novos órgãos. É inimaginável que se tenha, em uma Vara Federal, cerca de quatorze mil processos em curso, como ocorre no interior do Brasil.

Conhecemos várias vias para o controle concentrado de constitucionalidade. Criou-se, em 1993, uma ação “irmã gêmea” da ação direta de inconstitucionalidade que se denomina: ação declaratória de constitucionalidade. Ocorre que o nosso legislador é esquecido da sistemática existente. Ao invés de transportar para o rol dos legitimados aqueles que já o são para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, optou, na Carta da República, por uma inflexibilidade maior, de vez que somente são legitimados para a ação declaratória de constitucionalidade (também é uma ação de mão dupla - é possível declarar-se tanto a constitucionalidade quanto a inconstitucionalidade) o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados e o Procurador-Geral da República. É preciso corrigir-se esse quadro. Não vejo como deixar de reconhecer-se, por exemplo, para essa ação, a legitimidade ativa do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que sempre teve e sempre terá papel voltado ao bem-estar da sociedade, à defesa da cidadania.

O Supremo Tribunal Federal há de ser transformado em uma Corte estritamente constitucional. É inimaginável julgarmos extradições, mandados de segurança contra atos de um órgão auxiliar do Poder Legislativo, como é o Tribunal de Contas da União, e até mesmo ações penais envolvendo deputados e senadores. Há aí um verdadeiro contra-senso. O órgão competente para julgamento das ações contra os governadores é o Superior Tribunal de Justiça, enquanto os representantes do povo e os do Estado (deputados e senadores) são julgados pelo Supremo Tribunal Federal.

Transformado este em Corte Constitucional, teríamos que caminhar para a admissibilidade do efeito vinculante, pois o Supremo Tribunal Federal não julgaria em si a lide, mas apenas adotaria a tese quanto ao alcance do texto constitucional. Sabemos que, mediante o controle difuso, isso ocorre nos Tribunais de Justiça. Quando suscitado incidente de inconstitucionalidade, o órgão fracionado suspende o julgamento do recurso e remete o processo ao Órgão Especial para que este, fazendo as vezes do Tribunal Pleno, eleja a tese mais consentânea com o Texto Maior. Tal definição passa a nortear o julgamento de recursos versando idêntica matéria, a menos que surja proposta de revisão do que decidido no incidente.

Precisamos voltar ao que havia antes de 1988, retomando o princípio da unirecorribilidade. Hoje, pode haver a interposição simultânea no processo dos recursos especial e extraordinário, bastando que se constate, na decisão impugnada, a existência de fundamento legal, submetido à

competência do Superior Tribunal de Justiça, e constitucional, a ser elucidado, sob o ângulo do acerto ou desacerto, pelo Supremo Tribunal Federal. Abandonou o Constituinte de 1988 prática que já vinha sendo, há muito, adotada no Judiciário brasileiro como uma experiência salutar, no âmbito da Justiça do Trabalho e da Eleitoral. Tanto em uma quanto em outra conta-se com recursos (a revista do processo do trabalho e o especial do processo eleitoral) cabíveis por infringência à Carta da República. Por que não admitir o recurso endereçado ao Superior Tribunal de Justiça por violência à Constituição? Dessa forma, apenas com a decisão do Superior Tribunal de Justiça ter-se-ia a possibilidade de chegar ao Supremo Tribunal Federal.

Tal situação, por esdrúxula, a provocar grande perplexidade, principalmente na atuação dos advogados, veio a ser mitigada no campo jurisprudencial. Esclareço a adjetivação. Houve um caso em que protocolados simultaneamente os recursos especial e extraordinário, e ambos foram trancados. Seguiu-se a interposição de agravos. O Superior Tribunal de Justiça assentou, no julgamento do agravo para subida do especial, que não havia no acórdão de origem fundamento legal. No Supremo Tribunal Federal, apreciando-se o agravo relativo ao trânsito do extraordinário, afirmou-se a inexistência de fundamento constitucional. Qual seria, então, o fundamento da prestação jurisdicional? Como adiantei, corrigiu-se o erro, abandonando-se, entretantes, a ortodoxia, o Código de Processo Civil, no que revela a substituição da decisão impugnada pelo acórdão resultante da apreciação do recurso. Hoje somente há o prejuízo do recurso extraordinário quando a decisão simultaneamente impugnada com o especial haja sido alterada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Devemos enxugar o rol dos recursos, conciliando celeridade e direito de defesa, que deve ser assegurado à exaustão. Necessitamos de uma postura exemplar a partir do próprio Estado.

Verifica-se, atualmente, nesse campo, quadro teratológico no Supremo Tribunal Federal. Em milhares de casos a envolver a Caixa Econômica Federal, concluímos, relativamente à correção do saldo das contas do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, pelo envolvimento de matéria estritamente legal. A Caixa insistiu na tese da existência de matéria legal, em que pese a pacificação da jurisprudência. Então, passamos a aplicar a multa prevista no artigo 557 do Código de Processo Civil. Não satisfeita, veio a Caixa a recorrer das decisões das turmas prolatadas a partir de recursos extraordinários, com um novo extraordinário endereçado ao Plenário.

Há de caminhar-se, e é o que fazemos na EMERJ e em outras escolas, para o aprimoramento dos profissionais. Adoto o vocábulo no sentido linear - profissionais do direito: magistrados, membros do Ministério Público e advogados. Há de caminhar-se para o aprimoramento, acima de tudo, daqueles que atuam em nome do Estado, que são servidores de seus cidadãos, daqueles que têm a missão sagrada de restabelecer a paz social momentaneamente abalada. Ao atuar, o juiz deve preservar, sobretudo, o tratamento igualitário das partes. Para o juiz, o processo não deve ter capa. O objetivo a ser perseguido deve ser único: a realização do trinômio Lei, Direito e Justiça, potencializando-se a busca dessa última.

Nesse campo, cito um exemplo: quando cheguei ao Supremo Tribunal Federal, defrontei-me com situação retratada em um recurso extraordinário no qual uma parte, que tivera a desapropriação de uma propriedade produtiva (localizada à beira de um rio), de cerca de noventa alqueires, viria a receber, prevalecendo o quadro até então delineado, valor que não seria suficiente para pagar um lanche para três pessoas. Chegou-se àquela situação porque, à época em que foi prolatada a sentença, havia controvérsia quanto à correção monetária. Então, o zeloso advogado que patrocinava os interesses do desapropriado interpôs o recurso de embargos declaratórios, visando a tornar extremo de dúvidas a incidência da correção monetária. O magistrado declarou o direito a essa incidência, mas, de forma desavisada, sem perceber a dinâmica do processo de desapropriação, veio a consignar que a correção monetária incidiria após o trânsito em julgado da sentença de liquidação.

Passaram-se dez anos, com inflação atingindo dois dígitos, e não ocorreu o trânsito em julgado da decisão. Na assentada em que apregoado o recurso extraordinário, votando após o Relator (já que era o Ministro mais novo), afirmei conhecer e prover o extraordinário. Assim procedi, explorando o comando sentencial, no que direcionado à justa e prévia indenização, tal como prevista na Carta da República. Fui acusado de aplicar o chamado direito alternativo, de desconhecer a preclusão quanto ao decidido por força dos embargos declaratórios. Entretanto, sustentei que o Supremo Tribunal Federal não poderia endossar a solução até então existente nos autos, sob pena de não cumprir a sua missão, e que, em detrimento da cláusula relativa ao termo inicial da prescrição, deveria prevalecer o comando sentencial, a condenação do ente público a pagar a justa indenização, com que era incompatível o congelamento do valor devido por vários anos.

Digo-lhes, principalmente àqueles que abraçarão a magistratura, que a atividade do juiz é ato vinculado inserto no grande todo que é a Administração Pública. O particular pode fazer tudo o que não esteja proibido em lei; o administrador, somente o que nela estiver autorizado. A vinculação decorre não só de uma norma prevista no artigo 126 do Código de Processo Civil, que determina ao juiz a aplicação da lei incidente ao caso concreto, como, também, de um mandamento maior constitucional, revelador da necessidade de fundamentação das decisões judiciais. Tem-se aí a vinculação. Interpretar, em si, a norma é um ato de vontade a abranger uma carga construtiva muito grande. A justiça que compõe o trinômio ao qual me referi anteriormente pode ser buscada sem afastar-se do cenário jurídico a lei incidente. O ofício judicante será sempre, conforme disse Elieser Rosa, obra do homem. Se tivéssemos como exata essa eletrizante ciência que é o Direito, não precisaríamos de juízes, usaríamos computadores para alcançar a solução das controvérsias.

Qual deve ser a postura do magistrado ao deparar com um conflito de interesses? Deverá, à mercê da formação humanística que possua, idealizar, para o caso concreto, a solução mais justa, mais socialmente aceitável e, somente após, recorrer à dogmática, a fim de buscar o indispensável apoio. As leis são feitas para os homens, e não os homens para as leis. As regras estabelecidas estão voltadas ao bem-estar social.

Na reforma do Poder Judiciário que se avizinha, há coisas que discrepam, até mesmo do bom senso. Se formos ao Código de Processo Civil, veremos que a responsabilidade do juiz quanto a atos que pratica no processo pressupõe manifestação de vontade distorcida. Alude-se, no Código de Processo Civil, ao dolo, à intenção, à fraude. Penso que desejam, com a reforma do Poder Judiciário, transformar a Carta da República em um Código Penal dos Magistrados, porquanto se cogita da responsabilidade do juiz por simples culpa. Ora, essa culpa não estará demonstrada na reforma via recurso de uma decisão? A culpa não estará demonstrada na procedência de um pedido formulado em uma ação rescisória considerada a violação literal de preceito da lei? A resposta é afirmativa. Esse preceito, caso aprovado, e não acredito que o seja, trará inibição ao ofício judicante.

Falemos um pouco mais do ofício judicante. A sentença, em si, é um ato de inteligência, e o Código de Processo Civil prevê uma certa estrutura, viabilizadora, de resto, do direito de defesa. É preciso que o magistrado revele o conhecimento da lide, o que é feito por meio do relatório, devendo

lançar fundamentação de forma convincente até mesmo para quem perder a demanda. Com a grande carga de processos, surgem atos discrepantes das premissas e que, por si sós, desafiam embargos declaratórios. Então, quando o advogado os interpõe, não raramente são tomados como uma crítica pessoal ao julgador, ao invés de merecerem enquadramento como simples colaboração do profissional da advocacia ao aprimoramento do ofício judicante, da prestação jurisdicional. O juiz deve entender a angústia do advogado e ter presente a obrigação deste de prestar contas ao constituinte. Deve encarar, com espírito de compreensão maior, a interposição dos embargos declaratórios.

As sentenças devem estar bem estruturadas, demonstrando o domínio pleno da causa pelo magistrado. Volto ao início, quando afirmei que uma das principais virtudes do juiz é servir aos concidadãos. Magistrados de primeira, segunda e terceira instâncias, magistrados dos Tribunais Superiores devem atuar com grande entusiasmo, como se o processo em mesa fosse o primeiro submetido ao seu crivo, utilizando linguagem que se mostre harmônico com o vernáculo. As fórmulas sacramentais devem ser abandonadas, tornando o teor da decisão de fácil acesso. Em linhas gerais, essas são as observações que achei por bem fazer, não aos doutos aqui presentes, mas aos senhores que iniciam a caminhada em direção a cargo cuja missão se faz praticamente sagrada: a de julgar .

Agradeço a atenção dos senhores e torno a frisar que não aguardava encontrar aqui mestres do Direito e, por essa razão, não preparei uma conferência, uma palestra escrita que pudesse demonstrar bagagem intelectual maior. Creio que, acima de tudo, o homem deve ser uno, atuando de forma espontânea, sem eleição de modelo rígido, a partir das qualidades que possui. Desejo aos senhores, alunos da EMERJ, o maior êxito na caminhada que se inicia, direcionada à verdadeira consagração humanística e profissional que é a revelada pela atuação como juízes. Muito obrigado a todos. ◆

# RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

**MANOEL CARPENA AMORIM**

*Desembargador TJ/RJ. Diretor-Geral da EMERJ.*

## I. INTRODUÇÃO

Aprofundar-se nos estudos sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica é obrigar-se a conhecer os institutos elementares de Direito Penal.

O tema examinado não encontra muitas obras na literatura brasileira. Para melhor abordagem, é necessário entender a sua evolução histórica e o Direito Comparado.

Trata-se de um assunto em constante evolução, sobre o qual já se pode notar alguns artigos em revistas jurídicas, palestras e livros publicados recentemente.

A pessoa jurídica impõe-se como uma realidade para o ordenamento jurídico vigente. Contamos, hoje, no Brasil, com dois textos dos mais modernos, contemplando a responsabilidade criminal da pessoa jurídica: a Constituição de 1988 (art. 173, § 5º e art. 225, § 3º) e a recente Lei nº 9.605/98.

Em uma análise mais cuidadosa da questão, vê-se que o tema, aqui abordado, não é novo na história, não é estranho à legislação e nem é ausente da jurisprudência, merecendo ser enfrentado.

## II. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Sob diversos aspectos, as civilizações têm oscilado entendimentos entre tendências individualistas e coletivas.

Um marco a ser exigido desde já é a Revolução Francesa, ocorrida no século XVIII, a qual pode ser considerada como um divisor de águas. Da Idade Antiga à Idade Média, as sanções coletivas impostas às tribos, vilas, comunas, cidades e famílias, eram predominantes. Após a Revolução Francesa os princípios individualistas e anticorporativos, surgidos com o pensamento iluminista, repudiavam tais punições, que não mais se sustentaram.

No Império Babilônico, cada vila possuía suas próprias regras jurídicas. O Código de *Hammurabi* passou a admitir a responsabilidade local ou da cidade por certos crimes, não havendo vedação da pena passar da pessoa do condenado.

Na China e em outros países da Ásia, havia a responsabilidade familiar solidária ou por representação. Na primeira, o crime cometido por uma pessoa acarretava punição do parente de primeiro grau. A segunda ocorria quando o chefe da família sofria um castigo físico por deixar de registrar suas terras no registro público.

Na Indochina, havia o denominado “acordo presumido” – toda a família, assim como as pessoas que moravam na mesma residência se responsabilizavam pelo débito, quando havia rebelião.

Na Tailândia, também se estendia a responsabilidade à família e às casas vizinhas que estavam obrigadas ao pagamento de uma multa quando havia um suicídio ou homicídio.

Na Coréia, a responsabilidade penal da família do delinqüente era por cumplicidade, estando excluído da punição, somente aquele que não possuísse uma vida em comum com o criminoso.

Também havia a responsabilidade criminal familiar no Japão, principalmente, para os delitos que atentassem contra a vida do Imperador e os de traição.

Na Índia, a responsabilidade era peculiar. O Código de *Manu*, datado de 13 séculos antes de Cristo, mencionava punição variada, conforme a origem do indivíduo. A peculiaridade surge, quando a pena pela morte não se limitava à figura do criminoso, atingindo aquele que consumia o alimento preparado pelo homicida. Nos crimes de falso testemunho, a punição, também, transcendia, ocasionando a morte de toda a família do agente, inclusive daqueles que estivessem por nascer.

A Lei Hebraica estabelecia tratamento igualitário aos culpados. A primeira punição coletiva surgiu com o pecado originário no *Éden*. O dilúvio aparece como punição para aqueles que não cumpriram os mandamentos de Deus. A transcendência da pena, aqui, atingiu até a quarta geração em forma de maldição.

Outro exemplo citado na doutrina é o episódio bíblico da destruição de *Sodoma e Gomorra*.

O Direito Penal Grego apresentou-se em duas fases: uma essencialmente coletivista, outra individualista, devido ao aparecimento da moeda.

Havia corporações, na Grécia, consideradas como pessoas jurídicas de direito privado, que eram punidas pelos seus delitos.

Com a evolução dos tempos, a responsabilidade transmutou-se para individual, onde as sanções de caráter coletivo perderam espaço.

No Direito Romano, nota-se uma divergência na doutrina. Alguns estudiosos sustentam que Roma não conheceu outra pessoa que não a física. Outros doutrinadores, apoiados na literatura estrangeira, afirmam que os romanos também concebiam, ao lado do homem, certas entidades abstratas titulares de direitos subjetivos. Outro aspecto, é que somente o Estado podia atribuir direitos e obrigações a certas comunidades e grupos sociais, constituindo, assim, uma personalidade jurídica emanada desse poder.

Porém, não havia, no Direito Romano, um entendimento pacífico, pois o reconhecimento de entidades se dava por ficção jurídica.

É possível concluir, que foi no Direito Canônico que ocorreu a construção da teoria da personalidade jurídica, com o advento da Igreja.

O Direito Canônico medieval admitiu a responsabilidade penal das corporações e das coletividades, ou seja, da pessoa jurídica, que podia ser punida como cúmplice e como autora principal de delitos.

No Direito Muçulmano, a responsabilidade não era propriamente coletiva, pois o criminoso não deixava de ser o principal responsável a ser punido; no entanto, toda a família arcava com a sua mitigação de pena, solidarizando-se para minorar a reprimenda corporal do agente.

O Direito Germânico e o Direito Francês também se mostravam favoráveis à criminalização da pessoa jurídica. Entretanto, depois da Revolução Francesa, muita coisa mudou, porquanto o individualismo passou a prevalecer, rechaçando a responsabilidade coletiva.

No Direito Pátrio, influenciado pelo Direito Português, não há uma total concordância quanto à aceitação da responsabilidade da pessoa jurídica.

Com a chegada dos portugueses, ao Brasil, o Direito Penal vigente era o das Ordenações. Estas não identificavam a responsabilidade criminal dos entes coletivos.

Há quem entenda que no Código Criminal do Império de 1831, no seu art. 80, e no Código Penal de 1890, no art. 103, parágrafo único, havia a responsabilidade das corporações. No entanto, há aqueles que concebem que tal responsabilidade só foi admitida com a Carta Magna de 1988, pois os dispositivos citados possuíam má redação e falta de elaboração técnica.

### **III. A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS**

Pode-se afirmar que a responsabilidade criminal da pessoa jurídica está expressa no bojo da Magna Carta e latente na doutrina penal.

Os arts. 173, § 5º e 225, § 3º da Constituição Federal, cujos textos transcreveremos a seguir, tratam bem da matéria:

*“Art. 173 – Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em Lei.*

*§ 5º- A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.*

*Art 225 – Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.*

*§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados, aplicando-se relativamente aos crimes contra o meio ambiente, o disposto no art. 202, § 5º.”*

No Brasil, a doutrina ficou controvertida em referência ao assunto. Mesmo aqueles que admitem que a atual Constituição introduziu a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, observam que o tema deveria ser disciplinado mais específica e detalhadamente em lei especial. Daí, surgiu a Lei nº 9.605/98, da qual cuidaremos mais adiante, que trata expressamente da matéria, com fulcro nos crimes ambientais.

### **IV. CORRENTES E TEORIAS SOBRE A RESPONSABILIDADE CRIMINAL DA PESSOA JURÍDICA**

Apontam-se duas grandes correntes sobre o tema. Uma defende a responsabilidade penal da pessoa jurídica, tendo como base a Teoria dos Órgãos, de *Gierke*. A outra a nega, fulcrada na Teoria da Ficção, de *Savigny*. Deve ser chamada a atenção para o fato de que, atualmente, o melhor en-

tendimento é aquele esposado pela Teoria da Realidade Técnica à natureza da pessoa formal, pois esta não é calcada em extremos.

Para a Teoria dos Órgãos a responsabilidade criminal é cabível. A pessoa jurídica tem capacidade de atuar, possuindo vontade própria, distinta da de seus membros. Não há óbices para que sinta os efeitos da condenação, pois há a aplicação de penas alternativas. A punição deve ficar restrita à pessoa jurídica, não se estendendo à pessoa física, porquanto ambas não poderiam estar incurso no mesmo crime. A vontade externada é do ente coletivo, pois a pessoa física é um órgão e não um representante da pessoa jurídica. Há quem afirme que esta é responsável penalmente em concurso necessário com aquela, pois desvinculá-las é impossível. Tal sistema, trata-se da dupla imputação e vem sendo amplamente defendido na doutrina.

Há aqueles que não aceitam ser a pessoa jurídica sujeito ativo de delito, eis que muitos são os obstáculos existentes, não havendo capacidade de conduta, nem de culpabilidade. Assim, tal responsabilidade foge dos princípios básicos do Direito Penal.

Em leitura de trabalhos publicados sobre a hipótese enfocada, podem-se elencar alguns argumentos favoráveis e contrários à responsabilidade penal do ente coletivo.

Os primeiros entendem que a responsabilidade penal da pessoa jurídica não pode ser analisada à luz da responsabilidade penal individual baseada na culpa, devendo, sim, ser estudada na esteira da responsabilidade social.

O ente social age e reage através de seus órgãos, cuja conduta é considerada como sendo da própria pessoa jurídica.

Alguns são os argumentos contrários ao tema, tais como: a violação do princípio da isonomia, pois identificando a pessoa jurídica como autora do crime, os partícipes, cúmplices, co-autores e instigadores, serão beneficiados; a dificuldade de individualizar as condutas coletivas nos delitos situa-se na esfera processual e não material; a violação do princípio da humanização da pena, pois este refere-se apenas às pessoas físicas; a falta de legitimidade para o direito de regresso, eis que com a imputabilidade penal da pessoa jurídica, esta não pode se ressarcir contra o preposto causador do dano por ser co-responsável; a ofensa a princípios relativos à teoria do crime; a violação à regra do lugar do delito, haja vista que não é possível estabelecer, com clareza, o local das atividades da pessoa jurídica, a qual possui estabelecimentos em diversas localidades; a inobservância do tempo do crime, porque quando o legislador definiu o momento do ilícito, o

fez baseado na ação humana e o descumprimento ao sistema da lei para o concurso de pessoas.

São vários os argumentos contrários à responsabilidade do ente jurídico, não sendo possível, reuni-los em um só trabalho.

## V. O DIREITO COMPARADO E A LEGISLAÇÃO ALIENÍGENA

Canadá e Austrália – A regra geral é a responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

Itália – Vigora o princípio da responsabilidade individual, admitindo-se subsidiariamente a responsabilidade pecuniária das pessoas coletivas, que se situa no âmbito civil.

Alemanha – Adota um direito administrativo penal da pessoa jurídica, no qual as punições são através de multas administrativas. Basta o comportamento ilícito, não sendo necessária a culpa.

Holanda – A Corte Suprema holandesa vem reconhecendo que certas ações ou omissões são da própria empresa, sendo, apenas, imputadas às pessoas físicas vinculadas, como consequência.

França – O antigo Código Penal francês não dispunha sobre a responsabilidade criminal da empresa, enquanto com a reforma, esta fora plenamente acolhida. O atual Código Penal dispõe sobre a responsabilidade das pessoas jurídicas por seus próprios atos ou por atos de seus representantes.

Grã-Bretanha e Irlanda do Norte – A responsabilidade criminal do ente coletivo era vedada no início do século passado, devido à incapacidade das pessoas jurídicas de querer e de estar pessoalmente em juízo. Já na segunda metade do século XIX, com o crescimento da indústria, proliferaram as corporações e os Tribunais passaram a aceitar a responsabilidade penal da empresa nas infrações de omissão ou negligência. Assim, atualmente, a pessoa jurídica pode ser penalmente responsabilizada, por violações à economia, meio ambiente, à saúde pública e à higiene e segurança no trabalho, também considerado como meio ambiente *stricto sensu*.

Portugal – Há tanto a responsabilidade penal individual como a da pessoa jurídica, a qual é tratada por legislação infraconstitucional, que prevê várias formas de penas aplicáveis.

Estados Unidos – Na *Common Law* também vigora o regime da responsabilidade da pessoa jurídica. É importante observar que em função do sistema federativo norte-americano, alguns estados não adotam a orientação

dominante, como é o caso de Indiana. Porém, a regra é a da responsabilidade criminal das corporações.

Dinamarca – O Código Penal dinamarquês não prevê a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, mas diversas leis foram desenvolvidas prevendo tal responsabilização, permitindo a punição da empresa, da pessoa física ou de ambas.

Áustria – Há sanções para membros e órgãos que se utilizam da associação com fins econômicos escusos. A pena da empresa não afasta a proferida para a pessoa física.

Japão – Um país de influência norte-americana, adotou a teoria de *Gierke* sobre a real responsabilidade dos entes coletivos.

China – Por ser um país socialista, não admite qualquer ato contra o interesse comum do Estado. Atualmente, a legislação consagrou a responsabilidade das empresas nos delitos de contrabando e corrupção. A pena aplicável é a pecuniária, sem exclusão da detenção, reclusão ou mesmo prisão perpétua para as pessoas físicas responsáveis.

América Latina – A regra é a responsabilização exclusiva da pessoa natural, abrindo-se exceção para o México e Cuba. Na Argentina, há uma discussão sobre o tema, pois alguns juristas, de peso, já admitiram tal possibilidade.

Suíça – Tanto a jurisprudência como a doutrina só admitem a responsabilidade pessoal, porquanto o interesse maior é a prevenção e não a repressão, razão pela qual somente é aceita a punição no plano de direito penal administrativo.

Bélgica – A conclusão está no art. 39 do Código Penal, que fixa o caráter individual das penas, estabelecendo que a multa é imputada contra cada um dos condenados em virtude de uma infração.

Espanha – É outro país que não concebe a responsabilidade penal das empresas, as quais não possuem imputabilidade criminal.

## **VI. ATUAL CONCEPÇÃO DA CULPABILIDADE**

A culpabilidade nutre-se de características eminentemente pessoais entre o autor do crime e a ação. Compõe-se de elementos ensejadores: o conhecimento da ilicitude, a imputabilidade e a existência de causa de exculpação.

Na realidade, a intervenção penal ocorre toda vez que houver uma conduta delituosa, previamente descrita em lei.

Tem-se, então, a culpa individual do autor que só lhe é imputada por um fato específico. A imputação de uma pena a alguém deve ter somente como objetivo sua relevância pública, quando proporcional e necessária ao mal causado. A publicização da pena é resultado da própria evolução do Direito Penal, que passa da vingança privada para vingança estatal, que evoluiu da Lei de Talião para as teorias preventivas, as quais deslocam o interesse de punir do indivíduo para o interesse que possui a sociedade em tutelar os seus bens jurídicos.

Destarte, só o dissenso social pode gerar a punição à luz da relevância pública, reafirmando os princípios de convivência social.

Não se pode negar que a culpabilidade é questão árida para a responsabilização penal da pessoa jurídica. Alguns doutrinadores, de renome, a entendem como um obstáculo intransponível, pois os entes coletivos são incapazes de culpabilidade, de acordo com as diretrizes do Código Penal moderno.

A pessoa jurídica não opera com uma disposição interna contrária à norma violada, nem possui possibilidade física de fazê-lo, havendo, tão-somente, a responsabilização penal a nível individual.

No entanto, é sempre bom salientar que as pessoas jurídicas têm uma disciplina inerente que permite identificá-las como uma categoria independente e autônoma da responsabilidade penal tradicional individual. Apenas, mantém uma inter-relação com o direito privado, porém com suas próprias raízes no princípio da culpabilidade, bem como no direito público.

Vislumbram-se, portanto, posições diametralmente opostas no tocante à culpabilidade, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Para uns, ela é a reprovabilidade do injusto ao autor, possuindo um sentido individual, pessoal, impossível de ser entendido às pessoas jurídicas. Para outros, tal visão não é mais satisfatória. A pessoa jurídica seria possuidora de vontade, de ação, de culpabilidade, distinguindo-se das pessoas de seus membros, ao não observar uma norma penal. Tal entendimento, com o qual comungamos, encontra guarida na política criminal e no incomensurável valor dos bens protegidos pela sociedade.

## **VII. DAS PENAS APLICÁVEIS**

No Direito penal há três respostas para os ilícitos cometidos pelas empresas. A resposta tradicional são as medidas administrativas ou civis. Uma posição intermediária é a de se impor medidas de segurança às empresas, por

entender que as reprovações aplicáveis estão inseridas no sistema penal. A terceira resposta é a de imputar uma verdadeira responsabilidade criminal, prevalente nos países da *Common Law* e crescente em todo o mundo.

Muitas são as punições impostas a uma pessoa jurídica. Com fulcro no Direito Penal português podemos exemplificá-las:

a) Admoestação ou advertência – consiste em uma verdadeira censura oral feita, pelo Juiz, ao sujeito ativo considerado culpado.

b) Multa – é a mais comum. Consta em todas as legislações que adotam a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

c) Perda de bens ou confisco – abrange o lucro ilícito obtido pelo infrator, bem como os bens adquiridos com o produto do crime.

d) Injunção judiciária – assim conhecida na legislação portuguesa, consiste em fazer cessar a perduração do ilícito, obrigando o agente a adotar medidas necessárias para pôr fim a situação anômala. Esse tipo de pena é adequado aos denominados crimes permanentes, cuja a consumação se prolonga no tempo.

e) Prestação de serviços à comunidade – é uma efetiva alternativa penal para o cometimento de fatos ilícitos que ferem o equilíbrio ecológico. Tal pena encontra-se de acordo com o pensamento de prevenção geral positiva, que é o mais adequado a justificar a pena por sua repercussão social. Punição inovadora, no sentido de motivação ao cumprimento da norma, sob pena de reconstrução das áreas lesadas em face do ato ilícito.

f) Interdição de direitos – consiste na proibição do condenado de contratar com o Poder Público, receber incentivos fiscais ou outros benefícios e participar de licitações públicas.

g) Fechamento temporário da empresa – essa penalidade traz conseqüências graves, no que tange aos empregados, bem como a economia em geral.

h) Dissolução da empresa ou fechamento definitivo - aplicam-se aos crimes que lesam ou colocam em perigo os interesses da economia nacional.

Entendemos que essa punição é inadequada para a repressão de qualquer tipo de crime, pois independentemente da importância do bem lesado, hoje, há uma forte tendência à preservação da empresa, em prol da própria sociedade que dela também se beneficia.

i) Divulgação da sentença – é feita às expensas da pessoa jurídica condenada, no próprio estabelecimento comercial ou no local de exercício

de suas atividades. Tal pena produz efeitos mais gravosos à pessoa moral, do que a multa imposta.

j) Suspensão condicional da pena – em nosso direito somente pode substituir a privação da liberdade. Também é utilizada no direito alienígena para a não execução de uma punição aplicada, desde que preenchidos certos requisitos.

l) Suspensão condicional do processo – é uma medida suspensiva do feito, antes mesmo da própria decisão definitiva.

## **VIII. DO CONCURSO DE PESSOAS**

O concurso de pessoas é tema dos mais relevantes para aqueles que aceitam a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

O art. 29 do Código Penal traça diferença entre co-autoria e participação. Autor, segundo a Teoria Restritiva, é aquele que pratica a conduta descrita pela figura típica, enquanto o partícipe é aquele que concorre, de qualquer modo, para realização do tipo. Na Teoria do Domínio Final do Fato ou da relevância causal quanto ao resultado, autor é quem tem o poder de fazer cessar a conduta delituosa. O confronto entre essas duas teorias é interessante, porque a figura do mandante é vista de forma diversa. Na idéia da Teoria Restritiva o mandante é partícipe, mas na Teoria do Domínio Final do Fato, ele é autor.

Configura-se o concurso de pessoas, quando há pluralidade de agentes, da qual originam-se condutas que ensejarão o resultado criminoso.

Destarte, deve haver liame psicológico entre tais condutas, porém não é necessário o ajuste prévio.

Consagra-se sobre o tema os arts. 173, § 5º e 225, § 3º da Constituição Federal, que tratam expressamente da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, sem prejuízo da responsabilidade individual das pessoas físicas.

Pode-se dizer, que decorreu, daí, o sistema da dupla imputação, no qual é reconhecida a capacidade de conduta da pessoa jurídica entendida, por alguns, como uma ação ou omissão institucional.

A capacidade de sofrer uma punição é aceita no sentido estrito de reprovar alguém que não cumpre um preceito legal. Portanto, a pessoa jurídica somente pode realizar o tipo penal através da pessoa física, por esse motivo é que alguns doutrinadores enfatizam a denominada dupla imputação. Ou seja, a atividade da pessoa física não pode ser dissociada da empresa, pois

age em benefício desta, que detém o domínio final do fato. Assim, é possível, na visão mencionada, admitir-se a co-autoria, respeitando-se, contudo, os argumentos contrários.

Em que se pese o posicionamento descrito, há quem não conceba o concurso de pessoas na responsabilidade penal do ente coletivo. Com base nesse pensamento, a pessoa física é como órgão da pessoa jurídica, não sendo seu representante.

Na Teoria do Órgão, este possui vontade própria e a exprime, embora tal voluntariedade venha se refletir na esfera jurídica da entidade. Vendo-se a pessoa física como órgão, é ela parte integrante da pessoa coletiva, não a representando, mas sim atuando como se fosse a própria empresa.

Ademais, admitindo-se a pessoa jurídica como penalmente responsável, apenas sobre esta deverão recair as sanções penais, eis que as pessoas naturais agem como terceiros, fora das funções do ente jurídico, caso em que devem ser punidas individualmente, salvo se atuam como órgão, ou seja, parte integrante da empresa, isenta de pena.

Para essa segunda concepção é inaceitável a dupla punição, sob pena de se violar o art. 5º, XLV, da Magna Carta.

Há, ainda, alguns autores que ressaltam a existência de delitos, nos quais o núcleo do tipo só pode ser praticado pela pessoa jurídica, hipótese ensejadora de co-autorias entre pessoas jurídicas.

Com relação à participação, admitem que a pessoa física possa ser participe da pessoa jurídica; já com referência a esta, não há como se falar em participação, pois, conforme mencionado, a empresa é autora necessária e detém o domínio final do fato.

Quanto a querer participar de crime menos gravoso, só se refere tal expressão à pessoa natural, não se aplicando à pessoa jurídica a expressão participação de menor relevância, haja vista ter sempre uma atuação relevante.

Pode-se perceber, nessas poucas observações, que não há sobre o assunto um entendimento pacífico e unificado, o qual demorará muito para se formar, diante da existência de inúmeras controvérsias, que jamais poderiam ser esgotadas nessa breve e objetiva exposição.

## **IX. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A PESSOA JURÍDICA**

No sistema inaugurado com a Lei nº 8.078/90, a proteção do consumidor é de extrema importância, pois o aspecto da confiança, nas relações consumeristas, é observado ao máximo.

São normas jurídicas que visam a garantir a segurança e a qualidade do produto colocado no mercado ou serviço prestado, buscando tutelar efetivamente a legítima expectativa dos consumidores.

É, assim, um sistema que protege, claramente, a parte mais vulnerável e fraca da relação, deixando o Direito Penal imiscuir-se nas relações de consumo, de forma ponderada.

Indaga-se, portanto, na jurisprudência e na festejada doutrina, se há chance de a pessoa jurídica responder criminalmente pelos delitos de consumo. Há vários óbices constatados, com relação à possibilidade da conduta típica pelo ente coletivo.

Em exame a tal tema, pode-se concluir que mesmo para aqueles que aceitam a responsabilidade criminal da pessoa jurídica na seara de consumo, ainda, há o obstáculo da incompatibilidade das penas previstas. O Código de Defesa do Consumidor só prevê punições adequadas às pessoas físicas, ou seja, para o Diploma, em referência, apenas os diretores, gerentes, administradores das empresas é que responderão penalmente pelas infrações cometidas.

Salienta-se, então, que esse é mais um ponto albergado pelas divergências doutrinárias, que continuam a se mostrar cada vez mais intensas, no que tange ao tema de fundo desse estudo.

## **X. A LEI Nº 9.605/98 – A RESPONSABILIDADE CRIMINAL DA PESSOA JURÍDICA NA NOVA LEI DE INFRAÇÕES AMBIENTAIS**

Lei nº 9.605/98 introduziu, no Direito Brasileiro, a nível infraconstitucional, a responsabilidade criminal da pessoa coletiva.

A Constituição da República de 1988 já tratava do tema, observando que a matéria deveria ser disciplinada por lei específica.

Assim, a nova lei dos crimes contra o meio ambiente veio abordar expressamente esse tipo de responsabilidade penal. Seu conteúdo é assemelhado com o das legislações estrangeiras. Porém, podemos notar, mesmo no bojo dessa lei, situações que também podem gerar discussões.

A lei dos crimes ambientais não diferencia o tipo de pessoas jurídicas que podem ser punidas pela prática desses crimes. Em princípio, seriam as pessoas jurídicas de direito público que poderiam ser responsabilizadas. Todavia, surge uma indagação. Se for o próprio Governo federal que cometa os crimes previstos na Lei nº 9.605/98, quem será competente para a apuração e o julgamento?

Mesmo assim, vislumbramos que muitos debates sobre a questão da responsabilidade criminal do ente coletivo, encontram-se, com essa lei, enfraquecidos, embora, ainda, persistam alguns doutrinadores, mais severos, a negá-la, baseados nos mesmos argumentos já citados anteriormente.

Vejamos, agora, algumas considerações sobre certos dispositivos da mencionada lei, que ensejam críticas.

Na redação da parte final do seu art. 2º, há uma falha técnica, quando se refere aos possíveis autores dos crimes ambientais, como por exemplo, os diretores, administradores, membros do conselho etc., como se estes também respondessem na medida de sua culpabilidade.

A lei, ao adotar a responsabilidade penal subjetiva, previu a responsabilização daquele que está vinculado à pessoa jurídica, ou seja, que sabendo da conduta ilícita, não a impediu ou a deixou acontecer.

Tal hipótese trata-se de delito autônomo (crime omissivo próprio), no qual constata-se a conivência ou cumplicidade.

Cabe salientar, que com relação às demais pessoas não vinculadas à empresa, o art. 70, § 2º, da lei menciona uma simples faculdade. **“Qualquer pessoa, constatando infração ambiental, poderá dirigir representação às autoridades relacionadas no artigo anterior, para exercício do seu poder de polícia.”**

No art. 3º nota-se que foi retirada a hipótese em que a atividade é realizada para e pela empresa, embora por pessoas físicas não formalmente vinculadas, ou seja, o texto limita a responsabilização do ente coletivo em função dos indivíduos que por ele atuam. O mesmo dispositivo ampliou o alcance de atuação, a qual não se restringe ao objeto social, bastando ter o crime ocorrido em benefício da entidade.

O parágrafo único adverte que a responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato, impedindo que aquelas sirvam de anteparo à responsabilização individual.

O art. 4º prevê a possibilidade de desconsideração da pessoa jurídica, referindo-se à punição individual daqueles que compõem a empresa.

O art. 7º quando estabelece situações em que as penas privativas de liberdade são substituídas por penas restritivas de direitos, poderia ter incluído a hipótese de crimes praticados por pessoas jurídicas, tendo em vista não serem passíveis de constrição de liberdade física.

Do elenco das penas descritas no art. 8º, foram excluídas a prestação de serviços à entidades ambientais, a cassação de autorização ou licença e

a perda de bens ou valores. Entretanto, o art. 22 da lei, *sub exame*, cuida especificamente das penas restritivas de direitos da pessoa jurídica.

Com fulcro no teor do art. 12, não parece adequada a dedução da multa penal do montante da eventual reparação civil, porque não se podem confundir os âmbitos de responsabilidade, sob pena de enfraquecer a indenização civil, estimulando a prática de delitos ambientais e confundir a Teoria da Culpabilidade tratada de forma diferente em cada um desses ramos do Direito.

O aumento do *quantum* da multa está previsto no art. 18, o qual, equivocadamente, eliminou a previsão específica à pessoa jurídica.

Com relação ao art. 15, nota-se que tal regra está diretamente relacionada à pessoa natural, pois trata da circunstância agravante de o agente ter cometido o delito no interesse de empresa mantida parcial ou totalmente por verbas públicas ou beneficiada por incentivos fiscais.

O art. 21 prevê as penas aplicáveis à pessoa coletiva, tendo sido algumas modalidades não contempladas, tais como: o afastamento da diretoria ou conselho, a limitação ou perda dos incentivos fiscais, a liquidação forçada, embora o art. 24 se refira, a perda de bens e valores e a possibilidade de intervenção do estabelecimento, que foi objeto de veto.

Do rol das punições elencadas no art. 22, não fora corretamente prevista, como pena restritiva de direito, a interdição permanente do estabelecimento, eis que o princípio atual prevalente é o da preservação da empresa.

Com efeito, para os delitos de menor potencial ofensivo, mencionado no art. 27, houve a previsão da possibilidade de transação, desde que previamente composto o dano ambiental.

Por fim, observa-se que o art. 79-A, incluído na lei pela Medida Provisória nº 1.710/98, ampliou, indevidamente, o prazo do compromisso para abolir a conduta delitativa, oferecendo maior tempo para os infratores. Tal Medida Provisória não se justifica, posto que a Lei nº 9.605/98 foi criada por processo legislante regular e moroso, do qual participaram todos os interessados.

## **XI. CONCLUSÃO**

Em breve síntese, podemos concluir que o tema abordado nesse trabalho é uma realidade jurídica, no mundo de hoje, albergada por diversos países.

Apesar de a admissão da responsabilidade penal da pessoa jurídica não causar mais tanto furor ou indignação, após o advento da Lei nº 9.605/98, ainda é foco de grandes discussões na doutrina e na jurisprudência.

É obvio, que seus parâmetros não podem ser os mesmos utilizados pela teoria da responsabilidade individual, fulcrada na teoria clássica, na qual só o ser humano pode ser agente ativo de crime.

Ora, a responsabilização criminal da entidade coletiva deve ser compreendida dentro de um âmbito social, porquanto a pessoa jurídica é distinta da pessoa de seus agentes (órgãos), atuando com vontade e objetivos próprios.

Assim, observamos a introdução da supracitada lei no ordenamento jurídico vigente brasileiro, como marco fundamental para acabar, de vez, com qualquer discussão sobre a existência ou não da responsabilidade criminal da pessoa jurídica.

É, portanto, cabível a responsabilidade da empresa no plano jurídico-penal, não obstante, alguns autores persistentes não admitirem, ainda, o seu reconhecimento.

Em se tratando de crimes da responsabilidade do ente coletivo, deve haver o sacrifício de um bem jurídico relevante na órbita penal, não sendo admitidos os tipos penais abertos ou de perigo abstrato, por contemplarem cláusulas de indeterminação, lesando, assim, o princípio da legalidade. Tem-se como preferível os tipos de perigo concreto, sem o prejuízo dos crimes de dano.

É mister ressaltar que, no nosso entender, a responsabilidade penal da entidade trata, apenas, das pessoas jurídicas de direito privado, bem como sociedades de economia mista e empresas públicas, desde que seja reconhecido o desvio de finalidade da empresa, para o cometimento de crime. Já com relação aos entes de direito público, não há como se conceber tal responsabilidade, dada a sua natureza em face do Estado não poder punir-se a si mesmo.

Finalmente, reconhecemos que o Direito Penal deve estar integrado às mudanças sociais, políticas, culturais e econômicas, merecendo tratamento moderno e atual, diante dos reclames da sociedade, a fim de adotar institutos legais e conceitos jurídicos pertinentes à realidade imperante, desde que observados os princípios e as bases sólidas do Direito. ◆

# O PROCESSO PENAL BRASILEIRO E O NOVO IMPULSO PELA SUA MODERNIZAÇÃO

SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA

*Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Professor de Direito Processual.*

## 1. A INICIATIVA, A METODOLOGIA E OS ANTEPROJETOS DA REFORMA

Estavam o Instituto Brasileiro de Direito Processual e a Associação dos Magistrados Brasileiros buscando caminhos para reformular a legislação processual quando, juntamente com o Ministério da Justiça, resolveram entregá-la à direção da Escola Nacional da Magistratura.

Em relação ao processo civil, adotou-se então, como metodologia, dentro de uma linha prioritária de simplificar, agilizar e dar efetividade:

a - localizar os pontos de estrangulamento da prestação jurisdicional;

b - deixar de lado divergências de ordem doutrinária ou meramente acadêmicas;

c - encaminhar as sugestões não em um único anteprojeto, mas através de vários, setoriais, inclusive para viabilizar a aprovação no Congresso Nacional, considerando que um único pedido de vista poderia comprometer todo o trabalho;

d - aproveitar a própria disposição dos artigos existentes, abrindo espaço para novos se necessário (v.g., CPC arts. 272/273, 478/479), mas sem alterar a fisionomia dos Códigos;

e - buscar o consenso nas alterações propostas.

Com tais objetivos, após debates, reflexões, críticas e sugestões recebidas, onze projetos foram encaminhados ao Legislativo.

Este, embora a efervescência política, causada pelo *impeachment*, pelo escândalo do orçamento, pela frustrada revisão constitucional e pela proximidade das eleições, até o final de junho de 1994 já havia convertido em lei três (3) desses onze (11) projetos. Posteriormente, outros sete (7) foram também aprovados, restando sobrestado apenas um, concernente às denominadas “demandas múltiplas”, no aguardo da “Reforma do Judiciário”.

Recentemente, dando seqüência à Reforma, agora em sua segunda etapa, outros três e importantes anteprojetos vieram a ser elaborados e entregues ao Ministério da Justiça, para encaminhamento ao Congresso Nacional.

Em relação ao **processo penal**, cujos trabalhos tiveram início mais lento, observando-se a mesma metodologia, uma Comissão se encarregou da formulação dos textos básicos.

O resultado desses trabalhos foi publicado no DOU de 30 de junho de 1993, não apenas para ciência dos interessados mas sobretudo para o recebimento de críticas e sugestões, como então se fez constar, com o escopo do aperfeiçoamento dos textos e da democratização do processo de reforma.

Sobre referidos textos, e as manifestações recebidas, que foram numerosas, laborou uma segunda Comissão, que se encarregou da revisão e elaboração final dos anteprojetos, tendo até mesmo ampliado o número dos textos inicialmente preparados. O DOU de 16 de março de 1994 publicou, no expediente do Ministério da Justiça, referidos anteprojetos.

## **2. OS ANTEPROJETOS**

Tomando por base o texto desses anteprojetos, a Comissão, coordenada pela Escola Nacional da Magistratura e integrada por magistrados, advogados, membros do Ministério Público, delegados, todos eles professores universitários e/ou doutrinadores, houve por bem proceder a uma minuciosa revisão daquele documento, por ela mesma elaborado, daí resultando o total de 16 (dezesseis) anteprojetos, assim distribuídos, publicados na íntegra no DOU de 25.11.94:

### **1º Conjunto**

1. Do inquérito policial
2. Do procedimento ordinário
3. Dos procedimentos sumário e sumaríssimo
4. Da suspensão condicional do processo

### **2º Conjunto**

1. Da prova ilícita
2. Da prova pericial
3. Da prova testemunhal
4. Da defesa efetiva

### **3º Conjunto**

1. Da citação edital e da suspensão do processo
2. Da intimação

#### **4º Conjunto**

1. Da prisão e outras medidas restritivas
2. Da fiança
3. Da prisão temporária

#### **5º Conjunto**

1. Do agravo
2. Dos embargos

#### **Projeto isolado**

Do júri

### **3. OS PARTICIPANTES**

Participaram desses trabalhos, por ordem alfabética, além de outras eventuais presenças, os Professores Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Nabor Areias Bulhões, Aristides Junqueira de Alvarenga, Edson Freire O'Dweyer, Fátima Nancy Andrighi, Francisco Camargo Lima, José Barcelos de Souza, Luiz Carlos Fontes de Alencar, Luiz Flávio Gomes, Luiz Luisi, Luiz Vicente Cernicchiaro, Marco Aurélio Costa Moreira de Oliveira, Miguel Reale Júnior, René Ariel Dotti, Roberto Maurício Genofre, Rogério Lauria Tucci, Sidnei Agostinho Beneti e este expositor, que os presidiu.

### **4. PRINCIPAIS INOVAÇÕES**

Destacavam-se entre as principais inovações, assinaladas na exposição publicada no DOU e posteriormente aprimoradas em sua redação e em seu conteúdo:

a - a modernização do julgamento pelo Tribunal do Júri, através de medidas como a simplificação e redução dos quesitos, a dispensabilidade da presença do acusado, a supressão do libelo e do protesto por novo júri, o saneamento prévio, a escolha e convocação dos jurados, a legitimação para requerer-se o desaforamento, a disciplina e organização da pauta, a maior liberdade do jurado na formação do seu convencimento;

b - a melhor disciplina do procedimento ordinário, estabelecendo-se inclusive contraditório prévio ao recebimento da denúncia, na linha hoje adotada pela maioria dos estatutos processuais penais modernos, privilegiando-se os princípios que regem a oralidade, especialmente os da imediação e da concentração;

c - a adoção dos procedimentos sumário e sumaríssimo para as contravenções e os crimes punidos com pena de detenção, realizando-se interrogatório, instrução e julgamento em uma única audiência, priorizando os princípios da oralidade, da informalidade e da celeridade;

d - a conceituação, como infrações penais de menor potencial ofensivo, das contravenções e dos crimes a que for cominada pena máxima de dois (2) anos de detenção, submetendo-as ao procedimento sumaríssimo e admitindo-se, ressalvadas as exceções legais, a tentativa de conciliação nessas modalidades de infração, prevendo-se reparação do dano ou suspensão condicional do processo em não havendo dano ou na impossibilidade econômica da sua reparação;

e - a preocupação em tutelar a vítima, não apenas quanto à reparação nas hipóteses de transação, com fixação de um valor mínimo para a reparação dos danos causados e considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido, executando-se esse valor após o trânsito em julgado da sentença condenatória, sem prejuízo da liquidação para apuração do dano efetivamente sofrido;

f - a intimação do defensor constituído, do advogado do querelante e do assistente da acusação através do órgão incumbido da publicação das intimações, em havendo, no qual deverão ser arrolados, separadamente, na mesma edição e em ordem alfabética, os nomes dos advogados;

g - a adoção do agravo, nos próprios autos ou por instrumento, com efeito suspensivo nos casos que enumera e naqueles em que, a critério do relator, possa resultar da decisão dano grave de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação;

h - a uniformização, com o processo civil, dos prazos relativos aos embargos de declaração e aos embargos infringentes;

i - a suspensão do processo e do prazo da prescrição, se o acusado, citado por edital, não comparecer nem constituir advogado, podendo o juiz, nesses casos, determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e decretar a prisão preventiva nos termos do art. 312, CPP;

j - o prosseguimento do processo sem a presença do acusado que, citado ou intimado pessoalmente, para qualquer ato, deixa de comparecer sem motivo justificado, assim como daquele que, em caso de mudança, não comunica o seu novo endereço ao juízo, com o que se evitará o abusivo fenômeno da prescrição, tão freqüente;

k - a imprescindibilidade da defesa efetiva, com nomeação de outro defensor se insuficiente a mesma se apresentar;

l - a suspensão condicional do processo<sup>1</sup> por prazo determinado, no qual não flui o prazo prescricional, submetendo-se o acusado a regime de prova, observados determinados requisitos, dentre os quais pena mínima a ele atribuída não superior a um (1) ano, bons antecedentes e obrigação de reparar o dano causado pelo crime, declarando-se extinta a punibilidade se expirado o prazo sem revogação da medida, inovação que tem similar no melhor direito estrangeiro, a descongestionar o foro criminal;

m - a melhor disciplina do inquérito policial, com substituição deste pela “autuação sumária” nas infrações penais de menor potencial ofensivo;

n - o aprimoramento do texto da Lei nº 7.960/1989, que trata da prisão temporária, destinada às investigações policiais;

o - as modificações quanto ao instituto da fiança, para aperfeiçoá-lo, inclusive adotando escala de valores calcada no salário mínimo, substituindo tal modalidade de liberdade provisória nos casos de comprovada pobreza;

p - a previsão da separação obrigatória dos presos provisórios em relação aos já condenados;

q - a ampliação das hipóteses de prisão preventiva e a possibilidade de sua substituição por medidas restritivas de liberdade que dispensam o recolhimento à prisão, contribuindo para a melhoria do sistema carcerário;

r - nos casos de crime contra a fé pública, a administração pública ou o sistema financeiro, a faculdade outorgada ao juiz de também impor o afastamento do acusado do exercício da função pública e o impedimento de sua participação, direta ou indiretamente, de licitação pública, ou em contrato com a administração direta, indireta ou fundacional, e com empresas públicas e sociedades de economia mista;

s - o dever de decidir o juiz motivadamente, na pronúncia, sobre a manutenção de prisão ou de medida restritiva de liberdade anteriormente decretada, decretando-a, tratando-se de réu solto, se atendidos os requisitos legais.

t - a maior preocupação com a produção das provas pericial e testemunhal e repúdio à prova ilícita;

---

<sup>1</sup> Esta proposta, com pequenas alterações, foi aproveitada na Lei nº 9.099/95 que introduziu em nosso sistema jurídico os Juizados Especiais.

u - a solução legislativa a algumas divergências de exegese, ajustando-se os anteprojetos a princípios e garantias constitucionais, a exemplo da preservação da privacidade e da presunção de inocência.

## **5. OS PROJETOS**

Ao encaminhar os projetos ao Congresso Nacional, o Executivo, em fins de 1994, já com outro titular na Pasta da Justiça, introduziu algumas alterações, o que forçou a Comissão a elaborar substitutivo e emendas aos projetos 4.895, 4.896, 4.897, 4.898 e 4.900, encaminhando-os ao relator na Câmara.

Infelizmente, ao contrário do que ocorreu no âmbito do processo civil, a “Reforma do Processo Penal” não recebeu o mesmo apoio, prestando-se hoje os trabalhos realizados apenas como referencial e subsídio para novas tentativas de reforma.

## **6. O ESPÍRITO DA REFORMA**

Os anteprojetos refletiram as tendências modernas do processo penal na busca de realizar o interesse público na prevenção e repressão da criminalidade, em acelerá-lo e dar-lhe eficácia, sem descuidar das garantias e dos direitos do acusado, assim como a preocupação com a vítima e seus dependentes, atendendo à segurança jurídica e às coordenadas do Estado Democrático de Direito proclamado pela Constituição, que tem na dignidade da pessoa humana seu primeiro e mais valioso fundamento.

Após mais de meio século de vigência do Código de Processo Penal, surgem justificados reclamos da sociedade e novos instrumentos de política processual penal, em correspondência aos novos tempos sociais, políticos, econômicos e culturais. Os textos daqueles projetos se inserem nesse universo de inquietação, reflexões e esperança.

## **7. A RETOMADA DA REFORMA, COM A PARTICIPAÇÃO DO INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL, E A PREVISÃO NO TEXTO DA “REFORMA DO JUDICIÁRIO”**

Após tantas expectativas e frustrações, em 1999 o Ministério da Justiça convidou o “Instituto Brasileiro de Direito Processual”, então presidido pela Prof<sup>a</sup> Ada Pellegrini Grinover, a promover os estudos necessários à realização da reforma do Processo Penal.

