

Revista da

EMERJ

Vol. 5
Nº 19
2002



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro



Revista da

EMERJ

Vol. 5
Nº 19
2002



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

FUNÇÃO CRIADORA DA JURISPRUDÊNCIA

Des. Martinho Garcez Neto

COMPORTAMENTOS DE DESVIO: OS CRIMES E AS PENAS

Des. Felipe Augusto de Miranda Rosa

DIREITOS DA PERSONALIDADE E O NOVO CÓDIGO CIVIL: QUESTÕES SUSCITADAS

Des. Luiz Roldão de Souza Gomes

A TEORIA DA FALTA CONTRA A LEGALIDADE CONSTITUCIONAL

Des. Roberto Abreu e Silva

RELAÇÃO DE FILIAÇÃO NO DIREITO CONTEMPORÂNEO: CRITÉRIOS DETERMINANTES

Des. Julieta Lidia Lunz

AINDA OS LITISCONSORTES NECESSÁRIO E VOLUNTÁRIO

Juiz Carlos Eduardo R. da Fonseca Passos

A TÉCNICA DA DENÚNCIA

Proc. de Justiça Sergio Demoro Hamilton

© 2002, EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

Conselho Editorial:

Min. Carlos Alberto Menezes Direito; Des. Semy Glanz; Des. Laerson Mauro; Des. Sérgio Cavalieri Filho; Des. Wilson Marques; Des. Eduardo Sócrates Castanheira Sarmento; Des. Jorge de Miranda Magalhães; Des. Luiz Roldão de Freitas Gomes; Min. Luiz Fux; Des. Letícia de Faria Sardas; Des. José Carlos Barbosa Moreira; Des. Décio Xavier Gama; Des. Jessé Torres Pereira Júnior.

Coordenação: Des. Décio Xavier Gama

Produção Gráfico-Editorial da Assessoria de Publicações da EMERJ

Editor: Irapuã Araújo (MTb MA00124JP); Editoração: Márcio Alvim; Revisão: Suely Lima e Rosa Xerfan; Editoração *website*: Geórgia Kitsos; Capa: Geórgia Kitsos e André Amora.

Apoio Cultural: Banco do Brasil

Tiragem: 2.500 exemplares

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

v.

Trimestral -

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

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

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

CDD 340.05

CDU 34(05)

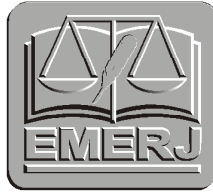
Todos os direitos reservados à

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

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

Telefones: (21) 2533-6642 / 2533-5644 / 2588-3376 - Fax: (21) 2533-4860

www.emerj.rj.gov.br ♦ emerjpublicacoes@tj.rj.gov.br



DIRETORIA DA EMERJ

Diretor-Geral

Des. Sérgio Cavalieri Filho

Conselho Consultivo

Des. Celso Guedes

Des. Paulo Sérgio de Araújo e Silva Fabião

Des. Wilson Marques

Des. Sylvio Capanema de Souza

Des. Luiz Roldão de Freitas Gomes

Des^a. Leila Maria Carrilo Cavalcante R. Mariano

Presidente do Conselho de Conferencistas Eméritos

Des. José Joaquim da Fonseca Passos

Diretor de Estudos e Ensino

Des. Sidney Hartung Buarque

Coordenador Administrativo

Des. Décio Xavier Gama

Coordenador Geral de Ensino

Paulo Roberto Targa

Chefe de Gabinete

Maria Alice da Cruz Marinho Vieira

NOVO DESAFIO PARA A ESCOLA DA MAGISTRATURA

A EMERJ tem desenvolvido programas de ensino diversos, com o objetivo de abrir, para os que já concluíram o bacharelado, a perspectiva de se submeterem com sucesso ao concurso para a carreira profissional de Direito. Em primeiro lugar implantou cursos regulares de preparação para o ingresso na Carreira da Magistratura, através dos concursos públicos periodicamente realizados pelo Tribunal de Justiça. Tais cursos se realizam simultaneamente com as conferências, debates e simpósios para alunos matriculados e para os magistrados em geral, ou interessados pela cultura jurídica.

Além dessa atividade básica, de cursos com duração de dois anos e meio, a Escola, juntamente com o Conselho de Vitaliciamento, vem realizando, há cerca de dois anos, seminários mensais específicos para juízes em fase de estágio probatório, ou seja, já aprovados em concurso público, mas ainda durante os primeiros dois anos de exercício. Trata-se de atividade acadêmica dirigida àqueles magistrados sujeitos ao Curso de Iniciação para a Magistratura e ao processo de vitaliciamento necessário à efetivação do Juiz na função (art. 95, da Constituição Federal).

Assume, agora, a EMERJ novo encargo de vital importância dentre as suas atividades intimamente ligadas ao aperfeiçoamento da carreira de magistrado. Trata-se de dar execução à tarefa prevista no art. 93, II, letra c e inc. IV, da Constituição em vigor, relativamente a *cursos oficiais de preparação e aperfeiçoamento de magistrados como requisitos para a promoção na carreira*.

O Ato Regimental nº 2/2002, baixado pelo Diretor da Escola, de 5 de junho, em conformidade com a Resolução nº 8/02, do Órgão Especial do Tribunal de Justiça, dispôs sobre normas de inscrição, frequência e

funcionamento daquele curso, que objetiva satisfazer requisito objetivo na promoção para instância superior. Criou, também, um sistema de contagem de pontos para os magistrados inscritos e presentes nos simpósios, conferências e fóruns realizados, ou patrocinados pela Escola, até atingir o número de 180 e estabeleceu a obrigatoriedade de ser elaborada monografia específica a ser examinada por uma banca.

A iniciativa do Tribunal de Justiça de fazer cumprir aquelas normas constitucionais em vigor desde 1988 e entregar à Escola a tarefa de dar início imediato à execução das medidas necessárias, despertou muito interesse. Abriu-se a perspectiva de serem adotados critérios objetivos de promoção, a par da subjetividade sempre presente também na hora de o Tribunal ter que decidir a promoção de candidatos com idênticas qualificações. Já se notou, com o número de magistrados inscritos nos meses de julho e agosto (350 e 400, respectivamente), que os colegas deram ampla aprovação ao formato inicial do Curso Oficial de Preparação e Aperfeiçoamento de Magistrados recentemente implantado. Os inscritos no grande Simpósio “EMERJ DEBATE O NOVO CÓDIGO CIVIL” já tiveram oportunidade de contar pontos para as próximas promoções.

DÉCIO XAVIER GAMA
Desembargador TJJ/RJ

ÍNDICE GERAL DA REVISTA DA EMERJ (DO Nº 1 AO 20) - Acha-se em fase final de elaboração o índice-geral da REVISTA DA EMERJ, por nome dos nossos colaboradores e por assunto. Incluirá toda a matéria divulgada em cinco anos, do 1º ao 20º número. Estamos certos de que esse índice poderá constar do número 21, a ser editado no primeiro trimestre de 2003, de forma a incluir a matéria da edição comemorativa dos CINCO anos de circulação da Revista, que terá maior número de páginas e de artigos doutrinários.

SUMÁRIO

OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E O NOVO CÓDIGO CIVIL 13

– QUESTÕES SUSCITADAS

Luiz Roldão de Freitas Gomes – Desembargador do TJ/RJ e Professor da EMERJ

I. Os direitos da personalidade (*res sacra homo*). II. Sua previsão no Projeto do Código Civil de 1973. III. O Novo Código Civil. IV. Questões suscitadas perante o Código Civil.

COMPORTEMENTOS DE DESVIO: OS CRIMES E AS PENAS 23

Felippe Augusto de Miranda Rosa - Desembargador do TJ/RJ

A origem ampla da conformidade a certos padrões comportamentais. O processo de controle social e as normas declaradas que configuram a ordem jurídica. Os comportamentos de desvios leves e os de desvios graves. O desvio e a conceituação do que chama delito. As infrações a normas na esfera do direito penal susceptíveis de grande variação. A exacerbação das infrações gera insegurança que provoca reações sociais em cadeia. A corrente do “Direito Penal Mínimo” com sua ingenuidades e a dos punitivos preconizadores de uma escala dura de pena. Melhor seria a discussão do tema em termos Racionais. O princípio da proporcionalidade salientado pela Desembargadora Áurea Pimentel Pereira em importante artigo no **Jornal do Commercio**.

AS MULTAS DE TRÂNSITO E O *DUE PROCESS OF LAW* 27

Nagib Slaibi Filho – Desembargador do TJ/RJ e Prof. da EMERJ

1. Trânsito em condições seguras é direito da cidadania e dever do Poder Público. 2. A responsabilidade pelo pagamento das multas de trânsito. 3. A dimensão do princípio da legalidade administrativa. 4. O caráter pessoal das multas de trânsito. 5. O executivo fiscal como a via adequada para a cobrança forçada da multa de trânsito. 6. A interpretação conforme a Constituição. 7. Conclusão.

FUNÇÃO CRIADORA DA JURISPRUDÊNCIA 46

Martinho Garcez Neto – Desembargador do TJ/RJ e Prof. da EMERJ

Uma conquista dos tempos modernos. Antes, o culto exagerado da norma legal, a *voluntas legislatoris* e não *voluntas legis*. O papel ativo do juiz

que não descamba para o arbítrio e a função assumida de criação da jurisprudência como a mais moderna fonte do direito. A reconciliação entre os teóricos e os práticos. Da sentença judicial, como norma individual, resulta a criação de um ponto de vista jurídico.

BREVES ANOTAÇÕES SOBRE A REPERCUSSÃO DA

53

LEI Nº 10.259/2001 NOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS ESTADUAIS

Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho – Juiz de Direito do TJ/RJ e Professor da EMERJ

I. Introdução. II. Natureza do Direito Processual Penal. III. A competência da Lei nº 10.259/2001 e a competência dos Juizados Criminais Estaduais. IV. Questões pré-processuais. V. Questões processuais. VI. A execução das penas e medidas alternativas. VII. Conclusão.

A TEORIA DA FALTA CONTRA A LEGALIDADE CONSTITUCIONAL

62

Roberto Abreu e Silva – Desembargador do TJ/RJ e Professor da EMERJ

1. Introdução. 2. Período da materialização do direito. 3. Período da desmaterialização do direito e da constitucionalização da responsabilidade civil. 4. Conceito de dano. 5. Metamorfose da responsabilidade civil. 6. Introdução à teoria da falta contra a legalidade constitucional. 7. Tendência de coletivização ou socialização da responsabilidade civil. 8. Da responsabilidade civil sem culpa no Direito brasileiro. 9. Da imaterialidade da culpa. 10. Conceito da Teoria da Falta contra a Legalidade Constitucional. 11. A TFCLC no campo infraconstitucional da responsabilidade civil. 12. A função preventiva da responsabilidade civil na TFCLC. 12.1. A garantia do meio ambiente, ecologicamente equilibrado. 12.2. Casos de presunção de causalidade na França e Canadá. 13. Feição constitucional e legal da responsabilidade civil repressiva e preventiva. 14. A teoria da falta contra a legalidade constitucional e a função preventiva da responsabilidade civil. 15. A TFCLC no campo do CPDC. 16. Conclusão.

A APELAÇÃO NA “CAUSA MADURA”

85

Jorge de Miranda Magalhães – Desembargador do TJ/RJ e Professor da EMERJ

Ações extintas sem exame do mérito quando já havia elementos para julgamento definitivo. O princípio da economia processual em confronto com o

do dispositivo e com a regra do duplo grau de jurisdição. O efeito devolutivo dos recursos não atendido como objeção mais séria, como o são também o da violação dos princípios do contraditório, da ampla defesa.

**INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE: ALCANCE DA
NORMA CONTIDA NO ART. 481, PARÁGRAFO ÚNICO DO CPC,
ACRESCENTADO PELA LEI Nº 9.756/98**

90

*Sidney Hartung Buarque – Desembargador do TJ/RJ;
Professor-Diretor de Estudos e Ensino da EMERJ*
Introdução. Histórico. Desenvolvimento. Conclusão.

AINDA OS LITISCONSÓRCIOS NECESSÁRIO E O UNITÁRIO

96

*Carlos Eduardo Rosa da Fonseca Passos – Juiz de Direito
da Vara de Fazenda Pública do TJ/RJ*

1. As críticas à redação do art. 47, *caput*, do Código de Processo Civil.
2. O entendimento doutrinário. 3. A solução brasileira do julgamento *secun-
dum eventus litis*. 4. O litisconsórcio unitário. 5. A impugnação do ato pelo
mandado de segurança. 6. O conflito entre os valores justiça e segurança.
Conclusão.

**CRITÉRIOS DETERMINANTES DA RELAÇÃO DE FILIAÇÃO
NO DIREITO CONTEMPORÂNEO**

108

Julieta Lídia Lunz – Desembargadora Federal no TRF da 2ª Região

I. Introdução. II. Origem da família. III. A filiação. IV. A concepção mo-
derna da filiação. V. Presunção da legitimidade da filiação. VI. O direito
ao nome. VII. O respeito à dignidade da criança e do adolescente. VIII.
O direito à declarada paternidade. IX. Princípio da paternidade responsá-
vel. X. Princípio da afetividade. XI. Aplicação do princípio da dignidade
humana à filiação. XII. Princípio da afetividade na perspectiva da filiação.
Conclusão.

O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E O DIREITO ECONÔMICO

116

Werson Franco Pereira Rego e Oswaldo Luiz Franco Rego

1. Introdução. 2. Noções de direito econômico. 3. O viés constitucional.
3.1. Fundamento e finalidade da ordem econômica constitucional. 4. O di-
reito do consumidor. 4.1. Os elementos da relação de consumo. Conclusão.

**BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A ALTERNATIVA DE
SUBSTITUIÇÃO DO PRODUTO VICIADO**

132

José Guilherme Vasi Werner – Juiz de Direito do TJ/RJ

Introdução. O CDC e a otimização da proteção contra a inadequação do produto. Os vícios de que trata o art. 18 prescindem da origem anterior à alienação e não precisam ser ocultos. Considerações sobre a natureza da prestação de substituição do produto e sobre as consequências da natureza da prestação de substituição. Considerações sobre a classificação da mesma prestação. Considerações sobre a execução daquela prestação e sobre a execução judicial. Conclusão.

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE: ALCANCE E LIMITES

144

Geraldo da Silva Batista Junior – Juiz de Direito do TJ/RJ e Professor da UNESA em Campos/RJ

1. Posições da Doutrina e da Jurisprudência. 2. O alcance do instituto: sistematização. 3. O excesso de execução. 4. Nossas conclusões.

PERSONALIDADE JUDICIÁRIA DE ÓRGÃOS PÚBLICOS

160

José dos Santos Carvalho Filho – Procurador de Justiça no RJ e Professor da EMERJ

O processo (judicial) como categoria jurídica é instrumento da jurisdição e representa relação jurídica entre pessoas. É mecanismo para solução de conflitos de interesse. Os pressupostos processuais. As “pessoas formais” e os conglomerados jurídicos como personalidade jurídica sempre prevista em lei. Os conflitos interorgânicos e a solução.

AÇÕES COLETIVAS

169

Maria Cristina de Brito Lima - Juíza de Direito do TJ/RJ

Apresentação. 2. Aspecto histórico-evolutivo do conceito de interesse: coletivo e individual 3. Ação: conceito e condições (requisitos) 4. Os interesses e suas categorias. 5. Características dos interesses coletivos e difusos. 6. A tutela jurisdicional dos interesses coletivos. 6a. O problema da legitimação. O nascimento da **Ideological Plaintiff**. Da legitimação individual à legitimação por classe. Ação pelo grupo e ação do grupo (**verbandsklagen**). 6b. O problema do direito de defesa e do contraditório dos membros da coletividade não presentes em juízo: o conceito de adequada representatividade e a superação de uma garantia meramente individualista. 6c. O problema dos efeitos da

pronúncia no que diz respeito às partes ausentes. Crítica da doutrina que gostaria de estender os efeitos *secundum eventum litis*. 6d. O problema da insuficiência de uma tutela essencialmente repressiva e monetária. 7. A tutela dos interesses difusos no direito norte-americano, francês, italiano e brasileiro. 8. O surgimento das *class actions*.

AS QUESTÕES RELATIVAS AO INQUÉRITO POLICIAL E A SUA

190

EXATA VISÃO NO DIREITO BRASILEIRO ANTES E DEPOIS DA CF/88

Alexandre Abraão Dias Teixeira – Juiz de Direito do TJ/RJ e Professor da EMERJ

As “soluções milagrosas” que agravam o quadro social. A apuração das infrações penais cabe às polícias civis e não ao M.P. O Ministério Público é parte e não órgão investigador de crime. Entendimento nesse sentido do T.J. e do S.T.J.

JUIZADOS ESPECIAIS DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL:

197

REFLEXÕES SOBRE PROBLEMAS PRÁTICOS

André Felipe Vêras de Oliveira – Juiz de Direito do TJ/RJ

1. Juizados Especiais: Localização no direito objetivo, conceitos e critérios informativos. 2. A questão do cabimento da antecipação de tutela no sistema da Lei nº 9.099/95. 3. Da liminar em ação possessória nos Juizados Especiais Cíveis. 4. Da dispensa de advogado conforme o valor da Causa nos Juizados Especiais Cíveis. 5. Das ações cautelares nos Juizados Especiais Cíveis. 6. Do conceito de infração de menor poder ofensivo nos Juizados Especiais Criminais da Justiça Estadual. 7. As ações previdenciárias amoldadas ao conceito do art. 3º da Lei nº 20.259/2001 e o art. 109, § 3º, da CF. 8. Conclusão.

A TÉCNICA DA DENÚNCIA

207

Sergio Demoro Hamilton – Procurador de Justiça no Estado do Rio de Janeiro

Os requisitos formais da denúncia como petição inicial do Ministério Público (art. 41 do CPP). A qualificação do réu e a descrição do fato a ele imputado. O requerimento de citação e o de condenação ou de pronúncia do réu. A citação do réu preso. As provas a serem produzidas. O rol e o número de testemunhas. O crime de autoria coletiva. A imputação alternativa. As circunstâncias que envolvem o fato e sua descrição na denúncia. A classificação da infração penal e as qualificadoras. O sujeito passivo da relação processual. A rerratificação e o aditamento da denúncia. O prazo para o oferecimento da denúncia.

COLABORAM NESTE NÚMERO

Alexandre Abrahão Dias Teixeira, 190

André Felipe Véras de Oliveira, 197

Carlos Eduardo Rosa da Fonseca Passos, 96

Felippe Augusto de Miranda Rosa, 23

Geraldo da Silva Batista Junior, 144

Jorge de Miranda Magalhães, 85

José dos Santos Carvalho Filho, 160

José Guilherme Vasi Werner, 132

Julieta Lídia Lunz, 108

Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, 53

Luiz Roldão de Freitas Gomes, 13

Maria Cristina de Brito Lima, 169

Martinho Garcez Neto, 46

Nagib Slaibi Filho, 27

Oswaldo Luiz Franco Rego, 116

Roberto Abreu e Silva, 62

Sergio Demoro Hamilton, 207

Sidney Hartung Buarque, 90

Werson Franco Pereira Rego, 116

OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E O NOVO CÓDIGO CIVIL: QUESTÕES SUSCITADAS

LUIZ ROLDÃO DE FREITAS GOMES

Desembargador TJ/RJ. Professor da EMERJ

I. DIREITOS DA PERSONALIDADE (**RES SACRA HOMO**)

1. Seu reconhecimento data do final do século passado e início deste, para cuja construção colaborou a doutrina dos grandes juristas germânicos e italianos, destacando-se, dentre estes, o célebre FERRARA (**Tratatto di Diritto Civile**, p. 388 e segs.), que os definia: “são direitos privados destinados a assegurar ao indivíduo o gozo do próprio ser, físico e espiritual”.

A amplitude de seu conceito, a renovação e a elaboração constantes por que, no princípio, passaram, não permitiram uniformidade de opiniões e critérios em torno deles.

A hesitação ocorre a partir de sua própria denominação, direitos individuais (KHOLER), direitos sobre a própria pessoa (WINDSCHEID), direitos pessoais (WÄCHTER), direitos de estado (MÜLHENBRUCH), direitos originários, direitos inatos, direitos personalíssimos. Acentuou-se a preferência por direitos da personalidade, empregada por GIERK (OLRLANDO GOMES, “Direitos da Personalidade”, **Rev. For.**, v. 216, 1966, p. 6).

Sofreram a influência do jusnaturalismo, que confere a cada homem direitos inatos, passando a figurar, na ordem civil, como atributos da personalidade. Favoreceu sua consagração legislativa a necessidade de se proteger a pessoa humana contra as ofensas à sua dignidade e o perigo, que corria de ser amesquinhada diante da hipertrofia do poder político e de avassalador progresso técnico e científico.

Para PONTES DE MIRANDA (**Tratado de Direito Privado**, 1954, t. III, p. 7), os direitos da personalidade são “efeitos de fatos jurídicos que se produziram, nos sistemas jurídicos, quando, a certo grau de evolução, a pressão política fez os sistemas jurídicos darem entrada a suportes fáticos que antes ficavam de fora, na dimensão moral ou na dimensão religiosa”.

Foram previstos, no século passado, dentre outros, no Código Civil suíço, no japonês, no egípcio, estando sistematizados no Código Civil italiano e no português. Fazem parte ainda do novo Código Civil Brasileiro e do Projeto do Código Civil francês.

Na França, foram sobretudo obra da construção jurisprudencial (**Une Création Prétorienne: Les Droits de la Personnalité**, RAYMOND LINDON, Dalloz, 1974).

2. Consideram-se absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios e necessários, subdividindo-se em direitos à integridade física e à moral. Compreendem os primeiros o direito à vida, sobre o próprio corpo e ao cadáver.

De acordo com PERREAU, um dos primeiros juristas, que os estudaram (“Des Droits de la Personnalité”, **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, 1909, p. 514). “*les deux caractères principaux des droits de la personnalité sont d’être opposables erga omnes et inestimables en argent*”. Desta última característica decorre não poderem ser cedidos, sua imprescritibilidade, a impossibilidade de serem transmitidos por sucessão e a não-aplicação dos meios comuns de representação de terceiros.

Reconhece, porém, que “*des besoins sociaux ont conduit les juges à limiter dans une plus ou moins large mesure toutes les conséquences*”, o que, de certo modo, se tem verificado mesmo no tocante ao caráter de serem extrapatrimoniais, como, por exemplo, em tema de liberdade de expressão, artística e de informação (FRANÇOIS RIGAUX, “La Liberté de la Vie Privée”, in **Revue Internationale de Droit Comparé**, julho/setembro de 1991, nº 3, p. 540 e 563).

3. Seu conceito varia em função da natureza que se lhes atribui, entrando-se em terreno controverso.

Para uns, trata-se de direitos sobre a própria pessoa, **jura in re se ipsa**, contestado por outros mediante a impugnação de não poder a pessoa ser, simultaneamente, sujeito e objeto de direito. Assim de acordo com MAGGIORE (**Diritto Penale**, Bologna, 1955, v. I, t. I, p. 332), “*si può parlare di un diritto alla vita, alla integrità personale, all’onore,... non sulla vita, sull’integrità personale, sull’onore*”.

Argumentam outros, porém, que o objeto do direito não é a personalidade em si mesma, mas em suas diversas manifestações e projeções físicas e psíquicas. Por confundir-se a personalidade com a capacidade jurídica em sua concepção, ela é o pressuposto dos demais direitos, mas não o objeto de

um deles. Amplia-se, deste modo, o conceito jurídico de bem, não adstrito ao significado naturalístico, mas de conteúdo histórico, para incluir estas projeções e torná-las merecedoras da tutela do direito como objeto de uma relação.

Replica-se que este desdobramento, abstrato, não é possível, quer jurídica, quer psicologicamente.

Seriam os direitos da personalidade, para alguns, ínsitos à pessoa, resumindo-se no direito de ser tratada como tal, ou seja, como titular de todos os direitos próprios da natureza humana.

ORLANDO GOMES (art. cit.) observa que, a par dos autores que julgam consistirem em direitos sem objeto, há outros, como FERRARA, que consideram objeto os outros homens, com o dever de respeito a seu gozo, sendo a vida e a integridade física meros termos de referência.

Não cessa, contudo, a divergência.

Sempre compreendidos na faixa da livre atividade humana, autores lhes opõem limites, outros, não; no primeiro caso, por imposição do interesse geral.

Procura-se, com esta exposição, mostrar a controvérsia que impera nesta área, devendo-se ressaltar a conclusão a que chegaram CUNHA GONÇALVES (**Tratado de Direito Civil**, Max Limonad, 1955, p. 337 e segs.) e WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO (“Transplante de Órgãos do Corpo Humano sob o Aspecto Jurídico”, **Rev. dos Tribunais**, 1968, v. 389, p. 89 e segs.): o homem, em princípio, tem o direito de dispor de si mesmo, exercendo livremente a sua atividade, para atingir a seus fins, atividade esta que é extrajurídica e entra na categoria do lícito e do jurídico. Ressalvam-se, porém, as proibições legais, estabelecidas menos em função do interesse individual, mas em nome da conservação da espécie, da utilidade social, da moral pública ou dos interesses do Estado. Assim, entre outras, a pena do aborto, do induzimento e instigação ou auxílio ao suicídio e da falsa auto-acusação.

No dizer de FERRARA (“**Trattato**”, cit., p. 398), “*ma fuori queste limitazione l’uomo há una **facultas quaedam disponendi di se stesso che resta interna a lui, in uma sfera extra-giuridica***”.

4. Não constavam estes direitos de diploma legislativo, de forma sistemática, em nosso ordenamento positivo. Eram tutelados em textos legais esparsos, como na Lei de Imprensa (ofensa à honra), no Código de Telecomunicações (iguais violações), na Lei de Registros Públicos (tutela do

nome), na Lei de Direitos Autorais (proteção da obra do autor), na Lei sobre Transplante (resguardo do corpo humano) e em outras disposições isoladas.

Deles não cogitou CLÓVIS BEVILÁQUA, embora fossem previstos à época da edição de nosso Código Civil no Código Civil suíço, porque, no tocante ao nome, por exemplo, entendia aquele Jurista que resultava adequadamente protegido pelas normas que impedem a usurpação da personalidade (SAN THIAGO DANTAS, **Programa de Direito Civil – Parte Geral**, Editora Rio, 1977, p. 196).

5. É certo que a tutela dos bens jurídicos que constituem estes direitos se faz valer, com mais eficácia, no campo criminal. Nosso Código Penal pune suas violações em várias de suas manifestações (vida, integridade física, liberdade individual, honra, sigilo de correspondência e inviolabilidade dos segredos, sentimento religioso e respeito aos mortos, liberdade sexual, pudor, valores da Família e outros), assim como o Código da Propriedade industrial (Lei nº 9.279/96) reprime infrações ao privilégio de invenção e lei específica (Lei nº 9.610/98) incrimina a transgressão do direito autoral.

II. SUA PREVISÃO NO PROJETO DE CÓDIGO CIVIL DE 1973

6. Aquela proposta legislativa trazia preceitos sobre atos de disposição do próprio corpo, de disposição e direito ao cadáver, de tratamento e ao exame médico, sobre a reprodução da imagem e direitos autorais. Deles dizia o saudoso Prof. ORLANDO GOMES, na “Memória Justificativa do Anteprojeto”, DIN, 1963, p. 35:

“O primeiro e dos mais importantes objetivos do Anteprojeto é o de preservar um dos valores fundamentais de nossa civilização: o respeito à pessoa humana. Os Códigos individualistas, voltados inteiramente para o indivíduo, esqueciam a pessoa, omitindo-se diante de direitos sem os quais a personalidade do homem não encontra terreno propício à sua livre e necessária expansão. Alguns desses direitos, protegidos constitucionalmente, não tinham a sua tutela completada pela organização de um sistema de defesa contra possíveis atentados de particulares. Tanto mais quanto se ampliaram, adquirindo novos aspectos, tais como o do direito à vida, à educação e tantos outros.”

Na apresentação do Projeto, discorria ainda o civilista baiano: “No corpo do Código Civil devem ser isoladas as disposições que, na órbita privada, podem concorrer para a defesa da personalidade humana. A reafirmação, na lei civil, da intangibilidade de certos direitos inseparáveis da pessoa humana indica que o Código, completando a rede de proteção ao homem que se distende desde a Constituição e de declarações internacionais de princípios, reafirma solenemente a necessidade de serem preservados para que se resguarde a dignidade humana”.

“Contudo, ao disciplinar *os direitos da personalidade*, o Anteprojeto não os confunde com os *direitos do homem*, ainda que se refira a alguns destes que, por igual, se compreendem entre aqueles considerados, todavia, sob outra perspectiva. Como bem esclarece MAZEAUD, os chamados direitos do homem são *direitos públicos*, dado que visam primordialmente a protegê-lo contra o arbítrio do Estado, enquanto os direitos da personalidade são muitos daqueles direitos da pessoa humana encarados na possibilidade de sofrerem atentados por parte de outros homens (**Leçons de Droit Civil**, t. I, p. 629) ou – acrescenta-se – de serem auto-sacrificados”. Regulando-o, nas suas mais importantes manifestações, o Anteprojeto refere-se expressamente aos que são considerados fundamentais, prevenindo-se contra o risco de uma enumeração taxativa, com o uso da expressão: “e outros reconhecidos à pessoa humana”. “Devem ser protegidos, com efeito, todos os que são tidos como necessários ao desenvolvimento da personalidade, de acordo com as idéias dominantes na atualidade, sabido que não são invariáveis, nem limitados”. “Dirigem-se as regras propostas a duas categorias de direitos da personalidade, enriquecidas de novos aspectos por força, principalmente, do progresso feito pela ciência: a categoria dos direitos à integridade física e a dos direitos à integridade moral”. E versou sobre a proteção à integridade física (“direitos sobre o próprio corpo”, a inviolabilidade do corpo humano, o direito ao cadáver, a disposição de partes do corpo); a proteção à integridade moral (dos direitos intelectuais e à própria imagem e o direito a constituir família). Tratou também do direito ao nome.

III. O NOVO CÓDIGO CIVIL

7. Foram mantidos aqueles direitos no Projeto, que se converteu no novo Código. Em estudo comparativo, o eminente Ministro JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, a quem incumbiu a redação da Parte Geral, louvou as

opções do novo Código Civil português nas linhas mestras daquele Direito (“Lições do Novo Código Civil português”, in **A Parte Geral do Projeto do Novo Código Civil Brasileiro**, Saraiva, 1986, p. 16 a 31).

Vêm eles disciplinados nos arts. 11 a 21, dispondo o primeiro preceito que, “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo seu exercício sofrer limitação voluntária”. Prossegue o art. 12: “Pode-se exigir que cesse a ameaça ou lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”.

Nos artigos seguintes, cuida da disposição do próprio corpo, admitindo-a gratuita, com o objetivo científico ou altruístico, para depois da morte, e ocupa-se do tratamento médico, a que ninguém pode ser constringido.

8. Onde, entretanto, a matéria veio de receber unificada consagração legislativa, com explícito relevo para os direitos denominados morais (vida privada, honra e imagem das pessoas), iniciando-se pelo próprio direito à vida (art. 5º, *caput*), foi na vigente Carta Magna.

Não cuidou especificamente do direito ao corpo, de suas partes e ao cadáver, a envolverem o tratamento médico, os transplantes e as técnicas de reprodução assistida, mas forneceu seus fundamentos.

9. Na Exposição de Motivos da Parte Geral do Projeto do novo Código, de 1970, expunha o ínclito Min. MOREIRA ALVES: “O Capítulo II versa os direitos da personalidade, onde se trata, inclusive, do direito ao nome, em suas linhas gerais. Nesse Capítulo, aproveitei, com alterações e supressões, o material que se encontra no Projeto revisto, que se elaborou com base no Anteprojeto do Prof. Orlando Gomes” (ob. cit., p. 71/2).

10. Comentando o Projeto do novo Código, o saudoso Des. e Prof. CARLOS ALBERTO BITTAR (**Direitos da Personalidade**, Forense Universitária, 4. ed., 2000, p. 41), acentua que ele apresenta o tema no Capítulo II do Título I (“Das Pessoas Físicas” do livro I “Das Pessoas”) sob a epígrafe “Dos direitos da personalidade” (arts. 11 a 20). “Aproveita o material do anteprojeto do Prof. Orlando Gomes, introduzindo algumas inovações: a irrenunciabilidade (art. 11), a disposição altruística (art. 14) e a norma referente à divulgação de escritos e da imagem (art. 20). Conforme as notas explicativas, o texto inscreve poucas regras sobre a matéria, QUE DEFINE COMO COMPLEXA E DE SIGNIFICAÇÃO ÉTICA ESSENCIAL, deixando-a para o natural desenvolvimento da doutrina e da jurisprudência”. “Sofre, conseqüentemente, influência do Código Civil italiano, como se

verifica do exame dos textos que se contêm nas notas justificativas oferecidas por seus fautores”.

Prossigue: “Com efeito, o atual projeto reduz as disposições relativas aos referidos direitos, mantendo o seu posicionamento referente às pessoas físicas. Inicia a regulamentação com disposição genérica, quanto às suas características, definindo-as, salvo casos previstos em lei, como intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo seu exercício sofrer limitação voluntária (art. 11). Sobre a tutela dos direitos e sem prejuízo de outras sanções, permite que cesse a ameaça ou a lesão a direito da personalidade (art. 12), cabendo ao cônjuge supérstite ou a qualquer parente de linha reta, até o quarto grau, requerer a medida, em se tratando de morto (parágrafo único).

“Versando sobre o direito de disposição do corpo, veda os atos que importem em diminuição permanente da integridade física, ou contrariem os bons costumes (art. 13), admitindo transplantes, consoante dispuser lei especial (parágrafo único). Para depois da morte, permite, com objetivo altruístico, ou científico, a disposição do próprio corpo, no todo ou em parte (art. 14), sendo revogável o ato, a qualquer tempo”.

11. Analisando observações do Prof. COUTO E SILVA à Parte Geral do Anteprojeto, de março de 1970, assinalava o Min. MOREIRA ALVES (ob. cit., p. 35, nota nº 1), que prevê o artigo 14 uma dupla possibilidade para resolver a lesão de direito da personalidade: a ação cominatória, seja preventiva ou mesmo após a violação para que não se repita, e perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções. Quanto a essa parte, cabe ponderar que nem sempre a lesão é culposa, de modo que a doutrina distingue sempre duas hipóteses: a cominatória há de caber em qualquer hipótese, mas a indenização supõe culpa. Relativamente ao direito de imagem, tutelado em seu art. 21, discordava da reação sugerida, que, além de demasiado ampla (impediria até a publicação de biografia de pessoa viva, sem o seu *imprimatur*), cria norma sem sanção, puramente programática, se não se conjugar com o art. 196 do Anteprojeto, que admite perdas e danos quando o prejuízo for moral. E, se necessária a conjugação, desnecessário se torna o art. 196 do Anteprojeto, que admite perdas e danos quando o prejuízo for moral. E, se necessária a conjugação, desnecessário se torna o art. proposto, pois, mesmo sem ele, o bem jurídico estaria protegido”.

Disponha o art. 21 que “a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa podem ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, boa fama ou a

responsabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais”. Corresponde de certo modo ao atual art. 20, que ressalva quando sejam necessárias a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, a publicação e a utilização de imagem (mais ampla) à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública.

Anotava o Min. MOREIRA ALVES que o Anteprojeto adotou apenas o que parece insuficiente, a proteção do direito à imagem, como direito da personalidade. Atualmente, a proteção é bem maior, e atende à esfera íntima e à esfera privada de uma pessoa, ao *right to privacy*. Igualmente à imagem, protegem-se os escritos, as cartas e a palavra de uma pessoa. Propôs, assim um aumento ao conteúdo do artigo, formulando-o nos termos próximos ao do art. 20 (nota nº 3, p. 36).

IV. QUESTÕES SUSCITADAS PERANTE O CÓDIGO CIVIL

12. A matéria já vinha tratada em leis esparsas anteriores (Código da Propriedade Industrial, das Telecomunicações, de Direitos Autorais, Lei de Imprensa, de Registros Públicos, sobre transplantes, v.g.), e veio a ser sistematizada na C.F., com o reconhecimento do direito à honra, à vida privada, à intimidade, à imagem (assegurando-se o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação: art. 5º, inc. X); dos direitos autorais (inc. XXVII); a participações individuais em obras coletivas; e à reprodução da imagem e da voz humanas (inclusive nas atividades desportivas: inc. XXVIII), além de que a especificação dos direitos e garantias não exclui outros, decorrentes do regime e dos princípios adotados no Estatuto Fundamental.