Nesta linha de novas perspectivas, é de assinalar-se também a previsão do texto aprovado no 1º turno da “Reforma do Judiciário” na Câmara dos

Deputados, segundo o qual o Congresso Nacional instalará, imediatamente após a promulgação da Emenda Constitucional, comissão especial mista destinada a promover, além de outros projetos de lei, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, “alterações na legislação federal objetivando tornar mais amplo o acesso à Justiça e mais célere a prestação jurisdicional”.

Renovam-se as esperanças nesta alvorada de novo século, notadamente em um momento no qual tanto se reivindica uma nova Justiça penal, mais eficiente, eficaz e humana. ◆

# DANO MORAL E PEDIDO GENÉRICO DE INDENIZAÇÃO

ANDRÉ GUSTAVO C. DE ANDRADE  
Juiz de Direito TJ/RJ

## 1. INTRODUÇÃO

Estabelece o art. 286, *caput*, do CPC a regra de que: “o pedido deve ser certo ou determinado”. A doutrina é tranqüila no apontar que a conjunção alternativa “ou” deve ser substituída pela aditiva “e”, de modo que o texto deve ser lido como a indicar que o pedido deve ser *certo e determinado*<sup>1</sup>. Incumbe ao autor indicar, na petição inicial, o objeto imediato da demanda, ou seja, um provimento jurisdicional de determinada espécie (declaratória, condenatória ou constitutiva)<sup>2</sup>, assim como o objeto mediato, ou seja, o bem da vida ou a utilidade que se busca alcançar.

Logo em seguida, em caráter excepcional, enuncia o dispositivo legal que é lícito formular pedido genérico, em hipóteses arroladas em três incisos. Observe-se que essa generalidade se refere exclusivamente ao objeto *mediato*, à utilidade perseguida pelo autor, pois não se admite a indeterminação quanto à espécie de tutela almejada: ao autor caberá, sempre, definir se busca uma prestação jurisdicional meramente declaratória, uma condenação ou uma constituição.

---

<sup>1</sup> CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao CPC*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 3, p. 215; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 11; AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2, p. 150. Este último autor bem sintetiza a acepção de cada um dos vocábulos no texto legal: “*Certo*, no sentido de *expresso* (PONTES DE MIRANDA). Não se admite pedido tácito. *Determinado* – de *terminus*, limite – quer dizer definido ou delimitado em sua qualidade e quantidade. É preciso que o autor manifeste expressamente pedido determinado, para que o juiz saiba precisamente qual seja e possa decidir”.

<sup>2</sup> Parte da doutrina sustenta uma classificação quinária das espécies de pretensão, ajuntando, às tradicionais, as pretensões *mandamentais* e *executivas*. Veja-se, a respeito, MIRANDA, Pontes de. *Tratado das Ações*. São Paulo: Ed. RT, 1970, Tomo I, p. 117; e BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Curso de Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 4. ed., v. 1, p. 407.

Por tratar de hipóteses que refogem à regra, deve o rol ser tido por exaustivo ou taxativo. Desse modo, não cabe ao intérprete ampliar ou es- tender a possibilidade de formulação de pedido genérico a situações que não se incluam na relação do art. 286; somente a lei pode ampliar esse rol.

Dentre as hipóteses indicadas pelo dispositivo, destaca-se a do inciso II: “quando não for possível determinar, de modo definitivo, as conseqüências do ato ou do fato ilícito”. Busca o presente trabalho investigar se o referido inciso abriga a indenização por dano moral, para propiciar a formulação de pedido genérico, sem a determinação do respectivo valor.

## 2. INTERPRETAÇÃO LITERAL (GRAMATICAL) DO ART. 286, II, DO CPC

Parta-se, primeiramente, como recomenda a hermenêutica, da interpretação literal ou gramatical do dispositivo.

A redação do inciso II emprega o verbo *determinar* (“quando não for possível *determinar*”). O “Novo Dicionário da Língua Portuguesa”, de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, mais conhecido como “Dicionário Aurélio”, indica nada menos que dez acepções para o vocábulo. As duas primeiras são: “1. Marcar termo a; delimitar; fixar; 2. Indicar com precisão; definir; precisar”. Excluída a acepção de “marcar termo”, sem emprego no texto aqui analisado, tem-se para o verbo *determinar* o sentido de *delimitar*, *fixar*, *indicar com precisão* ou, ainda, *definir*, *precisar*. O “Dicionário da Língua Portuguesa”, de Cândido de Figueiredo<sup>3</sup>, já trazia o sentido de “*indicar com precisão*”. O “Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa”, de Caldas Aulete<sup>4</sup>, também indicava este significado: “*Indicar com exatidão; precisar; definir*”.

O inciso II prossegue, trazendo, depois do verbo *determinar*, a expressão “*de modo definitivo*” – que poderia ser substituída pelo advérbio *definitivamente* –, que imprime ao verbo *determinar* circunstância especial. O vocábulo *definitivo*, empregado naquela oração tem, de acordo com o Dicionário Aurélio, o sentido de: “*Decisivo, concludente, terminante*”, ou, ainda, “*Absoluto, categórico, inabalável, inapelável*”.

Conclui o inciso II, ligando o verbo *determinar* às “conseqüências do ato ou fato ilícito”. Tal expressão, indiscutivelmente, faz referência aos danos decorrentes (do ato ou fato ilícito), à sua extensão e ao valor desses danos.

<sup>3</sup> Livraria Bertrand, 14. ed., v. 1.

<sup>4</sup> Ed. Delta, 2. ed., v. 2.

Assim, em se tratando, por exemplo, de um acidente automobilístico, caberia a formulação de pedido genérico de indenização pelos danos materiais sofridos, tais como cirurgias, consultas, tratamentos fisioterápicos, remédios ou próteses, porque, no momento da propositura da ação, não seria possível “*determinar, de modo definitivo*” ou – utilizando os significados indicados pelos léxicos – não seria possível *delimitar, fixar, indicar com precisão ou exatidão*, de modo *concludente, categórico, absoluto, inabalável, inapelável*, o dano, sua extensão ou seu valor.

Empregue-se essa mesma fórmula ao dano moral – como o que decorreria, por exemplo, da amputação traumática de um membro em um acidente; da perda de um ente querido; da injúria, da calúnia ou da difamação sofridas – para responder à indagação: É possível *determinar* (delimitar, fixar, indicar com precisão ou exatidão), *de modo definitivo* (concludente, categórico, absoluto, inabalável, inapelável), o dano moral, sua extensão ou seu valor? A resposta que se impõe é, inexoravelmente, a negativa.

A indeterminação, imprecisão ou inexatidão do ressarcimento do dano moral é reconhecida por toda a doutrina, de forma indiscrepante. O subjetivismo na valoração ou quantificação do dano moral é destacado por tantos quantos tratam do tema.

José de Aguiar Dias, luminar do estudo da Responsabilidade Civil, prelecionava que (nossos os grifos): “Entre todas as objeções ao dano moral, a que experimentou maior fortuna foi a da *impossibilidade de estabelecer equivalência entre o dano e o ressarcimento*. Sua *inexatidão* nos parece estar hoje firmemente demonstrada, porque equivalência, em matéria de reparação do dano, não significa perfeita igualdade entre a indenização e o prejuízo.”<sup>5</sup>

O renomado Professor Caio Mário da Silva Pereira, depois de discurrir sobre o que denomina de motivos ou concausas na reparação por dano moral<sup>6</sup>, reconhece que (grifamos): “Na ausência de um padrão ou de

<sup>5</sup> *Da Responsabilidade Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1987, v. 2, p. 862.

<sup>6</sup> SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Responsabilidade Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 338): “I) punição ao infrator pelo fato de haver ofendido um bem jurídico da vítima, posto que imaterial; II) por nas mãos do ofendido uma soma que não é o *pretium doloris*, porém o meio de lhe oferecer a oportunidade de conseguir uma satisfação de qualquer espécie, seja de ordem intelectual ou moral, seja mesmo de cunho material (Mazeaud e Mazeaud, ob. cit., nº 419; Alfredo Minozzi, *Danno non patrimoniale*, nº 66) o que pode ser obtido ‘no fato’ de saber que esta soma em dinheiro pode amenizar a amargura da ofensa e de qualquer maneira o desejo de vingança (*Von Tuhr, Partie Générale du Code Fédéral des Obligations*, I, § 106, *apud* Silvio Rodrigues, *in loc. Cit.*). A isso é de acrescer que na reparação por dano moral insere-se a solidariedade social à vítima.”

uma contraprestação, que dê o corresponsivo da mágoa, o que prevalece é o critério de *atribuir ao juiz o arbitramento da indenização*.<sup>7</sup>

O insigne Professor e Desembargador Sergio Cavalieri Filho, para a fixação da indenização do dano moral, propugna pela aplicação do *princípio da razoabilidade*, concluindo que o valor dependerá, em última análise, do *bom senso do julgador*: “Em suma, o bom senso deve nortear o juiz no exame do caso concreto, concedendo e graduando a indenização pelo dano moral de acordo com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições do ofendido etc.”<sup>8</sup>

O ilustre Professor e Desembargador Yussef Said Cahali observa que: “Inexistentes parâmetros legais para o arbitramento do valor da reparação do dano moral, a sua fixação se faz mediante arbitramento, nos termos do art. 1.553 do CC.”<sup>9</sup>

A falta de parâmetro legal e a ausência de critérios doutrinários ou jurisprudenciais firmes e seguros que orientem a fixação da reparação do dano moral, em suas infinitas possibilidades de representação, tornam impossível, para o autor da ação indenizatória, determinar (ou seja, delimitar, fixar, indicar com precisão ou exatidão), de modo definitivo (concludente, categórico, absoluto, inabalável, inapelável), o valor da indenização por dano moral.

Partindo, portanto, de uma interpretação estritamente literal ou gramatical, a conclusão a que se chega é a de que a redação do inciso II, do art. 286, do CPC, acolhe perfeitamente a idéia de pedido genérico de indenização por dano moral.

### 2.1. *Intentio operis e intentio auctoris*

Poder-se-ia objetar que, na elaboração do inciso II, não teria passado pela mente do legislador abrigar a indenização por dano moral, pois o reconhecimento pelo direito positivo da reparabilidade do dano moral é posterior à norma aqui enfocada.

A uma tal objeção caberia replicar que a *intentio operis* prevalece sobre a *intentio auctoris*; deve-se buscar aquilo que o texto diz, independentemente das intenções do autor<sup>10</sup>; a *mens legis* e não a *mens legislatoris*

<sup>7</sup> *Op. cit.*, p. 338.

<sup>8</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p.104.

<sup>9</sup> CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1998, p. 705.

<sup>10</sup> Vide, sobre os três tipos de intenções (*intentio auctoris*, *intentio operis* e *intentio lectoris*), Umberto Eco, *Os Limites da Interpretação*. São Paulo: Perspectiva, 1990, p. 6.

deve ser perseguida. É o ensino de Carlos Maximiliano: “A lei é a vontade transformada em palavras, uma força constante e vivaz, objetivada e independente do seu prolator; procura-se o sentido imanente no texto, e não o que o elaborador teve em mira.”<sup>11</sup> Prossegue o mestre da hermenêutica: “Com a promulgação, a lei adquire vida própria, autonomia relativa; separa-se do legislador; contrapõe-se a ele como um produto novo; dilata e até substitui o conteúdo respectivo sem tocar nas palavras; mostra-se, na prática, mais previdente que o seu autor.”<sup>12</sup>

Além disso, a interpretação da norma jurídica evolui junto com os acontecimentos. As mudanças sociais e jurídicas têm influência determinante na exegese da lei, de modo que é até comum que ela venha a ser aplicada a situações para as quais não fora concebida ou imaginada. É como preleciona magistralmente Francesco Ferrara: “Visto o caráter objetivo do sentido da lei, conclui-se que esta pode ter um valor diferente do que foi pensado pelos seus autores, que pode produzir conseqüências e resultados imprevisíveis ou, pelo menos, inesperados no momento em que foi feita, e por último que com o andar dos tempos o princípio ganha mais amplo horizonte de aplicação, estendendo-se a relações diversas das originariamente contempladas, mas que, por serem de estrutura igual, se subordinam ao seu domínio (fenômeno de projeção).”<sup>13</sup>

## 2.2. *Interpretações restritiva e declarativa*

Poder-se-ia, também, contrapor que o inciso ora examinado é aplicável apenas aos casos em que alguém sofreu dano, mas, quando da propositura da ação, *ainda* não tem condições de determinar o montante exato da indenização: seja porque *ainda* não conhece, com precisão, todas as conseqüências do ato ou do fato ilícito; seja porque *ainda* não dispõe de todos os elementos para calcular o prejuízo.<sup>14</sup> A hipótese faria referência, pois, apenas a situações em que o valor da indenização não pudesse momentânea e circunstancialmente ser determinado, embora pudesse futuramente vir a sê-lo.

Este argumento, todavia, se situa fora do campo da interpretação meramente gramatical ou literal, pois insere elemento restritivo não constante

<sup>11</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 28.

<sup>12</sup> *Op. cit.*, p. 30.

<sup>13</sup> FERRARA, Francesco. *Interpretação e Aplicação das Leis*. 4. ed. Coimbra: Armênio Amado, p. 137.

<sup>14</sup> TJERJ, Agravo de Instrumento nº 2.341/99, 13ª Câmara, voto vencido lavrado pelo eminente Desembargador Júlio César Paraguassu.

do texto. Vale aqui o brocardo: *Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*<sup>15</sup>, a respeito do qual vale trazer, uma vez mais, o ensino de Carlos Maximiliano: “Quando o texto dispõe de modo amplo, sem limitações evidentes, é dever do intérprete aplicá-lo a todos os casos particulares que se possam enquadrar na hipótese geral prevista explicitamente; não tente distinguir entre as circunstâncias da questão e as outras; cumpra a norma tal qual é, sem acrescentar condições novas, nem dispensar nenhuma das expressas.”<sup>16</sup>

O princípio latino acima invocado é evidentemente relativo, e deve ser afastado se, a partir dos demais processos de interpretação (sistemático, lógico, teleológico), ficar demonstrada a razoabilidade da limitação do texto legal. Admite-se, *verbi gratia*, a interpretação restritiva em consideração a uma suposta finalidade da norma. Mas, com isso, adentra-se, já, o campo da interpretação teleológica, cujo *resultado* pode concordar com a interpretação gramatical (caso em que teremos uma interpretação declarativa), ou desta discordar (caso em que teremos uma interpretação extensiva ou restritiva).<sup>17</sup>

O fato é que, do ponto de vista rigorosamente gramatical, por ora observado, o inciso II não afasta o pedido genérico ou indeterminado de reparação por dano moral.

### **3. INTERPRETAÇÕES LÓGICA, TELEOLÓGICA E SISTEMÁTICA. ANÁLISE DOS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS AO PEDIDO GENÉRICO**

Como a interpretação literal ou gramatical, apesar de sua inegável importância, é mero ponto de partida na tarefa exegética, impõe-se o emprego de outros métodos de interpretação, mormente o teleológico, para investigar se o pedido genérico de ressarcimento do dano moral está de acordo com a finalidade do dispositivo aqui focado. Para tanto, é interessante examinar os argumentos que, aqui e ali, na doutrina e na jurisprudência, são opostos à generalidade do pedido indenizatório de dano moral.

#### *3.1. Estimativa do valor da indenização*

Já se disse que o arbitrário é da própria essência do dano moral<sup>18</sup>. Assim sendo, pondera-se que ninguém melhor do que o próprio autor para

<sup>15</sup> “Onde a lei não distingue, não deve o intérprete distinguir.”

<sup>16</sup> *Op. cit.*, p. 247.

<sup>17</sup> Sobre a relação entre a interpretação lógica e a gramatical, veja-se Francesco Ferrara, *op. cit.*, p. 147; e Carlos Maximiliano, *op. cit.*, p. 197.

<sup>18</sup> “Não é razão suficiente para não indenizar, e assim beneficiar o responsável, o fato de não ser possível estabelecer equivalente exato, porque, em matéria de dano moral, o arbitrário é até da essência das coisas.” (AGUIAR DIAS, José de. *op. cit.*, v. 2, p. 863)

estabelecer o *quantum* a que faz jus, pois é a sua dor, o seu sofrimento, enfim, são os seus sentimentos, íntimos e incompartilháveis, que serão objeto da sempre imperfeita compensação pecuniária<sup>19</sup>.

O argumento, de forte apelo, é, todavia, refutado com os mesmos elementos sobre os quais foi ele construído. Poder-se-ia dizer, em sentido diametralmente oposto, que não há ninguém pior do que o autor – salvo o réu – para indicar o *quantum* a ser fixado, exatamente porque a dor e o sofrimento toldam, turvam, obscurecem, cegam, no mais das vezes, toda e qualquer possibilidade de aferição ou estimativa equilibrada de indenização. A tendência natural do autor, vítima do dano, é a de indicar valor alto<sup>20</sup>, muito superior aos valores fixados mais comumente na jurisprudência para situações semelhantes. Como pretender que o autor fixe, com equilíbrio, o valor de indenização pela morte de um filho, por uma seqüela grave (como a paraplegia, a cegueira, a amputação de um membro), ou pela repulsa provocada por um dano estético? E, no campo da dignidade, como esperar parcimônia ou moderação daquele que foi ofendido em sua honra?

Por paradoxal que pareça, o autor, embora seja o único que pode dimensionar a intensidade da dor ou do agravo, exatamente por ser aquele que suportou ou sofreu, é a pessoa menos indicada para reduzir esse sentimento a uma quantia ou uma cifra. O juiz, por sua posição de equidistância e imparcialidade, é quem terá as condições psicológicas para, desapassionadamente, cumprir esse papel.

### 3.2. *Sucumbência. Imprevisibilidade do valor da indenização*

Argumenta-se, também, que a não indicação de valor certo constituiria “estratégia”<sup>21</sup> para minimizar a sucumbência da parte autora, com o conseqüente rompimento do princípio da igualdade das partes. Desenvolva-se o argumento: Procedente o pedido genérico de indenização por dano moral, o juízo condenaria o réu ao pagamento de honorários em percentual sobre o valor total da condenação, nos termos do art. 20, §§ 3º e 5º, do CPC; improcedente a postulação, o juízo, à falta de uma condenação, fixaria os honorá-

<sup>19</sup> Este é um dos argumentos empregados pelo insigne Professor e Magistrado Gabriel de Oliveira Zefiro, em interessante artigo sobre o tema: *O Pedido Genérico nas Ações de Indenização por Danos Morais* (publicado em alguns sites da Internet).

<sup>20</sup> Evitou-se, aqui, o uso do vocábulo “superestimado”, em reconhecimento à circunstância de que, em matéria de dano moral, qualquer estimativa é essencialmente subjetiva: que quantia poderia, v. g., pagar a dor pela morte de um ente querido?

<sup>21</sup> A expressão é empregada por Ives Gandra da Silva Martins em artigo publicado no jornal *O Globo*, de 10 de fevereiro de 1988, sob o título *Liberdade de Imprensa e Danos Morais*.

rios em percentual sobre o valor da causa – comumente subestimado pelo autor, para escapar ao recolhimento antecipado de taxa judiciária elevada<sup>22</sup>.

O argumento é defeituoso, porque parte de premissa equivocada, qual seja, a de que os honorários advocatícios de sucumbência, quando não há condenação, devem tomar por base o valor da causa. Às sentenças não condenatórias (como é o caso das de improcedência em geral, das declaratórias e das constitutivas) é aplicável o § 4º do art. 20, o qual estabelece que os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as balizas das alíneas *a*, *b* e *c* do § 3º. Embora não seja vedada, em tais situações, a utilização do valor da causa como base para fixação dos honorários, não há nenhuma vinculação necessária dos honorários a esse valor, que pode e deve ser abandonado pelo julgador, se considerá-lo inadequado, porque subestimado (ou, até, superestimado). De todo modo, a fixação dependerá de arbitramento judicial<sup>23</sup>.

Ao contrário, entregar ao autor o ônus de determinar o valor da indenização redundaria em levá-lo, quase sempre, a sucumbir parcialmente na demanda, com as conseqüências daí advindas, quais sejam, a distribuição proporcional das despesas processuais e dos honorários advocatícios, nos termos do art. 21 do CPC<sup>24</sup>, pois, como aqui já assinalado, dificilmente a régua do autor teria a mesma medida da régua do juízo. De modo que, não obstante comprovado cabalmente o dano moral, ordinariamente veria o autor seu pedido (certo ou determinado) de indenização acolhido apenas em parte (e, não raro, em parte substancialmente menor que a pleiteada).

Pela simples circunstância de que sua valoração subjetiva não corresponde à valoração igualmente subjetiva do juízo, o autor, vítima de um dano

<sup>22</sup> A questão da indenização por dano moral e o valor da causa e seu reflexo sobre a taxa judiciária será examinada mais adiante.

<sup>23</sup> O eminente Professor Yussef Said Cahali ensina que: “O *valor da causa*, como é curial, embora presuntiva expressão do benefício econômico da pretensão desatendida, representa simples elemento informativo de que se serve o julgador para o arbitramento equitativo dos honorários, não se prestando para o embasamento de regra absoluta na fixação da verba, sendo outros os princípios a serem observados”. Daí porque, prossegue o mestre: “a opção de alguma jurisprudência no sentido de fixar os honorários advocatícios em quantia certa, com o que melhor se atenderia ao critério de equidade preconizado pelo legislador.” (*Honorários Advocatícios*. 2. ed. São Paulo : RT, 1990, p. 293). Observa, logo adiante, que: “vem tomando corpo jurisprudência que preconiza a utilização da *condenação hipotética* para servir de base para o cálculo dos honorários do réu-vencedor, visando assegurar a este paridade de tratamento que seria dado ao autor, se acaso fosse acolhida a pretensão condenatória por este deduzida.” (*op. cit.*, p. 294).

<sup>24</sup> Neste sentido já decidiu o STJ: “Dano moral. Pedido certo, não acolhido integralmente. Reflexo na distribuição dos encargos da sucumbência.” (Resp. 71.576, de 27-11-95, DJU de 16-3-98).

moral, teria sua vitória na demanda diminuída e seria reconhecido como parcialmente sucumbente, com a sua condenação ao pagamento proporcional de custas e honorários – e, talvez, com a maior parte dessas despesas, caso a diferença entre o seu pedido e a fixação judicial fosse muito expressiva.

Não há dúvida de que a sucumbência parcial é, em tese, risco assumido em todas as demandas que envolvam pedido certo de condenação pecuniária. Mas nas ações condenatórias que se refiram ao patrimônio material o autor pleiteia valor teoricamente comprovável ou pelo menos aferível. Já em relação à ação em que se pede indenização por dano moral, o autor lida com pretensão cuja expressão econômica é, por natureza, inexata, imponderável, impalpável e imprevisível. A *imprevisibilidade* do valor é, por conseqüência, o fator que diferencia a ação em que se busca a indenização por dano moral das demais ações condenatórias. Daí porque não é justo, nem jurídico exigir do autor da ação de indenização por dano moral que indique valor certo, apostando virtualmente em uma soma, que dependerá exclusivamente do critério subjetivo do julgador. O pedido certo e determinado de indenização por dano moral constitui risco demasiado e, por isso mesmo, inexigível para ele.

Compelido a formular pedido certo de indenização por dano moral, o único meio de o autor aumentar a diminuta probabilidade de não sucumbir em parte no processo seria subestimar, rebaixar, depreciar o valor da indenização. Quanto mais modesto o pedido indenizatório, maior chance teria o autor de obter a procedência total da demanda. Uma tal situação constituiria inaceitável cerceamento da liberdade de pleitear ressarcimento pelo dano moral sofrido.

Afigura-se ilegítima uma interpretação da norma jurídica processual que, mesmo reflexamente, iniba ou amesquinde o direito à indenização do dano moral, que tem assento constitucional (art. 5º, V e X)<sup>25</sup> e deve ser garantido *substancialmente*. Não é suficiente que se possibilite o acesso *formal* ao recebimento de alguma indenização: é fundamental que se garanta o direito à mais digna indenização possível, no valor que melhor atenda às

---

<sup>25</sup> Art. 5º, incisos 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”) da Constituição Federal.

funções da indenização pelo dano moral.<sup>26</sup> E isso só poderá ser alcançado se o autor puder formular sua pretensão sem ser compelido a jogar com o imponderável.

Casos há, na experiência forense, de julgados que deixaram de fixar valores maiores de indenização por dano moral em decorrência de pedidos certos que haviam sido sensivelmente subestimados na petição inicial em relação à gravidade do dano sofrido, provavelmente porque a parte autora se viu temerosa de indicar valor que poderia ser considerado excessivo pelo juízo e viesse, por conseguinte, a provocar a sucumbência recíproca.

Julgados há, embora em pequeno número, sustentando que, dada a natureza peculiar do pedido de indenização por dano moral, se a sentença fixa condenação em montante inferior ao pedido certo, não ocorre a sucumbência parcial. Assim já decidiu a 2ª Câmara Cível do TJERJ: “Embora a verba indenizatória fixada seja inferior à pretendida na inicial, não se considera na hipótese a sucumbência recíproca porque a pretensão principal, que era a condenação do réu, obteve êxito, sendo o arbitramento dos danos morais uma consequência da procedência do pedido, ocorrendo, portanto, a sucumbência exclusiva do réu, independentemente da quantificação dos danos morais.”<sup>27</sup> A jurisprudência dominante, todavia, é no sentido oposto<sup>28</sup>.

### 3.3. *Valor da causa e taxa judiciária*

Combate-se, ainda, o pedido genérico com o argumento de que, não estimado o montante indenizatório pretendido, o autor fica livre para fixar valor da causa irrisório ou mesmo simbólico, que lhe permite fugir ao pagamento de taxa judiciária elevada. Enxerga-se, em tal situação, uma fraude do autor, consistente na manipulação indireta do valor da taxa judiciária. O argumento é despido de juridicidade.

Em primeiro lugar, verdadeira que fosse essa finalidade, supostamente lesiva para o fisco, não seria admissível que uma questão de ordem fiscal ou tributária pudesse repercutir, e de forma decisiva, em questão de natureza

---

<sup>26</sup> Sobre essa funções, v. nota 6.

<sup>27</sup> Ap. Cível nº 7.106/99 – Relator JDS Desembargador Sidney Hartung. No mesmo sentido: TJERJ Ap. Cível 15.516, 6ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Zveiter; Ap. Cível nº 3.958/98, 6ª Câmara Cível, Rel. Des. Carlos C. Lavigne de Lemos; Ap. Cível nº 7.019/97, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Asclepiades Rodrigues.

<sup>28</sup> A jurisprudência do STJ está sedimentada no entendimento de que haveria, em tal hipótese, sucumbência parcial: REsp 225277/SP; REsp 215607/RJ; REsp 109470/PR; REsp 71576/RS; EREsp 63520/RJ; AG 249254/MG; EREsp 74446/RJ.

estritamente processual. Se uma tal influência fosse possível, chegar-se-ia ao absurdo de ser a lei tributária a que, em última análise, define a possibilidade ou não de pedido genérico de indenização pelo dano moral. Assim sendo, se, por hipótese, mais tarde a lei desvinculasse o valor da taxa judiciária do valor da causa, ter-se-ia que admitir, também, que o pedido genérico de indenização pelo dano imaterial, antes impossível, passaria a ser admitido.

Além disso, o argumento aqui analisado deturpa a finalidade do autor. Enxerga-se má-fé, onde o que se deve ver é a busca legítima de acesso amplo à prestação jurisdicional. A exigência de fixação de valor certo desanimaria, não raro, muitas das vítimas de danos morais de buscar a prestação jurisdicional que lhes é devida, dado o elevado valor que teriam de despende logo no início, quando do ajuizamento da ação. Como já observado anteriormente, impor-se-ia ao autor o sacrifício desarrazoado de apresentar sua íntima e personalíssima avaliação do dano sofrido – dificilmente ajustável à estimativa do órgão jurisdicional – e pagar previamente, com dificuldade, valor elevado de taxa judiciária, para, comumente, ao final, obter indenização muitas vezes inferior à que indicara – e, não raro, inferior à própria taxa judiciária, que recolhera com antecipação para poder obter a prestação jurisdicional que lhe é assegurada constitucionalmente.

Mais uma vez a imprevisibilidade da indenização do dano moral, decorrente da absoluta falta de critérios para sua fixação, somada ao universo de julgados discrepantes na jurisprudência, é circunstância de que não se pode olvidar, e que legitima o pedido genérico, com a atribuição de valor meramente estimativo à causa.

O problema não se soluciona com a possibilidade de postulação da gratuidade de justiça. A “insuficiência de recursos”, a que alude o art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal<sup>29</sup>, ou o requisito legal do “prejuízo próprio ou de sua família”, a que se refere o art. 4º, *caput*, da Lei nº 1.060/50<sup>30</sup> deixam de fora um número grande de vítimas de dano moral, que, todavia, teriam, ainda assim, de empreender sacrifício importante e desarrazoado de suas economias. Acresça-se a isso o fato de que os juízes, na prática, divergem enormemente sobre as situações que dão ensejo à gratuidade de

---

<sup>29</sup> Estabelece o inciso LXXIV: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

<sup>30</sup> Prevê o art. 4º que: “A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família.”

justiça, confundindo a insuficiência de recursos para a causa com a condição de miséria ou de pobreza – para o que contribui muito o uso disseminado da imprecisa expressão “miserabilidade jurídica”.

A jurisprudência tem indicado que o valor da causa, em se tratando de pedido de dano moral, decorre de mera estimativa do autor<sup>31</sup>, o que não significa que há de prevalecer qualquer valor que o autor venha a atribuir, mesmo que simbólico. Ao réu sempre caberá, em incidente autuado em apartado, impugnar o valor atribuído à causa, seja por reputá-lo insignificante em relação aos fatos narrados na petição inicial<sup>32</sup>, seja por reputá-lo excessivo<sup>33</sup>.

Já se decidiu, outrossim, que o valor da causa nas ações de indenização por dano moral pode ser complementado ao final da causa<sup>34</sup> ou por ocasião da execução do julgado<sup>35</sup>.

O Professor e Desembargador Sérgio Cavalieri Filho, em acórdão de que foi relator designado, bem sintetizou a solução para a questão relativa à taxa judiciária: “O argumento relativo ao recolhimento da taxa judiciária, ressaltado pelo Juízo de primeiro grau, não constitui nenhum óbice ao prosseguimento do feito. Eventual diferença a maior poderá (e deverá) ser recolhida no final do processo, de sorte a não causar nenhum prejuízo para o fisco estadual. Dessa forma evita-se o inconveniente de forçar a parte a recolher custas desnecessárias ou em valores tão elevados que dificultem o seu acesso à Justiça. Lembre-se que para afastar esse mesmo inconveniente nos Juizados Especiais não são devidas custas.”<sup>36</sup>

<sup>31</sup> 3ª Turma do STJ, Rel. Min. Cláudio Santos: “Em ação de indenização por dano moral, o valor da causa não encontra parâmetros no elenco do art. 259 do CPC, mas, sim, no disposto no art. 258 do mesmo estatuto.” (Resp. 6.571, RSTJ 29/385).

<sup>32</sup> “O autor não pode fixar arbitrariamente valor da causa que tem apenas interesse moral; o juiz pode, acolhendo impugnação, dar valor atendendo à relevância e ao significado da causa (8ª Câmara do TJSP, 19-02-81, RT 550/86 – extraído de Yussef Said Cahali, *op. cit.*, p. 694, nota 9).

<sup>33</sup> “Valor da causa – Indenização por dano moral – Atribuição pelo autor de quantia gigantesca sem motivo plausível – Estimativa que deve levar em conta as condições das partes, a gravidade da lesão e as circunstâncias fáticas – Deve o juiz repelir o exagero do valor da causa, estimado arbitrariamente pelo autor – Redução determinada (1ª Câmara do TJSP, 10-9-96, JJJ 192/199 – cf. Yussef Said Cahali, *op. e loc. cit.*, nota 10).

<sup>34</sup> 6ª Câmara do TJSP: “Por outro lado, nada impede que, não dispondo o autor de elementos para calcular o real montante do benefício patrimonial almejado, proponha uma estimativa provisória, a ser definitivamente fixada por ocasião da sentença” (RJTJSP 138/327 – extraído de Yussef Said Cahali, *op. cit.*, p. 695, nota 11).

<sup>35</sup> “Tratando-se de ação de perdas e danos, se o pedido for inestimável, ‘há de se considerar como válido o valor da causa atribuído na inicial, completando-se-o, posteriormente, em execução, quando apurado, se for a maior’” (STJ, 3ª Turma, Resp. 8.323, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJU de 3-6-91 – citado *in nota* 5 ao art. 258 do CPC de Theotonio Negrão). No mesmo sentido: STJ, 4ª Turma, Resp 113.475, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar).

<sup>36</sup> 2ª Câmara do TJ/RJ, Ag. nº 4.064/97.

### 3.4. *Suposto incentivo à “indústria do dano moral”*

Não menos injurídico é o argumento de que o pedido genérico de reparação pelo dano imaterial – justamente por diminuir o risco da sucumbência para o autor e por ensejar o pagamento prévio de taxas judiciárias menos elevadas – incentivaria a chamada “indústria do dano moral”, caracterizada pelo ajuizamento de ações temerárias, verdadeiras aventuras judiciais, motivadas pelos fatos mais banais e inconsistentes, e pela propositura de demandas com a expectativa ou o propósito oculto de obter enriquecimento, e não compensação pelo dano sofrido.

O remédio contra as ações infundadas e abusivas, todavia, não está na criação de obstáculos *processuais* ou *econômicos* à propositura das ações de indenização por dano moral, a dificultar ou mesmo frustrar, direta ou indiretamente, o acesso amplo à jurisdição, garantido pelo art. 5º, XXXV, da Constituição Federal<sup>37</sup>.

O combate ao abuso no ajuizamento de ações de indenização temerárias deve vir, primeiramente, da formação de uma jurisprudência firme, que saiba separar o joio do trigo, rejeitando as pretensões desarrazoadas. O sistemático não acolhimento de postulações dessa índole desestimulará os aventureiros e acarretará a paulatina diminuição de tais demandas. Além disso, impõe-se uma aplicação rigorosa das normas que tratam da litigância de má-fé<sup>38</sup>, com a imposição das respectivas sanções até mesmo de ofício, como o permite o art. 18 do CPC.

À jurisprudência também cabe, com a fixação de valores de indenização razoáveis e proporcionais ao dano, a incumbência de frustrar todo e qualquer intuito de obtenção de enriquecimento ou de vantagem às custas da propositura de ações de indenização.

### 3.5. *Princípios da ampla defesa e do contraditório*

Argumenta-se, por fim, que o pedido genérico retira do réu a oportunidade de discutir a extensão ou o valor da reparação pelo dano moral, o que caracterizaria violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório, encartados no art. 5º, LV, da Constituição Federal.<sup>39</sup>

<sup>37</sup> Art. 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

<sup>38</sup> Ver artigos 16 a 18 do CPC.

<sup>39</sup> Art. 5º, LV, da Constituição Federal: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

O argumento é frágil. Parte-se da falsa premissa de que ao réu se sonega algum dado ou alguma informação, essencial à sua ampla defesa, e que poderá surpreendê-lo ao final, quando da prolação da sentença. O valor da indenização do dano moral, todavia, não constitui elemento *encoberto* pelo autor, que lhe dê alguma posição de superioridade. O montante da indenização é tão imponderável para o autor quanto para o réu.

Nenhuma é a superioridade da parte autora. Formulado pedido genérico, autor e réu encontram-se em situação idêntica no que diz respeito à imprevisibilidade do valor do dano moral.

É possível, e desejável, que o autor, na petição inicial, sugira critérios que auxiliem na quantificação da indenização, traga exemplos de valores, aponte circunstâncias a serem consideradas na sentença. É possível, todavia, que o autor se abstenha de ponderações ou raciocínios desse jaez e deixe inteiramente para o juízo a tarefa de encontrar o caminho para a valoração do dano afirmado. Em qualquer caso, caberá ao réu, em atenção ao princípio da eventualidade ou da concentração<sup>40</sup>, discutir, debater ou refutar raciocínios, argumentações e critérios concernentes à fixação da indenização. É evidente que, em se tratando de pedido genérico, o debate comumente se travará em termos vagos e abstratos, o que não impede o réu de apontar valores encontrados na jurisprudência para casos mais ou menos semelhantes e que lhe pareçam razoáveis. É o que se vê ocorrer na prática.

De todo modo, ambos estarão, igualmente, submetidos à discricão do juízo, que é quem, sopesando todas as circunstâncias e os argumentos trazidos pelos contendores, fixará o valor da indenização. A surpresa que dessa fixação pode surgir para o réu é a mesma que pode sobrevir para o autor.

A renomada Professora Ada Pellegrini Grinover elaborou parecer no qual focaliza a questão da relação entre o pedido genérico de reparação do dano moral e a garantia do contraditório e da ampla defesa, concluindo pela absoluta ausência de lesão aos princípios constitucionais: “É que da generalidade do pedido, nesse caso, não decorre qualquer prejuízo para o réu, desde que, como ressaltado anteriormente, os critérios informativos da quantificação sejam objeto de adequado debate, em contraditório, quer

---

<sup>40</sup> Estabelece o art. 300 do CPC que: “Compete ao réu alegar, na contestação, *toda a matéria de defesa*, expondo as razões de fato e de direito, com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir.”

em processo de liquidação, quer na própria fase cognitiva condenatória, no curso da respectiva instrução.”<sup>41</sup>

Destaca a Professora Ada Pellegrini, em seu trabalho, que, embora os critérios de quantificação sejam previamente conhecidos pelo demandante (e pelo demandado), não há como, razoavelmente, saber, de antemão, a que resultado tais critérios conduzem no caso concreto, o que só ocorrerá com a cognição exercitada no curso do processo.<sup>42</sup> Observa que a circunstância de tais critérios de quantificação serem previamente conhecidos das partes e do juiz somente abona a tese da possibilidade do pedido genérico: “se o quantum nesses casos, como também demonstrado, deve pautar-se por critérios de razoabilidade e proporcionalidade, estatuídos no plano do direito material e previamente conhecidos das partes e do juiz, a generalidade do pleito, nesse caso, é também autorizada pelos aforismos *da mihi factum, dabo tibi jus* e *jura novit curia*, nenhuma *surpresa* podendo advir para o demandado que, reitere-se, terá oportunidade de amplo debate sobre tais critérios ao longo da instrução (quer no processo de conhecimento condenatório, quer no de liquidação).”<sup>43</sup>

Na verdade, impõe-se reconhecer que o autor não terá, nem mesmo depois da cognição realizada no processo, como saber a que resultado (valor certo e determinado) conduzem os critérios apontados pela doutrina e empregados, com mais freqüência, pela jurisprudência para fixação do *quantum* compensatório do dano moral, dada a fluidez e subjetividade de qualquer desses critérios, em especial os da razoabilidade e da proporcionalidade, mencionados no parecer retromencionado. Seja qual for o critério utilizado, sempre intervirá na fixação do valor da indenização o *prudente arbítrio do juiz*, que nunca poderá ser antecipado por nenhuma das partes.

O respeito aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório decorre, assim, não propriamente da ausência de surpresa que para o réu possa advir da estimativa judicial, mas da posição de igualdade entre autor e réu: do prudente arbítrio do juiz pode surgir valor inesperado tanto para o réu quanto para o autor. Acresça-se a isso a possibilidade, sempre

---

<sup>41</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Parecer exarado sobre o Agravo de Instrumento nº 113.088.4/0, TJSP, in *Dano Moral. Observações sobre a ação de responsabilidade civil por danos morais decorrentes de abuso da liberdade de imprensa*. São Paulo: Ed. Fisco e Contribuinte. 1999, p. 291.

<sup>42</sup> Idem, p. 292.

<sup>43</sup> Idem, ibidem.

presente, de o réu, na contestação, sugerir limites e debater os critérios que deverão ser utilizados na fixação da quantia compensatória do dano moral, para a eventualidade de vir a ser ele derrotado na demanda.

#### 4. VARIAÇÕES EM TORNO DO PEDIDO GENÉRICO

Frequente, na prática forense, é a circunstância de o autor, na petição inicial, apontar valores ou apresentar *estimativas* de indenização para compensação do dano moral, à guisa de *exemplo* ou *sugestão* para o juízo, formulando, ao final, pedido genérico. Assim, v. g., quando o autor menciona ter havido, em outro processo, no qual se julgou caso semelhante, decisão fixadora de indenização em determinado valor; ou quando o autor pondera que a jurisprudência tem fixado a reparação em montantes variáveis entre certos limites; ou, ainda, quando o autor sugere algum parâmetro, que levaria a uma cifra específica.

Em tais situações, os valores e as estimativas assim deduzidos deverão ser tomados como elementos argumentativos, não vinculadores da pretensão, pois o que importa é que, ao final, a petição inicial exprima, inequivocamente, fórmula genérica de condenação. Aplicável, no caso, a regra do art. 293 do CPC: “Os pedidos são interpretados restritivamente”.

O STJ tem, reiteradamente, entendido que os valores meramente estimativos apresentados na petição inicial, à guisa de sugestão, não desconfiguram a natureza genérica do pedido: “A estimativa na petição inicial, de valor do dano não confere certeza ao pedido.”<sup>44</sup> No mesmo sentido: “Nas ações de indenização por ato ilícito, o valor estipulado na inicial, como estimativa da indenização pleiteada, necessariamente, não constitui certeza do *quantum* a ressarcir, vez que a obrigação do réu, causador do dano, é de valor abstrato, que depende, quase sempre, de estimativas e de arbitramento judicial. Montante da indenização há de ser apurado mediante liquidação de sentença. Precedentes do STJ.”<sup>45</sup>

Por essa razão, os valores sugeridos ou estimados não interferem na sucumbência: “Sendo meramente estimativo o valor da indenização pleiteada na peça vestibular, não há falar em sucumbência parcial se a condenação fixada na sentença tiver sido inferior àquele montante. Precedentes.”<sup>46</sup>

<sup>44</sup> 4ª Turma, REsp 20102/PR, Rel. Min. Fontes de Alencar, DJU de 12.4.93.

<sup>45</sup> 3ª Turma, REsp 136588/RJ, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJU de 01.6.98.

<sup>46</sup> 4ª Turma, REsp 113398/DF, Rel. Min. Barros Monteiro, DJU de 09.11.98.

Outra situação freqüente é a de a petição inicial indicar valor *mínimo* de indenização. O autor continua a entregar ao prudente arbítrio do juízo a fixação da indenização pelo dano moral, mas aponta um montante que constituiria, a seu critério, o mínimo a ser fixado. Pretende o autor obter indenização igual ou superior à indicada na inicial, nunca inferior.

Também em tal situação está presente a generalidade do pedido, mas *a partir de determinado valor*. No que concerne, todavia, à quantia mínima postulada pelo autor, o pedido é certo e deve ser tratado como tal. De modo que se o juízo fixar valor inferior ao mínimo, haverá sucumbência parcial do autor. O valor da causa, por sua vez, deve tomar por base esse valor mínimo, como já decidiu o STJ: “O valor da causa deve corresponder ao conteúdo econômico da pretensão do autor, que, pedindo um valor mínimo como indenização por danos morais, não pode atribuir à causa valor menor.”<sup>47</sup>

Outra situação encontrada com considerável freqüência é a de petições iniciais nas quais o autor articula pedido de condenação do réu em *perdas e danos*, ou, simplesmente, ao pagamento dos *danos* suportados pelo autor, sem fazer uso das expressões dano moral, imaterial ou equivalente. O pedido, assim formulado, dependendo da narrativa constante da petição inicial, deve ser interpretado como abrangente não apenas dos danos materiais, mas também do dano moral.

A expressão *perdas e danos*, a despeito de ter sido cunhada para fazer alusão aos prejuízos materiais sofridos, acolhe, sem dificuldades, o dano moral. O aumento do número de demandas nas quais se pleiteia indenização por dano moral vulgarizou a expressão, alargando seu sentido primitivo, estabelecido pelo art. 1.059 do Código Civil. Não se trata, todavia, de dar interpretação extensiva ao pedido, o que seria vedado pela regra do art. 293 do CPC, mas de empregar a expressão em sua acepção literal, vulgar, e não em seu sentido técnico e restrito, utilizado pelo art. 1.059, até porque, se a preferência na interpretação de um texto legal é pelo emprego do sentido técnico, na interpretação de outro tipo de texto, como o de uma petição inicial, o sentido vulgar predomina.

Não se queira argumentar que a petição inicial, por emanar de um profissional de direito<sup>48</sup>, deve ter os seus vocábulos e as suas expressões

---

<sup>47</sup> 4ª Turma, AGA 143308/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 02.5.2000.

<sup>48</sup> O que nem sempre ocorre, haja vista a norma do art. 9º da Lei nº 9.099, de 26.9.95.

interpretados sempre tecnicamente. Um tal argumento estaria em desacordo com a realidade, pois, desafortunadamente, é cada vez mais freqüente entre os profissionais do direito em geral a má aplicação do vernáculo nos escritos forenses.

O Superior Tribunal de Justiça nesse sentido já decidiu: “Tem-se como englobado no pedido a condenação por dano moral quando a petição inicial, ainda que deficientemente, requer a indenização de todos os danos sofridos com o acidente.”<sup>49</sup>

Com igual amplitude deve ser interpretado o pedido genérico de indenização por *prejuízos* decorrentes de um determinado evento, ou, simplesmente, o pedido de *indenização* sem alusão ao adjetivo *moral*. O fundamental, em qualquer caso, como já mencionado, é que, da narrativa constante da petição inicial, ou melhor, da causa de pedir a prestação jurisdicional, se extraia a referência a algum fato caracterizador de dano moral.

Já decidiu o STJ que: “A indenização aos pais, por morte de filho menor, deve ser a mais ampla possível e alcançar todos os danos sofridos. Como se vê, a indenização, no caso, podia ser fixada desde logo, nos autos da ação de conhecimento, não se podendo falar em petição inepta ou em decisão além ou aquém do pedido. A inicial, embora sucinta, contém todos os requisitos legais e o pedido é bastante claro no sentido de condenar a recorrente na indenização decorrente dos prejuízos causados aos pais, pela morte do filho. É claro que desta indenização fazem parte os danos materiais e morais.”<sup>50</sup>

## **5. PEDIDO GENÉRICO E DIREITO DE APELAR PARA MAJORAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO**

Partindo-se da premissa de que é possível a formulação de pedido genérico de reparação por dano moral, cabe examinar questão conexa, qual seja, a da possibilidade de o autor apelar ou, de modo geral, recorrer da decisão que julga procedente a demanda, com a finalidade de obter a majoração do *quantum* indenizatório.

Julgados isolados já manifestaram o entendimento de que ao autor faltaria interesse em recorrer da sentença, por ausência de sucumbência. Traga-se à colação aresto da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Es-

---

<sup>49</sup> 4ª Turma, REsp 160970/SP, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 12.4.99.

<sup>50</sup> RSTJ 62/429, 09.3.94.

tado do Rio de Janeiro, relatado pelo insigne Desembargador Luiz Eduardo Rabello: “Se o autor requereu indenização a ser fixada pelo Juízo de primeiro grau, e o Juízo fixa o valor que acredita adequado, dando procedência integral ao pedido, não pode o autor apelar pleiteando valor superior, diante da inocorrência de sucumbência sua. Improvimento de ambos os recursos.”<sup>51</sup>

O equívoco desse entendimento, francamente minoritário na jurisprudência, decorre da má interpretação do pedido genérico de reparação por dano moral. Observe-se que interpretar *restritivamente* o pedido, como o determina o art. 293 do CPC, não significa interpretá-lo *literalmente*, sem atenção para a sua finalidade.

O pedido genérico de indenização não pode ser interpretado como pedido de qualquer valor, visto que não é a expressão do desejo de uma condenação *qualquer*, sem nenhuma expectativa no tocante ao valor a ser fixado.

Uma tal interpretação joga com as palavras, sem considerar as peculiaridades do dano moral em confronto com o dano material. Ignora-se a razão pela qual deve ser admitido o pedido genérico de indenização por dano moral, que é, como aqui sustentado, a absoluta subjetividade do valor do dano – e, conseqüentemente, de sua estimativa judicial –, a qual, entre outras coisas, torna impossível ao autor forrar-se ao risco de uma improcedência parcial sem subestimar o valor do dano, já que apenas o acaso poderá determinar a equivalência entre a arbitrária estimativa do autor e a arbitrária estimativa do juiz.

Bem focalizada a questão, fica claro que o pedido genérico de indenização por dano moral não significa que o autor queira *qualquer* indenização que o juízo venha a fixar. Caso a indenização estabelecida não atenda às aspirações ou às expectativas íntimas (embora imprecisas) do autor, poderá ele apelar para buscar a majoração da verba.

Em se tratando de pedido genérico, a sucumbência não se mede pela discordância entre a sentença e o pedido em seu sentido meramente textual ou literal. Se assim fosse, não poderia o autor igualmente apelar da sentença que julga procedente o pedido genérico de reparação por danos materiais

---

<sup>51</sup> Ap. Cível nº 3.334/97. No mesmo sentido, os arestos a seguir, todos da mesma Câmara e do mesmo Relator citados: Ap. Cível 3.450/97, Ap. Cível 5.549/98 e Ap. Cível 15.600/98. A tese foi defendida em artigo da autoria do Professor e Magistrado Gabriel de Oliveira Zefiro (*Pedido Genérico na Indenização por Danos Morais. Impossibilidade de apelação no caso de sentença de procedência*. Publicado no AMAERJ Notícias, nº 48, p. 21)

para buscar a elevação da indenização fixada, o que seria um disparate. No caso dos danos materiais, o autor apela porque supostamente não concorda com a apreciação que a sentença fez em relação às provas produzidas. No caso do dano moral, o autor apela porque não concorda com a valoração ou estimativa do juízo.

## **6. APELAÇÃO COM PEDIDO GENÉRICO**

Caberia, também, indagar se o autor do pedido genérico, inconformado com o valor da indenização, pode apelar de forma igualmente genérica, ou, em outras palavras, se pode pleitear a majoração da indenização sem indicar o valor pretendido.

Uma primeira reflexão pode levar ao entendimento de que, se o autor não se conforma com o valor fixado na sentença, é porque imaginou valor superior, que deveria, portanto, ser indicado como medida de seu inconformismo. Embora admissível o pedido genérico em um primeiro momento, quando da propositura da ação, à falta de critérios objetivos ou de parâmetros seguros para a fixação do valor da indenização por dano moral, não caberia um apelo também genérico, por já dispor o autor do valor estabelecido na sentença como baliza. Reputado insatisfatório esse valor, deveria o autor quantificar a sua insatisfação.

Um tal raciocínio, no entanto, desconsidera que, *mutatis mutandis*, as mesmas razões que justificam o pedido genérico de indenização fundamentam a apelação em termos genéricos. A absoluta imprevisibilidade da avaliação do órgão julgador continua presente, agora em grau de recurso – e com a mesma consequência de tornar impossível ao autor forrar-se ao risco de uma sucumbência parcial, o que, como se viu, constrangê-lo-ia, ilegitimamente, a subestimar o valor do dano em seu recurso, já que apenas o acaso poderá determinar a equivalência entre a arbitrária estimativa do autor recorrente e a arbitrária estimativa do órgão recursal. Entre a estimativa feita pelo órgão *a quo* e a estimativa a ser feita pelo órgão *ad quem* não há limites objetivos.

Além disso, a primeira estimativa pode ter sido tão baixa que nem de longe possa ser tomada como ponto de referência para o autor recorrente.

## **7. PEDIDO CERTO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. O ENTENDIMENTO DA PROFESSORA ADA PELLEGRINI GRINOVER**

Em parecer já mencionado no presente trabalho, a Professora Ada Pellegrini Grinover, depois de tecer considerações sobre a possibilidade de

pedido genérico para reparação do dano moral, expõe o entendimento de que qualquer quantia referente ao dano moral indicada na petição inicial vem marcada pelo signo da *provisoriedade*, precisamente porque competirá ao juiz a quantificação do dano, depois de colhidos todos os elementos de convicção.<sup>52</sup>

Citando o ensino de Yussef Said Cahali e transcrevendo alguns arestos, a ilustre jurista assim exprime seu pensamento: “Ora, se é certo, nos casos de dano moral, que a atribuição de um valor na petição inicial, quando muito e por mera argumentação, é facultativa e provisória, tem-se que a sentença, embora esteja, por regra, adstrita ao pedido (CPC, arts. 128 e 460), poderá inclusive condenar o requerido por valor superior ao indicado na peça vestibular. E isso não representa qualquer ofensa ao contraditório, desde que a sentença leve em conta precisamente elementos contidos nos autos e submetidos ao debate judicial, conforme, inclusive, autoriza o Art. 131 do CPC vigente.”<sup>53</sup>

O sempre respeitável entendimento da Professora não parece, com todas as vênias, ser o melhor, considerado nosso sistema processual em vigor.

O artigo 128 do CPC impõe ao juiz decidir a lide “nos limites em que foi proposta”, enquanto que o art. 460 do CPC veda ao juiz a prolação de sentença *ultra petita* (“condenar o réu em quantidade superior” à postulada). Consagram os referidos dispositivos o princípio da adstrição (ou da congruência, ou da correlação), que só pode ser afastado pela própria lei. Assim é que a lei prevê, como exceções ao princípio da adstrição, as prestações periódicas (art. 290 do CPC), os juros legais (art. 293 do CPC), as despesas processuais e os honorários advocatícios (art. 20, *caput*, do CPC), a multa pelo descumprimento das obrigações de fazer ou de não fazer (artigos 461, § 4º, do CPC; 84, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor). Em todos esses casos, e em vários outros, é a própria lei que excepciona a aplicação do princípio.

A não-inclusão do pedido de indenização por dano moral entre as exceções expressas ao princípio da congruência dá ao réu a confiança de que, na pior das hipóteses, será condenado ao valor pleiteado na inicial. Por essa razão, a prolação de sentença condenatória, com fixação de indenização

---

<sup>52</sup> *Op. cit.*, p. 294.

<sup>53</sup> *Op. cit.*, p. 295.

superior à postulada na petição inicial, constituiria fator de surpresa para o réu, que poderia, v. g., ter deixado de contestar o valor, por entendê-lo razoável, proporcional ao fato ou de acordo com os parâmetros habituais.

A possibilidade de indenização por dano moral superior à pedida pelo autor, além de não estar prevista em lei – como seria exigível –, não encontraria apoio na doutrina e na jurisprudência citadas pela Professora Ada Pellegrini Grinover. Isso porque a *provisoriidade*, assinalada por Yussef Said Cahali, seria uma característica do *valor da causa*, não do próprio *pedido* de indenização por dano moral. Com efeito, na referida lição, Cahali defende o entendimento de que o *valor da causa* na ação de reparação de dano moral depende da estimativa unilateral do autor, sujeita, contudo, ao controle jurisdicional, e que tal valor (o da causa, não o de suposto pedido certo de indenização) é remarcado pela *provisoriidade*.<sup>54</sup>

Do mesmo modo, a jurisprudência citada estaria a se referir ao valor da causa, não ao próprio pedido de indenização que tenha sido quantificado pelo autor na petição inicial.

Assim sendo, ante o direito constituído, para que o juiz não fique adstrito a determinado valor máximo, cabe ao autor recorrer à fórmula do pedido genérico.

## 8. CONCLUSÕES

A conclusão a que aqui se chega é a de que o art. 286, II, do CPC acolhe a formulação de pedido genérico de indenização por dano moral. Há total concordância entre a interpretação gramatical (ou literal) e as interpretações lógica, teleológica e sistemática, das quais resulta uma interpretação declarativa do preceito analisado.

Uma exegese restritiva, que pretendesse abranger apenas as situações em que o valor da indenização não pudesse momentânea e circunstancialmente ser determinado – deixando, assim, espaço apenas para os danos materiais –, contrariaria os fins da norma em comento.

A absoluta falta de critérios objetivos para a fixação do valor da indenização pelo dano moral torna imprevisível para o autor, como para o réu, a estimativa judicial, que depende exclusivamente do prudente arbítrio do julgador.

---

<sup>54</sup> CAHALI, Yussef Said. Dano Moral. 2. ed. São Paulo: Ed. RT. 1998, p. 694.

A exigência de pedido certo de reparação por dano moral, por constranger o autor a subestimar o valor da indenização, para se forrar aos riscos de uma sucumbência parcial, constitui violação aos correlatos princípios constitucionais do amplo acesso ao Poder Judiciário e da efetividade do processo (art. 5º, XXXV), assim como aos princípios que garantem à vítima do dano moral o direito ao recebimento da indenização mais ampla possível (art. 5º, V e X).

A formulação de pedido genérico de indenização não configura violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório, porque autor e réu se encontram em situação de absoluta igualdade quanto à imprevisibilidade do valor do dano moral; e ao réu sempre será possível discutir, debater ou refutar raciocínios, argumentações e critérios concernentes à fixação do valor.

Os pedidos genéricos de “indenização”, de “perdas e danos”, de indenização por “danos” ou “prejuízos” devem ser interpretados como compreensivos dos danos morais, desde que a petição inicial faça referência a algum fato configurador, em tese, desse tipo de dano e, do conjunto da petição inicial, não fique claro que a pretensão é voltada apenas para a reparação de danos materiais.

O pedido genérico de ressarcimento pelo dano moral não exclui a possibilidade de o autor recorrer da decisão que julga procedente a demanda, com a finalidade de obter a majoração do *quantum* indenizatório.

Pelas mesmas razões que autorizam o pedido genérico, o recurso interposto com a finalidade de postular a elevação do montante da indenização poderá ter caráter genérico, sem determinação de quantia. ◆

# O CDC E SEUS REFLEXOS NA TEORIA GERAL DO DIREITO CIVIL\*

**SYLVIO CAPANEMA DE SOUZA**  
*Desembargador TJ/RJ*

Separei, em caráter absolutamente objetivo, algumas matérias ligadas a esse novo ramo do Direito – o Direito do Consumidor – que justifica uma reflexão conjunta. Quero começar, digamos, nos vinte minutos iniciais, fazendo algumas considerações mais doutrinárias, para que possamos estabelecer uma espécie de alicerce teórico sobre o qual iremos construir o arcabouço do nosso debate.

E por isso, quero começar por lhes dizer que o Século XX, que acaba de nos deixar, legou-nos algumas crises desafiadoras e graves, mas também nos deixou algumas conquistas e mensagens de que devemos nos orgulhar. Se podemos dizer que o Século XIX foi o século das grandes codificações, marcado, por exemplo, pelo Código de Napoleão, pelo Código Alemão, poderemos dizer que o Século XX passará à história como sendo o século do surgimento dos novos ramos do Direito. E dentro desses novos ramos, avulta, como estrela de primeira grandeza, sem dúvida, o Direito do Consumidor que, a rigor, é o direito do próprio ser humano porque somos, hoje, queiramos ou não, todos, consumidores.

Somos, no Brasil, 160 milhões de consumidores, portanto as relações de consumo, hoje, constituem o dia-a-dia de cada um de nós. Vivemos em uma sociedade em que se teve que produzir em massa, para se consumir em massa e, aí, exigir uma distribuição em massa e, conseqüentemente, uma contratação também em massa e, o que é pior, uma lesão em massa. Ou seja, nós vivemos na era da massificação – da produção, do consumo, da distribuição, da contratação e da lesão.

A celeridade e a complexidade da economia moderna exigiram que a contratação se fizesse, agora, também em massa. Não é mais possível con-

---

\* Palestra proferida em 20-03-2000, no Conselho de Vitaliciamento dos Juizes de 1º Grau do TJ/RJ.

tratar como no Século XIX, e no princípio do século XX, individualmente, paritariamente, discutindo com cada um dos interessados as condições do contrato. É preciso, hoje, contratar em grande número, rapidamente, e por isso os contratos por adesão acabam, cada vez mais, dominando o panorama geral da teoria dos contratos.

Também se percebeu que o ideário liberal e individualista do Século XIX era extremamente hostil ao consumidor e era preciso, então, nesses novos tempos de massificação, substituir esse ideário liberal e individualista por uma feição muito mais social. Surge, nesse clima, exatamente, o Direito do Consumidor, que parte de um pressuposto que é a vulnerabilidade do consumidor diante do fornecedor. Era preciso, então, equilibrar esse contrato de consumo, compensando juridicamente a fragilidade do consumidor. Fragilidade, diga-se de passagem, que se apresenta numa tríplice versão, porque o leigo pensa que quando se fala em hipossuficiência do consumidor, estamos nos referindo apenas às condições econômicas das partes. Não, essa vulnerabilidade é muito maior do que possa parecer à primeira vista. É evidente que o consumidor, muitas vezes, se encontra em posição inferior economicamente ao fornecedor.

Imaginemos, por exemplo, um chefe de família de classe média, que resolva realizar o sonho de consumo comum a todos os brasileiros – adquirir um veículo popular – e compre um desses modelos de uma poderosíssima multinacional como a GM, a Ford, ou a Volkswagen e precise, depois, acionar essa multinacional para reclamar de um eventual vício do produto. Então, temos a repetição do episódio bíblico de David contra o Golias, ou seja, esse pigmeu econômico que seria o adquirente desse veículo, tendo que lutar contra o gigante, que é a multinacional, e é evidente que o resultado dessa demanda normalmente não seria muito favorável ao consumidor. Portanto, surge o Código do Consumidor como se fosse a funda, de que se valeria o David do consumo contra o Golias, que seria o fornecedor multinacional.

Uma segunda vulnerabilidade, entretanto, aparece no chamado “direito de informação” – é a vulnerabilidade técnica do consumidor. É a falta de informações adequadas sobre as qualidades do produto, as suas potencialidades e isso faz com que, muitas vezes, o consumidor adquira um produto ou um serviço que esteja muito acima das suas reais necessidades ou, ao contrário, muito aquém delas.

E, finalmente, há uma terceira vulnerabilidade, talvez a mais perversa de todas, que é a vulnerabilidade fática, quando o consumidor precisa, de-

sesperadamente, adquirir um produto ou um serviço que seja monopolizado ou oligopolizado e, aí, ele tem que se submeter docilmente às imposições do fornecedor monopolista ou cartelizado. De maneira que essa tríplice vulnerabilidade - perversa vulnerabilidade do consumidor - fez com que, finalmente, ainda que com muito atraso, o Brasil percebesse a imperiosa necessidade de editar uma legislação específica que viesse compensar essas fragilidades, tornando o consumidor juridicamente mais forte diante do fornecedor. Foi isso, portanto, que inspirou o surgimento do Código do Consumidor em cumprimento, diga-se de passagem, de um comando, uma regra programática da Constituição de 1988.

O Código do Consumidor surge, também, na crista de uma onda a que já me referi, que seria a da transformação da própria teoria geral dos contratos. Como lhes falei, o ideário individualista do Século XIX já não mais respondia à realidade do Século XX, agora às vésperas do Século XXI. Aqueles dogmas, que sempre impregnaram e inspiraram a teoria geral dos contratos (o dogma da autonomia da vontade, do *pacta sunt servanda*, da imutabilidade dos contratos), já não mais poderiam ser encarados de maneira absoluta como antigamente, e tiveram que ser temperados quando os contratos perderam sua visão individualista para adquirir uma feição social.

Então, tudo isso se conjugou para justificar esse novo direito – o Direito do Consumidor – que temperou ou mitigou esses dogmas. A autonomia da vontade, sim, é evidente que a autonomia da vontade continuará sendo o pilar de sustentação da teoria dos contratos, mas uma liberdade de contratar se as partes forem realmente iguais. *Pacta sunt servanda*, sim, continuará sendo o outro pilar de sustentação da teoria dos contratos, mas *pacta sunt servanda se* o contrato se mantiver durante toda a sua vida razoavelmente equilibrado, de maneira que não é mais possível encarar os contratos como antigamente, como um instrumento de satisfação individual, de realização apenas dos interesses dos contratantes. O contrato ganhou, hoje, uma feição social e é um poderoso instrumento de realização da justiça social, da melhor distribuição da renda. E o Judiciário, nesse panorama, adquire uma responsabilidade muito maior, porque passa a ser uma espécie de equilibrador ético, jurídico e econômico dos contratos.

O sistema idealizado pelo Código de Defesa do Consumidor foi brilhante porque, propositadamente, não alude a nenhum contrato específico – isso é muito importante que se observe. Vocês não encontrarão, no Código do Consumidor, a menor referência expressa ao contrato de compra

e venda, de locação, de empreitada, de administração ou qualquer outro. E é proposital, para que esse novo direito seja uma espécie de “sobre-direito”, na feliz expressão de Pontes de Miranda, espargindo as suas mensagens sobre todos os contratos dos quais emane uma relação de consumo.

Portanto, não interessa saber diante de que contrato estamos; o que interessa perquirir é se daquele contrato emerge (sem nenhum trocadilho com a instituição que hoje nos abriga) uma relação de consumo. Havendo uma relação de consumo, seja qual for o contrato em que ela esteja inserida, aplicar-se-ão as regras e princípios do Código de Defesa do Consumidor. Então, essa é a primeira metodologia que o Código adotou. Ele faz, apenas, uma referência genérica a algumas atividades específicas como a atividade bancária, de seguro, de financiamento, mas para espantar qualquer dúvida que pudesse surgir quanto à sua aplicabilidade nesses setores econômicos. Todavia, quando fala em atividade bancária, não se refere a contrato de conta corrente, de abertura de crédito; quando fala em seguro, não se refere a seguro de vida ou seguro de coisas, em suma, apenas alude à atividade bancária, de seguros e de financiamento. De maneira que há uma preocupação do legislador do consumo em não especificar os contratos sobre os quais o Código se aplica.

O segundo sistema que o legislador do consumo idealizou e que foi brilhante, foi o sistema que nós chamamos de “cláusulas gerais” ou “condições gerais dos contratos”, que são cláusulas que estariam implícitas, inseridas tacitamente em todo e qualquer contrato de consumo. Seria, por exemplo, a cláusula de transparência que está a todo momento referida no Código do Consumidor, a que exige que os contratos de consumo sejam redigidos de maneira clara, objetiva, de modo a não suscitar na mente do consumidor qualquer dúvida. A cláusula da transparência obriga que os contratos por adesão sejam redigidos, também, de maneira clara e as cláusulas que importem em restrição aos direitos do aderente terão que vir em destaque, negrito, para que o aderente possa imediatamente percebê-las e decidir se lhe convém ou não aceitar a proposta. A cláusula da transparência também diz que os contratos de consumo só serão obrigatórios para o consumidor, se todas as suas condições tiverem sido levadas ao seu conhecimento, no momento da celebração do contrato.

Uma segunda cláusula geral, que está inserida em todo e qualquer contrato de consumo é a cláusula da confiança: é preciso que o consumidor confie que o produto ou serviço que o fornecedor dispôs no mercado

realmente lhe proporcionará os resultados anunciados. Essa cláusula da confiança eliminou a velha distinção civilista entre o *dolus bonus* e o *dolus malus*, quer dizer, tenho que confiar que o produto que adquiri no mercado é isento de vícios e se ele potencialmente me oferecer um risco, esse risco tem que estar claramente advertido pelo fornecedor, para que o consumidor não sofra um dano, por não ter sido suficientemente informado.

A cláusula da informação, que se adequa às anteriores - o consumidor tem que ser informado, claramente, da maneira como deve usar o produto, como pode tirar dele todas as suas qualidades. É a cláusula, por exemplo, que obriga o fornecedor, quando põe no mercado um produto importado, a fazê-lo acompanhar de um folheto traduzido para o português – isso nos evitou aquele suplício de antigamente, de ter que escolher um parente poliglota que conseguisse traduzir aqueles herméticos e misteriosos folhetos em inglês, francês, alemão e japonês, o que nos humilhava profundamente porque, apesar de várias línguas, nós não conseguíamos encontrar uma, apenas, que pudesse nos dizer como ligar o computador.

A cláusula da segurança - quer dizer, o fornecedor tem que entregar ao consumidor um produto seguro, um produto que normalmente não lhe possa causar dano.

E, finalmente, deixei para o término da nossa palestra a “super” cláusula, a condição que se sobrepõe a todas as outras, como um verdadeiro manto protetor, que é a cláusula da boa-fé, e não mais a boa-fé romântica, subjetiva do Direito Romano, e sim, agora, uma boa-fé objetiva. Quer dizer, não basta apenas querer cumprir o contrato; não basta apenas a suposição de não se estar lesando o outro contratante. Isso era a boa-fé subjetiva, de antigamente, a boa-fé, por exemplo, da posse de boa fé, que seria aquela em que o possuidor simplesmente ignorasse a existência dos vícios. Agora, o que se quer é uma boa-fé objetiva, ou seja, um verdadeiro agir, um comportar-se durante toda a vida do contrato como se comportaria o homem probo, o homem honesto. Essa boa-fé objetiva é uma espécie de janela que se abre para uma nova dimensão ética – é preciso que durante as tratativas, assim como durante a vida do contrato e até mesmo depois de expirado o contrato, os contratantes realmente se conduzam de maneira a manter um equilíbrio econômico do contrato. Não é pecado, nem é vergonha ganhar-se, ter-se benefício econômico com o contrato, o que é vergonha e o que é pecado é que esse benefício ou esse lucro contratual ultrapasse os limites do razoável, ou se construa sobre a ruína ou a desgraça do outro contratante.

O que se quer, hoje, é que a base, a equação econômica venha a se manter equilibrada durante toda a vida do contrato.

E esse sistema aberto que se criou (porque o Código do Consumidor criou exatamente um sistema aberto que se implementa graças a essas cláusulas gerais), jogou sobre os ombros dos magistrados uma responsabilidade muito maior. Porque, antigamente, o magistrado era uma espécie de conviva de pedra, engessado pela camisa de força do modelo legal e do modelo contratual. Ao magistrado, só cabia examinar o texto do contrato, quando muito perquirir a vontade real das partes e aplicar a lei ao caso concreto, segundo o texto do contrato. Agora não, com esse sistema aberto o magistrado tem que verificar se essas cláusulas gerais estão presentes naquele contrato do consumo e se verificar, por exemplo, que uma das cláusulas colide de frente com esse princípio da boa-fé objetiva, da informação, ou da segurança, ele poderá, então, modificar ou rever essas cláusulas. Portanto, o juiz moderno, o juiz da era do consumo e da contratação em massa é, na verdade, um equilibrador dessas relações contratuais e pode intervir no contrato após a sua celebração para corrigir seus rumos, para restaurar a comutatividade inaugural. Ele é um juiz, hoje, muito mais agente dessa transformação, do que mero espectador das relações contratuais como antigamente.

Então, eram essas as observações introdutórias que queria fazer, apenas para prepará-los psicologicamente para as aplicações práticas do Código de Defesa do Consumidor. Nós elencamos, aqui, alguns temas que estão desaguando no segundo grau e sempre envolvidos por uma grande dissensão pretoriana.

Uma das primeiras questões, como eu lhes falei, é a de saber qual o campo de aplicação do Código do Consumidor. Conforme lhes disse, nem todas as relações contratuais, que importem na entrega de um produto ou na realização de um serviço, se subsumem ao Código do Consumidor. Para que a relação se subsuma ao Código do Consumidor, é preciso que tenhamos, nas duas pontas dessa relação, um fornecedor e um consumidor. E é preciso, então, definir o que seria o fornecedor e o consumidor.

Quanto ao fornecedor, não há grandes dúvidas – seria toda pessoa natural ou jurídica, nacional ou estrangeira, que coloca no mercado, em caráter de habitualidade e mediante remuneração, um produto ou um serviço. Portanto, para ser fornecedor, há duas condições básicas: a habitualidade, ou seja, é preciso que o fornecedor seja um profissional, aquele que habi-

tualmente viva daquela atividade e, além disso, que esse fornecimento de produto ou serviço seja feito mediante remuneração.

Já, quanto ao consumidor, a dificuldade é bem maior, porque o nosso Código, ao contrário de outros, preferiu definir o consumidor de uma maneira subjetiva, dizendo que seria o destinatário final do produto ou do serviço, ou seja, aquele que se utiliza do produto ou do serviço para o seu próprio interesse ou de sua família, e não para agregá-lo a outro e fazer com que ele continue integrando a cadeia de produção ou de lucro. Mas, nem sempre é fácil, numa relação contratual, distinguir se haveria um destinatário final. E eu quero chamar a atenção dos meus novos colegas, principalmente, para dois artigos do Código do Consumidor, que muitas vezes passam quase despercebidos e que ampliam, extraordinariamente, o seu campo de incidência.

O primeiro deles é o artigo 17, que rompe o princípio da relatividade dos contratos, quer dizer, a idéia clássica da teoria dos contratos, é de que os contratos só obrigam aqueles que deles fizeram parte, só os contratantes estariam legitimados para exigir o cumprimento das condutas elencadas no contrato. O art. 17, entretanto, rompe esse dogma, e equipara ao consumidor, toda e qualquer pessoa natural ou jurídica que venha a sofrer um dano em decorrência de um defeito do produto ou do serviço. Então, a vítima do dano, mesmo que não tenha sido a consumidora do serviço ou do produto defeituoso, estará legitimada para assestar a sua pretensão indenizatória diretamente contra o fornecedor, o que amplia o campo de incidência do Código de Defesa do Consumidor, abrigo sobre o seu pálio protetor toda e qualquer pessoa que venha a sofrer um dano decorrente de um defeito do produto ou do serviço.

Mas o outro artigo, que é muito mais importante, é o art. 29, que inaugura o capítulo referente à proteção contratual. Esse artigo diz que toda e qualquer pessoa estará incluída nesse capítulo da proteção, se vier a ser vítima de uma daquelas práticas comerciais abusivas que o Código visa a coibir. Ora, meus amigos, isso é notável porque, reparem, o destinatário final pode ser, agora, alguém que adquira o produto para continuar a mantê-lo na cadeia de produção, desde que esse consumidor seja vulnerável diante do fornecedor, no que concerne a essas práticas abusivas.

Então, vamos a um exemplo que me parece bastante significativo: vamos imaginar que um microcomerciante queira adquirir de uma poderosa fábrica de cervejas uma grande quantidade, pois se aproxima o carnaval e esse produto, nessa época, tem um consumo triplicado. O pequeno co-

mercante vislumbra, então, a possibilidade de auferir um lucro um pouco maior, dirige-se a essa fábrica e lhe faz uma encomenda muito maior do que o habitual - digamos, 200 caixas de cerveja. Esse comerciante, obviamente, não é um consumidor à luz do Código do Consumidor, porque não é o destinatário final das cervejas, não pretende consumi-las pessoalmente, o que certamente o inibiria de continuar desenvolvendo a sua atividade. Pretende revender essa cerveja, logo não é, sem sombra de dúvida, um destinatário final, não poderia invocar a proteção do Código do Consumidor.

E aí, imaginem que a fábrica de cervejas lhe diga o seguinte: “Perfeitamente, nós estamos prontos a lhe fornecer 200 caixas de cerveja, mas desde que você adquira 10 caixas de água tônica” - um produto de difícil aceitação no mercado e, geralmente, só consumido por quem tem azia, porque é um sucedâneo do *alka seltzer*, ou então quem, como eu, gosta de um gim tônica (ninguém costuma tomar água tônica como um refrigerante comum). É um produto que encalha, principalmente nas pequenas biroskas das subidas das favelas, onde ninguém é consumidor de água tônica. Então, esse pobre comerciante é obrigado a comprar 10 caixas de água tônica, que levará um ano para vender, para ter possibilidade de acesso às 200 caixas de cerveja. Isso é o que se chamava na linguagem comum, antigamente, de “venda casada” – uma prática comercial considerada, agora, abusiva.

Pois bem. Esse pequeno comerciante, que não é obviamente um destinatário final, é vulnerável diante do fornecedor. Ele está em situação de vulnerabilidade e, nesse caso, o Código do Consumidor, no seu artigo 29, permite ao juiz que aplique a esse consumidor, que é um intermediário, as regras protetivas do Código no que concerne à vedação dessas práticas abusivas. Então, vocês reparem que o juiz tem um mecanismo muito poderoso para alargar a aplicação do Código do Consumidor, quando perceber que o consumidor, embora não seja um destinatário final, está em situação de vulnerabilidade técnica ou fática diante do fornecedor. E essa proteção diz respeito, exatamente, às práticas comerciais e às cláusulas abusivas.

É interessante, então, notar que, para reclamar dos vícios do produto, só o destinatário final poderá fazê-lo; mas para reclamar dos fatos do produto ou das práticas abusivas, qualquer pessoa poderá reclamar sob o pálio do Código do Consumidor.

Partindo dessas idéias, então, selecionei, aqui, alguns contratos específicos que têm suscitado dúvidas quanto à aplicação do Código. Por exemplo: nos chamados contratos imobiliários, de administrações de imóveis, que

são extremamente freqüentes (e olhem, tudo isso tirado de apelações que já chegaram ao Tribunal), a relação entre o proprietário do imóvel, que é o futuro locador e a administradora, tecnicamente não seria uma relação de consumo. Sabem por quê? Porque o proprietário do imóvel, que entrega o seu imóvel a uma administradora, para que ela o alugue, é também fornecedor. Então, nós teríamos, nessa relação, dois profissionais, dois fornecedores: o proprietário do imóvel e a administradora. E como o proprietário do imóvel está querendo auferir do imóvel os seus frutos civis, não seria jamais um destinatário final desse serviço, ao contrário, está querendo que o seu produto, que é o imóvel, continue a lhe render benefícios econômicos. Então, na relação entre o proprietário e o administrador, não poderia se invocar o Código do Consumidor.

Mas, olhem a importância de eu ter citado o art. 29: se, eventualmente, um proprietário de imóvel for considerado pelo juiz, diante do caso concreto, vulnerável diante da administradora, tratando-se de um proprietário modestíssimo de um único imóvel, do qual ele pretenda auferir uma pequena renda para melhorar seu orçamento doméstico e a administradora for uma poderosíssima instituição, que lhe imponha determinadas cláusulas que possam representar uma onerosidade excessiva, aí, sim, com base no art. 29, o juiz poderia proteger esse pequeno proprietário diante da administradora, invocando o art. 29. Mas, em linhas gerais, na relação proprietário-administradora de imóveis, não haveria tipicamente uma relação de consumo. Quanto à relação entre a administradora e o locatário, poderia haver a relação de consumo porque a administradora, em relação ao locatário, é, sem dúvida, uma fornecedora de serviços profissional, habitual, e o locatário pode usar esse serviço em benefício próprio.

Problema muito mais dramático e extremamente polêmico, tem ocorrido no sensível e turbulento campo da locação do imóvel urbano. Em primeiro lugar, há uma profunda discussão porque, como vocês sabem, a locação do imóvel urbano está, hoje, submetida a uma disciplina especial, que é a da Lei nº 8.245/91, a Lei do Inquilinato que, diga-se de passagem, é posterior ao Código do Consumidor. Então, teríamos uma lei geral, que é o Código do Consumidor e uma lei especial, que é a Lei do Inquilinato que é, inclusive, subsequente. Assim, há uma corrente jurisprudencial e doutrinária sustentando que bastaria isso para afastar o Código do Consumidor da incidência desse contrato.

Como se não bastasse, na locação chamada “não residencial”, também, não haveria a menor possibilidade de se invocar o Código de Defesa do Consumidor, porque o locatário não residencial não seria um destinatário final desse imóvel, já que estaria usando o imóvel para lhe produzir riqueza – por exemplo, para nele exercer seu comércio, sua indústria ou sua atividade profissional. A dúvida ficaria restrita à locação residencial, em que o locatário realmente se utiliza do imóvel para o seu interesse exclusivo ou da sua família. Então, uma corrente entende que na locação residencial, estaria tipificada uma relação de consumo, em que teríamos um fornecedor, que é o locador e, de outro lado, um consumidor destinatário final, que seria o locatário residencial.

Mas uma segunda corrente se insurge contra isso, sustentando que não se vislumbra, na relação de locação, mesmo residencial, uma relação de consumo, primeiro porque não haveria um fornecedor, propriamente dito, pois muitas vezes o locador também é um não-profissional, é o proprietário de um único imóvel, e o usa para locação. Logo, ele não seria um fornecedor habitual, não haveria essa habitualidade ou essa condição de profissional contratando com um não-profissional. Também se alega que, na verdade, não há um produto ou um serviço na relação de locação imobiliária, porque o contrato de locação representa, apenas, uma obrigação de dar, de transferir a posse direta do imóvel locado, mediante remuneração, ao locatário. Então, não haveria o fornecimento de um serviço.

Mas a matéria é altamente divergente. Renomados especialistas negam, portanto, à relação locatícia, a condição de relação de consumo. Outros renomadíssimos juristas, como a Prof<sup>a</sup> Cláudia Lima Marques, de maneira absolutamente veemente, sustenta que existe relação de consumo na locação residencial.

Estou, no momento, depois de muitas vacilações, numa posição, digamos, conciliatória, não fosse eu de ascendência mineira, sempre procurando encontrar uma conciliação entre as duas correntes antagônicas. Costumo dizer, toda vez que estou sendo chamado a me manifestar sobre o tema, que tecnicamente me parece ser difícil considerar-se como relação de consumo a relação de locação, o que não impede - e é isso que tenho sustentado - que se transporte para a relação locatícia esses princípios éticos fundamentais que inspiraram o Código do Consumidor. Quer dizer, essas cláusulas gerais, esses princípios como o da boa-fé objetiva, o da transparência, o da segurança, hoje, já não são mais exclusivos das relações de consumo, daí

eu lhes ter dito que o Direito do Consumidor acabou transformando-se num “super-direito”, num “sobre-direito”, que consegue inspirar e impregnar todos os demais ramos e todos os demais contratos. Portanto, se de uma relação contratual qualquer, ainda que não traduza tipicamente uma relação de consumo, se puder vislumbrar uma abusividade, um aproveitamento da parte mais forte sobre a mais fraca, será perfeitamente possível, ao juiz moderno, aplicar a esse contrato os princípios gerais que hoje devem reger a nova teoria geral dos contratos.

Por outro lado, a própria Lei do Inquilinato tem um dispositivo que se amolda, perfeitamente, ao espírito do Código do Consumidor, que é o art. 46, que diz poder o juiz fulminar de nulidade toda e qualquer cláusula que vise a elidir os objetivos da lei. Como se não bastasse, é evidente que há, na Lei do Inquilinato, uma série de dispositivos perfeitamente compatíveis com o Código do Consumidor. Mas algumas divergências frontais aparecem, e isso tem suscitado sérias controvérsias jurisprudenciais.

Por exemplo: o Código do Consumidor expressamente incluiu entre as cláusulas abusivas, portanto fulminadas de nulidade, a que impede a indenização das benfeitorias necessárias. Portanto, pelo Código do Consumidor será nula a cláusula que exonera o proprietário de indenizar ao possuidor as benfeitorias necessárias feitas no imóvel. Já, a Lei do Inquilinato, como todos vocês sabem, diz o seguinte: “salvo disposição expressa em contrato, as benfeitorias necessárias e úteis autorizadas serão indenizadas”. Ora, se a Lei do Inquilinato diz “salvo disposição expressa em contrário”, é sinal de que o legislador do inquilinato admite a validade da cláusula que exonera o locador de indenizar as benfeitorias necessárias.

Então, meus amigos, temos enfrentado, em minha Câmara, inúmeras ações em que locatários, invocando a abusividade dessa cláusula, exigem a indenização das benfeitorias necessárias, apesar da cláusula que exonera o locador de indenizá-las. Uma corrente, e o grande campeão dessa corrente é o nosso queridíssimo e festejado Desembargador Pestana de Aguiar, tem sustentado em acórdãos memoráveis, que esse dispositivo da Lei do Inquilinato é ilegal, porque contraria um princípio geral de direito que está acima da lei: o da vedação do enriquecimento sem causa. Como as benfeitorias necessárias visam a conservar o imóvel, evidentemente elas importam um benefício para o locador, preservando seu patrimônio e, portanto, seria enriquecer sem causa, incorporar essas benfeitorias ao seu patrimônio sem contra-prestação.

Já uma segunda corrente entende que não, que, em primeiro lugar, a questão da indenização de benfeitorias é uma questão puramente patrimonial e, conseqüentemente disponível. Portanto, nada impediria que o locatário renunciasse ou declinasse desse direito de ser indenizado quanto a essas benfeitorias. E há um segundo argumento que diz que a Lei do Inquilinato é uma lei especial e posterior ao Código do Consumidor e, portanto, o dispositivo da Lei do Inquilinato estaria acima do dispositivo da Lei do Consumidor, que é genérico, enquanto que o dispositivo da Lei do Inquilinato é específico.

A Prof<sup>a</sup> Cláudia Lima Marques enfrenta esse tema, sustentando que já há muito não se aplica aquele princípio de hermenêutica de que a lei especial derroga a lei geral, ou vice-versa. Sustenta, também, que a Lei do Inquilinato e o Código de Defesa do Consumidor são absolutamente compatíveis e, nos casos raros de incompatibilidade, como nesse das benfeitorias necessárias, o juiz (e essa lição da renomada professora consumista Cláudia Lima Marques se dirige ao juiz) deve decidir à luz do caso concreto, com base na vulnerabilidade. Ou seja, se ele achar que, realmente, o locatário, naquele caso concreto, contratou em condições de vulnerabilidade diante do locador, o juiz deve fazer prevalecer a regra do Código do Consumidor. Se, ao contrário, ele perceber que locatário e locador se equivalem, seja economicamente como no caso da locação não residencial, deve prevalecer a regra do Código da Lei do Inquilinato. Então, vejam como a matéria é, realmente, provocativa e instigante. Quanto à locação, essa é, em linhas gerais, a divergência pretoriana e doutrinária.

Uma outra questão: a multa – o Código do Consumidor reduziu a multa moratória ao limite de 2%. O argumento que levou a isso não me parece muito sustentável. Sou, até, favorável à redução da multa, mas não pela razão invocada, porque invocou-se como razão para fixar a multa moratória em 2%, a queda da inflação, dizendo-se o seguinte: como a inflação hoje, graças a Deus, não ultrapassa pouco mais de 1% ao mês, como admitir-se uma multa moratória de 10%? Ora, eu, como modesto professor de Direito Civil, sempre ensinei aos meus alunos que a cláusula penal moratória não tem nada a ver com a inflação, porque o dia que a cláusula penal moratória tiver que ser fixada ao sabor dos índices inflacionários, ela se transformará em correção monetária. E se nós aproximarmos a cláusula penal moratória do patamar da inflação, será uma tentação irresistível para que o devedor não pague pontualmente, porque ele preferirá retardar o pagamento, aplicando o valor da obrigação num outro mercado que lhe dê remuneração

mais atraente. Portanto, a cláusula penal moratória pode e deve ser fixada acima da inflação, exatamente para funcionar como mecanismo de pressão econômica sobre o devedor e conduzi-lo a pagar pontualmente.

Mas, não estamos aqui para discutir isso; o fato é que o Código do Consumidor fixou em 2%, no máximo, a cláusula penal moratória, mas a Lei do Inquilinato permite uma multa de até 10%. E, aí, é sistemático que muitos inquilinos, ao requererem a emenda da mora, peçam que a cláusula penal prevista no contrato de 10% se reduza para 2%. Alguns juízes de primeiro grau, e não são poucos, têm admitido isso – nós temos recebido vários recursos contra decisões de primeiro grau que mandam reduzir a multa do contrato de locação para 2%, e minha Câmara tem mantido em 10%, exatamente por entender que, nesse caso, deve prevalecer a regra da Lei do Inquilinato, que é posterior e específica. Mas, repito, há divergências e estou aqui para levantá-las.

Um outro contrato é o de empreitada. A empreitada, tradicionalmente, representa uma obrigação de resultado e a responsabilidade do empreiteiro, portanto, é uma responsabilidade objetiva. Imaginemos que uma obra é entregue, pelo empreiteiro, com um defeito - haveria uma relação de consumo? Poderia o dono da obra reclamar contra o empreiteiro com base no Código do Consumidor? Mais uma vez a resposta é: depende. Se for uma obra contratada por alguém que vai usar o prédio, a construção, para ali exercer o seu comércio, ou instalar a sua indústria, ou o seu escritório, não seria uma relação de consumo – por quê? Porque o destinatário não seria final. Mas, se ao contrário, for uma empreitada para a construção de uma casa residencial, onde o dono da obra pretenda se instalar com sua família, seria uma relação de consumo e, então, mais uma vez, invocar-se-ia o art. 29. Quer dizer, mesmo que o dono da obra não seja um destinatário final, não pretenda instalar-se na obra com a sua residência, mas se ele, no momento da sua contratação, estiver em condição de vulnerabilidade diante do empreiteiro, por exemplo, uma construtora poderosa, nesse passo, poderia o juiz aplicar o Código do Consumidor, no que se refere às práticas contratuais, mas não aos vícios do serviço. Então, vocês vejam que vai depender muito da condição do dono da obra, também.

Incorporação imobiliária – é a mesma coisa. O incorporador, sem a menor dúvida, é um fornecedor de serviço, ele se obriga a levar o empreendimento adiante, comercializar as unidades, transferir o domínio das frações

ideais do terreno aos adquirentes – tudo isso tipifica habitualidade, profissionalismo e, portanto, a condição de fornecedor. O adquirente da unidade estaria na mesma situação: pode ser um destinatário final, tratando-se de uma unidade residencial em que o adquirente pretenda habitar com a família; pode não ser um destinatário final, se ele estiver adquirindo a unidade para comércio, para instalar seu negócio, ou então, para alugar.

O contrato de transporte também tem suscitado controvérsias. No transporte de pessoas, não há a menor dúvida de que haja uma típica relação de consumo: fornecedor, o transportador, está prestando um serviço mediante habitualidade e remuneração ao passageiro, que é um destinatário final, ainda que seja um comerciante dirigindo-se ao seu comércio mas ele, naquele momento, está usando o transporte no seu interesse exclusivo. Então, no transporte de pessoas, não há a menor dúvida de que se aplicaria o Código de Defesa do Consumidor, e bastaria o passageiro provar que se encontra no interior do veículo, não sendo necessário ele ter pago a passagem, porque mesmo no transporte aparentemente gratuito, haveria um fornecedor e um consumidor.

No transporte por mera cortesia é que surge uma dificuldade, um elemento complicador porque, nele, não haveria habitualidade por parte do fornecedor e não haveria remuneração, nem indireta, então, não se poderia invocar o Código de Defesa do Consumidor. Quer dizer, se ofereço uma carona a um vizinho, por mero sentimento de gentileza ou solidariedade humana e esse vizinho, no curso do transporte de cortesia sofre um dano, é evidente que ele não pode se apresentar, invocando o Código de Defesa do Consumidor. E, aí, continua a jurisprudência fiel à idéia de que no transporte de cortesia, só responderá o transportador, se provado dolo ou culpa grave.

No transporte de carga surgem, também, dificuldades, porque se a carga for destinada, por exemplo, a produzir lucros para o seu dono, ele não seria um destinatário final desse transporte, mas se for sua bagagem pessoal, como no caso de mudança, aí, haveria um destinatário final. E no transporte de carga, meus amigos, têm surgido algumas controvérsias a nível de segundo grau muito sérias, principalmente na questão do dano moral. Quer dizer, no transporte aéreo, está havendo uma discussão terrível com a Convenção de Varsóvia. Então, minha Câmara (pelo menos estou sempre citando o exemplo de minha Câmara, com a qual estou mais intimamente ligado) tem adotado a seguinte posição: no que se refere aos danos materiais, temos entendido que se aplica a Convenção de Varsóvia porque a própria Constituição faz

referência a isso. Agora, quanto ao dano moral, estamos concedendo-o por extravio de bagagem, por entender que a Convenção de Varsóvia é omissa sobre o tema, mas a matéria também é divergente. Do mesmo modo não temos admitido a tarifação do dano moral, por ser absolutamente subjetivo e caberá a cada juiz fixá-lo, segundo o seu prudente arbítrio.

Agora, uma das questões mais instigantes, é a dos famosos pacotes turísticos, que têm sido muito freqüentes, como um reflexo da melhoria do padrão de vida de uma parcela da sociedade brasileira que tem, como um dos sonhos de consumo, viajar. Então, as famosas viagens à Disney com os filhos, um dos sonhos permanentes da classe média brasileira, são feitas através desses pacotes que as agências de viagem fornecem aos seus usuários, aos seus consumidores, e que são vendidos aos clientes da agência de turismo, incluindo a passagem de avião, a hospedagem no hotel, os tíquetes de entrada nos parques temáticos, e assim por diante. Então, o sujeito sai do Rio de Janeiro e adquire um pacote que inclui tudo isso, e o que acontece? A agência de viagens, na verdade, escolhe esses fornecedores múltiplos e, obviamente, na minha opinião, se responsabiliza direta e solidariamente com esses fornecedores subseqüentes – o hotel, o transporte, a entrada no parque etc. E, aí, meus amigos, quando o cliente chega lá, o avião não sai, não existe lugar, o hotel não é aquele que se incluía no pacote, e assim por diante; daí é que temos entendido dever-se aplicar, sem dúvida, o Código do Consumidor e, mais ainda, a indenização, nesses casos, deverá cumular-se com o dano moral.

Porque, reparem bem, há uma discussão se o simples inadimplemento contratual poderia gerar dano moral. Quer dizer, em princípio, se houve um inadimplemento contratual, o contratante prejudicado tem mecanismos para ressarcir-se dos prejuízos daí decorrentes e o simples inadimplemento do contrato não poderia, então, traduzir dano moral. Mas, nesse caso dos pacotes turísticos, não tenho, pessoalmente, a menor dúvida de que se deveria cumular o dano moral, porque é o que se chama de frustração de um sonho, e isso acarreta um sofrimento moral muitas vezes superior a outros que tradicionalmente nós consideramos como um vergão d'alma. Então, essa frustração do sonho da viagem turística, da expectativa de lazer, na minha opinião, justifica, amplamente, uma cumulação do eventual dano material com o dano moral.

O contrato de hospedagem tem suscitado algumas questões interessantíssimas. Quando o hóspede do hotel paga, ele mesmo, a diária, porque

está em férias ou foi realizar um trabalho, não há dúvida que ele seria um destinatário final. A dificuldade surge quando o hóspede tem sua diária paga pela sua empregadora, por exemplo, e está ali para realizar um serviço. Nesse caso, poder-se-ia dizer, que ele não seria um destinatário final do serviço prestado pelo hoteleiro.

Mas, em princípio, o contrato de hospedagem traduz uma relação de consumo e há um acórdão emblemático do Tribunal de São Paulo que mostra muito bem esses novos tempos do direito do consumo: um casal da alta sociedade carioca foi a São Paulo para participar de um evento social e hospedou-se num hotel cinco estrelas. Receberam, na portaria, a chave do seu apartamento e dirigiram-se a ele. Estavam atrasados para o evento, logo, trocaram de roupa e a mulher colocou algumas jóias, com as quais tinha viajado, na gaveta da mesinha de cabeceira e foi para o evento com outras jóias mais valiosas. Ao retornar, teve o dissabor de verificar que aqueles bens que guardara na mesa de cabeceira haviam sumido. Apresentou a reclamação contra o hotel, que se eximiu da responsabilidade, sob o argumento de que havia uma cláusula expressa no regulamento afixado na parte de trás da porta do quarto, segundo a qual o hotel não se responsabilizaria pelos bens deixados nos apartamentos, já que dispunha de um serviço de cofres à disposição gratuita dos hóspedes.

À primeira vista, ou seja, pelos antigos padrões, o hotel venceria tranquilamente a causa porque, de fato, estava lá afixado, na parte de trás da porta do apartamento, essa advertência. Mas o Tribunal de São Paulo, em boa hora, condenou o hotel a indenizar o hóspede, sob o argumento do art. 46 do Código do Consumidor, de que essa condição não fora levada ao conhecimento do hóspede no momento da celebração do contrato, que se deu na portaria, quando do preenchimento da ficha. Porque, vejamos, na verdade, quem de nós aqui, nesse auditório, e aproveito para fazer um estudo estatístico – quem de nós já se hospedou num hotel e perdeu alguns minutos depois de ter entrado no quarto, para ler aqueles “quarenta e tantos” itens de um regulamento, principalmente dependendo da destinação da hospedagem? Quer dizer, há certas destinações, muito freqüentes, que impedem que se queira perder um minuto sequer, lendo o regulamento do hotel. Imaginem a frustração da mulher, atrasada para o evento, chamando o companheiro e ele dizendo: “espere, porque estou acabando de ler o regulamento do hotel”. Quer dizer, o que menos interessa, na maioria das vezes em que nos hospedamos num hotel, é saber as suas regras. Então, o regulamento não

foi dado ao conhecimento do consumidor no momento da celebração do contrato, logo, o hotel foi condenado a indenizar; e é por isso que os hotéis, hoje, colocam essa advertência num quadro bem visível na portaria, onde se celebra o contrato de hospedagem.

Uma outra questão, que tem dado muitos problemas, é a do depósito. É pacífico que o depositante responderá, perante o depositário, por todo e qualquer dano que o valor ou o objeto depositado venha a sofrer. Mas a jurisprudência vinha entendendo que isso só se aplicaria diante de um contrato típico de depósito. Só que, agora, com os influxos oxigenadores do Código do Consumidor, ampliou-se isso para as situações a que chamamos, hoje, de depósitos tácitos, que é o que ocorre, por exemplo, nos pátios dos shopping centers, dos supermercados, nas portas de restaurantes que colocam a serviço de seus clientes o estacionamento de seus veículos. Entende-se que, ainda que não se cobre nada por esse estacionamento, haveria uma habitualidade, uma remuneração indireta, porque esses estabelecimentos valem-se desse serviço para captar clientela, e vencer uma concorrência cada vez mais acirrada. De maneira que, mesmo nos chamados depósitos tácitos, haveria um fornecimento de serviço.

Deixei para o fim, meus amigos, dois temas propositadamente, porque de todos os que aventamos, talvez sejam os mais discutidos. Em primeiro lugar, a questão dos seguros, principalmente do seguro de saúde. Têm sido muito frequentes as ações em que segurados reclamam, com base no Código do Consumidor, por vícios do serviço, coberturas que não são feitas, prazo de prescrição da ação do segurado contra a seguradora – as divergências são terríveis. E a outra questão que tem me preocupado muito, pelo volume cada vez maior de reclamações, é a questão do corte dos serviços essenciais, pelo inadimplemento dos usuários – corte de luz, de água, de telefone e assim por diante.

No que se refere aos serviços colocados à disposição do povo, através de concessionárias, como luz, gás e telefone, há uma questão interessante, porque o Código do Consumidor diz, se não me falha a memória, no art. 22, que o Estado é obrigado a fornecer esses serviços continuamente.

Vejam que coisa brilhante: o consumidor não quer anular o contrato, embora o saiba maculado pela lesão. O que ele quer é modificar a cláusula que lhe é lesiva, quer manter o contrato, pois precisa do produto ou do serviço. Por isso, sabiamente, o Código do Consumidor não equiparou a lesão a um vício de consentimento, para ensejar a anulação do contrato, mas

tão-somente a sua modificação. Mas a lesão pode aparecer num segundo momento; o contrato pode nascer perfeitamente equilibrado, absolutamente justo, com a sua equação econômica correta porém, no curso de sua vida, nos chamados contratos cativos, contratos de duração, pode surgir um fato superveniente que rompa essa equação econômica. E, aí, é um direito básico do consumidor pedir a revisão, já não é mais a modificação, e sim a revisão dessa cláusula. E o Judiciário não só pode como deve rever essas cláusulas que se tenham tornado excessivamente onerosas.

Um exemplo candente e atual, é o dos contratos de *leasing*. Quando o consumidor brasileiro médio assinou esses contratos de *leasing*, vinculando a sua prestação ao dólar, é evidente que ele sabia que corria um risco, havia uma álea inerente a esse sistema – a flutuação da moeda. Mas, meus amigos, o dólar estava sendo mantido quase ao par do real, por uma intervenção permanente do Estado, que dizia que a política cambial era uma das âncoras do real. Portanto, o brasileiro médio, embora pudesse prever uma modificação na política econômica, porque só um débil mental, a desafiar uma intenação no Pinel, suporia que no Brasil um plano econômico é estável e permanente, não há nada mais volátil do que os planos econômicos no Brasil. Então, embora o brasileiro pudesse prever essa modificação, certamente a consideraria pouco provável, porque o Presidente da República, a todo momento, anunciava que mexeria em tudo, menos na política cambial, porque essa era a âncora do real.

Então, se o dólar flutuasse ao sabor do mercado (digamos, mais 5%, mais 2%, um dia sobe um pouco, outro dia cai), evidente que isso não poderia ser invocado para se modificar ou se rever essa cláusula. Mas não foi isso o que ocorreu. O que ocorreu foi que, da noite para o dia, o governo mudou inteiramente a sua política econômica e liberou o câmbio. E em 24 horas – isso não é uma expressão retórica, é cronologicamente correta – o dólar subiu 100%. Meus amigos, eu não vejo situação mais cristalinamente tipificada no art. 6º, inciso V, do que essa – foi um fato superveniente, pouco provável, que justifica a revisão dessa cláusula.

Portanto, reparem: a flutuação do dólar não decorreu dos movimentos normais do mercado, quando o Governo mantém uma intervenção no câmbio. Ao contrário, essa flutuação decorreu de um movimento puramente especulativo, até porque, a inflação, no Brasil, não aumentou 100% - graças a Deus, se não, teríamos todos quebrado. O que houve foi um movimento puramente especulativo, que fez com que o dólar dobrasse e, conseqüen-

temente, as prestações. Então, meus amigos, é evidente que aí estaria um exemplo clássico da chamada cláusula geral – a cláusula geral da segurança e da confiança, ou seja, o locatário confiava, no momento da celebração do contrato, que a política cambial manter-se-ia estável, não a cotação normal do dólar que, repito, ora sobe 1%, ora desce, fica naquele patamar, mas subir 100%, nenhum brasileiro poderia confiar ou esperar.

Então, tem-se discutido isso, e a Décima Primeira Câmara manteve o contrato de *leasing*, sob o argumento de que ele constituiria uma álea natural que o consumidor assumiria ao condicionar o valor da prestação ao dólar. Já, a Décima Quinta Câmara entendeu que, ao contrário, isso tipificaria uma lesão e que se justificaria a revisão do contrato.

Concluindo, meus amigos, esses são os grandes temas que, no fundo, mostram uma verdade: queiramos ou não, estamos vivendo um novo tempo – um novo tempo econômico, diante dos fenômenos da globalização e da massificação. As megafusões estão aí, está-se chegando a imaginar que os Estados desaparecerão no futuro, substituídos pelas grandes corporações financeiras – fato que já não é mais uma ficção, já é quase palpável. Estão aí as megafusões, estão surgindo empresas com patrimônios de alguns trilhões de dólares, muito maiores do que 80% dos orçamentos dos Estados atuais, quer dizer, o capital dessas megacorporações é infinitamente maior do que o produto interno bruto de 80% dos países de hoje. E uma megacorporação dessas pode quebrar um país em 24 horas, apertando um botão de um computador e transferindo os seus recursos de um país para o outro, de uma bolsa para outra.

Então, diante desse novo tempo econômico da globalização que, na minha opinião, é um perigo extraordinário para o qual muitos de nós ainda não nos apercebemos, o Direito também tem que se transformar, e transformando-se o Direito, nós, magistrados, temos também que nos transformar. Não podemos mais ser a “boca da lei”, como queria Montesquieu; não podemos mais nos deixar engessar por esses dogmas individualistas do ideário liberal do Século XIX; ao contrário, temos que perceber a feição social que o Direito vai adquirindo, principalmente no que se refere à teoria dos contratos.

Os conflitos que emergem dos contratos não poderão mais ser resolvidos por nós, magistrados, penso eu, por esse ideário liberal do Século XIX. Eles têm que ser resolvidos com essa feição social e com esses novos valores – o princípio da boa-fé objetiva, o princípio da equivalência das

condições, o princípio da transparência, o princípio da segurança, e o que se quer, na verdade, hoje, é que os contratos realizem a justiça, que sejam a mola propulsora daquilo que Hostoff chamava de *welfare state*, quer dizer, o estado do bem-estar, o estado da felicidade, o estado da satisfação das necessidades mínimas de todos os seus cidadãos. E o Judiciário, que até então era um mero espectador desse processo, um aplicador da lei, é, hoje, graças a esses princípios do Código do Consumidor, o mais poderoso dos instrumentos para que se realize esse ideal e para que se empregue, no contrato, essa nova dimensão ética, que permite a todos os contratantes tirar dele, assim como a sociedade, benefícios sociais.

Quanto a vocês, não sei se os cumprimento, ou deploro a sua sorte porque poderão, no futuro, dizer aos seus netos: “Meninos, eu vi” – como falou o poeta – “eu vi a mudança, e não apenas a vi, eu fiz a mudança, participei da mudança”. Mas, também, devemos deplorar a nossa sorte, porque toda mudança profunda é traumática. Os fantasmas do passado nos assombram, o medo do futuro desconhecido nos apavora, de maneira que, também, esse processo de mudança está-nos cobrando muito – cobrando insegurança, cobrando angústia, essa angústia existencial de que estamos, hoje, possuídos. Mas, de qualquer maneira, é preciso ter a coragem para enfrentar esses novos tempos, e de todos os profissionais que hoje exercem as suas funções, os que mais precisarão de coragem para não trair seus ideais são os magistrados. Porque os magistrados, repito, não são mais os meros aplicadores da lei; eles são, hoje, os grandes equilibradores éticos da sociedade brasileira.

Estamos aqui, hoje, aguardando as perguntas que os senhores deverão fazer - sobre os casos concretos que têm, os processos que têm sob as suas vistas, que estão decidindo, ou que irão decidir.

Nos planos de saúde, por exemplo, uma grande discussão é a diferença entre cláusulas limitativas do risco e cláusulas limitativas da responsabilidade. Nós temos tido uma grande preocupação quanto a isso. Em se tratando de seguro, seja de saúde ou qualquer outro, sempre foi um direito do segurador limitar os seus riscos, porque só a seguradora conhece as suas próprias potencialidades econômicas e sabe até onde poderá garantir a indenização do sinistro, caso o risco se converta em realidade. De maneira que não se pode forçar o segurador a garantir acima das suas disponibilidades.

Então, por exemplo, uma cláusula limitativa de risco seria aquela que diz: “Não cubro ‘tal’ evento; não cubro ‘tal’ doença; não cubro terremoto

(no Japão); não cubro danos decorrentes de vendaval (na Flórida) etc” – porque isso poderia levar uma seguradora à ruína no primeiro vendaval, no primeiro terremoto que lá ocorresse. Então, a limitação do risco, na minha opinião, sempre foi um direito do segurador que, por sua vez, também só pode responder por aqueles riscos expressamente previstos no contrato. Porque se nós condenarmos uma seguradora a indenizar por um fato não expressamente previsto, nós estamos colocando em risco o próprio mutualismo, que é a base econômica do seguro. Ou seja, aquele “bolo” que é resultante da soma dos prêmios pagos pelos segurados, é exatamente usado para pagar as indenizações, e se a seguradora indenizar o que não estava previsto, esse mutualismo romper-se-á, colocando em risco a própria saúde financeira da seguradora.

Agora, limitação da responsabilidade é outra coisa, ou seja, se a seguradora assumiu aquele risco, ela não pode limitar a responsabilidade, porque o Código de Defesa do Consumidor diz que é abusiva qualquer cláusula que vise a transferir a responsabilidade a terceiro, ou limitá-la.

Um exemplo significativo, que ocorria muito freqüentemente (agora esse assunto já está mais ou menos resolvido), era que os contratos de seguro iniciais, diziam o seguinte: “Internações no CTI – só durante 15 ou 30 dias.” Então, o que acontecia? O segurado sofria um infarto e ia para o CTI, só que se complicava o seu estado mórbido, e os médicos percebiam a necessidade de mantê-lo no CTI por mais algum tempo. Ao chegar o 15º dia previsto no contrato, o hospital mandava-o sair do CTI, porque havia acabado a sua cobertura, o que representava um atestado prévio de óbito porque, saindo do CTI, era quase morte certa.

Então, na minha Câmara, temos entendido que, no momento em que a seguradora assumiu o risco de doenças coronarianas, não pode limitar a sua responsabilidade, pois ninguém fica doente porque quer, nem mais tempo do que precisa. Mesmo o hipocondríaco mais impenitente, na minha opinião, não gostaria de ficar no CTI, com tubos enfiados no nariz. Se você está no CTI, mantido pelos médicos, é porque precisa e, nesse caso, essa cláusula seria limitativa de responsabilidade, por isso seria abusiva.

A cláusula que excluía a AIDS, por exemplo, sempre me pareceu legítima, desde que claramente exposta no contrato, por causa do princípio da transparência, da veracidade e da boa-fé dos contratos de seguro. Quer dizer, se estava lá expresso: “Não cubro AIDS, porque isso ultrapassaria as minhas disponibilidades”, não pode o segurado pretender cobertura para

essa doença. Por isso é que, agora, a nova lei, para espancar todas essas questões, modificou o sistema, tornou obrigatória a cobertura para todas as doenças, mas isso provocou, como não poderia deixar de ser, uma elevação do prêmio – isso é óbvio! Porque, na doutrina clássica dos seguros, há uma pergunta que eu acho interessantíssima - perguntou-se uma vez a um mestre da teoria dos seguros: “É possível segurar uma casa que já começou a pegar fogo?” Sabem o que ele respondeu? “Claro, depende do prêmio! Se você pagar um prêmio exatamente igual ao valor da casa, eu faço o seguro, não tem nenhum problema”. Quer dizer, tudo em seguro depende do prêmio que se vai pagar, então, é possível segurar uma casa que já está pegando fogo – vai depender do prêmio que a seguradora vai cobrar do segurado.