Indaga-se: À falta de uma cláusula geral de tutela da personalidade, como no art. 70, 1º, do Código Civil português, como se interpretar a previsão de direitos que figuram na Carta Magna e situações outras que podem surgir? Disporia o intérprete, o Juiz, basicamente, do poder discricionário de reconhecê-los com base no postulado ético, que informa a matéria, de conformidade com as notas explicativas ao Projeto, podendo identificá-los e conceder os remédios cabíveis? Antepor-se-lhe-iam óbices? A C.F. seria limite a este reconhecimento?

Poder-se-ia, em suma, dizer que estes direitos serão de configuração nitidamente pretoriana, à semelhança do Direito francês?

13. Os direitos da personalidade foram sempre havidos como irrenunciáveis, intransmissíveis e extrapatrimoniais. Contudo, FRANÇOIS RIGAUX (est. cit.) mostra que, hoje, tendo-se em vista o valor que adquirem,

em economia de mercado, e devido à rápida circulação que os envolve (direito à imagem, à voz, a publicações, na internet, os direitos autorais e conexos etc.), passam a apresentar nítidas e irrefutáveis conotações patrimoniais. Pode-se dizer que não mais se caracterizam pela extrapatrimonialidade?

Seria esta uma das características dos direitos subjetivos em geral hoje, de não mais se comportarem naquelas categorias estanques. Em época de “globalização”, na qual o problema de restrições aos bens da personalidade já não mais advêm do Estado e de entes e pessoas nacionais, mas sobretudo de empresas multinacionais, de organizações supranacionais etc., como concebê-los para serem feitos valer?

14. O grande problema que têm proposto não é mais o de sua previsão, mas o dos meios judiciais postos à disposição de seu titular para torná-los efetivos. Em que sua previsão no Código Civil pode contribuir para aquele fim, seja preventivamente (o que se deseja), ou mesmo para fazer cessar a lesão. Desfruta o ofendido de meios mais eficazes?

15. O surgimento e a tutela dos direitos da personalidade apresentaram-se sempre associados à reparação do dano moral. No entanto, tendo-se em vista que constituem categoria à parte nos direitos subjetivos, gerando sua violação também direito à reparação do dano material, pode-se dizer que sua infração gera não apenas responsabilidade civil, mas lesão a direito próprio?

16. Neste caso, em sendo *a posteriori*, a que critérios deve recorrer o Juiz para fixar a indenização (na transmissão, não autorizada, do direito à imagem, de seu uso indevido, assim como do nome, em propagandas comerciais etc.), questões que, a todo o momento, são submetidas aos Tribunais?

17. Aliás, o direito à imagem, que é incessantemente alvo delas, poderá eventualmente ser reproduzido sem o consentimento do titular? E a divulgação de fatos ocorridos na Imprensa escrita ou falada (reportagem etc.), à qual incumbe o direito-dever de informar? Que critério deve o Juiz utilizar nesta área, delicada e regida por princípios distintos? E na obra histórica, na literatura, nas crônicas etc.?

18. É cabível falar-se de direito da personalidade da pessoa jurídica, máxime depois que o STJ lhe reconheceu o direito à reparação de danos? Seria cabível quanto ao conceito comercial dela, com respeito à sua marca, insígnias, sigilo industrial, quanto à sua organização e métodos para disputa no mercado?

19. O Código Civil não tratou do direito à honra, às criações intelectuais, ao sigilo, à voz, à participação em obras coletivas, tuteladas na

Carta Magna, à sepultura, à memória dos familiares e às cartas missivas, confidenciais e não confidenciais. Podem-se entender como implícitos nos direitos da personalidade, considerando-se sua base ética?

20. Pode-se falar em direito da personalidade *post mortem* (sobre manifestação da pessoa após a morte). Quem será o titular dele? Haveria implícito reconhecimento da personalidade do falecido, após o óbito? Por exemplo, se alguém vem a falecer após período de padecimento de dores sofridas por ferimentos causados culposamente por terceiro, podem os sucessores demandar a respectiva indenização? A que título?

21. Como conciliar estas situações com a apontada intransmissibilidade daqueles direitos?

22. Aliás, quando o Código (arts. 12, parágrafo único e 20, parágrafo único), defere a sucessores (incluindo colaterais até o 4º grau) o direito de perseguir reparação por ofensa a direito do morto, por que os vincula à sucessão hereditária, quando aqueles direitos são fundamentalmente de ordem moral?

23. Pode haver lesão ao direito da personalidade sem dano, quando, v.g., alguém atravessa jardim da casa alheia, sem danificá-lo nem devassa a intimidade do morador?

24. O Código Civil não alude ao direito ao sigilo. Vem contemplado no art. 21 (inviolabilidade da vida privada). Consiste no direito à reserva?

Tendo-se em vista os círculos concêntricos, da doutrina germânica, como se situa este? Quais os seus limites?

25. O parágrafo único do art. 12 e do art. 20 não inscrevem o convivente, na união estável, dentre os que podem demandar indenização por ofensa aos direitos da personalidade do morto? É-lhe concedida esta legitimação?

26. Admite o Código a indenização pelo dano da morte?

27. Conclui-se com o pensamento de que os direitos da personalidade se erigem hoje na principal barreira contra os ímpetos das pesquisas científicas, que põem em xeque a identidade físico-espiritual do ser humano (clonagens, manipulações genéticas etc.), com evocação da célebre frase de ANDRÉ MALRAUX:

“Une vie ne vaut rien, mais rien ne vaut une vie.” ◆

COMPORTAMENTOS DE DESVIO, OS CRIMES E AS PENAS

FELIPPE AUGUSTO DE MIRANDA ROSA

Desembargador aposentado do TJ/RJ. Professor de Sociologia do Direito

A vida social cria expectativas de comportamento para que se tornem possíveis a convivência pacífica e a harmonia dentro dela. É essa a origem ampla da conformidade a certos padrões comportamentais que se estabelecem em virtude das bases ideológicas da racionalidade existente em que valores, idéias, ideais, atuam em conjunto. Os postulados ideológicos resultantes fixam limites e objetivos para a ação humana, na vida de relação.

Funciona nesse quadro o processo de controle social, iniciado com costumes ancestrais simples, evoluído nos *mores* e que desemboca nas sociedades complexas, em normas formalmente declaradas, destinadas a reger ações e comportamentos individuais e coletivos.

Essas normas, já agora ditadas segundo preceitos anteriores para isso existentes, configuram a ordem jurídica. Agir de acordo com elas, evitando transgressões é imperativo para indivíduos e grupos. As ações desajustadas aos modelos preconizados nessas normas são comportamentos de desvio que podem ser agrupados, para efeito de análise, em dois campos: os desvios leves e os desvios graves. Os primeiros, também, se subdividem em comportamentos de pequeno valor ofensivo a direitos alheios e da própria coletividade e desvios aos quais se dirige uma censura social que pode resultar em medidas punitivas de caráter penal.

A teoria do comportamento de desvio é um campo razoavelmente extenso dos estudos de natureza social e, conseqüentemente por sua condição de afastamento dos padrões preconizados de comportamento, enriquece muito as preocupações jurídicas. O desvio, em essência, informa a conceituação do que, classicamente, chamou-se delito, de maneira abrangente, alcançando as formas de inconformidade ou desconformidade com os padrões socialmente prescritos e censurados. Assim, deixar de cumprir um contrato é um comportamento de desvio de natureza civil ou mercantil, enquanto

apoderar-se de um bem alheio é desvio de natureza penal. Isso é, de maneira sucinta e talvez grosseira o que constitui cada um dos dois grandes campos de delitos, ou seja, de abandono ou de violação das normas de convivência preconizada pela chamada ordem jurídica.

Essa pequena introdução tem como objetivo lembrar que as infrações a tais normas interessando, principalmente, a esfera do direito penal, ou sejam, os crimes e as contravenções, assim definidas nas leis são suscetíveis de grande variação, segundo o tipo e suas conseqüências. O tipo é definido pela natureza do comportamento e pelo bem jurídico atingido e a censura respectiva está condicionada ao modo de proceder do delinqüente e às circunstâncias eventuais, entre elas as motivações e outros fatos circunstanciais.

Todos eles, ou quase todos podem ser objeto de exacerbação em condições e períodos no tempo e segundo o quadro social em que ocorrem. Essa exacerbação é particularmente significativa na maneira como se apresentam os atos delituosos. O quadro social em que isso acontece altera-se de algum modo para tornar a interação mais eivada de desvios. A violência assume então proporções assustadoras, fazendo espalhar-se entre as pessoas e os grupos um sentimento de insegurança e de crescente recusa dos paradigmas existentes, o que provoca reações sociais em cadeia, principalmente destinadas a coibir os paroxismos de não-conformidade que a violência retrata. Em conseqüência espocam as iniciativas de reforma, de modificação, de agravamento dos castigos de maior severidade nas penas e, paradoxalmente, surgem os projetos de abrandamento da censura, com objetivos vários, entre eles os de natureza prática em face das dificuldades econômicas e materiais.

Essa conjuntura foi objeto de importante artigo da Desembargadora Áurea Pimentel Pereira publicado no **Jornal do Commercio** recentemente sob o título “A Escala da Violência e as Soluções Penais Propostas”. Nesse trabalho, a douta jurista preocupada com os excessos e as blandícias projetados, uns e outras, em declarações e manifestações generalizadas, focaliza o ambiente em que estamos vivendo na sociedade brasileira. De um lado, a corrente do “Direito Penal Mínimo” com suas ingenuidades e uma boa dose de excelentes intenções, e de outro, os punitivos, severíssimos, preconizadores de uma escala dura de penas e de restrições crescentes no tratamento dos delinqüentes, no que se refere aos comportamentos mais graves de desvio. Uns e outros, manifestam-se cuidadosamente diante das circunstâncias conjunturais.

Desejável é que a discussão a respeito se faça em termos racionais, sob grave censura aos ímpetos protecionistas ou punitivos. A lei penal não deve ser adotada apressadamente, como, aliás, lei alguma, mas somente após cuidadosa e ampla reflexão por parte da sociedade em geral e, principalmente dos que se preocupam com os respectivos temas e com o interesse coletivo. Alguns sugerem atualmente a adoção de penas de prisão perpétua e/ou de morte para os criminosos. A Constituição desacolhe esse tipo de castigo, apenas castigo, sem outras características, não cuidando, por exemplo, da ressocialização dos delinqüentes e orientação educativa. São os que se concentram na natureza aflitiva ou na conseqüência profilática das penas, mais ainda, insistem no caráter intimidativo do direito penal, em que criminosos em potencial ou em princípio de “carreira” podem ser assustados por castigos pesados. A prisão perpétua, na verdade, é economicamente má para a sociedade com a ampliação do tempo durante o qual todos financiam o sustento dos delinqüentes, no caso, mais perigosos, cujo afastamento da convivência com as demais pessoas não deva ter um limite. A sua aplicação não evitaria que os abrandamentos de natureza temporal ocorressem, o limite máximo de 30 anos de prisão, existente no direito brasileiro poderia ser aplicado, mesmo com o alargamento do tempo atualmente prescrito. Toda condenação a penas muito longas teria o caráter de uma pena perpétua, se aquelas limitações não existissem, o que coloca uma questão de princípio no respectivo exame.

Por seu turno, a pena de morte é preconizada por alguns para aplicação nos casos mais graves, principalmente de repetição da conduta criminosa ou de extrema periculosidade. Já temos assinalado que o grande óbice à sua adoção é a *dúvida*.

Enquanto puder, mesmo que longinquamente, ocorrer erro quanto à autoria e as circunstâncias do crime a pena de morte será severamente questionada. Segundo críticos sarcásticos e “realistas” a vantagem principal desse tipo de castigo é seu caráter, repitamos, profilático. Criminosos reiterados, de alta periculosidade assim constatada pela maneira da reincidência, por exemplo, poderão ser definitivamente eliminados da vida social para a qual forem considerados inaptos. Os demais seres humanos seriam beneficiados. A polêmica a esse respeito é muito idosa. Ela se arrasta permanentemente, com argumentos ponderáveis e contraditórios, em que idéias filosóficas e religiosas intervêm no argumento contra a pena de morte; de natureza prática é a constatação de que onde existe, a criminalidade prossegue, por vezes em

grande escala. Não parece, entretanto que as divergências profundas entre os defensores e os adversários desse “remédio” estejam prestes a serem superadas.

Um princípio, porém, entre os que comandam a teoria das penas, como salientado pela Desembargadora, é o da proporcionalidade.

Que significa ele? O comando do princípio é o da correspondência, tanto quanto possível, do grau de repulsa social aos crimes definidos nas leis e deve condicionar o tipo de punição ou de rigor da pena. Assim, quem comete homicídio, crime contra a vida do ser humano, deve ser punido com mais rigor do que o simples furto de um aparelho de rádio. A matéria tem sido abordada por nós em consequência de uma pesquisa realizada anos atrás, na qual se indagou de uma amostra polar da população do Rio de Janeiro, sobre a natureza de suas reações e uma série de comportamentos, alguns supostamente neutros, outros elogiáveis e os demais censuráveis. A polaridade constituiu-se na escolha de grupos de criminosos reincidentes de um lado e, professores do ensino médio, de outro. Algumas incongruências foram encontradas e é possível que, se repetido o mesmo estudo hoje, a tabela de conclusões seja diferente. Aquela pesquisa ocorreu há mais de vinte anos e foi por nós dirigida.

A não existência de uma rigorosa correspondência entre a suposta severidade da reação social e o também rigor da classificação nas leis penais, das ações delituosas previstas no elenco, portanto, pode ser um elemento de pesquisa de nova indagação realizada, de maior amplitude que aquela, em que os colegas, professores Gisálio Cerqueira Filho e Teresa Miralles nos acompanharam. Ela foi objeto de publicação do Centro de Estudos Jurídicos da Guanabara – CEJUR, no ano de 1979, a cujo relatório fazemos remissão para eventual exame.

Como se vê o critério da proporcionalidade deve ser estudado segundo a conjuntura.

É que a severidade da repulsa aos diversos tipos delituosos, tudo o indica, varia no tempo e no espaço. Isso pode ser importante informação na feitura de novas leis penais. Para finalizar, mencionamos a tendência de rigor mal medido na definição, agora na moda, dos chamados “crimes hediondos”. Parece conveniente frear um pouco a ampliação punitiva que alguns pretendem aplicar, segundo sentimentos e reações de momento, na apenação de alguns desses crimes. Isso, porém, é matéria para outras reflexões. ◆

AS MULTAS DE TRÂNSITO E O *DUE PROCESS OF LAW*

NAGIB SLAIBI FILHO

Desembargador TJ/RJ. Professor – EMERJ e UNIVERSO

1. TRÂNSITO EM CONDIÇÕES SEGURAS É DIREITO DA CIDADANIA E DEVER DO PODER PÚBLICO

Quase cem anos após a popularização do automóvel por Henry Ford - mercê do seu inovador método de produção -, parece excessivamente elitista considerar a circulação dos veículos por este imenso país como um benefício tolerado a contragosto pelas Autoridades Públicas.

Hoje, o automóvel é meio essencial de transporte: quase cinquenta milhões de veículos estão registrados nos órgãos de trânsito; milhões de brasileiros dependem do próprio automóvel para realizar o seu ofício; dezenas de milhões de brasileiros estão habilitados a dirigir veículos automotores, e as convenções internacionais validam as habilitações nacionais para o livre trânsito em praticamente todos os países civilizados.

Daí se explica os termos enérgicos da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro, ao proclamar o direito de trânsito:

“Art. 1º O trânsito de qualquer natureza nas vias terrestres do território nacional, abertas à circulação, rege-se por este Código.

§ 1º Considera-se trânsito a utilização das vias por pessoas, veículos e animais, isolados ou em grupos, conduzidos ou não, para fins de circulação, parada, estacionamento e operação de carga ou descarga.

§ 2º O trânsito, em condições seguras, é um direito de todos e dever dos órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito, a estes cabendo, no âmbito das respectivas competências, adotar as medidas destinadas a assegurar esse direito.

§ 3º *Os órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito respondem, no âmbito das respectivas competências, objetivamente, por danos causados aos cidadãos em virtude de ação, omissão ou erro na execução e manutenção de programas, projetos e serviços que garantam o exercício do direito do trânsito seguro.*

§ 4º (VETADO)

§ 5º *Os órgãos e entidades de trânsito pertencentes ao Sistema Nacional de Trânsito darão prioridade em suas ações à defesa da vida, nela incluída a preservação da saúde e do meio-ambiente.”*

Note-se: o art. 1º, § 1º, do Código de Trânsito Brasileiro refere-se a “trânsito em condições seguras”, expressão que leva em conta os termos do direito fundamental de segurança, declarado no art. 5º, *caput*, e art. 144, ambos da Constituição.

No conteúdo do direito do trânsito está a segurança.

Evite-se tomar perspectiva falsamente individualista em tema que somente se pode compreender dentro do quadro geral que rege as relações de todos os integrantes da comunidade nacional.

O Código de Trânsito Brasileiro, contemplando a ordem normativa específica, não tem o poder de minudenciar as situações do exercício do direito e do atendimento aos deveres, o que merece explicitações pelas Autoridades Administrativas e até pelos tribunais nos casos que lhe são submetidos.

A complexidade das relações envolvidas no trânsito exige a compreensão dinâmica dos valores que regem as condutas de todos e de cada um dos participantes conduzindo a legislação positiva ao devido patamar de somente expor os princípios específicos, sem abandonar os demais valores regentes da comunidade.

Como todos os direitos, o trânsito submete-se ao princípio geral da lateralidade do Direito,¹ não é direito ilimitado e indefinido, mas exige conteúdo de respeito aos demais cidadãos, o que se traduz na expressão

¹ O princípio da lateralidade do Direito significa que somente há direitos e deveres em face de uma relação social, em face de outro indivíduo ou do grupo social. Não há direitos e deveres em face de si mesmo. A relação jurídica é, assim, uma relação social regulada pelo Direito e este somente pode realizar o seu papel considerando o indivíduo em face do próximo. No tema específico, não se pode falar em direito de trânsito sem se incluir a questão da segurança, esta a implicar a lateralidade do direito.

legal de referência às condições de segurança.²

O direito de transitar nas vias terrestres, nos termos da lei, integra-se no direito de cidadania, posto como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito (Constituição, art. 1º).

Aliás, em país de dimensões continentais, nem o mais empedernido saudosista dos heróicos bandeirantes iria exigir que o direito de ir e vir (o vetusto *ius ambulandi*, garantido pelo *habeas corpus*), posto como direito fundamental no art. 5º, XV, da Carta da República, somente pudesse ser realizado sobre as solas do sapato ou pelos transportes públicos...

E o caráter nacional do direito do trânsito está afirmado na Constituição, em seu art. 22, XI, ao dispor que compete privativamente à União legislar sobre trânsito e transportes, o que exclui o poder dos Estados-membros de dispor sobre a matéria, salvo se estiver expressamente autorizado por lei complementar federal.³

2. A RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DAS MULTAS DE TRÂNSITO

No entanto, o direito subjetivo não se garante por si só, mas pela atuação de cada indivíduo, da sociedade e do Poder Público; o cidadão tem o dever moral de se conscientizar de que os seus direitos somente subsistem se ele não se curva aos atentados que são tão comuns à sua individualidade.

As garantias dos direitos vêm pelas vias: (a) legislativa, ao impor as linhas mestras de atuação de todos os participantes do processo de trânsito ou pela previsão de tipos penais e administrativos que possam reprimir os

² Direito, garantia ou dever do Estado e da sociedade, como deflui dos mencionados arts. 5º, *caput*, e 144, da Constituição, a segurança é conceito jurídico normativo que somente pode ser apurado em cada caso.

³ A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se mostra pacificada no sentido de considerar a legislação sobre o trânsito como privativa da União, assim evitando as investidas, geralmente demagógicas, de leis estaduais e de leis municipais, teimando em conceder anistias às multas de trânsito aplicadas pelos respectivos órgãos. AADIn 2.064, do Mato Grosso do Sul, relator o Ministro Maurício Correa, unânime, julgada em 7 de junho de 2001, deu pela inconstitucionalidade de lei estadual que dispõe sobre multa e anistia aplicadas aos infratores do trânsito. No mesmo sentido, a medida cautelar na ADIn 2.137, do Rio de Janeiro, relator o Ministro Sepúlveda Pertence, julgada em 23 de março de 2000, a distinguir entre o poder dos Estados-membros e dos Municípios em aplicar as sanções com o poder privativo da União de legislar sobre o tema. Em face da suprema orientação, o intérprete deve distinguir entre as funções do legislador – principalmente o federal – ao dispor genericamente pelo texto legal sobre os princípios gerais, e as funções da Administração Pública federal, estadual e municipal, na execução das atividades específicas.

abusos; (b) administrativa, executando o serviço público específico de acordo com os delineamentos legislativos, e (c) judiciária, no julgamento das causas que lhe são submetidas, devendo os tribunais não se esquecer de que as suas decisões, constituindo precedentes, acabam por impor orientação a todos.⁴

Nesta relação, necessariamente dinâmica, entre os personagens que atuam no drama diário do trânsito, sobrelevam os comandos emitidos pelas Autoridades Públicas competentes para regular as respectivas relações, todas tecnicamente encimadas pelo Conselho Nacional do Trânsito (CONTRAN).

A Resolução nº 108, de 21 de dezembro de 1999 (publicada no *Diário Oficial* de 6 de janeiro seguinte), do CONTRAN, dispõe sobre a responsabilidade pelo pagamento de multas em termos que pretende reproduzir o texto legal, mas que, na verdade, dele ontologicamente se distancia.

“Art. 1º Fica estabelecido que o proprietário do veículo será sempre responsável pelo pagamento da penalidade de multa, independente da infração cometida, até mesmo quando o condutor for indicado como condutor-infrator nos termos da lei, não devendo ser registrado ou licenciado o veículo sem que o seu proprietário efetue o pagamento do débito de multas, excetuando-se as infrações resultantes de excesso de peso que obedecem ao determinado no art. 257 e parágrafos do Código de Trânsito Brasileiro.”

⁴ Sobre a aplicação das penalidades administrativas, dispõe o Código de Trânsito Brasileiro: “Art. 257. As penalidades serão impostas ao condutor, ao proprietário do veículo, ao embarcador e ao transportador, salvo os casos de descumprimento de obrigações e deveres impostos a pessoas físicas ou jurídicas expressamente mencionados neste Código. § 1º Aos proprietários e condutores de veículos serão impostas concomitantemente as penalidades de que trata este Código toda vez que houver responsabilidade solidária em infração dos preceitos que lhes couber observar, respondendo cada um *de per si* pela falta em comum que lhes for atribuída. § 2º Ao proprietário caberá sempre a responsabilidade pela infração referente à prévia regularização e preenchimento das formalidades e condições exigidas para o trânsito do veículo na via terrestre, conservação e inalterabilidade de suas características, componentes, agregados, habilitação legal e compatível de seus condutores, quando esta for exigida, e outras disposições que deva observar. § 3º Ao condutor caberá a responsabilidade pelas infrações decorrentes de atos praticados na direção do veículo. § 4º O embarcador é responsável pela infração relativa ao transporte de carga com excesso de peso nos eixos ou no peso bruto total, quando simultaneamente for o único remetente da carga e o peso declarado na nota fiscal, fatura ou manifesto for inferior àquele aferido. § 5º O transportador é o responsável pela infração relativa ao transporte de carga com excesso de peso nos eixos ou quando a carga proveniente de mais de um embarcador ultrapassar o peso bruto total”.

Ao tratar sobre o licenciamento anual e a vistoria, dispõe o Código:

“Art. 131. O Certificado de Licenciamento Anual será expedido ao veículo licenciado, vinculado ao Certificado de Registro, no modelo e especificações estabelecidos pelo CONTRAN.

§ 1º O primeiro licenciamento será feito simultaneamente ao registro.

§ 2º O veículo somente será considerado licenciado estando quitados os débitos relativos a tributos, encargos e multas de trânsito e ambientais, vinculados ao veículo, independentemente da responsabilidade pelas infrações cometidas.

§ 3º Ao licenciar o veículo, o proprietário deverá comprovar sua aprovação nas inspeções de segurança veicular e de controle de emissões de gases poluentes e de ruído, conforme disposto no art. 104”.

“Art. 104 Os veículos em circulação terão suas condições de segurança, de controle de emissão de gases poluentes e de ruído avaliadas mediante inspeção, que será obrigatória, na forma e periodicidade estabelecidas pelo CONTRAN para os itens de segurança e pelo CONAMA para emissão de gases poluentes e ruído.

§ 1º (VETADO)

§ 2º (VETADO)

§ 3º (VETADO)

§ 4º (VETADO)

§ 5º Será aplicada a medida administrativa de retenção aos veículos reprovados na inspeção de segurança e na de emissão de gases poluentes e ruído.”

Invocando a mencionada resolução do CONTRAN, e na verdade omitindo-se do seu indeclinável dever de pugnar pela prevalência do Estado Democrático de Direito, que tem como fundamento a Constituição de 1988, órgãos estaduais de trânsito exigem dos desavisados proprietários de veículos a quitação imediata do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA),⁵ dos encargos e das multas vinculadas ao veículo, como condição da vistoria para o licenciamento anual do veículo.

⁵ Constituição, art. 155, III.

A vistoria constitui ato material administrativo necessário para o processo de licenciamento do veículo, requisito de preservação da segurança do condutor, das pessoas transportadas e também dos demais membros da comunidade.

A questão acaba por naturalmente desaguar nos tribunais, a eles competindo apurar a quem incumbe a responsabilidade pelo pagamento das multas e demais encargos incidentes sobre o veículo e a juridicidade do fato de a Autoridade do Trânsito condicionar a realização da vistoria e do conseqüente licenciamento anual do veículo ao pagamento dos débitos.

3. A DIMENSÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA

As autoridades administrativas, chamadas a Juízo nas demandas postas pelos proprietários dos veículos, informam usualmente que são obrigadas a cumprir as disposições do Código de Trânsito Brasileiro e as instruções do Conselho Nacional do Trânsito, procedendo à mera interpretação literal dos textos legislativos e normativos, sob o argumento de que assim estão satisfazendo o princípio da legalidade administrativa imposto no art. 37 da Constituição da República.

Ora, se é verdade que está a Administração Pública genuflexa ao princípio da legalidade, não se pode afastar o controle judicial para fazer preponderar os valores que a Constituição instituiu como basilares do Estado Democrático de Direito, como já assentou o Excelso Pretório pela voz do eminente Ministro Celso de Mello.⁶

⁶ 1. A Constituição brasileira de 1988 prestigiou os instrumentos de tutela jurisdicional das liberdades individuais ou coletivas e submeteu o exercício do poder estatal – como convém a uma sociedade democrática e livre – ao controle do Poder Judiciário. Inobstante estruturalmente desiguais, as relações entre o Estado e os indivíduos processam-se, no plano de nossa organização constitucional, sob o império estrito da lei. A Rule of Law, mais do que um simples legado histórico-cultural, constitui, no âmbito do sistema jurídico vigente no Brasil, pressuposto conceitual do Estado Democrático de Direito e fator de contenção do arbítrio daqueles que exercem o poder. É preciso evoluir, cada vez mais, no sentido da completa justiciabilidade da atividade estatal e fortalecer o postulado da inafastabilidade de toda e qualquer fiscalização judicial. A progressiva redução e eliminação dos círculos de imunidade do poder há de gerar, como expressivo efeito conseqüencial, a interdição de seu exercício abusivo... 2. A nova Constituição do Brasil instituiu, em favor dos indiciados em processo administrativo, a garantia do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV). O legislador constituinte consagrou, em norma fundamental, um direito do servidor público oponível ao poder estatal. A explícita constitucionalização dessa garantia de ordem jurídica, na esfera do procedimento administrativo-disciplinar, representa um fator de clara limitação dos poderes da Administração Pública e de correspondente intensificação do grau de proteção jurisdicional dispensada aos direitos dos agentes públicos (Tribunal Pleno, MS 20999, Celso Mello, unânime, publicado no **DJ** de 25 de maio de 1990, p. 04605, **RTJ**, v. 00131-03, p. 01101).

Em decorrência do princípio da legalidade administrativa, assim a afastar a cega obediência ao texto legal, mas em atenção às normas constitucionais de garantia do administrado, o colendo Superior Tribunal de Justiça reiteradamente tem decidido no sentido da injuridicidade de se condicionar o licenciamento do veículo ao pagamento da multa, sem a prévia notificação que propicie ao interessado o exercício do direito de defesa.⁷

Evidentemente, não há como se exigir do proprietário do veículo a demonstração de que foi notificado, pois a notificação da multa é providência que compete ao órgão autuante e não ao órgão que procede à vistoria.

Impossível se exigir de quem quer que seja a *prova diabólica* do direito medieval como então se considerava a prova de fato negativo, ou seja, de que o proprietário não foi cientificado da multa para começar a correr o seu prazo de defesa.⁸

Muitos poderiam pensar que a eficácia da sanção aplicada ao motorista nasceria concomitantemente com a autuação, isto é, o momento em que a Administração Pública faz constar em seus registros o ato solene de imputação do fato injurídico.

Mas a autuação por si só não obriga ao pagamento da sanção, pois diversos procedimentos ulteriores devem ser tomados, como, por exemplo, a notificação ao autuado para que exerça a defesa ou indique o real infrator, o processamento de eventual recurso, a comunicação do auto de infração para o órgão competente para expedir a certidão da dívida ativa, o ajuizamento da execução fiscal etc.

⁷ Nesse sentido, o acórdão cuja ementa foi publicada no **DJU** de 22 de outubro de 2001, p. 279, 1ª Turma, unânime, relator o Ministro Milton Luiz Pereira, no AGA 314714/SP; Agravo regimental no agravo de instrumento (2000/0060589-1): Administrativo e Processual Civil. Recurso Especial sem Admissão. Agravo de Instrumento não provido. Agravo interno. Infração de Trânsito. Multa. Correção Monetária. Necessidade de prévia notificação. Direito de Defesa. CNT, artigos 110, 115 e 194. Decreto 62.127/68 (arts. 125, 210 e 217). Súmula 127/STJ. 1. É ilegal condicionar o licenciamento à exigência do pagamento de multa imposta sem prévia notificação do infrator para defender-se em processo administrativo. 2. Precedentes jurisprudenciais. Súmula 127/STJ. 3. Agravo provido e andante provendo-se o Recurso Especial.

⁸ STJ, 2ª Turma, REsp 89116-SP, publicado no **DJU** de 30 de abril de 2001, relator o Ministro Paulo Gallotti, unânime, com a seguinte ementa: Administrativo. Renovação de licença de veículo. Condicionamento ao pagamento de multa cuja notificação do condutor foi presumida. Impossibilidade. Súmula nº 127 do STJ. 1. Em homenagem aos princípios da ampla defesa e do contraditório, deve ser inequívoco o conhecimento das notificações relativas a infrações de trânsito, não se mostrando razoável que o condutor ou proprietário do veículo tenha a obrigação de comprovar que não foi devidamente cientificado, cabendo essa demonstração aos órgãos de trânsito, estes cada vez mais aparelhados em sua estrutura funcional. 2. Recurso especial provido.

A Administração Pública, como antes reiterado, está submetida ao princípio da legalidade, que significa muito mais que a estulta observância da letra fria da lei.

Até mesmo na instância administrativa o exercício do direito de defesa do administrado, através do recurso, tem o condão de suspender o procedimento de cobrança da multa.⁹

Um dos tormentos a que estão submetidos os administrados em tal tema é saber qual o órgão jurisdicional competente para conhecer do seu pedido liminar no sentido de fazer a vistoria e obter o licenciamento do veículo independentemente do pagamento das multas. É que as multas podem ser aplicadas por órgãos federais e anotadas nos cadastros do Departamento de Trânsito, que, sendo órgão estadual, está submetido à jurisdição estadual.

Observe-se, no entanto, que o licenciamento e a vistoria constituem atos executórios a cargo das autoridades estaduais e em face delas deve ser dirigido o inconformismo do administrativo.¹⁰

⁹ **Revista do Superior Tribunal de Justiça** nº 136, p. 189, RESp 249078/MG, julgado em 20 de junho de 2000, 2ª Turma, relator o Ministro Franciulli Netto, com a seguinte ementa: “Recurso Especial. Administrativo. Certificado de registro e licenciamento de veículo. Multa discutida em recurso administrativo. Violação aos arts. 128, 131, § 2º, 285, § 1º e 286, da Lei nº 9.503/97. Não há exigibilidade da multa de trânsito na pendência de recurso, o que impede seja seu pagamento demandado pela administração pública para a renovação da licença. O direito de defesa, de acordo com as disposições do artigo 286, do CTB, não se restringe apenas à ‘notificação para se defender’. O expresso mandamento do § 1º, do artigo 285, da Lei nº 9.503/97, de que ‘o recurso não terá efeito suspensivo’, não se refere à penalidade de multa, mas apenas refere-se às demais penalidades. Recurso especial não conhecido. Decisão unânime”.

¹⁰ STJ, 1ª Seção, Conflito de Competência 29478-SP, Ministro José Delgado, unânime, DJU de 09 de outubro de 2000, p. 118, com a seguinte ementa: “Conflito de competência. Mandado de Segurança. Licenciamento de veículo. Pagamento prévio de multa de trânsito. Súmula nº 150/STJ. Competência da Justiça Comum Estadual. 1. Conflito de competência entre os Juízos Federal e de Direito, em ação mandamental impetrada contra o impedimento ao licenciamento de veículo sem o prévio pagamento das multas de trânsito. 2. Não obstante conste da inicial do *writ*, como autoridade coatora, o Comandante da Polícia Rodoviária Federal do Estado de São Paulo, autoridade com foro na Justiça Federal, o ato coator noticiado não é a ela imputado e não está em sua esfera de competência. 3. A irrisignação da impetrante é, apenas, contra um ato, *id est*, o impedimento ao licenciamento do seu veículo sem o prévio pagamento das multas de trânsito, ato esse da competência do Delegado de Polícia Diretor da 23ª Circunscrição Estadual de Trânsito de Santo André, autoridade estadual sujeita à jurisdição de uma das Varas Cíveis da Justiça Estadual da Comarca de Santo André - SP. 4. Aplicação da Súmula nº 150/STJ: ‘Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas’. 5. Conflito conhecido para se declarar competente o Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de Santo André – SP”.

4. O CARÁTER PESSOAL DA MULTA DE TRÂNSITO

Não se pense que as disposições dos arts. 128 e 131 do Código de Trânsito Brasileiro tenham o condão de transformar a obrigação de pagamento das multas de trânsito em obrigações reais ou *propter rem*, que são aquelas obrigações decorrentes da propriedade da coisa, como, por exemplo, as cotas condominiais e os impostos reais como o imposto predial.

A obrigação decorrente da multa constitui sanção administrativa ao condutor e não sanção ao veículo (mesmo porque coisas não são sujeitos de direitos e de deveres), e tanto é assim que a legislação admite a separação da responsabilidade entre o proprietário e o condutor, como se vê nos parágrafos do art. 257:¹¹ do proprietário é a responsabilidade pelas infrações atinentes à regularização do veículo; do condutor, a responsabilidade pelas infrações decorrentes de atos praticados na direção do veículo. Se foi o proprietário que recebeu a notificação de autuação por ato que não cometeu, tem ele o prazo de 15 dias para indicar o real infrator.¹²

Deve o intérprete distinguir entre a previsão legal da multa (em normas genéricas e abstratas através das disposições próprias do Código de Trânsito Brasileiro) e a aplicação administrativa da sanção, através da atividade administrativa.¹³

Somente seria o proprietário solidário com o condutor quanto à responsabilidade pela multa se houvesse expressa previsão legal neste sentido,

¹¹ *Vide* nota 4.