Então, é evidente que, no momento em que a nova lei dos seguros de saúde ampliou a cobertura para todas as doenças, inclusive infecto-contagiosas, e não mais permite limitações de uso do CTI, é óbvio que os prêmios tiveram que ser, também, elevados. Mas, aí, criou-se o quê? Vários patamares de segurança. Então, você pode fazer um plano menos oneroso em matéria de prêmio, que não cubra todas as doenças, um só para ambulatório, e assim por diante. Assim, me parece que a lei ficou mais clara sobre isso.

Uma outra questão, também, de seguros, que tem sido muito discutida, é o problema do suicídio – nós já tivemos três casos de suicídio na minha Câmara, três! Em princípio, entende-se que a seguradora não cobre atos dolosos do segurado, então, é evidente que, pondo fim à sua vida, você praticou um ato doloso, quis imolar-se voluntariamente. Desta forma, não poderiam os beneficiários do seguro reclamar a indenização mas, finalmente, já se sumulou que, o suicídio chamado involuntário, seria coberto pelo seguro de vida. Essa expressão “suicídio involuntário” parece absurda, já que suicídio involuntário seria, na verdade, um acidente, porque alguém só se suicida quando quer, voluntariamente, pôr fim à vida. Se alguém morre sem querer, trata-se de um acidente.

Então, essa expressão “suicídio voluntário” e “suicídio involuntário” parece, à primeira vista, um anacronismo, mas não é. Suicídio voluntário, e que não seria coberto pelo seguro de vida, é aquele que o segurado, ao celebrar o contrato, já tinha a intenção de fazê-lo, por isso, o seguro foi uma maneira que ele encontrou de expiar um pouco a sua culpa, permitindo que a família pudesse beneficiar-se com a sua morte, recebendo a indenização. E o suicídio involuntário, seria aquele que o segurado, ao celebrar o contrato, não tinha a menor intenção de matar-se; veio a se suicidar depois, por um

fato superveniente, uma crise depressiva, uma tragédia que o abateu e o levou à depressão e ao suicídio.

O novo Código Civil, percebendo a dificuldade que os juízes ficam para decidir se o suicídio foi voluntário ou involuntário porque, para isso, precisaria mergulhar no profundo poço da alma humana e, o pior, de uma pessoa que já morreu, quer dizer, vejam que dupla dificuldade: primeiro, saber se havia ou não a intenção e, segundo, de uma pessoa que já morreu, que não pode nem ser consultada quanto a isso. Então, o novo Código estabeleceu um sistema interessantíssimo – não sei se vocês já leram: se o segurado se suicidar até dois anos depois de celebrar o contrato, não terá direito ao seguro; se se suicidar após dois anos da celebração do contrato, a indenização será sempre paga. Ou seja, criou-se mais um prazo - um prazo para suicidar-se, quer dizer, nessa vida, cada vez mais submetida a prazo, teremos mais esse, e a família se reunirá e dirá ao chefe: “Pelo amor de Deus, não se suicide, porque ainda faltam dois meses e quatro dias para decorrer o biênio decadencial.” E, no fim, quando completarem os dois anos, a esposa dirá ao marido: “Agora, meu filho, pode suicidar-se à vontade, porque já receberemos a indenização”.

Outra questão, é o problema das declarações falsas. As seguradoras, freqüentemente, estão se exonerando de pagar a indenização, sob o argumento de que o segurado não prestou as informações fiéis, verdadeiras, impedindo-as de decidir se lhes convém ou não assumir o risco. A minha Câmara tem entendido que há uma diferença enorme entre informação falsa e omissão de informação que, por exemplo, o segurado não puder aquilatar o seu real significado, principalmente no seguro de vida em grupo, em que não há um exame mais aprofundado das condições de saúde do segurado. Porque, quando você faz um seguro de vida individual, dependendo da sua idade, a seguradora o submete a um exame médico, mas num seguro de vida em grupo, preenche-se apenas o formulário, e tudo na base de “quadrinhos” em que se responde sim ou não. Aí, há uma pergunta clássica: “O senhor já teve alguma doença grave?”, e o sujeito responde que não, porque para o brasileiro leigo, doença grave é aquela que tem que operar, ficar internado. Se ele tem uma diabete melítus, cuja gravidade às vezes desconhece, responde que não, então, muitas vezes o sujeito responde que não tem nenhuma doença grave, porque acha que a sua doença não é grave – olha a boa-fé subjetiva – ele está trabalhando, desenvolvendo as suas atividades, então, acredita que não tem doença grave. É preciso ter muito cuidado quanto a isso, e minha

Câmara tem sido muito conscienciosa para verificar se ali está tipificada uma má-fé, que o sujeito deveria saber da doença e que ela era grave ou se, ao contrário, ele respondeu que não porque, para ele, e para a maioria dos brasileiros leigos, aquilo não seria uma doença grave. Até porque, muitas vezes, o paciente é iludido, ninguém lhe alerta sobre a gravidade daquela doença, para não torná-lo ansioso e depressivo, e assim por diante. Então, às vezes é difícil decidir.

Uma outra questão tem sido o problema do valor médio dos carros, e o Superior Tribunal de Justiça, agora, fez uma uniformização de jurisprudência, e acabou decidindo que a indenização é pelo valor da apólice. Eu, pessoalmente, sou contra e entendo que tem que ser pelo valor médio do mercado, porque o seguro tem natureza indenizatória e, conseqüentemente, você não pode receber pelo carro um valor superior ao que ele tem no momento do sinistro porque, senão, o sinistro traduziria, para você, um benefício econômico, e você passaria a deixar o seu veículo, já bem desgastado, à porta do cinema, aberto, com a chave na ignição e, ainda, com uma plaquinha: “roube-me”, porque a indenização seria superior ao preço de mercado do bem.

Aí, há um argumento que diz sim, mas na hora de cobrar o prêmio, ela cobrou pelo valor que está na apólice. Isso, dentro da teoria clássica dos seguros é irrelevante, porque aquele valor da apólice é para formar o fundo de seguro e se você tiver o seu carro roubado no dia seguinte, aí sim, você irá receber o valor da apólice. Mas, se o segurador começar a devolver aos segurados parte do prêmio porque o carro só foi roubado depois, e a indenização era menor, pode-se romper o equilíbrio econômico do contrato de seguro. Então, dentro da teoria clássica dos seguros - não estou falando da teoria contratual, mas, da filosofia do seguro -, eu, pessoalmente, sempre decidi que a indenização é pelo valor de mercado do bem, no momento do sinistro. Agora, o Superior Tribunal de Justiça, talvez por uma questão mais social, entendeu que a indenização deve ser pelo valor que está constando da apólice.

Então, acho que são esses, talvez, os assuntos mais polêmicos envolvendo seguro. Também se fala, agora, no perfil do segurado, que acho perfeitamente válido - isso não fere a isonomia, quer dizer, as seguradoras, hoje, dizem o seguinte: “Se o senhor quer um seguro com um prêmio mais barato, o senhor responda a essas perguntas: - quem vai dirigir o carro - é o senhor, ou sua mulher?” Se for a sua mulher, pagará menos porque, por

incrível que pareça, os cálculos atuariais mostraram que os acidentes com mulher são infinitamente menores do que com homens, a mulher é muito mais cuidadosa ao dirigir, muito menos imprudente. “O senhor tem filhos adolescentes que vão dirigir o carro?” Se não tiver, o prêmio será menor, porque o risco é muito maior se o seu filho de 18, 19 ou 20 anos também dirigir o carro. “O senhor deixa o carro guardado na rua ou dentro de garagem?” Se for na garagem, o prêmio será menor. “O senhor dirige e guarda o carro em Caxambu ou no Rio de Janeiro?” Se for em Caxambu, será mais barato, porque o número de furtos de veículos lá é infinitamente menor do que aqui.

E, aí surge o problema da declaração falsa. “Onde é que o senhor guarda e usa o seu carro?” – e o segurado responde: “Em Caxambu”, porque lá, tem um apartamento onde vai duas vezes por ano mas, na verdade, ele usa o carro no Rio de Janeiro, onde foi furtado. Então, é evidente que a seguradora, se provar (porque o ônus da prova é dela) que o segurado fez uma declaração falsa, dizendo que usa o carro em Caxambu, quando, na verdade, ele usa no Rio, ela pode eximir-se de pagar a indenização, porque faltou o princípio da boa-fé objetiva. Isso não quer dizer que se eu fizer o seguro em Caxambu, não poderei usar o carro no Rio, só que tem que ser eventualmente, e não o oposto. Quer dizer, se eu uso o carro habitualmente no Rio e eventualmente em Caxambu, tenho que declarar que a sede é aqui no Rio e, portanto, o prêmio é maior.

Dessa forma, o que se deve fazer, no contrato de seguro, é examinar exatamente aquele dispositivo do Código Civil, que se não me falha a memória, é o art. 1443 que diz que, no contrato de seguro, as partes, tanto o segurado quanto a seguradora, têm que guardar a mais estrita veracidade e boa-fé. Aliás, é o único contrato do atual Código Civil em que se fala, expressamente, na boa-fé. Quer dizer, em todos os demais contratos, a boa-fé é apenas um substrato ético, mas no contrato de seguro, a boa-fé é condição do contrato, porque há um artigo expresso que diz que, no contrato de seguro, as partes têm que guardar a mais estrita veracidade e boa-fé.

*Professor, Desembargador Sylvio Capanema, com relação ao valor da apólice de seguro, as seguradoras, na atualidade, não estão mais atribuindo valor a essa apólice, pelo menos de forma clara ou expressa. Elas omitem esse dado. Então, parece que, a partir de agora, vai ficar prevalecendo o preço de mercado.*

O que aconteceu foi o seguinte: as seguradoras acertaram, com a SUSEP, um outro sistema igual ao dos planos de saúde e estão, agora, oferecendo aos segurados dois planos distintos: um, em que a indenização seria pelo valor da apólice e, aí, o prêmio é maior; e uma segunda opção, pelo valor de mercado e, então, o prêmio é menor. Só que isso ainda não está definitivamente regulamentado, mas eu não tenho a menor dúvida de que se fluirá para isso, quer dizer, assim como se fez nos planos de saúde, com várias opções, o seguro de automóveis terá essas duas opções.

*E, com relação ao seguro de vida, em que a apólice é considerada, hoje, um título executivo extrajudicial, por vezes, o segurado entra com uma ação de cobrança, porque não concorda com o valor ou qualquer outro motivo, mas, então, eu indago: o juiz pode analisar essa questão da alegada má-fé numa contestação? Porque, se há um título executivo extrajudicial, a boa-fé deve prevalecer, a validade e eficácia devem prevalecer. Como o juiz poderá examinar isso numa alegação de uma contestação? Ele não teria que entrar com uma ação própria, ou então com uma reconvenção, para que o juiz pudesse desconstituir o título? Você não acha que esse argumento de ordem processual pode prevalecer?*

É verdade que esse é um argumento de ordem processual, e eu sempre declinei o meu cuidado em opinar em matéria processual, porque sou um modesto civilista, e sempre há uma certa rivalidade entre os civilistas e os processualistas. Mas, tecnicamente, pelo pouco que conheço de processo, seria, realmente, necessário uma ação própria ou uma reconvenção para discutir isso.

Também me lembrei, agora, de uma questão polêmica, que é o prazo prescricional da ação do segurado contra o segurador. Pelo art. 178 do Código Civil, o prazo é de um ano; pelo Código de Defesa do Consumidor é de cinco anos. O Desembargador Cavalieri, que é o grande paladino do consumo no nosso Tribunal, tem sustentado que o prazo prescricional deve ser unificado e, sendo relação de consumo, há de ser cinco anos. Portanto, aquele dispositivo do Código Civil estaria derogado pelo Código do Consumidor, e a ação do segurado contra a seguradora teria um prazo prescricional, agora, de cinco anos.

*Professor, o Decreto Legislativo nº 2.681 de 7 de dezembro de 1912 – contrato de transporte – está em pleno vigor, apesar do Código do Consumidor?*

Repare bem. Essa lei, pela qual tenho uma especial predileção, considero uma lei extraordinária, pois sendo anterior ao Código Civil, adotou a teoria do risco quando todo direito brasileiro se inspirava na teoria subjetiva. Então, vem essa lei das estradas de ferro e diz, por exemplo, que os proprietários marginais poderão exigir indenização por todo e qualquer dano produzido pela composição e isso representou algo extraordinário. Discutiu-se, após o advento do Código Civil, se este havia derogado ou revogado essa lei ao adotar a teoria subjetiva.

Entendo que as duas leis são absolutamente compatíveis; o Código do Consumidor só teria derogado, eventualmente, qualquer dispositivo da Lei das Estradas de Ferro que com ele colidisse. Mas, se não houver colisão, e essa é a tese da Prof<sup>a</sup> Cláudia Lima Marques, os sistemas são compatíveis, porque o Código do Consumidor é um sistema aberto, e a Lei das Estradas de Ferro e a Lei das Locações são sistemas fechados e especiais. Quer dizer, então, se for possível compatibilizar, façamo-lo, porque, quanto mais proteção se der, melhor.

Agora, naquilo que o Código do Consumo colidir com a Lei das Estradas de Ferro, evidentemente, prevalecerá a Lei do Consumo, que é posterior. Mas, que eu me lembre, não vejo nenhuma colisão entre o Código do Consumidor e a Lei das Estradas de Ferro. Ao contrário, os sistemas são absolutamente idênticos ao adotar a teoria do risco, no que se refere à responsabilidade civil do transportador.

*Na questão do leasing, uma vez comprovado que o arrendante também teve prejuízo, em decorrência da desvalorização, gostaria de saber se o Código de Defesa do Consumidor permite que a causa seja decidida em amplo favor do consumidor.*

Ótima pergunta, excelente pergunta, porque há duas defesas clássicas das empresas de *leasing*: a primeira diz que há uma resolução do Banco Central, se eu não me engano de nº 239, dispondo que toda vez que o empréstimo for tomado no exterior, as prestações têm que ser vinculadas ao dólar. Então, não poderia o Judiciário contrariar esse dispositivo. Entendo que pode, porque essa resolução surgiu em 1995, sob outras condições, e acredito que ela não pode se sobrepor a um sistema aberto que é o do Código do Consumidor que tem, inclusive, origem constitucional. Então, entre o Código do Consumidor, com a teoria da lesão, e uma circular ou uma resolução do Banco Central, eu, pessoalmente, não tenho a menor dúvida em

colocar o CDC muito acima dessa resolução do Banco Central.

O segundo argumento das instituições de *leasing* é no sentido de que, como elas tomaram dinheiro no exterior, terão que pagar em dólar e se receberem em reais, terão um prejuízo tremendo. Não tenho a menor dúvida que sim, é claro que se a empresa tomou o dinheiro no exterior em dólar e vai receber em real, terá prejuízo. Agora, uma das duas partes arcará com o prejuízo – isso é inevitável. No momento em que o dólar for liberado, uma das partes terá prejuízo. Se mantivermos a vinculação ao dólar, o prejuízo será do consumidor; se o desvincularmos, será do fornecedor. E, como um dos princípios básicos do Código é deslocar o risco do consumo para os ombros do fornecedor, retirando-o do consumidor, entre os dois prejuízos, prefiro que recaia sobre os ombros do fornecedor, porque o fornecedor, hoje, tem que saber que, se em decorrência da álea inerente a todo e qualquer contrato houver algum prejuízo, é ele quem terá que suportá-lo.

E, por outro lado, o prejuízo das empresas de *leasing* não deverá levar nenhuma delas à falência, ao contrário, todas elas obrigatoriamente pertencem a grupos financeiros e, por isso, suponho que os extraordinários lucros que têm sido anunciados nos balanços suportam, perfeitamente, esse episódico prejuízo. Ao passo que se ele recair sobre os ombros do consumidor, poderá representar a ruína e a desgraça de uma família, porque uma prestação que, de repente, passa de 700 para 1.400 reais, desequilibra qualquer orçamento doméstico, podendo semear um verdadeiro caos econômico na família. Então, na distribuição eqüitativa do prejuízo, entendo que ele deve ser suportado pelo fornecedor.

Muito obrigado a todos. ◆

# CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO (MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.925 DE 14/10/1999)

**JOAQUIM ANTONIO VIZEU PENALVA SANTOS**  
*Desembargador TJ/RJ*

## 1. DEFINIÇÃO

1) É um título de crédito emitido por pessoa física ou jurídica em favor de instituição financeira ou de entidade a esta equiparada, representando promessa de pagamento em dinheiro, decorrente de operação de crédito, de qualquer modalidade. (art. 1º)

2) A instituição financeira credora deve integrar sistema financeiro nacional, nada impedindo seja a instituição domiciliada no exterior, desde que a obrigação esteja sujeita exclusivamente à lei e ao foro brasileiros (§ 1º) – podendo ser emitida em moeda estrangeira (§ 2º).

A cédula de crédito bancário poderá ser emitida com ou sem garantia real ou fidejussória, cedularmente constituída (art. 2º).

As garantias cedulares são: a hipoteca, o penhor ou a alienação fiduciária em garantia, observadas as disposições contidas no capítulo II (arts. 5º a 15) e se não forem com esta conflitantes e com as capitulações da legislação comum e especial aplicável.

A cédula de crédito bancário é um título executivo extrajudicial de dívida certa, líquida e exigível, seja pela soma nela indicada, seja pelo saldo devedor demonstrado em **planilha de cálculo** e nos extratos de conta-corrente elaborados conforme previsto no § 2º.

## 2. PACTOS CONTIDOS NA CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO

1º) Os juros sobre a dívida, capitalizados ou não, os critérios de sua incidência e, se for o caso, a periodicidade de sua capitalização, bem como as despesas e demais encargos decorrentes da obrigação (inciso I).

2º) Os critérios de atualização monetária, como permitido em lei, ou os critérios de atualização cambial da dívida na forma do § 2º do art.1º e dos demais casos permitidos em lei (incisos II).

3º) Os casos de ocorrência de mora e de incidência de multas e penalidades contratuais, bem como os casos de vencimento antecipado da dívida (inciso III).

4º) Os critérios de apuração e de enriquecimento pelo emitente e pelo terceiro garantidor das despesas de cobrança da dívida e dos honorários advocatícios judiciais ou extrajudiciais não poderão superar o limite de 10% do valor total do débito (inciso IV).

5º) Quando for o caso, a modalidade de garantia da dívida, sua extensão e as hipóteses de substituição de tal garantia (inciso V).

6º) As obrigações a serem cumpridas pelo devedor (inciso VI).

7º) A obrigação do credor de emitir extratos de conta-corrente ou planilhas de cálculo da dívida ou de seu saldo devedor, de acordo com os critérios estabelecidos na própria cédula de crédito bancário observado o disposto no § 2º (inciso VII).

8º) Outras condições de concessão de crédito, suas garantias ou liquidação, obrigações adicionais do emitente ou do terceiro garantidor da obrigação, desde que não contrariem as disposições desta Medida Provisória (inciso VIII).

Parágrafo 2º – Sempre que necessário a apuração do valor exato da obrigação ou de seu saldo devedor, representado pela cédula de crédito bancário, será feita pelo credor por meio de planilha de cálculo ou dos extratos de conta-corrente ou de ambos documentos que integrarão a cédula, observado que:

I – Os cálculos realizados deverão evidenciar de modo claro, preciso e fácil entendimento e compreensão, o valor principal da dívida, seus encargos e despesas contratuais, devidos a parcela dos juros e critérios de sua incidência, a parcela de atualização monetária ou cambial, a parcela correspondente a multas e demais penalidades contratuais as despesas de cobrança e de honorários advocatícios, devidos até a data do cálculo e, por fim, o valor total da dívida e;

II – A cédula de crédito bancário representativa de dívida oriunda de contrato de abertura de crédito bancário em conta-corrente será emitida pelo valor total do crédito posto à disposição do emitente, competindo ao credor, nos termos deste parágrafo, discriminar, nos extratos de conta-corrente ou nas planilhas de cálculo, que serão anexados à cédula, as parcelas utilizadas do crédito aberto, os aumentos do limite do crédito inicialmente concedido, as eventuais amortizações da dívida e a incidência dos encargos nos vários períodos de utilização do crédito aberto.

Art. 4º – A cédula de crédito bancário deve conter os seguintes requisitos essenciais:

I – a denominação “Cédula de Crédito Bancário”;

II – a promessa do emitente de pagar a dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível do seu vencimento, ou no caso de dívida oriunda de contrato de abertura de crédito bancário, a promessa do emitente de pagar a dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível, correspondente ao crédito utilizado;

III – a data e o lugar do pagamento da dívida, e, no caso de pagamento parcelado, as datas e os valores de cada prestação e os critérios para essa determinação;

IV – o nome da instituição credora podendo conter cláusula à ordem, logo, trata-se de título endossável, a nosso ver, em preto, pois o endosso em branco tornaria o título ao portador;

V – a data e o lugar de sua emissão;

VI – a assinatura do emitente e, se for o caso, do terceiro garantidor da obrigação ou de seus respectivos mandatários.

Parágrafo 1º – A cédula de crédito bancário poderá ser objeto de cessão, de acordo com as disposições de direito comum, caso em que o cessionário, mesmo não sendo instituição financeira ou entidade a ela equiparada ficará sub-rogado em todos os direitos do cedente, podendo, inclusive, cobrar os juros e demais encargos na forma pactuada na cédula, aplicando-se em nosso entender as disposições dos arts. 1.065 a 1.078 do Código Civil.

Parágrafo 2º – A cédula de crédito bancário será emitida por escrito, em tantas vias quantas forem as partes que nele intervierem, assinadas pelo credor, pelo emitente e pelo terceiro garantidor, se houver, ou por seus respectivos mandatários, devendo cada parte receber uma via.

Parágrafo 3º – Somente a via do credor será negociável, devendo constar nas demais vias a expressão “não negociável”.

Parágrafo 4º – A cédula de crédito bancário pode ser aditada, retificada e ratificada mediante, documento escrito datado, com os requisitos previstos no parágrafo anterior, passando esse documento a integrar a cédula para todos os fins.

### **3. DAS GARANTIAS CEDULARMENTE CONSTITUÍDAS**

O art. 6º abrange todos os tipos de garantia, que poderão ser apostas na própria cédula ou em documento separado, com individualização do bem, com frutos ou acessões.

Os bens dados em garantia não podem ser substituídos, retirados, exceto quando os bens são móveis, semoventos, veículos etc., de acordo com a atividade do devedor ou do terceiro.<sup>1</sup>

Os bens constituídos por penhor ou AFG poderão, a critério do credor, permanecer na posse direta do devedor ou do terceiro prestador da garantia nos termos da cláusula do constituto possessório, caso em que as partes poderão especificar o local onde o bem será guardado e conservado até a efetiva liquidação da obrigação garantida (art.10), com responsabilidade solidária de ambos (o devedor e o terceiro garantidor, e sendo sociedade, dar-se-á o nome dos representantes legais).

#### **4. EFICÁCIA PERANTE TERCEIROS**

No caso do penhor ou da AFG de veículos automotores de qualquer espécie, será suficiente a averbação do ônus no respectivo órgão de trânsito em que deva ser feito o registro para a aquisição ou transferência de direitos (art. II).<sup>2</sup>

A emissão da cédula de crédito bancário deve ser acompanhada do contrato de seguro do bem garantido, sendo o credor o exclusivo beneficiário da apólice, autorizado a receber a indenização para liquidar ou amortizar a obrigação garantida.

No caso de desapropriação do bem constituído em garantia de sua danificação ou perecimento por fato imputável a terceiro, o credor sub-rogar-se-á no direito à indenização devida pelo expropriante ou pelo terceiro causador do dano até o montante necessário para liquidar ou amortizar a obrigação garantida.

A garantia pode ser reforçada ou substituída no caso de perda, deterioração ou diminuição de seu valor cabendo ao credor notificar por

---

<sup>1</sup> O registro do bem fiduciariamente alienado deve, a meu ver, ser efetuado no Registro de Títulos e Documentos, e, em se tratando alienação fiduciária de imóveis, nos em termos da Lei nº 9.514 de 1997 (art. 23) o registro se fará no Registro de Imóveis. Cabe, ainda, observar-se, via de regra, a falta de confiabilidade dos Detrans.

<sup>2</sup> Na redação do art. 44 do Decreto-Lei nº 413 de 1969, quando, do penhor cédular fizer parte matéria-prima, o emitente da cédula de crédito industrial se obriga a manter em estoque, na vigência da cédula, uma quantidade desses mesmos bens ou dos produtos resultantes de sua transformação suficiente para a cobertura do saldo devedor por ela garantido.

O art. 45 do mesmo diploma legal estatui: “A transformação da matéria-prima oferecida em penhor cédular não extingue o vínculo real, que se transfere para os produtos e subprodutos”.

Capitulações idênticas não foram inseridas na Medida Provisória em exame pelo que caberia ao Congresso Nacional, na sua aprovação, acrescentar-lhe essas disposições.

escrito o devedor ou o terceiro garantidor, para que substituam ou reforcem a garantia no prazo de quinze dias, sob pena de vencimento antecipado da dívida garantida.

## **5. DISPOSIÇÕES ESPECIAIS**

Art. 16 – Nas operações de crédito rotativo, o limite do crédito concedido será recomposto automaticamente durante o prazo de vigência da cédula de crédito bancário, sempre que o devedor, não estando em mora ou inadimplente, amortizar ou liquidar a dívida.

Art. 17 – Para fins de lavratura de protesto, a cédula de crédito bancário poderá ser encaminhada por cópia ao oficial do cartório, desde que a instituição credora declare estar de posse da única via negociável e indique o valor pelo qual será protestada, inclusive no caso de protesto parcial (art. 17).

A validade e eficácia da cédula de crédito bancário entre as partes não dependem de registro, mas as garantias reais por ela constituídas ficam sujeitas, para valer contra terceiros, aos registros ou averbações previstos na legislação aplicável com as alterações introduzidas nesta Medida Provisória.

## **6. CERTIFICADOS DE CÉDULAS DE CRÉDITO BANCÁRIO (CCB)**

Art. 19 – As instituições financeiras, quando autorizadas pelo Banco Central e nas condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, poderão emitir **Certificados de Cédulas de Crédito Bancário** com lastro efetivo em cédulas de crédito bancário, mantidas em custódia em instituição financeira autorizada, a qual fará a cobrança junto aos respectivos devedores, para negociar esses créditos no mercado nacional ou internacional, com pessoas integrantes ou não do Sistema Financeiro Nacional.

O que se negocia é o CCB, estando vedados o prévio endosso ou a cessão de crédito da cédula a terceiro, por ser esta a garantia daquela.

## **7. DESDOBRAMENTO OU REAGRUPAMENTO DO CCB**

Por conveniência do devedor ou adquirente, os CCB poderão ser reagrupados ou desdobrados e o capital interessado no caso de negociação no mercado externo, será registrado no Banco Central, mediante comprovação da efetiva negociação das divisas no País.

## **8. FORMA DE EMISSÃO DOS CERTIFICADOS DE CÉDULAS DE CRÉDITO BANCÁRIO (ART. 19, § 4º)**

Os CCB poderão ser emitidos sob forma física ou escritural e, em ambos os casos, registrados em arquivos magnéticos organizados pelo emitente, dos quais constarão o referido nos itens I a VII do mesmo artigo.

## **9. FORMA DE TRANSFERÊNCIA DO CCB (§ 5º DO ART. 19)**

A transferência se dará por endosso ou termo de cessão, se escritural, devendo, em qualquer caso, a transferência ser datada e assinada pelo seu titular ou mandatário com poderes especiais e averbada junto à instituição emitente, no prazo máximo de dois dias, e as despesas e encargos serão suportados pelo cessionário salvo convenção em contrário.

## **10. DISPOSIÇÕES GERAIS**

Art. 20 – Aplica-se às cédulas de crédito bancário, no que não contrariar o disposto nesta Medida Provisória, a legislação cambial, dispensado o protesto para garantir o direito de regresso contra endossantes, avalistas e terceiros garantidores.<sup>3</sup>

## **11. INCONSTITUCIONALIDADE DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.925 DE 14 DE OUTUBRO DE 1999**

Em artigo publicado no Jornal do Commercio de 8 de janeiro, p. B-8, o ilustre Jurista, Dr. Geraldo Beire Simões suscitou a inconstitucionalidade da referida Medida Provisória por incabível a prática do anatocismo – cobrança de juros sobre juros – diante de expressa disposição do art. 192 da Constituição Federal vigente (que fixa em 12% a taxa anual de juros, independente de regulamentação).

A ilegalidade também fere o art. 253 do Código de Comércio, o art. 4º do Decreto 22.626 de 7 de abril de 1933 (Lei da Usura), o art. 4º da Lei de Economia Popular de 1959, o art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, o inciso IX da Portaria nº 3 da Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça e a Súmula nº 121 do E. Supremo Tribunal Federal.

Embora os Bancos entendam que, por força da Súmula nº 596 do E. STF não se aplique a lei da usura às taxas de juros e outros encargos cobrados

---

<sup>3</sup> Também é dispensado o protesto para garantir o direito de regresso nos Decretos-Leis nºs 167/67 e 413/69, respectivamente nos arts. 60 e § 1º e 52.

nas operações realizadas por instituições financeiras públicas ou privadas que integram o sistema financeiro nacional, a Súmula nº 121 refere-se ao art. 4º da Lei da Usura, já a Súmula 596 refere-se ao art. 1º da mesma lei, que diz ser vedado e que será punido nos termos da lei quem estipular em qualquer contrato taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal.

Agregou, ainda, o argumento de que o art. 4º, inciso IX da Lei nº 4.595/64 – que atribuía a competência do CMN limitar a taxa de juros e outras remunerações – foi revogado pelo art. 25 do ADT.

As únicas exceções à sua cobrança foram o Decreto-Lei nº 167/67, o Decreto-Lei nº 413/69 e a Lei nº 6.840/80; afora tais diplomas legais, é expressamente vedada a cobrança de juros sobre juros. ◆

# ADOÇÃO POR DUAS PESSOAS E A DE MAIORES DE 18 ANOS

**DÉCIO XAVIER GAMA**

*Desembargador Aposentado TJ/RJ*

A Doutrina não é unânime sobre a natureza jurídica da adoção. Aludiram muitos autores à natureza contratual da adoção, com atenção maior à solução privativística mais antiga da questão, mas os doutrinadores mais modernos se encaminharam para tratá-la como instituto de ordem pública, que depende, em cada caso, da vontade individual (Antônio Chaves – **Adoção e Legitimação Adotiva**, Ed. Rev. dos Tribunais, 1966, p. 18). Clóvis Beviláqua, comentando o Código Civil, deu à adoção o sentido de um mero ato civil solene, fundado na vontade das partes.

As relações contratuais têm conteúdo econômico e o vínculo adotivo aponta para relações de caráter espiritual, moral e afetivo. Quando realizada por escritura pública e entre adultos, poder-se-ia admitir na adoção algo como se fosse contrato, tanto mais que cabível o seu desfazimento. Contudo, o instituto goza, hoje, da assistência do Poder Público na forma da Carta Constitucional de 1988 e o parentesco civil, nascido da adoção em qualquer espécie, cria uma relação jurídica idêntica às que nascem entre os pais e os filhos biológicos, segundo a Carta (art. 227 § 5º e 6º). Basta acrescentar que o vínculo da adoção, conforme o procedimento do Estatuto da Criança e do Adolescente, se constitui pela inscrição da sentença judicial no Registro Civil, no caso de adoção plena para a criança até 18 anos e, por escritura pública, no caso da adoção restrita ou simples, cabendo ao juiz competente autorizar a sua inscrição também no Registro por força do mesmo dispositivo constitucional (§ 5º do art. 227).

O CÓDIGO CIVIL E A ADOÇÃO – A adoção foi introduzida em nossa legislação com o Código Civil (art. 368/378), havendo, contudo, referência ao instituto na “Consolidação das Leis Civis” nos art. 1635 a 1640. Além de a matéria haver sido tratada em Códigos da antigüidade (Manu e Hamurabi), muitos Códigos de países diversos já haviam reerguido as

indicações do Direito Romano sobre a adoção, a maioria deles tornando-a possível apenas a pessoas de mais idade, ou seja, de mais de 40 e alguns de até mais de 60 anos. Pelo art. 368 de nosso Código, o direito de adotar foi permitido a pessoas maiores de 50 anos, sem prole legítima ou legitimada. Essas e outras restrições ao exercício desse direito dificultavam que se apresentassem famílias substitutas para acolher crianças carentes de um perdido ambiente familiar. Contudo, andando o tempo, foram sendo afastados tais empecilhos de nossa legislação.

Cinquenta anos era idade muito elevada, pois muitos casais não desejavam aguardar tanto, para realizar o sonho de ter um filho como seu, não importa se por um ato civil. A idade mínima de 50 anos era exigência que cerceava aqueles que quisessem receber, como seu filho, a criança que também precisava de ser acolhida em família, na mais nobre troca de afeto e de aperfeiçoamento moral. Impunha-se uma espera para idade dos pais adotivos, em regra, muito além do momento em que os filhos nascem do casal e crescem depois, vendo os pais ainda plenos de vida e disposição para acompanhar-lhes o crescimento.

A inexistência de prole anterior era também exigência inconcebível porque nada justificava que marido e mulher, por já terem filho natural ou legítimo, ficassem impedidos de fazer integrar à sua família um ou mais filhos não nascidos deles próprios. Os laços de filiação e de afeição recíproca que se criam entre pais e filhos adotivos e mesmo entre uns e outros irmãos, levam, naturalmente, a afastar os receios antigos de ser negativa a presença na família daqueles irmãos de leite diverso.

Não pode ser negativa essa presença de irmãos criados todos com desvelo e o mesmo devotamento pelos pais. Não procede também um outro fundamento segundo o qual a lei fazia distinção entre o direito à herança deferida para filhos biológicos e o nenhum direito reservado para os filhos adotivos de participar da mesma herança. Era odiosa discriminação entre filhos, havidos ou não da relação do casamento, que também deixou de existir, andando ainda mais o tempo, em razão hoje da perfeita igualdade de direitos e qualificações estabelecida na Constituição de 1988 (art. 227, § 6º) e no E.C.A (art. 41). Sem risco hoje, portanto, de ser embaraçoso ou constrangedor para irmãos, o momento de se conferirem os direitos de participar da mesma herança no seio da família.

ADOÇÃO POR DUAS PESSOAS - O Código dispôs, também, que ninguém podia ser adotado por duas pessoas, salvo se forem **marido**

**e mulher (art. 370).** Não se modificando a regra a esse respeito desde então, tem-se que, por força de lei, a duas pessoas do mesmo sexo, não será permitido adotar por ato simultâneo ou conjunto. Dentro de princípios consagrados e compreensíveis, a criança deve ingressar em família que normalmente aspira a ter, com pai e mãe a dar-lhe carinho, manutenção, amor e sobretudo acompanhar-lhe o crescimento. Uma pessoa só, viúva, solteira ou separada do cônjuge, residindo só ou não, pode perfeitamente se constituir em uma família e ter amor e tudo mais para dar a uma criança que recebe como filho. Mas, normalmente para a criança, **se duas pessoas desejam adotá-la**, devem ambas surgir aos olhos dela como seus novos pais de eleição, nas figuras do pai e da mãe, casados ou em união estável, suprimindo o que lhe faltava na vida de sonhos e de carências.

Pretensões de adotar criança por duas pessoas do mesmo sexo já foram apresentadas em Juízo e decisões respeitáveis podem levar em conta a igualdade de todos perante a lei para o deferimento de tal pedido. Contudo, a adoção tem em vista, a todos os títulos, o interesse e vantagens do adotado, como é da índole do instituto, não eventual direito dessa ou daquela pessoa (art. 43 do E. C. A). Não pode ser vantajoso para o adotado crescer tornando-se adolescente e adulto, em dúvida quanto a saber quem seria seu pai e sua mãe.

AS ANTIGAS E AS NOVAS OBJEÇÕES AO INSTITUTO - Na época dos debates sobre o Projeto do Código Civil, muitos juristas se pronunciaram contra a introdução de normas que regulariam a adoção no Brasil. Segundo assinala Clóvis Bevilácqua, sustentavam alguns que o instituto iria servir apenas para que fossem adotados filhos espúrios, atentos a que o art. 358 do Código vedava o reconhecimento de incestuosos ou adúlteros. Ocorre que adoção e reconhecimento de filho são coisas diferentes, e nem de analogia se pode cogitar entre a vedação do art. 358 e a adoção permitida em lei. De outro lado, se o gesto de adotar servisse para uma reparação mínima da violência de que resultou o nascimento do adotado já por isso haveria motivo para aprová-la.

Registre-se que a lei hoje autoriza expressamente o reconhecimento pelos pais, conjunta ou separadamente, de filhos havidos fora do casamento, qualquer que seja a origem de sua filiação, no próprio termo do nascimento, por testamento, ou mediante escritura ou outro documento público (Art. 26 do E.C.A. e art. 1º, da Lei nº 8.560, de 29/12/1992, que regula a Investigação de Paternidade).

Talvez se pudesse compreender essas e outras posições contrárias à adoção para a mentalidade do início do século, quando sobreveio a demorada elaboração e a vigência do Código (1º de janeiro de 1917). A novidade, é que, ainda hoje, haja profissionais do direito que levantam dúvidas sobre a utilidade ou conveniência de se admiti-la em nossa legislação, sem perceber os sentimentos afetivos recíprocos e profundos que nascem também entre pais adotivos e os filhos adotados. É não atinar para o alto sentido do dar e do receber entre pais e filhos de eleição; talvez, muito mais do receber pelos pais, na maioria dos casos, ao contrário do que muitos imaginam.

Com efeito, em julgamento na Apelação Cível nº 4.976/93, da Segunda Câmara Cível do Estado do Rio de Janeiro, foi apelante a Doutora Curadora de Família, que não se conformou com o deferimento, em primeira instância, da averbação de adoção por escritura pública, de uma moça de 22 anos de idade, por senhora viúva de 65 anos. Essa foi a Ementa do Acórdão de que fui relator, segundo as conclusões da Câmara:

*“ADOÇÃO DE PESSOA MAIOR DE IDADE.*

*Averbação no registro civil deferida. Entendimento da Curadoria de Família de que foi revogada a adoção simples prevista no Código Civil, porque a Lei nº 8.069/79 (ECA) previu apenas a adoção plena. Opinião inaceitável, ainda, da apelante de que a adoção é “instituto supérfluo” e que “dele não carecem as pessoas que desejam amparar filhos de outrem ou proteger criaturas desvalidas”. Desconhecimento da verdadeira finalidade da adoção. Manutenção da sentença”.*

Como se verifica, membro do Ministério Público, na década de 1990, ainda se colocava em posição contrária a medida legal com origem que se perde na noite dos tempos (Códigos Manu, Hamurabi e Direito Romano). A legislação de muitos países de avançada cultura, como França, Itália e outros aperfeiçoou sempre o instituto e o introduziu em seus sistemas jurídicos. Supérflua também a adoção não pode ser, tal é a evolução legislativa que se encaminha para estimular e facilitar os processos de seu deferimento.

Errônea é a visão de que “as pessoas se valeriam da adoção para amparar filhos de outrem ou para proteger criaturas desvalidas”. Não há dúvida de que no mundo todo, segundo estatísticas atuais da O.N.U., morrem de fome 24.000 pessoas por dia e que, desse total, 75% são crianças de até 5 (cinco) anos (<http://www.thehungersite.com.index.html>). Só esse dado seria

suficiente para se demonstrar que é grande a responsabilidade de toda a sociedade e governos de todo mundo, de lutar contra esse fato triste (a fome que mata crianças) e de muitos outros, como saúde, educação, orfandade etc., nada tendo isto a ver com o gesto de alguém receber para integrar em sua família, como filho seu, aquele menor que perdeu ou está a perder a sua família de origem. Apesar das sombrias estatísticas sobre a miséria e a fome no mundo e no Brasil, do abandono e de carências na vida da infância, “há mais casais desejando adotar que crianças adotáveis” segundo registram as longas filas de espera do Juizado da Infância e da Juventude. (Alyrio Cavallieri, **Direito do Menor**, p. 99, Ed. Freitas Bastos)

Como justificar aquela posição contrária a medida social e familiar de tanto alcance? Não se pode imaginar que seja insensibilidade para o problema de interesse de muitas crianças sem família e de numerosos casais no Brasil, mas será talvez um desconhecimento do mundo de amor na filiação adotiva, repassada de carinho e mútua compreensão, entre pais e filhos de eleição. Desconhecimento provável de que tudo aí se passa tal e qual ocorre entre os pais e filhos biológicos, talvez resquícius do mito de sangue que não desaparece.

Os autores se referem ao mito do sangue que, desde os tempos mais antigos, o homem insiste em preservar. A adoção acaba com esse mito, pois é comum que os sentimentos do filho e pais adotivos podem nivelar-se aos do filho e de pais biológicos, ou, em certos casos, sobrepujá-los. Por motivo daquele mito, segundo o destacado menorista e magistrado ímpar Alyrio Cavallieri, em sua obra notável já citada (p. 97/98), alguns grupos na sociedade procuraram introduzir ritos com os quais as mães adotivas tentavam fugir da diferença a que as levava aquele mito, portando-se como mãe natural. Como exemplo desse procedimento citou aquele autor o da mulher dos Tuaregues: “Quando a mãe vai criar uma criança que lhe foi entregue, chega-a ao peito, coloca-a entre a sua pele e as suas roupas, faz com que ela escorregue por baixo até as suas pernas, simulando um parto e submetendo-se ao tabu sagrado, ou seja, ao mito do sangue”. O autor ainda se referiu à instigante tese de João Batista Villela, a respeito da desbiologização da paternidade, que segundo Alyrio Cavallieri, “é uma tentativa de diminuir o mito de consangüinidade, deixando de lado a suprema importância atual da origem biológica do filho, para dar o devido valor à paternidade - sentimento, afeição, amor”. (obra cit. p. 98)

Por último, ainda, sobre a adoção de pessoa maior de 21 anos, não procede o entendimento de que o Estatuto da Criança e do Adolescente a revogou tacitamente, só porque não se referiu a ela. O novo diploma legal cuidou da criança e adolescente em situação irregular, regulando a sua adoção, mas se cingindo ao menor até 18 anos, naturalmente, salvo se já tiver sob guarda ou tutela dos adotantes (art. 40). Não cabia em seu contexto referir-se a questão diversa de seu objetivo que era a criança. Não vedou a adoção de pessoa maior de idade. Não há, portanto, revogação expressa também dos art. 368 a 377 do Código Civil. A esse respeito, comentando o § 5º do art. 227 da Constituição (v. 7, p. 423 de seus **Comentários** - Ed. Saraiva, 1995), afirma PINTO FERREIRA:

*“É incontestável que tanto o C.C. como o Estatuto da Criança e do Adolescente disciplinam o instituto da adoção. O primeiro regulando a adoção restrita e o segundo, a denominada adoção plena. Daí a afirmativa de José de Abreu: “O que me parece indubitável é que os dois tipos de adoção (restrita e plena) perduram, com vigência em nosso direito positivo, como aconteceu na época do então vigente Código de Menores (O Divórcio no Direito Brasileiro, Obra cit. p.17)”.*

TÂNIA DA SILVA PEREIRA, no tocante à adoção restrita, também assinala a sobrevivência dos dispositivos do Código Civil com as modificações de redação de leis posteriores:

*“A medida exige, ainda, o expresse consentimento dos pais biológicos ou do representante legal do adotando que, na sua falta, será suprida pela expressa autorização do Juiz, a exemplo de pais desconhecidos ou destituídos do Pátrio Poder (art. 45 do ECA).*

*Quanto aos maiores de 18 anos, são adotadas as regras do Código Civil, no caso de Escritura Pública prevista no art. 375 do CC e esta só terá valor se homologada pela Autoridade Judicial, após ouvido o Ministério Público, atendendo assim a determinação constitucional (art. 227 § 6º) de ser a Adoção assistida pelo Poder Público.”* A ADOÇÃO NO BRASIL APÓS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E AS NOVAS PERSPECTIVAS LEGAIS PARA A ADOÇÃO INTERNACIONAL (*Revista da Faculdade de Direito da UERJ, nº 2, 1994*).

Resta, por último, a argumentação respeitável sobre a igualdade atual dos direitos entre adotados, a que se refere o § 6º da Constituição de 1988. Contudo, igualdade de direitos, no caso, não importa em se imaginar proibida a adoção de maiores, por escritura pública, ainda que ela seja submetida ao Juiz para o deferimento de sua inscrição no Registro Civil, como parece plausível. Não importa também em se empregar procedimento idêntico para todas as espécies de adoção, se elas são admitidas sob procedimento diverso na lei.

A LEGISLAÇÃO POSTERIOR AO CÓDIGO CIVIL - Muitas mudanças se operaram nas regras do Código sobre a matéria. A primeira delas pela Lei nº 3.133, de 8 de maio de 1957, que deu nova redação aos seus art. 368, 369, 372, 374 e 377. Por essa lei, os maiores de 30 e não mais de 50 anos, desde que não tivessem filhos, já podiam adotar. Reduziu-se a diferença mínima de idade entre o adotante e o adotado, de 18 para 16 anos e estabeleceu-se na lei que duas pessoas casadas só poderiam adotar, uma vez decorridos 5 anos do casamento. É de se ressaltar que o nosso primeiro Código de Menores, que se constitui mais em uma consolidação das leis de assistência e proteção a menores, baixada pelo Decreto nº 17.943-A de 12/10/1927, não tratou da adoção e nem de alguns outros procedimentos relacionados com a família substituta, como seja a guarda e a tutela. A grande obra do Primeiro Juiz de Menores do Brasil, Mello Mattos, teve mais em mira o menor abandonado, sua assistência e proteção, bem como as medidas aplicáveis no caso de seus atos infracionais.

No tocante à inexistência obrigatória de filhos anteriores à adoção, a nova lei fez cessar a exigência, mas, ainda impôs que “a relação de adoção não envolvesse a de sucessão”. É que ainda vigorava aquela distinção de direitos à herança entre filhos legítimos e adotivos, definitivamente afastada pela Carta Magna de 1988 (art. 227).

LEGITIMAÇÃO ADOTIVA - A etapa seguinte nas alterações havidas na legislação sobre a matéria, se deu com a Lei nº 4.655, de 2 de junho de 1965, que constituiu grande e notável atualização das regras da adoção. Por ela se introduziu a legitimação adotiva do filho de eleição com a idade de até 7 anos, só conferida aos pais legitimantes depois de processo regular, com investigação social e mediante sentença que deveria ser inscrita no Registro Civil. Não mais se cogitava de escritura pública para essa espécie de adoção, tanto mais que o ato era irrevogável.

A legitimação adotiva provinha do Direito francês (Lei de 1939), que passou a denominar-se filiação adotiva por lei de 1966. Foi ela aprimorada e implantada em 1945 no Uruguai. No Brasil, surgiu 20 anos depois, como norma que se antecipou a outras incluídas no Código de Menores de 1979 (Lei nº 6.697/79). A legitimação adotiva de menor se fazia com a condição de que os legitimantes já o tivessem sob sua guarda pelo período mínimo de 3 anos. Com essa lei deu-se efeito constitutivo à sentença concessiva da medida e os filhos adotivos eram equiparados aos filhos legítimos quanto aos direitos e deveres estabelecidos em lei (art.7º), salvo no caso de sucessão, se concorresse com filho superveniente à adoção. Essa Lei se relacionava com o Direito do Menor e a sua matéria, de certo modo, foi incorporada ao revogado Código de Menores que vigorou por 11 anos (de outubro de 1979 a outubro de 1990).

O CÓDIGO DE MENORES DE 1979 - A Lei nº 6.697, de 10/10/1979, de vida efêmera (revogada pelo ECA de 1990), instituiu novo Código de Menores, que dispôs sobre assistência, proteção e vigilância a menores. A adoção, regulada na Subseção V e VI da Seção I, “Das Medidas Aplicáveis ao Menor” foi dividida em duas espécies: Adoção Simples e Adoção Plena, com os respectivos procedimentos. Em ambos os casos se cuidava de **adoção de menor em situação irregular**, na qual se devia observar o estágio de convivência com os adotantes. A “Adoção Simples” se regia pela lei civil e, se deferido o pedido do interessado, concedia o Juízo o alvará para ser lavrada a **escritura pública** de adoção para ser averbada no Registro Civil. Na “Adoção Plena” os requerentes, cujo matrimônio deveria ter mais de cinco anos, um dos cônjuges, pelo menos, deveria ter mais de trinta anos. O adotado deveria ter até sete anos, salvo se já estivesse sob a guarda dos adotantes quando completou aquela idade. Com essa espécie de adoção, o filho se desligava de qualquer vínculo com os pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

Distinguia-se a adoção simples da plena, principalmente porque esta última era irrevogável, e a sentença concessiva da adoção (plena) tinha efeito constitutivo e seria inscrita no Registro Civil. Além de se desligar de qualquer vínculo com os pais naturais e parentes, o adotando se equiparava aos filhos biológicos em direitos e deveres. Nada disso acontecia na adoção simples.

O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - O E.C.A. cuidou da adoção apenas de menores de até 18 anos (art. 39 a 52) e in-

cluiu o instituto entre os DIREITOS À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA da criança e do adolescente. Pelo Estatuto, a par da família natural com filhos biológicos havidos ou não da relação de casamento, vem a família substituta, que abrange a guarda, a tutela e a adoção. À criança adotada, em qualquer caso, são assegurados, indistintamente, os mesmos direitos e qualificações, vedadas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

O novo diploma menorista modernizou o sistema de adoção, flexibilizando o prazo de convivência com o adotado. Pelo art. 46 do Estatuto, esse prazo deve ser fixado pelo Juiz que pode até dispensá-lo se o adotado não tiver mais de um ano de idade. Também se reduziu a idade mínima dos adotantes para 21 anos, sendo mantida a irrevogabilidade da adoção já prevista na Lei nº 4.655/65 e no Código de 1979, em ambos os casos para a adoção plena.

No tocante ao direito sucessório, foi mais radical o Estatuto. Não resta mais, atualmente, qualquer distinção, quanto a esse direito, nem mesmo entre os adotivos e os filhos biológicos sobrevivendo à adoção. Estabelece o seu art. 41, § 2º: “É recíproco o direito sucessório entre o adotado, seus descendentes, o adotante, seus ascendentes, descendentes e colaterais até o 4º grau, observada a ordem de vocação hereditária”. Considerando o que dispõe o texto constitucional (art. 227, § 6º) quanto a nenhuma distinção de direitos entre os adotados, é claro que aquele dispositivo do ECA, também se aplica aos adotados regidos pelo Código Civil.

O Estatuto instituiu condições principais para adoção do menor: existir reais vantagens para o adotando e fundar-se o ato em motivos legítimos. Assim, foi proibida a adoção a ascendentes e a irmãos do adotando. Era comum que os avós adotassem, o neto com a finalidade simplesmente de lhe dar amparo econômico e previdenciário sem que a criança tivesse convivido com o adotante ou sequer se desvinculasse da moradia com a família natural. Por mais que se considerasse bem intencionado o ato dos avós, não se estava dando ao menor uma família substituta. Portanto, não era de se desejar que continuasse a ocorrer essa prática, porque, o que se passava era uma dissimulação, desvirtuando-se a finalidade do instituto. O art. 41 estabelece também que a adoção desvincula a criança adotada de seus pais e parentes, salvo sobre os impedimentos matrimoniais. Naquelas adoções por ascendentes, o adotado permanecia residindo com os pais naturais que continuavam, de fato, com o pátrio poder.

ADOÇÃO INTERNACIONAL - Por último, registre-se que o Estatuto estabeleceu normas que não existiam até então, sobre a adoção por estrangeiros. A adoção internacional fica condicionada a estudo prévio e análise de uma Comissão Judiciária, que manterá registro centralizado de interessados estrangeiros em adoção e fornecerá um laudo de habilitação para instruir o processo no Juízo competente. No Estado do Rio de Janeiro, foi criada e já se acha em funcionamento, para isto, a Comissão Estadual Judiciária para Adoção (CEJA), como, praticamente, aconteceu em todos os estados do país.

Andou bem o legislador em prever a adoção internacional, com os cuidados que hoje se toma em cada estado pela Comissão Judiciária. Surgem, vez por outra, manifestações também contrárias a uma adoção por estrangeiro, sempre com a alegação descabida de se estar ferindo os brios nacionais, com a saída de menores brasileiros para viverem no exterior, quando o país deveria estar preparado para ampará-las. Todavia, as filas de casais brasileiros à espera de oportunidade de adoção, não objetivam, em regra, receber crianças adotáveis por estrangeiro por motivos conhecidos. Não se justificam, de qualquer forma, as manifestações de espíritos patrióticos em tal sentido, tanto mais que se conhece a realidade da infância em nosso país e os interesses do menor devem ser observados sob o aspecto humano e universal e não de forma restrita a esse ou àquele território. Imenso é o Brasil e muito grande é o número de crianças que necessitam de famílias substitutas. Aqui e em todos os países do terceiro mundo. ◆

# DO “EQUIVALENTE EM DINHEIRO” NAS AÇÕES DE DEPÓSITO EM CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

**ROGERIO DE OLIVEIRA SOUZA**

*Juiz de Direito TJ/RJ*

O Decreto-Lei 911, de 01.10.1969, deu nova redação ao art. 66 da Lei nº 4.728, de 14.07.1965 (mercado de capitais), além de estabelecer, em seus demais artigos (2º ao 9º), “normas de processo sobre alienação fiduciária”. Com a Constituição de 1988, o decreto-lei foi recepcionado como lei ordinária, passando a integrar o sistema de direito positivo nessa qualidade. O decreto deu 3 (três) opções de estratégia processual para que o credor (ou proprietário fiduciário) pudesse reaver o crédito do devedor (ou proprietário fiduciante) inadimplente: a ação com pedido de busca e apreensão (art. 3º), a ação de depósito (por conversão da ação de busca e apreensão frustrada, prevista no art. 4º) e, finalmente, a ação executiva (art. 5º).

Em todas estas possibilidades processuais, pretende o credor ver satisfeito seu crédito, através da venda da coisa a terceiros, “independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial” (art. 2º), compreendendo no crédito assim perseguido, “o principal, juros e comissões, além das taxas, cláusula penal e correção monetária” (art. 2º, § 2º).

O legislador colocou o credor fiduciário em posição privilegiada frente aos demais credores que não dispõem da propriedade fiduciária, reconhecendo-lhe o direito de proceder à transformação do bem alienado em dinheiro a fim de “aplicar o preço da venda no pagamento de seu crédito e das despesas decorrentes” (art. 1º, *fine*), entregando eventual saldo ao devedor. Desta forma, reavendo a posse direta do bem alienado, nenhuma dificuldade se apresenta ao credor para “vender a coisa a terceiros”. A situação é diversa se o credor não obtém do devedor, voluntariamente, a devolução da coisa, impondo o recurso à via judicial, de molde a realizar seu crédito.

O pedido de busca e apreensão se apresenta apenas como meio, através do qual, o credor lança mão do bem alienado, com o escopo de transformá-lo em dinheiro e se autopagar.

A frustração da apreensão do bem em razão de “não ser encontrado” ou “não se achar na posse do devedor” abre ao credor as duas outras opções processuais: ou requer a conversão do pedido inicial em depósito (art. 4º) ou “recorre à ação executiva” (art. 5º). Deve se registrar, de pronto, que na primeira hipótese, a conversão é do pedido, na mesma ação, isto é, mantendo-se o mesmo processo (“os mesmos autos”), apenas adotando-se providências de natureza administrativo-jurisdicional (retificação na distribuição, na autuação e no registro, além de nova citação e prazo para defesa); no segundo caso, a ação de busca e apreensão encontra seu término na extinção do processo, sem julgamento do mérito, em razão da ausência de pressuposto específico da ação, isto é, a “execução da liminar” (art. 3º, § 3º).

Optando pela “conversão do pedido”, o credor fiduciário providenciará a apresentação de nova petição inicial, com pedido específico, deduzido “na forma prevista no Capítulo II, do Título I, do Livro IV, do Código de Processo Civil” (art. 4º), o qual trata, exatamente, da ação de depósito (artigos 901 a 906). A exigência de nova petição atende ao princípio da congruência, entre pedido e sentença (CPC, 460), além de garantir o direito de defesa do réu (CPC, 302). A aplicação das disposições previstas no Código de Processo Civil se faz direta e imediatamente, posto que o decreto (*rectius*, a lei) faz remissão cogente, passando o pedido do credor a adotar o regime jurídico da ação de depósito lá prevista, com o fim de haver o bem alienado para “aplicar o preço da venda no pagamento de seu crédito” e demais despesas (art. 2º).

O art. 901 do Código de Processo Civil dispõe que “esta ação tem por fim exigir a restituição da coisa depositada”, salientando sua natureza mandamental e real. Volta-se para a coisa em si, independentemente do concurso da vontade do devedor, podendo o Juiz, em casos tais, expedir mandado de prisão contra o renitente, que se encontra na posição de depositário. O interesse imediato do credor se revela na apreensão do próprio bem, a fim de consolidar em suas mãos a posse direta, resolvendo a propriedade fiduciária através de sua “venda a terceiros”, pagando o crédito a seu favor. O bem alienado servirá apenas como meio útil a realizar o pagamento, não se prestando como seu substitutivo em razão de vedação legal expressa (Lei 4.728/65, art. 66, § 6º).

O art. 902 estabelece os requisitos específicos que devem nortear a petição inicial de tal ação, que deverá ser “instruída com a prova literal do depósito e a estimativa do valor da coisa, se não constar do contrato”. A primeira exigência se demonstra com a apresentação do próprio contrato de alienação fiduciária e nele, com certeza, também virá o valor da coisa e não simplesmente sua “estimativa”. É de excepcional importância que o credor indique qual seja este valor, posto que o objeto imediato do pedido é “a restituição da coisa depositada”. A indicação precisa deste valor tem outra consequência processual relevante, posto que o inc. I do art. 902 apresenta ao devedor pedidos com prestação alternativa, ou seja, libera-se ele se “entregar a coisa, depositá-la em juízo ou consignar-lhe o equivalente em dinheiro”. Consubstancia, assim, a alternatividade do pedido, cabendo a escolha ao devedor (CPC, 288), podendo este restituir a coisa ou o seu equivalente em dinheiro. A “entrega da coisa” se fará diretamente ao credor, com posterior ato de comunicação no processo; o depósito e a consignação necessitam da intervenção judicial, lavrando-se auto próprio de cada opção.

O comportamento processual do réu, em qualquer das três hipóteses, se revela incompatível com a posição de rebeldia ao pedido, funcionando, antes, como reconhecimento jurídico do mesmo (CPC, 269, II), inclusive, assumindo o ônus decorrente (despesas do processo e honorários advocatícios). A afirmativa encontra assento legal na própria dicção do art. 902 em seus dois incisos distintos: um, dispondo sobre a falta de resistência à pretensão autoral e o outro, se opondo à mesma. Em se mantendo revel, ou seja, deixando de “contestar a ação” e também não se oferecendo à restituição da coisa ou de seu equivalente, a consequência será o julgamento de procedência, ordenando “o juiz a expedição de mandado para a entrega, em 24 (vinte e quatro) horas, da coisa ou do equivalente em dinheiro” (CPC, 904).

A “estimativa” do valor da coisa representa, em termos pecuniários, o limite quantitativo do pedido do credor, posto que o devedor somente se livrará de sua obrigação, através da entrega ou do depósito judicial da coisa, ou se proceder à consignação de seu valor em juízo. Este valor da coisa é de fundamental importância para se definir os limites da própria obrigação do devedor. Deve ser interpretado como o valor comercial do bem e não como o valor do contrato, pois a ação tem por escopo a “coisa depositada” (CPC, 901) ou seu “equivalente em dinheiro” (CPC, 902, I); é uma ação real, voltada para o bem alienado fiduciariamente, afastando-se

do negócio subjacente referente ao financiamento do preço de aquisição. A “estimativa do valor da coisa”, exigência a ser cumprida na petição inicial da ação de depósito (CPC, 902), há de constar do contrato como o próprio valor a ser financiado, correspondendo este ao preço do bem, se pago à vista. As projeções de juros e correção monetária para pagamento parcelado do preço não integra o “valor da coisa”, pois se referem à operação típica do financiamento. É fato de conhecimento notório que o valor do bem, quando financiado, alcança patamar superior àquele de seu preço à vista, considerando o prazo de financiamento, os juros aplicados, o risco do negócio e o valor da prestação. A operação de matemática financeira inserida no contrato de alienação fiduciária não serve como indicação do “valor da coisa” para os fins do pedido da ação de depósito.

A ação de depósito, assim, se revela como instrumento processual hábil a garantir a “restituição da coisa” e não ao pagamento do débito do contrato de alienação fiduciária. Este pagamento será alcançado por via transversa, isto é, através da “venda da coisa a terceiros” (Decreto-Lei 911/69, art. 2º) e não em razão da “consignação do equivalente em dinheiro” do valor da própria coisa não depositada (CPC, 902, I). A opção do credor fiduciário pela ação de depósito revela o limite à própria obrigação do devedor fiduciante em relação ao seu débito contratual. Em permanecendo débito, após a realização da venda extrajudicial, o devedor ficará obrigado pelo saldo, respondendo em ação de execução.

A interpretação doutrinária e jurisprudencial entendendo que o “equivalente em dinheiro” nas ações de depósito deve representar o saldo devedor do contrato, apurado até a data da petição inicial, refoge aos limites impostos pela própria lei, impondo um agravamento considerável na obrigação do devedor em proceder à consignação do valor da coisa depositada que, na maioria das vezes, não mais corresponde ao seu valor real de mercado. A interpretação tem efeitos maléficos para o devedor, posto que, em não efetuando o depósito ou a consignação, ficará sujeito à pena de prisão (CPC, 904), a título de depositário infiel (salvo os julgados que entendem ser incabível a prisão em se tratando de propriedade fiduciária). Ao intérprete não cabe interpretar quando a lei não apresenta lacuna ou omissão; o dispositivo é claro ao apresentar a opção de restituição da coisa ou de “seu equivalente em dinheiro”. Ao optar pelo depósito, preferiu o credor a coisa em si, postergando para futura ação, a recuperação de eventual saldo devedor, após a venda do bem a terceiros. Não pode pretender obter o pagamento do débito

através da consignação do saldo devedor do contrato, em substituição ao depósito da coisa alienada; se o objetivo é satisfazer o crédito e ciente o credor de que o valor comercial da venda do bem não será suficiente para tal, deveria, de pronto, proceder à ação de execução, inclusive penhorando o bem alienado. A interpretação diversa seria reconhecer ao credor a conjugação de duas ações distintas, com ritos próprios, em um mesmo processo (ação de depósito convolada e ação de execução), sem autorização legal, impondo pesado fardo à defesa do devedor, em violação às garantias constitucionais.

O interesse imediato do credor ao propor ação com pedido de depósito se volta direta e imediatamente para a coisa em si; impõe obrigação de dar a ser cumprida pelo devedor (*rectius*, de “restituir coisa certa”), nos termos do artigo 869 do Código Civil; o interesse mediato é a satisfação do crédito através da venda do bem a terceiro. Desta forma, o entendimento de que o “equivalente em dinheiro” é o próprio saldo devedor do contrato de financiamento representa uma distorção da via processual eleita livremente pelo credor, além de pôr de lado as disposições de direito material incidentes sobre o assunto (Dec. Lei 911/69, art. 2°). ◆

# DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO JUDICIAL E ADMINISTRATIVO

NAGIB SLAIBI FILHO  
*Juiz de Direito TJ/RJ*

A reforma dita “do Poder Judiciário”, que em passos de cágado tramita desde 1996 no Congresso Nacional, finalmente teve aprovação em 1º turno na Câmara dos Deputados.

Entre as pretendidas inovações, acrescentar-se-á no longo dispositivo do art. 5º uma novo direito, com a seguinte redação:

*LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.*

## **Do dispositivo**

Do novo texto, extraem-se diversas normas, todas a garantir valor decerto relevante - o da razoável duração do processo de decisão nas instâncias judicial e administrativa.

Inerente ao Estado Democrático de Direito, como instituído no art. 1º, *caput*, da Lei Maior, tal valor já era tutelado em diversos outros dispositivos:

- no art. 5º, LIV, ao estabelecer a garantia do devido processo legal;
- no art. 5º, XXXIV, “a”, inerente ao direito de petição aos Poderes Públicos (o que adianta o direito de requerer sem que se receba resposta ao requerido?);<sup>1</sup>

- no art. 5º, XXXV, do qual se extrai o denominado direito de acesso à jurisdição;

---

<sup>1</sup> Eduardo Couture inclui o direito de acesso à Justiça, entre nós declarado no art. 5º, XXXV, como corolário do direito de petição aos Poderes Públicos no regime democrático (em *Introdução ao estudo do processo civil*, tradução de Mozart Victor Russomano, 3. ed., Rio de Janeiro: José Kofino Editor, 1951, p. 19).

- no art. 37, *caput*, por inclusão da Emenda Constitucional nº 19/98, da eficiência como princípio geral da Administração Pública, em todos os Poderes e esferas governamentais;

- no art. 70, quanto à fiscalização dos Poderes Públicos, ao se referir ao princípio da economicidade, ou seja, da relação custo-benefício, como objeto do controle.

Como estuário das preocupações da sociedade quanto ao funcionamento dos órgãos públicos e, principalmente, do Poder Judiciário, este posto como derradeiro abrigo daqueles que procuram a proteção contra as arbitrariedades dos poderes públicos e econômicos, a Emenda Constitucional novamente disporá sobre o tema da celeridade processual ao elevar ao patamar constitucional - assim imune às leis inferiores - o dever de magistrados e membros do Ministério Público em despachar nos prazos legais os feitos que a eles são submetidos (arts. 98, § 3º, e 129, § 5º) e ao se referir (art. 56) que comissão especial do Congresso Nacional elaborará, em cento e oitenta dias, projetos de alterações legislativas “*objetivando tornar mais amplo o acesso à Justiça e mais célere a prestação jurisdicional*”.

Não se diga que, nesta perspectiva, se mostre incongruente o disposto no art. 102, § 3º, ao restringir o prazo de eficácia das cautelares concedidas em ações de inconstitucionalidade.

O caráter político-legislativo<sup>2</sup> dessa ação, de evidentes efeitos *erga omnes*, recomenda a limitação temporal, mostrando-se coerente com os valores constitucionais a condicionante imposta ao Supremo Tribunal Federal e aos tribunais de Justiça - estes nas representações de inconstitucionalidade a que se refere o disposto no art. 125, § 2º - vez que nem mesmo o Congresso Nacional é imune a tais restrições temporais no processo legislativo (ver, entre outros, o art. 62, parágrafo único; 63, § 2º, 66, § 1º).<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Sobre a natureza jurídica das ações de constitucionalidade, Nagib Slaibi Filho, *Ação declaratória de constitucionalidade*, 2. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, pp. 87/117.

<sup>3</sup> Note-se, no entanto, que o Congresso Nacional se, de um lado, recomenda pela emenda ora comentada a celeridade nos processos de decisão judicial e administrativa, de outro não conseguiu ainda descobrir mecanismos que lhe possibilitem a apreciação também célere das medidas provisórias, as quais se repetem muitas vezes por anos. Tal dificuldade se deve à característica do processo legislativo de exigir, em cada apreciação, o consenso entre partidos e parlamentares, enquanto as decisões administrativa e judicial, se exigem a participação dos interessados, dispensam tal consenso.

O cidadão<sup>4</sup> tem direito à decisão do Poder Público, em qualquer nível hierárquico ou esfera governamental, pois o Estado democrático está a serviço do indivíduo, não este a serviço daquele.

Serviços públicos, ainda que executados por delegação a pessoas privadas, destinam-se ao cidadão, pois, se assim não fosse, não seriam públicos...

Decisão tardia é ineficiente, desserve aos seus propósitos.

A Emenda Constitucional nº 19/98 destacou do princípio da legalidade<sup>5</sup> o princípio da eficiência, inscrevendo-o autonomamente no *caput* do art. 37 como diretriz fundamental da Administração Pública.

Os processualistas extraem do disposto no art. 5º, XXXV, não só o direito de amplo acesso à jurisdição como deste o consequente direito à pronta resposta do juiz às demandas; até mesmo, neste dispositivo, se incluiu, na Carta de 1988, a proteção judicial contra as ameaças ao direito.

Ressalte-se: o dispositivo declarou o direito já existente à razoável duração do processo e à celeridade de sua tramitação. Não se trata de “direito novo”, mas de direito já reconhecido pela Constituição e pelas leis e agora declarado, como reforço normativo, em texto específico, assim a afastar os entraves hoje existentes à sua concretização.

Os entraves decorrem do traço cultural de nossa formação histórica pois, diferentemente da colonização que se fez em outros países, a nossa decorreu da ação governamental, em que o gênio português, no esforço de explorar as terras que originariamente lhe foram reservadas pelo Tratado de Tordesilhas, criou a sociedade dentro de seus desígnios, tanto quanto possível.

Aqui, o Poder governamental construiu a sociedade, não esta aquele.

Daí o empedernido ranço cultural de se vislumbrar nos Poderes Públicos a fonte das benesses e privilégios de dominação; em contrapar-

---

<sup>4</sup> Cidadania, aqui, não no sentido político-eleitoral, mas no sentido político em sentido amplo, a posicionar como cidadão qualquer pessoa como titular de direitos postos à disposição do restante da comunidade. Neste sentido, ver o inciso II do art. 1º da Constituição.

<sup>5</sup> O princípio da legalidade não se refere exclusivamente ao dispositivo ou texto de lei formal ou de diploma a este similar. A legalidade é princípio objetivo que se apura pelo confronto do ato administrativo com as normas aplicáveis no caso concreto e que são extraídas, não só, dos dispositivos legais e constitucionais, porque deles também se pode extrair princípios ou diretrizes aplicadas genericamente, como, por exemplo, os princípios da legitimidade e da economicidade referidos no art. 70, ou o princípio da justa indenização inscrito no art. 5º, XXIV.

tida, vem a postura de se tratar o cidadão com desprezo ou enfado, como se fosse ele um trambolho a impedir o livre desenvolvimento da soberana ação governamental.<sup>6</sup>

Mas o ranço cultural é vencido, gradualmente, pela construção do Estado Democrático de Direito, a pressupor este que o poder está a serviço da sociedade.

Relevante, ao menos, o aspecto pedagógico do novo dispositivo: o cidadão tem direito ao processo administrativo e judicial e, mais, direito à sua razoável duração e conseqüente celeridade de tramitação.

### **Exame dos elementos contidos no dispositivo**

A proteção prometida pelo texto em comento dirige-se “*a todos*”, expressão que se encontra, também - em pesquisa restrita ao art. 5º - no seu *caput*, e nos incisos XIV, XVI, XXXIII e XXXIV.

A menção *a todos*, dada pelos dispositivos antes referidos, evidentemente não pode ser interpretada no sentido de exclusão da proteção prometida nas situações descritas nos demais dispositivos, não só porque o próprio *caput* do art. 5º assegura o tratamento igualitário àqueles que se encontram em situação idêntica, como porque, nas situações descritas em cada dispositivo, todos que se encontrem na incidência da norma merecem igual proteção da Constituição, das leis, do juiz e do administrador, estes nos casos concretos que lhes são submetidos para decisão.

O direito à celeridade da decisão nas instâncias judicial e administrativa alcança as pessoas físicas ou naturais, as pessoas jurídicas ou morais (e não só porque em seu substrato estão pessoas físicas), mas também as fundações (que, conceitualmente conjunto personalizado de bens, destinam-se à tutela de interesses que vão se definir na esfera jurídica das pessoas), os entes despersonalizados (que não são pessoas jurídicas, mas ganham da lei legitimação para atuar em sede processual) como o espólio, a herança jacente, o condomínio de edifícios, o consórcio para a aquisição de bens duráveis e

---

<sup>6</sup> Esta perspectiva foi observada por muitos sociólogos, entre os quais se destacam Oliveira Vianna, Gilberto Freire, Fernando Henrique Cardoso e Herbert de Souza. Observava o saudoso Miguel Seabra Fagundes que muitos administradores, ao ver o administrado protocolizar o seu requerimento, desde logo, e mesmo sem ver o conteúdo do pedido, engendravam meios de indeferi-lo...

tantos outros que são criados não só pela lei como pela prática pretoriana.<sup>7</sup>

As expressões “*razoável duração do processo*” e “*celeridade na sua tramitação*” caracterizam como processual o direito fundamental ora declarado.

Direito processual que é, tem caráter instrumental à realização do direito material, pois este será, se for o caso, reconhecido e implementado pela decisão que é o escopo do processo.

Poder-se-ia dizer que a norma declara o direito fundamental de todos à eficiente realização do processo pelo qual se leva o pedido à cognição judicial ou administrativa: é, assim, direito ao processo eficiente, muito além que o simples direito ao processo.

Ao se referir às instâncias judicial e administrativa, o texto indica que o processo é o atinente ao modo de decisão que concretiza e individualiza, no caso concreto, as normas genéricas e abstratas.

Se de um lado, a norma declara o direito fundamental, de outro, pelo princípio da lateralidade do Direito<sup>8</sup>, declara, mais uma vez, o correspectivo dever do juiz e do administrador.

Tal dever do agente público, embora sem expressa previsão constitucional, decorre dos princípios fundamentais, declarados no Título I, que instituem o Estado Democrático de Direito, pois, como disse Lincoln no célebre discurso de Gettysburg, “*democracia é o governo do povo, pelo povo e para o povo*”.

---

<sup>7</sup> A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, dispõe em seu art. 9º, que são legitimados como interessados no processo administrativo: I - pessoas físicas ou jurídicas que o iniciem como titulares de direitos ou interesses individuais ou no exercício do direito de representação; II - aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada; III - as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos; IV - as pessoas ou as associações legalmente constituídas quanto a direitos ou interesses difusos.

<sup>8</sup> Não poucos verberam a Constituição de 1988 (alinhada por Ulysses Guimarães de Constituição-cidadã) de grave defeito que a inviabilizaria, pois somente declara os direitos mas não institui os correspondentes deveres. A crítica é apressada e desatenta, tanto porque o capítulo I do Título II (Dos direitos e garantias fundamentais) expressamente se denomina “dos direitos e deveres individuais e coletivos”, como outros dispositivos se referem explicitamente aos deveres (art. 144, 205, 225 e outros), como, também, pela óbvia característica do Direito de se referir sempre a uma relação, em que somente se pode compreender a existência de direitos em face da comunidade ou de outros indivíduos, a eles impondo deveres, obrigações e ônus; tal característica é denominada pelo doutrinadores, entre eles Pontes de Miranda, como princípio da lateralidade do Direito.

Instrumento pelo qual se viabiliza a decisão estatal, o processo democrático não se admite mais como diretivo, a impor a decisão, mas deve ser participativo, a integrar na decisão a manifestação dos interessados, que aí, não só têm direito como também o dever jurídico que se qualifica como ônus processual.<sup>9</sup>

Como reação a um regime autoritário e fechado, a Constituição de 1988 é nitidamente liberal, dirigindo-se ao indivíduo, colocando o aparelhamento estatal, em todos os níveis e poderes, a serviço do homem, exigindo que o poder estatal seja exercido de forma permeável às aspirações de todos e não como se fosse um exercício da Cabala a mistificar a dominação sobre aqueles menos aquinhoados ou menos iniciados nos seus ritos.

Deve o Estado Democrático de Direito, na busca da satisfação dos interesses públicos e individuais, atuar de forma transparente, aproximando-se das pessoas, fundamentando suas decisões, integrando-se nos anseios sociais.

A Constituição quer que o processo de decisão estatal atenda, em qualquer Poder ou nível da Administração, aos princípios tendentes a inibir o hermetismo do Estado a que estamos acostumados: iniciativa legislativa popular (arts. 14 II, 29 XI, 61 § 2º); publicidade (arts. 5º, incisos XXXIII e XXXIV, 37, 93 IX); fundamentação razoável (arts. 37 *caput* - “moralidade”; 93 IX; 85 V e 37 § 4º; 5º, inciso LIV “devido processo legal”); legalidade (art. 5º, inciso II e 37) mesmo porque “*constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil ... construir uma sociedade livre, justa e solidária ... erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais ... promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*” (art. 3º).

O processo é a relação social, juridicamente prevista, em que a atuação do Estado objetiva a decisão e a execução desta decisão - todo processo, neste sentido, indica o caminhar, o desenvolver, o conjunto de atividades em busca de uma decisão: processo legislativo, judicial, administrativo etc.

Como especificações dirigidas à decisão concreta e individualizada, os processos judicial e administrativo não se distinguem ontológica e

---

<sup>9</sup> Ônus jurídico é a necessidade de agir de certo modo para a tutela do interesse próprio, ou, no conceito de Enrico Tullio Liebman “a necessidade de realizar certa atividade se se quiser evitar certo efeito danoso ou obter determinado resultado útil”.

funcionalmente, o que fora observado por José Cretella Júnior, citando Aurélio Guaita: “*Por definição, o processo administrativo é uma categoria especial do gênero processo, do que concluímos - não importa a disparidade existente - que as conclusões a que se chegou na teoria geral do direito processual sejam perfeitamente válidas para nós. O processo administrativo é essencialmente idêntico às demais espécies de processo*”.<sup>10</sup>

Tanto não existe diferença entre processo judicial e administrativo que Marcelo Caetano nos conta que o processo administrativo surgiu na Inglaterra em face da inexistência de poder da Administração Pública de executar suas próprias decisões, o que a levou, desde a lei de saúde pública de 1875, a buscar meios judicialiformes de atuação para vencer a resistência dos administrados que a reputavam ilegítima.<sup>11</sup>

Usualmente a doutrina extrai do ensinamento de Giuseppe Chiovenda, com a sua teoria da substitutividade, a distinção entre os âmbitos judicial e administrativo: “*A própria administração julga, pois, que não se age a não ser com apoio num juízo: mas julga sobre a própria atividade. Ao contrário, a jurisdição julga da atividade alheia e duma vontade de lei concernente a outrem*”.<sup>12</sup>

Em decorrência, nítida é a diferença entre as funções administrativa e jurisdicional - aquela visa a atender aos fins e interesses do Estado, ao interesse público que ele tutela; e essa ao interesse da parte que considera ter razão.

Visa, sempre, o administrador à satisfação do interesse público, enquanto o juiz não tem interesse senão o de atender à parte amparada pelo Direito:

*“Históricamente la cualidad preponderante que aparece inseparable de la idea misma del juez, desde su primera aparición en los albores de la civilización, es la IMPARCIALIDAD. El juez es un tercero extraño a la contienda que no comparte los intereses o las pasiones de las partes que combaten entre sí, y que desde el exterior examina el litigio con serenidad y con despego; es un tercero inter partes, o*

<sup>10</sup> José Cretella Júnior, *Curso de Direito Administrativo*: Forense, Rio de Janeiro, 8. ed., 1986, p. 628.

<sup>11</sup> Marcelo Caetano, *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*: Rio, Forense, 1977, p. 514.

<sup>12</sup> Giuseppe Chiovenda, *Instituições de Direito Processual Civil (Istituzioni di Diritto Processuale Civile)*, tradução de J. Guimarães Menegale e notas de Enrico Tullio Liebman, São Paulo: Saraiva, 1942, p. 23.

*mejor aún, supra partes. Lo que lo impulsa a juzgar no es un interés personal, egoísta, que se encuentre en contraste o en connivencia o amistad con uno o con otro de los egoísmos en conflicto. El interés que lo mueve es un interés superior, de orden colectivo, el interés de que la contienda se resuelva civil y pacíficamente, ne cives ad arma veniant, para mantener la paz social. Es por esto que debe ser extraño e indiferente a las solicitaciones de las partes y al objeto de la lite, nemo iudex in re propria.”<sup>13</sup>*

Ao dirimir o conflito de interesses, necessariamente o juiz inibe a esfera privada da parte, assim como a inibe a atividade administrativa, como vemos, nitidamente, no exercício do poder de polícia, mesmo porque a auto-executoriedade é uma das características dos atos da Administração Pública.

O juiz é sujeito desinteressado do processo, o administrador é sujeito interessado na satisfação do interesse público.

Enquanto a relação processual na função jurisdicional deve ser, necessariamente, composta de três vértices (juiz, demandante e demandado), a relação processual administrativa contrapõe o interesse público ao interesse privado, resumindo-se em dois pólos (administrador e administrado).

O princípio da demanda rege a função jurisdicional, enquanto o administrador atua usualmente de ofício, embora também possa ser provocado pelos interessados.

Voltemos a Calamandrei:

*“Relación jurídica significa relación entre personas; cuando decimos que el proceso es una relación jurídica entre el juez y las partes, reconocemos implícitamente que en el proceso, que se integra con sujetos dotados de una voluntad autónoma y jurídicamente relevante, no existe solamente el juez sino tres personas, el próprio juez y además las partes, como lo expresaba la antigua doctrina: “processus est actus trium personarum”. Por tanto, el juez no está nunca solo en el proceso. El proceso non es un monólogo sino un diálogo, una*

---

<sup>13</sup> Piero Calamandrei, *Proceso y Democracia*, tradução de Hector Fix Zamudio, Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1960, p. 60.

*conversación, un cambio de proposiciones, de respuestas y de réplicas, un cruzamiento de acciones y de reacciones, de estímulos y de contraestímulos, de ataques y de contraataques.”*<sup>14</sup> (op. cit., p. 150).

Sem dialética não existe processo judicial democrático; sem a participação do administrado, não existe processo administrativo democrático - democracia e processo são, ambos, relações sociais.

Daí se entende o disposto no art. 5º, inciso 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 inerente*”.

Já tivemos oportunidade de escrever sobre o devido processo legal:

*“Eis aí a importância do princípio do devido processo legal: assegura que as relações estabelecidas pelo Estado sejam participativas e igualitárias; que o processo de tomada de decisão pelo Poder Público não seja um procedimento kafkiano, mas um meio de afirmação da própria legitimidade e de afirmação perante o indivíduo. A atividade estatal, judicial ou administrativa, está vinculada ao sistema controversial que se implanta pela adoção constitucional do due process of Law: qualquer restrição à liberdade e aos bens só pode ser feita atendendo a alguns procedimentos cujo conjunto é que se denomina o “devido processo de lei”.*<sup>15</sup>

O proposto texto constitucional refere-se aos âmbitos judicial e administrativo.

Instância judicial é a instaurada em sede do Poder Judiciário, a compreender que o decisor seja juiz ou tribunal.

Abrange, assim, não só a função jurisdicional (ou contenciosa, cujo objeto seja dirimir conflitos de interesses) como a função administrativa da Justiça (aí não só os processos administrativos - como, por exemplo, os disciplinares em face de servidor, ou de licitação para a escolha de contratante visando ao fornecimento de bens e serviços) e também a função dita “*juris-*

---

<sup>14</sup> op. cit., p. 150.

<sup>15</sup> Nagib Slaibi Filho, *Anotações à Constituição de 1988 - aspectos fundamentais*, Rio de Janeiro: Forense, p. 209.

*dição voluntária*” (ou jurisdição graciosa, como diziam metaforicamente os antigos...), de caráter eminentemente administrativo, mesmo porque nela não há a propalada definitividade das decisões que caracterizaria a jurisdição contenciosa (Código de Processo Civil, art. 1111).<sup>16</sup>

Na instância judicial também se inclui o processo eleitoral, não só os tipicamente contenciosos (crimes eleitorais e impugnação de mandato eletivo) como os procedimentos de preparação das eleições (habilitação de eleitores, registro de candidatos, controle da propaganda eleitoral) e de apuração e totalização dos votos para ensejar a diplomação dos eleitos.<sup>17</sup>

A instância administrativa abrange os órgãos governamentais das esferas federativas referidas no art. 37 da Constituição, em qualquer dos Poderes, desde que se trate, como antes mencionado, de processo de decisão que concretize e individualize norma genérica e abstrata.<sup>18</sup>

Mas a instância administrativa hoje não mais está contida estritamente no âmbito exclusivo de órgãos do Estado, assim cumprindo o recente e ainda

---

<sup>16</sup> Sobre a natureza da jurisdição voluntária, Nagib Slaibi Filho, *Sentença cível - fundamentos e técnica*, Rio de Janeiro, Forense, 5ª edição, 1998, pp. 85 e 86. Neste tema, destaque-se a oportuna e feliz tendência atual de se excluir da esfera judicial procedimentos que não sejam contenciosos, como, por exemplo, o ajuizamento de inquéritos policiais em que não haja cautelar ou oferecimento de denúncia ou queixa, e o projeto, em tramitação no Congresso Nacional, a conferir à Administração Pública o poder de execução fiscal, reservando ao Judiciário somente a cognição das demandas, inclusive embargos, que visem a desconstituir, total ou parcialmente, o crédito fiscal que autoriza a atuação do exequente. A necessidade de reformulação da ordem jurídica quanto às execuções fiscais decorre não só do vultoso número de feitos em tramitação (somente no Cartório da Dívida Ativa do Município do Rio de Janeiro estavam ajuizadas, em janeiro de 2000, 350.000 execuções, a maioria na situação referida no art. 40 da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980) como pela circunstância de que o ajuizamento e a tramitação são feitos através de processamento eletrônico dos dados. Relatório sobre o exercício de 1999, da Presidência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, apontou que 1/3 dos quase 900.000 mil feitos aforados naquele ano referiam-se a executivos fiscais.

<sup>17</sup> Em se tratando de votação eletrônica, mostra-se absolutamente inócua a nova disposição constitucional, esvaziada que foi pela celeridade da apuração e totalização dos votos. No segundo turno das eleições de 1998, pouco mais de quatro horas do encerramento da votação, o Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro já proclamava os eleitos...

<sup>18</sup> Embora não incidente sobre as Administrações Públicas dos Estados e Municípios, e aplicada subsidiariamente à Administração Federal, socorre-se, quanto ao âmbito de incidência da norma, do disposto na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999: “Art. 1º Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração. Parágrafo 1º Os preceitos desta Lei também se aplicam aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, quando no desempenho de função administrativa. Parágrafo 2º Para os fins desta Lei, consideram-se: I - órgão - a unidade de atuação integrante da estrutura da Administração direta e da estrutura da Administração indireta; II - entidade - a unidade de atuação dotada de personalidade jurídica; III - autoridade - o servidor ou agente público dotado de poder de decisão”.

extraordinário processo de desenvolvimento político que descentraliza o poder público, a fazer desmoronar a separação entre a sociedade e o Estado, dogma que era tão caro ao liberalismo clássico.

A própria Constituição expressamente excluiu da cognição judicial, pelo prazo e modo referidos no art. 217, § 1º e 2º, a denominada “*justiça desportiva*”, de nítido caráter administrativo, embora exercida por órgãos não-estatais. Evidentemente, ao menos em homenagem à interpretação literal ou gramatical, submete-se a justiça desportiva à incidência da disposição ora em comento.

Também a Constituição, no seu art. 17, § 1º, ao assegurar ao partido político a autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento - e, em consequência, vedando ao legislador interferir no seu substrato - acabou criando nessa pessoa jurídica de direito privado (art. 17, § 2º) uma instância administrativa ao menos no que se refere ao registro de candidatos, porque estes somente podem ser oriundos da entidade partidária para ganhar direito de competir nas eleições.

Ao partido político, a despeito de sua natureza não-estatal, incide o novo comando constitucional, mesmo porque todo o processo eleitoral vincula-se a prazos exíguos e preemptórios.

Idem quanto às universidades e demais centros de ensino que, embora privados, estão inseridos no dever declarado no art. 209, I, da Constituição, mesmo porque realizam processo educacional que se individualiza e concretiza nas situações previstas pela ordem jurídica. O caráter privado da instituição de ensino não exclui a proteção constitucional ao aluno que, aliás, também pode se socorrer das normas protetivas do consumidor.

Como outros exemplos dessa “*desestatização da função administrativa*” pode-se anotar o disposto nos arts. 226, § 2º (quanto ao casamento religioso com efeitos civis) e 227, § 1º (quanto à assistência à criança e ao adolescente).<sup>19</sup>

### **Provedimento cautelar como instrumento de celeridade do processo**

As referências postas pelo novo dispositivo quanto à razoável duração do processo e à celeridade de sua tramitação conduzem à aplicação de medidas cautelares como meio de assegurar, no âmbito processual, a

---

<sup>19</sup> A Lei de Registros Públicos, na esteira do Código Civil, considera evidentemente de natureza administrativa a celebração do casamento e, nem por isso, não há quem considere o celebrante religioso como delegatário de serviço público...

celeridade da tramitação e, no âmbito de direito material, a antecipação da tutela pretendida.

O doce Rabi prometera: “*bem-aventurados os que têm fome e sede de justiça, porque serão saciados*” (Mateus, cap. 5, v. 6).

Se a Justiça é divina, o Direito é humano e tal caracter predomina quando se realiza através do Processo, na complexa e inescrutável relação entre pessoas que ali depositam a gama inumerável dos mais contraditórios interesses.

Justiça tardia é rematada injustiça, bradava Rui Barbosa no início deste século XX, o mesmo jurista que, aliado a Pedro Lessa, fundou a denominada “Doutrina Brasileira do Habeas Corpus”, meio sumário que utilizava como alternativa então aceita ao excessivo apego às formas procedimentais que impregnava a prática forense.

O provimento cautelar é, assim, em sentido amplo, a tentativa do juiz de vencer a marcha inexorável da dimensão tempo, até que se chegue à decisão final do processo.

O tempo é o inimigo contra o qual o juiz luta sem tréguas - dizia Eduardo Couture - impondo-lhe três exigências inerentes à própria vida: ceder, retroceder e acelerar o seu curso.

Como lutar processualmente contra o tempo?

Piero Calamandrei indicou as modalidades cautelares e sua classificação aqui é lembrada porque ainda intangível às críticas:

- as *instrutórias*, em que se antecipa a produção de provas, como no procedimento da vistoria *ad perpetuam rei memoriam* ou a oitiva de pessoa que, provavelmente, não poderá aguardar a audiência de instrução;

- as tendentes *a garantir a efetividade do próprio processo*, como o arresto e o seqüestro;

- as *cauções*, como aquela do art. 835 do Código de Processo Civil, aliás incompatível com o direito de acesso à jurisdição nesta época globalizada, ou como as que servem de contracautela, a neutralizar o risco que a efetivação de outra cautelar possa trazer ao requerido, v. g., o depósito prévio na ação rescisória; e, finalmente,

- as medidas provisionais, ou *antecipatórias da tutela definitiva* em que se adianta o provimento judicial que se espera ao final da causa, como, por exemplo, a liminar *initio litis* na ação possessória e no mandado de segurança, as antecipações referidas nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil, e a prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal, prevista no art. 312 da lei processual penal.

Abrangente, assim, o campo de atuação do magistrado e do administrador em sede cautelar.

*Antecipa-se a tutela quanto ao processo* no julgamento da lide na hipótese do art. 330 da lei processual, no provimento relatorial a antever o julgamento pelo colegiado, no art. 557, ou na prévia oitiva de pessoa pela Autoridade Administrativa para instruir processo disciplinar que ainda não foi aberto.

*Antecipa-se a tutela no plano do direito material*, como está nos arts. 273 e 461 da lei processual, provendo o juiz, total ou parcialmente, o que, pela urgência, não poderá aguardar até o dia do trânsito em julgado da decisão, ou quando a Autoridade Administrativa suspende preventivamente o servidor contra o qual pesam acusações que ensejariam a demissão do serviço público.

A natureza jurídica do provimento cautelar é realçada por José Carlos Barbosa Moreira:

*“A necessidade do processo cautelar, que lhe justifica a existência, resulta da possibilidade de ocorrerem situações em que a ordem jurídica se vê posta em perigo iminente, de tal sorte que o emprego de outras formas de atividade jurisdicional provavelmente não se mostraria eficaz, seja para impedir a consumação da ofensa, seja mesmo para repará-la de modo satisfatório.”*<sup>20</sup>

Se a cautelar consiste em adiantamento da decisão ou de fase do processo, desde logo se verifica que não é ela exclusiva da função jurisdicional, como se vê nos seguintes exemplos:

- no processo legislativo, as medidas provisórias, a antecipar a lei que será debatida e votada pelo Congresso Nacional;

- nas ações objetivas de controle de constitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade), de nítido caráter legislativo pelos efeitos *erga omnes*, a medida cautelar deferida pela Corte Constitucional;

- no processamento dos crimes de responsabilidade, a autorização prevista no art. 51, I, da Constituição, implica o afastamento cautelar do ocupante do cargo de Presidente da República;

<sup>20</sup> José Carlos Barbosa Moreira, *O novo processo civil brasileiro*, Rio, Forense, 10ª edição, 1990, p. 410.

- no âmbito administrativo, entre as muitas hipóteses dadas pelas leis, consistem em medidas cautelares a suspensão preventiva do servidor público em processo disciplinar, a sustação da execução do contrato administrativo pelo poder adjudicante etc.

Enquanto a fonte do poder cautelar do administrador está ordinariamente nas leis, a fonte do poder cautelar do juiz está na Constituição, não podendo, assim, ser obviado nem limitado por norma infraconstitucional para que não se vulnerem os princípios constitucionais da separação dos Poderes (arts. 2º e 60, § 4º, III, este posto como cláusula de perpetuação do poder constituinte originário) ou o direito de acesso à jurisdição (art. 5º, XXXV, aqui especificando o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, expresso no art. 1º, III, da Constituição).

A delibação cautelar, em qualquer de suas modalidades, tem a urgência como causa e exige a sumária cognição do tema posto como fundo da demanda. E, quanto a este requisito, legisladores, doutrinadores e juízes inocuamente se deliciam, quando não infernizam os demais, no intenso labor de nominá-lo através de expressões que nada mais são do que conceitos indeterminados, apuráveis a cada momento no caso concreto: *fumus boni iuris*, verossimilhança, probabilidade, plausibilidade.

Todos exigem a projeção do espírito do julgador na percepção da realidade fática, do trecho da História que se apresenta como suficiente para fazer incidir a norma jurídica.

A Constituição de 1988, entre os princípios garantidores do “*devido processo legal*”, alçou ao patamar supremo a norma que então estava restrita ao nível do Código de Processo Civil, extraída de seu art. 332.

Do disposto no art. 5º, LVI, da Carta Magna, extrai-se, entre outras normas, aquela que municia o decisor: “*são admissíveis no processo todas as provas lícitas*”. Derrogaram-se, desde 5 de outubro de 1988, os textos legais condicionantes ou inibidores da prova, como, tomando por exemplo o Código de Processo Civil, o que está no art. 401, e até mesmo, os efeitos legais da prova, como a revelia do art. 319, que chegou até mesmo a ser interpretada como irracional meio de restrição do poder/dever judicial de convicção sobre a causa.

Sempre motivadamente, o juiz e o administrador público estão hoje munidos de amplos poderes para a sempre difícil tarefa de apreensão histórica dos fatos que interessam à decisão.

O Estado Democrático de Direito reclama a pronta resposta dos órgãos estatais, conduzindo, cada vez mais, a atividade cautelar, posta no centro do turbilhão de conflitos que exigem solução urgente, como no conhecido caso de autorização ao Município do Rio de Janeiro para implodir edifício em ruína, ou para impor a transfusão de sangue a paciente em periclitacão de vida, embora os seus parentes, por convicção religiosa, abominem tal prática.

Mas não bastam os requisitos da plausibilidade do alegado direito e da urgência do provimento reclamado para a concessão da cautelar.

Outro requisito exsurge naturalmente dos valores jurídicos postos em conflito, a mitigar ou mesmo anular as proibições legais da irreversibilidade do provimento e da satisfatividade que, aliás, inerente a qualquer provimento judicial ou administrativo, aí deve ser considerada sempre provisória, mesmo porque do disposto no art. 811 da lei processual se extrai a *norma da responsabilidade objetiva do requerente quanto aos danos decorrentes do cumprimento da cautelar*, especificamente para o administrador público, a responsabilidade objetiva do Estado a que se refere o art. 37, § 6º, da Constituição.

O requisito da *adequada proporcionalidade entre os efeitos do provimento com a tutela do direito em periclitacão* ainda não figura expressamente no Código Processual, mas está em leis específicas sobre a cautelar contra a Fazenda Pública.

Esta aferição da proporcionalidade tem por conteúdo a valoração dos bens postos em conflito, transcendendo, aí, ao caráter econômico e chegando aos valores morais que, em determinado momento histórico, a sociedade considera essenciais para a sua existência e desenvolvimento.

Ao sopesar os valores em conflito, o decisor cruza, finalmente, a ponte de ouro entre o Direito e a Ética, pois, esta é o fundamento daquele.

“*O poder de acautelar é imanente ao julgar*”, proclamou o Supremo Tribunal Federal em conhecidas decisões (ADCM nº 4, julgada em fevereiro de 1998; Representação nº 933, julgada em março de 1975).

Na Representação nº 733/RJ, consta do voto do Ministro José Geraldo Rodrigues de Alckmim:

*“Há um poder geral de acautelamento inerente ao próprio exercício da função jurisdicional e nenhum juiz deve proferir uma sentença ou ser compelido a fazê-lo ciente de que esta não deva produzir*

*seus efeitos, ou dificilmente venha a produzi-los. Daí esse poder acautelador e geral, que é inerente ao próprio exercício da função, um dos tipos fundamentais de tutela jurídica, como a execução, como o processo de conhecimento.”*

Adotando o regime presidencialista de governo - caracterizado pela nítida separação das funções estatais - e garantindo o livre acesso à jurisdição, a Constituição de 1988 impõe aos tribunais o poder de acautelar, e este poder não pode ser limitado ou inibido pelas leis, que somente servem aos magistrados como indicador não exaustivo de seu relevante papel de árbitros dos conflitos individuais e sociais.

Nem há de se falar em descabimento da cautelar, em qualquer das modalidades em que se apresente, pelo alegado caráter satisfativo.

Como destacou o venerando mestre Galeno Lacerda, o provimento cautelar é sempre satisfativo, mas tal satisfatividade é provisória, embora de eficácia imediata, carente da ratificação que decorrerá como efeito do trânsito em julgado da decisão definitiva. Tanto é assim que a lei processual instituiu a responsabilidade objetiva do requerente, com liquidação da indenização respectiva nos próprios autos da ação cautelar (art. 811) e até mesmo admite expressamente a demolição de prédio para resguardar relevantes interesses sociais (art. 888, VIII).

A cognição cautelar, embora de natureza sumária, e, assim, sem se aprofundar nas questões atinentes ao mérito – a ser apreciado no momento processual adequado -, não afasta, e antes exige, a apreciação não exauriente das referidas questões para que não se inviabilize nem demore a decisão.

Basta se ver que a ordem jurídica infraconstitucional vincula estreitamente a cognição cautelar com a cognição definitiva mesmo porque inútil seria a concessão de cautelar a proteger situação que se mostra inviável na tutela definitiva.

A vinculação se faz através de expressões normativas de conteúdo aberto, a permitir a concretização nos casos em julgamento, através de conceitos jurídicos indeterminados, como se vê, por exemplo, no Código de Processo Civil no art. 588 (*fundamento relevante*, expressão também encontrada no art. 7º da lei regente do processo do mandado de segurança), no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, no art. 34, V (compete ao relator submeter a julgamento as medidas cautelares *destinadas a garantir a eficácia de ulterior decisão da causa*) e até mesmo no velho

Código de Processo Penal que, no art. 312, somente admite o decreto da prisão provisória se presentes suficientes elementos a indicar a autoria e a materialidade.

Tal aspecto, aliás, foi destacado pela Suprema Corte, em julgamento plenário no dia 29 de maio de 1996, no Agravo Regimental na Suspensão de Segurança nº 846-3 (DJU de 8-11-96), relator o Ministro Sepúlveda Pertence, proclamando a maioria a impossibilidade da, até então, vislumbrada cisão na apreciação dos pressupostos que autorizam a concessão da cautelar e as questões atinentes ao mérito da causa principal.

O Excelso Pretório reiterou o mesmo entendimento no Agravo Regimental à Suspensão de Segurança nº 1.149-9 (Sepúlveda, DJU de 9-5-97).

O tema já fora vislumbrado pela doutrina, como se vê em Cândido Rangel Dinamarco:

*“Falando sobre o fumus boni iuris e o periculum in mora, a doutrina não é muito precisa na colocação científica dos dois requisitos. Eles são requisitos para o julgamento daquilo que se poderia chamar mérito do processo cautelar ou são condições de ação cautelar? Chiovenda, concretista, colocava como condições da ação. Liebman coloca como mérito e nós ficamos nessa dúvida: os que colocam os requisitos como condição da ação cautelar não dizem qual é o requisito para que ela seja concedida, qual seria o mérito da ação cautelar. E os que dizem que são requisitos do mérito, não dizem quais são as condições da ação cautelar.*

*Meditando sobre isso, numa aula do curso de mestrado em São Paulo, dois anos atrás, eu sugeri que talvez (embora eu me coloque numa posição abstratista) a ação cautelar seja uma ação concreta, onde a existência do direito à cautela se confunde com as condições da ação cautelar. É também um tema a ser meditado, uma opinião que eu não apresento definitivamente, mas sobre a qual medito na busca de uma solução definitiva.”<sup>21</sup>*

O denominado *periculum in mora* decorreria do fundado temor de ocorrência de dano jurídico iminente enquanto se aguarda a tutela definitiva, ou, no dizer de Carlos Calvosa: “a ocorrência efetiva de risco de perecimento, destruição, desvio, deterioração ou qualquer tipo de alteração no estado das

<sup>21</sup> *Op. Cit.*, p. 352.

peçoas, bens ou provas necessários para a perfeita e eficiente atuação do provimento final de mérito”; o *fumus boni iuris*, segundo Willard de Castro Villar do “juízo de probabilidade e verossimilhança do direito cautelar a ser acertado”.

Ao lado dos tradicionais requisitos ou condições do provimento cautelar – a plausibilidade da pretensão e a urgência do provimento judicial – já agora a legislação e a doutrina acrescentam a necessária adequação ou proporção razoável entre o provimento cautelar e a tutela do direito em periclitção, o que foi chamado por Roy Reis Fried de *periculum in mora inverso* e que Athos Gusmão Carneiro lembrou: “*Vale colacionar, no ensejo, a norma do art. 401, do CPC de Portugal, em que o juiz é aconselhado a, ocorrentes a plausibilidade do bom direito e o perigo na demora, conceder a liminar, “salvo se o prejuízo resultante da providência exceder o dano que com ela quer se evitar”. Em suma, por vezes a concessão da liminar poderá ser mais danosa ao réu, do que a não concessão ao autor. Portanto, tudo aconselha ao magistrado perquirir prudentemente sobre o fumus boni iuris, sobre o periculum in mora e também sobre a proporcionalidade entre o dano invocado pelo impetrante e o dano que poderá sofrer o impetrado (ou, de modo geral, o réu em ações cautelares)”*.

Se a solução final do processo exige lapso temporal que se mostra excessivo e vulnerador, de um lado, do interesse público gerenciado pelo administrador, ou da dignidade da Justiça, de outro, dos direitos do administrado ou da parte em processo judicial, deverão administrador e juiz, nos limites de sua competência funcional, prover medidas que se mostrem adequadas.

### **Procedimento**

Se o processo é relação a vincular os interessados, o procedimento (ou o rito, ou o trâmite específico) é o modo pelo qual se concatenam os atos jurídico-processuais nele realizados, de acordo com as diversas fases impostas pela ordem jurídica (por exemplo, o processo de suspensão da carteira de habilitação do motorista que ultrapassou a pontuação máxima, ou o processo de desapropriação) ou, até mesmo, o modo de realização de ato processual específico (por exemplo, o rito da audiência, as fases da sentença).

Ontologicamente o processo é o caminhar, o desenvolver da atividade de decisão ou de execução.

Enquanto o processo de execução dirige-se à transformação da realidade fática no cumprimento do que se decidiu, o processo de decisão, desde o início e até o seu termo, apresenta fases que nem sempre se mostram sucessivas:

- a fase inicial, com a sua deflagração e até a impugnação dos demandados, aí se delimitando o campo cognitivo da decisão;
- a fase de saneamento ou de correção de eventuais vícios que inibam ou impeçam a decisão. A atividade saneadora, por versar sobre tema de direito indisponível, se exerce durante toda a duração do processo, mesmo porque pode este se frustrar se o vício for insanável;
- a fase instrutória, com a coleta de elementos que comprovem a situação descrita no suporte fático das normas cuja incidência se propõe no processo. A atividade probatória, pelo princípio constitucional decorrente do disposto no art. 5º, LVI, da Constituição, também não se submete à disponibilidade do direito dos interessados, embora estes tenham os ônus de indicar ou produzir as provas nos termos das normas que regulam o procedimento;
- a fase decisória, que compreende as manifestações dos interessados e a decisão que se buscou pelo processo.

O mandamento constitucional da celeridade na tramitação do processo e de sua razoável duração vai incidir quando se constata, em determinada relação processual, que a realização de seus atos se mostra desarrazoado, conduzindo à ultrapassagem das fases e dos atos que não se mostram essenciais para a descoberta da verdade<sup>22</sup> e para a eficácia da decisão.

Evidentemente, juiz e administrador deverão sempre motivar suficientemente as suas decisões, ainda quando vertam sobre temas processuais.

Assim, se a diligência probatória se mostra inútil ou procrastinatória, deve a mesma ser abandonada, como, aliás, já está no art. 130 do Código de Processo Civil.

Se o recurso é manifestamente improcedente, desnecessário que o relator o submeta ao colegiado (art. 557 do Código de Processo Civil).

---

<sup>22</sup> O processo administrativo está também submetido às regras gerais do processo e, no tema probatório, pode e deve - embora o administrador público (salvo a comissão parlamentar de inquérito, pelo que está no art. 58, § 3º, da Constituição) não tenha os mesmos poderes de investigação das autoridades judiciárias - se servir do belíssimo e sempre esquecido axioma constante do art. 339 do Código de Processo Civil, a instituir o dever coletivo de colaboração no processo: "Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade".

Se o candidato à pensão previdenciária ou à carteira de habilitação de motorista já preencheu todos os requisitos, não há porque não se proceder ao deferimento e à execução dos atos necessários à implementação do direito.

Se a autoridade judiciária ou administrativa designou audiência ou exame pericial para tempo longínquo, sem que a tal fosse impelida por justificável (e declarado) império das circunstâncias, medidas deverão ser adotadas pela mesma ou por autoridade superior para que os entraves sejam vencidos, porque é direito do cidadão a celeridade na tramitação do processo.

Enfim, o complexo universo de casos ocorrentes ou a ocorrer somente poderá ser confrontado com a incidência da norma protetiva em cada caso concreto, mediante decisão - ainda de ofício, ressalte-se - devidamente motivada, pois tal decisão desafiará os recursos pertinentes em face do princípio inscrito no art. 5º, LV, que, aliás, não protege só o demandado, mas a todos os interessados.

### **Razoabilidade**

Não é por ser discricionária que se pode admitir que a atividade estatal seja desarrazoada, arbitrária ou caprichosa e que os meios escolhidos por ela não tenham um real e substancial nexos com o objetivo que se tenciona atingir.

Através da fundamentação ou motivo do ato administrativo ou judicial, poderá haver o controle interno e externo da razoabilidade do ato, isto é, se o motivo apresentado é razoável, conveniente e legítimo.

Se herdamos o *judicial control* americano com a República, por obra e graça do esforço de Rui e dos positivistas, infelizmente nossos juristas continuaram com a forte tendência privatista que lhes inculcou o sistema românico-germânico, agravado pelo autoritarismo positivista e pelo dogmatismo católico que inspiram a nossa cultura.

Fomos e somos mais positivistas que os patrícios de Augusto Comte, pois embora adotem o sistema de jurisdição dual, afastando do Poder Judiciário o controle dos atos estatais e o submetendo ao Conselho de Estado, nem em França existe a ampla atuação que se vê em nosso país do chamado “poder discricionário”.

É o que Rivero nos noticia:

*“O controle do juiz, sendo um controle da legalidade, pára onde ela pára; não se estende, pois, ao poder discricionário, que depende da apreciação de oportunidade, estranha à missão do juiz.*

*Todavia, convém não esquecer que o juiz cria regras de direito: portanto, pode, onde a lei escrita nada impunha, subtrair ao poder discricionário certos elementos do acto, submetendo-os a uma regra jurisprudencial. Na prática, o Conselho de Estado, por esta via, reduziu consideravelmente a zona do poder discricionário. É o seu verdadeiro regulador, consoante estenda mais ou menos o seu controle sobre uma outra categoria de atos. Veremos que chega mesmo a exercer, em certos domínios, sob a aparência de um controle da legalidade, um verdadeiro controle de oportunidade, esbatendo assim, na prática, o traçado que separa as duas noções.”*

Perquire-se se o ato discricionário é razoável pela confrontação dos elementos de motivo e objeto com a situação concreta para o qual se dirige. No exercício, por exemplo, do poder disciplinar, a discricionariedade do administrador reside na apreciação dos elementos fáticos probatórios e na aplicação da pena. Tanto o julgamento das provas como a aplicação da pena exigem uma certa discricionariedade que não se confundem, em absoluto, com o arbítrio, pois as soluções apresentadas devem guardar relação com o contexto fático, o interesse da Administração e a pertinência objetiva e subjetiva com a razoabilidade.