¹² Dispõe o § 7º do art. 257: “Não sendo imediata a identificação do infrator, o proprietário do veículo terá quinze dias de prazo, após a notificação da autuação, para apresentá-lo, na forma em que dispuser o CONTRAN, ao fim do qual, não o fazendo, será considerado responsável pela infração”. Observe-se que a responsabilidade do proprietário, em tal caso, tem nítido caráter subsidiário e por fonte o seu dever de guarda do veículo, então se presumindo, em sua omissão na indicação do real infrator, que tenha sido ele mesmo o condutor do veículo no momento da infração.

¹³ “ADIn: ato normativo: caracterização. Lei que declara canceladas todas as multas relacionadas a determinados tipos de veículos, em certo período de tempo, é ato normativo geral, susceptível de controle abstrato de sua constitucionalidade: a determinabilidade dos destinatários da norma não se confunde com a sua individualização, que, esta sim, poderia convertê-lo em ato de efeitos concretos, embora plúrimos. II. Infrações de trânsito: anistia por lei estadual: alegação plausível de usurpação da competência legislativa privativa da União para legislar sobre trânsito, uma vez que, da competência privativa para definir as respectivas infrações, decorre o poder de anistiá-las ou perdôá-las, o qual não se confunde com o da anulação administrativa de penalidades irregularmente impostas” (STF, Pleno, ADIMC 2137 – RJ, relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 12.05.2000, p. 00019).

pois o princípio geral é o de que a solidariedade não se presume e tem a sua fonte na lei ou no contrato (Código Civil, art. 896).¹⁴

Aliás, sequer poderia haver lei criando a solidariedade pelas sanções.

A Constituição de 1988, art. 5º, incisos XLV e XLVI, prevê expressamente o princípio da individualização da pena, que tem aplicação não só no campo penal mas também em qualquer momento em que pretenda o Poder Público sancionar o indivíduo, impondo-lhe reprimenda por alguma infração.

A sanção à infração penal ou administrativa submete-se ao princípio da sua individualização, sendo defeso ao Poder Público estabelecer em suas leis a solidariedade passiva na responsabilização pelas sanções que aplicar aos indivíduos.

A pessoa somente pode responder pelos seus próprios atos, na medida da sua conduta, pois tal decorre do padrão individualista que a sociedade brasileira adotou pelos fundamentos constantes da Constituição de 1988.

Se, por acaso, houvesse até mesmo previsão legal de pena que não guarde relação com a conduta, tal excesso pode e deve ser corrigido pelo aplicador judicial ou administrativo da norma constitucional.

Assim, no Estado Democrático de Direito, o princípio da individualização da pena, posto como garantia fundamental inclusive em declarações internacionais, não se restringe aos campos da sanção penal, mas a todas as sanções, inclusive administrativas.¹⁵

¹⁴ Nesse sentido, Jose Donizetti Franco, magistrado e professor de Direito Constitucional em Varginha – MG, em artigo no Jornal *Síntese* nº 35, janeiro de 2000, p. 10, destacando: “É que, mesmo nos casos em que a legislação permite aquele tipo de solidariedade passiva – como é o dos arts. 133 e 134 do Código Tributário Nacional – ela só é possível quando se refira a produtos propriamente ditos. *Nunca em relação a obrigações outras, de natureza sancionatória, como são as multas administrativas em geral.* Valendo notar que nos casos gerais de solidariedade passiva, estando previstos no art. 134 daquele Código, há expressa referência em seu parágrafo único no sentido de que ela – solidariedade passiva – ‘em matéria de penalidades’ só é admitida para as de caráter moratório. Vale dizer que a solidariedade passiva, para acontecer, além de referir-se a tributos, inicialmente, e de estar expressamente prevista pela lei, não é admitida para as penalidades, a não ser as que se refiram à moratória, no resgate da obrigação principal, dentre outras exigências. Aqui, cada infrator responde pelo seu erro ou ato, não se transferindo responsabilidades senão para os seus sucessores senão na medida da força de sua herança. E, *mutatis mutandis*, a expressão do princípio da individualização penal, referido no art. 5º, XLVI, da CF/88, a dizer que ‘a lei regulará a individualização da pena’...”

¹⁵ Tribunal de Justiça de Santa Catarina, MS 96.008942-0, Capital, relator o Desembargador Amaral e Silva, afirmando que “não tendo cometido qualquer infração, o novo proprietário não responde pelas multas impostas ao antigo dono do veículo. É ilegal recusar licenciamento, exigindo multa do proprietário que não foi notificado”.

Constitui atentado à Constituição exigir que terceiro se responsabilize pelas sanções que se impõe a outrem.

5. O EXECUTIVO FISCAL COMO A VIA ADEQUADA PARA A COBRANÇA FORÇADA DA MULTA DE TRÂNSITO

A ordem jurídica extraiu da Administração Pública o poder de auto-executar as suas decisões em momentos mais críticos de ameaça às liberdades individuais – como na desapropriação forçada, na execução da dívida ativa e outros –, obrigando o administrador a se dirigir ao Poder Judiciário em relação processual em que o administrado possa, finalmente, ser tratado em condições de igualdade, atendido o princípio do devido processo de Lei, pois “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (Constituição, art. 5º, LV).

É justamente o caso da cobrança forçada das multas de trânsito, que, como os demais créditos da Fazenda Pública, deverá ser feita através da execução forçada prevista na Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, que dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública.¹⁶

O exercício da garantia do *due process of Law* impede a executividade da multa de trânsito; tal execução somente pode se realizar através dos procedimentos administrativos e judiciais previstos na Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, quanto à cobrança da Dívida Ativa.

Vejam-se trechos de conhecido e precioso artigo do Procurador de Justiça e Professor da Universidade Estácio de Sá, Doutor Kleber Couto, sob o título “A Ilegalidade do Condicionamento da Concessão da Licença Anual ao Pagamento das Multas Pendentes pelo Detran”,¹⁷ de onde são extraídos os seguintes trechos:

“A IMPOSSIBILIDADE DE SE CONDICIONAR O PAGAMENTO DAS MULTAS À CONCESSÃO DA VISTORIA E OUTROS PROCEDIMENTOS BUROCRÁTICOS

¹⁶ Em face do disposto nos arts. 1º e 2º da mencionada lei, qualquer valor cuja cobrança seja atribuída por lei às pessoas políticas e suas autarquias será considerado dívida ativa da Fazenda Pública, que compreende a dívida tributária e a não-tributária (como a multa de trânsito).

¹⁷ O texto completo encontra-se no sítio www.nagib.net/variedades.

A tradição do Estado forte e absoluto, desrespeitador dos direitos e garantias individuais e coletivas, ainda se faz sentir nos dias de hoje em nosso País. Há, por incrível que pareça, alguns juristas que procuram explicar e justificar o condicionamento da concessão da Licença Anual de Veículos ao pagamento dos tributos, taxas e multas que pesem sobre o veículo. Segundo esses, seria esta a única maneira que o Estado dispõe de receber o que lhe é devido neste campo da dívida ativa.

Entretanto, como bem nos lembra José da Silva Pacheco, citando Pontes de Miranda (6), '... De modo nenhum se anui em que o Estado pratique, por si, o ato de adiantamento da execução. O Estado, como administrador, não penhora; penhora o juiz, como órgão do Estado, a pedido do Estado-administrador'.

Prossegue o autor em sua obra invocando as lições de Seabra Fagundes, asseverando que a ação executiva fiscal era considerada um privilégio da Fazenda Pública, entretanto, 'ela tende a deixar de ser um privilégio do Erário, para se converter em remédio de amparo do indivíduo, contra os excessos e erros tributários da autoridade administrativa'.

O jurista segue em suas lições ao afirmar que não se permite à autoridade o bloqueio ou a suspensão das atividades profissionais do contribuinte faltoso. 'A Súmula 527 do S.T.F. anuncia não ser lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça as suas atividades profissionais.' A Súmula 323, por sua vez, é enfática ao afirmar que a apreensão ou retenção de mercadoria como meio coercitivo de cobrança de débito é inadmissível.

Ora, em primeiro lugar, o Certificado de Licenciamento Anual é documento de necessário porte pelo condutor do auto. Em segundo lugar, o fato de não o portar, enseja na retenção do veículo. Em terceiro lugar, para obtê-lo, tem o seu proprietário de quitar todos os impostos e multas, mesmo aqueles que não são de sua responsabilidade pessoal. Assim, não faz outra coisa o Estado, a não ser impedir que o proprietário do auto utilize-o sem antes quitar os débitos com a Fazenda - destaque-se - sem qualquer crivo do contraditório, necessariamente existente na ação de execução fiscal.

Deste modo, podemos claramente concluir que sem o devido processo legal o Estado impõe aos proprietários de veículos restrição ao direito líquido e certo de usar, gozar e dispor de seus bens. Tal conduta, de flagrante ilegalidade, encontra remédio no instrumento garantidor do mandado de segurança.

Poderia ser argumentado que, ao ser notificado do auto de infração, o proprietário teria o necessário prazo para recorrer e, com tal recurso, ser-lhe garantido o princípio da ampla defesa e do devido processo legal.

A argumentação é totalmente desprovida de fundamento. Em primeiro lugar, um eventual recurso é interposto para a própria estrutura do beneficiário da multa, ou seja, para as chamadas JARIS, o que - por si só - subtrai qualquer possibilidade de imparcialidade no julgamento administrativo. Em segundo, somente determinados instrumentos registram a infração com total comprovação da placa do veículo mediante foto. Em terceiro, mesmo estes instrumentos podem ser enganados pelo fenômeno da clonagem, muito comum na cidade. Destarte, no âmbito administrativo, o princípio da ampla defesa não estaria garantido.

Mas, somente por força de argumentação, vamos até admitir a correção desse entendimento, o que aliás tem sido admitido pelo próprio S.T.J., que já o sumulou (vide Súmula 167 do S.T.J.). Para nossa Corte Suprema: 'É ilegal condicionar a renovação da licença de veículo ao pagamento de multa da qual o infrator não foi notificado'. Desta forma, é incabível a recusa do documento anual - ou condicioná-lo ao pagamento de débitos - quando não há comprovação das respectivas notificações para a ciência do proprietário do auto. Mesmo admitindo o acerto desse entendimento, não podemos esquecer de que se trata da chamada prova negativa, ou seja, caberá ao órgão estatal provar que a notificação foi devidamente realizada. Deste modo, basta a simples afirmação do não-recebimento da notificação por parte do proprietário do veículo. Daí o inteiro sucesso das pretensões daqueles que impetram o mandado de segurança pretendendo realizar a vistoria anual e obter o Certificado de Licença Anual. Na realidade, os órgãos oficiais não notificam os proprietários nos trinta dias exigidos pelo art. 281 do C.T.B. Quando o fazem,

além de ser fora do prazo legal, não remetem a notificação com os cuidados exigidos em lei.

No que se refere à apreensão de veículos estacionados em local proibido, ou mesmo à retenção de ‘vans’ e outros utilitários que fazem transporte de passageiros sem a devida autorização, ou ainda, o mesmo condicionamento para a transferência de propriedade do automóvel, o caminho é semelhante, entretanto, isto é uma outra estória...

CONCLUSÃO

Assim, podemos facilmente concluir - inclusive com fundamento nas Súmulas 323 e 527 do S.T.F., e 167 do S.T.J. - que o órgão estatal não pode condicionar a realização da vistoria anual e posterior entrega do respectivo Certificado de Licença Anual ao pagamento de tributos e multas. Tal conduta dá auto-executoriedade à dívida ativa do Estado e lesa o princípio constitucional segundo o qual ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Tal lesão encontra remédio no instrumento do mandado de segurança.”

O fato de se admitirem efeitos definitivos da incidência de multas administrativas – como, no caso, a obrigatoriedade do pagamento para a realização da vistoria veicular – conduziria também à exclusão do controle judicial, assim a atentar para o princípio que se extrai do disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição.

6. A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

Não se está aqui a proclamar a inconstitucionalidade das disposições do Código de Trânsito Brasileiro, o que exigiria, para os tribunais, a incidência dos procedimentos garantidores do princípio da reserva de plenário a que se referem o art. 97 da Constituição e os arts. 480 e 481 do Código de Processo Civil.

O que se pretende é fazer prevalecer a Constituição no que diz respeito às garantias constitucionais, assim temperando a exegese dos dispositivos legais.

Somente em casos extremos, acima de qualquer dúvida razoável (*beyond all reasonable doubt*), é que se deve proclamar a inconstitucionalidade de ato normativo do Poder Público, como decorre da tradição

estadunidense que Rui Barbosa aqui introduziu desde a República Velha.

Basta, no caso, que se confira às disposições do Código Brasileiro de Trânsito a denominada interpretação conforme a Constituição.

Sobre o tema, ouça-se o notável mestre Paulo Bonavides:¹⁸

“Em rigor, não se trata de um princípio da interpretação da Constituição, mas de um princípio de interpretação da lei ordinária de acordo com a Constituição.

Método especial de interpretação, floresceu basicamente durante os últimos tempos à sombra dos arestos da Corte Constitucional de Karlsruhe, na Alemanha, que o perfilhou decididamente, sem embargo das contradições de sua jurisprudência a esse respeito.

A Verfassungskonforme Auslegung, consoante decorre da explicitação feita por aquele Tribunal, significa na essência que nenhuma lei será declarada inconstitucional quando comportar uma interpretação ‘em harmonia com a Constituição’, e, ao ser assim interpretada, conservar seu sentido ou significado.

Uma norma pode admitir várias interpretações. Destas, algumas conduzem ao reconhecimento da inconstitucionalidade, outras, porém, consentem tomá-la por compatível com a Constituição. O intérprete, adotando o método ora proposto, há de inclinar-se por esta última saída ou via de solução. A norma, interpretada conforme a Constituição, será portanto considerada constitucional. Evita-se por esse caminho a anulação da lei em razão de normas dúbias nela contidas, desde naturalmente que haja a possibilidade de compatibilizá-las com a Constituição.”

A Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, dispõe sobre o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal:¹⁹

¹⁸ Paulo Bonavides, **Curso de Direito Constitucional**, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 1996, p. 474.

¹⁹ Sobre a mencionada lei, há ação direta de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, em que não se concedeu liminar, para o que, no entanto, não se vislumbra plausibilidade, pois mesmo antes da edição da mencionada lei a adoção da interpretação conforme a Constituição já era praxe no Excelso Pretório.

“Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública Federal, estadual e municipal.”

De um dispositivo pode-se extrair diversas normas.

Por exemplo, do disposto no art. 5º, LVI (“são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios *ilícitos*”) extraem-se as seguintes normas:

- não se admite, no processo judicial ou administrativo, provas que tenham sido obtidas por meios ilícitos;
- são admitidos no processo todos os meios de prova desde que tenham sido obtidas por meios lícitos;
- a se admitir no processo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, estão revogadas, a contar de 5 de outubro de 1988, todas as disposições infraconstitucionais que imponham efeitos legais de prova, como, por exemplo, o que está no art. 348 do Código Civil (“ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro”),²⁰ ou a revelia do art. 319 do Código de

²⁰ TJ-RJ, 13ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 2000.002.14228, julgado em 22/03/2001, Relator Nagib Slaibi Filho, unânime, com a seguinte ementa: “Direito Civil. Ação de investigação de paternidade. Exame de DNA comprovando a paternidade. Pedido incidental de alimentos. Mostra-se compatível com a ordem jurídica a concessão de alimentos provisórios em ação de investigação de paternidade em que o exame de DNA indica altíssima probabilidade do sucesso da demanda. Decorre a plausibilidade do alegado direito do exame do DNA a constatar a paternidade, mesmo porque não há de se condenar o alimentado a aguardar o incerto dia do trânsito em julgado. Provimento do recurso”. Consta do voto do relator: “Aqueles que adotam a vertente em contrário sentem-se ainda impressionados pela interpretação literal do disposto no art. 348 do Código Civil: ‘Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro’. É certo que ainda não consta no registro de nascimento do investigante, como seu genitor, o ora investigado. No entanto, realizou-se exame de DNA a indicar uma probabilidade de 99,99998% a favor do agravado ser o pai biológico do agravante. O princípio da verdade real como reitor do processo, como se extrai do disposto no art. 5º, LVI, da Carta de 1988 – são admissíveis no processo todos os meios lícitos de prova –, tem o condão de

Processo Civil, ou a limitação de prova testemunhal do art. 401, também do Código de Processo Civil.

Se ao menos uma das normas que se pode extrair do dispositivo infraconstitucional se mostra compatível com a Constituição, o intérprete deve se abster de proclamar a inconstitucionalidade (afirme-se, novamente: a declaração de inconstitucionalidade é uma exceção, é a última providência, que o juiz somente pode incorrer se nenhuma outra alternativa restar!), declarando, no entanto, em que sentido extrai a norma, assim resolvendo o caso em julgamento.

É justamente uma *interpretação conforme a Constituição* que se deve emprestar aos textos do Código de Trânsito Brasileiro que exigem o prévio pagamento de multas, impostos e demais encargos incidentes sobre o veículo para que se proceda à vistoria e ao licenciamento do veículo.

Tal interpretação conforme a Constituição conduz a se entender que não pode a Autoridade Administrativa condicionar a vistoria para o licenciamento anual do veículo ao prévio pagamento das multas, impostos e demais encargos incidentes sobre o veículo, pois a sede adequada para a cobrança é o Poder Judiciário através da execução da dívida ativa, aí não incidindo a autotutela administrativa.

Por outro lado, vê-se claramente ilegal – posto que desamparada de previsão pelo Código de Trânsito Brasileiro – a Resolução CONTRAN nº 108, de 21 de dezembro de 1999, ao bradar que “o proprietário do veículo será sempre responsável pelo pagamento da penalidade da multa, independente da infração cometida, até mesmo quando o condutor for indicado como condutor-infrator nos termos da lei”.

7. CONCLUSÃO

O trânsito, em condições de segurança, constitui direito subjetivo do cidadão, com fonte na norma constitucional que assegura o direito de locomoção.

impregnar, mediante a denominada interpretação conforme a Constituição, todas as normas infraconstitucionais, não se podendo, assim, bloquear a prestação de alimentos, no caso, pelo fundamento, que se verifica insuficiente, de que ainda não se inscreveu no registro civil a paternidade ora investigada. Decorre a plausibilidade do alegado direito do exame do DNA a constatar a paternidade, mesmo porque não há de se condenar o alimentado a aguardar o incerto dia do trânsito em julgado”.

Sua fonte constitucional exige que as disposições do Código de Trânsito Brasileiro mereçam interpretação muito além do mero significado literal, exigindo que a apreensão do significado de seus comandos leve em conta não só o sistema de dimensão nacional que implantou, como também as normas constitucionais que limitam a atividade do Poder Público.

Assim, o trânsito constitui direito individual e não mero benefício concedido pela burocracia estatal, incumbindo aos órgãos públicos o dever de garantir o seu exercício.

O Sistema Nacional de Trânsito não se esgota nos órgãos públicos das diversas esferas governamentais, pois compreende as entidades privadas e os demais agentes do Poder, inclusive os tribunais onde os cidadãos buscam o atendimento da promessa que se extrai do disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição.

Os órgãos de trânsito, ao pretenderem cumprir o princípio da legalidade referido no art. 37, *caput*, da Carta da República, também estão vinculados aos demais comandos constitucionais, principalmente o conjunto de princípios que se denominou de *due process of Law*, postos como garantias fundamentais no Título II da Lei Maior.

Nessa dimensão democrática, o princípio da legalidade administrativa não tolera que fique restrito ao mero significado literal das expressões legislativas, pois a interpretação que se empresta aos comandos infra-constitucionais deve levar em conta os valores e princípios da Lei Maior.

Sanção ao infrator das normas de trânsito, a multa administrativa também se submete ao princípio da individualização da pena decorrente do fundamento individualista e liberal adotado pela sociedade brasileira através da Constituição de 1988, descabendo, destarte, a imposição a terceiro da responsabilidade pela multa imposta a outrem.

A Resolução nº 108, de 21 de dezembro de 1999, do Conselho Nacional de Trânsito, ao impor ao proprietário a responsabilidade pelo pagamento da multa de trânsito, independente da infração cometida, e até mesmo quando o condutor foi indicado como o infrator, extrapola os limites da regulamentação decorrentes da Lei nº 9.503, que institui o Código Brasileiro de Trânsito, cujo art. 257 prevê a distinção das responsabilidades do condutor, do proprietário do veículo, do embarcador e do transportador. Tal ato administrativo normativo, exorbitando do poder regulamentar, não confere eficácia aos seus comandos, principalmente quando posto em contraste perante os tribunais, estes no cumprimento do dever constitucional

de anteparo contra as ilegalidades.

As disposições do Código de Trânsito Brasileiro que condicionam a vistoria, como pressuposto para o licenciamento anual do veículo, ao pagamento prévio dos tributos, multas e demais encargos vinculados ao veículo, merecem interpretação muito além do método literal ou gramatical, devendo as normas dali decorrentes serem apreendidas levando em conta as garantias constitucionais dos administrados, em interpretação conforme a Constituição.

Excepcionando o princípio da auto-executoriedade que a ordem jurídica confere aos órgãos estatais quanto ao cumprimento de seus atos, as multas administrativas, inclusive as decorrentes do trânsito, não suportam a cobrança forçada pela Administração Pública, devendo esta se dirigir ao Poder Judiciário, através do processo de execução da Dívida Ativa, previsto na Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, para expropriar do cidadão os valores respectivos em processo que atenda as garantias constitucionais.

Os direitos fundamentais, assegurados pela Constituição a todos os brasileiros, incluindo as garantias dos indivíduos no processo judicial e administrativo, não podem ser afastados por normas infraconstitucionais, ainda que estas veiculem comandos sobre tema tão relevante para a cidadania como o direito de trânsito. ◆

FUNÇÃO CRIADORA DA JURISPRUDÊNCIA

MARTINHO GARCEZ NETO

Desembargador aposentado TJ/RJ. Professor da EMERJ

A função criadora da jurisprudência é uma conquista dos tempos modernos e um postulado indestrutível do progresso jurídico. Durante muito tempo, entretanto, vigorou o feiticismo legal, o culto exagerado da norma concreta, em sua mera exterioridade verbal, como se o seu frágil invólucro encerrasse todo o direito. Empolgados pela sistematização da escola exegética, os juristas do século XIX consideravam o direito como uma ciência meramente dedutiva e interpretativa da vontade do legislador – *voluntas legislatoris* e, não *voluntas legis*. A norma legal, sob a égide desse romantismo jurídico, era tudo ou quase tudo para os teóricos do método de interpretação. Não vacilaram os vexilários de tão estranha religião em comparar o jurista ao geômetra, a exemplo de LIARD, para quem a educação jurídica era puramente dialética, e que, reduzindo o direito à lei escrita, sustentava que os artigos de um Código são apenas teoremas, de que se trata de demonstrar a ligação e tirar as últimas conseqüências. Viveu, assim, longo e sombrio período, de trevas e cegueira, em que todos alimentassem a ilusão de que o legislador é o criador de todo direito, para de onde derivou outro erro ou ilusão ainda maior, qual a de que o juiz deve tirar todo o direito compreendido na lei, em cega obediência ao seu mandamento. E, por isso, em 1810, o velho PROUDHON se permitia proibir aos juízes de caluniar a lei, ou transformá-la naquele odre vazio, no dizer incisivo de GENY, que cada um enche a seu talante. Inapercebidos, ainda, da ação inovadora e fecunda da prática judicial, e, desatentos, “*malgré tout*” a essa colaboradora constante e inevitável do juiz, que ajusta a norma objetiva ao caso concreto, os turiferários da visão exegética do direito, receosos de verem o aplicador da regra jurídica invadir a competência do legislador e esbulhá-lo de suas atribuições, negando a lei, sob a desculpa de lhe dar fiel cumprimento, não se mostravam ainda muito distanciados dos profetas da Revolução, que, à semelhança de ROBESPIERRE, anunciavam que para

um Estado que tem uma legislação, a jurisprudência dos Tribunais não é senão a própria lei. Repelindo, mesmo, qualquer contribuição do juiz, por menor que fosse, para que não vingasse sequer a idéia subversiva de um *legislador suplente*, os adeptos da Escola tradicional não recuaram diante mesmo de um extremado e inócuo subjetivismo, caracterizado numa vã procura da vontade do legislador, como se a lei não fosse mais sábia do que o seu próprio autor, e como se “a lei feita pelo juiz” não apresentasse também um caráter eminentemente científico. Esquecidos de que o direito se renova constantemente, num movimento de sinergia com a evolução dos tempos, com o ritmo do progresso e com as transformações incessantes da vida social, esses critérios racionais revelavam a sua crença pueril na imutabilidade dos Códigos, como um novo *Napoleão*, que exclamasse, ante os comentários e interpretações dos textos legais: “O meu Código está perdido!”. Preocupados com a concepção que forjavam do direito, como uma *ciência exata ou precisa*, esqueciam-se de que ele, é, antes de tudo, como o qualificou NAST, *uma ciência da vida*.

Natural é que vissem, no juiz, como aconteceu com MONTESQUIEU, apenas e simplesmente a boca que pronuncia as palavras da lei, sem tentar moderar-lhes a força, nem o vigor. Reduziam, então, o intérprete e aplicador oficial da norma legal a um ser monstruoso, sem alma, nem coração, praticamente, sem inteligência e sem sentimento, petrificado em “ente inanimado”, como se o juiz não fosse, como demonstrou CRUET, na realidade, “a alma do progresso jurídico, o artífice laborioso do direito novo, que investe contra as fórmulas caducas do direito tradicional”.

Aliás, o grande erro da Escola exegetica ou do método tradicional de interpretação foi olvidar a *influência natural da lei*, a que se refere COSTE-FLORET, abordando os “Problemas Fundamentais do Direito”; não só porque a lei não pode tudo prever e contenta-se em estabelecer um princípio geral, sem pretender aplicá-lo à infinita variedade dos casos particulares, que é tarefa de interpretação, e, pois, dos Tribunais; como, ainda, porque a lei não acompanha a evolução dos fatos e torna-se incapaz de atender as novas necessidades, surgem com as incessantes evoluções sociais, econômicas e morais, e que somente o trabalho engenhoso de acomodação da jurisprudência é capaz de atender. Mesmo aqueles que mais perto da nossa época, repetem, embora em outros termos, a afirmação de MONTESQUIEU, como faz MARSHALL, no caso *Osborne versus Bank of United States*,

asseverando que o poder judicial nunca é exercido com o propósito de dar efeito à vontade do Juiz, mas, sim, o propósito de dar efeito à vontade da lei, mesmo estes se encarregam de contrariar o *ideal* ou *padrão* de que se fizeram paladinos. A própria carreira de MARSHALL, como observou o notável BENJAMIN CARDOSO, foi sempre um desmentido prático, uma refutação objetiva da teoria que ele advogava. Um homem que encheu a sua época e que foi sempre um ferrenho adversário dos despotismos, sem temer a instituição de um novo despotismo, o do judiciário, dúvida que poderia insinuar-se no espírito dos mais tímidos, afirmou perante o Congresso dos Estados Unidos, esta verdade resplandecente: “Os principais legisladores do nosso país devem ser, e freqüentemente o são, os Juizes, porque eles são o último assento da autoridade. Cada vez que interpretam contratos, direitos da propriedade, direitos adquiridos, o processo legal competente, as liberdades, eles, necessariamente, dão força de lei a partes de um sistema de filosofia social, e, como tal interpretação é fundamental, eles é que dirigem toda legislação.

As decisões dos tribunais sobre questões econômicas e sociais dependem da sua filosofia econômica e social; e nós devemos em grande parte o progresso pacífico do nosso povo, durante o século vinte, àqueles Juizes que se apoiaram numa filosofia econômica e social do século XX e não numa filosofia cujo desenvolvimento vem de longe e que foi produto de condições econômicas primitivas.

O que é, realmente, a norma legal, a regra jurídica, do direito positivo, antes de fecundada pela interpretação judicial e de sua adequação ao caso concreto? E como poderá o juiz evitar que, ao lhe dar a verdadeira inteligência, ao aplicá-la, guardando a maior fidelidade ao texto ou à sua aparente significação, que essa interpretação ou aplicação não reflita as próprias aspirações, convicções e filosofias do Juiz, ou, quando consiga vencê-las, não sofra a influência das aspirações, convicções e filosofias dos homens e mulheres do seu tempo, como se o magistrado vivesse dissociado do meio e do tempo, enclausurado numa torre de marfim?

Focalizando os *moderni Problemi del Diritto*, o Professor LUIZ FERRARA, da Universidade de Nápoles, embora combata a tendência *modernista* inaceitável, da livre criação do direito, mostra-se adepto fervoroso da tendência *moderna*, louvadíssima, da interpretação *evolutiva* do direito, que reconhece justificar a obra inovadora da jurisprudência, na interpretação do direito positivo. Ao ver de FERRARA, a redação legislativa caracte-

riza-se por uma certa *permeabilidade*, que permite dar conteúdo novo à fórmula caduca: toda a antiga tortura silogística, árida e exasperante, sobre a exterioridade formal dos textos legais, foi ultrapassada. A aplicação quase geométrica dos critérios não corresponde à dútil flexibilidade de adaptação da norma abstrata às concretas exigências da realidade das relações: o direito passou a ser considerado como reflexo íntimo e trabalhoso das necessidades da vida prática.

Eis porque o Juiz moderno não é mais aquele *parvenu* do modelo arcaico, mas *um homem do povo*, que vive em contato íntimo com as realidades circunstantes, substanciais, da vida, sentindo as solicitações do meio e da época, reagindo aos conflitos individuais ou às lutas sociais, com as suas idéias, convicções e filosofias, cuja influência não ficará indene a interpretação ou aplicação da norma, na composição dos mesmos conflitos e na pacificação social que é o último *rateio do direito*.

O reconhecimento de que o método tradicional reduzia-se a uma ficção estéril, que se assentava em bases artificiais, vinculadas ao culto do texto, a sua “grande tara”, no expressivo dizer de GENY, trouxe como conseqüência fatal, inexorável, a intervenção ativa da jurisprudência, elaboração ou criação do direito. Reconhecido ser impossível para a lei de ter a marcha evolutiva do Direito, a solução não podia ser senão esta, já expressa na fórmula incisiva de SALEILLES, “ir além do Código, mas salvar o Código”. E esse papel que GENY confiava à *livre investigação científica*, os juristas da época atual o entregam aos Juizes, ou, em outras palavras, à *jurisprudência dos Tribunais*.

Esse papel ativo do Juiz, na elaboração do Direito Novo, não descamba, entretanto, para o arbítrio, nem a tarefa que lhe é confiada, com aquela finalidade, não autoriza a aceitação de um *direito livre*, como o concebia KANTOROWICZ, pois a sua admissão conduziria à anarquia mais completa, em que os direitos e liberdades, privados ou públicos, jamais estariam a salvo de lesões irreparáveis. Apenas a deixou de ser expressão definitiva e racional do direito um princípio absoluto que a realidade não pode, de modo algum, contrariar, perdendo interesse o estudo exclusivo da letra da lei, ou dos Códigos, artigo por artigo, porque, na atualidade, reconheceu-se CARBONE, muitas vezes é impossível, de maneira absoluta, impedir que a jurisprudência assuma a função criadora. “Desapareceram os moldes rígidos e imutáveis, que, em verdade, amortalhavam o direito”. Afinal, permitiu-se que a jurisprudência seja considerada como a mais moderna fonte do direito, ao lado da doutrina, e, até, merecendo preferência sobre esta, de juristas

do vulto de PLANIOL, RIPERT, JOSSERAND e ESMEN. Este último, via uma lei *real e positiva* na jurisprudência, na qual fazia repousar todo movimento jurídico contemporâneo, do Direito Civil. E não faltava razão a CAPITANT quando, focalizando o papel relevante da jurisprudência, para ele, verdadeiro Direito costumeiro moderno, em estado latente, às vezes só fragmentariamente percebido, outras, ignorado, reconhecia como uma das principais funções do jurista, na hora presente, interpretar o Direito Jurisprudencial, que no dizer pitoresco do civilista gaulês “completa, enriquece, modifica e reclama de vegetação nova o Direito escrito, consubstanciado nos textos legais”.

Mesmo o antagonismo que, a princípio, pareceu existir entre a doutrina e a jurisprudência desapareceu, pois, o que se observa é que a doutrina tomou a seu cargo justificar as soluções definitivamente admitidas pela jurisprudência. Deu-se, afinal, a reconciliação entre a “Ecole” e o “Palais”, ou, em outras palavras, reconciliação entre os teóricos e os práticos, desde que removido foi o grave divórcio que cindia o estudo e a aplicação do Direito. Este, será um só, quer se o ensine nas Faculdades, quer se o pratique nos Pretórios.

Compreendeu-se, finalmente, a vantagem de se salvarem os velhos Códigos, com as modificações ou suplementações introduzidas pelas chamadas Leis Extravagantes, reservando-se à jurisprudência, esclarecida pela doutrina, e, por vezes, nela inspirada, a tarefa de considerar o conteúdo dos textos, e reparar as brechas do edifício, até que a obra revisionista se imponha inadiavelmente, como pensam CAPITANT, ROGUIN e LAMBERT.

A jurisprudência teve, finalmente, a reparação que merecia, e foi reconduzida ao lugar que realmente exerce como força ou elemento renovador do Direito. E pode-se afirmar, sem exagero, nas pegadas de BRUNO DUCATI, que ela assumiu posição capital na ciência do Direito, como instrumento principal, que realmente é, da reforma legislativa, cujo advento prepara e anuncia. E se o juiz ainda deve ficar escravo do texto em matéria de leis construtivas, como pois pensa DE PAGE, já a sua independência é total quando a interpretação versa sobre lei normativa, pois, então, a sua finalidade é satisfazer as exigências da realidade, e, para isso, é que a jurisprudência deverá desempenhar papel ativo na elaboração da regra jurídica. A revolta contra o Código não é apenas dos fatos, mas, também, do Direito, e revela através da revisão necessária dos conceitos jurídicos, sobretudo em matéria de contrato, de responsabilidade e de propriedade, que a jurisprudência prepara e por vezes consuma, de tal forma que o direito positivo atual, e

que deflue das leis novas e da jurisprudência, está muito distanciado dos principais individualistas que inspiraram a nossa codificação, exatamente como aconteceu, prioritariamente com a francesa, com a alteração de uma palavra ou linha do texto vetusto.

Ao lado do direito codificado, a lei formou - no dizer de SAVATIER - o direito fixado pela jurisprudência, com a vantagem de estar mais identificado com os fatos de que o legislador, motivo por que, as soluções dos Tribunais inspiram-se diretamente nas necessidades da vida, e são, muitas vezes, menos teóricas e mais objetivas do que as do legislador. Sem se aferrar ao critério tradicional, para o qual aplicar a lei não será senão *subsumir o caso jurídico concreto ao preceito legal, e aplicar-lhe silogisticamente*, a solução nele prevista; e sem descambar para os excessos da *Escola do Direito Livre*, que pretendeu conferir ao Juiz do século passado, uma nova doutrina, de filiação hegeliana, exposta, já, em termos definitivos por BULOW e que se desdobra até os nossos dias, sob o patrocínio de KELSEN e da chamada Escola Vienense. O primeiro autor, iria numa síntese do seu pensamento, lançar este postulado revolucionário: “não somente a lei, senão a lei e a função judicial são as que dão ao povo o seu direito”, e que permitiria, a MORTARA, afirmar que a sentença, sem importar em “novação”, constitui uma verdadeira “novidade”, de grande alcance, não apenas individual, mas, também social, pois que exerce sobre a vida do direito ação muito superior a que é comumente resumida nos chavões clássicos: atestar o direito, sancionar o direito, assistir ou socorrer o direito.

Nessa nova concepção, como observa COUTURE, a sentença é algo semelhante a uma nova lei: a lei especial do caso concreto. Finalmente, chegaria a vez de CARNELUTTI, em desdobramento genial, anotar que a lei e a sentença são mandatos distintos da ordem jurídica, mas, com a característica de que norma material só se converte em *mandato verdadeiro*, ou *completo* mediante a *sentença de accertamento*. E KELSEN e seus discípulos não têm feito senão mostrar que *aplicar* uma norma, *individualizar* uma norma, é *criar uma norma individual*. Sem dúvida, se o juiz não é máquina automática de subsumir, também não é legislador, ou criador de normas gerais: está submetido à lei e tem que a aplicar ao caso concreto. Mas, como a lei, por muita estrita que seja, dá sempre uma certa margem de liberdade, porque sempre possui uma dose de indeterminação, o Juiz, ao aplicar a norma geral, cria uma norma nova, não geral, mas individual; em todo o caso, uma norma que apresenta um *plus* ao conjunto da ordem

jurídica, que tem, frente à relação individual que regule e frente aos atos executivos, que irão converter-se em realidade, o mesmo valor autárquico de exibibilidade que possui a norma geral frente a todos os órgãos jurisdicionais encarregados de sua aplicação e frente a todos os homens que hão de ajustar sua conduta a seus preceitos.