A lógica do Direito é a lógica do razoável (na expressão de Recasens Siches) - não há legalidade sem razoabilidade.

Enquanto os tribunais americanos empreenderam com mais desenvoltura a apreciação dos atos estatais, desde Marshall, em 1803, construindo a teoria do controle da constitucionalidade das leis em face da constituição rígida, até a época moderna, com a apreciação da discricionariedade administrativa, nossos tribunais só têm um século de atividade jurisdicional de apreciação dos atos administrativos, o que começaram a fazer com a República - no entanto, na interpretação das normas jurídicas, não podem esquecer as palavras de Gustav Radbruch:

*“A interpretação jurídica não é pura e simplesmente um pensar de novo aquilo que já foi pensado, mas, pelo contrário, um saber pensar até o fim aquilo que já começou a ser pensado por outro. Sem dúvida, ela parte da interpretação filológica da lei; mas para ir mais além dela.”*

Humberto Quiroga Lavié ensina:

*“El principio de supremacía de la Constitución se mueve sobre un pivot fundamental: los actos constitucionales propios de cada uno de los poderes del Estado deben ser razonables, pues si no lo son, serán inconstitucionales. Al requisito de razonabilidad se lo denomina el debido proceso legal: los actos constitucionales son razonables si son producidos respetando el debido proceso legal.”* (p. 447)

O mesmo mestre esclarece que o “devido processo legal” é encarado, também, sob os prismas formal ou adjetivo (*“los actos constitucionales de cada poder del Estado deben formarse respetando los procedimientos establecidos por la norma constitucional que le otorga validez*) e no sentido material ou substantivo (*aquí la incompatibilidad entre la Constitución*) (o norma superior) y las leyes (u otras normas inferiores frente a las que le otorgan validez) se produce en virtud de que las normas inferiores (leyes, decretos, sentencias o actos, según el caso) violentan el sentido común establecido en las normas superiores (el sentido de justicia que en ellas alberga): de este modo se vulnera la razonabilidad que debe ostentar toda norma para pretender vigencia. No se violan las formas procesales sino la cuestión de fondo resulta por el derecho “. (p. 460)

Interpretar juridicamente é buscar a razão.

### **Limitação da discricionariedade pela razoabilidade**

O Supremo Tribunal Federal, por sua 2a. Turma, julgando o Recurso Extraordinário nº 111.411-8, RJ, Relator o Ministro Carlos Madeira, considerou injurídico o “julgamento de consciência” por membros de Comissão de Inscrição de Concurso de Magistratura, em que os candidatos eram submetidos a julgamento secreto, sem motivação, dos requisitos de irrepreensibilidade da vida pública e privada e da capacidade física e mental para o exercício das funções judiciais. Consta da decisão:

*“De sobra, além de inconciliável com a exigência constitucional do concurso público e com o princípio de isonomia que a inspira, a eliminação de candidatos, mediante “julgamento de consciência” de uma comissão administrativa - por mais qualificada que seja a sua composição - esvazia e fraudava outra garantia básica da Constituição, qual seja, a da universalidade da jurisdição do Poder*

*Judiciário. Tanto vale proibir explicitamente a apreciação judicial de um ato administrativo, quanto discipliná-lo de tal modo que se faça impossível verificar em juízo a sua eventual nulidade. Certo, admite a Lei Orgânica da Magistratura Nacional que os candidatos à magistratura de carreira sejam “submetidos a investigação, relativa aos aspectos moral e social (...) conforme dispuser a lei” (art. 78, § 2º). É, assim, inegável - à falta de tipificação dos fatos que, apurados na investigação, devam induzir à eliminação do candidato - que esta haverá de fundar-se numa valoração negativa de predicados pessoais, necessariamente colorida de certo grau de discricionariedade. Mas, é também patente que a discricionariedade do ato não elide, em nosso sistema, o controle jurisdicional da inexistência material e da inadequação jurídica de seus motivos, assim como do eventual desvio de finalidade (Lei nº 4.717/65, art. 2º, parágrafo único, “d” e “e”). Ora, o sistema da norma regulamentar impugnada inviabiliza esse controle, na medida em que dispensa, não só a motivação conceitual do ato, mas também a própria existência de motivos - o que é intolerável - ou, pelo menos - o que é equivalente - torna inviável a revelação ao Judiciário dos motivos em que se haja fundado o ato. De qualquer sorte, portanto, impossibilitando a verificação judicial de vícios que o maculem, ainda quando de fato existentes.”*

A razoabilidade foi o fundamento de decisão do Tribunal Federal de Recursos, pela 1ª Turma, Remessa “ex officio” nº 110.873-DF, relator Ministro Washington Bolívar, acórdão publicado em 26 de fevereiro de 1987:

*CONCURSO PÚBLICO. DELEGADO DE POLÍCIA. PROVA DE ESFORÇO. TESTE DE COOPER. Candidato que comprovou gozar de boa saúde física e psíquica, nos termos do art. 9º, inciso V, da Lei nº 4.878, de 1965. A prova de esforço físico deve ser aferida nos termos legais e de forma razoável, pois Delegado manda e os agentes, em regra, é que executam as ordens; trabalha, usualmente, em gabinete e dificilmente, mesmo em diligência, teria ele próprio de sair correndo atrás de delinquentes. Precedentes do TFR. Remessa de ofício denegada.”*

Enquanto no ato vinculado a fundamentação emerge do próprio contexto fático, não dando ao administrador nenhum campo de escolha,

no ato discricionário a lei concede ao mesmo administrador certas opções quanto ao objeto (fazer isso ou aquilo) ou quanto à causa (pode ser feito assim quando ocorrer isso ou aquilo).

A discricionariedade não significa, no entanto, que a escolha seja desarrazoada, inconveniente, imprópria ou mesmo contrária à finalidade do ato.

Para controlar a atividade discricionária, seja pela própria Administração Pública, seja em Juízo, é necessário que haja fundamentação em que o administrador exponha os fundamentos de fato e de direito que o levaram à atividade administrativa.

Somente com a motivação é possível o controle da razoabilidade do ato. Sem motivação, não há discricionariedade, mas ilegítimo arbítrio.

O antes citado Humberto Quiroga Lavié anota os requisitos que têm sido colocados, em seu país, como uma série de requisitos procedimentais constitutivos do devido processo administrativo:

- a) que sede administrativa la defensa en juicio debe ser contemplada com criterio amplio y no restrictivo, no ser una apariencia formal, ni caer en la mera formalidad de la citación de los litigantes;*
- b) que el trámite administrativo no debe transformarse en una ritualidad, rutinaria y externa (Gordillo);*
- c) que dicho trámite debe practicarse de oficio, aunque el interesado no lo solicite (Gordillo);*
- d) que el trámite debe gozar de publicidad;*
- e) que los litigantes deben tener oportunidad de expresar sus razones antes de la emisión del acto administrativo, y derecho a que sean considerados en forma expresa sus argumentos, a hacerse patrocinar por letrados, a ofrecer y producir prueba de descargo, a producir la prueba propuesta, a controlar la producción de la prueba hecha por la administración;*
- f) que la administración debe decidir expresamente las peticiones y fundas las decisiones, analizando los puntos propuestos por las partes.” (op. cit., p. 452)*

Jean Rivero observou que, em França, se estava o Juiz obrigado a fundamentar suas decisões, não havia a mesma obrigatoriedade para a Administração Pública, salvo expressa disposição legal nesse sentido. Contudo,

após evolução do Conselho de Estado, chegou a Lei de 18 de julho de 1979 que dispõe sobre o dever de mencionar no corpo da decisão as considerações de direito e de fato que fundamentam a decisão, referindo:

*“- a todas as decisões individuais desfavoráveis, tais como medidas de polícia ou restritivas das liberdades, sanções, revogação ou ab-rogação de uma decisão criadora de direito...*

*- às decisões individuais que importam derrogação duma regra geral. Em todos estes casos, a não-motivação acarreta a ilegalidade da decisão por vício de forma. Só não é assim quando um segredo protegido pela lei (segredo de defesa nacional) proíbe a revelação dos motivos, quando a extrema urgência constitui um obstáculo, ou ainda quando se trata duma decisão implícita resultante do silêncio da Administração. Mas, nestes dois últimos casos, o autor de uma decisão deve, a requerimento do interessado, torná-lo, num prazo dum mês, ciente dos motivos”.* (p. 115)

Da exigência de fundamentar a decisão, o que decorre do aspecto formal do princípio do devido processo legal, é que sobrevém o aspecto material, também denominado princípio da razoabilidade - não basta uma motivação, mas deve ela ser factível, razoável, verdadeira.

Sem fundamentação explícita dos atos do Poder, não há como controlá-los.

Bem se vê, daí, que a nova redação constitucional, mais que mera declaração de direito, se mostra adequada ao patamar cultural e jurídico que atingimos neste final de século. ◆

# DUPLICIDADE DE ARREMATAÇÕES

SEVERIANO ARAGÃO  
Desembargador TJJ/RJ

## I - ARREMATAÇÃO

**A)** A situação é encontrada, ante a concorrência de Justiças Especializadas, Federal e do Trabalho, gerando pendengas de delicada solução.

**B)** A dicotomia praça/leilão, que exsurge do CPC vigente não parece muito edificante, pois ambas constituem a HASTA PÚBLICA, a alienação judicial, ou expropriação involuntária.

Disso resulta a falta de uniformidade doutrinária, como assinalado por José Antonio de Castro (*in Execução no CPC* - Saraiva - 3. ed. 1983, Caps. XXIV e XXV, pp. 375 segs.), *in verbis*: “Hoje a praça é realizada no átrio do fórum (art. 686 parágrafo 2º) (...), havendo de ter publicidade essencial (...), relativamente a imóveis (C.C, arts. 43 e 46 e CPC, art. 687)”. Apesar de entendimento doutrinário oposto de Alcides de Mendonça Lima, de que a “1ª hasta é sempre praça, e a 2ª, leilão”, a lei mudou, e como rebateu Athos Gusmão Carneiro, “se infrutífera a praça, far-se-á em segunda praça, também pelo Porteiro de Auditórios (*rectius*, leiloeiro judicial)”.

“Há dois leilões, o primeiro por lance não inferior à avaliação (art. 686, VI) e o segundo, a qualquer preço, não considerado vil (art. 692). O local do leilão é aquele onde estiverem os bens ou no designado pelo juiz” (art. 686 parágrafo 2º).

Afinal, se acha superada a possibilidade lícita de se atribuir a leiloeiro público a alienação de bens em geral, móveis, semoventes, imóveis, créditos e direito e ação - “A regra do art. 697, CPC, é simplesmente dispositiva, não tendo o condão de retirar do juiz a possibilidade de determinar a realização de leilão, para alienação de imóvel penhorado” (Ac. un., 7ª C.- 1º TARJ-, de 08-05-85, no M.S. 2607, rel. Juiz Torres de Melo, *in CPC Anotado*, de Humberto Theodoro Júnior- 3. ed., Forense, 1997, p. 315). Registre-se, como fez Theotonio Negrão (CPC e Leg. - 29. ed.: Saraiva, 1998,

p. 549) que o art. 23 da LEF atribui a hasta pública ao leiloeiro público. Reporta-se Alexandre de Paula *in CPC Anotado* – v. 3, 7. ed.: RT- 1998, 2887 e ATA-RJ, 25-135, acórdão da 8ª Câmara, TACIVRJ, de 23.08.95, Ap. 4066/95, rel. Juiz Amorim da Cruz, *in verbis*: “Discussão, hoje já enfadonha, quanto à obrigatoriedade da aplicação do art. 697 do CPC, para alienação de imóveis penhorados em praça. Nesta altura, a jurisprudência já se tornou pacífica de que tal norma não é absoluta. Como conseqüência, É PACÍFICA A POSSIBILIDADE, a critério do Juiz, de VERIFICAR A CONVENIÊNCIA DA ALIENAÇÃO JUDICIAL em leilão ou praça, decorrente da aplicação dos arts. 704 e 706, CPC”.

**C)** Sabendo-se que a regra do art. 697 do CPC não é imperativa, mas dispositiva e lacunosa, frente ao sistema, se comparada com os arts. 705, 706, 607-II e 1112 CPC, tem-se que é válido o leilão de bens móveis ou imóveis. Em tese, se aplica à Justiça do Trabalho a regra da **duplicidade** de licitações, a **1ª**, em praça (pelo serventuário designado) e a **2ª** por leiloeiro público. Sem dúvida, pode o Juiz trabalhista deferir ou ordenar a **DUPLA LICITAÇÃO** por leiloeiro público, preservados os princípios de economia e segurança técnica (liceidade).

**D)** As arrematações, como se extrai da agenda doutrinário-jurisprudencial, podem ser desfeitas: **D1)** *Ex officio* ou por provocação de interessados, nos casos de vícios de nulidade, preço vil, ou inobservância de formalidades essenciais (arts. 694, 698, 699, 687 § 5º, 84 e segs. CPC); **D2)** Embargos à arrematação e à adjudicação (art. 746, CPC); **D3)** Ações anulatória (*actio nullitatis*), na ausência de embargos meritórios (art. 486 CPC); rescisória, quando houver sentença de mérito nos embargos (art. 485, CPC); e **D4)** Embargos de terceiro (art. 1046, CPC).

**E)** Vale a pena lembrar a tendência da doutrina em remeter as partes à via autônoma, para discutir matéria relativa à transferência do **bem imóvel** arrematado, “após a transcrição da carta de arrematação”. Certos vícios de nulidade podem ser apreciados, nos autos da execução antes do registro fundiário.

No tocante à arrematação de **bens móveis**, pode ocorrer seu extravio, desaparecimento, redução, a impedir a **tradição** ao arrematante.

*In casu*, parece-nos que a melhor solução, diante da alienação judicial de coisa inexistente, é considerar a carência de *elementa essentialia* e desfazer *ex tunc* a arrematação.

A jurisprudência reflete bem este ponto de vista:

**a)** “Não operada a tradição, a arrematação não se completa, podendo ser desfeitos os atos praticados até então. Não teria sentido fazer-se o arrematante movimentar o aparelhamento judiciário para exigir indenização do depositário dos bens (...)” (*in JTACSP* - ed. Lex, 59/143);

**b)** “Não se tendo operado a tradição, como ocorreu na hipótese, a arrematação, como transferência coativa não se completou, e, portanto, os atos praticados podem, ser desfeitos, independente de quais formalidades (...). O arrematante cumpriu a sua parte e depositou o valor do lance” (AI 97.657 - 2 Diad, *in Lex* 97/276-7).

**c)** Prof. Clito Forniciari Jr. (*in Rev. Processo* nº 06 - 1977, p. 122) ensina: “É evidente que o arrematante tem direito de pleitear do credor a devolução do preço...”.

**d)** “Arrematação - O arrematante tem direito ao seu equivalente em dinheiro, se não encontrada a coisa em poder do depositário” (AI 20183 - 2ª C - TACIVRJ - rel. Juiz Áureo Carneiro, j: 26-06-80);

**e)** “Arrematação - Nulidade - art. 694 - I, CPC (...). A nulidade da arrematação pode ser obtida através de simples desfazimento do ato, sem necessidade de processo especial. Se a coisa penhorada e levada à praça já não mais existia é evidente à nulidade do ato de arrematação” (APC 72.054 - 2 -SP - TJSP - em 26.08.85 - Lex 98, pp. 204/5).

Como preconizou J. Frederico Marques (*in Manual de Dir. Pr. Civil* - 04/182, ed. 76, Saraiva) “a arrematação só se aperfeiçoa com a tradição” de bens móveis (RT: 584/107 e 525/143), tudo a engendrar causa de **nulidade** do ato (art. 694 § único, I, CPC).

## II - DUPLA ARREMATAÇÃO

Pode ocorrer, especialmente, em **sedes** jurisdicionais de especialização diferida, como entre a Justiça Comum, a Trabalhista, a Federal Comum, o fenômeno da dupla arrematação. O regime dinâmico e simplificado do processo especial pode ensejar problemas.

**A)** Theotonio Negrão (CPC e Leg. Proc. - 29. ed. Saraiva - 98) assina-la: “Havendo duas praças do mesmo bem, em processo distintos de execução, DEVE PREVALECER aquela CUJA CARTA DE ARREMATAÇÃO OU DE ADJUDICAÇÃO FOI REGISTRADA EM PRIMEIRO LUGAR” (v. JTACIVSP - 141/157).

**B)** “É nula a segunda arrematação, feita em execução diversa daquela em que ocorreu a primeira. Neste caso, enquanto o segundo processo esti-

ver, em curso, poderá a arrematação ser desfeita, PORQUE A PRIMEIRA prevalece sobre a arrematação posterior” (STF - 3ª Turma - REsp; 12.439.0 MG, rel. Min. Costa Leite, j. em 08.02.94, in DJU 23.05.94, p. 12.603).

**C)** Em tese, *ex vi legis* (arts. 612 e 709 - I CPC), tem o credor singular direito de preferência pela penhora. Se esta foi devidamente registrada e se recaiu sobre imóvel, é possível reconhecer a preferência pela penhora.

Se não houve registro desta (art. 659 § 4º CPC), então se justifica validar a arrematação, não eivada de nulidade, realizada e registrada em primeiro lugar, remetendo-se outros questionamentos para a via autônoma desconstitutiva.

Tomando o Juiz conhecimento de arrematação anterior, deverá suspender o processo para a solução do incidente.

Na prática, v.g., se existem duas arrematações, cumpre ao Juiz verificar qual delas deva prevalecer. Se entende que é a do seu Juízo, pode **suspender** o processo, reduzindo os prejuízos, inclusive do arrematante, até que os interessados anulem a outra. O que não deve é ignorar outro **ato judicial** concorrente. Se toma conhecimento o Juiz de segunda arrematação, que se imponha sobre a do seu Juízo, deve, incontinenti, desfazer a que presidiu, restaurando o *statu quo ante*, para evitar prejuízos às partes ou terceiros.

**D)** Em **prol** da arrematação mais antiga, ou levada a efeito em primeiro lugar, costuma-se invocar o art. 37 *caput* da C.F., quanto à eminência e presunção de validade dos **atos judiciais**.

**E)** Não havendo registros da penhora ou da carta de arrematação, talvez se possa admitir a incidência do princípio **prior in tempore potior in jure**, beneficiando o primeiro arrematante e, ainda que derrube este quem penhorou primeiro (art. 612, CPC). É que certas irrivalidades não tangenciam gravames às partes, calhando salvar o **ato** em obséquio à sua *causa finalis*.

**F)** Anote-se que, se houver execução de credor com **privilégio legal** (“título legal à preferência” - art. 711 *caput* CPC) penderá a balança para o seu lado, perdendo o credor singular sua preferência em nível processual. Em verdade, se houver bens “com privilégio ou preferência, instituído anteriormente à penhora” ( art. 709 - II CPC), isto afastará a preferência do que penhorou primeiro.

Veja-se, a propósito, este acórdão, citado por Theotonio Negrão (nota 2, ao art. 711, *op. cit.*):

“Sendo o mesmo bem penhorado em Juízos diferentes, **deve prevale-**

**cer a primeira arrematação** efetivada, mesmo decorrente de ato construtivo que não seja o primeiro. O produto da arrematação é que há de ser distribuído, com observância da anterioridade das penhoras, respeitadas as preferências fundadas no direito material” (RTFR 159/37). Neste sentido: RF 320/156.

**G)** Resulta da subsidiariedade das normas do CPC que as execuções trabalhistas seguem o sistema da duplicidade de **licitações**, como se vê da Súmula 128 - STJ - “Segundo leilão - Na execução fiscal haverá segundo leilão, se, no primeiro, não houver lance superior à avaliação”.

No tocante à noção de **preço vil**, como causa de nulidade e desfazimento da arrematação, parece se deva observar a norma branca do art. 692 CPC, que o considera instituto econômico e não jurídico, deferido à prudência e discricção do juiz, costumando-se validar lances superiores a 60% do valor real do bem, como previa o art. 37 do revogado D.L. 960/38. Como **valor real** se deve considerar a **avaliação** atualizada monetariamente.

**H)** Pontofinalizando estas notas, lembramos que a constatação da **dupla arrematação** do mesmo bem engendra **prejudicialidade**, a ser resolvida, com a suspensão de eventuais processos em curso. Se isso não for possível, os interesses prejudicados serão resolvidos em lides autônomas, como derradeiro amparo, a teor dos arts. 574 e 588 - I, CPC.

O que não devem os julgadores, diante de **atos judiciais** conflitantes, é se omitirem, na sanatória rápida de **vícios** ou **nulidades** no processo. Não podem os magistrados “lavar as mãos, como Pilatos”. ◆

# **MANDADO DE SEGURANÇA**

## **(DECADÊNCIA DA IMPETRAÇÃO E ERRÔNEA INDICAÇÃO DA AUTORIDADE IMPETRADA NÃO CONSTITUEM ÓBICES INTRANSPONÍVEIS À COGNIÇÃO DA CAUSA)**

**CRISTINA GUTIÉRREZ**  
*Juíza de Direito TJ/RJ*

### **Direito constitucional processual. Mandado de Segurança. Autoridade impetrada. Indicação errônea. Prazo decadencial de ajuizamento.**

A indicação errônea da autoridade impetrada, em se tratando de mandado de segurança, não conduz, necessariamente, à extinção do processo, incumbindo ao magistrado as providências para o aproveitamento do procedimento: a uma, por constituir o mandado de segurança poderoso instrumento constitucional de proteção dos direitos fundamentais, não podendo ser limitado por lei infraconstitucional; a duas, porque a complexa estrutura dos órgãos administrativos fazendários dificulta a exata identificação, pelo administrado, da autoridade coatora; e, a três, porque os princípios da efetividade e da economia processuais exigem do juiz, em tais casos, a correção do ato.

#### **Prazo decadencial de ajuizamento.**

O mandado de segurança - poderoso instrumento de proteção dos direitos fundamentais instituído pela Constituição - é imune à limitação por norma infraconstitucional, mostrando-se ineficaz o comando contido no art. 18 da Lei nº 1.533/51 ao criar o prazo decadencial de 120 dias como condição temporal para o ingresso da demanda.

#### **I. PRAZO DECADENCIAL**

A alegação de decadência não deve conduzir à extinção do processo, sob pena de vulneração à Constituição Federal.

Não se pode anuir com o disposto no art. 18 da Lei nº 1.533/51, que desarrazoadamente criou um prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias para a impetração do *mandamus*.

O Mandado de Segurança, da mesma forma que o *habeas corpus* - de quem hauriu suas origens - instituídos pelas Constituições como verdadeiros instrumentos de proteção dos direitos fundamentais, não podem ser limitados por norma infraconstitucional, ao criar condição temporal para o ajuizamento da demanda.

Adere-se, assim, ao percuciente entendimento do Ministro Carlos Mario Velloso, ainda sob a égide do ordenamento jurídico anterior, na célebre obra **Cinquenta Anos de Mandado de Segurança**, elaborada pela equipe da Biblioteca do Tribunal de Justiça do RS, 1986, p. 63, que se transcreve:

*“... Seria constitucional, voltando ao problema da decadência, o prazo estabelecido no art. 18 da Lei nº 1.533?”*

*A Constituição Federal estabelece os pressupostos do **mandamus**, e não estabelece prazo para o exercício da ação constitucional. A lei infraconstitucional, a lei ordinária é que assim procedeu.*

*...Creio que chegou o tempo de rever esta questão, que parece que ficou pacífica na jurisprudência, quando o Supremo anunciou a Súmula 430, a respeito da decadência. Hoje nós, os juízes, temos reconhecido a decadência com tranqüilidade, mas acho que é em momentos como este que devemos suscitar as discussões. Acho que devíamos voltar a discutir o tema. Realmente, não sei por que se entendeu de fixar este prazo.”*

Trancrevem-se, outrossim, as lições do Ministro Seabra Fagundes, retificando posição que adotara anteriormente, como declarou na mesma conferência em que o hoje Ministro da Suprema Corte expôs o seu pensamento, p.66:

*“... Mas escrevendo esse trabalho para Salvador, trabalho que não concluí, terminei fazendo um esquema, mas numa das páginas que eu escrevi, eu sustentava, e fico muito contente com isso, o seu ponto de vista, de que a decadência não é compatível com o teor do texto constitucional que institui o Mandado de Segurança. Então, eu me*

*retifiquei em relação ao livro. E até digo que, a exemplo do **habeas corpus**, para cuja impetração nunca há decadência, para o Mandado de Segurança também não deveria haver. Até porque o Mandado de Segurança veio na esteira do **habeas corpus**. A sua origem, em termos escritos da Constituição, é o **habeas corpus**. A Constituição de 1934 diz que o processo será o mesmo do **habeas corpus**. Então, se no **habeas corpus** nunca houve a preclusão, nunca se conheceu de prescrição nem decadência para a impetração do **habeas corpus**, não há porque conhecê-la em relação ao Mandado de Segurança. Na prática isso não tem tanta significação, porque aquele que tem o direito líquido e certo não vai aguardar por anos, por tanto tempo para utilizar-se disso. Mas pode muito bem acontecer que, por uma melhor reflexão sobre o texto aplicável, pela sugestão de um advogado que apareceu, pelo caminho, o titular do direito diga: não, eu acho que posso defender esse direito com Mandado de Segurança. E que mal há nisto? Que mal há em abrir, por mais algum tempo, a possibilidade de defender um direito que só ocorreu que era líquido e certo, depois de algum treinar através da vida do titular do Direito? Assim, eu hoje estou convertido a esta idéia. Fiquei muito feliz quando ouvi a sua opinião em exposição bem posta, como aliás em tudo que disse aqui.”*

Mais tarde, finalizando, o Ministro Carlos Mário Velloso lembrou que o prazo estabelecido no art. 18 da Lei nº 1.533/51 é destituído de razão científica, pois: “*O prazo mencionado é, na verdade, arbitrário. Fixado na doutrina e na jurisprudência, o conceito de direito líquido e certo que autoriza o ajuizamento do writ – incontrovertidos os fatos ou provados estes documentalente, é possível o aforamento da segurança - o prazo de 120 dias não se justifica (cf. a declaração de voto no Ag. Reg. Ao MS nº 21.356-6, STF, Pleno, Relator o Ministro Paulo Brossard, julg. em 12.09.1991)*”.

## II. AUTORIDADE IMPETRADA

Da mesma forma, a indicação da autoridade impetrada, em mandado de segurança, é tema ainda tormentoso na doutrina e na jurisprudência.

Usualmente a indicação errônea do pólo passivo da relação processual, acarreta a extinção do feito sem julgamento do mérito, face à ilegitimidade passiva *ad causam*. Contudo, em se tratando de Mandado de Segurança, tal

diretriz deve ser vista *cum granum salis*, permitindo ao magistrado corrigir tal irregularidade. A uma, por ser o Mandado de Segurança instrumento constitucional de proteção dos direitos e garantias individuais, não podendo ser limitado por lei infraconstitucional. A duas, porque a própria estrutura dos órgãos administrativos fazendários, dada a sua complexidade, dificulta a exata identificação, pelo administrado, da autoridade coatora. A três, porque os princípios da Efetividade e Economia Processuais, que devem nortear o aplicador da lei, conduzem, em tais casos, à correção do ato, aproveitando-se a impetração porque o Processo é instrumento e não fim do Direito.

Balizam tal entendimento, dentre outros, os ensinamentos do mestre Hely Lopes Meirelles, em sua célebre obra **MANDADO DE SEGURANÇA, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data**, Malheiros Editores, 16ª ed, p. 47, *in verbis*:

*“Muito se tem discutido e os tribunais ainda hesitam - se a errônea indicação da autoridade coatora conduz à carência da impetração ou admite correção para o prosseguimento do mandado contra o verdadeiro coator. Sustentamos que o juiz pode - e deve - determinar a notificação da autoridade certa, como medida de economia processual, e, sendo incompetente, remeter ao juízo competente (CPC, art. 113, § 2º). Isto porque a complexa estrutura dos órgãos administrativos nem sempre possibilita ao impetrante identificar com precisão o agente coator, principalmente nas repartições fazendárias que estabelecem imposições aos contribuintes por chefias e autoridades diversas.”*

Tal medida se impõe, mormente quando o próprio magistrado, muitas vezes, determina, equivocadamente, a retificação do pólo passivo.

Outra situação que merece enfoque é aquela em que o magistrado, ao determinar a retificação do pólo passivo da demanda, por ilegitimidade da parte, verifica não ser o competente para conhecer do processo. Indaga-se: qual a solução? Extinguir o processo sem julgamento do mérito, face à ilegitimidade passiva ou remeter os autos ao Juízo competente?

O Supremo Tribunal Federal, em decisão unânime de seus pares, concluiu que é vedado ao magistrado corrigir de ofício o pólo passivo bem como remeter, em tais circunstâncias, os autos ao Juízo competente, devendo ser extinto o processo sem julgamento do mérito, por ilegitimidade

*ad causam*. É o que se colaciona nos arestos: RMS 22496, D.J.U.. pub. em 25.04.97; RMS 21647, D.J.U. 01.08.94; RMS-21362, RTJ-141/478, MS-21000, RTJ-134/1085, RMS-21444, RCL-350, RTJ-136/464, MS-20923, RTJ-130/641, MS-20752, RTJ-133/247, MS-20833, RTJ-141/798....

O tema, contudo, ao que parece, não é uniforme no próprio Supremo Tribunal Federal. Ressalta-se o entendimento oposto, a demonstrar a prevalência dos princípios da Economia e da Efetividade Processuais, ementa de decisão Plenária, unânime, Relator o eminente Ministro Moreira Alves (MS 21683, pub. em 16.12.94, D.J.U., pp-34886).

No mesmo sentido (MS 22226/96, TPMin-156, pub. em 11.10.96, D.J.U. em 11.10.96, pp 38502; MS 21462, MS21466, RTJ-141/1.023.

O Superior Tribunal de Justiça vinha entendendo, até aproximadamente o ano de 1995, pela extinção do processo sem julgamento do mérito, evoluindo, mormente de 1997 em diante, para admitir, como entende esta signatária, tanto a possibilidade de correção de ofício, pelo Juiz ou Tribunal, do pólo passivo, em caso de ilegitimidade da parte, como a conseqüente remessa dos autos ao Juízo competente. Veja-se CC 11606/RS, D.J.U. em 13/03/1995, pg. 05241; CC 3470-DF, CC 8700-SP; MS 5252, MS5257, pub. em 25.02.98, D.J.U.pg.00006, MS 5694, pub. em 26.10.98, pg. 00005, MS 5695 e 5738, D.J.U. 03.11.98, pg. 00006...

Forçoso concluir, assim, que a alegada decadência do direito à impetração do *mandamus*, bem como a indicação errônea da autoridade impetrada - sendo o Mandado de Segurança poderoso instrumento constitucional de proteção dos direitos fundamentais que não pode ser limitado por lei infraconstitucional - não devem conduzir à solução de negar-se a eficiente entrega da prestação jurisdicional. ◆

# EXECUÇÃO NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS\*

LUIS FELIPE SALOMÃO

*Juiz de Direito TJ/RJ*

## 1. INTRODUÇÃO

Antes de iniciar o texto relativo à execução nos Juizados Especiais Cíveis, peço licença para aludir a uma peça de Shakespeare, denominada **O Mercador de Veneza**, que servirá como fio condutor para o tema que se pretende expor.

Shylock era agiota, odiado por todos que residiam em Veneza. Antônio, bem conceituado mercador na mesma cidade, criticava Shylock por sua usura e crueldade.

Certa ocasião, para ajudar um amigo que estava apaixonado e precisava de dinheiro para se casar, Antônio tomou emprestado três mil ducados do agiota. Este exigiu que fosse assinado um documento no qual ficava estabelecido que se a dívida não fosse paga, Antônio teria que entregar uma libra de sua própria carne.

Os navios do mercador Antônio naufragaram e a dívida estava vencida.

Shylock exigiu o cumprimento da avença. A esposa de seu amigo, de nome Pórcia, quis pagar a dívida, mas o agiota não aceitou.

Shylock ingressou na Justiça para obter a execução do contrato.

Durante o julgamento, Pórcia apareceu disfarçada e tornou-se advogada de Antônio. Ela alegou que o contrato realmente deveria ser cumprido. No entanto, não havia previsão para que uma única gota de sangue fosse derramada. Shylock deveria extrair uma libra de carne, e não mais que uma libra, sem derramar uma única gota de sangue.

O Juiz acolheu as ponderações da defesa de Antônio e confirmou que o contrato não podia ser cumprido daquela forma. Shylock ainda perdeu metade de seus bens para Antônio e a outra metade para o Estado.

---

\* Palestra proferida no V Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor, organizado pelo Brasilcon, em Minas Gerais, de 2 a 5/05/2000.

O vencedor da demanda, que obtém um título executivo judicial (ou extrajudicial, que a lei confere especial valor), não pode deixar de receber o que lhe é devido.

Na peça de Shakespeare, a metáfora gira em torno de uma execução contratual espúria e conecta o tema da equidade.

Nas execuções dos julgados, o demandante vitorioso pretende obter, sempre, aquilo que ganhou com a sentença (ou com o título extrajudicial), nada além ou aquém.

Contudo, de todos os pontos que emperram a prestação jurisdicional nos Juizados Especiais, talvez o momento da execução reflita-se no principal gargalo a ser combatido.

A prática do “ganha mas não leva” deve ser varrida do dia a dia forense, identificando-se as causas dos problemas e buscando-se soluções (a curto e médio prazos), sob pena de se perder a credibilidade nessa nova maneira de se fazer justiça.

## 2. GENERALIDADES

São classificados, em doutrina, cinco tipos de eficácia das sentenças proferidas no processo de conhecimento: **declaratória**, **constitutiva**, **condenatória**, **executiva** e **mandamental**. Dessas, somente a **condenatória** enseja um novo processo de execução, abrindo espaço para eventual oferecimento de embargos.

As demais são formas auto-satisfativas de tutela jurisdicional.

Assim também será nos Juizados Especiais.

Vale dizer, somente as sentenças condenatórias e os títulos extrajudiciais (previstos em lei) poderão ser executados.

Do rol do artigo 3º da Lei nº 9.099/95, a ação de despejo (inciso III) e as ações possessórias (inciso IV) já são executivas e, portanto, dispensam novo processo de execução.

### 2.1. *Antecedentes*

Na vigência da Lei nº 7.244/84, que regulava o funcionamento dos Juizados de Pequenas Causas, era estabelecido que a execução seria feita no Juízo Cível competente.

Somente a partir da Lei nº 8.640/93, que alterou a redação do artigo 40, da Lei nº 7.244/84, foi que a execução dos julgados (só títulos judiciais) poderia ser feita no Juizado de Pequenas Causas, aplicando-se as normas do Código de Processo Civil.

A Lei nº 9.099/95 avançou ainda mais e contemplou execução dos próprios julgados e execuções de títulos extrajudiciais (com valor até 40 salários mínimos), nos Juizados Especiais.

### 3. COMPETÊNCIA PARA EXECUÇÃO NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

Compete aos Juizados Especiais Cíveis a execução dos seus julgados (artigo 3º, parágrafo 2º, inciso I, Lei nº 9.099/95) e a execução dos títulos extrajudiciais (inciso II).

A competência territorial para execução dos títulos extrajudiciais está definida no artigo 4º, Lei nº 9.099/95.

A regra geral é a do lugar do pagamento (inciso II).

Quando se tratar de execução do julgado, a competência é do próprio Juizado onde foi prolatada a sentença.

A competência do Juizado para a execução atrai também a dos processos incidentes (v.g., **embargos à execução, embargos de terceiros, ação anulatória do título executivo** - artigo 585, parágrafo 1º, do C.P.C. - etc.).

Não há execução coletiva nem também admite-se ação monitória nos Juizados, à mingua de previsão para tanto.

Pode a Lei Estadual criar um Juízo único encarregado exclusivamente das execuções nos Juizados Especiais (artigo 24, parágrafo 2º, da Constituição Federal), o que é, inclusive, recomendável.

#### 3.1. Aplicação subsidiária do Código de Processo Civil

No processo de execução, o legislador foi expresso e determinou a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil; ao contrário do que ocorre no processo de conhecimento (artigo 53, Lei nº 9.099/95).

### 4. PROCEDIMENTOS

#### 4.1. Títulos judiciais

Artigo 52, da Lei nº 9.099/95:

*“A execução da sentença processar-se-á no próprio Juizado, aplicando-se, no que couber, o disposto no Código do Processo Civil, com as seguintes alterações:*

*I - as sentenças serão necessariamente líquidas, contendo a conversão em Bônus do Tesouro Nacional - BTN ou índice equivalente;*

*II - os cálculos de conversão de índices de honorários, de juros e de outras parcelas serão efetuados por servidor judicial;*

*III - a intimação da sentença será feita, em que for proferida. Nessa intimação, o vencido será instado a cumprir a sentença tão logo ocorra seu trânsito em julgado, e advertido dos efeitos do seu descumprimento (inciso V);*

*IV - não cumprida voluntariamente a sentença transitada em julgado, e tendo havido solicitação do interessado, que poderá ser verbal, proceder-se-á desde logo à execução, dispensada nova citação;*

*V - nos casos de obrigação de entregar, de fazer ou de não fazer, o Juiz, na sentença ou na fase de execução, cominará multa diária, arbitrada de acordo com as condições econômicas do devedor, para a hipótese de inadimplemento. Não cumprida a obrigação, o credor poderá requerer a elevação da multa ou a transformação da condenação em perdas e danos, que o Juiz de imediato arbitrará, seguindo-se a execução por quantia certa, incluída a multa vencida de obrigação de dar, quando evidenciada a malícia do devedor na execução do julgado;*

*VI - na obrigação de fazer, o Juiz pode determinar o cumprimento por outrem, fixado o valor que o devedor deve depositar para as despesas, sob pena de multa diária;*

*VII - na alienação forçada dos bens, o Juiz poderá autorizar o devedor, o credor ou terceira pessoa idônea a tratar da alienação do bem penhorado, à qual se aperfeiçoará em juízo até a data fixada para a praça ou leilão. Sendo o preço inferior ao da avaliação, as partes serão ouvidas. Se o pagamento não for à vista, será oferecida caução idônea, nos casos de alienação de bem móvel, ou hipotecado o imóvel;*

*VIII - é dispensada a publicação de editais em jornais, quando se tratar de alienação de bens de pequeno valor;*

*IX - o devedor poderá oferecer embargos, nos autos da execução, versando sobre:*

*a) falta ou nulidade da citação no processo, se ele correu à revelia;*

*b) manifesto excesso de execução;*

*c) erro de cálculo;*

*d) causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, superveniente à sentença”.*

O exame do texto terá como foco principal os pontos relevantes e controvertidos.

Assim é que, para logo convém asseverar que as regras dos incisos V e VII devem ser aplicadas também nos casos de execução por título extrajudicial (art. 53), diante da abrangência das disposições legais.

O inciso V, ademais, prevê obrigação para entrega de coisa ou de fazer e de não fazer, através de coerção patrimonial.

O inciso VI regula obrigação de fazer, positiva ou negativa, mediante transformação, cuja única particularidade consiste no arbitramento prévio das despesas, sob pena de multa diária .

A regra contemplada no inciso VII dispõe que as obrigações pecuniárias, por intermédio de expropriação dos bens do devedor, onde é permitida a alienação por iniciativa particular.

Permite-se à parte o requerimento verbal para execução, depois reduzido a termo (artigo 14, parágrafo 3º, Lei nº 9.099/95).

As sentenças no Juizado são sempre líquidas (artigo 52, inciso I, da Lei nº 9.099/95). Não há previsão para fase de liquidação; sendo realizado qualquer cálculo para juros e correção, há mera atualização e não liquidação. Destarte, não cabe qualquer recurso de decisões daí decorrentes.

Pode o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento da parte, adotar medidas acautelatórias urgentes (artigo 615, inciso III, C.P.C., tais como: a) bloqueio eventual de conta bancária do executado; b) averbação do DETRAN ou no R.G.I. de impossibilidade para alienação de veículo ou imóvel, diante da existência da demanda.

Em princípio, nas execuções no Juizado Especial não cabe fixação de honorários (artigo 55, da Lei nº 9.099/95; salvo: a) quando houver embargos; b) por dolo processual - artigo 55, parágrafo único).

Os embargos do executado são oferecidos nos próprios autos, por escrito ou verbalmente (artigo 52, IX c/c artigo 53, parágrafo 1º, ambos da Lei nº 9.099/95), constituindo-se em ação. As pessoas jurídicas podem embargar, e há sempre necessidade da assistência por advogado, já que a dispensa só atinge o processo de conhecimento.

Cabem também embargos à arrematação e à adjudicação, por aplicação subsidiária do Código de Processo Civil.

Da sentença proferida nos embargos cabe o recurso previsto na lei (artigo 41), sem efeito suspensivo, a ser apreciado pela Turma Recursal.

A execução do acordo quanto à composição dos danos feita no Juizado Especial Criminal dar-se-á no Juízo Cível competente, que pode ser,

inclusive - dependendo do valor -, um Juizado Especial Cível (artigo 74, da Lei nº 9.099/95).

#### *4.2. Títulos extrajudiciais*

Artigo 53, da Lei nº 9.099/95:

*“A execução de título executivo extrajudicial, no valor de até quarenta salários mínimos, obedecerá ao disposto no Código de Processo Civil, com as modificações introduzidas por esta Lei.*

*Parágrafo 1º - Efetuada a penhora, o devedor será intimado a comparecer à audiência de conciliação, quando poderá oferecer embargos (art. 52, IX), por escrito ou verbalmente.*

*Parágrafo 2º - Na audiência, será buscado o meio mais rápido e eficaz para a solução do litígio, se possível com dispensa da alienação judicial, devendo o conciliador propor, entre outras medidas cabíveis, o pagamento do débito a prazo ou a prestação, a dação em pagamento ou a imediata adjudicação do bem penhorado.*

*Parágrafo 3º - Não apresentados os embargos em audiência, ou julgados improcedentes, qualquer das partes poderá requerer ao Juiz a adoção de uma das alternativas do parágrafo anterior.*

*Parágrafo 4º - Não encontrado o devedor ou inexistindo bens penhoráveis, o processo será imediatamente extinto, devolvendo-se os documentos ao autor.”*

Quanto aos títulos com valor acima de 40 salários mínimos, aplica-se a renúncia ao crédito excedente - artigo 3º, parágrafo 3º, da Lei nº 9.099/95). São títulos extrajudiciais todos os do artigo 585, do C.P.C., *in verbis*:

*“São 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 duas testemunhas; o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados 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 serventário 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.*

*Parágrafo 1º - A propositura de qualquer ação relativa ao débito constante do título executivo não inibe o credor de promover-lhe a execução.*

*Parágrafo 2º - Não dependem de homologação pelo Supremo Tribunal Federal, para serem executados, os títulos executivos extrajudiciais, oriundos de país estrangeiro. O título, para ter eficácia executiva, há de satisfazer aos requisitos de formação exigidos pela lei do lugar de sua celebração e indicar o Brasil como lugar de cumprimento da obrigação.”*

A sistemática para exame do dispositivo será a mesma contida no item anterior, procurando-se destacar os pontos relevantes e controvertidos.

Nesse passo, cá como lá, o disposto nos parágrafos 2º e 3º do art. 53 da Lei nº 9.099/95, aplica-se também à execução por títulos judiciais, diante da adequação e pertinência das regras legais (art. 6º do mesmo diploma).

Também é mister consignar que, quando ocorrer conciliação na execução por título extrajudicial, com acordo homologado, o crédito pode exceder ao valor de 40 (quarenta) salários mínimos, mesmo em havendo posterior inadimplemento, com prosseguimento da execução.

O valor de 40 (quarenta) salários mínimos não é individual (para cada título), mas sim alusivo ao eventual conjunto de títulos (o artigo 3º, parágrafo 3º faz menção ao montante do **crédito** cobrado, não ao título).

Os entes formais (v.g. massa falida, condomínio etc.) e as firmas individuais não podem executar títulos extrajudiciais no Juizado Especial Cível, mercê do disposto no artigo 8º, parágrafo 1º, da Lei nº 9.099/95 - *a contrario sensu*.

Vale ressaltar que, não encontrado o devedor (§ 4º do art. 53), caberá o arresto, por força da aplicação supletiva do CPC.

Se não localizados os bens para penhora, em qualquer caso, o Juizado poderá expedir certidão, com base no art. 1º, Lei nº 9.492/97, para protesto e inserção do nome do devedor no SERASA e outros órgãos equivalentes (SPC etc).

## **5. CONCLUSÕES DOS ENCONTROS DE JUÍZES E COORDENADORES DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS**

São essas as conclusões dos diversos Encontros relacionados a Juizados Especiais, tendo em conta a **fase de execução cível**, realizados pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e Fórum de Coordenadores de Juizados Especiais do Brasil (em seqüência cronológica):

- *À falta de ressalva, o efeito do recurso será o devolutivo (artigo 43 da Lei nº 9.099/95), possibilitando carta de sentença, com execução provisória. (Unânime) - (Aviso nº 152/96, publicado no D.O.R.J. - parte III - seção I - dia 19/12/95 - p. 9)*
- *O cartório certificará o ingresso tempestivo dos recursos e a regularidade do preparo. (Unânime) - (Aviso nº 152/96, publicado no D.O.R.J. - parte III - seção I - dia 19/12/95 - p. 9)*
- *As sentenças líquidas conterão conversão em UFIR ou em salários mínimos. (Unânime) - (Aviso nº 152/96, publicado no D.O.R.J. - parte III - seção I - dia 19/12/95 - p. 9)*
- *A realização de cálculos por servidor judicial poderá ser substituída por apresentação de planilha de cálculo pelas partes. (Unânime) - (Aviso nº 152/96, publicado no D.O.R.J. - parte III - seção I - dia 19/12/95 - p. 9)*
- *No processo de execução, eventual penhora seguirá as regras do processo comum. Ordinariamente, o exequente poderá ficar como depositário dos bens, providenciando a remoção, excetuada a execução de título extrajudicial, que se regerá em conformidade com o disposto no artigo 53, parágrafo 1º, da Lei nº 9.099/95. (Unânime)” - (Aviso nº 152/96, publicado no D.O.R.J. - parte III - seção I - dia 19/12/95 - p. 9)*
- *Os bens de família nas Ações de Execução dos Juizados Especiais, não estão sujeitos à penhora. (MAIORIA) – (I Encontro Nacional de Coordenadores de Juizados Especiais, maio de 1997 – Natal – RN)*

- *Aplicam-se à execução por título judicial os mesmos princípios dos §§ 2º e 3º do art. 53, da Lei 9.099/95. (por unanimidade) – (AVISO Nº 18, publicado no D.O.R.J. de 22/10/97, p. 1/2 e republicado no DO de 31/10/97, p. 1)*
- *Na execução fundada em título judicial não havendo bens a serem penhorados suspende-se a execução. (por unanimidade) – (AVISO Nº 18, publicado no D.O.R.J. de 22/10/97, p. 1/2 e republicado no DO de 31/10/97, p. 1)*
- *A conjunção alternativa “ou” consignada no § 4º do Art. 53 da Lei nº 9.099/95, observada a hipótese de localização de bens, mas não do devedor, autoriza o arresto e a citação editalícia, observados no que couber os Arts. 653 e 664 do CPC. O § 2º do Art. 18 da Lei nº 9.099/95 não se aplica ao processo de execução. (III Encontro Nacional de Coordenadores de Juizados Especiais, maio de 1998 – Curitiba – PR)*
- *Na execução por carta compete sempre ao Juízo da execução o conhecimento e julgamento dos Embargos, qualquer que seja o seu fundamento. (I Encontro de Coordenadores e Juizes das Turmas Recursais dos Juizados Especiais, realizado em 5 e 6 de junho de 1998, em Angra dos Reis - RJ).*
- *Embora a multa cominatória fixada na fase de cognição não esteja sujeita ao limite de 40 (quarenta) salários mínimos, pode o Juiz na fase de execução e a partir daí reduzi-la, de tal sorte que a soma de seu valor não ultrapasse o quantitativo da obrigação principal mais perdas e danos. (I Encontro de Coordenadores e Juizes das Turmas Recursais dos Juizados Especiais, realizado em 5 e 6 de junho de 1998, em Angra dos Reis - RJ).*
- *O prazo para interposição de embargos do devedor, na execução por título judicial, começa a contar da data da intimação da penhora. (AVISO Nº 30, II Encontro de Juizes dos Juizados Especiais, realizado nos dias 18 e 19 de setembro de 1998, em Itaguaí - RJ)*
- *É cabível a adjudicação imediata de bens penhorados em execução nos Juizados Especiais Cíveis. (AVISO Nº 30, II Encontro de Juizes dos Juizados Especiais, realizado nos dias 18 e 19 de setembro de 1998, em Itaguaí - RJ).*
- *Os bens de família nas ações de execução dos Juizados Especiais não estão sujeitos à penhora. (IV Encontro Nacional de Coordenadores*

de Juizados Especiais, novembro de 1998 – Rio de Janeiro – RJ)

- *A audiência de conciliação, na execução de título executivo extrajudicial, é obrigatória e o executado, querendo embargar, deverá fazê-lo nesse momento (artigo 53, parágrafos 1º e 2º).* (IV Encontro Nacional de Coordenadores de Juizados Especiais, novembro de 1998 – Rio de Janeiro – RJ)
- *Em exegese ao art. 53, § 4º, da Lei nº 9.099/95, não se aplica ao processo de execução o disposto no art. 18, § 2º da referida lei, sendo autorizados o arresto e a citação editalícia quando não encontrado o devedor; observados, no que couber, os arts. 653 e 664 do CPC.* (V Encontro Nacional de Coordenadores de Juizados Especiais, maio de 1999 – Salvador – BA).

### 5.1. Jurisprudência

Foram selecionados julgados das Turmas Recursais do Estado do Rio de Janeiro, relativos ao processo de execução nos Juizados Especiais:

**EMENTA 39:** *Agravo de instrumento. Seu cabimento no sistema dos Juizados Especiais Cíveis, na fase de Execução. Preliminares rejeitadas. Astreintes. Sua fixação pelo Juiz, a contar do trânsito em julgado da sentença na fase de conhecimento, como meio de compelir o devedor a satisfazer o julgado, atendo-se, porém, aos limites de alçada da Lei nº 9.099/95. (6ª Turma Recursal – Recurso nº 606/97 – Rel. Juiz Nelson Antonio Celani Carvalhal).*

**EMENTA 63:** *Execução de cláusula contratual. Interpretação de maneira mais favorável ao consumidor e em proveito do devedor. A cláusula contratual que oferece dupla interpretação deve obedecer sempre àquela mais favorável ao consumidor, na forma do disposto no art. 47, do Código de Defesa do Consumidor, e de acordo com o art. 126, do Código Civil, em proveito do devedor. Recurso a que se nega provimento. (1ª Turma Recursal – Recurso nº 940-4/97 – Rel. Juiz Luiz Felipe de Medeiros Francisco).*

**EMENTA 78:** *Citação postal de pessoa jurídica. Admissibilidade. Revelia corretamente decretada. Obrigação de satisfazer condenação sob pena de pagamento de multa diária. Necessidade de intimação específica da obrigação. Recurso provido para reduzir o valor da*

*execução, com exclusão da verba relativa a multa diária. (7ª Turma Recursal – Recurso nº 948/97 – Rel. Juiz Carlos Santos de Oliveira).*  
**EMENTA 80:** *Mandado de Segurança contra ato judicial, que limitou a multa, por atraso na execução do julgado, a 20 salários mínimos. A multa tem a natureza jurídica de medida coercitiva e, como tal, compelir o devedor a adimplir a execução, não se submetendo a limites, salvo ao poder discricionário do juiz de reduzi-la ou ampliá-la, nos termos do art. 644, p. único, do Código de Processo Civil, conforme seu prudente critério, se excessiva ou insuficiente. (8ª Turma Recursal – Recurso nº 806-6/97 – Rel. Juiz Carlos Eduardo da Rosa da Fonseca Passos).*

**EMENTA 90:** *Execução de obrigação de não fazer. Tempestividade dos embargos apresentados em audiência, em razão de defeito do mandado citatório. Multa por descumprimento da obrigação de não fazer fixada apenas no processo de execução. Necessidade de prévia citação ou intimação do executado para ciência da multa estabelecida. (11ª Turma Recursal – Recurso nº 719-6/97 – Juiz André Gustavo Corrêa de Andrade).*

**EMENTA 139:** *Execução de título extrajudicial. Decisão que extingue o processo, com fundamento no inciso I, do art. 51, da Lei nº 9.099/95. Ausência das partes na audiência de conciliação. Não se justifica a extinção do processo, se a audiência de conciliação não se realiza, pela ausência das partes, se não há nos autos a prova da citação do executado e da intimação do exequente para o ato. Audiência designada antes de concretizada a penhora. Inversão da ordem legal. Nulidade da decisão. Provimento do recurso para cassar a decisão e determinar o regular prosseguimento do feito. (Acórdão da 4ª Turma Recursal. Recurso nº 1294-5/97. Rel. Juiz Fernando Marques de Campos Cabral).*

**EMENTA 143:** *Na execução não deve o Juízo definir questões de mérito, de ofício, que podem ser suscitadas pela parte em embargos do devedor, uma vez que o procedimento na Lei 9.099/95, não oferece oportunidade de recurso de agravo de instrumento, nem o Mandado de Segurança é substitutivo dessa espécie de impugnação. Acresce ainda que o princípio de ampla defesa deve ser respeitado, para não prejudicar os interesses da parte, que tem direito a um duplo grau de jurisdição. Assim, em face da inoportunidade da decisão*

*esgrimada, situação que a ilegítima no confronto com o princípio constitucional de ampla defesa, admito o Mandado de Segurança, para corrigir essa anormalidade. Por esses fundamentos, cassa-se a decisão impugnada, para prosseguir-se à Execução, como requerido, sem obstáculo do reexame de matéria, em eventual sentença em autos de embargos do devedor. (Acórdão da 4ª Turma Recursal. Recurso nº 1161-8/97. Rel. Juiz Roberto de Abreu e Silva).*

**EMENTA 150:** *Reclamação correicional. Descabimento no âmbito dos Juizados Especiais. De índole administrativa, também tem caráter de rever o julgado. Interposição frente à decisão proferida em execução que delimitou as astreites à alçada. Mens legis da Lei nº 9.099/95 no sentido de restringir o número e a incidência dos recursos, não cabendo ao intérprete dilatar seu alcance onde a lei quis restringir. Não conhecimento da reclamação. (Acórdão da 6ª Turma Recursal. Recurso nº 1608-2/97. Rel. Juíza Célia Maria Vidal Meliga Pessoa).*

**EMENTA 205:** *Multa moratória. Caráter coercitivo, que tem por finalidade assegurar o efetivo cumprimento da obrigação. Por conter tal característica, o valor não é imutável, podendo ser aumentado ou reduzido, por discricção do Juiz, conforme as peculiaridades do caso concreto. Obrigação principal cumprida e redução da multa aos limites daquela, nos termos do art. 920 do Código Civil. A multa moratória não pode ensejar enriquecimento sem causa e sua redução não importa em afronta à coisa julgada, já que é matéria a ser conhecida de ofício (art. 644 p. único do diploma processual) no processo de execução. Denegação da ordem. (Mandado de Segurança nº 1725-6/97. 8ª Turma Recursal Cível - Unânime - Relator Juiz Carlos Eduardo da Rosa da Fonseca Passos. Julg. 01/04/98).*

**EMENTA 239:** *Empreitada de labor. Reforma de loja comercial. Resolução da empreitada pelo dono da obra. O dono da obra que resolver o contrato, apesar de iniciada a sua execução, indenizará o empreiteiro das despesas e do trabalho feito, assim como dos lucros que este teria se concluída a obra, salvo a ocorrência de um ou mais dos motivos elencados no art. 1229, III, IV e V, do Código Civil. Em ação de indenização posta pelo empreiteiro, fundando-se a defesa na exceção do contrato não cumprido, incumbe ao dono da obra a prova do fato extintivo do alegado direito autoral (Código Civil,*

*art. 1.247 e 1.229, V; Código de Processo Civil, art. 333, II). Desprovidimento do recurso.(Recurso nº 320-0. 8ª Turma Recursal - Unânime - Relator Juiz Nagib Slaibi Filho. Julg. 22/04/98).*

**EMENTA 270:** *EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CHEQUE. EMBARGOS DO DEVEDOR. EXCEÇÕES PESSOAIS DE PAGAMENTO E PRÁTICA DE AGIOTAGEM. INDEFERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL. ALEGAÇÃO E CERCEAMENTO DE DEFESA. O cheque emitido ao portador não autoriza a oposição de exceções pessoais ao apresentante. A prova do pagamento se faz com a exibição do próprio título, devolvido pelo credor, ou do recibo substitutivo, ou a conseqüente inutilização da cártula. Prova testemunhal desnecessária e bem indeferida. Cerceamento de defesa inexistente. (Recurso nº 762-9. 3ª Turma Recursal – Unânime – Relator Juiz Carlos Raymundo Cardoso. Julg. 18/07/98).*

**EMENTA 271:** *Autorização do Juízo, com aquiescência da autora, para que o filho do réu represente o pai em audiência, por se encontrar aquele impossibilitado de comparecer ao ato, de acordo com atestado médico apresentado. Audiência válida porque não prejudicado o direito de defesa do réu, o qual implicitamente concordou com a atuação do filho no ato judicial. Sentença escorreita, fundada em fotografias exibidos, confirmados por inspeção da fiscalização sanitária. Condenação do recorrente no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados estes em 10% (dez por cento) do valor atribuído a causa, suspensa a execução, de acordo com a inteligência dos arts. 11 e 12 da Lei nº 1.060/50. (Recurso nº 842-7. 3ª Turma Recursal – Unânime – Relator Juiz Edson Aguiar de Vasconcelos. Julg. 18/07/98).*

**EMENTA 272:** *EXECUÇÃO. APLICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS DO C.P.C.. EMBARGOS DO DEVEDOR PARCIAIS. DEPÓSITO DA PARCELA INCONTROVERTIDA. POSSIBILIDADE. Por força do disposto no artigo 52 da Lei nº 9.099/95, aplicam-se a execução promovida perante os Juizados Especiais Cíveis os princípios e regras traçados no C.P.C. acerca da matéria. Autorizando o artigo 739, § 2º do C.P.C. que os embargos opostos pelo devedor incidam sobre a parte da execução, é lícito ao embargante promover o depósito da parcela incontrovertida. Segurança concedida. (Recurso nº 453-*

7. 3ª Turma Recursal – Unânime – Relator Juiz Carlos Raymundo Gonçalves. Julg. 02/07/98).

**EMENTA 302:** *Nulidade de sentença. Não constitui questão de maior complexidade, a afastar a competência dos Juizados Especiais, a que dependa de meros cálculos aritméticos, a serem feitos por contador. Incidência, por analogia, de regra atinente ao processo de execução (art. 52, inciso II da Lei nº 9.099/95) ao processo de conhecimento. Sentença declaratória que não desfaz a incerteza jurídica do conflito, por ser indeterminada, e que merece, portanto, anulação.* (Recurso nº 672-8. 8ª Turma Recursal – Unânime – Relator Juiz Carlos Eduardo da Rosa da Fonseca Passos. Julg. 20/05/98).

**EMENTA 340:** *Pedido contraposto. O art. 31 da Lei nº 9.099/95 o admite, desde que fundado nos mesmos fatos que constituem objeto da controvérsia. Incabível a exceção de contrato não cumprido consistente na autoestimativa de prejuízo sofrido pelo contratante pela não execução, nos dia e hora ajustados verbalmente, de serviço contratado. Consistente em transporte, com utilização de uma carreta. Qualquer cláusula penal deve ser expressamente prevista em contrato escrito. Não é lícito ao contratante permitir a realização do serviço posteriormente e depois pretender compensar no pagamento do preço ajustado o prejuízo que alegou ter sofrido, acrescendo pedido da diferença maior do mesmo prejuízo. Se o contrato verbal foi inicialmente descumprido, o contratante não deve permitir a continuidade da execução, sob pena de se entender relevada a falta. Conhece-se e nega-se provimento ao recurso para manter a douta sentença recorrida. Condenação da recorrente no pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, fixados estes em 10% (dez por cento) do valor da condenação.* (Recurso nº 1295-9. 3ª Turma Recursal – Unânime – Relator Juiz Edson Aguiar de Vasconcelos. Julg. 30/07/98).

**EMENTA 346:** *Embargos à execução. Lei nº 9.099. Rito especial. Audiência de conciliação. Necessidade. I – O executado tem o direito de ser intimado para a audiência do artigo 53, § 1º da Lei nº 9.099, quando terá oportunidade de propor as formas de transação relacionadas pelo legislador. II – Não abrir oportunidade para que as partes transijam é violar direito público subjetivo delas, colidindo com as normas estruturais dos juizados especiais definidas no artigo*

2º da LJE. III – Recurso provido para anular a sentença. (Recurso nº 874-9. 6ª Turma Recursal – Unânime – Relator Juiz Bernardo Moreira Garcez Neto. Julg. 21/07/98).

**EMENTA 355:** *Direito do Consumidor. Contrato de promessa de assinatura de linha telefônica. Plano de Expansão. Descumprindo a concessionária do serviço de telefonia a prometida instalação de linha telefônica no prazo máximo por ela mesmo estipulado no contrato, e não demonstrando as causas técnicas que, segundo alegou, impediriam o adimplemento da obrigação, afigura-se jurídica, ainda pelas regras do Direito Comum, de um lado, a condenação a conduzir à execução da obrigação de fazer, sob cominação de pena, no prazo razoavelmente arbitrado, e, de outro, a condenação à reparação do dano moral. Neste final de século, a introduzir a Era das Comunicações como expressão cultural da sociedade hodierna, constitui ofensa ao psiquismo individual, ensejando a reparação do dano moral, a descumprida promessa da concessionária de fornecer o serviço de telefonia, essencial à liberdade de atuação que se pretende no Estado Democrático de Direito. Confirmação da sentença.* (Recurso nº 982-1. 8ª Turma Recursal – Unânime – Relator Juiz Nagib Slaibi Filho. Julg. 19/08/98).

## **6. PROPOSTAS PARA APRIMORAR O PROCESSO DE EXECUÇÃO NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS**

O Desembargador ADROALDO FURTADO FABRÍCIO, à época Presidente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ofereceu as seguintes propostas ao Colégio de Presidentes de Tribunais de Justiça do Brasil, “visando melhorar o processo de execução no Juizado Especial Cível”:

1. A obrigatoriedade da liquidez da sentença condenatória, inclusive no pertinente às verbas acessórias, a ser possivelmente expressa em parágrafos que se acrescentariam ao artigo 38 da Lei nº 9.099.

2. O condicionamento do recurso a um depósito (ou, talvez, à prestação de garantia real ou fidejussória) exigível no ato da interposição, mesmo momento que passaria a ser o do preparo. Seria necessário acrescentar parágrafos ao artigo 42, definindo essa condição.

3. O acréscimo de parágrafos ou incisos ao artigo 52, instituindo:  
a) *opção, assegurada ao autor, pelo juízo da sentença ou por aquele da localização dos bens como competente para a execução por*

- quantia certa;*
- b) possibilidade de conversão do depósito (feito ao ensejo da interposição do recurso) em penhora;*
- c) inexistente depósito, reunião em mandado e diligência únicos, a cargo do oficial de justiça, de citação, imediata penhora, respectiva intimação e avaliação do bem, sempre que possível;*
- d) imediato desapossamento do bem móvel penhorado, que será confiado à guarda do credor e só excepcionalmente, na impossibilidade ou recusa deste, a depositário outro, nos termos do artigo 666, incisos I a III, do CPC;*
- e) limitação do efeito suspensivo dos embargos à execução de título judicial, qualquer que seja seu fundamento, de modo a permitir, mesmo em presença deles, a pronta alienação dos bens penhorados, sobre cujo produto seguiria a execução até o trânsito em julgado da sentença correspondente;*
- f) autorização para a alienação por iniciativa particular do credor, por preço igual ou superior ao da avaliação, ou ainda por preço inferior, neste caso ouvido o devedor e facultada remissão do bem ou da execução;*
- g) admissão de pagamento parcelado do preço na alienação do bem penhorado;*
- h) autorização para que, na falta de bens penhorados, a execução se faça mediante desconto dos rendimentos do trabalho, requisitado à entidade pagadora, de parcela não superior a 20% do correspondente valor líquido.*

Tais propostas foram contempladas no Projeto de Lei nº 4.348/98, do Deputado Ibrahim Abi-Ackel (PPB/MG), que tramita na Câmara dos Deputados.

Os Coordenadores de Juizados Especiais do Brasil manifestaram contribuição a esse Projeto:

*AMB/2*

*Ofício nº 137/99*

*Rio de Janeiro, 25 de março de 1999.*

*Senhor Deputado:*

*Tenho a honra de submeter a Vossa Excelência o anexo referente às conclusões dos Juízes Coordenadores de Juizados Especiais dos Estados e do Distrito Federal, relativas ao Projeto de Lei 4.348/98, de vossa autoria e que se encontra arquivado nos termos do artigo 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.*

*Informo que a Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB possui espaço próprio destinado à Coordenação Geral acerca de Juizados Especiais Cíveis e Criminais, inclusive com material jurídico e banco de dados em construção para consulta na página da AMB na Internet (<http://www.amb.com.br>), além de co-promover, periodicamente, encontro dos Coordenadores de Juizados Especiais dos Estados e do Distrito Federal.*

*Na oportunidade, reitero a Vossa Excelência protestos de elevada estima e consideração.*

**LUIZ FERNANDO RIBEIRO DE CARVALHO**

**Presidente**

**Exmo. Sr.**

**Deputado IBRAHIM ABI-ACKEL**

**Autor do Projeto de Lei nº 4.348/98**

**COMISSÃO DE ASSUNTOS LEGISLATIVOS CÍVEIS E CRIMINAIS  
DOS JUIZADOS ESPECIAIS  
ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS - AMB**

*Referência: Projeto de Lei nº 4.348/98*

*Altera os artigos 18, 38, 42, 52 e 53 da Lei nº 9.099/95. Reformula o procedimento do processo de execução, no âmbito do Juizado Especial Cível. A principal alteração pretendida é condicionar o recurso da sentença de procedência, parcial ou integral, ao depósito do valor da condenação e a obrigatória liquidez da sentença condenatória.*

*Autor: Deputado Ibrahim Abi-Ackel*

*Proposta referente ao Projeto*

*Reunidos no Rio de Janeiro, em encontro realizado em novembro de 1998, os Juízes coordenadores de Juizados Especiais dos Estados e do Distrito Federal analisaram os diversos projetos de lei respeitantes ao novo sistema jurídico criado pela Lei 9.099/95.*

*Os Juízes sugeriram as seguintes propostas modificativas ao texto do Projeto de Lei 4.348/98:*

*1. Modifica a redação dada ao inciso I do art. 18 proposta no item "A" da Projeto.*

*-A redação dada ao inciso I do artigo 18 proposta no item "A" do Projeto de Lei nº 4.348/98 passa a ter a seguinte redação:*

*"I- por correspondência, mediante registro postal presumindo-se efetivado pelo simples recebimento no endereço do citando."*

**JUSTIFICATIVA**

*- O regime da personalidade da citação tem permitido reiterado abusos na prática de propostergar a formação da relação processual. Regras de experiência máxima tem demonstrado que simples entrega da correspondência no endereço do citando não vulnera a eficácia do comunicado de conhecimento, desde que, normalmente, este toma efetiva ciência do conteúdo de referida comunicação, a exemplo de extratos bancários e de cartão de crédito para fins de pagamento de contas de serviços públicos etc. A manutenção do regime*

*de personalidade serve apenas aos que se utilizam dos mecanismos legais para protair a realização plena da Justiça. De ver, afinal, que turmas recursais de Juizados Especiais, em diversos estados da Federação, tem decidido em rejeitar a tese da personalidade conforme anunciado 5 do IV Encontro de Coordenadores do Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Brasil.*

2. *Modifica a redação dada ao parágrafo terceiro do artigo 42 proposta no item “C” e, de conseqüência, acrescenta parágrafo 4º ao dispositivo. A redação dada ao parágrafo terceiro do art. 42 proposta no item “C” do Projeto de lei nº 4.348/98 passa a ter a seguinte redação:*

*“A admissibilidade do recurso é condicionada ao depósito do valor total da condenação, exigível no ato da interposição, juntamente com o preparo. Nas causas em que a parte sucumbente for condenada em obrigação de fazer ou deixar de fazer o valor será fixado pelo juiz, observada a expressão econômica da demanda.”*

*-Acrescenta-se parágrafo 4º do art. 42, com a redação seguinte:*

*“Poderá o juiz, excepcionalmente diante das condições do recorrente dispensar o depósito, ou substituí-lo por prestação de garantia real ou fidejussória, desde que requerida e fundamentada pelo recorrente a substituição, por ato da interposição do recurso.”*

### **JUSTIFICATIVA**

*- Há hipótese de dispensa ou substituição do depósito por prestação de garantia real ou fidejussória equivalente, deve ser tratada por excepcionalidade e não como regra alternativa no mesmo dispositivo. Deverá ficar essa dispensa em substituição ao prudente critério do juiz observadas as condições do recorrente.*

3. *Modifica a redação dada ao parágrafo 4º do art. 52 proposta no item “D” do Projeto:*

*- A redação dada ao parágrafo 4º do art. 52 proposta no item “D” do projeto de Lei nº 4.348/98 passa a ter a seguinte redação:*

*“Confirmada a condenação, o valor do depósito efetuado com os acréscimos decorrentes será revertido em favor do recorrido para a auto-satis-fatividade do crédito, efetivando-se o julgado.”*

## JUSTIFICATIVA

*- O condicionamento do recurso ao depósito do valor da condenação tem precedentes na legislação trabalhista e em outras leis (art. 57 # 6º da Lei nº 5.250/67 segundo a redação do art. 11 da Lei nº 6.071/74). Em Pernambuco a Lei de Custas (Lei nº 11.404 de 19 de dezembro de 1966) já estabelece o depósito recursal para os recursos interpostos perante o Juizados Especiais, dispondo, inclusive, acerca da auto-satisfatividade do julgado.*

*- Bem dever que esse levantamento do depósito, em auto-satisfatividade do crédito do recorrido vencedor, efetiva a realização da Justiça sem mais delongas, não sendo de se exigir, diante do trânsito em julgado da decisão, um processo de execução. O depósito recursal tem, por sua força teleológica o interesse da efetividade da decisão judicial definitiva, sequer passível de ação rescisória.*

## 7. ESTATÍSTICAS

As estatísticas dos Juizados Especiais do Estado do Rio de Janeiro, nos dois últimos anos, são as seguintes:

	1998	1999
JUIZADOS INSTALADOS	179	185
NÚMERO DE JUÍZES ATUANTES	139	58
NÚMERO DE TURMAS RECURSAIS	21	03
AÇÕES CÍVEIS AJUIZADAS	99.195	151.107
AÇÕES CÍVEIS DECIDIDAS:		
a) COM JULGAMENTO DE MÉRITO	46.575	74.026
b) SEM JULGAMENTO DE MÉRITO	21.870	34.941
AÇÕES CRIMINAIS AJUIZADAS	117.816	90.768
AÇÕES CRIMINAIS DECIDIDAS:		
a) POR SENTENÇA ABSOLUTÓRIA	457	649

b) SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO	5.891	5.549
c) ARQUIVAMENTO	62.079	87.115
RECURSOS APRESENTADOS:		
a) CÍVEIS	3.958	7793
b) CRIMINAIS	246	187
NÚMERO DE AÇÕES AJUIZADAS DESDE 1995:		
a) CÍVEIS	216.123	367.230
b) CRIMINAIS	235.054	325.822

---

Analisando-se os indicadores, percebe-se nítido crescimento vertical das demandas propostas nos Juizados Especiais.

No entanto, poucas são as execuções propostas.

Vejam-se os números abaixo, referentes aos três últimos anos:

Nas **Varas Cíveis** convencionais, o percentual de feitos de execução em relação aos processos de conhecimento é em média de **16%**.

Nos **Juizados Especiais**, esse número percentual cai para **0,01%** (dados obtidos a partir das estatísticas do TJ-RJ).

Vale dizer, pouquíssimos processos são executados nos Juizados Especiais.

## 8. ENCERRAMENTO

Para finalizar, e talvez esse seja o ponto mais importante de todos os elementos até aqui trazidos ao exame e à consideração dos leitores, é conveniente recordar a lição de TOBIAS BARRETO, falando para os jovens bacharéis do Recife, há mais de cem anos atrás.

Ele menciona que, de nada adiantarão as leis, as estruturas e as estatísticas, se não houver uma mudança profunda na mentalidade do operador do direito que atua nos Juizados Especiais.

Essa é a mensagem:

*“O Direito não é um filho do céu,  
É simplesmente um fenômeno histórico,  
Um produto cultural da humanidade.*

*Havemos mister de coragem e abnegação,  
Para despirmo-nos das nossas becas,  
Mofadas de teorias caducas,  
E tomarmos traje novo.  
Releva dizer à ciência velha: retira-te;  
E à ciência nova: Entra, moça!” ◆*

# TAXIONOMIA MODERNA DAS MARCAS (SEUS ATRIBUTOS INTRÍNSECOS - PATOLOGIA DO USO DAS MARCAS, CONSOANTE A NOVA LEI DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL)

**TOMAZ HENRIQUE LEONARDOS**

*Procurador Regional da República e Advogado Especializado em Propriedade Industrial Pós-Graduado pela PUC-RJ*

## 1. TAXIONOMIA MODERNA DAS MARCAS

Este breve ensaio de caráter introdutório, destinado aos não-iniciados principalmente, pretende distinguir os vários tipos de marcas existentes segundo a doutrina e a Nova Lei da Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/96) e tecer algumas considerações acerca do seu uso regular e lícito e do seu uso indevido por terceiros, que minha visão de promotor e advogado me permitiram vislumbrar ao longo de alguma militância, no ramo do direito marcário.

As marcas (que constituem objeto do direito de propriedade industrial ou imaterial ao lado das patentes e do *know-how* que é tecnologia não-patenteada e a Lei nº 9.279/96 esboça uma definição em seu art. 122) são signos distintivos visualmente perceptíveis, destinados a assinalar produtos e diferenciá-los uns dos outros, no mercado de consumo. Não se confundem as marcas com o nome comercial e o título de estabelecimento, eis que o primeiro visa identificar as sociedades comerciais no giro dos negócios e o segundo distingue o estabelecimento comercial, é o nome de fantasia que se coloca usualmente na fachada da loja ou indústria, na clássica lição de Carvalho de Mendonça.

O traço comum das marcas, sejam elas de indústria e comércio ou de serviços, é o seu poder atrativo (maior ou menor) junto ao público consumidor, aquilo que os ingleses e norte-americanos chamam de *good will*. O Professor da Universidade de Michigan, Edward Rogers, foi quem definiu

com maior clareza e espírito essa coisa nenhuma, etérea e vácuca chamada “good will” ou atratividade:

*“As with intangible things, good will is hard to place mentally. Like reputation, popularity and friendliness it is so elusive that there is little wonder its value and its very existence are so frequently ignored. Like character and reputation in an individual - the things which enable anyone to associate with his fellows - good will is what perpetuates a business.*

*Good Will is that which makes tomorrow's business more than an accident. It is the reasonable expectation of future patronage based on past satisfactory dealings. Promiscuous and casual customers or clients do not pay the profits. Those who come regularly do. These persons have found the dealer trustworthy, his goods of high quality, his skill and Knowledge commendable.”<sup>1</sup>*

Embora Rogers estivesse escrevendo no início do século XX, hoje ao apagar das luzes desse século, apelidado por Hobsbawm de “A Era dos Extremos” seus conceitos são bem válidos e exalam sabedoria.

As lojas da esquina, as mercearias e quitandas foram em parte substituídas por lojas virtuais na Internet onde se pode comprar de tudo. A compra e venda efetuada pelo vendedor no balcão foi superada pela vertiginosa ascensão do *e-commerce* sem a intervenção de vendedores cheios de lábia, e sem compradores chegados a uma pechincha, mas a construção da boa reputação permanece igual na sua essência. Todo esse poder de conquista e manutenção da clientela é concentrado e amalgamado no que poderíamos chamar de carisma da marca.

O tempo mudou a configuração das relações comerciais, a desafiar os cultores do direito, porém um comerciante ou fabricante honesto que vende bons produtos a preços razoáveis e os entrega na data aprazada, sempre gozará de melhor reputação em meio aos consumidores que o comerciante ou fabricante desleixado ou desonesto, o qual, em pouco tempo, granjeará má fama.

Dos conceitos primitivos e intuitivos de *good will* derivaram outros como fidelidade às marcas e elasticidade de demanda, conceitos de marketing

---

<sup>1</sup>. Good Will. *Trademarks and Unfair Trading*, A. Shaw Company - N. York - 1919.

e economia intimamente relacionados, e hoje em voga, quando os departamentos de marketing das empresas constituem órgãos da maior importância para definição da estratégia empresarial, seja na divulgação do produto seja na sua distribuição ou mesmo nas técnicas de apreçamento.

Ensina-nos o Mestre Gama Cerqueira em seu Tratado três funções básicas das marcas: 1) função de identificar o produto no mercado 2) função de garantir sua procedência, origem e qualidade 3) função de proteção ao comerciante pelo valor econômico nelas embutido que as tornam um bem intangível (direito de propriedade imaterial) livremente negociável, e reflexamente função de proteção ao consumidor (Tratado de Propriedade Industrial). Outros autores acrescentam a função de publicidade, de propagar e apregoar as qualidades dos produtos que assinalam, fixando-se aquela marca de forma indelével na mente dos consumidores.

Diferem as marcas na prática e na doutrina conforme sua natureza intrínseca e aplicações diversas, podendo ser classificadas hoje, com amparo na nova Lei nº 9.279/96, e alguma licença, em:

1) Marca de Produto ou Serviço (art. 123) - São aquelas marcas usadas para distinguir os produtos e serviços de outros de origem diversa, isto é, de outros fabricantes ou prestadores de serviço, orientando os consumidores na escolha dos bens que desejam adquirir;

2) Marca de Certificação (art. 123) - São aquelas marcas que se destinam a certificar a conformidade de um produto com determinadas normas técnicas que digam respeito a excelência da sua qualidade. É uma novidade da Lei nº 9.279/96. Ex.: ISO 9000, ABICS;

3) Marca Coletiva (art. 123) - São aquelas usadas para identificar produtos ou serviços provindos de associações, sindicatos, ou entes coletivos. Devem ser usadas conforme regulamento próprio apresentado junto com pedido de registro. Outra novidade da Lei nº 9.279/96. Ex.: ABPI; CUT; AMB; FIESP;

4) Marca de Alto Renome (art. 125) - Veio sentenciar a morte do ilógico super-registro de marca notória do antigo art. 67 da 5.772/71, pois a marca pode deixar de ser de alto renome no decurso de uma década por diversas razões mercadológicas (Ex.: DUCAL, MESBLA, EUCALOL). Revoga o princípio da especialidade, pois passa a cobrir todas as classes de produtos. Basta ter um registro simples ao qual o Poder Judiciário atribua a característica de alto renome, exercendo sua função jurisdicional. Não há que se cogitar de registro especial para essa marca, o que feriria a meu

ver tanto a *mens legis*, como a *mens legislatoris*, apesar de alguns autores entenderem em sentido oposto;

5) Marca Notoriamente Conhecida nos termos do art. 6 bis da CUP (Convenção da União de Paris, à qual o Brasil aderiu) e do art. 126 - É uma marca que prescinde de estar registrada no país onde é invocada sua proteção. Revoga o princípio da territorialidade das marcas, isto é, pela sua natureza especial de ser notoriamente conhecida (ROLLS-ROYCE, COCA-COLA, REEBOK, CARTIER etc.) goza de proteção extraterritorial em todos os países que aderiram à CUP. Pode ela desconstituir registros piratas seja na esfera judicial ou administrativa, que tenham sido obtidos naquele seu ramo de negócios, para distinguir produtos afins ou similares, desde que tenha sido pedida no Brasil no prazo legal (art. 158, § 2º, do novo CPI). O INPI, após longo inverno, onde procurou negar a própria aplicabilidade do art. 6 bis da CUP (à qual o Brasil aderiu em 1889, pois é membro fundador), rendeu-se às evidências de que não ficava bem a um órgão autárquico federal negar vigência a um Tratado ao qual o Brasil havia aderido e internalizado por lei federal (hoje vige o texto de Estocolmo integral de 1967, Decreto 635/92) e editou o histórico Parecer Normativo 91/91 em que determina a aplicação do art. 6 bis da CUP já aos processos administrativos em curso, para barrar o registro de marcas que reproduzem uma marca notoriamente conhecida naquele ramo de negócios. Registre-se, ainda, que alguns comentaristas da nova Lei de Propriedade Industrial, **talvez traídos pela falta de recuo histórico**, entendem que a marca de alto renome do art. 125 e a marca notoriamente conhecida referida no art. 126 sejam uma única coisa, com o que, evidentemente, não podemos concordar, embora haja marcas que se enquadrem nos dois conceitos isso não induz que sejam necessariamente a mesma coisa. Vale referir texto de Frederick Mostert a propósito do tema em tela.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> *In such a smaller but more intensely networked world brand manufacturers are no longer confined to local markets. They function in an integrated global marketplace. Brand producers find themselves providing goods and services in bigger and bigger markets created by free trade pacts and the creation of single markets throughout the world. Brands such as COCA-COLA, McDONALD'S, CARTIER, SMIRNOFF, ROLLS ROYCE, FERRARI, KODAK, SONY, BAYER, CNN and DHL have virtually become household names to the global citizen. Against the reality of this background, there is certainly no doubt in the minds of businesspersons that the reputation and goodwill attached to their famous brands have become detached from national and local borders. The global village does, however, provide ever increasing temptations to local villagers to trade on the reputation of global famous trademarks. (...) Brand owners are confronted with the need to protect their well-known trademarks on a global basis. Such a need for protection is particularly significant if one keeps in mind that the brands COCA-COLA, MARLBORO, and IBM together have been estimated to be worth close to \$ 100 billion (US) as intellectual*

6) Marca de fato - É aquela usada pelo comerciante para identificar seus produtos sem qualquer tipo de registro. Pela nova Lei, art. 129 § 1º, o uso da marca já cria alguns direitos, como o de precedência. É comum no caso de empresas informais ou microempresas. Remeto o leitor para o ótimo artigo “A Proteção de Marcas não Registradas no Brasil e no Mercosul”, publicado na Revista da ABPI<sup>3</sup>, do Dr. Luiz Leonardos, sobre o tema, onde preconiza que o princípio maior da repressão à concorrência desleal (pano de fundo do Direito da Propriedade Industrial) presta-se a proteger o uso de sinais distintivos não registrados, como marcas de fato e embalagens. Também nesse sentido temos Gama Cerqueira em seu **Tratado**. No confronto entre duas marcas de fato prevaleceria a de uso mais antigo.

7) Marca Tridimensional - É aquela atípica (pois a típica por contraposição é bidimensional seja nominativa, mista ou figurativa) que reveste e configura por exemplo o formato de uma embalagem. Ex.: formato da garrafa da Coca-Cola;

8) Marca Irregistrável - É aquela que incide em alguma das proibições múltiplas do art. 124 da Lei nº 9.279/96 e, portanto, não poderá ser registrada nem gerar ou atribuir quaisquer direitos exclusivos de uso, oponíveis a terceiros (grassa na doutrina a pior discórdia sobre se seriam direitos reais

---

*property assets. It is, therefore, not surprising that the appropriate protection of well-known marks and intellectual property has become a significant factor in the trading relations between nations. United States Trade Representative Mickey Kantor announced possible retaliatory trade action in view of the inadequate protection of intellectual property against China on 31 December 1994 which could have affected China's export to the United States of products which amount to approximately \$ 2.8 billion (US) a year. Not only are the equities and economic concerns of trademark owners at stake but also the international standards of fair play and comity between nations. The protection of the global trading system through the prevention of piracy and unfair exploitation of well-known marks has become essential.” (in Famous and Well-Known marks: Na International Analysis, Butter Worths, 1997, grifo nosso).*

<sup>3</sup> Assim, ao defrontarmos com as violações no campo da propriedade industrial, *latu sensu*, poderemos considerá-las como violações específicas aos direitos de propriedade industrial assegurados legalmente ou de modo mais amplo, na esfera da responsabilidade civil, como atos de concorrência desleal, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais e industriais ou entre produtos e artigos postos no comércio (art. 209 da Lei nº 9.279/96, combinado com artigo 159 do Código Civil). (...) No direito brasileiro atual, às marcas não registradas mas em uso por mais de seis meses é reconhecido o direito de precedência ao registro, oponível a quem peça registro de marca idêntica ou semelhante para assinalar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim. Como se exerce esse direito? Em primeiro lugar, deverá o interessado comprovar o preenchimento do requisito legal, isto é, que a marca já se encontra no mercado há mais de seis meses. Em segundo lugar, o direito de precedência deve ser exercido tempestivamente.”

ou pessoais), àqueles que as usam. Eventualmente pode o INPI registrar por equívoco uma marca irregistrável, porém terceiros poderão requerer sua nulidade ao Judiciário dentro do prazo prescricional legal, de cinco anos, exceção feita às marcas depositadas com evidente má-fé, que teriam uma ação de nulidade imprescritível (art. 6 bis, 3 da CUP). Note-se que vários autores entendem que tal artigo da CUP foi derogado pelo CPI.

9) Marca Evocativa - É a marca registrável que, por contraposição à descritiva (irregistrável) que meramente evoca o produto que pretende distinguir mantendo com ele uma relação remota ou indireta (Ex.: MOTO-RADIO para rádio de automóveis, PAPER MATE para canetas, BAGUETTE para sanduicheria).

10) Marca Nominativa - É a composta por uma ou mais palavras em letras de imprensa, isto é, **sem** grafia especial (letras estilizadas).

11) Marca mista - É a composta por uma parte nominativa e outra figurativa. Se a parte nominativa da marca mista for excessivamente descritiva, poderá o órgão de registro de marcas deferi-la com *disclaimer* da parte nominativa, isto é, não haverá exclusividade de uso para aquela parte nominativa (uma ou mais palavras). Também se considera mista a marca que é composta de uma ou mais palavras grafadas de modo especial (letras estilizadas), mesmo sem uma parte figurativa propriamente dita.

12) Marca Figurativa - É a marca composta unicamente por desenhos ou figuras sem elementos gráficos.

A simpática e bem-feita *home page* do INPI menciona ainda que existem marcas nacionais e estrangeiras porém a globalização parece, *data vênia*, haver tornado essa classificação inócua e desnecessária, até porque só mesmo a ficção jurídica poderia considerar como nacional uma marca de uma subsidiária integral de uma multinacional.

## 2. USO PATOLÓGICO DAS MARCAS

Feito esse esboço de classificação, tem-se de penetrar no âmago da questão da pirataria ou uso ilícito ou irregular de uma marca. Pode-se piratear uma marca de várias formas: imitando-a com pequenas alterações, reproduzindo-a de maneira servil, e ainda fazendo-se passar por licenciado ou coligado do verdadeiro titular (risco de associação com o verdadeiro fabricante, com o seu uso na *mot vedette* (ou palavra central) do nome comercial da contrafatora). A pirataria da moda é reproduzir ou imitar marcas famosas no registro de um *domain name*, obtido junto à FAPESP que, como

se sabe, é o nome pelo qual o internauta logra acessar um site. Tal ato ilícito vem demandando lei penal explícita que o tipifique, já havendo projeto de lei no Congresso Nacional, pois no direito penal vige o princípio da tipicidade fechada, sendo hoje tais violações passíveis de penalização só na esfera cível.

Faça-se aqui um breve parêntesis para que nos valhamos de outro brilhante texto de Edward Rogers na busca de conceituar o que seja a pirataria marcária. Não traduzi, de propósito, os originais de Rogers com o receio de que a verve do autor pudesse se esvair nas entrelinhas de uma tradução infeliz. É sempre um privilégio ler um autor que foge do trivial:

*“To call the modern infringer a pirate is to pay him a compliment he does not deserve; he is no such hardy ruffian, he is a sneak thief, a confidence man, just as dishonest; no doubt, as a real man thief, but less admirable.*

*He hopes to escape the penalty of his wrong doing by craft and cunning, to deceive the public, and then, when accused, also to deceive the courts”<sup>4</sup> (o grifo é nosso)*

Rogers revela em linhas anteriores seu sentimento de que pelo menos os piratas ingleses e franceses que saqueavam galeões espanhóis repletos de ouro e prata tinham algum charme e espírito aventureiro, ao singrar os mares do Caribe em busca do seu valioso butim.

No tema afeto ao uso patológico das marcas, portanto, poderemos ter um ilícito civil, um ilícito penal ou ambos. A prática do ilícito civil gera para o titular da marca o direito de coibir o uso, cominando pena de multa para eventual reincidência e de obter indenização por perdas e danos. (Remeto aqui o leitor para o artigo do Prof. Otto Licks, P.H.D., pela Universidade George Washington, “O pirata como seu concorrente”, publicado na Revista do INPI). Por outro lado, a prática do ilícito penal (crime de violação de marca registrada está capitulado e tipificado nos arts. 189, 190 do CPI) demanda a existência de dolo (*dolus malus*) por parte do agente e a consumação do resultado, já que o crime em tela não admite a forma tentada nem a culposa. É crime de ação penal privada, pois somente se procede mediante queixa-crime, de iniciativa do lesado que tenha interesse e legitimidade. A

---

<sup>4</sup> *op cit.*

competência para processar e julgar tais crimes contra a propriedade imaterial é da Justiça Estadual.

É de se mencionar a timidez da maioria de nossas Cortes, carentes talvez de juízos especializados (preconizados na nova Lei nº 9.279/96), no que tange à condenação dos contrafatores-piratas, que tentam tomar carona em marcas alheias, a pagar indenização por perdas e danos aos titulares das marcas violadas, que investem pesadas somas em sua divulgação na via publicitária. Têm, via de regra, nossas Cortes, com honrosas exceções, exigido prova cabal do dano emergente e do lucro cessante, o que quase sempre é impossível pois, às vezes, **mesmo sendo pirateada**, uma linha de produtos de uma empresa pode exibir lucros crescentes, em um período de tempo, face, por exemplo, a uma conjuntura econômica favorável. Exigir do autor-titular essa prova é exigir a produção da *diabolica probatio*, pois há variáveis outras em jogo, e a sua conseqüência é premiar o enriquecimento ilícito (veja-se, a propósito, acórdão não unânime do Pleno do TRF da 2ª Região ao julgar EMBARGOS INFRINGENTES nº 94.02.04622-4 (em que THE COCA-COLA COMPANY era a Embargante) caso que se tratava da violação da marca COKE, pela marca COKDOG (visava distinguir refrigerantes para cachorros!!!). A marca COKDOG foi anulada, porém a indenização pleiteada foi negada, por apertada maioria).

Estamos, portanto, com Gama Cerqueira e a melhor doutrina que considera, para evitar a impunidade (praga de nosso tempo), deva se ter o dano por presumido e arbitrada a indenização de um *royalty* fictício (mínimo de 5%, a nosso aviso). Como se houvesse um contrato de licença entre contrafator e titular, solução similar, aliás à adotada pelos arts. 208, 209 e 210 do CPI em vigor (Lei nº 9.279/96), na fase de liquidação do julgado. Também seria razoável condenar o contrafator a ressarcir o titular da marca quanto a juros de mercado pelo capital de giro próprio, auferido com o ilícito pelo infrator (*punitive damages*). Justifica-se tal verba, pois a contrafação está quase sempre associada à sonegação fiscal e ao descaminho.

Há quem defenda, ainda, como o Dr. Maurício Lopes de Oliveira, Mestre pela Universidade de Montpellier, em bem articulado artigo denominado “A Obrigação do Contrafator de Marca Famosa em Ressarcir o Legítimo Titular do Registro por Prejuízo à Imagem e Conseqüente Dano Moral” publicado na Revista da ABPI, que a violação de uma marca enseja na esfera cível, não só a indenização por danos materiais mas também por danos morais, já que o uso indevido pelo pirata, via de regra, vem a denegrir

a imagem da marca e da empresa dela titular, face à baixa qualidade dos produtos contrafeitos<sup>5</sup>. No mesmo sentido há o artigo erudito da Dra. Elizabeth K. Fekete “Reparação do Dano Moral causado por condutas lesivas a Direitos de Propriedade Industrial”, também publicado na Revista da ABPI. Hoje em doutrina, e mesmo na jurisprudência já se aceita o pagamento de ressarcimento por dano moral em prol de uma pessoa jurídica, despregando-se o conceito de dano moral do clássico de dor ou sofrimento impingido a uma pessoa física, face à constatação de que as pessoas jurídicas também possuem uma honorabilidade.

Estas as ponderações superficiais que me ocorreram fazer sobre o momentoso tema, esperando ter lançado novas luzes sobre o mesmo e despertado o interesse de jovens profissionais que hoje se iniciam nessa seara jurídica, em franco crescimento. ◆

---

<sup>5</sup>. “Não há dúvida sobre a influência negativa causada a imagem de uma marca quando esta é reproduzida ou imitada indevidamente. Mesmo porque, o menos importante, para quem quer que seus produtos passem pelo que não são, é o que eles realmente são. Para o contrafator a aparência é tudo, a qualidade pouco importa. A reprodução da Rolex, na identificação de um produto que obviamente não apresentará a mesma qualidade e precisão dos relógios originários, implica a diluição deste signo, a diminuição de seu valor subjetivo, na medida em que a manutenção do mito Rolex, que tem sua imagem associada ao luxo, requer a preservação de certo padrão, prevalecendo a idéia de marca exclusiva.”

# DA NATUREZA JURÍDICA DO COMPROMISSO DO ADVOGADO

EDSON VIANA DE MATTOS

*Professor-Assistente da ESA – Escola Superior de Advocacia - RJ, na área de Deontologia Jurídica*

Muito pouco têm os doutrinadores se debruçado sobre a questão da Deontologia Jurídica, enquanto cátedra dos cursos jurídicos preocupada com o estudo da gênese da entidade de classe que abriga os profissionais do Direito - a OAB. Raros são os artigos e matérias doutrinárias sobre deontologia, ou, mais especificamente, sobre as leis que regulam a própria atividade e a corporação profissional, como o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB (Lei nº 8.906/94), seu Regulamento Geral e o Código de Ética.

A par da discussão doutrinária a respeito de qual é realmente a essência da Ordem dos Advogados do Brasil, bem como de sua natureza jurídica, o que tem provocado dissensões e polêmicas entre os autores de nomeada – e que não vamos aqui abordar, merecendo um outro comentário de *per si* - a grande verdade é que um outro tema ainda não foi devidamente analisado ou abordado pelos estudiosos do Direito. Trata-se do instituto do compromisso oficial que presta o bacharel em Direito, ao receber sua Carteira de Identidade de Advogado, pela primeira vez, perante o Conselho Seccional onde requereu sua inscrição principal ou definitiva.

Como se sabe, durante a vigência do anterior Estatuto (Lei nº 4.215/63), o compromisso prestado pelos bacharéis vinha previsto no art. 64, *in verbis*:

*“Perante o Conselho Seccional ou a Diretoria da Subseção prestarão os advogados, estagiários e **provisionados**<sup>1</sup>, antes de lhes ser entregue a carteira profissional, o compromisso seguinte:*

<sup>1</sup> A categoria de provisionados não mais existe, exceto naquelas comarcas onde não possua advogados habilitados. Pelo Estatuto anterior, quando isso acontecia, o cidadão que detivesse conhecimentos jurídicos poderia requerer tal tipo de inscrição, para militar no próprio Estado, a título precário.

*‘Prometo exercer a advocacia com dignidade e independência, observando os preceitos de ética e defendendo as prerrogativas da profissão; não pleiteando contra o Direito, contra os bons costumes e a segurança do País e defendendo, com o mesmo denodo, humildes e poderosos’.*”

Esse compromisso, apesar do caráter obrigatório imposto pelo art. 64 do referido diploma legal, não possuía qualquer preceito sancionatório em caso de descumprimento. Tanto é que, dentre os requisitos elencados no art. 48, para que o bacharel pudesse vir a possuir inscrição como advogado na Ordem, NÃO ESTAVA relacionado nenhum tipo de compromisso, seja perante o Conselho, seja perante a Diretoria da Subseção. Existiria no próprio Estatuto uma omissão quanto à interpretação sistemática sobre a verdadeira natureza jurídica daquele instituto compromissório, mesmo podendo-se inferir o caráter obrigatório previsto no art. 64? Pela simples interpretação literal, o compromisso – se não prestado (ou lido) – em nada mudaria, ao final, para a entrega da Carteira de Identidade ao recém-inscrito.

Mas, tal interpretação não poderia ser considerada, a partir do momento em que, pelo próprio teor do “juramento”<sup>2</sup> que viria a prestar, o bacharel se comprometia, também, a não pleitear “contra o Direito, **contra os bons costumes...**”. E, se podemos entender que já era uma prática comum a leitura do compromisso, durante vários anos, ele estaria inserido numa norma ética a qual não poderia, de antemão, desrespeitar, sob pena de fraudar o princípio ético-moral que deveria nortear seus passos iniciais na carreira que abraçaria. O compromisso do bacharel implicaria, nesse caso, um aspecto tão-somente ligado à natureza de um costume, de cunho tradicional, sem o condão de poder ser considerado um requisito de validade formal para suprimir inscrição nos quadros da Ordem. Apesar de toda solenidade ou pompa, não vinha sendo regrado no próprio Estatuto da OAB, o que causava perplexidade.

Atento a essa brecha contida na legislação estatutária, o legislador cuidou de inscrever o “compromisso” – como instituto próprio – no

---

<sup>2</sup> O termo juramento é aqui empregado em seu sentido popular, porque no Direito anglo-saxônico sua conotação é de maior monta, podendo até implicar no crime de perjúrio, se for desrespeitado o ato solene de jurar sobre a Bíblia Sagrada. No caso ora analisado, trata-se de um compromisso solene, sem iguais consequências.

Capítulo III do novo Estatuto (Lei nº 8.906/94), dentre os requisitos para inscrição como advogado nos quadros da OAB, fazendo-o no art. 8º, onde criou o inciso VII – “**prestar compromisso perante o Conselho**”, que não figurava no antigo elenco taxativo do art. 48 do Estatuto anterior. Já agora não se cuida mais de um compromisso a ser prestado perante a Diretoria da Subseção, como vinha grafado antigamente, mas diante do Conselho das Subseções, do carinhosamente apelidado “Conselhinho”. Pretende-se, com isso, conferir um maior grau de importância a esse ato público, que, via de regra, é procedido através de uma sessão solene e personalíssima, perante o Conselho Seccional. Adquire, assim, o compromisso um *status* de condição específica de validade da própria Carteira de Identidade que vá ser entregue ao futuro advogado. Sem tal compromisso, não haverá a formalidade de entrega – sempre em ato solene, com discurso de saudação feito pelos conselheiros-paraninfos aos novos advogados – da carteira que traz ínsita a definitividade de uma profissão regulamentada e permanentemente fiscalizada.

O compromisso (não um juramento) de advogado ganha, pois, foro legal de um ato que, no Direito Administrativo, chamamos de complexo, pela gama de situações envolvidas na entrega da carteira de advogado; totalmente vinculado, desde que cumpridos os requisitos para sua validação; essencialmente oral, é proferido de forma coletiva; é também solene, porque prestado em condições especiais, com toda a pompa e importância de que se reveste. É, ainda, de caráter personalíssimo, já que todo bacharel ou estagiário sob esse compromisso se curva, cada um por si próprio, sem poder delegar o exercício da solenidade, legitimando o compromisso por um ato de adesão, voluntário, capaz de nortear toda sua vida profissional a partir desse momento. Possui natureza constitutiva, com conseqüentes direitos e deveres, obtendo ainda eficácia *erga omnes*, atingindo e afetando relações jurídicas perante terceiros.

Não deixa de possuir tal compromisso, como já frisamos acima, uma natureza muito própria: ele é condição específica para validade do ato jurídico complexo em que se situa o deferimento e entrega da carteira definitiva do futuro advogado. Sem a observância ou cumprimento dessa condição específica, nenhum advogado poderá ser considerado, nem formal, nem moralmente, um autêntico advogado na verdadeira acepção da palavra.

Mas, uma nota característica pode ser questionada: se o compromisso é condição de validade, como fica a contagem do tempo de exercício da

advocacia? Será desde o deferimento da inscrição? Nesse caso, retroagiria seus efeitos até essa data. A rigor, o bacharel somente pode se considerar advogado a partir da data do compromisso oficial, solene, que é condição da própria validade da inscrição a ser obtida. No entanto, para efeitos de inscrição nos quadros da Ordem, o tempo de exercício é sempre computado a partir da data do deferimento do pedido. Nos registros cadastrais, essas datas são importantíssimas e figuram como dados relevantes para posterior utilização.

Atualmente, o texto do compromisso oficial figura no Regulamento Geral, com a nova redação de seu art. 20:

*“Prometo exercer a advocacia com dignidade e independência, observar a ética, os deveres e prerrogativas profissionais e defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado Democrático, os direitos humanos, a justiça social, a boa aplicação das leis, a rápida administração da justiça e o aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas.”*

Note-se, a título de interpretação histórica, que o texto do compromisso oficial foi devidamente atualizado para ser adequado aos princípios constitucionais democráticos que vicejam no País desde 1988. Foi até mesmo suprimida a palavra “denodo”, que muitos insistiam em ler “dênodo”, com acentuação proparoxítona, sem sequer saber-lhe o significado, de tão ultrapassada que estava.

A importância, o grau de solenidade que se dá a esse instituto tão característico da classe dos advogados, é tamanha que – no próprio Regulamento Geral do Estatuto, em seu art. 53 – a OAB, mais uma vez, confere significativa autenticidade, além de grande relevo, ao caráter compromissório, até mesmo para os membros da entidade de classe. Assim é que, até eles próprios, os conselheiros e dirigentes dos órgãos da OAB, tomam posse firmando, juntamente com o Presidente, o termo específico, após prestar o seguinte compromisso:

*“Prometo manter, defender e cumprir os princípios e finalidades da OAB, exercer com dedicação e ética as atribuições que me são delegadas e pugnar pela dignidade, independência, prerrogativas e valorização da advocacia.”*

Muito a propósito, dentre as conhecidíssimas passagens que têm o nosso ilustre Presidente da OAB-RJ, Dr. Celso Augusto Fontenelle, como um de seus protagonistas, está aquela em que, ao assumir a direção da solenidade de entrega de carteiras a um grupo de novos estagiários, notou que um deles, desavisadamente, não estava devidamente trajado, com terno e gravata. O Dr. Celso Fontenelle nem pestanejou: despiu-se do próprio paletó, retirou a gravata portátil (ele usa aquelas que são penduradas na altura do gogó, sem necessidade de laços) e fez com que o estagiário deles se servisse, e, então sim à altura da importância da solenidade, recebesse o tão sonhado título. Foi, como sempre é muito aplaudido pelo belo gesto.

Vê-se bem que, ao instituir o caráter compromissório durante as entregas de carteiras de advogado, pretendeu-se conferir-se-lhe, *ultima ratio*, uma regra específica, de cunho obrigatório, como condição de validade, a atestar-lhe a importância e a solenidade do ato. Repetimos: um ato administrativo complexo, *ad solemnitatem*, personalíssimo, estritamente oral e solene, sem o qual o bacharel em Direito jamais será advogado, tendo, inclusive, que – administrativamente – desarquivar o pedido de inscrição, após o decurso de algum tempo, com o pagamento de novas taxas, para aí então validar sua inscrição definitiva. ◆

# A EMENDA DO JUDICIÁRIO - “QUEM GARANTIRÁ AS GARANTIAS?”

**JOSÉ EDUARDO NOBRE MATTA**

*Professor dos Cursos de Pós-Graduação da Universidade Estácio de Sá e Juiz Titular da 6ª Vara Federal de Execução Fiscal*

*“Os governos investem contra a justiça, provocam e desrespeitam a tribunais; mas, por mais que lhes espumem contra as sentenças, quando justas, não terão, por muito tempo, a cabeça erguida em ameaça ou desobediência diante dos magistrados, que os enfrentam com dignidade e firmeza.” RUI*

## I. INTRODUÇÃO

Apresentado o relatório e o substitutivo da relatora da proposta de Emenda à Constituição nº 96-A, de 1992<sup>1</sup>, Deputada **Zulaiê Cobra**, abriu-se a toda a sociedade nova oportunidade para refletir sobre o futuro do Poder Judiciário brasileiro.

Com efeito, conforme salientado pela ilustre parlamentar em seu relatório, a Comissão Especial constituída para estudar a necessidade e a viabilidade de reformas constitucionais sobre a estrutura do Poder Judiciário tomou o cuidado de realizar diversas audiências públicas, contando com a presença de inúmeros juristas de escol, bem como de representantes das mais variadas entidades ligadas ao meio jurídico. Todavia, ainda há muito o que se pensar sobre o tema, tal sua magnitude para a preservação de nosso ainda incipiente e apenas formal Estado Democrático de Direito<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Registre-se que já foram apreciados pela Comissão Especial cerca de noventa destaques ao substitutivo, isto até a data da conclusão deste trabalho.

<sup>2</sup> Confira-se o excelente artigo de **Celso Antônio Bandeira de Mello** - A democracia e suas dificuldades contemporâneas - *in RDA* nº 212. Ali, o mestre tece argutas observações para desenhar aqueles Estados por ele denominados de apenas formalmente democráticos, em contraste com aqueles substancialmente democráticos.

Fúria e paixão nunca foram bons conselheiros.

É bom que se tenha em mente o clima conturbado sob o qual se desenvolveram os trabalhos da Comissão Especial. De um lado a CPI do Poder Judiciário, verdadeiro palco para toda sorte de estrelismo parlamentar, onde a todo tempo expunham-se ao público as pontuais mazelas do Poder Judiciário. Na outra ponta, uma crise institucional sem precedentes na história brasileira, cujo recente desabafo do atual Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro **Carlos Mário Velloso**, sobre os ataques sofridos pela Corte Maior, bem ilustra: “*Eu não vi, nem no regime militar, manifestações tão agressivas. Nem no regime militar*”<sup>3</sup>. Para não falar da própria crise econômica, a impor aos técnicos do governo federal a procura de soluções, nem sempre compatíveis com a ordem constitucional vigente, colocando em choque os Poderes Judiciário e Executivo com espantosa freqüência.

O presente trabalho tem por escopo meditar precipuamente acerca da nova redação sugerida ao inciso III do artigo 95 da Constituição Federal e do novo dispositivo proposto pela relatora, a alterar a redação original do mesmo artigo, e que, se aprovado, corresponderá ao inciso VI, do parágrafo primeiro do aludido artigo 95.

## II. PANORAMA DAS SUGESTÕES CONTIDAS NO SUBSTITUTIVO DA RELATORA

Nem bem tornou público a relatora seu parecer e o respectivo substitutivo e, utilizando-se de prerrogativa regimental, a pretexto de melhorar a sugestão de emenda anteriormente apresentada, já oferece a ilustrada Deputada **Zulaiê Cobra** uma ‘Complementação de Voto’, alterando topicamente seu substitutivo.

De fato, como noticiado pela relatora, as modificações foram resultantes do acolhimento das sugestões de seus pares da Comissão Especial, após veementes manifestações em cerrados debates. Por aí bem se podem antever as calorosas discussões sobre o tema que tomarão conta do meio jurídico daqui em diante.

Permitimo-nos assinalar, tecendo brevíssimas considerações, o que mais nos impressionou no substitutivo oferecido, com ênfase no Poder Judiciário.

---

<sup>3</sup>. Jornal **O Globo** de 13 de outubro de 1999 - 2ª Edição - p. 3.

Com efeito, algumas alterações propostas chegam a trazer algum alento, é o caso, por exemplo, da nova redação sugerida ao inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, *verbis*:

“Art. 5º- ...

*LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, destinando-se o provimento judicial a suprir a norma para o interessado, no âmbito do pedido;”*

Deveras, a doutrina é unânime em dizer que a interpretação tímida dada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal ao mandado de injunção findou por fazer letra morta deste verdadeiro remédio constitucional<sup>4</sup>. Se aprovada a nova redação do dispositivo ficará afastada qualquer dúvida quanto ao seu real alcance, delineado desde a época dos debates na Assembléia Nacional Constituinte, como nos dá notícia o professor **José Afonso da Silva**, no seu **Curso de Direito Constitucional**, 9ª edição, 2ª tiragem, Malheiros, nota 65, p. 395/396, *verbis*: “Foi esta sempre a preocupação do constituinte: aparelhar meios para a eficácia imediata das normas constitucionais. A elaboração constituinte do mandado de injunção seguiu sempre esse rumo...”. E não se argumente quanto à impossibilidade de alteração deste quilate de dispositivo inserido no artigo 5º da Lei Maior. Afinal, ao revés de tender a abolir uma garantia constitucional, esta proposta de emenda estaria, sim, dando-lhe real efetividade, afastando a possibilidade da interpretação anteriormente fixada pelo STF.