A sentença judicial, segundo o resumo de LAGAZ Y LACAMBRA, como norma individual, não é só uma operação lógica de individualização, senão um ato de criação que implica, dentro de certos limites, “um ponto de vista sobre a justiça”, uma valorização, e, em síntese, um ato de eleição, que não é já operação lógica, senão ato criador, no sentido de que o Juiz não cria normas jurídicas de caráter geral, nem pode fazê-lo, na medida em que atua como juiz, pois, em verdade é autêntico criador do Direito, um legislador suplente, quando concretiza norma individual, quando se desata em toda plenitude a sua participação no processo dinâmico de criação da ordem jurídica.

A marca saliente da civilização jurídica contemporânea, refletida nos trabalhos marcantes de RADBRUCH, MERKL, REGUSA, BETTI MIGLIORI, COSSIO, e muitos outros, é, justamente, a que restaurou a *função criadora da Jurisprudência*.¹ ◆

¹ Literatura resumida e acessível. Lambert – **Le gouvernement des juges**, Paris, 1921; De Page – **A propos du gouvernement des juges**, Bruxellas, 1931; Roche – **Réflexions sur le pouvoir normatif de la jurisprudence**, Paris, 1963; A Maurin – **Le rôle créateur du juge**, Paris, 1938; Noel Henri – **Les Gouvernements de Fait devant le juge**, Paris 1927; F. Clemente do Diego – **La jurisprudencia como fuente del derecho**, Madrid, 1925; Mallieux - **L'Exégese des Codes**, Paris, 1908; B. N. Cardozo – **A Natureza do Processo e a Evolução do Direito** (trad. port.) 1956; A. V. Fernandez - **Funcion Creadora del juez**, Bs As, 1970; Mario Guimarães – **O Juiz e a Função Jurisdicional**, Rio, 1958; Radbruch, Schmidt e Welzel – **Derecho injusto e derecho nulo**, Madrid, 1971; F. Ferrara – **Interpretação e aplicação das leis**, trad. port. Coimbra, 1963; **Les Méthodes Juridiques** – Autores diversos, Paris, 1911; G. Ripert – **Les Forces Créatrices du**, Paris, 1955; Limongi França – Jurisprudência, “vb” no **Repertório Enc. do Dir. Bras.**, v. 30, p. 293/4 e 294/5; V. Nunes Leal – “Funções normativas dos órgãos judiciários”, *in Ver. For.*, v 117.

BREVES ANOTAÇÕES SOBRE A REPERCUSSÃO DA LEI Nº 10.259/01 NOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS ESTADUAIS*

LUIS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO

Juiz de Direito do TJ/RJ. Professor da EMERJ e do Curso de Mestrado da UNESA.

I. INTRODUÇÃO

A intensa discussão ensejada pela Lei nº 10.259/01 justifica que se pretenda contribuir para o debate, ainda que com uma rápida e superficial abordagem acerca de suas repercussões no âmbito dos Juizados Especiais Criminais Estaduais.

Antes, porém, de abordar as disposições da nova lei, impõe-se registrar, com grande pesar, que o legislador brasileiro tem sido acometido de grave *esquizofrenia legislativa*. Num dia edita uma nova lei e, no mês seguinte, edita outra com sentido diametralmente oposto. Veja-se o que sucedeu com o porte de armas. Estava lá escondido no artigo 19 da Lei das Contravenções Penais, até que concluíram que sua apenação era incapaz de reprimir sua incidência na sociedade. Então, deram-lhe toda uma lei – Lei nº 9.437/97 – disciplinando tudo sobre arma de fogo e majorando-lhe a pena. Até aí, nenhum problema, não fosse a vigência da Lei nº 10.259/01, que, segundo a discussão que abaixo vem tratada, enseja o processamento do crime de porte de arma sob a égide dos Juizados Especiais e, conseqüentemente, com as soluções penais bem mais benéficas previstas na Lei nº 9.099/95.

Situação mais inusitada sucedeu ao porte de drogas, previsto no artigo 16 da Lei nº 6.368/76. Depois de sobreviver a todas as tentativas de descriminalização, passou a submeter-se aos Juizados Especiais também por força da nova Lei nº 10.259/01, solução que realmente é a mais adequada para este tipo de infração. Ocorre que, em seguida, o legislador editou uma nova lei de entorpecentes – Lei nº 10.409/02, instituindo um rito novo para

* Palestra proferida na EMERJ no dia 1º/03/02 no Encontro de Juizes, Promotores e Delegados de Polícia para discutir sobre a Lei nº 10.259/01.

todos os crimes de tóxicos, inclusive para o porte. O mais grave ainda é que esta Lei, que é uma lei penal, sequer contém a definição de tipos penais!

Isso para não cogitar da excrescência jurídica consistente em a pena do crime de lesão corporal culposa (artigo 303 do Código Nacional de Trânsito) ser maior do que a da lesão corporal dolosa do Código Penal!

Esses são apenas três exemplos recentes da desordem legal que toma conta do País, no aspecto penal-processual penal. Tudo isso dá bem a mostra de que, infelizmente, o nosso País não tem uma política criminal mas, sim, que sofre de uma verdadeira esquizofrenia criminal.

Como nós juristas não dispomos dos meios próprios para o tratamento de tal grave patologia, só nos resta tentar contribuir para uma interpretação menos sofrível, sendo certo que todas são, nas presentes circunstâncias, sofríveis.

II. NATUREZA DO DIREITO PROCESSUAL PENAL

Antes de iniciarmos o processo interpretativo, propriamente, cumpre resgatar um dado indispensável. Qual mesmo a natureza das normas que vamos interpretar? Como os problemas penais apresentados pela recente Lei estão sendo bem absorvidos pela doutrina, chama-nos mais a atenção os problemas das novas normas processuais penais que são postos pela referida legislação.

Portanto, o nosso estudo visará às normas processuais penais, integrantes, forçosamente, do Direito Processual Penal.

Ora, o Direito Processual Penal é o ramo do Direito que sintetiza o conflito entre a segurança e a liberdade, entre o *jus puniendi* do Estado e o *jus libertatis*. É ele, portanto, que traça os limites da intervenção estatal na esfera das liberdades individuais; que regula o modo da intervenção do estado nas liberdades individuais. Por isso, sua nota essencial é de ser marcadamente restritivo da intervenção estatal.

Muito antes do garantismo, Tornaghi¹ já pontuava que “o Código de Processo Penal é o estatuto protetor dos inocentes”.

Nós sabemos que a realidade não é bem assim, pois cerca de 60 a 70% das sentenças são condenatórias. Mas o Código realmente é feito com os olhos postos nos restantes 40% a 30% dos réus que são absolvidos.

¹ *Instituições de Processo Penal*, v. 1, p. 75.

É para isso, fundamentalmente, que ele existe: para impor limites à intervenção estatal e para legitimá-la quando for absolutamente necessária.

É com esta nota essencial que seus princípios e suas normas devem ser interpretados.

III. A COMPETÊNCIA DA LEI Nº 10.259/01 E A COMPETÊNCIA DOS JUIZADOS CRIMINAIS ESTADUAIS

O assunto tem sido muito discutido e os resultados dos principais processos interpretativos podem ser resumidos nas vertentes abaixo:

a) As definições de infrações de menor potencial ofensivo, feitas pelas Leis nº 9.099 e 10.259, não se comunicam, não se relacionam, incidindo, cada uma delas, em Juizados distintos. A reforçar a tese, recolhem-se as expressões usadas nas duas leis – *para os efeitos desta lei* (art. 2º parágrafo único e 20 da Lei nº 10.259 e art. 61 da Lei nº 9.099).

b) A definição da Lei nº 10.259/01 prevalece quanto ao tempo da pena (até dois anos), mas convive com a exclusão dos crimes de procedimento especial feita pelo artigo 69 da Lei 9.099/95, por não ser incompatível com a restrição. Esse entendimento é amparado pelo art. 1º da Lei nº 10.259/01 (*no que não conflitar com esta Lei*).

c) A definição da Lei nº 10.259/01 prevalece por ser norma posterior.

As três interpretações têm bons argumentos e todas têm apoio tanto nos métodos usuais de interpretação como nas referidas leis. Mas a terceira interpretação é a única que preserva o sistema penal e processual penal.

O sistema penal e processual é construído a partir da valoração de condutas levada a efeito, prévia e abstratamente, pelo legislador. É a cominação abstrata de penas que funda o edifício do sistema punitivo, separando-se, a partir daí, as infrações mais graves, mediamente graves e as menos graves. Depende desta construção o regime mais ou menos liberal para a prisão e a liberdade provisórias, o procedimento mais ou menos singular, a pena corporal mais ou menos severa.

Já dizia Aníbal Bruno² que é em torno destes dois motivos centrais – crime e pena – que se move todo o sistema do Direito punitivo.

Daí poder-se afirmar que é de todo injustificável que dois crimes idênticos, com a mesma descrição típica e a mesma sanção, recebam tratamentos diferenciados, com soluções igualmente diferenciadas.

Só este singelo argumento se prestaria a demonstrar que não há outra interpretação possível a não ser admitir a ampliação da competência dos Juizados Criminais Estaduais, entendendo-se por derogado o artigo 61 da Lei nº 9.099/95.

Mas ao lado deste argumento de ordem sistemática, outro surge e decorre da própria Constituição. Embora a Constituição não tenha definido infração de menor potencial ofensivo e tenha delegado à lei fazê-lo, não é razoável admitir-se que a Constituição tenha permitido dois conceitos para o mesmíssimo fenômeno jurídico – o da menor ofensividade.

Ao contrário, a Constituição não cogita, em momento algum, de dois sistemas de infrações de menor potencial ofensivo, cada qual com as suas especificidades. Não, a Constituição ordenou a criação de Juizados para processarem e julgarem infrações de menor potencial ofensivo. Como se pudessem ser muitos os Juizados, mas único o conceito das infrações que lhe caberiam julgar.

A idêntico entendimento chegaram o Centro de Estudos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e a 5ª Câmara Criminal do mesmo Tribunal nos textos a seguir transcritos, respectivamente:

“1. A partir de 14-01-02, no âmbito da Justiça Estadual, em razão do estabelecido no art. 61 da Lei nº 9.099/95 e no parágrafo único do art. 2º da Lei nº 10.259/01, considerar-se-ão infrações penais de menor potencial ofensivo (CF art. 98, inciso I, e art. 5º caput) as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos (maioria).”

E:

“-Com o advento da Lei nº 10.259/01, restou ampliado o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo, por exigência da isonomia Constitucional”.(RES nº 70003736428 – 5ª Câmara Criminal – TJRS – Relator Desembargador Amilton Bueno de Carvalho – data do acórdão: 20/02/2002).

² Direito Penal.

O entendimento acima desenvolvido, embora não fincado expressamente no princípio constitucional da isonomia, é o único que lhe dá o devido cumprimento.

Contra o entendimento embasado no princípio da isonomia, pretendem alguns autores lançar mão de um acórdão do Supremo Tribunal Federal (HC nº 76.543, DJU 17/04/98), relatado pelo Ministro Sydney Sanches, em que foi negado a um condenado por tráfico o regime de cumprimento de pena instituído na Lei nº 9.455/97, que define os crimes de tortura. A argumentação do acórdão é de que, justamente, não houve ofensa ao princípio da isonomia quando o legislador quis tratar de modo diferente os condenados por tráfico e por tortura.

Mas, ora, realmente não houve violação ao princípio da isonomia porque, enquanto o tráfico de entorpecentes é considerado crime hediondo o crime de tortura lhe é tão-somente assemelhado. Há um espaço na Constituição e na Lei nº 8.072 que permite desequiparações entre os dois crimes.

Ademais, não se pode pretender comparar a situação legal de um traficante e de um torturador, de um lado, e a de dois agentes de dois crimes de desacato, de outro, sendo o primeiro contra um juiz federal e o outro contra um juiz estadual. O crime é o mesmo – desacato – e a pena é a mesma. Não pode haver qualquer diferença de tratamento.

Outro argumento oposto à interpretação sugerida é o da redação do artigo 20 da Lei nº 10.259/01, que expressamente afasta o julgamento pelos Juizados Especiais, das causas de competência dos Juizados Federais enquanto estes não forem criados.

A melhor interpretação de tal dispositivo é a que o relaciona com o artigo 109, parágrafo 3º da Constituição, que permite ao tribunal estadual julgar causas previdenciárias onde não houver vara federal. O que o referido artigo quis foi proibir que ações previdenciárias sejam julgadas pelo Juizado Estadual onde não houver Juizado Federal. Essa é a única interpretação constitucional possível.

Finalizando este item, assinale-se que as demais interpretações acima enfocadas baseiam-se, exclusivamente, no método literal, que é reconhecidamente o método mais limitado para dar o sentido da lei interpretada.

Nesse contexto nebuloso, com diversas possíveis interpretações, a opção do intérprete deve ser a de resgatar o sistema, de proteger o sistema dos ataques diuturnamente feitos pelos legisladores. Se nós, profissionais do Direito, não optarmos pela higidez do sistema, em pouco tempo não ha-

verá qualquer sistema e leis serão feitas para regular casuísmos, motivadas pelas emoções e influências igualmente casuísticas e passageiras. Nenhuma segurança jurídica poderá haver em um estado desses.

IV. QUESTÕES PRÉ-PROCESSUAIS

Optando pela ampliação da competência, teremos de enfrentar alguns percalços.

1. Acervo das delegacias em crimes com penas de até 2 anos

O acervo das delegacias e das centrais de inquérito, em crimes cuja pena não seja superior a dois anos, deve ser remetido aos Juizados.

2. Crimes de procedimento especial

a) Abuso de autoridade - A valoração feita abstratamente pelo legislador incluiu uma pena autônoma de natureza diferente: perda do cargo e inabilitação para o exercício de função pública até 3 anos (art. 6º, § 3º, letra c, da Lei nº 4.898/65). Por isso, estes crimes não se submetem à competência dos Juizados, devendo ser julgados pelo juízo comum.

b) Crimes contra a honra - As especificidades destes crimes consiste na reconciliação e na exceção da verdade. Nenhuma dificuldade teria a primeira de submeter-se ao rito dos Juizados, pois é de sua essência, justamente, a busca da conciliação.

Quanto à exceção da verdade, sua natureza jurídica é de um meio de defesa indireto. Assim continuará a ser no Juizado, devendo ser arguída pela defesa no momento da defesa preliminar e provada pela produção de prova testemunhal no momento normal da audiência de instrução e julgamento.

Assim, os crimes contra a honra passam à competência dos Juizados, ficando revogados os artigos 519 a 523 do Código de Processo Penal.

c) Porte de Entorpecentes (Lei nº 10.409/02) – Esse é o caso mais difícil de resolver. Como se trata de uma lei penal sem definição de crimes, porque esta parte da lei foi vetada, resta que se tornou inaplicável, até que o legislador venha a dizer a quais crimes se aplica a referida lei.

Assim, continua a vigor a Lei nº 6.368/76. Como o artigo 16 da Lei nº 6.368/76 prevê pena que caracteriza o porte de drogas como infração de menor potencial ofensivo, a competência para processar e julgar tal crime passa ao Juizado.

V. QUESTÕES PROCESSUAIS

1. Os processos pendentes

Não há dúvida de que os institutos penais devem retroagir naquilo que forem benéficos.

Quanto às normas processuais penais, sabe-se que têm efeito imediato, alcançando os processos nos estágios em que os encontrarem, respeitados os atos processuais realizados conforme a lei anterior (princípio do *tempus regit actum* ou da imediaticidade).

Normalmente, as leis de processo prevêem disposições transitórias para regularem esse rito de passagem de uma lei à outra, reconhecidamente problemático. É até muito bom quando isso é feito.

O artigo 90 da Lei nº 9.099/95 fixa o momento do início da instrução criminal como divisor de águas: iniciada a instrução, não se remete ao Juizado.

O artigo 25 da Lei nº 10.249/02 adota outro parâmetro: não serão redistribuídos os processos ajuizados (com denúncia oferecida) em data anterior à instalação.

Como a Lei nº 10.259/01 é posterior, este marco temporal do ajuizamento da demanda é o que deve ser adotado. Deste modo, se a denúncia foi oferecida até 14/01/2002, o processo deve permanecer no juízo comum. Se posterior àquela data, deve ser remetido ao Juizado.

O Centro de Estudos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul preconizou o mesmo entendimento:

“2. Em se tratando de ações penais iniciadas antes de 14-01-02, os artigos 72 a 76 da Lei nº 9.099/95 serão aplicados no próprio juízo criminal comum, tendo em vista o disposto no art. 25 da Lei nº 10.259/01” (sessão de 12.12.01).

Tal entendimento foi endossado expressamente pela 5ª Câmara Criminal do mesmo Tribunal:

“...As demandas iniciadas antes de 14-01-02 tramitarão no juízo comum, assegurados ao réu os benefícios da Lei nº 9.099/95” (RES nº 70003736428, relator Amilton Bueno de Carvalho).

2. A questão do *sursis* processual: quem decide o que é mais benéfico para o réu?

Penso que se trata de um direito inderrogável do réu dizer o que é mais benéfico para ele, devidamente assistido por patrono.

A solução deve ser dar vista à defesa para instrumentalizar a realização desse direito.

VI. A EXECUÇÃO DAS PENAS E MEDIDAS ALTERNATIVAS

Realmente, ao que tudo indica, a competência é da VEP. O artigo 84 e o artigo 86 da Lei nº 9.099/95 fixam a competência do Juizado exclusivamente para a execução da pena de multa, cabendo às demais ao “*órgão competente nos termos da lei*” (artigo 86, parte final).

Tal entendimento é uníssono na doutrina.

Geraldo Prado, em comentários ao artigo 86, assim se manifestou:

“A questão posta neste dispositivo é relativamente simples. Reportando-nos aos comentários ao artigo anterior, acrescentamos que tanto as penas privativas de liberdade como as restritivas de direito serão executadas conforme dispõe a Lei de Execução Penal, incluindo aí a fixação da competência”. (**Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais Comentada e Anotada**, p. 322, 2ª edição, Ed. Lumen Juris).

A única competência executiva que restou ao Juizado foi a da pena de multa, de vez que o artigo 84 e o 86 é que definem a sua competência.

O artigo 60 apenas enuncia uma regra geral, mas são os artigos 84 e 86 que definem a competência executiva do Juizado, até porque alocados na Seção IV da referida lei, que tem como título “Da Execução”.

Aliado a estas razões consta o enunciado 8, letra d, do I Encontro de Juízes e Promotores de Justiça dos Juizados Especiais Criminais, que reza que:

“A execução das penas de multa compete ao Juizado Especial Criminal, observado o artigo 86 da Lei 9.099/95, quanto às demais”.

VII. CONCLUSÃO

Estas são as primeiras impressões do autor sobre a Lei nº 10.259/01.

A urgência em contribuir para o deslinde da intrincada polêmica certamente tornou-as pobres demais para o leitor que procurar maior profundidade.

Mas, às vezes, dizer alguma coisa já representa uma contribuição. Esse foi o objetivo maior do presente artigo, ainda que se reconheça a singularidade da contribuição diante da complexidade dos temas que devem ser enfrentados. ◆

A TEORIA DA FALTA CONTRA A LEGALIDADE CONSTITUCIONAL

ROBERTO ABREU E SILVA

Desembargador TJ/RJ. Professor da EMERJ

1. INTRODUÇÃO

Proclamaram-se os princípios da inviolabilidade do direito à vida, à integridade físico-corporal, da propriedade (em sua função social), da intangibilidade dos direitos da personalidade nas esferas: da moral, em tutela da honra, da vida privada, da intimidade, da imagem da pessoa, como preceitos fundamentais na Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB/88, no propósito de se efetivar o princípio superior da dignidade da pessoa humana (arts. 1º, III e 5º, *caput*, incisos X e XXII). Tal princípio constitui valor fundamental de integração obrigatória do preceito normativo de hierarquia inferior, no procedimento hermenêutico, na perspectiva de sua compatibilização com a ordem jurídica constitucional, na visão unificada do sistema jurídico brasileiro, considerando que o direito, assim, como a árvore na floresta, enraiza-se, cresce, floresce e produz frutos, enquanto tem vida útil, tendo em vista que o único fator invariável no direito é o processo de adaptação do homem a seu meio social, na visão de Pontes de Miranda¹. Sim, porque, na subsunção do fato à norma, se variam as circunstâncias, o índice de mutação da realidade penetra no arcabouço lógico e jurídico e mediante pressões dos princípios, normas e regras de hierarquia superiores do corpo constitucional influencia na interpretação da norma infraconstitucional, revitalizando o seu conteúdo, como a repropriadar o seu preceito à vida jurídica hodierna.

Com o advento da CRFB/88 tutelando os direitos da personalidade, capitulou-se, desde então, a era da desmaterialização da responsabilidade civil desdobrada no plano fisiológico em dupla função: repressiva e preventiva, se violados os deveres de respeito à intangibilidade de tais bens, nos

¹ Miranda, Pontes de. **Sistema de Ciência Positiva do Direito**. Bookseller. T. II, 1ª ed. 2000. Campinas, p. 97.

prismas: individual, coletivo e difuso. Impõe-se, por isso, o desdobramento do estudo da responsabilidade civil em dois períodos distintos: a) da materialização; e, b) da desmaterialização do direito e da constitucionalização da responsabilidade civil.

2. PERÍODO DA MATERIALIZAÇÃO DO DIREITO

O período preponderante da materialização do direito civil e da obrigação de reparar, no direito brasileiro, delimita-se dos primórdios dos tempos até 05.10.88, com o advento da CRFB/88, marco da desmaterialização da responsabilidade civil, tendo em vista a tutela dos direitos da personalidade como bens superiores. Implantou-se tal materialização, nesse período, direcionado pela visão privativista do Código Civil de 1916, fruto da experiência do Estado Liberal, imprimindo tímida tutela aos direitos da personalidade, ante a preocupação maior do legislador em proteger a autonomia da vontade, no direito privado, desdobrada na liberdade contratual e na de contratar, outorgando poderes, tipicamente absolutos ao titular da propriedade, marcando forte a presença no instituto civil de quatro personagens: o marido, o proprietário, os contratantes e os sucessores. No período da materialização gravitaram-se as normas de tutela do direito e dos poderes do dono sobre a coisa. Pontuou-se, com isso, nesse período, a tutela da responsabilidade civil pelos danos materiais causados à coisa ou pessoa.

3. PERÍODO DA DESMATERIALIZAÇÃO DO DIREITO E DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Com o advento da CRFB/88 estabelecendo como paradigma máximo o respeito à dignidade da pessoa humana, iniciou-se nova era no direito pátrio – da tutela dos direitos fundamentais, em que a regra de ouro proclamada é a da hegemonia do SER sobre o TER, atribuindo-se proteção aos direitos da personalidade como bens supremos. No entanto, sem desconsiderar os princípios da autonomia da vontade e o direito do proprietário, temperados pela função social do contrato e da propriedade, observada a hierarquia axiológica constitucional. Iniciou-se, com tal conquista social e jurídica de tutela de direitos da personalidade, em todas suas esferas, um novo tempo - da desmaterialização do direito e da constitucionalização da responsabilidade civil, impondo-se a obrigação de reparar danos morais ou imateriais, tendo em vista a proibição de lesão a tais bens supremos (não patrimoniais), em situação tal, que não se prova

dano efetivo, mas fato e circunstâncias evidenciando conduta lesiva a interesse, juridicamente, protegido.

4. CONCEITO DE DANO

Com isso, o conceito de dano deve ser compreendido como a diminuição de um patrimônio ou lesão a interesse, juridicamente, protegido, contra a vontade do titular, envolvendo os sentidos material e imaterial de sua expressão, tendo como causa determinante a falta de diligência e prudência na conduta do lesante violadora da norma do art. 5º, *caput*, X e XXII da CRFB/88 e como conseqüência, os prejuízos correspondentes: materiais ou morais.

5. METAMORFOSE DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O estudo evolutivo da obrigação de reparar danos injustos perpetrados a bem de pessoa inocente por conduta do homem em fatos ilícitos e lícitos, nas previsões legais, revela o fenômeno da metamorfose da responsabilidade civil, no primeiro período acima mencionado, em três momentos: a) da culpa; b) sem culpa e, c) da Falta Contra a Legalidade Constitucional. Do início ao último quartel do século XX, mudou-se a tônica da obrigação de reparar os danos injustos sedimentada na *culpa* provada para a responsabilidade civil *sem culpa*, expressão que envolve as teorias da inversão do ônus da prova, presunção de culpa, do risco e objetiva, na medida em que se ligam pelo elo comum da dispensa da vítima da prova da culpa, na configuração do direito da vítima a reparação.

6. INTRODUÇÃO À TEORIA DA FALTA CONTRA A LEGALIDADE CONSTITUCIONAL

No final do século XX, enraiza-se a Teoria da Falta Contra a Legalidade Constitucional (TFCLC) que neste início do terceiro milênio, cresce e floresce com vigor, e dá ressonância ao processo do relativismo das ciências e contribuindo para o progresso do direito em dois propósitos: a) conciliar os pensamentos extremos das teorias da culpa e sem culpa; e, b) facilitar o acesso da vítima inocente à reparação dos danos injustos.

A Teoria da Falta Contra a Legalidade Constitucional demonstra os substratos do verdadeiro fundamento da responsabilidade civil seguintes: a) o *dano injusto* causado a vítima inocente (quem não lhe deu causa) se revela como o denominador comum na obrigação de reparar os prejuízos

causados por fatos ilícitos ou lícitos; e, b) a *Falta Contra a Legalidade Constitucional* na conduta do lesante.

O direito hodierno, na Constituição de cada país, notadamente, na ordem jurídica pátria, consagra a integridade extrapatrimonial (ou não patrimonial) e a patrimonial da pessoa inocente como direito fundamental, no propósito de efetivar a garantia da dignidade do ser humano. Com esse objetivo, o direito brasileiro estabelece *os deveres jurídicos fundamentais de diligência e prudência na conduta, entranhado na norma imperativa do art. 5º, caput, X e XXII da CRFB/88, impedindo a perpetração de danos injustos a vítima inocente, sob pena de se deflagrar a obrigação de reparar os prejuízos, caracterizando a Falta Contra a Legalidade Constitucional (FCLC). Reverte-se, por conseqüência dedutiva lógica da lesão a preceito fundamental a exceção de prova de justificação, porquanto a conduta ilícita do agente malferindo a norma jurídica superior e lesionando bem supremo tutelado pela ordem jurídica constitucional resulta evidente ou verossímil do próprio fato.*

Nesse diapasão, o fenômeno da propagação da *responsabilidade civil sem culpa* difundido pelas correntes doutrinárias: *da presunção de culpa, inversão do ônus da prova, do risco e objetiva*, que retira a prova da culpa dos ombros da vítima, foi impulsionado por dois fatores determinantes. O primeiro, em função da revolução industrial e tecnológica que mecanizou o ambiente de trabalho e social das atividades humanas proporcionando sérios riscos de danos para as pessoas em suas ocupações habituais. O segundo, a dificuldade de prova da culpa do lesante a cargo da vítima, na doutrina da teoria subjetiva, frustrava, em boa parte, o acesso do lesado a reparação dos danos e prejuízos sofridos.

Com efeito, desde o primeiro quartel do século XX, já se disseminava no mundo jurídico a obrigação de reparar sem culpa alicerçada nas teorias da inversão do ônus da prova, dos riscos das atividades, nos danos injustos, no propósito de aliviar a vítima da incumbência de demonstrar a culpa do lesante, consubstanciando o fenômeno da *metamorfose da responsabilidade civil*, que grassou dimensões gigantescas nos últimos tempos, em atenção às necessidades sociais e jurídicas da atualidade.

7. TENDÊNCIA DE COLETIVIZAÇÃO OU SOCIALIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil sem culpa, através das técnicas assinaladas (presunção de culpa, inversão do ônus da prova, teoria objetiva, do risco) conquistou o domínio quase pleno do território dos direitos provenientes de danos injustos no mundo jurídico, minimizando o campo de atuação da teoria subjetiva, que foi transformada, de regra geral da obrigação de reparar assentada na culpa, no início do século, em exceção, no final do segundo milênio. Na atualidade, há uma tendência de coletivização² ou socialização³ da responsabilidade civil, fenômeno em que a sociedade contrai um seguro coletivo para socorrer as vítimas, como ocorre na Espanha e na França, conforme assinala Ricardo de Angel Yáñez⁴, reconhecendo a necessidade de um seguro coletivo para garantia de bens do indivíduo. No mesmo sentido

² Lei 6.194/74. “Art. 7º A indenização, por pessoa vitimada, no caso de morte causada apenas por veículo não identificado, será paga por um Consórcio constituído, obrigatoriamente, por todas as Seguradoras que operarem no seguro objeto da presente lei.” O seguro obrigatório de veículos - DPVAT (danos pessoais por veículos em acidente de trânsito), através de um consórcio determinado por lei, favorece as vítimas de acidentes de circulação de veículos, independentemente, da autoria e propriedade do veículo, se não forem identificados, com ou sem seguro, previamente pago. Responsabiliza-se qualquer das empresas integrantes do *pool* de seguro, nos limites do valor segurado, à época do efetivo pagamento e não, do fato.

³ A Previdência Social, em nosso país (INSS) e o Sistema Único de Saúde (SUS), custeados pela sociedade, por meio dos empregados/empregadores e subvenção do governo federal, respectivamente, v.g., prestam assistência de socorros médico-hospitalares, às pessoas, independente de serem seguradas a essas entidades.

⁴ YÁÑEZ, Ricardo de Angel. Op. cit., 1995, p. 32/33 e 46/47. Na lição deste jurista na Espanha, há um consórcio de compensação de seguros, cujo estatuto legal é de 19 de dezembro de 1990. O consórcio é obrigado a indenizar, nos limites do seguro obrigatório, a quem sofreu danos corporais, quando o veículo atropelador ou o condutor sejam desconhecidos, ou em caso de veículo roubado ou furtado. Na França, a indenização de danos derivados de atos de terroristas, é suportada por um fundo de garantia, criado sobre o modelo de acidentes de circulação de veículos, que se custeia por meio de um imposto que grava as apólices de seguro sobre a propriedade. A lei de trânsito francesa de 5 de julho de 1985, no sentido de melhorar a situação de vítimas de acidentes de circulação de veículos e acelerar a reparação, estabelece no artigo 3º, que as vítimas, excluído o motorista, serão indenizadas dos danos resultantes de lesões sofridas, sem que possam alegar-se contra elas sua própria culpa, exceto culpa exclusiva e inescusável da vítima. Tal exceção que não se aplica aos menores de 16 anos, aos idosos com mais de 70 anos, nem às pessoas afetadas com incapacidade ou uma invalidez de 80% a 100%. Na Suécia, há um fundo de garantia a favor dos pacientes lesados por más práticas médicas, tendo como custeio uma taxa anual. Na Itália, a responsabilidade médico-hospitalar transita de uma responsabilidade por culpa para uma responsabilidade presumida por simples defeito ou erro médico.

consagra a lição do Des. Dr. Luiz Roldão de Freitas Gomes, no direito pátrio⁵.

Nos Estados Unidos da América do Norte, a família de classe média, em regra, tem seguro de vida, de residência, carro, empréstimos pessoais, cartão de crédito e o chamado seguro de responsabilidade civil, que garante a reparação dos danos causados pelo segurado a outra pessoa, no limite do contrato. A seguradora cobre os prejuízos, no limite do valor da apólice, seja por uma batida de carro ou uma mordida de cachorro. Essa modalidade de seguro ainda não existe no Brasil.⁶ A sociedade internacional influenciada pelo fenômeno da globalização, no tempo atual, marca a época do denominado capitalismo selvagem, na expressão do Prof. Celso D. de Albuquerque Mello⁷, impondo uma nova forma de interpretar a responsabilidade civil atendendo o princípio da isonomia material, em conformidade com a CRFB/88, vigente no país, facilitando o acesso mais célere da vítima à reparação dos danos e prejuízos injustos a ela perpetrados.

8. DA RESPONSABILIDADE CIVIL SEM CULPA NO DIREITO BRASILEIRO

No direito brasileiro, a metamorfose da responsabilidade civil sem culpa, no lato sentido, vem operando seus efeitos, de há muito, porquanto não se exige da vítima a prova da culpa do lesante para constituir o seu direito à reparação, como se depreende do estudo dos fatos lícitos revelando direitos de prejudicar, mas, impondo-se a reparação, nas situações previstas, quando a vítima é inocente, considerada como tal, quem por sua conduta não deu causa determinante ao fato (arts. 160, I, II, e 1.540, do Código Civil).

⁵ GOMES, L. Roldão de Freitas. **Curso de Direito Civil**. Coord. Ricardo P. Lira. “Elementos de responsabilidade civil”. Rio: Renovar, 2000, p. 27/28. ... “a massificação das sociedades clama por garantias para bem do indivíduo, que não podem ser atendidas apenas pelos outros, mas por sistemas mais desenvolvidos de colaboração coletiva (seguros, fundos de garantia), faz-se mister, entretanto, preservar, igualmente, o fundamento moral da responsabilidade, para que, ao revés, não se dilua a pessoa no conjunto informe de indivíduos”.

⁶ **Revista Veja**, Rio, Abril Cultural, edição 1521, 12.11.97, p. 118.

⁷ MELLO, Celso D. de Albuquerque. **A sociedade internacional da integração**. Rio: Renovar, 1996, p. 34/35.

“A cultura é a da violência havendo um forte apelo de volta ao irracional, usa-se tênis “cavalo” (le cheval), dirige-se um carro “besta” e se tem como ídolo um jogador de futebol denominado “animal” devido a sua violência. A sociedade internacional encontra-se em profunda transformação. O fenômeno da globalização só produziu a miséria. Todo capitalismo é selvagem, mas talvez esta seja a sua fase mais selvagem. A grande questão é saber se é possível parar com a globalização e se voltar a valorizar o homem e não o capital. Ou ainda, quando será revertido este processo.”

Alinha-se, ainda, a resenha das situações no quadro seguinte: a) seguro por acidente de trabalho, em que o empregado tem direito ao benefício, qualquer que seja a causa do dano; b) responsabilidade civil denominada objetiva do transportador (aeronaves, teleféricos, transportes coletivos ferroviários (Lei n.º 2.681/12), rodoviários e ainda das empresas privadas prestadoras do serviço público (artigo 37, § 6º da CRFB/88); c) responsabilidade civil independente da prova da culpa do fornecedor do produto ou do serviço no fato do consumo (artigos 12 e 14 da Lei n.º 8.078/90 – CPDC); d) responsabilidade civil contratual com verossimilhança de falta (culpa presumida) do lesante, no inadimplemento da obrigação, com reversão da prova (art. 957 do Código Civil semelhante ao do artigo 799 do Código Civil Português⁸, que admite a inversão do ônus da prova de forma expressa).

A nova onda jurídica de liberação da vítima do pesado ônus da prova da culpa proporcionada pela metamorfose da responsabilidade civil nos últimos tempos, no direito brasileiro, teve dois pontos culminantes: um no direito público e outro no direito privado.

No direito público, marcou-se o avanço notável da ciência jurídica na imposição da responsabilidade civil objetiva ou sem culpa da administração pública direta, indireta e das empresas privadas prestadoras de serviços públicos (art. 37, § 6º da CRFB/88).

No direito privado, o progresso da ciência jurídica aportou no seguimento do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CPDC), deixando a sua marca mais importante. Determinou-se a reparação dos danos injustos e prejuízos perpetrados ao consumidor por verossímil defeito do produto ou do serviço no fato do consumo, independentemente, da prova da culpa, somente afastando a responsabilidade civil se o fornecedor provar a inexistência do defeito ou cometimento de falta (culpa) exclusiva da vítima ou de terceiro (arts.12, 14, *caput*, e § 3º, II da Lei nº 8.078/90).