Bem intencionada, também, a sugestão do novo inciso LXXVIII a ser acrescido ao artigo 5º da Lei Maior. De fato, nenhum mal existe em se explicitar constitucionalmente direitos fundamentais, ainda quando estes já estejam consagrados em Tratado Internacional ratificado pelo Brasil, como é o caso do Pacto de São José da Costa Rica - integrado ao nosso ordenamento jurídico através do Decreto nº 678, de 06.11.92 - e que, no item 1 de

---

<sup>4</sup> Neste sentido, anotem-se as palavras do eminente **José Afonso da Silva**, *in Curso de Direito Constitucional*, 9ª edição, 2ª tiragem, Malheiros, p. 395/396: “Não foi esta lamentavelmente a decisão do Supremo Tribunal Federal, que vem dando ao instituto a função de uma ação pessoal de declaração de inconstitucionalidade por omissão. Com o que praticamente o tornara sem sentido ou, pelo menos, muitíssimo esvaziado”.

seu artigo 8º assegura que “*toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável,...*”. Destarte, andou bem a relatora na redação do novo dispositivo sugerido, **verbis**:

“*Art. 5º -*

*LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.*”

Digna de louvor, do mesmo modo, a proposta contida no artigo 3º do Substitutivo: supressão da competência do STJ para apreciar a intervenção federal. Realmente, como expresso pela relatora em seu relatório “*a natureza federativa do conflito*” estaria por si só a justificar tal alteração. Sendo certo que nada há que impossibilite tal alteração constitucional.

Outrossim, o novo parágrafo que se pretende acrescentar ao artigo 37 da Lei Maior, em tudo se conforma com o princípio republicano do mérito - sistema meritocrático - que já se encontra muito bem delineado nos incisos II e IV do mesmo artigo. Anote-se a redação com a complementação do voto da relatora, e após a discussão e aprovação dos destaques oferecidos até a data de conclusão deste ensaio, consoante o Anexo III:

“*Art. 37 -*

*parágrafo 11 - Para os cargos em comissão é vedada a nomeação de cônjuges, companheiros ou parentes, consangüíneos ou afins, até o terceiro grau, ou por adoção, de membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de detentores de mandado eletivo e dos demais agentes políticos, em seus respectivos órgãos de atuação, salvo se o nomeado for titular, nos mesmos órgãos de atuação, de cargo efetivo que exija nível de formação compatível com a função ou cargo comissionado.*”

Sobre tal dispositivo, antecipando-nos àqueles que criticam o excesso de detalhes que nossos legisladores constituintes costumam introduzir nas nossas cartas constitucionais (principalmente em relação à Constituição de 1988), vale a pena refletirmos sobre as palavras do sempre lembrado mestre **Seabra Fagundes**, citadas por **Luís Roberto Barroso** em recente ensaio

sobre os dez anos da Constituição de 1988<sup>5</sup>: “no Brasil é preciso dizer tudo tintim por tintim, senão não se cumpre”.

Outro ponto que mereceu nossos aplausos, ainda que fugazes, lamentavelmente não logrou alçar vôos mais altos. Referimo-nos à inovação de fixação de uma idade mínima para o ingresso na magistratura. É que a proposta original da relatora pela fixação do limite em 25 anos de idade foi suprimida por unanimidade, consoante o Destaque nº 247. Com efeito, pensamos que a idade mínima proposta de vinte e cinco anos seria até mesmo ainda muito baixa, se comparada com a idade mínima, por exemplo, do ingresso na magistratura na Inglaterra ou Estados Unidos. Quanto ao juiz inglês, por exemplo, noticiou o eminente professor **Leonardo Greco**, em aula proferida no Curso de Pós-Graduação da Universidade Gama Filho, que, sendo cargo ocupado pelos advogados mais experientes, a média de idade giraria em torno de cinquenta anos. O ilustrado professor **Reis Friede**, de seu turno, em artigo publicado no Jornal do Commercio, de 01.02.99, sob o título *Creche da Mediocridade*, fez contundentes críticas ao excesso de juízes brasileiros de tenra idade. De fato, inarredável do inconsciente coletivo é a imagem do juiz maduro e experiente. Afinal, forte na lembrança das célebres palavras de **Alexander Hamilton**<sup>6</sup>, um dos pais da Constituição norte-americana, não tendo o Judiciário nenhum controle sobre a espada ou a bolsa, só lhe restaria o peso moral e intelectual de seus julgamentos, ou seja, a credibilidade de suas decisões. Ora, tal credibilidade torna-se tão mais evidente na medida em que as decisões judiciais emanem não apenas de juízes cultos, eruditos, e honestos, mas também de magistrados experientes; salientando-se que essa experiência não se adquire apenas nas bibliotecas ou nas lides forenses, mas também na dura forja da vida. Ainda há tempo, esperamos, para reavivar a discussão.

De resto, as demais propostas, de uma maneira geral, ou são indiferentes, na medida em que não alteram substancialmente nada, ou, ao revés,

---

<sup>5</sup> **BARROSO**, Luís Roberto. *Dez Anos da Constituição de 1988 (Foi bom pra você também?)*, in RDA nº 214.

<sup>6</sup> Anotem-se as seguintes palavras de **Hamilton**, *verbis*: “O executivo não só dispensa as honras como segura a espada da comunidade. O legislativo não só controla a bolsa como prescreve as regras pelas quais os deveres e direitos de todos os cidadãos serão regulados. O Judiciário, em contrapartida, não tem nenhuma influência nem sobre a espada nem sobre a bolsa; nenhum controle nem sobre a força nem sobre a riqueza da sociedade, e não pode tomar nenhuma resolução ativa. Pode-se dizer que não tem, estritamente, força nem vontade, mas tão-somente julgamento...”. in *Os Artigos Federalistas*, tradução de Maria Luiza Borges, Editora Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 1993, p. 479.

primam por se dirigirem contra a independência do Poder Judiciário, diminuindo suas funções, fragilizando-o perante os demais poderes, bem como aviltando a dignidade de seus membros, em flagrante desrespeito aos incisos III e IV do parágrafo 4º do artigo 60 da Lei Maior.

Confira-se, por exemplo, a nova redação proposta para o inciso I do artigo 95.

*“Art. 95-*

*I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após três anos de exercício, observado o disposto no art. 93, IV, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado ou de decisão do Conselho Nacional de Justiça;”* (grifos nossos)

Para não falar da própria instituição do Conselho Nacional de Justiça e suas atribuições que, a um só tempo, atentam contra a independência e a autonomia dos Tribunais em geral, é de se cuidar para o fato de que uma decisão administrativa - pelo que dá a entender a redação do dispositivo - coloca-se em pé de igualdade a uma sentença judicial transitada em julgado, fragilizando o magistrado e diminuindo sua independência, na medida em que lhe furta o dispositivo proposto a garantia do processo judicial para a perda de seu cargo.

Execrável, à falta de outro qualificativo, a redação proposta para o parágrafo 1º do artigo 100, contida na complementação de voto da relatora.

**Verbis:**

*“Art. 100 -*

*parágrafo 1º - É obrigatória a inclusão no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária à quitação integral dos débitos constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento em até no máximo vinte e quatro parcelas mensais, iguais e sucessivas, sendo a primeira em 30 de janeiro do exercício seguinte, atualizados até a data do efetivo depósito em pagamento nos autos, consoante os valores fornecidos pelo juízo da execução e comunicados à entidade devedora pelo Presidente do respectivo tribunal.”*

Trata-se, como salta aos olhos, de proposição para constitucionalização do “calote”. Não bastassem todas as prerrogativas processuais do Poder Público em detrimento do particular, não fossem suficientes as atuais dificuldades do sistema de precatórios judiciais, e propõe-se, agora, que seus pagamentos sejam parcelados! Tantas foram, nos últimos tempos, as arbitrariedades sofridas pelo cidadão, e corrigidas a duras e longas penas pelo Poder Judiciário (Planos Collor I e II, planos tal e qual, planos isto e aquilo), que não podemos sequer imaginar que, ao fim de uma longa demanda judicial contra qualquer ente estatal, além de ter o administrado que esperar sua inclusão na lista de precatórios, ainda irá ter que receber o que de fato era seu, de forma parcelada...

Do mesmo modo, custou-nos acreditar na tentativa de aumento de números de membros do Supremo Tribunal Federal, constante do relatório originário da relatora. Anoto que o intento foi rejeitado pelo Destaque nº 281. Confira-se a redação então proposta pela eminente relatora para o artigo 101 da Lei Maior.

*“Art. 101 - O Supremo Tribunal Federal compõe-se de doze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.”*  
(grifos nossos)

Pensamos que seria de fato impossível, em nosso sistema constitucional, a alteração do número de membros do Supremo Tribunal Federal. Atentaria flagrantemente a um só tempo contra os incisos III e IV do parágrafo 4º do artigo 60 da Constituição Federal. Com efeito, o número de seus membros só poderia ser alterado se a proposta partisse do próprio STF (art. 60, § 4º, inc. III). Além do que, o último guardião dos direitos fundamentais, em nosso sistema, é a Corte Suprema (art. 60, parágrafo 4º, inc. IV).

Sobre a impossibilidade do aumento do número de membros do Excelso Pretório, sob a égide da Constituição de 1891, declarando a superioridade da técnica do constituinte brasileiro sobre o norte-americano, vale a pena anotar a clássica lição de **Rui**, para afastar de vez qualquer tentativa de ressuscitar o tema:

*“Em contraste, porém, com estas duas medidas tutelares, duas portas deixou abertas a Constituição Americana ao arbítrio do*

*Congresso Nacional contra a independência da judicatura federal, entregando à discricção do Poder Legislativo o fixar o número dos membros ao Tribunal Supremo, bem como os casos de apelação das justiças inferiores para esse Tribunal...Exercidas com parcimônia nos Estados Unidos, onde a opinião pública atua constantemente com a sua fiscalização moralizadora nos atos do poder, essas duas faculdades, se a Constituição brasileira as adotasse, teriam aniquilado, aqui, a justiça federal, inutilizando-a no desempenho da mais necessária parte de sua missão, no encargo de servir de escudo contra as demasias do Governo e do Congresso...Toda a vez que o Supremo Tribunal adotasse uma decisão contrária às exigências, aos atentados, ou aos interesses de uma situação política, seus potentados, suas maiorias, uma lei, votada entre a sentença e os embargos, e executada incontinenti com as nomeações necessárias, aumentando o número aos membros daquela magistratura, operaria a reconsideração do julgado.*<sup>7</sup> (grifos nossos)

Por derradeiro, encerrando este tópico de breves notas sobre o relatório da proposta de emenda e suas alterações junto à comissão especial instituída para tal fim, vale consignar que mesmo não tendo a deputada relatora inserido no texto originário de seu relatório a adoção das polêmicas súmulas vinculantes, por intermédio do Destaque sem número ao relatório parcial, do deputado **Luiz Antônio Fleury**, estas voltaram à ordem do dia. Trata-se de tema dos mais controvertidos, contando com ilustres opositores de um lado - v.g. o ex-Ministro **Evandro Lins e Silva**, último remanescente da antiga formação do STF que primeiramente adotou a elaboração das chamadas súmulas, mas que não possuíam, à época, o denominado efeito vinculante - e na outra trincheira, defendendo a sua instituição - apenas para citar componentes da Corte Maior, os Ministros **Carlos Velloso** e **Sepúlveda Pertence**. O assunto, a toda evidência, não comporta rápidas palavras. Merece, com efeito, um outro estudo particularizado. Tememos apenas que as instituições do país não estejam suficientemente maduras para a adoção das chamadas súmulas vinculantes. Nossa história, por si só, justifica tal temor. Com efeito, a ciência médica aponta casos em que um remédio mal administrado, em doses excessivas, venha a matar o paciente...

---

<sup>7</sup> **BARBOSA**, Ruy, **Comentários à Constituição Federal Brasileira**, Corrigidos e Ordenados por Homero Pires, volume IV, Livraria Acadêmica, p.8/9.

### III. DA POSSIBILIDADE DE CONTROLE JURISDICIONAL DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS QUE CONTRARIEM CLAÚSULAS PÉTREAS

Dignas de nota as sóbrias palavras do eminente professor **Paulo Bonavides**, *verbis*:

*“A pretensão à imutabilidade foi o sonho de alguns iluministas do século XVIII. Cegos de confiança no poder da razão, queriam eles a lei como produto lógico e absoluto, válido para todas as sociedades, atualizado para todas as gerações. Dessa fanática esperança comungou um membro da Convenção, conforme nos lembra notável publicista francês, pedindo durante os debates do Ano III a pena de morte para todo aquele que ousasse propor a reforma da Constituição...A imutabilidade constitucional, tese absurda, colide com a vida, que é mudança, movimento, renovação, progresso, rotatividade. Adotá-la equivaleria a cerrar todos os caminhos à reforma pacífica do sistema político, entregando à revolução e ao golpe de Estado a solução das crises.”*<sup>8</sup>.

De fato, com a elegância de sempre, averba o professor **Michel Temer** que *“as constituições se pretendem eternas, mas não imodificáveis...”*<sup>9</sup>. Sendo assim, nada mais natural que se façam alterações nas Cartas Constitucionais, visando a aperfeiçoá-las, ou mesmo adequá-las a novos tempos, sempre que a tarefa interpretativa dos tribunais constitucionais, por si só, não seja suficiente para cumprir tais misteres<sup>10</sup>. Isto não quer dizer, pensamos, que seja louvável o que se tem feito com a atual Constituição brasileira, alterada a todo momento ao talante dos governantes, pelos motivos mais débeis. Entendemos certas as observações de **Ferdinand Lassale**<sup>11</sup>, quando

<sup>8</sup> **BONAVIDES**, Paulo, **Curso de Direito Constitucional**, 7ª edição, Malheiros, São Paulo, 1997, p. 173/174.

<sup>9</sup> **TEMER**, Michel, **Elementos de Direito Constitucional**, 12ª edição, Malheiros, São Paulo, 1996, p. 34.

<sup>10</sup> **A. L. GOODHART**, apresentando a excelente obra **Direito Constitucional Americano** de **Bernard Schwartz**, demonstra a importância das decisões da Suprema Corte norte-americana para a manutenção da atualidade da Constituição dos Estados Unidos. Anotem-se suas palavras: *“Para compreender tal Constituição é, portanto, necessário estudar a sua história e, em particular, o seu desenvolvimento nas decisões da Corte Suprema, porque, como disse o falecido Juiz Jackson, o sistema americano é, em grande parte, governo pela ação judicial”*.

<sup>11</sup> São de **LASSALE** estas observações: *“Por isso, não protestamos quando as leis são modificadas, pois notamos, e estamos cientes disso, que é esta a missão normal e natural dos governos...Mas, quando mexem na Constituição, protestamos e gritamos: ‘Deixem a Constituição!’”*. E mais adiante arremata o pensador: *“...no espírito unânime dos povos, uma Constituição deve ser qualquer coisa de mais sagrado, de mais firme e de mais imóvel que uma lei comum”*.

afirmava ser de senso comum que as normas constitucionais não poderiam ser modificadas com a mesma frequência das leis infraconstitucionais.

Todavia, já que este processo intenso e amplo de modificação da Lei Maior parece ser irreversível, como aliás já salientado em trabalho anterior de nossa lavra, resta-nos observar e ressaltar os limites dessa reforma. Além de fixar a possibilidade de controle da legitimidade das alterações constitucionais que se desenvolvem.

Para os fins de nosso estudo, basta a fixação das limitações materiais ao poder de reforma.

São limitações materiais ao poder de reforma da Constituição de 1988 aquelas contidas no parágrafo 4º de seu artigo 60. São elas: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais. São as denominadas cláusulas pétreas.

Há no Brasil, assim como no exterior, forte doutrina rebelando-se contra a eficácia jurídica das limitações materiais de reforma da Constituição. Vale citar, entre nós, a autorizada posição do ilustrado professor **Manuel Gonçalves Ferreira Filho**<sup>12</sup>, que tem como um de seus principais argumentos no fato de que não teria sido a Constituição de 1988 fruto de manifestação constituinte originária. Todavia, preferimos a posição daqueles que entendem eficaz tal espécie de limitação. Com efeito, pensamos ser incorreta, d.m.v., a afirmação feita pelo citado professor paulista de que a Constituição de 1988 seria fruto de manifestação constituinte derivada, em consequência do permissivo contido na Emenda Constitucional nº 26/85<sup>13</sup>. Muito ao revés, ainda que o Congresso Nacional de então tenha-se convolado em Assembléia Constituinte, o certo é que a volta à estabilidade institucional, o fim de um longo período ditatorial, e a retomada de uma democracia, tudo isto cristalizado na Carta de 1988, por sua evidente e fenomenal importância, só pode ser considerado como uma das mais magníficas manifestações do Poder Constituinte originário do povo brasileiro, resultado de lutas políticas internas e externas, consequência, até, do muito sangue derramado no período de exceção. Ou seja, mudou completamente o fundamento e o titular

---

<sup>12</sup> Confira-se a posição do eminente jurista em seu clássico **O Poder Constituinte**, principalmente o capítulo intitulado *Significação e Autoridade das "Cláusulas Pétreas"*.

<sup>13</sup> Confira-se a afirmativa de **Manuel Gonçalves Ferreira Filho**, *verbis*: "Nem de sombra aparece nesse processo político-jurídico o poder inicial de organizar a nação que é o verdadeiro Poder Constituinte".

da manifestação Constituinte: saiu das mãos dos militares para as mãos do povo. Aliás, nesta mesma linha de entendimento, digna de ser anotada a precisa lição de **Michel Temer**. *Verbis*:

*“É preciso buscar o fundamento fático do novo texto. Por exemplo, a Constituição de 18.9.46 emanou de Assembléia Constituinte. Nesta encontrava ela a sua origem. A partir de abril de 1964 continuou a vigorar. Já agora, porém, fundada em manifestação de novo grupo constituinte que editou em 9.4.64 ato institucional que teve ‘força’ suficiente para dizer: ‘São mantidas a Constituição de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as modificações constantes deste Ato’ (art. 1º)”<sup>14</sup>.*

De outro lado, é certo que todas as chamadas cláusulas pétreas da Constituição de 1988 devem ser tomadas como garantias das garantias, ou, para usar expressão de **Paulo Bonavides**, verdadeiras “*garantias qualificadas ou de primeiro grau*”, tal a importância destas no próprio sistema constitucional. Sem intenção de contrariar a clássica distinção feita por **Rui** entre direitos e garantias, poder-se-ia chamá-las de “*direitos-garantias*”, apenas para colocar em relevo a importância destas em relação ao próprio indivíduo, ao cidadão.

Veja-se, por exemplo, a forma federativa de Estado. Esta deve ser “lida” como uma garantia de tratamento isonômico conferida ao **brasileiro**. Em outras palavras, não importa o estado de origem, ou a cidade de origem do indivíduo, para fins de aplicação do princípio federativo; o que importa é a sua nacionalidade brasileira, a ser respeitada em todo o território nacional. Assim, um cearense é tão brasileiro quando migra para o Estado de São Paulo, como um paulista; ou um carioca é tão brasileiro - e por isso tem assegurados os mesmos direitos e garantias constitucionais - como um gaúcho, não importando onde ambos estejam residindo, se no Rio de Janeiro, no Rio Grande do Sul, ou no Mato Grosso. A tutela do voto direto, secreto, universal e periódico - típico direito fundamental de primeira geração - de seu turno, é inequivocamente um princípio assegurador da cidadania! Do mesmo modo, o princípio da separação dos Poderes, que remonta ao pensamento de **Locke** e **Montesquieu**<sup>15</sup>, pode e deve ser considerado como uma garantia do admi-

<sup>14</sup> *Ob. Cit.*, p. 33, nota nº 6.

<sup>15</sup> Sobre a teoria dos poderes do Estado, confirmam-se as lições de **Marcello Caetano**, *in Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, Tomo I, Almedina, Coimbra, 1996.

nistrado perante o Estado. Afinal, em especial foi a teoria de **Montesquieu** engendradora exatamente para opor-se à concentração de poderes nas mãos do soberano absoluto. Já quanto à última das chamadas cláusulas pétreas, a que trata da irredutibilidade dos direitos e garantias individuais, não se pode duvidar de seu alcance sobre os direitos fundamentais como um todo, até mesmo por conta da redação do parágrafo 2º do artigo 5º da Lei Maior.

De tudo o que se disse sobre a natureza intrínseca das cláusulas pétreas contidas na Constituição de 1988, ou seja, de que elas são as garantias fundamentais por excelência, voltadas que são não apenas para a manutenção da estrutura do Estado, mas principalmente para a própria efetividade dos direitos fundamentais, para arrematar nosso raciocínio, permitimo-nos recorrer ao pensamento do idealizador da Teoria do Poder Constituinte, **Emmanuel Joseph Sieyès**, o Abade **Sieyès**, em sua obra **Que é o Terceiro Estado**. Afirmou **Sieyès** expressamente: “*A nação existe antes de tudo, é a origem de tudo, sua vontade é sempre legal, ela é a própria lei; antes dela e acima dela somente existe o direito natural*” (grifos nossos).

Ora, se considerarmos os chamados direitos fundamentais de hoje como a moderna edição dos direitos naturais de outrora, e se recorrermos à Teoria do Poder Constituinte, chegaremos à conclusão de que toda a mutação constitucional deve observar, necessariamente, as cláusulas pétreas da Carta de 1988, na medida em que, como demonstrado acima, são dispositivos asseguradores de direitos fundamentais (naturais) do indivíduo! Seria dizer, com **Sieyès**, que o Poder Constituinte tudo pode, pois é a origem de tudo, mas que antes dele e acima dele somente existem os direitos fundamentais.

Por tudo o que se disse, filiamo-nos ao seguro pensamento de **Paulo Bonavides**, de que “*...o constituinte que transpuser os limites expressos e tácitos de seu poder de reforma estaria usurpando competência ou praticando ato de subversão e infidelidade aos mandamentos constitucionais, desferindo, em suma, verdadeiro golpe contra a ordem constitucional*”. Por certo, a subversão e infidelidade aludidas por **Bonavides** são tanto maiores na medida em que a agressão se faz aos “*direitos-garantias*” consubstanciados nas denominadas cláusulas pétreas, limites materiais por excelência para qualquer reforma do texto constitucional vigente.

Assim é que, havendo agressão direta ou indireta de emenda constitucional a qualquer dispositivo contido no parágrafo 4º do artigo 60 da

Constituição de 1988, e sendo eles, como demonstrado, verdadeiros “*direitos-garantias*” fundamentais, abre-se a via de controle ao Poder Judiciário. Este, como derradeiro Poder de defesa dos direitos fundamentais do cidadão, irá manifestar-se sobre a compatibilidade do texto alterador da constituição, manifestação do poder constituinte derivado, com o texto originário, manifestação do poder constituinte originário.

É o que diz com clareza o constitucionalista **José Afonso da Silva**, *verbis*:

*“Toda modificação constitucional, feita com desrespeito do procedimento especial estabelecido (iniciativa, votação, quorum etc.) ou de preceito que não possa ser objeto de emenda, padecerá de vício de inconstitucionalidade formal ou material conforme o caso, e assim ficará sujeita ao controle de constitucionalidade pelo Judiciário, tal como se dá com as leis ordinárias”*<sup>16</sup>.

De fato, mais de uma vez foi tentado o controle de constitucionalidade de emenda constitucional, sob o argumento de contrariedade de cláusulas pétreas, já sob a égide da Carta de 1988. De seu turno, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se reiteradamente ressaltando para si tal mister.

#### **IV. DA HERMENÊUTICA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

Analisada a possibilidade de controle de constitucionalidade de emendas constitucionais, principalmente daquelas que, ainda que indiretamente, agridam os “*direitos-garantias*” insculpidos no parágrafo 4º do art. 60 da Lei Maior, resta-nos apreciar, ainda que singelamente, a relevante questão da hermenêutica e aplicação dos direitos e garantias fundamentais insculpidos na Carta Política.

**Norberto Bobbio**, em frase lapidar por muitos repetida, assevera que “*o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los*”<sup>17</sup>. Frisa **Bobbio**, logo a seguir, que se está diante de uma questão política e não filosófica, como criam os jusnaturalistas. E continua: “*Não se trata de saber quais e quantos são esses*

---

<sup>16</sup> Ob. cit., p. 62/63.

<sup>17</sup> **BOBBIO**, Norberto, **A Era dos Direitos**, trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 9ª Edição, p. 24.

*direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados*<sup>18</sup>.

De fato, como bem salientado pelo eminente pensador italiano, na realidade do mundo contemporâneo, quando os direitos fundamentais de primeira, segunda, terceira e até de quarta geração, já estão consagrados em textos internacionais solenes, bem como em muitas constituições modernas, a questão maior passa a ser a de garanti-los, ou, em outras palavras, de torná-los efetivos. Daí que a clássica distinção feita pelos constitucionalistas liberais entre direitos e garantias, se certa e precisa à sua época, hoje já não parece tão relevante. Com efeito, não se pode mais pensar em direitos fundamentais sem os meios correspondentes e eficazes para garanti-los. Eis o motivo de acima ter-me referido a direito-garantia, intentando correlacionar um ao outro, de forma inapartável.

Nessa linha de raciocínio, na esteira da preocupação de **Bobbio**, qual seja, de priorizar as garantias sobre os próprios direitos fundamentais, sobressai-se o Poder Judiciário como o meio, o instrumento, a instituição por excelência, capaz de cumprir tal mister de garantidor dos direitos fundamentais. Não se trata apenas de criar garantias para o exercício dos direitos fundamentais e constitucionalizá-las, mas de se ter um Poder estatal, autônomo, independente, e confiável, para manusear os instrumentos e, em última palavra, tornar efetivos os direitos do homem filosoficamente pensados, e solenemente gravados nos textos das declarações universais e nas modernas constituições. De fato, o aludido filósofo italiano mostra que os organismos internacionais que cuidam da preservação dos direitos do homem atuam em três frentes: promoção, controle e garantia dos direitos do homem. Sendo certo que em cada uma dessas frentes, seja influenciando dentro de cada nação, seja atuando externamente mas com o fito de influir dentro de cada país, a preocupação foca-se sempre para o aperfeiçoamento dos controles **jurisdicionais** da efetividade dos direitos do homem<sup>19</sup>.

Assim é que o Poder Judiciário, na imensa maioria dos povos civilizados, assume de vez neste fim de século a função de derradeiro guardião

---

<sup>18</sup>. Ob. cit., p.25.

<sup>19</sup>. Confira-se neste sentido a obra citada na p. 40/41.

dos direitos fundamentais e não apenas das constituições. Dignas de nota as palavras do eminente professor **Paulo Bonavides**. *Verbis*:

*“Com a queda do positivismo e o advento da teoria material da Constituição, o centro de gravidade dos estudos constitucionais, que dantes ficava na parte organizacional da Lei Magna - separação de poderes e distribuição de competências, enquanto forma jurídica de neutralidade aparente, típica do constitucionalismo do Estado Liberal - se transportou para a parte substantiva, de fundo e conteúdo, que entende com os direitos fundamentais e as garantias processuais da liberdade, sob a égide do Estado social... Os direitos fundamentais são a sintaxe da liberdade nas Constituições. Com eles, o constitucionalismo do século XX logrou a sua posição mais consistente, mais nítida, mais característica. Em razão disso, faz-se mister introduzir talvez, nesse espaço teórico, o conceito do juiz social, enquanto consectário derradeiro de uma teoria material da Constituição, e sobretudo da legitimidade do Estado social e seus postulados de justiça, inspirados na universalidade, eficácia e aplicação imediata dos direitos fundamentais. Coroam-se, assim, os valores da pessoa humana no seu mais elevado grau de juridicidade e se estabelece o primado do Homem no seio da ordem jurídica, enquanto titular e destinatário, em última instância, de todas as regras do poder”.*

Recapitulando.

De tudo o que se disse até aqui, temos que: a) a clássica distinção entre direitos e garantias fundamentais perde muito de seu rigor, e de sua razão de ser mesma, na medida em que a moderna questão que se coloca não é tanto sobre a enumeração dos direitos fundamentais, mas sim de garanti-los. Sendo lícito, pois, utilizar a expressão direitos-garantias fundamentais, para evidenciar este forte liame entre as duas categorias; b) o Poder Judiciário cristaliza de vez sua já tradicional função de protetor dos direitos do homem. Sendo certo que, agora, ao contrário do que ocorria na época do liberalismo, deve-se entender por direitos do homem não apenas os direitos individuais clássicos (de primeira geração), mas também os direitos sociais (de segunda geração) e os direitos de fraternidade e solidariedade (de terceira e quarta geração).

Resta, finalmente, verificar qual o tratamento hermenêutico que, de regra, deve prevalecer no trato da questão dos direitos e garantias fundamentais (e é bom frisar que se trata de regra ordinária, passível de temperamentos, principalmente quando se estiver diante de conflitos entre distintos direitos fundamentais). Aliás, a regra emerge de tudo o que se disse até aqui. Não poderia ser diferente. Com efeito, se o moderno direito constitucional dá ênfase exatamente para a chamada constituição material, para os direitos e garantias fundamentais insculpidos nas Cartas, sempre que o intérprete ou aplicador de normas desta categoria tiver que delas tratar, deverá intentar atingir a amplitude máxima de seu conteúdo. Neste norte, o constituinte de 1988 tratou de conferir aplicação imediata às normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, consoante se infere da expressa dicção do parágrafo 1º do art. 5º de nossa atual Carta da República.

O eminente constitucionalista luso **Gomes Canotilho**, em seu **Direito Constitucional**, leciona com propriedade que “*a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê*”. E continua: “*É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)*”<sup>20</sup> (*grifos nossos*).

Em arremate: **Direitos e Garantias Fundamentais devem ser interpretados com amplitude máxima, sem mesquinhasias, mas com o carinho e respeito reverencial que estes merecem. Não há espaço para mitigações.**

Nesta mesma linha, à vedação de mutabilidade das chamadas cláusulas pétreas insculpidas no parágrafo 4º do art. 60 da Lei Maior, deve o intérprete e aplicador do direito dar amplitude também máxima, de sorte a não permitir que sejam estas diminuídas a qualquer título<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes, **Direito Constitucional**, Coimbra, Almedina, 3ª Edição, p. 1149.

<sup>21</sup> Sobre o tema, vale consultar o excelente ensaio de nosso inolvidável mestre, professor **Francisco Mauro Dias**, intitulado **Estado de direito, direitos humanos (direitos fundamentais), segurança jurídica e reforma do Estado**, *in* Revista de Ciências Sociais da Universidade Gama Filho, Edição Especial sobre Direitos Humanos, de dezembro de 1997, especialmente nas páginas 256/261.

## V. DA SUSPENSÃO DE PAGAMENTO DOS SUBSÍDIOS DE MAGISTRADO (PROPOSTA DE NOVA REDAÇÃO AO INCISO III DO ARTIGO 95 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL)

Confira-se a redação do dispositivo em tela, até agora mantido pela Comissão instituída para elaborar parecer à proposta da chamada Emenda do Poder Judiciário.

*“Art. 9º. O art. 95 passa a vigorar com a seguinte redação:*

*Art. 95.....*

*III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I, e a suspensão no caso de descumprimento injustificado dos prazos processuais, na forma da lei.”* (os grifos são nossos)

Como se vê, a proposta visa a inserir no texto constitucional a possibilidade de suspensão do pagamento do subsídio do magistrado, no caso de descumprimento injustificado dos prazos processuais, na forma da lei.

Abordemos, primeiramente, o aspecto técnico-processual dos prazos conferidos aos magistrados no exercício da jurisdição. Fiquemos apenas com os prazos insculpidos no Código de Processo Civil, a título de mera exemplificação. Vejamos.

O artigo 189 do Código de Processo Civil determina que o juiz preferirá os despachos de expediente no prazo de dois dias, e as decisões no prazo de dez dias. A conseqüência para o descumprimento, sem justo motivo, está contida no *caput* do art. 133 do mesmo diploma, bem como, observado o devido processo legal na esfera administrativa ou judicial, à imposição de uma das sanções previstas no art. 42 da LOMAN.

Nos Estados do Rio de Janeiro e São Paulo, as Varas Federais, por exemplo, não raro, possuem um acervo de mais de 12 mil processos em andamento. Uma Vara Federal considerada exemplar, “enxuta”, possui em torno de 3 mil processos em andamento. Apenas para ficarmos com o aspecto estatístico, valemo-nos de dados apresentados pelo eminente Ministro **Carlos Velloso**, em recente artigo publicado na Revista de Direito Administrativo nº 212, sob o título *Do Poder Judiciário: como torná-lo mais ágil e dinâmico; efeito vinculante e outros temas*. Segundo nos informa o eminente professor e magistrado de carreira, em 1996, o STF recebeu 30.706 processos e julgou “apenas” 29.000. Ou seja, ficaram sem julgamento naquele ano de 1996, 1.706 processos. Isto sem falar nos processos ainda remanescentes de

outros anos, que aguardam decisão no Excelso Pretório de ano para ano. No mesmo ensaio doutrinário, o ilustre magistrado nos traz a notícia de que a Justiça Federal de 1º grau recebeu em 1990, 266.000 processos; e em 1995, 641.000 processos. Enquanto isto, a Justiça Estadual comum autou, em 1990, 3.606.000 processos; em 1992, 4.483.000; e, 1995, 3.562.000.

Parece irônico que, com números verdadeiramente astronômicos como os que foram acima citados, chegue-se a pensar em suspensão de remuneração do magistrado que não tenha cumprido os exíguos prazos processuais referidos pela lei processual. Prevalecendo a irreal alteração proposta, a começar pelos ilustres membros do Excelso Pretório, corre-se o risco de que **todos** os juizes brasileiros fiquem sem receber seus subsídios. Supondo-se, é claro, que a risível pretensão pudesse ser constitucionalizada...

Como falamos no início do presente ensaio, fúria e paixão nunca foram bons conselheiros. A CPI do Poder Judiciário, com seus fulgurosos holofotes, certamente influenciou para a redação do dispositivo proposto. A conclusão é inarredável. De outro lado, demonstrada a sua inviabilidade prática, teme-se como seria feito este controle, e quais seriam os critérios adotados. Isto, é claro, caso fosse possível (e se verá mais adiante que não o é) a adoção da redação proposta no relatório.

Com efeito, tal proposição contraria a um só tempo o princípio da separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais insculpidos na Lei Maior. De sorte que sequer poderia ser objeto de deliberação, a teor do parágrafo 4º do artigo 60 de nossa Carta Política.

Vejamos.

Como dito acima, o Poder Judiciário, em nossa ordem constitucional, cristalizou-se como o derradeiro defensor dos direitos fundamentais. As garantias constitucionais que são asseguradas ao juiz não são privilégios pessoais, mas meios eficazes para assegurar o desempenho tranqüilo de sua atividade, em prol da sociedade. Eliminar, ou **mitigar**, garantias constitucionais dos magistrados, a um só tempo, põe em risco não apenas a separação dos Poderes - na medida em que fragiliza os agentes do Poder Judiciário, enquanto não existe regra semelhante em relação aos agentes do Executivo e Legislativo -, mas também, e principalmente, agride os próprios direitos e garantias fundamentais. Afinal, sem um Poder Judiciário forte e independente, perguntava-se **Rui** sob a égide da Constituição de 1891: “**Quem garantirá as garantias?**”

Dignas de lembrança as célebres ponderações de **Hamilton** sobre a remuneração dos juízes: “*Depois da vitaliciedade no cargo, nada pode contribuir mais para a independência dos juízes que uma estipulação definitiva de seus proventos. A observação feita com relação ao presidente aplica-se igualmente aqui. No curso geral da natureza humana, o poder sobre o sustento de um homem equivale ao poder sobre a sua vontade.*”<sup>22</sup>

Analisou-se até aqui a proposta quanto aos seus reflexos em relação ao Poder Judiciário, enquanto instituição.

Mas não é só.

Com efeito, se considerada esta em relação aos juízes, tomados estes como cidadãos, seres humanos, titulares de direitos, em especial dos direitos sociais, inarredável, também, é a conclusão de que a proposta contraria cláusula pétrea.

De fato, assim como todas as demais atividades laborativas, também aquela exercida pelos membros do Poder Judiciário, os juízes, deve ser remunerada. Talvez não se tenham apercebido os ilustrados parlamentares membros da Comissão Especial que estuda a reforma do Poder Judiciário que, desde a Lei Áurea, é vedado o trabalho escravo em nosso ordenamento jurídico!

Não conseguimos encontrar outra palavra, a não ser escravidão, para qualificar uma atividade laboral, de cunho profissional, que não tenha uma remuneração pecuniária correspondente. A proposição é, d.m.v., de um absurdo sem precedentes.

Ora, o artigo 7º da Constituição Federal tutela uma série de direitos: são os chamados direitos sociais, usualmente denominados de direitos fundamentais de segunda geração, e que se devem incluir, segundo a melhor hermenêutica constitucional, dentro da proteção da cláusula do inciso IV do parágrafo 4º do artigo 60. Ou seja, os direitos sociais, por força de interpretação teleológica e sistemática da Lei Maior, incluem-se na expressão direitos individuais, daquela cláusula pétrea.

De fato, não há motivo plausível para que se considerem protegidos pela inalterabilidade do parágrafo 4º do art. 60 da Constituição apenas aqueles direitos denominados individuais, tipicamente de origem liberal. Observe-se que o rol de direitos e garantias expressos no artigo 5º da Lei Maior são meramente exemplificativos, na medida em que o parágrafo 2º do mesmo

---

<sup>22</sup> Ob. cit., p. 485.

artigo 5º trata de ampliar aquele rol para tantos direitos-garantias quantos a principiologia constitucional permitir. Aliás, ratificando o que se acaba de dizer, basta que se confira a redação do novo parágrafo 3º a ser incluído no artigo 5º da Carta da República, proposto pela Relatora da Comissão Especial. Segundo tal dispositivo “*os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais, condicionada à aplicação pela outra parte*”. Observe-se que o dispositivo fala em **direitos humanos**, ou seja, não distingue entre direitos de origem liberal (individuais *stricto sensu*, ou de primeira geração) e direitos sociais (direitos de segunda geração).

Outros dispositivos que, por sua relevância têm **status** de verdadeiros princípios constitucionais, também se levantam para que se considerem as cláusulas protetivas da remuneração contidas no artigo 7º da Lei Maior incluídas na ampla proteção do parágrafo 4º do artigo 60. São eles, a título de exemplo, os incisos III e IV, do artigo 1º, os incisos I e III do artigo 3º, e o inciso II do artigo 4º, todos da Lei Maior, e todos fruto de manifestação do Poder Constituinte originário. Além disto, o próprio Capítulo II - Dos Direitos Sociais - está contido no Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Em arremate, contraria a própria dignidade da pessoa humana, equiparando o juiz à figura do escravo, a simples discussão no Congresso Nacional de constitucionalizar a suspensão de sua remuneração, seja pelo motivo que for. A proposta beira à provocação...

## VI. QUARENTENA PARA OS EX-JUIZES

Confira-se a redação do novo dispositivo que se pretende introduzir na Lei Maior, consoante o art. 9º do relatório, com os destaques até aqui aprovados:

“Art. 95 -

Parágrafo 1º -

*VI - exercer a advocacia no âmbito da respectiva jurisdição, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.”*

O dispositivo não é inovador. O antigo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil possuía norma de conteúdo semelhante. De sorte que as

discussões em torno do tema, de certa forma, não nos chegarão a surpreender de todo.

Com efeito, pretende-se reintroduzir em nosso ordenamento jurídico, agora diretamente na Constituição, a velha quarentena, outrora prevista no artigo 86 da antiga Lei nº 4.215, de 27.04.63.

Vale a pena anotar a justificativa da eminente Relatora da Proposta de Emenda, para verificar que nenhum argumento novo foi trazido para a adoção da vedação proposta. Trata-se da vetusta alusão à moralidade, como imperativo para que os ex-magistrados não pudessem advogar logo após deixarem o exercício da função. *Verbis*:

*“Não apenas para o ingresso na magistratura são criadas limitações, mas também aos juízes que deixam seus cargos impõe-se restrição da mesma natureza. Com efeito, ficam estes impedidos de exercer a advocacia no âmbito da respectiva jurisdição, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria, exoneração ou disponibilidade. Com essas medidas, pretendemos, em nome da moralidade administrativa e da necessária isenção dos órgãos judicantes, combater eventuais influências que essas autoridades possam exercer, ...já no exercício da advocacia, dentro dos tribunais aos quais pertenceram”.*

O Egrégio Supremo Tribunal Federal já decidiu sobre a matéria na Representação nº 1.054. Argüiu-se, então, a inconstitucionalidade do artigo 86 da Lei nº 4.215/63, em face de sua incompatibilidade com o parágrafo 23 do artigo 153 da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1/69. Aliás, a inconstitucionalidade findou por ser reconhecida.

De fato, o assunto comportou debates eruditos e calorosos, principalmente entre o Relator, Ministro **Néri da Silveira**, que teve seu posicionamento vencido, e o Ministro **Moreira Alves**.

Pensamos, todavia, que os debates e os argumentos levantados à época sobre a constitucionalidade ou não da quarentena instituída pelo antigo Estatuto da OAB valem apenas pelo aspecto histórico, na medida em que se referiam a outra realidade constitucional.

Deveras, o direito de livre exercício de profissão era, sem qualquer dúvida, menos amplo sob a égide da Constituição revogada, do que hoje se afigura, sob o império da Carta Política de 1988.

Confira-se a redação de um e outro dispositivo.

CF/69

Art. 153 -

*parágrafo 23 - É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, **observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer.*** (grifos nossos)

e

CF/88

Art. 5º -

*parágrafo XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, **atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;*** (grifos nossos)

Com efeito, o dispositivo vigente, que, saliente-se, está acobertado pela proteção do parágrafo 4º do artigo 60, ao contrário do anterior, refere-se exclusivamente a restrições legais para o exercício profissional, relativas a **qualificações profissionais**, ou seja, a restrição legal só poderá ser de ordem técnica. Ao contrário, a norma asseguradora do exercício profissional sob a égide da Carta Política revogada possibilitava a interpretação de que caberiam maiores restrições por parte do legislador ordinário, na medida em que se referia, de maneira ampla, a “**condições de capacidade**”.

De fato, a expressão **condições de capacidade** poderia ser compreendida não apenas como condições técnicas para o exercício profissional, mas também como condições de ordem moral, e tantas outras que o legislador ordinário viesse a fixar, em nome do interesse público. Aliás, esta mesma expressão **condições de capacidade** já havia sido adotada na Constituição de 1946 (CF/46, parágrafo 14 do art. 141). Sendo certo que o Ministro **Néri da Silveira**, rememorando os debates travados na Comissão Constitucional, anotou que foram vencidas as posições de **Mário Masagão** e de **Ataliba Nogueira**, os quais pretendiam fosse adotada para o dispositivo a redação original do anteprojeto, que se referia a **condições de capacidade técnica**. Dessa forma, tendo sido suprimida a palavra “**técnica**”, na redação final do parágrafo 14 do art. 141 da CF/46, seriam lícitas, diziam aqueles que entendiam ser constitucional o antigo art. 86 da Lei nº 4.215/63, restrições legislativas outras ao exercício das profissões, que não aquelas meramente técnicas.

Voltamos a frisar que, mesmo naquela realidade constitucional de então, referente à Constituição Federal de 1969, ainda que houvesse a possibilidade de interpretação ampla da restrição contida no parágrafo 23 do art. 153, o certo é que o Egrégio Supremo Tribunal Federal reputou inconstitucional o artigo 86 do antigo Estatuto da OAB que previa uma limitação não-técnica para o exercício da advocacia.

Ora, se assim foi naquela ocasião, com aquela redação do direito-garantia ao livre exercício profissional, hoje, com o texto atual da Carta Política de 1988, não pode restar qualquer dúvida quanto à impossibilidade de que sejam levantadas restrições fora do domínio da técnica e do conhecimento para o exercício da advocacia. Nem a lei ordinária, nem uma emenda constitucional poderá assim fazer, sob pena de confrontar a cláusula pétreia do inciso IV do parágrafo 4º do artigo 60 da Carta Política vigente.

De fato, o texto de 1988 é claro, não abrindo espaço algum para dúvidas. Afinal, o dispositivo expressamente ressalva que as únicas restrições passíveis de serem estabelecidas pela lei para o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, só poderão se referir a qualificações profissionais, ou seja, requisitos de ordem absolutamente técnicos, voltados para o conhecimento do labor que será exercido. Nenhuma outra restrição poderá ser estabelecida.

Destarte, conforme fixado acima no item IV, quando se está diante de direitos e garantias fundamentais, deve o exegeta tentar alcançar toda a sua amplitude. De sorte que as restrições devem ser interpretadas restritivamente. Donde se conclui ser inadmissível que qualquer órgão constituído venha a criar restrições fora do terreno da técnica para o exercício de qualquer atividade laborativa. Sendo certo que até mesmo as restrições de ordem técnica devem se pautar pelos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Em arremate, a quarentena que se pretende instituir para os membros do Poder Judiciário, se aprovada, seria flagrantemente inconstitucional. Aliás, por força da vedação contida no parágrafo 4º do art. 60 da Constituição Federal, sequer poderia ser objeto de deliberação uma emenda constitucional neste sentido.

## VII. CONCLUSÕES

Já pelo pouco que se disse até aqui, parece restar evidente que a proposta de emenda, considerada como um todo, visa intencionalmente fragilizar o Poder Judiciário. A via eleita foi o ataque aos juízes, pela diminuição de

suas garantias institucionais, criando inseguranças emocionais e financeiras, tornando pouco atrativo o ingresso e a permanência na carreira da magistratura, perseguindo o magistrado até após seu afastamento da instituição, ressuscitando vedações há muito refutadas pelo próprio Poder Judiciário. Não é à toa que foi suprimida a idade mínima para o ingresso na carreira, originariamente contida no relatório da proposta. Afinal, prevalecendo alguns dos dispositivos do relatório, como por exemplo aquele que possibilitaria a suspensão do pagamento de subsídios, muitos poucos profissionais do direito experientes e maduros sentir-se-iam inclinados a ingressar em uma carreira onde lhes poderia ser negado até mesmo a remuneração.

De toda sorte, como mais de uma vez frisamos acima, fúria e paixão nunca foram bons conselheiros. Assim, tomados de tais sentimentos, esqueceram-se os idealizadores da reforma do mínimo de sutileza para tratar de assunto tão grave, cujas raízes se assentam na própria razão de ser do Estado Democrático de Direito. Demonstraram, pois, que intentam, às escâncaras, mitigar o conteúdo das cláusulas pétreas mais sagradas - a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais – com todo o seu conteúdo histórico e ideológico libertário. Todavia, expondo-se assim, passaram a sujeitar-se, até preventivamente, ao controle judicial. Afinal, o parágrafo 4º do art. 60 prevê que sequer será objeto de deliberação as emendas que tendam a abolir a separação dos Poderes ou os direitos e garantias fundamentais. Destarte, tão logo se iniciem os debates parlamentares para efetiva deliberação sobre a tal Emenda, poderá o Poder Judiciário, mediante provocação, impedir o prosseguimento das discussões. É o que esperamos... ◆

# O DIREITO PORTUGUÊS EM 1500

FERNANDO WHITAKER DA CUNHA

*Desembargador TJ/RJ*

Os quinhentos anos do “descobrimento” do Brasil não podem olvidar a questão sobre a prioridade dele e a intencionalidade da viagem cabralina.

O conhecimento da existência de vastas áreas na América Meridional era inequívoco. Prova-o a ação da diplomacia portuguesa, em 1497, conseguindo a dilatação para 370 léguas a oeste de Cabo Verde, descoberta por Diogo Gomes, dos limites previstos na bula de 1493 e a chamada “política do sigilo”.

Em 1498 e 1499, Vicente Yanez Pinzon e Diego de Lepe estiveram no litoral norte brasileiro, sendo óbvio que, temendo as conseqüências desse fato, a Coroa portuguesa se apressou em ocupar, por motivos econômicos, os territórios que lhe cabiam, não o tendo feito antes por fatores políticos, como sustentamos, em **Fundamentos da História Teórica** (p. 37-38).

Se não se fizesse o encontro oficial, outros povos poderiam lançar mão do instituto do *uti possidetis*, pelo qual “as partes de um tratado ou em litígio devem manter os territórios que já ocupam no momento” (Leib Soibelman), sendo interessante o fato da construção do Mosteiro dos Jerônimos, objetivando celebrar as descobertas, ter tido início em 1502.

Vigoraram em Portugal as Ordenações Afonsinas (1446), que D. Afonso V mandou publicar corpo legislativo, cuja necessidade D. João I já havia sentido, determinando que se fizesse a compilação das inumeráveis leis existentes, como incumbira o juriconsulto João das Regras, natural de Guimarães, berço de Afonso Henriques, Gil Vicente e do Papa João XXI, de traduzir o Código Justinianeu, a que almejava atribuir valor legal, mas que deixou sua marca na obra realizada, assim com as “Siete Partidas”, de Afonso, o Sábio (séc. XII).

A sistematizada consolidação feita, influenciada pela metodologia dos **Decretais** de Gregório IX e que muito deve ao Corregedor da Corte, João Mendes, e ao integrante do Conselho de El-Rey, Rui Fernandes, dividiu-se como as posteriores, em cinco livros, tratando da administração da Justiça, da jurisdição da Igreja, do processo civil, do direito civil, das (cruéis) nor-

mas penas, que confundiam o crime e o pecado (Michel Foucault, **Vigiar e Punir**) etc. A matéria **constitucional** estava envolta nos temas fundamentais da organização estatal.

As Ordenações Afonsinas apenas foram imprimidas em 1792, no reinado de D. Maria I, porque no advento delas ainda não havia esse processo e a sua publicidade deve ser atendida no sentido, como notou Pereira e Souza, de se fazerem patentes “em lugares públicos para se conhecer de todos os que nisso têm interesse”. Era a divulgação romana.

Na verdade, permaneceram desconhecidas da grande maioria, em um Estado centralizador e absolutista que, rigorosamente, não passou pelo feudalismo e, duramente, exercitava o poder e a ação política, objetivos, aliás, de Filosofia Política, como observa Christian Ruby (**Introdução à Filosofia Política**, p. 143).

Como diz Paulo Ferreira da Cunha (**História Constitucional do Direito Português**, p. 152), “deter o Direito é, normalmente, exercer o poder”.

Marcelo Caetano (**História do Direito Português**, v. 1, p. 529) explana que a impressão feita “resultou da importância que os Estatutos Pombalinos da Universidade (1772) deram ao estudo do Direito Pátrio e de sua história”.

As chamadas Ordenações de D. Duarte eram mera coleção particular das regras legais que devem ter servido aos autores das Ordenações Afonsinas, cujas omissões, lapsos, contradições e defeitos de estrutura já foram apontados por historiadores, mas que modelariam as subseqüentes com inocultáveis repercussões jurídicas que, no Brasil, perduraram até o Código Civil, cujo art. 1807 revogou expressamente as Ordenações e, em Portugal, até o surgimento do Código Civil (1867), cujo autor foi o Visconde de Seabra, aliás, nascido no Brasil. João Luiz Alves (**Código Civil Anotado**) entende que o dispositivo de nosso código pôs “ordem no caos da legislação”, opinando Maria Helena Diniz que bastava ter ele revogado as disposições em contrário, mas é forçoso reconhecer que o legislador tinha de espancar todas as dúvidas relativas aos incontáveis alvarás, leis, decretos, resoluções, usos e costumes, então vigentes.

D. Manuel I determinou em 1505 a revisão e atualização do precedente código, promulgado em 1521, por uma comissão composta do chanceler-mor Rui Botto e dos juristas Rui da Grã e João Cotrim, que, embora conservando a ordem por ele adotada, fez acentuados aditamentos e supressões, enfatizando

Cabral de Moncada ter havido “notável influência de estilo”.

Em sua vigência foi elaborado o importante Regimento de Tomé de Souza, redigido por Gerônimo Correia, que foi, em verdade, nosso primeiro Estatuto Básico, instalando-se, também, o 1º Governo Geral (1548).

A plethora de criação legislativa motivou um aditamento oficial das Ordenações Manuelinas, em 1569, preparado pelo erudito cronista Duarte Nunes Leão, ao que se somaram leis de D. Sebastião.

Isso leva a concordar com Paulo Cunha (ob. cit., p. 162) que eram desnecessárias as Ordenações Filipinas (1603), elaboradas por Pedro Barbosa, Jorge de Cabedo, Afonso Vaz Tenreiro, Paulo Afonso e Damião de Aguiar e que trouxeram poucas alterações.

A razão das Filipinas (Ordenações do Reino, porque as anteriores foram Ordenações do Rei), que mantiveram certas contradições, foi política, para frisar, simbolicamente, o domínio espanhol sobre Portugal.

Todavia, após a Restauração, foram elas, que se impunham às leis municipais que, se as contrariassem, poderiam ser invalidadas, mantidas em 1643, extraindo-se sua folha de rosto, propagandista do poder filipino.

Um “Novo Código” deveria ser feito, messianicamente, quando D. Sebastião retornasse...

O sebastianismo, aliás, transformou-se em teoria histórico-política que veio a desaguar na filosofia saudosista de Teixeira de Pascoaes, poeta que buscou traçar a ontologia do caráter nacional português, com suas qualidades e defeitos, que ecoou em o nosso, montando o Estado sobre uma “Confederação de Municípios”.

As Ordenações, cuja matriz foram as Afonsinas, contribuíram para uma posterior consciência codificadora (não como uma necrópole de preceitos, mas como um organismo vivo), que foi impulsionada pelo constitucionalismo, revelador da urgência de constituições escritas, embora ele e codificação não sejam termos de uma fórmula, porque pode haver o primeiro sem a segunda, como a Inglaterra e a Nova Zelândia o demonstram.

Von Wiese considera que os fatos sociais se orientam numa determinada direção, segundo um ritmo próprio e, em decorrência, suas resultantes seguem o mesmo roteiro, como produtos culturais.

As Ordenações Afonsinas, que tardaram por motivos políticos, ponto de partida do direito português codificado e reflexo de uma época, se projetaram nas sucessoras dentro das transformações do jogo histórico, ecoando, por sua natureza, na própria evolução do direito brasileiro e propiciando

## COLABORARAM NESTE NÚMERO

André Gustavo C. de Andrade, 45

Cristina Gutiérrez, 148

Décio Xavier Gama, 103

Edson Viana de Mattos, 184

Fernando Whitaker da Cunha, 213

Joaquim A. Vizeu Penalva Santos, 96

José Eduardo Nobre Matta, 189

Luis Felipe Salomão, 153

Manoel Carpena Amorim, 23

Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, 11

Nagib Slaibi Filho, 118

Rogério de Oliveira Souza, 113

Salvio de Figueiredo Teixeira, 38

Severiano Aragão, 143

Sylvio Capanema de Souza, 68

Tomaz Henrique Leonardos, 175