Releva notar, ainda, que a presente pesquisa descortina o *dano injusto* causado a vítima inocente como denominador comum da obrigação de reparar, originária de fatos lícitos ou ilícitos, situação que lhe confere a estatura de *um dos substratos indispensáveis do fundamento da responsabilidade civil*. Efetivamente, no mundo do direito, não existe dano justo.

⁸ **Código Civil de Portugal**. Op. cit., art. 799. (Presunção de culpa e apreciação desta) “1. Incumbe ao devedor provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua. 2. A culpa é apreciada nos termos aplicáveis à responsabilidade civil.”

Todo o *dano* extrapatrimonial ou patrimonial, no universo do direito, em regra, é *injusto* e, excepcionalmente, é considerado justificado, tendo como fator determinante da responsabilidade civil a verificação da inocência ou não, da vítima na causação do fato.

O campo da exceção compreende as causas de isenção e as excludentes da responsabilidade civil. As causas de isenção são: a) falta exclusiva da vítima; b) consentimento da vítima, no limite tolerável em respeito a dignidade da pessoa humana; c) a falta exclusiva de terceiro; e, d) caso fortuito ou força maior (art.1.058 CC). As causas “c” e “d” afastam a ilicitude por corresponderem a situação de inexistência de nexo de causalidade. A falta concorrente da vítima permite a redução parcial e proporcional do valor da reparação, quando não é vedada pela lei (v.g. art.14, § 3º Lei nº 8.078/90).

As excludentes de antijuridicidade da responsabilidade civil se resumem em: a) legítima defesa; b) estado de necessidade; c) exercício regular de direito; e, d) estrito cumprimento de dever legal. As restritas situações reveladoras do dano justificado estão, ainda, condicionadas ao exame da inocência ou não, da vítima na causação do fato. Impõe-se a verificação se sua conduta voluntária constituiu ou não causa necessária à propulsão dos danos. Se a vítima é inocente, porque não deu causa ao fato danoso, inquestionável se afigura o seu direito à reparação. A qualificação do fato como lícito, por conduta considerada justificada pela lei, por si só, não exclui a responsabilidade civil do causador de danos injustos no direito brasileiro (art. 160, I, II, c/c 1.540 do CC., c/c art. 5º, *caput*, X e XII da CRFB/88).

Aflora-se, deste estudo, o entendimento de que o *dano injusto causado a vítima inocente* é um dos substratos indispensáveis à configuração do denominador comum e fundamento da responsabilidade civil em fatos ilícitos e lícitos. Conferindo uma interpretação da responsabilidade civil, em conformidade com a Constituição, a Teoria da Falta Contra a Legalidade Constitucional demonstra que a CRFB/88 inseriu, na norma impositiva do art. 5º, *caput*, X e XXII, o dever jurídico fundamental de diligência e prudência, no exercício da liberdade individual de conduta, em respeito ao direito fundamental de incolumidade do ser humano inocente e de seus bens, no propósito de efetivar o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, respeitando o princípio gênese e de valor supremo da responsabilidade civil: *neminem laedere* (não lesar a outrem).

Se violada a norma de conduta constitucional em comento, perpetrando-se *danos injustos* extrapatrimoniais ou patrimoniais à pessoa inocente, dispensa-se a vítima da prova da culpa ante a reversão do ônus de se demonstrar excepcional justificativa de conduta, a cargo do responsável, porquanto a falta de diligência e prudência, na ação do lesante resulta evidente ou verossímil do próprio fato danoso injusto. A primeira situação, *dispensa da prova da falta (culpa)*, já se verifica no campo de domínio das denominadas teorias: objetiva, do risco, ou sem culpa, em situação tal que não exige maiores comentários, porquanto o implemento da responsabilidade civil está sedimentado nos pressupostos: danos e nexos de causalidade, desonerando-se a vítima da prova do elemento subjetivo do ilícito civil (falta não intencional ou culpa), eis que resulta evidente, *ipso facto*. A segunda situação, *inversão do ônus da prova* da falta (culpa) proliferou no terreno da responsabilidade civil contratual transferindo o encargo ao devedor inadimplente (art. 957 do Código Civil Brasileiro e art. 799 do Código Civil de Portugal; art. 17 do Dec. nº 2.681/12 - Transportes ferroviários, e rodoviários por analogia; arts. 12, 14, 6º, VIII da Lei nº 8.078/90, aplicáveis a fornecedores, pessoas jurídicas e até mesmo a profissional liberal, se pleiteada e concedida a inversão do ônus da prova, em matéria técnica etc.). No campo da responsabilidade civil extracontratual, impera a inversão do ônus da prova nos arts. 1.521, I a V, *ut* Súmula 341 do STF, 1.527, 1.528, 1.529, 1.546, 1.208 do Código Civil Brasileiro, nas situações seguintes: a) fato de outrem; b) do animal; c) da coisa inanimada; d) do farmacêutico; e) do locatário etc. Nesta perspectiva, a responsabilidade civil extracontratual assentada na teoria subjetiva em que se exige da vítima a prova da culpa do lesante ficou delimitada em campo tão restrito, que configura, uma exceção, no direito pátrio contemporâneo.

A presente síntese da TFCFL no estudo da metamorfose da responsabilidade civil da culpa a cargo da vítima até a obrigação de reparar, sem prova da culpa, na atualidade, revela o entendimento de que *em todo dano injusto a falta de virtudes de diligência e prudência na conduta do lesante resulta evidente ou verossímil ipso facto, motivo pelo qual já predomina na legislação positiva infraconstitucional a dispensa ou inversão do ônus da prova denominada culpa*, que, no início do século, competia à vítima demonstrar, para a configuração de seu direito à reparação. No universo do direito, a doutrina e a jurisprudência consagraram o entendimento de que a falta (ou culpa) leve, não intencional, implica a *responsabilidade* civil do

lesante, embora possa desencadear uma absolvição criminal em ação penal defluente do mesmo fato. Com isso, em todos os danos injustos materiais e imateriais, demonstrado o acontecimento, em suas circunstâncias, a falta não intencional, resulta evidente ou verossímil, *ipso facto*.

9. IMATERIALIDADE DA CULPA

Transparece, ademais, dos estudos empreendidos, que a falta (culpa) é elemento imaterial do ilícito. Não se prova a culpa, porquanto essa falta jurídica resulta evidente ou verossímil de um juízo de valor da ação danosa injusta a bem de pessoa inocente. Nesta perspectiva, prosseguindo na escala ascendente do progresso da ciência jurídica, tendo como vetor a proteção da vítima inocente, a CRFB/88, no artigo 5º, *caput*, incisos X e XXII, consagrou o princípio *neminem laedere* impositivo do dever de diligência e prudência na conduta e garantiu a integridade extrapatrimonial ou patrimonial proclamados como *direitos fundamentais* da pessoa humana. A CRFB/88 positivou no dispositivo, em comento, o dever legal e constitucional de diligência e prudência, como norma de conduta, sem exigência expressa da culpa, alicerçado na compreensão de que a falta de tais virtudes no comportamento danoso injusto se encontra implícita na ação violadora da norma fundamental, *ipso facto*, deflagrando, em conseqüência, a obrigação de reparar os prejuízos, se o lesante não demonstrar causa de isenção ou de exclusão da responsabilidade civil.

Por outro lado, não se pode olvidar, que é princípio fundamental da Constituição, proteger a liberdade da pessoa e garantir-lhe o direito de não ser sancionada enquanto comportar-se dentre dos limites legais estabelecidos pela ordem jurídica. O ser humano somente pode ser obrigado a reparar algum dano e subseqüente prejuízo quando cometer uma *falta jurídica*, ainda que seja em grau mínimo (não intencional), considerada pelo direito como fator suficiente para desencadear a responsabilidade civil defluente de uma sanção ou compensação, por equidade. Nesta ótica, não se pode negar o valor da culpa como fundamento moral e jurídico da obrigação de reparar os *danos injustos*, a título de sanção ou de compensação nos atos ilícitos ou lícitos, legada ao direito civil pela teoria subjetiva. A indispensabilidade da culpa como substrato da responsabilidade civil foi reconhecida no congresso realizado no ano de 1939, em Montreal no Canadá⁹, com participação de juristas de escol de quase todo o mundo. No entanto, a culpa, não pode ser considerada, em seu conceito originário de falta intencional (pesada, dolo

direto ou indireto) inspirada pela doutrina penal, mas, mitigada, suficientemente, para a sua compreensão como falta não intencional (leve ou média), denominação mais compatível com a realidade jurídica-social hodierna, constituindo-se como o traço marcante e a regra geral da responsabilidade civil, no direito comum e, a expressão culpa deve ser reservada para a exceção no direito penal, quanto aos crimes culposos. Este panorama revela que, *ao lado do dano injusto, há o substrato indissociável da falta de diligência e prudência, virtudes imperativas de cuidado redobrado na conduta, que a ele se agrega, em simbiose, consubstanciando o verdadeiro fundamento da responsabilidade civil por fato ilícito ou lícito.*

Demais, as concepções extremistas das teorias da culpa e objetiva (do risco ou sem culpa) são insuficientes em seus fundamentos para sustentarem a reparação do dano injusto perpetrado por fato lícito, que constitui uma parte substancial da responsabilidade civil. A falta jurídica não intencional, regra geral da responsabilidade civil, denominada de Falta Contra a Legalidade Constitucional, neste estudo, constitui ainda fator indispensável ao arbitramento equitativo da reparação, em todos os campos do direito provenientes de danos injustos perpetrados por atos ilícitos ou lícitos, notadamente, nos danos morais. Sim, pois que, na inteligência da TFCLC na quantificação da reparação do dano injusto perpetrado por falta não intencional, em realidade, deve consistir em valor menor ao que seria arbitrado na prática do ilícito por falta intencional (dolo direto ou indireto).

10. CONCEITO DA TEORIA DA FALTA CONTRA A LEGALIDADE CONSTITUCIONAL

Na perspectiva de colmatar o vazio dogmático mencionado, exsurge a Teoria da Falta Contra a Legalidade Constitucional (TFCLC) compatível

⁹ LIMA, Alvino. **A responsabilidade civil pelo fato de outrem.** “Premier Congrès International de l’Association Henri Capitant. São Paulo: Forense, 1973, p. 2. Concluiu-se que: a) em nenhuma parte o legislador rompeu, completamente, com o princípio da responsabilidade baseado na culpa; este princípio resiste à experiência dos fatos e das idéias novas. A teoria da responsabilidade não se transformou, mas tornou-se mais matizada, mais adaptada às necessidades da civilização contemporânea; b) o conceito de culpa perdeu aquela rigidez, dentro dos moldes clássicos, puramente moral, para objetivar-se; confunde-se a culpa com o ato ilícito; c) a admissibilidade de presunções *juris tantum* e *juris et de jure* da culpa, na proteção cada vez mais crescente da vítima contra a ação lesiva e danosa etc.

com a realidade da responsabilidade civil no mundo contemporâneo, notadamente, no direito brasileiro, com substrato em três premissas: a) fundamentar a responsabilidade civil; b) a Falta Contra a Constituição defluiu do próprio fato danoso injusto e violador da norma constitucional; e, c) reversão da prova. A primeira, resultante deste estudo, indica o seu fundamento: *o verdadeiro fundamento da responsabilidade civil é o dano injusto articulado com a falta de diligência e prudência, perpetrado por fato ilícito ou lícito vulnerando a norma constitucional impositiva do princípio **neminem laedere***. Como todo dano injusto, em regra, é perpetrado por falta de cuidado e de agir na ação violadora da norma de conduta constitucional e a exceção é o dano justificado, alicerçado em tal entendimento, firma-se a segunda premissa: *a falta de diligência ou prudência não intencional, que configura a violação do dever de cuidado e de agir existe, em potencial, em todos os danos injustos causados a bem de pessoa inocente, em situação tal, que resulta evidente ou verossímil do próprio fato violador da norma do artigo 5º, caput, X e XXII da CRFB/88*.

Se o dano injusto perpetrado por falta contra a legalidade constitucional configura, em regra, ilícito deflagrador da obrigação de reparar, e a exceção é o dano justificado, que exclui a responsabilidade civil, a situação excepcional, por conseqüência lógica, é que deve ser provada, fenômeno que implica a inexorável reversão da prova. Surge, neste ponto, a terceira premissa: *na falta cometida contra a legalidade constitucional, que resulta indiciária do dano injusto, **ipso facto**, reverte-se a prova quanto a exceção de legitimidade de conduta possibilitando ao lesante demonstrar a falta exclusiva da vítima ou de terceiro, eventual causa de isenção ou de exclusão da obrigação de reparar, sob pena de implemento definitivo da responsabilidade civil*. Em tal raciocínio jurídico, a falta intencional (dolo direto ou indireto), como exceção de conduta, em sede de responsabilidade civil, deve ser demonstrada, pelo lesado, se objetivar este, uma reparação mais ampla.

A projeção em simbiose dos fundamentos jurídicos anunciados nas premissas retroassinaladas, focalizadas pelo farol da inteligência intuitiva possibilitou a construção da Teoria da Falta Contra a Legalidade Constitucional (TFCLC), que se revela na síntese: em todo dano injusto não patrimonial (extrapatrimonial) ou patrimonial perpetrado à vítima inocente, a falta de diligência e prudência, não intencional do lesante, resulta evidente ou verossímil da convergência dos elementos integrantes do fato violador

da norma constitucional. Configura-se a Falta Contra a Legalidade Constitucional a conduta lesiva dos deveres jurídicos de diligência e prudência impositivos do art. 5º, *caput*, X e XXII da CRFB/88, perpetrando-se danos injustos, suficientes para deflagrar a obrigação de reparar, se o lesante não demonstrar excepcional causa de isenção, de justificativa ou de exclusão da responsabilidade civil.

11. A TFCLC NO CAMPO INFRACONSTITUCIONAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL

No campo infraconstitucional, o intérprete deve integrar o vazio da lei ordinária com a norma impositiva do dever jurídico de atuar com diligência e prudência, em sede de responsabilidade civil, na perspectiva de efetivar o princípio *neminem laedere* proibitivo de se perpetrar danos injustos a bem de pessoa inocente (art. 5º, *caput*, X e XXII da CRFB/88). Em tal situação, impõe-se, por raciocínio dedutivo lógico, a reversão da prova de fato desconstitutivo, deflagrando a obrigação de reparar os danos, se não se demonstrar, em exceção, causa de isenção ou de afastamento da obrigação de indenizar. Esta forma de interpretar a responsabilidade civil, em conformidade com a CRFB/88, tem aplicação imediata em todos os campos dos direitos provenientes de danos injustos perpetrados às vítimas inocentes. Alvitra-se, no entanto, a sua positivação no sistema jurídico pátrio, para fim de dissipação de eventual dúvida, no momento da realização do Direito.

12. A FUNÇÃO PREVENTIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA TFCLC

No segundo período da evolução histórica da responsabilidade civil, a contar do final do século XX, a ordem jurídica brasileira adapta o direito à mudança da realidade, impulsionado pelas forças econômicas e sociais, admitindo a possibilidade de uma responsabilidade civil em função preventiva, limitada a verossimilhança de danos graves e irreversíveis a interesses individuais, coletivos e difusos, notadamente, em matéria ecológica, sanitária e nas relações de consumo. A Constituição da República de 1988, de um lado, consagrou a inviolabilidade desses interesses múltiplos impondo a obrigação de reparar os danos patrimoniais e não patrimoniais, efetivamente, perpetrados (artigo 5º, *caput*, X e XXII), engendrando a *responsabilidade civil repressiva ou curativa*. Por outro lado, considerou ilícita a conduta lesiva pelo fato de se colocar em perigo de danos graves e irreversíveis, tais direitos fundamentais implementando a responsabilidade civil em sua função preventiva.

12.1 *A garantia constitucional do meio ambiente ecologicamente equilibrado*

A CRFB/88 avançou mais, em prol da sociedade, garantindo o direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo ao Poder Público e à coletividade o dever jurídico de sua preservação a bem das presentes e futuras gerações (art. 225), oportunidade em que estabeleceu *a função preventiva da responsabilidade civil* contra quem cria o risco de lesão, na perspectiva de evitar um dano grave e irreversível. Esse posicionamento apoia-se na premissa de que a prevenção de um dano grave e irreversível deflagrando uma obrigação de fazer ou de não fazer, antes de se perpetrar o fato nocivo aos interesses individuais, difusos e coletivos, sob pena de multa diária, denota a maior eficácia da responsabilidade civil do que a sua atuação *post factum* impondo a obrigação de integral ressarcimento dos danos, por vezes, inviáveis ou inexequíveis. Releva notar, ainda, que não há impedimento de se converter uma obrigação de não fazer, concedida em tutela inibitória, ante a função preventiva da responsabilidade civil, em obrigação de fazer, como no caso de se impor obrigação de instalar um filtro, v.g., para se evitar a poluição das águas de um rio.

A ordem jurídica pátria afastando a tensão entre a validade e efetividade do princípio de proteção à higidez do meio ambiente regulamentou tal matéria na Carta Magna (arts. 5º, *caput*, X e XXII, 225, I a VII, §§ 1º a 6º) e no plano infraconstitucional, por intermédio das Leis nº 9.605 de 12.02.98, nº 7.347, de 24.07.85 e nº 6.938, de 31.08.81.

A Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, proíbe condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente, expondo a perigo, de maneira grave, a saúde pública e o meio ambiente, como se denota de seu preâmbulo e das disposições dos artigos 3º; 6º, I; 12; 15, II, C; 19; 28; 29; 38; 39; 54, III e § 3º, na medida em que protege a saúde pública, o meio ambiente e a ecologia, tipificando os crimes contra o ordenamento urbano, do patrimônio cultural (prédios de museu, biblioteca, art. 62, II), a fauna, flora, poluição de qualquer natureza (atmosférica e hídrica) que causem ou possam resultar em danos à saúde humana, mortandade de animais ou destruição significativa da flora. Impõe, inclusive, responsabilidade criminal solidária (art. 54, § 3º) e pena de reclusão de 1 a 5 anos, a “*quem deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave irreversível*”. Tal diploma legal dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente implicando na responsabilidade civil o

poluidor direto ou indireto, pessoa física ou jurídica, por atividade causadora de degradação ambiental, criando, para isso, órgãos e entidades de proteção e melhoria da qualidade ambiental, a par de constituir o Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA (art. 6º). Esse diploma legal no artigo 14, § 1º estabelece a responsabilidade civil do poluidor, independentemente de culpa, deflagrando a obrigação de “indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade”, ao mesmo tempo que legitima o Ministério Público da União e dos Estados para propor ação de responsabilidade civil e criminal.

A Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, por seu turno, disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração da ordem econômica, da economia popular, bem como a qualquer interesse difuso ou coletivo (art. 1º, I a V). Legitima o Ministério Público para propor a ação principal ou cautelar de responsabilidade civil, ao mesmo tempo em que permite a qualquer pessoa provocar a sua iniciativa, em demanda que tenha por objeto a obrigação de fazer ou de não fazer, no propósito de cessar atividade nociva, sob pena de imposição de multa diária (arts. 5º e 6º).

Sublinhe-se, ainda, que a CRFB/88 legitima as entidades associativas (art. 5º, XXI), quando, expressamente, autorizadas a representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente, para a tutela de seus interesses individuais, coletivos ou difusos¹⁰, podendo, inclusive impetrar Mandado de Segurança Coletivo (art. 5º, LXX, B), em defesa dos interesses de seus membros ou associados, quando estiver, legalmente, constituída e encontrar-se em funcionamento por período não inferior a um ano. O artigo 14, § 1º da Lei nº 6.938/81 foi recepcionado pela CRFB/88, por compatibilizar-se com a norma do artigo 225 § 3º, que, assim, dispõe: “*As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas*

¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. **A tutela dos interesses difusos**. São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 86. Na lição da professora Grinover há três tipos de interesses metaindividuais: o interesse público, os interesses coletivos e os interesses difusos. O interesse público (à ordem pública, à segurança pública) configura interesse de que todos compartilham. Os interesses coletivos são interesses comuns, no entanto, restritos a uma coletividade de pessoas unidas por um vínculo jurídico. Nos interesses difusos, o vínculo entre as pessoas se reduz a fatores conjunturais ou extremamente genéricos, a dados de fato freqüentemente acidentais e mutáveis, caracterizando-se por indeterminação de sujeitos, a indivisibilidade do objeto e a necessidade de solução pacífica desses conflitos.

físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

12.2. Casos de presunção de causalidade em França e Canadá

Assinala a professora Catherine Thibierge¹¹ casos de presunção de causalidade admitidos pelo legislador e pelo juiz, em França, como o da lei de 30 de outubro de 1968, por certos males sobrevividos à vizinhança de um sítio nuclear indiciado pela irradiação. Em Québec, no Canadá, a ilustre professora noticia a lei de 22 junho de 1990 (arts. 31/43) asseverando que tal diploma permite ao ministro ordenar a descontaminação ou restauração do ambiente, quando constata a presença de um contaminante, seja em quantidade ou concentração proibidas, seja suscetível de causar prejuízo à vida, à saúde, à segurança, ao bem-estar ou ao conforto do ser humano, de causar dano ou de modo a perpetrar prejuízo à qualidade do solo, à vegetação, à fauna ou aos bens.

Relata, mais, a eminente professora, a presunção de imputabilidade da contaminação por *vírus* de imunodeficiência humana em transfusão de sangue, ou ainda a presunção de um liame de causalidade entre a vacinação contra a hepatite B e a superveniência de uma esclerose em placas no paciente, na ausência de outros fatores de riscos ou circunstâncias de natureza a explicar a produção do dano. Assinala que os juízes se contentam com a verossimilhança de uma probabilidade suficiente do liame de causalidade na impossibilidade de se provar a existência efetiva do nexó etiológico.

Em matéria ecológica, a presunção do nexó causal entre a falta e o dano surge em função da noção de criação de um risco que aparece com a realização normal e previsível do risco gerado, imprudentemente, como no caso de uma fábrica de papel que evidencia prejudicar a fauna e a flora por lançar dejetos poluindo o rio, em lugar muito próximo ao da exploração de sua indústria. Conclui a eminente professora aduzindo sobre as duas funções da responsabilidade civil: a) a função clássica de dissuasão objetiva a prevenção de comportamentos antissociais; e, b) a função nova de antecipação visa a prevenção dos danos, fundada na ameaça de danos graves e irreversíveis. Antevendo a insuficiência da culpa e do risco para fundamentar a função preventiva da responsabilidade civil, sugere como novo fundamento *a prevenção*.

¹¹ THIBIERGE, Catherine. “*Libres propos sur l’évolution du droit de la responsabilité*”. *Revue trimestrielle de droit civil* n° 3, Paris: Dalloz, juillet-septembre, 1999, p. 561-584.

No mesmo sentido, proclama o Desembargador, Dr. Luiz Roldão de Freitas Gomes: “*Deve, neste século, bifurcar-se a responsabilidade curativa, voltada para o passado, e na responsabilidade preventiva, dirigida a afastar o risco de danos graves e irreversíveis, na perspectiva do futuro*”¹².

A política do direito comunitário de proteção ao meio ambiente funda-se sobre os princípios de prevenção, de precaução e do poluidor-pagador ou responsável civil. O princípio de prevenção resume-se no adágio popular “*melhor prevenir do que remediar*” impondo-se medidas de notificação, de informação, ou multas que podem evitar a conduta ilícita. O princípio da precaução vai mais longe que o da prevenção, recomenda a adoção de medidas preventivas nos casos de evidências prováveis ante riscos de danos graves e irreversíveis, como assinalam disposições dos Tratados de Roma¹³, de Maastgricht¹⁴, da União Européia modificado pelo Tratado de Amsterdam¹⁵, em matéria de meio ambiente. O princípio do poluidor-pagador,

¹² Des. Luiz Roldão de Freitas Gomes. “Tendências Atuais da Responsabilidade Civil”. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça**, volume 46 – 2001, p. 63/66.

¹³ “Le droit communautaire de l’environnement”. Direction de Jacqueline Dutheil de la Rochère. **Les études de La documentation Française**, Paris 1998, p. 136/140. *Traité de Rome (25 mars 1957) Titre VII – L’environnement*. “Art. 130 R. 1, L’action de la Communauté en matière d’environnement a pour objet: - de préserver, de protéger e d’améliorer la qualité de l’environnement; - de contribuer à la protection de la santé des personnes; - d’assurer uma utilisation prudente e rationnelle des ressources naturelles. 2. L’action de la Communauté en matière d’environnement est fondée sur les principes de l’action préventive, de la correction, par priorité à la source, des atteintes à l’environnement, e du pollueur-payeur. Les exigences en matière de protection de l’environnement sont une composante des autres politiques de la Communauté”.

¹⁴ *Traité de Maastricht (7 février 1992) Titre XVI - Environnement*. “Art. 130 R. 1. La politique de la Communauté dans le domaine de l’environnement contribue à la poursuite des objectifs suivants: - la préservation, la protection et l’amélioration de la qualité de l’environnement; - la protection de la santé des personnes; - l’utilisation prudente et rationnelles des ressources naturelles; - la promotion, sur le plan international, de mesures destinées à faire face aux problèmes régionaux ou planétaires de l’environnement. 2. La politique de la Communauté dans le domaine de l’environnement vise un niveau de protection élevé, en tenant compte de la diversité des situations dans les différentes régions de la Communauté. Elle est fondée sur les principes de précaution et d’action préventive, sur le principe de la correction, par priorité à la source, des atteintes à l’environnement et sur le principe du pollueur payeur. Les exigences en matière de protection de l’environnement doivent être intégrées dans la définitions et la mise en oeuvre des autres politiques de la Communauté...”.

¹⁵ *Traité sur l’Union européenne modifié par le traité d’Amsterdam (2 octobre 1997). Titre XIX – Environnement*. “Art. 174. 1...2. La politique de la Communauté dans le domaine de l’environnement vise un niveau de protection élevé, em tenant compte de la diversité des situations dans les différentes régions de la Communauté. Elle est fondée sur les principes de précaution et d’action préventive, sur le principe de la correction, par priorité à la source, des atteintes à l’environnement e sur le principe du pollueur-payeur...”.

impõe a responsabilidade civil preventiva ou repressiva ao provocador do ilícito de perigo ou causador de dano ou prejuízo ao meio ambiente.

13. FEIÇÃO CONSTITUCIONAL E LEGAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL REPRESSIVA E PREVENTIVA

No direito brasileiro, a responsabilidade civil em sua dupla função repressiva e preventiva encontra apoio na CRFB/88 (arts. 5º, *caput*, incisos, X, XXII e XXXV, 225, I a VII, §§ 1º a 6º) e nas Leis infraconstitucionais nº 9.605, de 12.02.98, nº 7.347, de 24.07.85, nº 6.938, de 31.08.81, e nº 8.078/90 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor, em face dos deveres de segurança, de informar, de transparência e da boa-fé objetiva do fornecedor).

14. A TEORIA DA FALTA CONTRA A LEGALIDADE CONSTITUCIONAL E A FUNÇÃO PREVENTIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A insuficiência das teorias da culpa e sem culpa (objetiva e do risco), analisadas de *per si* ou em conjunto, para fundamentar a função preventiva da responsabilidade civil impulsionou a construção da teoria da Falta Contra a Legalidade Constitucional, por intuição dedutiva e lógica, no propósito de colmatar tal vazio doutrinário.

Na medida em que a CRFB/88 garante a incolumidade patrimonial e a não patrimonial (ou extrapatrimonial) da pessoa inocente assegurando a tutela efetiva dos interesses individuais, coletivos e difusos, impõe *erga omnes* o dever jurídico de cuidado, exigindo uma conduta diligente e prudente para não causar danos injustos a pessoa ou a bem de outrem. Uma conduta ou atividade de pessoa que atente contra a integridade extrapatrimonial, patrimonial de outrem, a interesse coletivo ou difuso, proporcionando riscos de danos graves e irreversíveis configura o *ilícito de perigo*, ante a probabilidade de dano, caracterizando a Falta Contra a Legalidade Constitucional (FCLC), que resulta evidente ou verossímil, *ipso facto*. Não se pode confundir dano, fato histórico e material, com a ilicitude da falta contra a legalidade constitucional (FCLC), *conduta antijurídica, que se desdobra em ilícitos de lesão e de perigo*. Configura-se o *ilícito de lesão jurídica*, quando a conduta malfere a norma constitucional (artigo 1º, III, 5º, X, XXII da CRFB/88), na perspectiva de se evitar o dano injusto (con-

seqüência da lesão jurídica), enquanto que o *ilícito de perigo, constitui-se em pressuposto fático do ilícito de lesão e configura-se ante a presença de fato previsível e evitável retratando a possibilidade de se causar danos graves e irreversíveis a direitos fundamentais da pessoa humana, ao meio ambiente, à saúde pública¹⁶ e ao consumidor.*

A propósito, é o escólio de Luiz Guilherme Marinoni¹⁷ em sua obra
- Tutela Inibitória:

“A Constituição brasileira, que funda um Estado social, é marcada por direitos sociais, como o direito à saúde, o direito à educação, direitos que, podendo ser tutelados de forma difusa ou coletiva podem, exigir a tutela inibitória. Além disso, não é possível esquecer que a Constituição da República afirma expressamente que: i) 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 (art. 5º, X)..., v) o Estado promoverá na forma da lei, a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII; vi) todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, caput)...”

A. Candian¹⁸, no direito italiano, proclama a prevenção do ilícito, como princípio geral do ordenamento jurídico.

Em situações tais, a falta de diligência e prudência violadora de uma das normas da CRFB/88 assinaladas (arts. 5º, *caput*, X e XXII e 225) resulta evidente da própria ação perigosa, conduta contrária ao direito, que configura o elemento constitutivo do ilícito (*fattispecie*) que não se identifica com o

¹⁶ STJ. RESP 72994/SP. Rel. p/ acórdão, Min. Carlos Alberto Menezes Direito- Terceira Turma. “Ação civil pública. Entidades de saúde. Aumento das prestações. Legitimidade ativa. 1. O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC tem legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública em defesa dos consumidores de planos de saúde. 2. Antes mesmo do Código de Defesa do Consumidor, o país sempre buscou instrumentos de defesa coletiva dos direitos, ganhando força seja com a Lei nº 7.347/87 seja alcançando dimensão especial com a disciplina constitucional de 1988. Sedimentados os conceitos centrais, não há razão que afaste o presente feito do caminho da ação civil pública. O instituto autor é entidade regularmente constituída e tem legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública de responsabilidade por danos patrimoniais causados ao consumidor.”

¹⁷ Marinoni, Luiz Guilherme. “Tutela inibitória (individual e coletiva)”. RT. São Paulo, 2ª ed. 2000, p. 63/64.

¹⁸ Candian, A. *Nozioni istituzionali di diritto privato*. Milano: Giuffrè, 1946., p. 119.

dano, conseqüência da lesão jurídica. Por isso, em não sendo observado tais deveres de diligência e prudência, em conduta que possibilite danos graves e irreversíveis viola-se o princípio da legalidade constitucional impondo-se a obrigação preventiva de fazer ou de não fazer, ou de supressão do ilícito de perigo, sob pena de pagamento de multa diária, com substrato na tutela inibitória do artigo 461, parágrafos 3º e 4º do CPC e, ainda, 84 parágrafos 3º e 4º da lei 8.078/90 (CPDC), cuidando-se de relação de consumo.

Com efeito, a tutela inibitória tem por escopo prevenir o ilícito e, indiretamente, o dano, como se verifica da providência do STJ¹⁹ proclamando que o prazo de carência não prevalece quando se trata de internação de urgência.

O direito substancial precisa efetivar-se utilizando a tutela inibitória para evitar o ilícito, porquanto, **a ordem jurídica prefere prevenir do que remediar**. Presente o ilícito de perigo, impõe-se operacionalizar a função preventiva da responsabilidade civil, por meio de exigência de conduta diligente e prudente, obrigação de fazer ou de não fazer, no resguardo da integridade patrimonial ou não patrimonial, estes, na tutela dos direitos da personalidade ²⁰, *ut art. 5º, caput*, XXII da CRFB/88. Com tal atitude, materializar-se-á o acesso à Justiça da pessoa ameaçada em seu direito, fundado no dever jurídico de respeito a vida, a saúde (*ut* proclamação do TJRS²¹), a integridade corporal e a dignidade da pessoa humana (arts.5º, XXXV da CRFB/88, 287, 461, 799 do CPC e 84 da Lei nº 8.078/90). No ilícito de perigo, a conduta violadora da norma jurídica civil constitucional configura-se no ato lesivo ao preceito maior da legalidade, na perspectiva de se evitar o dano, impondo-se uma obrigação de fazer ou de não fazer, escoltada por multa diária. Tal sanção impõe-se, cumulativamente, com a obrigação de reparar danos injustos, se a providência preventiva tornar-se ineficaz.

¹⁹ STJ...RESP. 222339/PB. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. 4ª Turma. “PLANO DE SAÚDE. Prazo de carência. Internação de urgência. O prazo de carência não prevalece quando se trata de internação de urgência, provocada por fato imprevisível causado por acidente de trânsito. Recurso conhecido e provido.”

²⁰ TJRJ. Apelação 39.193. Des. Wellington Moreira Pimentel. RT-619/175-180. “Direito da personalidade – Violação. Ofensa ao direito à imagem e à honra. Reprodução romanceada em filme cinematográfico... Proibição definitiva de exibição do filme, com cominação de multa pela transgressão – Indenização por danos morais a ser apurada em liquidação por arbitramento, e não tomando por base o valor da multa, com função inibitória e não de ressarcimento.”

²¹ TJRS. 4ª CC. 23.8.2000. Rel. Des. Wellington Barros. ADV. COAD. Em. 97085. BS. 20. “O direito à vida e o direito à saúde são direitos subjetivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo “primado supera restrições legais.”

15. A TFCLC NO CAMPO DO CPDC

No campo do CPDC, a aplicabilidade da teoria ancora-se nas garantias outorgadas aos consumidores diretos ou por equiparação, na tutela de interesses individuais, coletivos e difusos. Estando presente a iminência de dano, ante fato ou vício do produto ou do serviço (arts. 12, 14, 17, 18, c/c 6º, VI da Lei 8.078/90²²) violando o dever de proteção da vida, da saúde ou da segurança, impõe-se a função preventiva da responsabilidade civil do fornecedor. Tal entendimento ancora-se no postulado de que a conduta perigosa, como precedente do dano efetivo, configura em si, o descumprimento do dever jurídico de diligência e prudência, na medida em que caracteriza a lesão ao preceito constitucional e legal de cuidado redobrado, ao colocar-se o consumidor em potencial situação de risco, como, v.g., ocorre no ilícito de perigo à saúde²³. Em França, sobre o tema preleciona Geneviève Viney²⁴ referindo-se ao artigo 3º da lei de 5 de janeiro de 1988, que permite as associações constituídas tutelar os interesses dos consumidores, de forma preventiva ou repressiva.

No mesmo diapasão pronuncia-se Philippe le Tourneau²⁵ sobre os dois aspectos da responsabilidade civil: prevenir a realização de danos, a par da

²² CPDC. Lei nº 8.078/90. Art. 6º, inciso VI. “São direitos básicos do consumidor...VI- a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.”

²³ STL. RESP. 158728/RJ. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. DJ. 17.05.1999. “Plano de saúde. Limite temporal da internação. Cláusula abusiva. 1. É abusiva a cláusula que limita no tempo a internação do segurado, o qual prorroga a sua presença em unidade de tratamento intensivo ou é novamente internado em decorrência do mesmo fato médico, fruto de complicações da doença, coberto pelo plano de saúde. 2. O consumidor não é senhor do prazo de sua recuperação, que, como é curial, depende de muitos fatores, que nem mesmo os médicos são capazes de controlar. Se a enfermidade está coberta pelo seguro, não é possível, sob pena de grave abuso, impor ao segurado que se retire da unidade de tratamento intensivo, com risco severo de morte, porque está fora do limite temporal estabelecido em uma determinada cláusula. Não pode a estipulação contratual ofender o princípio da razoabilidade, e se o faz, comete abusividade vedada pelo art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor. Anote-se que a regra protetiva, expressamente, refere-se a uma desvantagem exagerada do consumidor e, ainda, a obrigações incompatíveis com a boa-fé e a equidade...”

²⁴ VINEY, Geneviève. “*Les Obligations La Responsabilité: effets*”. **Librairie générale de droit et de jurisprudence**, Paris, 1988, p. 21. “...en présence d’un fait portant”, “un préjudice direct ou indirect à l’intérêt collectif des consommateurs”, “demander à la juridiction civile statuant sur l’action civile ou à la juridiction répressive statuant sur l’action civile d’ordonner au défendeur ou au prévenu, le cas échéant sous astreinte, toute mesure destinée à faire cesser des agissements illicites...”

²⁵ TORNEAU, Philippe le. **Droit de la responsabilité**. Paris: Dalloz, 1998, p.1. “Les deux aspects de la fonction préventive de la responsabilité. – La fonction préventive présente deux aspects. Traditionnellement, la responsabilité civile permet, dans la mesure du possible, de prévenir la réalisation de dommages par la crainte légitime de la sanction pécuniaire qu’elle engendre... De même, la législation tant interne que communautaire, tende à édicter une obligation générale de sécurité des produits et des services

sanção penal, aduzindo, ainda, a uma tendência à edição de uma obrigação geral de segurança dos produtos e dos serviços oferecidos no mercado.

O dever de informação quanto à nocividade ou periculosidade, em potencial, de produtos e serviços, na previsão do artigo 9º, do CPDC, enquadra-se, igualmente, neste contexto, na consideração de que o fato de não informar, configura a violação do dever de diligência e prudência, colocando em risco os consumidores. A possibilidade de se perpetrar danos graves e irreversíveis, pessoais, ecológicos, sanitários, genéticos, nucleares, poluição atmosférica, hídrica, comprometimento da flora, fauna, do meio ambiente, e a direitos do consumidor (artigo 6º, VI da Lei 8.078/90) fundamenta, neste contexto, a função preventiva da responsabilidade civil, com arrimo na norma do artigo 5º, XXXV da CRFB/88, Tal dispositivo permite o direito de petição ao Poder Judiciário ante o ilícito de perigo, no propósito de se impedir a concretização da ameaça de lesão a direito ou interesse individual, coletivo ou difuso. A fisiologia jurídica da obrigação de reparar revela que a função preventiva da responsabilidade civil é a única atuação capaz de impedir o ilícito evitando, com isso, a transformação dos direitos fundamentais da pessoa em pecúnia, fenômeno não desejado pelo direito nem pela vítima. Neste ponto, a TFCLC assume papel relevante como fundamento da função preventiva da responsabilidade civil, alicerçado na falta de diligência e prudência do realizador da conduta lesiva a ordem jurídica constitucional, na configuração do ilícito de perigo, para se deflagrar a tutela preventiva dos interesses individuais, coletivos ou difusos. Sim, porque tal situação, *data venia*, não se apresenta compatível com o pensamento clássico da responsabilidade civil consubstanciado em elementos como: o dano, culpa e nexos de causalidade, ainda não configurados no ilícito de lesão jurídica, tendo como pressuposto, apenas o fato perigoso de dano iminente. Demais, a dinâmica do direito, na ótica da realidade social, não permite a espera da ocorrência de um dano a um consumidor ou grupo de consumidores, para que se desencadeie uma sanção ao fornecedor, eis que a inobservância do

offerts sur le marché (V. art. 1º, L. 83-660 du 21 juill. 1983, relative à la sécurité des consommateurs; dir. CEE du 15 oct 1991 – V. infra nº 1551, 1717 et 3971 et s.). Aujourd’hui, ce rôle prophylactique est lui-même en cours d’évolution, sous l’influence d’un nouveau principe dit “de précaution”, venu du droit communautaire, qui essaime progressivement, de-ci de-là, sur les terres du droit interne, y compris du droit privé...”

preceito legal e constitucional, colocando em risco de danos, bens de pessoas inocentes, já se afigura suficiente para se lhe imputar uma sanção de natureza inibitória pela prática do ilícito de lesão, tendo como pressuposto o fato-espécie do ilícito de perigo. Tal situação engendrando a responsabilidade civil em sua função preventiva, encontra arrimo na Teoria da Falta Contra a Legalidade Constitucional, porquanto, ainda, não se tem configurado o dano efetivo, um dos elementos indispensáveis nas teorias objetivistas, de risco e subjetiva, e nem a culpa provada, outra condicionante, igualmente, invariável desta última teoria, na perspectiva de que *mais vale prevenir do que remediar*, possibilitando, assim, a efetiva realização do direito em sua finalidade de Justiça.

16. CONCLUSÃO

A *Teoria da Falta Contra a Legalidade Constitucional (TFCLC)* é uma hodierna e legítima interpretação da responsabilidade civil compatível com o progresso das ciências e do direito, neste início do século XXI. Concilia as teorias da culpa, objetiva e do risco, facilita o acesso da vítima à reparação dos danos injustos, fundamenta a função preventiva da responsabilidade civil, tendo em vista o ilícito de perigo, que se caracteriza por riscos iminentes de danos graves e irreversíveis, configurando lesão à ordem jurídica constitucional, na tutela dos direitos fundamentais da pessoa e de seus bens, ao meio ambiente, ecologicamente, equilibrado, à saúde pública, nas relações de consumo (arts. 5º, *caput*, X, XXII e XXXII, 225, 196, 170, V da CRFB/88 e Leis números 9.605/98, 7.347/85, 6.938/81 e 8.078/90), bem como equilibra a sanção do responsável. A TFCLC demonstra, afinal, que **a regra de ouro da responsabilidade civil hodierna não é reparar, mas impedir o dano ou suprimir a conduta ilícita** e culmina otimizando a linguagem jurídica a bem da Ética, da Moral, e da conversão efetiva do Direito em Justiça. ◆

A APELAÇÃO NA “CAUSA MADURA”

JORGE DE MIRANDA MAGALHÃES

Desembargador TJ/RJ. Professor da EMERJ

A nova Lei nº 10.352/2001, seguindo o critério de modificação do Código de Processo Civil, estabelecido pelo Governo, de fazê-lo através de diversas e sucessivas leis, trouxe a questão alusiva à Apelação nas chamadas causas maduras, ou seja, aquelas que foram extintas sem o exame de mérito, quando este já estava pronto para o julgamento definitivo.

É o que se lê do artigo 515, parágrafo 3º, na nova redação, *in verbis*:

Parágrafo 3º:

“Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.”

A matéria tem despertado discussões acerbas, com elogios, no sentido de que foram atendidos os princípios da economia e da efetividade do processo, eis que o tribunal, afastando a causa sentencial da extinção do processo, sem exame do mérito, fica, de pronto, incumbido nas funções de julgador da causa, se esta for de direito e estiver madura; mas também com críticas, porque estaria ferido o princípio dispositivo, já que a parte não buscou o pronunciamento do tribunal, sobre aquele *mérito*, como ainda a regra constitucional do duplo grau de jurisdição.

É o que nos propomos a examinar.

Que o objetivo da Lei foi atender aos reclamos da sociedade, quanto à lentidão da prestação jurisdicional, que não atende aos direitos sociais de justiça rápida e eficaz, não há qualquer dúvida e, a providência seria elogiável, se não existissem os óbices legais e constitucionais que a ela se opõem.

O primeiro, alusivo à ofensa ao princípio do dispositivo, nos parece incabível e inaceitável.

É que referido princípio fundamental do Código de Processo Civil, estatuído no artigo 302, 1ª parte do Digesto Processual, é plenamente aplicável aos recursos, ensejando o chamado efeito devolutivo aos recursos, adiando a formação da coisa julgada e remetendo ao tribunal competente o exame das questões nele contidas (Arruda Alvim, **Teoria Geral dos Recursos**, in R.P. 58, de 1990, p. 156).

Por ele, não podendo o juiz agir de ofício, aguarda a manifestação da parte, que devolve ao órgão julgador *ad quem* o conhecimento da matéria impugnada.

Ocorre que tal princípio se encontra entre aqueles considerados *fundamentais*, do processo, sobre os quais o sistema jurídico pode fazer opção, considerando aspectos políticos e ideológicos, ao lado de tanto outros, como o da substanciação, o da impugnação específica, o da correlação etc., opondo-se doutrinariamente, aos chamados princípios informativos, considerados quase axiomas, pois prescindem de maiores indagações e não precisam ser demonstrados, não possuindo qualquer conteúdo ideológico: são os princípios lógico, jurídico, político e econômico, conforme ensina Nelson Nery Junior (**Princípios Fundamentais, Tema Geral dos Recursos**, RT, 4ª ed., p. 33).

Nascem da lei e a ela devem obediência, tal como, a proibição da *reformatio in pejus*, ante seu caráter limitado nele estabelecido, de que só a matéria levantada pode ser decidida, afastando a idéia romana da *appellatio generalis*, pela qual a interposição do recurso era o *quantum satis* para que o órgão *ad quem* pudesse reexaminar tudo o que tivesse sido discutido em 1º grau, caracterizando o *beneficium comune* que permitia, por consequência, a hoje vedada *reformatio in pejus*.

Para nós, todavia, se a permissão ao reexame decorre da lei, e da lei decorre a exigência da vontade de recorrer, não há qualquer impedimento na aplicação da nova regra, quanto a esse aspecto, já que o critério é apenas de caráter político e ideológico.

Mais séria é a objeção quanto à ofensa ao chamado duplo grau de jurisdição, eis que a lei afasta, ou teria afastado regra constitucional, pela qual todos os julgamentos devem ser submetidos a reexame, ante a possibilidade de falha humana no julgamento, em síntese.

Ora, o duplo grau de jurisdição é entendido como a possibilidade de a sentença definitiva ser reapreciada por órgão de jurisdição, normalmente de hierarquia superior à daquele que a proferiu, o que se faz de ordinário

pela interposição de recurso. É garantia constitucional ligada ao direito de defesa, sendo porém vista pela doutrina com a ressalva de que deve ter aplicação moderada, não sendo possível aplicá-la como forma de aplicar-se a justiça rápida e efetiva, sem se perder de vista a segurança.

Embora inerente ao chamado *devido processo legal*, de ordem constitucional, diz respeito apenas à sentença, e não aos demais atos judiciais, o que já demonstra a sua incidência limitada e restrita, podendo a lei limitar sua aplicação, por objetivos políticos e ideológicos, tal como ocorre no direito francês e no italiano, entre outros, e no nosso próprio sistema. Vejam-se os casos de restrição de recursos na Lei de Executivos Fiscais (art. 34), na Lei dos Juizados Especiais, que submete a decisão final aos juízes do mesmo grau, em Colegiado, e não no Tribunal de Justiça correspondente.

Analisando a questão já anunciada, Nelson Nery Junior (op. cit., p. 43):

*“Algumas questões que se têm levantado sobre o duplo grau, não pertencem à discussão sobre a incidência, ou não, do princípio. O exemplo mais comum é o da apelação de sentença de extinção do processo, sem exame do mérito, que, quando provida pelo Tribunal **ad quem**, sofre julgamento pelo mérito, sem que o juiz de 1º grau tenha decidido o fundo do litígio.*

O que ocorre nestes casos em verdade, é a discussão sobre a competência, do órgão judicante para conhecer e julgar esta ou aquela questão ou causa. Nada tem a ver com o duplo grau de jurisdição.”

A posição, para nós, é irrepreensível!

Efetivamente, sendo a competência a distribuição legal da jurisdição entre os diversos órgãos que a possuem, resta claro que é a lei quem fixa o poder-dever que têm esses órgãos para julgar as causas, conforme a previsão legal, sendo absoluta ou relativa, conforme os diversos critérios de classificação.

Assim, quando a Carta Federal estabelece a competência dos Tribunais Superior ou Justiça Federal, para julgar as questões ali expostas, e delega aos Códigos de Organização Judiciária o poder de, por iniciativa dos Tribunais de Justiça, fixar sua competência e, por óbvio, a dos juízes de 1º grau, com recursos para o Tribunal, quis, sem dúvida, afirmar que “somente

com a sentença de mérito é que estaria examinada a sua competência para o exercício da atividade judicante (art. 463, caput)”. (Nelson Nery Junior, op. cit. p. 43).

Para nós se afigura claro e indiscutível que, se o Tribunal der provimento ao apelo para afastar a decisão extintiva do processo, sem exame do mérito, ainda que se trate de causa madura, é ele absolutamente incompetente, para o deslinde da controvérsia.

Ressalte-se que, em processamentos já lançados, conforme Súmulas do STF 146/238 e 98/236, assim como em RTJ 104/298, o E. Supremo Tribunal Federal já entendeu que fere o duplo grau de jurisdição o julgamento do mérito pela Corte que afaste a razão da extinção do processo sem exame de fundo, pelo juiz de 1º grau, que se eximiu de julgar a questão de fundo.

Nem aproveita à tese da regularidade desse novo procedimento, esposado pelo parágrafo 3º do artigo 515, conforme a nova lei, dizer-se que idêntico rito podem ter os E. Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça quando, na forma de seus regimentos, ao acolher Agravo de Instrumento contra decisão indeferitória de Recursos Extraordinário ou Especial, nos próprios autos, desde que devidamente instruídos passam a julgar os próprios recursos, que ficarem fisicamente nos tribunais de origem, adentrando ao mérito.

As hipóteses são diferentes.

É que na presente e nova regra, o tribunal afasta a extinção sem exame do mérito e julga a questão de fundo que ainda não tinha sido objeto de exame pelo órgão monocrático de primeiro grau, competente para tanto.

No caso dos Tribunais Superiores, o órgão *a quo* já se havia pronunciado, inclusive quanto ao mérito, e é em relação a ele que o recurso é encaminhado, devolutivamente, ao Tribunal Superior, o qual apenas abrevia o tempo e, pelo princípio da economia, e autorizado por seus regimentos, aproveita os autos do Agravo de Instrumento, onde também deverá estar o Recurso Extraordinário ou Especial fundamentado, e o julga ali mesmo, dando aso à aplicação reclamada da rapidez e celeridade, mas sem praticar qualquer irregularidade processual.

Um outro fundamento, de ordem igualmente constitucional, é a ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Se o magistrado de 1º grau, ao extinguir o feito não examinou a questão de fundo, o apelo interposto só se referiu a essa decisão terminativa e só em relação a ela foi contra-arrazoado. Não houve qualquer manifestação,

nem do Apelante nem do Apelado, embora a questão já estivesse madura, quanto ao mérito eis que, como óbvio, o julgado se referia apenas à questão prévia.

Do mesmo modo, marcado o julgamento da apelação, não haverá nela qualquer pronunciamento a respeito do mérito, por parte de qualquer dos interessados que poderão ser surpreendidos no dia, e na hora, ante eventual reforma da decisão, quanto à questão prévia, através do imediato exame, pelo órgão julgador de 2º grau, da essência da discussão, sem que, repita-se, qualquer delas tenha tido oportunidade de defender sua posição quanto à controvérsia material.

Assim, vulnerados, a um só golpe, três princípios constitucionais: o do devido processo legal, no que tange à competência, o do contraditório e o da ampla defesa, o que torna inaceitável, a nova regra de que se cogita. ◆

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE – ALCANCE DA NORMA CONTIDA NO ART. 481, PARÁGRAFO ÚNICO DO CPC, ACRESCENTADO PELA LEI Nº 9.756/98

SIDNEY HARTUNG BUARQUE

Desembargador TJ/RJ. Diretor de Estudos e Ensino da EMERJ

INTRODUÇÃO

Para um minucioso, embora resumido exame do tema, necessário se faz que consideremos que a nossa Carta Constitucional, que se rege pelo sistema rígido, caracteriza-se pela adoção de mecanismos que dificultam sua modificação, fazendo com que o procedimento que visa a emendá-la seja complexo. Este procedimento, inclusive, é totalmente diverso daquele adotado para a instituição de normas infraconstitucionais.

Como bem relata o Mestre Alexandre Câmara, em sua obra **Lições de Direito Processual Civil**, volume II – 5ª edição:

“este sistema, para operar de forma adequada, exige a previsão de meios de controle da Constitucionalidade das Leis e atos normativos infraconstitucionais. Adota-se, no Brasil, um sistema de controle da constitucionalidade por via judicial, que se manifesta por duas formas: controle concentrado e controle difuso.”

HISTÓRICO

Antes de desenvolver o objetivo principal deste trabalho, há que se fazer um histórico, mesmo que sucinto, do controle da constitucionalidade, que podemos entender, teve o seu desabrochar pelo julgamento do caso “Marbury vs Madison”; como a história nos relata, William Marbury, nomeado para cargo judiciário pelo Presidente Adams, teve sua posse obstada pelo Secretário de Estado James Madison, a mando do novo Presidente Jefferson.

Este fato ensejou o ajuizamento de uma ação perante a Suprema Corte, cujo Chief Justice, Marshall, também fora nomeado pelo Presidente Adams. O pedido foi denegado pela Suprema Corte, sob o argumento de que a Lei que lhe concedia a competência originária para a ação estava eivada de inconstitucionalidade, já que tal competência originária era fixada taxativamente na Constituição, não podendo ser ampliada por norma infra-constitucional.

Marshall, contudo, sustentou que o povo elaborara a Constituição, enquanto seus representantes em cada legislatura, editavam normas infra-constitucionais. Daí o conflito: ou a Constituição anulava os atos legislativos contrários a ela, ou as Leis, podendo modificá-la, tornariam incontrolável o Poder Legislativo.

Mas, a questão, na verdade, teve simples solução, pois se o Poder Legislativo se submete à Constituição que, inclusive, enumera a sua limitação, é fácil concluir que a medida legislativa contrária ao Texto Magno estaria coberta pelo manto da nulidade.

Mas ainda restaria uma questão a ser investigada; seria justamente saber se, mesmo nula, poderia a lei ser aplicada pelo Poder Judiciário. Se se entendesse, conforme acentuou Marshall, a possibilidade da aplicação de norma contrária aos princípios constitucionais pelo Poder Judiciário, estaria simplesmente contrariando o próprio Texto Constitucional, o que, evidentemente, colocaria a Lei Máxima à deriva.

Fácil foi se estabelecer o reconhecimento ao Judiciário quanto à sua competência, para deixar de aplicar normas inconstitucionais, pois estas simplesmente inexistem no sistema, não podendo assim gerar qualquer efeito. Esta doutrina foi adotada em nosso sistema Constitucional a partir da Carta de 1891.

No Direito Constitucional Brasileiro, há que se destacar, dado o limite do presente trabalho, os retoques contidos na Constituição de 1988, denominando de Ação Direta de Inconstitucionalidade a forma de julgar originariamente a representação contra inconstitucionalidade de lei, de ato de natureza normativa federal ou estadual.

Como bem esclarece o Professor Rodrigo Lopes Lourenço, em sua obra **Controle da Constitucionalidade à Luz da Jurisprudência do STF**, 2ª edição, Editora Forense:

“Não ocorreram mudanças durante a vigência da Carta de 1967 e da Emenda Constitucional n° 1/69, as quais mantiveram os dois sistemas de controle acima apontados, restritos à modalidade de verificação por ação, isto é, inexistia método de verificação de inconstitucionalidade por omissão. A verificação abstrata, no entanto, em especial após a radicalização do movimento militar de 1964, foi bastante questionada em face de seu único legitimado ativo, o procurador-geral da República, ser ocupante de cargo comissionado, ou seja, de livre nomeação e exoneração pelo presidente da República, não tendo, assim, o titular daquele órgão a necessária independência para atuar.

A Constituição de 1988 legitimou outros órgãos e entidades para provocar a verificação abstrata por ação, acabando, pois, com o monopólio do procurador-geral da República, e instituiu o controle por omissão, nas modalidades abstrata, ação de inconstitucionalidade por omissão, e concreta, mandado de injunção. Através da Emenda Constitucional n° 3/93, criou-se a ação declaratória de constitucionalidade.”

DESENVOLVIMENTO

Ao tecer as considerações acima, inclusive com um breve enfoque histórico do tema, o que, na verdade, pretende-se neste trabalho é realçar as questões que mais se destacam no incidente de inconstitucionalidade.

Passamos, assim, a analisar o questionamento em relação aos órgãos que exercem este controle, que pode ser político ou jurisdicional. O primeiro se exerce pelas Comissões de Constituição e Justiça do Congresso Nacional, e pelos Chefes do Poder Executivo e do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade. Pode, também, este controle ser jurisdicional quando se exerce por órgãos investidos do poder estatal.

É o caso do Juiz ou Tribunal, no julgamento de um processo, não aplicar um dispositivo legal por considerá-lo inconstitucional. É o que se costuma denominar de controle difuso da constitucionalidade.

Cabe, neste momento, como uma forma de enfatizar a importância do tema refletido neste trabalho, lembrar as palavras do ilustrado Professor Lenio Luiz Streck, quando em sua indagação, afirma uma verdade incontestável:

“Afinal, não parece óbvio que a Constituição é uma norma superior às demais e que ela – a Constituição – é o fundamento de validade das normas infraconstitucionais? Não parece redundante dizer que uma norma infraconstitucional somente tem validade jurídica se estiver em conformidade com outra norma, superior a ela, que é a Constituição da República?”

Conclui o Mestre:

“Entretanto, não é isto que está ocorrendo, é dizer, nem os princípios constitucionais são aplicados e nem as normas infraconstitucionais passa(ra)m pelo necessário processo de filtragem constitucional.”

O Mestre tem razão. Talvez, inclusive, até a própria mecânica atual introduzida pela Lei nº 9.756/98 possa, de certa forma, dar a resposta justa à interrogação que o Mestre apresentou. Quem sabe, a simplicidade do sistema para afastar do universo jurídico a norma inconstitucional, não venha a ser o instrumento de sua efetividade?

Pelo atalho que acabamos de utilizar, podemos agora direcionar nossa abordagem quanto à norma insculpida no artigo 481 do CPC, cujo § único foi acrescentado pela Lei nº 9.756/98, cuja redação é a seguinte:

“Os órgãos fracionários dos Tribunais não submeterão ao Plenário, ou ao Órgão Especial, a argüição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.”

Comentando o dispositivo em questão, o Professor Alexandre Freitas Câmara assim leciona:

“A norma é, para dizer o mínimo, de constitucionalidade duvidosa. Trata-se de mais uma tentativa de estabelecer eficácia vinculante a decisões judiciais, o que – ao menos no caso em exame – viola a garantia constitucional do contraditório.”

Conclui o ilustrado Processualista que a decisão sobre a prejudicial de constitucionalidade proferida num processo não pode produzir efeitos em

outro, pela diversidade de partes. Isto porque, segundo o seu entendimento far-se-á com que uma decisão judicial produza efeitos sobre pessoas que não tiveram oportunidade de influir na formação da decisão anteriormente proferida.

Acentua-se, assim, a divergência quanto ao alcance do dispositivo processual em tela, no que tange ao controle difuso da constitucionalidade, e quanto aos efeitos da decisão proferida atingindo partes que dele não participaram.

Há, portanto, a aparência de que a citada regra processual viole a exigência de **quorum** estabelecida pelo art. 97 da Constituição Federal.

Em que pese o brilhantismo das considerações acima expostas quanto ao entendimento da inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 481 do Diploma processual, pode-se, no entanto, considerar a prescindibilidade de que um órgão fracionário de Tribunal remeta a Plenário ou Órgão Especial o exame de inconstitucionalidade de ato normativo quando a Corte Maior, o STF, já tivesse fixado entendimento antagônico à regra em conflito com a Lei Maior.

Como bem ilustra o Professor Rodrigo Lopes Lourenço:

“O fundamento de tal decisão reside em que a declaração de inconstitucionalidade de um dispositivo, pelo Plenário do Pretório Excelso, é condição necessária e suficiente para que o Senado Federal, com fulcro no preceito inserto no art. 52, X, da Lei Maior, suspenda a respectiva eficácia. Assim, mesmo que a Câmara Alta não venha a exercer tal competência, a presunção de constitucionalidade da regra declarada inconstitucional já terá sido eliminada, tornando desnecessária a aplicação da norma contida no artigo 97.”

Por outro lado, o nobre Professor José Carlos Barbosa Moreira faz a distinção das hipóteses em que se deixa de submeter a arguição ao Plenário ou ao Órgão Especial. A primeira seria quando já houvesse pronunciamento de um dos órgãos do Tribunal sobre a questão em tela, e a segunda hipótese se houvesse pronunciamento do Plenário do Supremo Tribunal Federal.

O erudito Mestre, contudo, alude a que este entendimento estará em sintonia com a norma do artigo 97 da Carta da República. No entanto, faz a distinção quanto à origem de onde adveio este pronunciamento, se em ação direta, ou mera declaração incidental. Entende, assim, que o Plenário

do STF e a maioria absoluta do Tribunal Julgador, ou seu Órgão Especial, são entidades perfeitamente distintas, e o Texto Constitucional não atribui ao primeiro o poder de suprir a falta do pronunciamento do segundo.

Dentro dos limites do presente trabalho, vê-se a divergência quanto ao tema pois a questionada norma processual, se interpretada na forma literal, estaria, inclusive, afastando norma do universo jurídico. Assim, na lição do Mestre Barbosa Moreira,

“Enquanto não sobrevem a suspensão, a norma em foco subsiste no ordenamento e a declaração de sua inconstitucionalidade só gera efeitos no processo em que haja ocorrido.”

Diz ainda o Mestre que:

“Sem a suspensão pode o próprio Supremo Tribunal Federal, em outro feito, mudar de posição e admitir a compatibilidade entre a norma e a Lei Maior.”

CONCLUSÃO

Em que pese os doutos argumentos acima mencionados, dos brilhantes processualistas Alexandre Freitas Câmara e José Carlos Barbosa Moreira, inclino-me a favor da tese esposada pelo digno Constitucionalista Rodrigo Lopes Lourenço pois no momento em que o Plenário do Pretório Excelso declara a inconstitucionalidade de um dispositivo, ele automaticamente produz a inconstitucionalidade de todas as situações jurídicas emanadas da norma afastada do ordenamento.

Não me parece, assim, ofensa a princípios constitucionais a interpretação que se retira do parágrafo único do art. 481 do CPC, diante da finalidade instrumental das normas de direito, mormente no que concerne às questões sobre a constitucionalidade ou não de norma sob o crivo da rejeição do Plenário da Corte Maior.

É justo, assim, consagrar que o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma agasalha, com este resultado, todas as demais questões jurídicas ontologicamente idênticas àquelas, pois o dispositivo declarado inconstitucional fatalmente estende seus efeitos às matérias decididas uniformemente pela norma jurídica eivada de inconstitucionalidade. ◆

AINDA OS LITISCONSÓRCIOS NECESSÁRIO E UNITÁRIO

CARLOS EDUARDO ROSA DA FONSECA PASSOS
Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública – RJ

1. AS CRÍTICAS À REDAÇÃO DO ART. 47, *CAPUT*, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Doutrinadores abalizados já expressaram seu desapontamento com o disposto no *caput* do art. 47 do Código de Processo Civil: “Há litisconsórcio necessário, quando por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo”.

As objeções fundam-se em três argumentos.

Há os que não perdoam o fato de o legislador prestar-se a estabelecer conceitos, tarefa, de regra, de que se incumbe a doutrina.

Outros sustentam que o legislador, além de ousar alcançar definição, fê-lo mal, já que estabeleceu um aspecto temporal – *quando* -, o que, costumeiramente, não atinge a essência do instituto, em seu aspecto ontológico.

Por fim, o comentário mais depreciativo: de o legislador ter conceituado, de forma equivocada, baralhando o litisconsórcio necessário com o unitário, sem que exista relação de gênero e espécie ou de identidade entre as duas figuras. De fato, o primeiro é aquele de formação obrigatória, ao passo que o outro contém decisão uniforme para todos os litisconsortes, no plano do mérito, havendo casos de litisconsórcio necessário não unitário e unitário não necessário.

2. O ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO

Este trabalho não tem pretensão de originalidade, nem objetiva o estudo das diferentes hipóteses de demanda conjunta; busca-se, apenas, trazer pequena contribuição ao estudo da matéria, mostrando que as fortes

críticas não procedem totalmente.

Frederico Marques assinala que “não se confunde o litisconsórcio necessário com o litisconsórcio unitário. Aquele promana da exigência de participação no processo de todas as partes, visto que a decisão da lide vincula todos os que estão integrados na relação jurídica a que se prende o conflito litigioso a ser composto. Já o litisconsórcio unitário - como bem ensina José Carlos Barbosa Moreira - diz respeito ao modo por que se rege as relações dos litisconsortes entre si e com a parte contrária, nos casos em que seja necessário ou não o litisconsórcio - a situação jurídica litigiosa submetida à apreciação judicial tem de receber disciplina uniforme, não se concebendo que a decisão da lide seja uma para esta e outra para aquele co-litigante; tal é o problema do regime especial característico ao litisconsórcio unitário”.¹

Neste sentido, também Hélio Tornaghi, ao asseverar que “o problema da unidade (litisconsórcio unitário) ou pluralidade de relações processuais (litisconsórcio plural) não se confunde com a contingência ou necessidade do litisconsórcio. O Código comentado não logrou perceber a diferença”. E arremata que “o art. 47 estabelece lamentável confusão entre litisconsórcio necessário e litisconsórcio unitário. Como foi demonstrado nas considerações feitas a propósito da epígrafe desta secção, essas duas noções não coincidem, não se justapõem”.²

José Carlos Barbosa Moreira, que realizou o mais substancial estudo sobre o assunto, salienta que “para tornar coextensivos os conceitos de litisconsórcio unitário e de litisconsórcio necessário, seria preciso: a) que todo litisconsórcio unitário fosse necessário, isto é, que não houvesse litisconsórcio unitário facultativo; e vice-versa; que todo litisconsórcio necessário fosse unitário, quer dizer: que não existisse litisconsórcio necessário comum. Ainda: se verdadeira somente a proposição a), o litisconsórcio unitário constituiria espécie do gênero litisconsórcio necessário; reciprocamente, se verdadeira somente a proposição b), o litisconsórcio necessário constituiria espécie do litisconsórcio unitário”. Conclui o nosso maior processualista que “no direito brasileiro, inexistindo coextensividade entre os dois conceitos, ou relação de espécie a gênero, não há por que cogitar dos pressupostos da

¹ MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1975. v. I (Teoria Geral do Processo), p. 259 e 260.

² TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 1974. v. I, p. 209, 214 e 215.

necessariedade como pressuposto da unitariedade do litisconsórcio”.³

Em abono das proposições antes emitidas, seguindo o velho ritual da dialética, os processualistas indicam casos de *litisconsórcio necessário e unitário* (*verbi gratia*, na ação movida pelo Ministério Público pretendendo desconstituir o casamento, em que é obrigatória a citação de marido e mulher e uniforme a decisão), de *litisconsórcio unitário e não necessário* (na ação proposta por vários sócios em face da sociedade, objetivando a anulação de determinada assembleia, caso em que a decisão será obrigatoriamente uniforme para todos os litisconsortes - os sócios - e a formação do litisconsórcio não é imprescindível) e de *litisconsórcio necessário não unitário* (ação de usucapião em que o pedido pode ser procedente em relação a um dos réus e improcedente quanto a outro).

Não se pode imputar ao legislador um equívoco sem limites, ou como pretende Hélio Tornaghi, não ter a lei enxergado a distinção entre as duas figuras de causa conjunta, como será demonstrado.

O que é quase indiscutível, sob o ponto de vista doutrinário, é que, no regime especial do litisconsórcio unitário, a extensão da coisa julgada se projeta em relação a terceiros: a indiscutibilidade e a imutabilidade, atributos da *res iudicata*, se aplicam àqueles que poderiam ser litisconsortes e não foram.

Tal hipótese, que só acontece no litisconsórcio unitário ativo, foi objeto de considerações doutrinárias, concluindo alguns que, em face da obrigatória igualdade da decisão de mérito, no regime especial de litisconsórcio, a autoridade da coisa julgada impõe-se àquele, que não foi parte e poderia ser.

Chiovenda sustenta que “no domínio dos direitos potestativos, verificamos a eventualidade de casos em que o direito de impugnação de um ato correspondente a diversas pessoas sujeitas ao mesmo ato, e nos quais o ato pode existir ou não existir senão com relação a todos os sujeitos, a coisa julgada, formada sobre a impugnação proposta por um, exclui as impugnações dos outros; e isto, não porque os outros fossem representados no primeiro processo, e sim porque ao juiz não seria possível operar a anulação do ato em relação a um, quando já fora levado a negá-la em relação a outros”.⁴

³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Litisconsórcio Unitário*, Rio de Janeiro: Forense, [19]. p. 132 e 133, 137 e 138.

⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 1, p. 419.

Enrico Tullio Liebman, diversamente, ensina que “a comunhão dos fins dos vários sujeitos, a natureza do ato uno e indivisível, que não pode subsistir, ou decair, na sua totalidade, em relação a todos, não excluem a personalidade, a individualidade da legitimação de cada um propor a impugnação. A idêntica qualidade (do sócio, do interessado na anulação do ato etc.) não é senão o pressuposto comum da legitimação autônoma e pessoal reconhecida a todos os que se encontram naquela determinada situação”. Faz, ainda, a seguinte asserção: “A consequência natural e normal é que cada ação pode ser proposta independentemente e que a procedência de uma delas extingue todas as outras, ao passo que a sua rejeição não as prejudica”.⁵

Atenuando a afirmação categórica de exceção ao princípio da relatividade da coisa julgada (art. 472 do Cód. de Proc. Civil), de que a sentença não prejudica nem beneficia terceiros, justifica-se a não-observância da regra geral de que *res inter alios*, segundo a lição chiovendiana, pelo fato de a lide ser a mesma e, portanto, não ser possível, em processo posterior, decidir o Juiz de forma diferente para aquela parte que poderia e não participou da relação processual anterior (art. 471, *caput*, do mesmo estatuto), estendendo-se a ela o que foi decidido.

3. A SOLUÇÃO BRASILEIRA DO JULGAMENTO *SECUNDUM EVENTUS LITIS*

A doutrina brasileira encontrou como solução, para evitar a fraude e a injustiça, a aplicação do disposto no art. 18 da Lei nº 4.717/65⁶ com os seguintes parâmetros: se procedente o pedido ou considerado válido o ato pelo juiz na sentença, a autoridade da coisa julgada atinge aqueles que não foram partes no processo e poderiam fazê-lo na qualidade de litisconsortes ativos; tal não ocorreria se improcedente o pedido por falta de provas, incidindo por analogia a disposição antes referida.

Essa é a lição de José Carlos Barbosa Moreira, que sustenta o seguinte: “A inteligente solução da Lei nº 4.717 merece ampliação expressa, *de lege ferenda*, às outras espécies do mesmo gênero. Contudo, ainda de *iure conditio*, nada impede que se lhes aplique por analogia, ante a inexistência

⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da Sentença*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, [19—]. p. 231 e 232.

⁶ Norma inspirada em proposta de Machado Guimarães, como afirmou Seabra Fagundes, certa vez, em conferência pronunciada na Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro.

de regras específicas que, fora do âmbito da ação popular, disciplinem a matéria”.⁷

A exortação feita pelo processualista surtiu resultado, já que foi atendida pelo legislador. Com efeito, disposições idênticas encontram-se no art.16 da Lei nº 7.347, de 24/7/85, a qual rege a ação civil pública, e no art. 103 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11/9/90).

Não obstante a ampliação do âmbito de incidência legal, pela regra prevista na lei da ação popular, permanece válido o asserto de que ela comporta aplicação analógica, pois mesmo estabelecendo novas hipóteses, estas não se aplicam a todos os casos.

4. O LITISCONSÓRCIO UNITÁRIO

Insista-se: a hipótese é um problema que somente ocorre no litisconsórcio unitário ativo.

Considere-se, de princípio, afastada a possibilidade de litisconsórcio unitário, de difícil configuração, quiçá impossível, nas ações condenatórias.

Assim, o problema do litisconsórcio unitário reside nas ações constitutivas e nas declaratórias.

Certa doutrina, com razão, tem sustentado o descabimento do litisconsórcio necessário ativo. E isso, por ser a ação um poder, tem caráter dispositivo, que repugna a sensibilidade jurídica encontrar na litigância um traço de dever,⁸ daí por que negam alguns a existência de litisconsórcio necessário ativo⁹; os exemplos de litisconsórcio necessário ativo, comumente apontados pela doutrina,¹⁰ encerram, *data venia*, equívoco justificado por interpretação precipitada de tais normas.

Com efeito, aí, as demandas não são obrigatoriamente conjuntas.

Consoante sustenta Wilson Marques, no primeiro caso, o que se exige é o consentimento do cônjuge, para que o outro possa litigar. Da mesma maneira, quando o inventariante é dativo, a parte é uma só: o espólio. Os herdeiros são co-representantes do espólio, havendo imperfeição de redação. Outrossim, no art. 952, o litisconsórcio necessário é só o passivo, até porque,

⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Direito Processual Civil, Ensaios e Pareceres**. São Paulo: Borsoi, p. 292.

⁸ Código de Processo Civil, art. 2º.

⁹ Neste sentido o ilustre processualista e Desembargador Wilson Marques, em numerosas conferências pronunciadas neste Estado.

¹⁰ Arts. 10, *caput*, 12, § 1º, e 952, todos do Código de Processo Civil.

consoante dispõe a lei, “qualquer condômino é parte legítima para promover a demarcação”, aliás, em consonância com o art. 623, II, do Código Civil, que permite a qualquer condômino, independente dos demais, reivindicar a coisa de terceiro.

O que se escreve acerca da inexistência do litisconsórcio necessário ativo objetiva justificar para o leitor porque é possível, não obstante haver projeção da coisa julgada a terceiros, ser o litisconsórcio unitário facultativo, já que não se pode obrigar ninguém a litigar; daí a não-coincidência entre o litisconsórcio necessário e o unitário e não ser este espécie do primeiro.

Entretanto, quando o litisconsórcio unitário é passivo, a situação muda por completo. Se, por um lado, aquele sócio Y, que não pretendeu acionar a Sociedade X e não fez parte da relação processual firmada por outro sócio Z como autor e a Sociedade X como ré, objetivando desconstituir a deliberação da Assembléia, pode, com as ressalvas antes estabelecidas, sofrer a autoridade da coisa julgada, embora não sendo parte, de outro, se o litisconsórcio é unitário passivo, exatamente por força da extensão da coisa julgada, a formação do litisconsórcio é obrigatória.

O Professor Liebman ensina que “... *audiatur et altera pars*. É com a citação que se instaura o processo. Sem esse ato essencial não há verdadeiramente processo, nem pode valer a sentença que vai ser proferida. Um cidadão não pode ser posto em face de uma sentença que o condena, quando não teve a oportunidade de se defender. Sempre foi assim e façamos votos para que sempre assim seja”.¹¹

Da mesma forma que se repele a obrigatoriedade de demanda conjunta no pólo ativo, repugna a extensão da coisa julgada a terceiros, que não figuraram como réus na relação processual e não tiveram oportunidade de defesa. O terceiro não está obrigado a litigar, mas deve obrigatoriamente ser citado se vier a sofrer a autoridade da coisa julgada, em face do princípio do contraditório, ou seja, se é parte, se se lhe atribui o dever jurídico correspondente.

Entendimento diverso importaria em admitir a fraude, sem que restasse outra alternativa para o terceiro, que desconhecesse a demanda, que não poderia utilizar-se da ferramenta prevista no art. 18 da Lei da Ação Popular, que só se permite para o autor.

¹¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Editor José Bushatsky, 1976. p. 179.

Suponha-se determinado caso de litisconsórcio unitário passivo, em que somente os litisconsortes **A** e **B** foram citados, sem que tenha ocorrido a integração de **C** no processo. Imagine-se que **A** e **B** reconheçam a procedência do pedido ou deixem de contestá-lo. Admitindo-se ser possível litisconsórcio passivo unitário facultativo, chegar-se-ia à absurda conclusão de que a decisão produziu coisa julgada em relação a **C**, sem que este pudesse defender-se, afrontando o contraditório e o princípio do devido processo legal e, ainda, permitindo a eventual ocorrência de fraude do autor, de **A** e de **B** contra **C**.

Quer isto dizer que, a despeito de não ser o litisconsórcio necessário passivo sempre unitário, a recíproca não é verdadeira: o litisconsórcio unitário passivo é inevitavelmente e sempre necessário. Em outros termos, não existe litisconsórcio unitário passivo facultativo. E só não é necessário no pólo ativo por ser a ação um direito e proscrita a possibilidade de impelir alguém a litigar, o que afasta a relação de gênero e espécie entre as duas figuras de demanda conjunta. Assim, *é a uniformidade da decisão de mérito, que vai tornar necessário o litisconsórcio unitário passivo*, em razão da natureza da relação jurídica, como dispõe o art. 47.

Identifica-se o litisconsórcio necessário, segundo a melhor doutrina, por imposição legal e quando se pretenda declarar a ineficácia de ato jurídico ou desconstituí-lo, havendo dele participado mais de uma pessoa. Eis aí, nesta hipótese, a modalidade de litisconsórcio necessário e unitário, a que, certamente, o legislador aludiu no art. 47 do Código de Processo Civil, quando menciona como critério norteador de caracterização do litisconsórcio necessário a unitariedade da decisão no plano do mérito.

Isso significa dizer que, no pólo passivo da relação processual, o litisconsórcio necessário abrange o unitário.

Em outras palavras, nem todo litisconsórcio necessário passivo é unitário mas todo litisconsórcio unitário passivo é necessário.

5. IMPUGNAÇÃO DO ATO PELO MANDADO DE SEGURANÇA

Não se confunda a hipótese antes formulada com aquela em que o ato é praticado por uma pessoa e afeta terceiros, prejudicando-os ou os beneficiando. Exemplo típico é o ato administrativo que, não raramente, afeta a relação jurídica de terceiros. Os prejudicados, obviamente, têm legitimação para desconstituí-los. Os beneficiados, no entanto, só têm interesse jurídico na sua manutenção.

A hipótese suscitada ocorre com maior freqüência no mandado de segurança.

Segundo entendimento amplamente majoritário da doutrina, todos aqueles que obtêm vantagem com a decisão administrativa, objeto daquela ação de impugnação autônoma, devem ser citados como litisconsortes necessários.

Celso Barbi, v.g., leciona que “a doutrina predominante considera existir litisconsórcio necessário quando a relação jurídica substancial é una em referência a várias pessoas, de forma que sua modificação, para ser eficaz, se deve operar em face de todas; o que implica a participação necessária de todos os interessados, como autores ou réus na demanda”¹². Não se cogita de contrato administrativo, pois nesta hipótese o ato foi praticado por mais de uma pessoa e, para desconstituí-lo, é necessária a citação de ambos os contratantes, o particular e a Administração, recaindo a hipótese nas regras gerais de identificação do litisconsórcio indispensável.

Por tal razão, o direito pretoriano, amplamente majoritário, *d. v.*, em meu entendimento, equivoca-se, quando exige a citação de todos os beneficiários do ato administrativo realizado *apenas* pela administração como litisconsortes necessários, em demanda que versa sobre a anulação deste ato. E a justificativa é óbvia: se o ato só foi praticado por aquela, apenas ela deve ser citada na ação desconstitutiva.

Tornar alguém réu em uma demanda, sujeitando-o à coisa julgada, por ser mero beneficiário de certo ato jurídico, do qual não foi partícipe e que se objetiva anular, é, no mínimo, afrontar o bom senso. Mais sensato e jurídico é fazer integrar a relação processual, apenas, quem praticou o ato, proporcionando ao terceiro a liberdade de, se quiser, intervir como assistente.

Ninguém supõe haver litisconsórcio passivo necessário, em ação de anulação de deliberação de assembléia, dos sócios por ela beneficiados.

Calamandrei ministra lição pertinente para a hipótese: o interesse do beneficiado pelo ato administrativo “é um interesse egoísta, que tem sua base na própria vantagem que o interveniente espera da parte ajudada, ou na desvantagem que teme de sua derrota: vantagem e desvantagem que não devem ser puramente morais ou sentimentais (*omissis*); senão que devem ter um substrato jurídico, no sentido de que as conseqüências vantajosas ou

¹² BARBI, Celso Agrícola. **Mandado de Segurança**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 183.

desvantajosas que o interveniente espera ou teme para si devem ser tais que repercutam, em sentido favorável ou desfavorável para ele, em uma relação jurídica da qual seja ele objeto”.¹³

A jurisprudência, infelizmente, não se apercebeu de algo simples, mas significativo: o beneficiado, embora obtenha a vantagem, não participou da realização do ato administrativo impugnado, não se atribui àquele o dever potestativo correspondente e, portanto, não é legitimado passivo.

Carnelutti, com a proficiência e a precisão de sempre, analisa a questão em seus devidos termos: “Quem se colocar neste ponto de vista compreende em seguida porque a falta de participação de um terceiro pode constituir um perigo de injustiça da sentença e inclusive uma anomalia do processo. Na realidade, o perigo de injustiça pode se dar também por uma falta de intervenção adesiva, posto que não é possível excluir que também neste caso o interventor contribua com elementos decisivos para a justa composição do litígio; mas como o interventor adesivo é uma parte acessória, não seria possível pensar, então, um defeito do processo. Muito mais grave é a falta do interventor principal, posto que ao ser nesse caso a questão comum também ao seu litígio, falta na realidade do processo um dos litigantes”.¹⁴

Desfeita a locação, resolve-se a sublocação, diz a lei.

Por tal razão, é relevante a presença do sublocatário na ação de despejo movida pelo locador em face do locatário, pois se o pedido for procedente, o subinquilino deverá desocupar o imóvel. Tal como o beneficiado pelo ato administrativo, o sublocatário sofrerá efeito direto e imediato da sentença, na relação jurídica que mantém com o sublocador. E, no entanto, ninguém se aventurou a sustentar o litisconsórcio necessário na hipótese, mas, somente, a assistência.

Embora não se refira, expressamente, à hipótese discutida, a antevisão do pensamento genial de Carnelutti, sempre à frente de seu tempo, explica, em termos de princípio, o que deve ser estabelecido para a matéria.

6. O CONFLITO ENTRE OS VALORES JUSTIÇA E SEGURANÇA

Segundo um supremo ideal de *justiça*, todos os terceiros atingidos pela sentença, quer direta, quer indiretamente, a rigor, deveriam, de alguma

¹³ CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil**. São Paulo: Bookseller, [19—]. v. 2, p. 249/250.

¹⁴ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. v. III (Classic Book), p. 836.

forma, tomar conhecimento da demanda, que lhes trouxesse vantagem ou desvantagem, a fim de poderem intervir, de forma adequada, no processo, concorrendo para uma solução mais justa.

Para tanto, todavia, o legislador teria de sacrificar outro ideal do Direito, a *segurança*, permitindo que o conflito permanecesse sem solução por mais tempo, alargando-se o procedimento e aumentando, desnecessariamente, o tempo que leva para o restabelecimento da paz social com a composição do litígio.

O procedimento exigiria dilação incompatível com o interesse tutelado, especialmente tratando-se de mandado de segurança, em que o procedimento é, obrigatoriamente, conciso.

Constitui tema cediço a antítese entre **Justiça e Segurança**.

Um desses postulados, *sempre*, cederá em prol do outro. E a despeito da oposição de idéias, elas são compatibilizadas, segundo o interesse a prevalecer.

Na hipótese, a rapidez no restabelecimento da paz social e a abreviação do procedimento são mais relevantes, por uma razão muito singela: o terceiro, no caso, não fica submetido à autoridade da coisa julgada.

São situações inteiramente diversas, impedir alguém de sujeitar-se à coisa julgada sem a oportunidade de defesa (litisconsórcio passivo unitário e facultativo) e pretender que terceiros sejam obrigatoriamente citados por terem mero interesse jurídico.

Não podem confundir-se hipóteses diferentes: um ato realizado isoladamente pode lesar direitos subjetivos e beneficiar terceiros. Os lesados têm legitimação para impugnar o ato. Os beneficiários dele têm mero interesse jurídico, a justificar, apenas, a assistência, modalidade espontânea de intervenção de terceiros.

O entendimento, por outro lado, enseja sérias dificuldades de ordem prática e distorções. Admita-se determinada ação, proposta por um candidato em concurso público, que objetive anular sua reprovação. A decisão judicial, evidentemente, poderá afetar a relação jurídica dos outros candidatos com a Administração. E adotada a tese do litisconsórcio necessário, todos terão de ser obrigatoriamente citados, atrasando a prestação jurisdicional, especialmente, quando se trata de milhares de candidatos aprovados.

Para resolver esse problema, que, ressalte-se, não existe, e o que é pior, lança-se mão de uma solução ilegal: a citação dos candidatos por edital, para

abreviar o procedimento, o que importa na nulidade daquele ato processual.

Ademais, a prevalecer o ponto de vista de que há litisconsórcio passivo, na ação de anulação de deliberação de assembléia, todos os sócios por ela beneficiados teriam de ser citados como litisconsortes passivos.

Retomando o tema principal, poder-se-á admitir que o legislador tenha sido objeto do velho adágio popular: atirou no que viu e acertou no que não viu. Tal conclusão contraria o recomendado pela hermenêutica. O exegeta deve sempre procurar alcançar a finalidade útil na lei, vedada a conclusão que conduza ao absurdo.

Assim, certamente tendo em vista esse aspecto é que foi editado o texto do art. 47 do Cód. de Proc. Civil.

Há aqueles que, no afã de afastar relação de gênero e espécie entre as duas figuras, apontam caso de litisconsórcio unitário passivo facultativo, *exempli gratia*, a solidariedade passiva. Muito embora haja dupla conexão, aquela não encerra decisão obrigatoriamente uniforme, tendo em vista que, em tese, pode um dos devedores solidários alegar e ser acolhida exceção pessoal (art. 911 do Cód. Civil), o que não importaria, necessariamente, a mesma decisão para todos os réus (cf. José Carlos Barbosa Moreira, ob. citada, p. 125, e Pontes de Miranda, “*Comentários...*”, v. II, p. 103), embora, normalmente, ela seja igual para os devedores solidários.

Outras hipóteses passíveis de dúvida seriam a legitimação passiva extraordinária exclusiva e a sucessão processual, já que a autoridade da coisa julgada também se projeta para o substituído e o sucessor. Mas aí não há litisconsórcio, visto como eles não são réus. São casos de assistência qualificada previstos nos arts. 42 e 54 do Cód. de Proc. Civil, e aquela não se confunde com a intervenção litisconsorcial voluntária, que só se dá no pólo ativo da relação processual, de vez que quem escolhe o réu é o autor, já o dizia Chiovenda.

Uma outra conjectura poderia ser feita: a ação pauliana não exige a citação de todos os que praticaram os atos fraudulentos, *ex vi* do art. 109 do C. Civil.

Ora, o vocábulo “poderá” deve ser entendido como deverá. Neste sentido, Silvio Rodrigues, ao realçar que “a leitura do artigo talvez sugira que a demanda possa ser proposta, indiferentemente, contra uma, ou contra mais de uma dessas pessoas. Se a ação se destina a anular um ato entre duas pessoas, seria insólito propô-la contra só uma delas, excluindo a outra, ou seja, justamente aquela que tem a propriedade e a posse da coisa que se

pretende reaver”.¹⁵ Comungando do entendimento, também, a jurisprudência (cf. *RT* 106/552). Apesar de não ser da preocupação do ilustre professor paulista a questão da extensão da coisa julgada a terceiros, que não fizeram parte do processo, na verdade, esta é a verdadeira razão da imposição da demanda conjunta.

Cumpra salientar que o equívoco não foi desfeito no Código Civil de 2002, a entrar em vigor, como se verifica de seu art. 161.

7. CONCLUSÃO

Ao cabo dessa breve exposição, pode concluir-se que:

a) o litisconsórcio unitário ativo é sempre facultativo, por ser o direito de agir não obrigatório;

b) o litisconsórcio unitário passivo é sempre necessário, inexistindo litisconsórcio unitário passivo facultativo, impondo-se a citação de todos os litisconsortes, em face da necessidade de uniformidade de decisão no plano do mérito e de respeito ao princípio do contraditório;

c) o litisconsórcio necessário é sempre passivo, podendo ou não ser unitário; e

d) não há litisconsórcio necessário da Administração com o beneficiário do ato administrativo, em ações mandamentais ou não e que versem sobre a anulação destes atos, desde que praticados apenas por aquela. ◆

¹⁵ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 1 (Parte Geral), p. 252 e 253.

CRITÉRIOS DETERMINANTES DA RELAÇÃO DE FILIAÇÃO NO DIREITO CONTEMPORÂNEO

JULIETA LÍDIA LUNZ

Desembargadora Federal - 2ª Região

I. INTRODUÇÃO

Toda pessoa integra-se numa família em face às relações de parentesco que a filia – entendidas as expressões **família** e **parentesco** no sentido amplo. Os integrantes de uma família são unidos por laços de consangüinidade ou de afinidade.

O vínculo familiar na atualidade se verifica tendo em linha de consideração o seguinte:

- o casamento civil;
- o casamento religioso com efeito civil;
- a união estável.

Verifica-se nesta introdução que o parentesco originado destas vinculações filiam seus frutos por laços de:

- consangüinidade;
- afinidade.

O parentesco por consangüinidade é a vinculação natural e jurídica que ocorre ou existe entre as pessoas que descendem de um mesmo ancestral ou, melhor explicitando, que descendem de um mesmo tronco familiar. Neste contexto, a expressão **parente** se emprega restritamente para indicar tão-somente os indivíduos ligados pela consangüinidade, e disto decorre ser imprópria a expressão **parente** para indicar pessoas que se unem à família em razão do casamento.

Com efeito, torna-se impossível a abordagem da filiação sem adentrar no conceito de parentesco e sua origem.

II. ORIGEM DA FAMÍLIA

A família nasce e se desenvolve pela comunhão de direitos, obrigações e sobretudo pelo encontro afetivo que se mostra presente nas situações sociais antes referidas e aqui reiteradas:

- casamento civil;
- casamento religioso com efeitos cívéis (Lei nº 1.110/50 e arts. 71 e 75 da Lei nº 6.015/73);
- união estável entre homem e mulher (Lei nº 9.278/96 que regulamentou o § 3º do art. 226 da Constituição Federal através da Lei da Convivência).

A entidade familiar reflete-se na comunidade integrada pelos pais e seus descendentes. Surge desta comunidade a filiação, gerada pela paternidade responsável.

Neste contexto, o parentesco se estabelece, seja na linha da ascendência masculina como na feminina.

Com relação ao vínculo de afinidade, guarda ela de um lado, simetria ou paralelismo com o parentesco por consangüinidade, enleando os parentes de um cônjuge ou companheiro e de outro, no que diz com as linhas, as espécies e a contagem dos graus.

No que diz com o parentesco por linha, tem-se a dimensão da linha reta e da linha colateral, sendo parentes na linha reta aquelas pessoas que descendem umas das outras na relação direta de ascendentes e descendentes.

Neste tópico interessa o tema em questão, versado nesta explanação pertinente aos critérios determinantes da relação de filiação no direito contemporâneo.

III. A FILIAÇÃO

Desde que o parentesco na linha reta ou direta é infinito, por mais afastado que seja o ascendente, guardará com o recente descendente a linha de parentesco; cada geração representa um grau correspondente à relação de parentesco de pai para filho.

A filiação que decorre na linha reta, de parentesco natural ou civil, qual seja a que decorre da consangüinidade ou não (tal é a hipótese da adoção ou do reconhecimento judicial) já não comporta a distinção quanto a sua legitimidade, a teor do art. 227, § 6º, da Constituição Federal, *in verbis*:

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência

familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

.....

§ 6.º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

Ocorre no direito contemporâneo a assimilação da filiação natural ou civil sem qualquer distinção quanto à origem da paternidade – compreendida esta na ampla extensão do genitor e da progenitora (geratriz) ou mãe.

De tal sorte que os filhos, sejam havidos ou não da constância do casamento ou fruto da união estável ou do casamento religioso, integram a família de seus pais pelo laço da filiação ou do parentesco na linha direta ou na linha reta. E no desenvolver natural da humanidade dão continuidade à mesma família ou a seu desdobramento ou ramificação.

IV. A CONCEPÇÃO MODERNA DE FILIAÇÃO

A moderna concepção de filiação tem por escopo a proteção do núcleo familiar enquanto célula da sociedade civil e destinatária da proteção do Estado.

Com efeito, suficiente não se mostrasse a destinação protectiva do Estado, a filiação ainda se mostra como o laço afetivo que une os filhos a seus pais em estreita ligação da qual origina-se a solidez da família que, fortalecida, inspira e projeta a base da sociedade na qual se integra.

V. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DA FILIAÇÃO

Efetivamente sob o aspecto jurídico, não ocorre mais quaisquer distinções quanto à filiação legítima ou ilegítima, seja em face à ordem constitucional, seja em razão da legitimação da família enquanto organismo que surge da vinculação afetiva e moral dos cônjuges e ou dos companheiros.

Da legitimação da origem do grupamento familiar, decorre a legitimidade da filiação de suas frutificações. Afirmado-se com efeito a inversão da ordem antecedente e mesmo se propiciando a presunção de legitimidade aos filhos de quantos se unem com objetivo permanente.

VI. O DIREITO AO NOME

Da presunção de legitimidade dos laços da filiação natural ou civil, tem-se uma projeção primeira, que reside no direito ao nome. O direito ao nome não regulamentado pelo Direito Civil Brasileiro no Código de 1916, integra a personalidade do indivíduo como atributo que o distingue e o identifica pessoalmente.

Conveniente pontuar a lição de San Tiago Dantas, *verbis*:

“O Código Civil Brasileiro não regulamentou o direito ao nome, pois isto parecia desnecessário a Clovis Bevilacqua, visto como, na sua opinião, o nome já estava suficientemente protegido com aquelas normas jurídicas que impedem a alguém de usurpar a personalidade alheia, fazer-se passar por outrem. Mas a verdade é que o direito ao nome cada dia se impõe mais à consciência dos juristas como uma categoria autônoma dos direitos da personalidade.

É, realmente, um atributo do homem, que ele precisa defender de todos os modos, pois que por ele se identifica a sua personalidade e a usurpação dele por outrem pode trazer as mais graves conseqüências, tanto patrimoniais como morais. Não se pode levar a proteção ao nome ao ponto de impedir que uma pessoa adote o nome de outra, mas pode-se levá-la ao ponto de impedir que uma pessoa que tenha um nome tome para certos fins, mesmo lícitos, o nome de uma terceira. Quer dizer que precisamos dar uma proteção específica ao nome, pois, não basta a regra que proíbe o estelionato, impedindo que uma pessoa tome o nome de outra pessoa para cometer um ato ilícito; é preciso proteger mesmo a usurpação do nome inocente, pois que existe aí a apropriação de um bem que está na personalidade de outra pessoa. Note-se que o nome civil não tem nada de comum com o nome comercial. Enquanto que o nome civil é um direito da personalidade com todas as características de intransmissibilidade, inestimabilidade etc., o nome comercial é um bem patrimonial que está nas mãos do comerciante como as mercadorias nos seus armazéns.”

VII. O RESPEITO À DIGNIDADE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Outro aspecto que se reflete na moderna concepção de filiação diz respeito à dignidade da criança e o direito do filho à convivência familiar.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, como se viu, nitidamente se erigiu a grau hierarquicamente superior, a noção da “*paternidade responsável*”, já que, de acordo com o art. 227, § 6º, “os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

E a partir deste marco, novas leis ordinárias foram promulgadas com a finalidade de regulamentar o comando constitucional, mas sem que tenham conseguido, na verdade, alcançar tal desiderato.

A fragmentação da matéria por textos legislativos que se superpõem indicam a evolução social e política da condição dos filhos não-matrimoniais. A legislação infraconstitucional, abaixo relacionada, noticia o processo social evolutivo, a saber:

. Lei nº 7.841/89, que revogou o art. 358 CC, exatamente a norma impeditiva de reconhecimento de filhos havidos fora do casamento.

. Lei nº 8.069/90, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências.

. Lei nº 8.560/92, que regula a investigação de paternidade de filhos havidos fora do casamento e dá outras providências, revogando o art. 337 CC.

VIII. O DIREITO À DECLARADA PATERNIDADE

Com relação a esta matéria, a Lei nº 8.560/92 estatui no art. 2º, e seus parágrafos, que “em registro de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, o oficial remeterá ao juiz certidão integral do registro e o nome e prenome, profissão, identidade e residência do suposto pai, a fim de ser averiguada oficiosamente a procedência da alegação”.

Instala-se assim, por via oblíqua, uma averiguação da paternidade. Tal dispositivo tem por escopo o resguardo do direito à declarada paternidade – direito personalíssimo – art. 29 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Criticado tal dispositivo sob o argumento de que a opção do legislador insinua-se claramente contra a autonomia da pessoa humana ao converter a paternidade, literalmente, de questão de *estado* em questão de *Estado*.

No entanto, a referida lei tem por finalidade não somente o resguardo do direito à paternidade como perquirir esta com a finalidade de torná-la responsável pela filiação que gerou, a teor do art. 226, § 7º, da Constituição Federal, *verbis*:

“Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

.....
§ 7.º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.”

IX. PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL

Infere-se do teor da lei em comento o princípio da paternidade responsável, que se encontra imbricado com o do respeito à dignidade da criança e do adolescente, pretendendo, seja o legislador constitucional ou o infraconstitucional, assegurar-lhes a certeza da paternidade e o direito ao convívio familiar.

X. PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

A afetividade tem fundamento social e viés constitucional; não sendo mais um aspecto exclusivamente sociológico ou psicológico. No que respeita aos filhos, a evolução dos valores da civilização ocidental levou à progressiva superação dos fatores de discriminação, entre eles. Projetou-se, no campo jurídico-constitucional, a afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade. Encontra-se na Constituição Federal brasileira três fundamentos essenciais do princípio da afetividade, constitutivos dessa aguda evolução social da família, máxime durante as últimas décadas do Século XX:

- a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º);*
- b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º);*

c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º).

A filiação biológica era nitidamente recortada entre filhos legítimos e ilegítimos, a demonstrar que a origem genética nunca foi, rigorosamente, a essência das relações familiares. A Constituição não tutela apenas a família matrimonializada e não estabelece mais distinção entre filhos biológicos e adotivos. As pessoas que se unem em comunhão de afeto, não podendo ou não querendo ter filhos, é família protegida pela Constituição.

A igualdade entre filhos biológicos e adotivos implodiu o fundamento da filiação na origem genética. A concepção de família, a partir de um único pai ou mãe e seus filhos, eleva-os à mesma dignidade da família matrimonializada. O que há de comum nessa concepção plural de família e filiação é a relação entre eles fundada no afeto.

XI. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA À FILIAÇÃO

O princípio da afetividade, assentado nesse tripé normativo, especializa, no campo das relações familiares, o macroprincípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da Constituição Federal), que preside todas as relações jurídicas e submete ao ordenamento jurídico nacional bem insuscetível de valor.

Emmanuel Kant, em lição que continua atual, procurou distinguir aquilo que tem um preço, seja pecuniário seja estimativo, do que é dotado de dignidade, a saber, do que é inestimável, do que é indisponível, do que não pode ser objeto de troca. Diz ele:

“No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade.”

A dignidade humana é aquilo que é essencialmente comum a todas as pessoas, impondo-se um dever de respeito e intocabilidade, inclusive em face do Poder Público.

XII - Princípio da afetividade na perspectiva da filiação

Impõe-se a distinção entre origem biológica e paternidade/maternidade. Em outros termos, a filiação não é um determinismo biológico, ainda que seja da natureza humana o impulso à procriação. Na maioria dos casos, a filiação deriva-se da relação biológica; todavia, ela emerge da construção cultural e afetiva permanente, que se faz na convivência e na responsabilidade.

No estágio em que nos encontramos, há de se distinguir o direito de personalidade ao conhecimento da origem genética, com esta dimensão, e o direito à filiação e à paternidade/maternidade, nem sempre genético.

O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não do sangue. A história do direito à filiação confunde-se com o destino do patrimônio familiar, visceralmente ligado à consangüinidade legítima. Por isso, é a história da lenta emancipação dos filhos, da redução progressiva das desigualdades e da redução do *quantum* despótico, na medida da redução da patrimonialização dessas relações.

CONCLUSÃO

O desafio que se coloca aos juristas e doutrinadores, principalmente aos que lidam com o direito de família, é a capacidade de ver a pessoa em toda sua dimensão humana e social, a ela subordinando as considerações de caráter biológico ou patrimonial. Impõe-se a materialização dos sujeitos de direitos, que são mais do que apenas titulares de bens. A restauração da primazia da pessoa humana que se revela no direito à filiação, nas relações civis, é a condição primeira de adequação do direito à realidade e aos fundamentos constitucionais.

A família recuperou a função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida. Os princípios jurídicos da afetividade, da dignidade, da condição dos filhos e da responsabilidade dos pais fazem despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais, além do forte sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbada pelo prevailecimento de interesses patrimoniais. É o salto, à frente, da pessoa humana nas relações familiares.

No estágio em que se encontram as relações familiares e o desenvolvimento científico, tende-se a encontrar a harmonização entre o direito de personalidade ao conhecimento da origem genética, até como necessidade de concretização do direito à saúde e prevenção de doenças, e o direito à relação de parentesco, fundado no princípio jurídico da afetividade. ◆

O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E O DIREITO ECONÔMICO

WERSON FRANCO PEREIRA RÊGO

Juiz de Direito – TJ/RJ. Professor da EMERJ

OSWALDO LUIZ FRANCO RÊGO

Economista e Advogado

1. INTRODUÇÃO

Questão que tem suscitado acesa controvérsia nos meios jurídicos diz respeito à incidência ou não do Código de Proteção e Defesa do Consumidor às relações ditas de Direito Econômico, nomeadamente às de natureza bancária, financeira, securitária e de fornecimento de crédito.

O tema em discussão apresenta-se de extrema relevância e indiscutível atualidade, mormente diante da impetração, junto ao excelso Supremo Tribunal Federal, da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2591/2001, pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro (Consif), que é representada pelo jurista Ives Gandra S. Martins.

Em apertada síntese pretende-se, com a prefalada ADIN, que deixem de ser consideradas “relações de consumo” as cadernetas de poupança, os depósitos bancários, os contratos de mútuo, os de utilização de cartões de crédito, os de seguro, os de abertura de crédito e todas as operações bancárias, ativas e passivas, sob a alegação de que o vício de inconstitucionalidade estaria na ofensa ao artigo 192 da Carta Magna, visto que a regulação do Sistema Financeiro Nacional seria matéria de lei complementar, e não do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, uma lei ordinária.

Com todo o respeito devido àqueles que sustentam posicionamento semelhante, o objetivo deste artigo é demonstrar, exatamente, o contrário, isto é, a absoluta inafastabilidade da incidência às relações jurídicas antes nomeadas do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Todavia, para chegar-se a tal conclusão impõe-se, em primeiro lugar, conhecer-se noções de Direito Econômico e de Direito Constitucional Eco-

nômico e, adequadamente, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, a sua origem e as suas finalidades.

2. NOÇÕES DE DIREITO ECONÔMICO

IEDO BATISTA NEVES, em seu **Vocabulário Enciclopédico de Terminologia Jurídica e de Brocardos Latinos**, v. I, Ed. Forense, 1^o ed., 1997, p. 811, define *Direito Econômico* como o “conjunto de regras que protegem as relações de ordem jurídica que resultam da produção, circulação, distribuição e consumo das riquezas”.

Diz-se que o Direito Econômico teria o seu nascedouro na década de 20, do século passado, após a Primeira Guerra, diante do desequilíbrio econômico que assolou o mundo, podendo-se conceituá-lo como *o ramo do Direito que tem por objeto a regulamentação das atividades econômicas ocorrentes do mercado, estabelecendo limites e parâmetros para empresas privadas e públicas, através de uma política econômica de concretização dos ditames e princípios constitucionais*. Propõe-se a ajustar os mutantes quadros sociais à economia, na medida julgada oportuna.

Caracteriza-se pela efemeridade e pela flexibilidade de suas normas. Efemeridade devido ao fato de que elas são, necessariamente, adstritas à ideologia de determinada constituição. Alterada ou substituída esta, acrescentando-se palpáveis modificações em termos ideológicos, conseqüentemente, mudam-se aquelas, para que, novamente, adequem-se à nova ordem.

As regras de Direito Econômico inspiram-se, como dito, na ideologia constitucionalmente adotada e exprimem-se por meio das medidas de política econômica traçada.

Funcionam como fonte subsidiária para a concretização dos direitos assegurados constitucionalmente, *dentre eles, os Direitos e Garantias Fundamentais, de onde destacamos a proteção e a defesa dos interesses dos consumidores (artigo 5^o, XXXII)*.

No direito brasileiro, somente na Constituição da República de 1988 foi o chamado Direito Econômico nominal e positivamente incluído, conforme disposição do artigo 24 que declara, em seu inciso I, competir concorrentemente à União, Estados e Distrito Federal legislar sobre o mesmo.

Logo, a União é competente para o estabelecimento de normas gerais (artigo 24, § 1^o), cabendo aos Estados a competência suplementar em tais casos (artigo 24, § 2^o). Em não havendo normas gerais sobre determinado

tema, os Estados exercerão competência legislativa plena sob suas peculiaridades (artigo 24, § 3º), sendo a eficácia da lei estadual suspensa quando da superveniência de legislação federal (artigo 24, § 4º).

O Direito Econômico busca, portanto, harmonizar as medidas de política econômica públicas e privadas, através do *princípio da economicidade*, com a ideologia constitucionalmente adotada.

Cumprir esclarecer que o princípio da economicidade é aquele segundo o qual se busca a concretização dos objetivos constitucionalmente traçados por uma *linha de maior vantagem*, isto é, da forma mais viável possível para o suprimento de determinada necessidade, seja esta de que ordem for, não apenas patrimonial mas, também, social, política, cultural, moral. Destarte, o sentido do termo economicidade é muito mais amplo do que seu significado simplesmente econômico, ligado, intrinsecamente, à idéia material de lucro, de finanças.

É, pois, imprescindível que essa *maior vantagem* seja adequada aos objetivos e princípios constitucionalmente definidos. Logo, em não sendo possível conciliar aquilo tomado como *certo*, no sentido econômico, com o considerado *justo*, em sentido jurídico, deve prevalecer este, visto que a linha de maior vantagem é pautada em termos do valor justiça¹.

Importa realçar que na presente Constituição os elementos componentes da atual ideologia econômica encontram-se, em sua maior parte, reunidos no Título VII, da Ordem Econômica e Financeira, nada obstante haja disposições esparsas em outros trechos do texto constitucional.

3. O VIÉS CONSTITUCIONAL

O Direito Constitucional Econômico é o ramo do Direito Público consubstanciado na interpretação e na sistematização dos princípios e normas constitucionais fundamentais para a atividade econômica, capazes de vincular todo o ordenamento infraconstitucional derivado.

Pois bem. A atual Constituição, desbragadamente, adotou a garantia do exercício dos direitos sociais e individuais como valores supremos; da cidadania e da dignidade da pessoa humana como fundamentos; da defesa dos interesses dos consumidores como direito e garantia fundamental do cidadão e princípio da ordem econômica e financeira; da construção de

¹ SILVEIRA, Cláudia Maria Toledo. "Direito Econômico e Cidadania". In: **Jus Navigandi**, n. 20 [Internet]. Texto consultado em www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=80, em 14.12.2001.

uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais e regionais como objetivos fundamentais e, finalmente, a prevalência dos Direitos Humanos como princípio.

Como é de sabença geral, os princípios constitucionais têm uma função tanto positiva quanto negativa. Esta se manifesta na proibição de emanar normas ou de praticar atos que os contrariem. Constituem restrição imposta à atuação do Estado, cuja liberdade, nesse particular, se encontra rigorosamente circunscrita.

Em conseqüência, qualquer atitude que, na prática, importe em negar validade a princípio constitucional caracteriza violação da própria Constituição.

Por outro lado, a função positiva resulta na aptidão que revelam para informar, materialmente, os atos do poder público e, por isso, requerem a adoção dos meios necessários para concretizá-los.

O Direito Econômico há de funcionar, destarte, como instrumento para que tais metas sejam alcançadas e cumpridas, visto que é somente através dele, com suas normas, regras, institutos e características próprias que se pode fazer uma regulamentação jurídica da política econômica a ser adotada para que se concretize a ideologia assumida pela Constituição.

Nessa ordem de idéias, é o Direito Econômico o meio, o mecanismo através do qual se torna possível a concretização, a fruição e o exercício dos Direitos Sociais.

Bem ao contrário do que se propugna com a ADIN antes mencionada, somente através da regulamentação de medidas de política econômica é que se possibilita coibir a concentração de empresas, o monopólio de mercado, a formação de cartéis e outras formas de abuso do poder econômico, fatos que geram uma suscetibilidade muito grande do consumidor em relação aos interesses privados. *Trata-se de situações contrárias ao direito social de proteção e defesa dos interesses daquele que, inegavelmente, se constitui o elemento mais frágil da relação econômica – o consumidor.*

Os princípios constitucionais de proteção e defesa dos consumidores impedem, por parte do Estado e das pessoas jurídicas de direito privado, a execução de atos que não garantam os interesses daqueles (função negativa). Assim sendo, a legislação infraconstitucional deve guardar plena harmonia com os princípios supramencionados, valendo-se o Estado dos meios de que dispõe para buscar a sua realização (função positiva). Quando isso não

acontecer, a norma inferior é inconstitucional, fato que a torna insuscetível de aplicação a um caso concreto.

3.1 *Fundamento e Finalidade da Ordem Econômica Constitucional*

Dispõe o artigo 170, da Constituição da República de 1988, que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”.

Consagra-se, assim, uma *economia de mercado*, de natureza capitalista que, nada obstante isso, *deverá dar prioridade aos valores do trabalho humano e com vistas a alcançar a justiça social*. Logo, a liberdade econômica não é absoluta. *Ela é garantida até onde o fundamento e a finalidade da ordem econômica não sejam ameaçados*.

Tem-se entendido que o Sistema Financeiro Nacional, a teor do disposto no artigo 192, *caput*, da Constituição estaria a depender de regulamentação por lei complementar e, assim, afastado da incidência do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, já que lei ordinária.

Tal posicionamento atende às expectativas das instituições financeiras. A esse respeito, insignes juristas, dentre os quais HELY LOPES MEIRELLES, CAIO TÁCITO, FREDERICO MARQUES, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, CELSO BASTOS, IVES GANDRA, ROSAH RUSSOMANO e JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, emitiram pareceres à Federação Brasileira das Associações de Bancos, consolidados na **Revista de Direito Público** nº 88, outubro-dezembro/88, p. 147 a 189 e **Revista de Direito Público** nº 89, janeiro-março/89, p. 63 a 86, deixando consignada a necessidade de regulamentação do Sistema Financeiro Nacional através de lei complementar, incluindo-se aqui os juros constitucionais.

Nada obstante isso, importa esclarecer que tais pareceres estão marcados por uma sensibilidade exclusiva à época inflacionária (chegando o Prof. CELSO BASTOS a proclamar a liberdade do campo econômico nesse ponto), procurando integrar o dispositivo, sob o aspecto formal, dentro da imprescindibilidade de regulamentação do Sistema Financeiro.

Em que pese a respeitabilidade latente dos pareceristas, não há como se negar que a base social de aplicação do dispositivo alterou-se sensivelmente em relação à época de suas doutrinas, não mais subsistindo os fatores econômicos que poderiam justificá-las.

Além disso, imperioso se torna observar que existem conteúdos materiais específicos no artigo 192, vinculativos (função positiva) da regulamentação infraconstitucional e do estrato social dinâmico, nada obstante exista o esforço dos eminentes juristas antes citados na demonstração do contrário.

Em exata contraposição, enfileiram-se aqueles que creditam auto-aplicabilidade mínima às regras emanadas do prefalado artigo 192 (sobretudo na limitação dos juros no percentual de 12% ao ano).

Apesar de ainda ser minoritária, representada pelos Ministros dissidentes nos acórdãos do STF (Ministros CARLOS MARIO DA SILVA VELLOSO, PAULO BROSSARD, NÉRI DA SILVA e MARCO AURÉLIO MELLO), pelos Tribunais gaúchos e pelo nosso próprio Tribunal de Justiça, em inúmeras oportunidades, juízes cariocas e paulistas de primeira instância, entre tantos outros, essa segunda corrente tem se disseminado pelas fontes de direito, *exatamente por representar interpretação mais consistente e consciente da realidade monetária nacional*.

Diga-se que as chamadas normas constitucionais de eficácia principiológica programática, também conhecidas por não auto-executáveis ou de eficácia limitada, conceito pacificado na doutrina, são normas integrantes da unidade constitucional e que carecem de regulamentação específica de seu conteúdo, de forma a alcançar ampla aplicabilidade concretizada.

Fixam, outrossim, mais do que comandos-regras, *também comandos-valores subsumidos em princípios vinculadores do legislador e até mesmo dos particulares adstritos a suas proposições limitadas*.

Nesse sentido, entendimento dos constitucionalistas JORGE MIRANDA, **Manual de Direito Constitucional**, tomo II. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988. p. 219 e 220 e J.J. GOMES CANOTILHO, **Direito Constitucional**, 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992. p. 190, que, em seu gênio, preceitua:

“Como directivas materiais permanentes, elas vinculam positivamente todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-las em consideração em qualquer dos momentos da actividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição).”

Deve-se frisar, antes de mais, que o grande debate está nos efeitos possuídos por essa espécie de norma constitucional e a dimensão exegética sem a necessária regulamentação.

Apesar de ser da essência de sua eficácia contida a regulamentação por norma infraconstitucional, *o dispositivo programático traça limites de ordem pública que deverão ser obedecidos pelas bases sociais, necessariamente, mesmo que não exequível a norma por si mesma*. Assim se posiciona ADRIANO KALFELZ MARTINS, “Dos Efeitos das Normas Constitucionais Programáticas”, **Revista dos Tribunais**, v. nº 715 - maio de 1995 - p. 7.

“Precisamente por isso”, leciona CANOTILHO, “e marcando uma decidida ruptura em relação à doutrina clássica, pode e deve dizer-se que hoje não há mais normas constitucionais programáticas. Existem, é certo, normas-fim, normas tarefa, normas programa que impõem uma atividade (...) Às normas programáticas é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da Constituição”. (op. cit., p. 190).

Afirma-se, com JOSÉ AFONSO DA SILVA:

“Em conclusão, as normas programáticas têm eficácia jurídica imediata, direta e vinculante nos casos seguintes: I - estabelecem um dever para o legislador ordinário; II - condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem; III - informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum; IV - constituem um sentido teleológico para a interpretação e aplicação das normas jurídicas; V - condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário; VI - criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou desvantagem.” (“Aplicabilidade das normas constitucionais”. São Paulo: **RT**, 1968. p. 150).

De tudo o que se expôs, forçoso concluir que as normas do artigo 192, da Constituição comportam, em geral, a seguinte análise:

- a) o dispositivo é, tanto quanto possível, auto-aplicável, bastando-se por si na qualidade de diretiva material permanente, e regulamentação prescindem as partes não alcançadas pelas legislações recepcionadas pelo texto constitucional;*
- b) admitindo-se, para argumento, a necessidade de regulamentação,*

deve-se obter que a Constituição delimitou, clara e explicitamente, o campo de atuação do legislador infraconstitucional; c) também para argumentar, ainda que programático, o dispositivo tem conteúdo limitativo e eventual descumprimento de suas determinações genéricas culminaria na declaração de sua inconstitucionalidade.

Nesse último sentido, aliás, foi o posicionamento dos Ministros MARCO AURÉLIO e CARLOS VELLOSO nos julgamentos da ADIN 4-7/DF e do MI nº 361-0-RJ, sendo que, neste último, com a adesão do Min. ILMAR GALVÃO, *deferiu-se o mandado de injunção, fixando-se a taxa de juros reais, ao caso apresentado, em 12% ao ano*, aos quais nos reportamos.

Em síntese, no que pese o entendimento de alguns no sentido da necessidade de lei complementar a regulamentar o Sistema Financeiro Nacional, ainda assim, *o legislador infraconstitucional não poderá dispor contra os princípios que emanam da própria Constituição, sob pena de flagrante inconstitucionalidade.*

Observando o Código de Proteção e Defesa do Consumidor os princípios antes expostos, certo é que nenhum texto legal, ainda que derivado de lei complementar, poderá suplantá-los os obscurecê-los; daí, porque, não há coerência ou sentido buscar-se o afastamento da incidência da Lei nº 8.078/90 às instituições componentes do Sistema Financeiro Nacional eis que, antes de prejudicá-las, pretende a legislação consumidora melhorá-las a prestação de serviços, de tal sorte que sejam cumpridos os objetivos constitucionalmente traçados.

4. O DIREITO DO CONSUMIDOR

Sensível às transformações operadas na sociedade, a Carta Política de 1988 agasalhou a proteção jurídica do consumidor, incorporando em suas normas programáticas as recentes tendências do direito público moderno, consubstanciada no inciso XXXII do artigo 5º, *in verbis*: “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

Importante passo estava sendo dado pelo legislador constituinte e, mais tarde, viria a lume a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, conhecida que ficou como o Código de Defesa do Consumidor.

Este diploma legal - tão criticado, quanto aclamado - constitui-se em poderosa ferramenta de cidadania. Estabelece normas de proteção e defesa daquele que se reconheceu como sendo a parte vulnerável em uma relação de consumo: o consumidor.

Estabelece normas de ordem pública e interesse social, de onde se percebe a *dimensão coletiva que se pretendeu dar à nova lei*. Estabelece regras e princípios adequados à realidade presente, ao momento de relevantes transformações socioeconômicas operadas em todo o mundo.

A Constituição da República de 1988, assim como o fizeram outras constituições², notadamente a da Espanha³ e a de Portugal⁴, reconhecendo e assimilando essas novas tendências mundiais, e pela primeira vez entre nós, elevou à condição de princípios constitucionais a proteção jurídica aos interesses do consumidor. Nela, o nosso Código de Proteção e Defesa do Consumidor tem as suas origens.

O artigo 5º, da Constituição da República de 1988, que diz respeito aos *direitos e garantias fundamentais do cidadão*, traz estampada, em seu inciso XXXII, a necessidade de se promover a defesa do consumidor.

Trata-se de *cláusula pétrea*, a indicar o intuito do legislador no trato da matéria.

Adiante, em seu artigo 170, inciso V, eleva a defesa do consumidor a *princípio geral da ordem econômica*, atribuindo a tal princípio, portanto, o mesmo *status* conferido aos princípios da soberania nacional, da propriedade privada, da livre concorrência, entre outros.

Os direitos do consumidor, assim, são direitos constitucionalmente assegurados aos cidadãos. A preocupação do Estado com o ideal implemento desses princípios revela-se no artigo 48, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, onde o legislador constituinte, de maneira clara,

² A nova Constituição Argentina de 1994, em seu artigo 42, igualmente incorpora a tendência de atribuir a proteção ao consumidor *status* constitucional.

³ Constituição Espanhola de 1978, artigo 51: “*os poderes públicos garantirão a defesa dos consumidores e usuários protegendo, mediante procedimentos eficazes, a segurança, a saúde e os legítimos interesses econômicos dos mesmos*”.

⁴ Constituição Portuguesa de 1982, revisada em 1989, artigo 102: “*a proteção dos consumidores é um dos objetivos da política comercial*”, in: CANOTILHO, J. J. e MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 2ª ed., v. 1. Coimbra, 1984, p. 475.

estabeleceu um prazo para que o legislador ordinário elaborasse o Código de Defesa do Consumidor.

Não se controverte, destarte, que o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, posto que lei ordinária, tem nítida vocação constitucional, uma vez que resulta de expressa determinação e para dar eficácia a disposições da Constituição da República.

Sua principal finalidade, no nosso entendimento, não é *privilegiar* este ou aquele sujeito que participa da relação jurídica de consumo. Ao revés, visa a *estabelecer um equilíbrio* entre esses mesmos sujeitos e, na medida em que reconhece a vulnerabilidade e a hipossuficiência, em sentido amplo, do consumidor, coloca ao seu dispor institutos e instrumentos que lhe garantirão as efetivas e integrais prevenção e reparação dos danos que lhe tenham sido causados pelo fornecedor de produtos ou serviços.

Fundamenta-se, portanto, no princípio maior da igualdade entre todos. Igualdade de oportunidades, igualdade de tratamento.

Logo, a constatação do forte desequilíbrio da relação contratual entre fornecedor e consumidor impôs a implementação de medidas que, a nosso ver, devem ser estendidas a toda e qualquer relação jurídica.

Eis, a nosso sentir, a *ratio essendi* do Código de Proteção e Defesa do Consumidor: este Código existe justamente porque o consumidor é vulnerável e, não por acaso, o reconhecimento dessa vulnerabilidade (especialmente sob o aspecto técnico) constitui o princípio primeiro a orientar a Política Nacional das Relações de Consumo, inscrito no artigo 4º, da Lei nº 8.078/90.

Alguns autores tentam atribuir ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor caráter de lei geral e, por isso, não incidente sobre áreas objeto de regulamentação por leis específicas. Alguns outros ponderam ter ele criado um *minissistema jurídico*, com campo de atuação definido e delimitado, tal qual determinadas leis especiais, como, por exemplo, as leis de locação de imóveis urbanos, falências, registros públicos, entre outras.

Sem embargo das doutes posições antes referidas, a que melhor parece atender às exigências da novel legislação é a dos autores que entendem o Código de Proteção e Defesa do Consumidor como criador de um novo ramo do Direito – o Direito do Consumidor, com autonomia e princípios próprios⁵.

⁵ SÉRGIO CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 359; HÉLIO ZAGHETTO GAMA, op. cit., p. 24.

Partilhamos da posição do insigne e emérito professor SERGIO CAVALIERI FILHO que concebe o Código de Proteção e Defesa do Consumidor como uma “sobre-estrutura jurídica multidisciplinar, aplicável em toda e qualquer área do direito onde ocorrer uma relação de consumo”⁶, justamente em razão da dimensão coletiva que assume, vez que composto por normas de ordem pública e de interesse social.

A Lei nº 8.078/90, em verdade, tem vocação constitucional, que materializa princípios contidos dentre os direitos e garantias fundamentais do cidadão (art. 5º, XXXII, CR/88) e os da ordem econômica e social (art. 170, V, CR/88).

Suas normas, como dito, são de ordem pública e de interesse social versando, assim, sobre direitos indisponíveis, a ensejar a sua observância de ofício. Recaem sobre um tema que se considera *direito e garantia fundamental do cidadão*⁷. Visam à equiparação dos sujeitos que integram uma relação jurídica de consumo, visto reconhecer a vulnerabilidade e a hipossuficiência, *lato sensu*, do consumidor diante do fornecedor, em um mundo globalizado e em uma sociedade absolutamente tomada por relações contratualizadas.

Destarte, se já seria um absurdo tentar-se limitar o Código de Proteção e Defesa do Consumidor apenas às relações nele descritas - o que, na realidade, comprometeria não somente a sua estrutura básica senão, e acima de tudo, a sua correta aplicabilidade – o que se dirá da tentativa de esvaziar-lhe o conteúdo, conforme se pretende com a ADIN mencionada antes.

Oportuno o magistério do professor JOSÉ AUGUSTO DELGADO, Ministro do Superior Tribunal de Justiça, quando afirma que

*“a expressão **defesa do consumidor** posta no texto constitucional, em três oportunidades, tem uma abrangência maior do que as da*

⁶ SÉRGIO CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 359

⁷ O professor JAMES MARINS, op. cit., lembra que a Constituição da República de 1988 tem uma base antropológica especialmente expressiva, já que calçada sobre valores fundamentais indiscutíveis e que *sedimenta seus alicerces estruturantes na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, objetivando construir uma sociedade livre, justa e solidária, que possa garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, de modo a promover o bem de todos*. Lembra, ademais, que das finalidades e garantias magnas, expressas no artigo 5º, CR/88, não está excluída a atividade econômica, que está fundada “na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa”, tendo por finalidade “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”.

sua significação etimológica e não possui significado autônomo. Ela está vinculada a um momento histórico vivido pela Nação que, ao ser analisado pelo jurista, revelou a necessidade de se proteger as relações de consumo, como já vinham fazendo, desde muito tempo, outras Nações. Os referidos vocábulos, compreendidos de forma vinculada e sistêmica, expressam uma realidade presente na universalidade formada pelos fatos e que necessita ser regulamentada. Os efeitos a serem produzidos pela irradiação de suas forças não podem sofrer limitações, sob pena de se restringir, sem autorização constitucional, a sua real eficácia e efetividade. O sentido dessa normatividade constitucional é, portanto, de defender, em toda a sua extensão, o consumidor, protegendo-o, em qualquer tipo de relação legal de consumo, de ações que desnaturam a natureza jurisdicional desse tipo de negócio jurídico⁸.

4.1 Elementos da Relação de Consumo

Os elementos da relação de consumo foram, por precaução de legislador e visando a dar maior efetividade à aplicação das normas jurídicas elaboradas, definidos pela lei consumeira. Ironicamente, essa postura de definir em lei os prefalados elementos é, hoje, o pomo da discórdia no que se refere ao âmbito de incidência do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, notadamente no que se refere aos conceitos de fornecedores e de serviços.

Veja-se que entre as principais inovações da legislação consumeira está a formulação de um conceito amplo de fornecedor - ao contrário do que acontece com a definição de consumidor, contida no artigo 2º, **caput**, nitidamente restritiva - que inclui todos os agentes econômicos que atuam, direta ou indiretamente, no mercado de consumo, *produzindo, distribuindo, comercializando* produtos e serviços abrangendo, de maneira expressa, as operações de *crédito, de financiamento, bancárias e securitárias* – artigo 3º, **caput** e seu § 2º.

Resta cristalino, portanto, que, por expressa disposição legal, as atividades bancárias, securitárias, de fornecimento de crédito e de financia-

⁸ “Interpretação dos contratos regulados pelo Código de Proteção ao Consumidor”, *apud* SERGIO CAVALIERI FILHO, *op. cit.*, p. 361

mento estão, inexoravelmente, subsumidas ao regime jurídico do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, nada obstante seja compreensível o espanto que cause a alguns a designação de serviços a certos negócios jurídicos bancários, como o contrato de mútuo, por exemplo.

Esclareça-se, de imediato, que o sistema da legislação consumerista não utiliza as definições de bem consumível do Código Civil, nem a definição econômica deste “insumo” mas, como lembra CLAUDIA LIMA MARQUES ⁹, por todos,

“inclui todos os bens materiais e imateriais como produtos lato sensu e, especialmente, um sistema que não especifica os tipos contratuais utilizados, mas sim a atividade em si e geral dos fornecedores, a lógica [do sistema do CDC] está em que o “produto” financeiro é o crédito, a captação, a administração, a intermediação e a aplicação de recursos financeiros do mercado [são] para o consumidor e que a caracterização do fornecedor vem da operação bancária e financeira geral oferecida no mercado e não só dos contratos concluídos.”

CONCLUSÃO

O Estado Moderno, nas palavras de THIERRY MAULINIER, foi o “reino dos cidadãos teoricamente livres e materialmente escravos”.

O ideal de igualdade econômica exsurge como o argumento de maior relevância dentro do princípio da isonomia, sendo ele o responsável pela transição do regime liberalista absoluto para o regime social-democrata do *welfare state*.

Muito há a realizar, nada obstante.

O fornecimento de crédito está na base do desenvolvimento das economias contemporâneas. Nesse cenário, os bancos assumem papel de relevo para o atendimento das necessidades dos consumidores. Isso porque, em uma sociedade desigual como a brasileira, por exemplo, o fornecimento de crédito revela-se indispensável até mesmo para a satisfação de *necessidades primárias* para a larga maioria da população, representando o meio de acesso à aquisição de bens ou à contratação de serviços.

⁹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3ª ed., São Paulo: RT, 1999, p. 197.

Desta forma, no que pese os benefícios que possa oferecer à economia, como um todo, o fornecimento de crédito provoca abusos decorrentes, sobretudo, da desigualdade de poder entre as instituições financeiras e os consumidores.

A “escravidão”, hoje, tem novas feições.

CARLOS ALBERTO BITTAR¹⁰, sensível a essa nova perspectiva, assinala:

“Na ânsia de prover a exigências pessoais ou familiares – portanto, sobre a pressão da necessidade – os consumidores têm sua vontade desprezada, ou obscurecida, pela capacidade de imposição de contratação e, mesmo, de regras para a sua celebração, de que dispõem as grandes empresas, face à força de seu poder negocial, decorrente de suas condições econômicas, técnicas e políticas. A vontade individual fica comprimida; evidencia-se um descompasso entre a vontade real e a declaração emitida, limitando-se esta à aceitação, pura e simples, em bloco, do negócio (contrato de simples adesão).”

Não há como se deixar de reconhecer a importância alcançada pelos contratos celebrados pelas instituições acima referidas no mundo contemporâneo. Tais contratos popularizaram-se, sendo acessíveis a qualquer cidadão, por menor renda de que disponha, o que demonstra a *dimensão coletiva* assumida por tais relações jurídicas.

São negócios jurídicos de adesão por excelência, com condições gerais impostas pelas instituições fornecedoras, em termos quase inacessíveis à larga maioria dos consumidores.

A Carta da República de 1988 está impregnada do espírito do **Welfare State**. Seus princípios e disposições revelam a preocupação do constituinte com o bem-estar social, sinalizando um intervencionismo estatal que busca assegurar a proteção das classes economicamente mais fracas e, ao mesmo tempo, a contenção dos abusos econômicos.

Eis a origem e a base da legislação consumeira. A Constituição garante a aplicação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor a todos

¹⁰ BITTAR, Carlos Alberto. **Direito do Consumidor**. 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991, p. 2.

os segmentos da economia nacional e, dessa forma, não se pode admitir que justamente as instituições que realizem negócios bancários, de financiamento, de fornecimento de crédito e securitários (bancos, financeiras, administradoras de cartões de crédito e seguradoras) fiquem desobrigados de aplicá-lo em suas atividades.

Relembra-se que coibir abusos é, exatamente, um dos objetivos do Direito Econômico, harmonizando-se os interesses dos sujeitos da atividade econômica ocorrente no mercado com os próprios princípios constitucionais, mormente os insculpidos nos artigos 5º, XXXII (do direito e garantia fundamental à defesa dos interesses dos consumidores), 170, IV e V (da defesa do consumidor como princípio geral da ordem econômica), 173, § 4º (a repressão ao abuso do poder econômico).

Sendo o consumidor visto e assumido como a parte vulnerável e economicamente mais fraca da relação jurídica assim constituída, deve ter os seus interesses tutelados, protegidos e amparados pelo Poder Público, fato impossível de implementar-se com o auxílio exclusivo do Direito Privado.

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor surge, repita-se, em atenção à disposição constitucional expressa, contida no artigo 48, dos ADCT, e para dar efetividade aos princípios já mencionados.

Nenhuma política econômica, por mais efêmera e transitória, pode colocar-se em confronto com a legislação consumidora porque, assim o fazendo, estará em rota de colisão com a própria Constituição, seus princípios e objetivos.

Relembra-se que as regras de Direito Econômico inspiram-se, como afirmamos antes, na *ideologia constitucionalmente adotada* e exprimem-se por meio das medidas de política econômica traçada. Funcionam, em conseqüência, como fonte subsidiária *para a concretização dos direitos assegurados constitucionalmente, dentre eles, os Direitos e Garantias Fundamentais, de onde destacamos, realce-se à exaustão, a proteção e a defesa dos interesses dos consumidores* (artigo 5º, XXXII).

Pode-se aferir o grau de civilidade de uma determinada nação pela análise do tratamento e da proteção que confere aos seus consumidores.

Recorda-se ROBESPIERRE que, no final do século XVIII, se manifestou no sentido de que “não se faz uma revolução sem uma revolução” e foi exatamente isso o que fez a Lei nº 8.078/90 – operar uma verdadeira revolução no sistema jurídico pátrio, muito embora dela não se tenham extraídos, ainda, todas as conseqüências e benefícios que poderiam advir.

Em derradeiro arremate, não há que se cogitar do afastamento das instituições financeiras à incidência do Código de Defesa do Consumidor – o que romperia, entre outros, com o princípio da igualdade estabelecido na Constituição – mas, ao revés, de se buscar e perseguir a concretização de políticas econômicas que, cumprindo as finalidades do Direito Econômico e do Direito Constitucional Econômico, estejam adequadas ao instituto consumeirista, para que se alcance uma sociedade mais justa e economicamente mais igualitária.

Atentar contra isso é atentar contra a Constituição. ◆

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A ALTERNATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DO PRODUTO VICIADO

J. G. VASI WERNER

Juiz de Direito do TJ/RJ

INTRODUÇÃO

Até o advento da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), a solução legal para a aquisição de produtos com defeito era aquela preconizada pelos artigos. 1.101 a 1.106 do Código Civil (441 a 446 do Código Civil de 2002). Cuidava-se, ali, dos vícios redibitórios, defeitos ocultos e preexistentes à alienação de uma coisa, que a tornavam imprópria para o uso normal ou lhe diminuía o valor. Permitia-se a chamada redibição, forma de desfazimento do vínculo, ou o abatimento do preço.

Essa solução era, contudo, restrita, limitada.

O Código de Defesa do Consumidor, tendo como parâmetro a vulnerabilidade do usuário de produtos e serviços (artigo 4º, I), amplificou as garantias inicialmente operadas através das ações redibitória e estimatória, fazendo-as atingir situações anteriormente desconsideradas e promoveu verdadeira otimização da proteção contra a inadequação do produto.

Embora sejam ontologicamente semelhantes, pois ambos se referem a um defeito na própria coisa (uma imperfeição na forma ou em um de seus elementos constitutivos) que a fazem imprópria para o uso a que se destina ou diminuem seu valor, os vícios tratados no Código Civil e aqueles regulados pelo Código de Defesa do Consumidor apresentam intensas diferenças. Especialmente com relação às conseqüências que lhes impõe o legislador. Tais diferenças afastam qualquer entendimento que queira reconhecer no Código de Defesa do Consumidor a noção de vício redibitório presente no Código Civil.

Em primeiro lugar, os vícios¹ de que trata o artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor (vícios ou defeitos de adequação), prescindem da

¹ É o momento de esclarecer que este trabalho utilizará indistintamente os termos “vício” e “defeito”, sem que esteja alheio ao posicionamento doutrinário que sustenta sua distinção. Em

origem anterior à alienação para dar ensejo às alternativas oferecidas nos incisos I, II e III de seu parágrafo primeiro: podem se manifestar posteriormente à transferência da posse sobre a coisa-produto.

Em segundo lugar, não precisam ser ocultos. A lei prevê o uso das alternativas mesmo em caso de vícios aparentes ou de fácil constatação (art. 26, *caput*).

Além disso, os prazos para fazer valer tais alternativas são dilatados, bem como é diferente seu termo “*a quo*”.

Uma quarta e significativa diferença resta no alargamento da aplicação das regras sobre os vícios (ou defeitos), de modo que garantam a proteção da qualidade e segurança também para os serviços. Não mais fica restrita à coisa-produto, podendo abranger a inadequação da atividade do fornecedor para a consecução dos resultados dela esperados.

Outras mais poderiam ser apontadas.

Mas a novidade que importa ao âmbito destas considerações, é a inserção, pelo legislador, da faculdade de exigir a substituição do produto por outro da mesma espécie. Pois o que se pretende, neste trabalho, é analisar essa obrigação do fornecedor (que nasce simultaneamente com o vício).

Desde o início é importante afastar a impressão de que há impropriedade na redação do texto do inciso primeiro do artigo 18.

Luiz Antonio Rizzatto Nunes² e Zelmo Denari³ chamam a atenção para o termo “*espécie*” que consta do texto. Lecionam que o legislador teria andado melhor caso tivesse feito incluir, ali, a menção a algo como “marca” e “modelo”, de modo a melhor proteger o consumidor.

A crítica justifica-se no intuito de permitir ao público leigo mais facilidade na compreensão da norma e de seus efetivos direitos e evitar o abuso na interpretação do conceito de fungibilidade que, necessariamente, se encontra por detrás da hipótese. No entanto, não foi falha a redação.

verdade, toma-se, aqui, partido do entendimento que prefere a oposição entre vícios ou defeitos de adequação e vícios ou defeitos de segurança. Representativas dessa corrente, as lições de Zelmo Denari (**Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1997, p. 139-41) e Claudia Lima Marques (**Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: RT. 1999, p. 576-7).

² **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor – Direito Material**. São Paulo: Saraiva, 2000.

³ Op.cit. p.170.

Deve ser lembrado que quando o Código Civil se refere a “*espécie*” (art. 51), dirige-se não à conotação adotada pelas ciências naturais ou biológicas, mas exatamente à noção de algo particularizado, individualizado, especificado:

“Tenha-se presente que o vocábulo Gênero, utilizado nesse dispositivo legal, tem significado diverso do que lhe emprestam as ciências naturais. Entre estas e a ciência jurídica não existe, a respeito, perfeita consonância.

De fato, para as primeiras, gênero é o comum das espécies, que apresentam caracteres semelhantes, mais ou menos consideráveis. Espécie é o grupo de indivíduos semelhantes. Por outras palavras, Gênero é um grupo de espécies, que oferecem os mesmos caracteres comuns; espécie, uma divisão do gênero, caracterizada por determinado sinal distintivo e específico. O gênero encerra várias espécies, como a espécie encerra vários indivíduos; a espécie é uma coleção de indivíduos, como o gênero é uma coleção de espécies.

Em linguagem jurídica, porém, desde o direito romano, gênero é o conjunto de seres semelhantes. Esses seres semelhantes, isoladamente considerados, denominam-se espécies. Gênero é assim a reunião de espécies semelhantes; espécie o corpo certo, a coisa individuada, o objeto determinado.”⁴

Como se vê, correta se afigura a redação da lei, compatível com a legislação anterior e com a tradição de nosso Código Civil.

A persistência do vício que torna o produto defeituoso ou lhe diminui o valor faz surgir, nos termos do referido dispositivo, uma obrigação de natureza alternativa em cujo pólo passivo encontra-se o fornecedor. Ele se torna devedor em relação a três prestações, sendo a escolha (de uma delas) do consumidor.

A alternativa de substituição do produto defeituoso por outro é a que interessa imediatamente.

A determinação da natureza dessa prestação é essencial para a correta implementação dessa alternativa, tanto no caso de execução normal quanto

⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**, 1ª. parte. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 1962, p. 86).

no caso de resistência do fornecedor ao cumprimento (seja para o adequado provimento da sentença que reconhece a opção, seja para a escorreita execução que pode ensejar).

Essa determinação pode contribuir para afastar as muitas dúvidas que por vezes assaltam as partes e os operadores, gerando incerteza e demora desnecessárias na aplicação da alternativa.

Passa-se, então, a buscá-la.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A NATUREZA DA PRESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO DO PRODUTO

Uma das melhores fontes em doutrina acerca das questões relativas a consumo, a já mencionada obra “Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado Pelos Autores do Anteprojeto”, nada diz a respeito.

Encontra-se uma opinião nos comentários de Luiz Antonio Rizzatto Nunes. Segundo ele, trata-se de obrigação de fazer que, conseqüentemente, teria sua execução regida pelo art. 84 da Lei 8.078/90⁵.

Mas talvez não seja essa a classificação mais pertinente. É hora de lembrar as lições acerca daquele tipo de obrigação.

A identificação de uma obrigação com sendo “obrigação de fazer” é decorrência de uma análise de seu objeto (prestação, comportamento devido) que, segundo a tradição, pode envolver um dar, um fazer e um não-fazer.

Uma prestação de dar é aquela que tem por objeto (objeto da prestação e não da obrigação) uma coisa. O dever jurídico a ela subjacente diz respeito a uma coisa e é nela que restará o interesse último do credor. A doutrina contemporânea tem preferido denominá-la “prestação de coisa”.

Contraposta a essa noção, a idéia de “prestação de fato” (se negativo o fato, tem-se prestação de não-fazer; se positivo, de fazer). Nesta, o objeto do comportamento devido é uma atividade, importe ou não na confecção de uma coisa. O dever jurídico envolve tal atividade.

Alguns poderiam dizer que a prestação de dar também refere, necessariamente, a uma atividade (a transferência da coisa) e, portanto, haveria confusão com a prestação de fazer quando esta envolvesse, juntamente com a atividade, a transferência da coisa através dela confeccionada.

⁵ Op.cit. p. 231-2.

É certo que a prestação de dar também diz respeito a um atuar do devedor. Em verdade, são raros os casos em que este, para cumprir seu dever jurídico, nenhum ato tenha de praticar. Todavia, não poderá, apenas por isso, ser tomada como uma prestação de fazer.

A confusão não é primária. Tanto que a doutrina tem se preocupado em combatê-la expressamente.

Em um primeiro momento, os clássicos ensinaram que as prestações de dar poderiam ser executadas especificamente: mesmo sem a participação ou colaboração do devedor, poderia o Estado satisfazer plenamente o credor, retirando daquele a coisa visada e fazendo-a chegar às suas mãos.

Por outro lado, as prestações de fazer, segundo essa concepção, não comportariam a satisfação plena através da execução forçada. Para elas, vigoraria a regra “*nemo praecise cogi potest ad factum*”. Em caso de descumprimento, não poderia o Estado compelir o devedor a prestar o fato contra a sua vontade, sob pena de grave atentado às suas liberdade e integridade⁶.

Tal distinção não mais pode servir para separar precisamente os dois tipos de prestações. E é claro que isso não decorre de alguma relativização do direito de liberdade. É que a ciência jurídica acabou descobrindo meios de substituir a vontade e a atividade do devedor, na busca da satisfação do credor. Concede-lhe, através desses meios, o mesmo resultado que obteria se a prestação fosse entregue voluntariamente, sem que isso importe em prejuízo à liberdade do devedor. E com isso viabilizou-se a execução específica de determinadas prestações de fazer (refere-se aqui aos casos de obrigações de fazer que envolvam a prestação de declaração de vontade).

Diante disso, em uma segunda fase, procurou a doutrina diferenciação mais técnica (não mais através de uma conseqüência, mas por meio de um fundamento ontológico). Esse novo enfoque pode ser representado pela lição de Washington de Barros Monteiro:

*“Em primeiro lugar, nas obrigações **ad dandum** ou **ad tradendum** a prestação consiste na entrega de uma coisa, certa ou incerta; nas obrigações **in faciendo**, o objeto consiste num ato ou serviço do devedor. Diversificam, portanto, na sua essência, embora dar ou*

⁶ Ver, por todos, MAZEAUD, MAZEAUD et CHABAS. *Leçons de Droit Civil*. 9. ed. Paris: Montchrestien. 1998.

entregar alguma coisa, em última análise, seja de fato fazer alguma coisa.

O substractum da diferenciação está em verificar se o dar ou o entregar é ou não consequência do fazer. Assim, se o devedor tem de dar ou de entregar alguma coisa, não tendo, porém, de fazê-la previamente, a obrigação é de dar; todavia, se, primeiramente, tem ele de confeccionar a coisa para depois entregá-la, se tem de realizar algum ato, do qual será mero corolário o de dar, tecnicamente a obrigação é de fazer.”⁷

Em outras palavras: na prestação de dar o interesse do credor dirige-se à coisa a ser dada, pouco importando como tenha sido obtida pelo devedor. A coisa é o alvo desse interesse - senão o alvo imediato, pois que este é o comportamento devido, ao menos mediato (aquilo que se espera obter materialmente desse comportamento): enquanto não conseguir sua realização, o credor não terá o direito sobre a coisa.

Na prestação de fazer, o interesse do credor é encontrado no fato por si só; na atividade a ser realizada (no próprio comportamento em realização), ainda que a essa atividade esteja acoplada a entrega de uma coisa que, através dela, tenha sido confeccionada. Nesse caso, o interesse se dividirá entre o fato e a coisa, embora se reconheça a prevalência do interesse sobre a atividade.

Assim, é bem distinto o interesse de um colecionador que adquire em uma galeria de arte um determinado quadro ali exposto, mandando que seja entregue em sua casa; e o de uma personalidade ao encomendar um retrato a um pintor renomado. Em ambos os casos, não se duvida que o credor tenha interesse na coisa (quadro ou retrato), conquanto, na segunda situação, o interesse somente estará plenamente satisfeito se aquele retrato recebido foi pintado pelo renomado artista.

De tudo, se vê que a prestação de substituição do produto não pode ser simplesmente tomada por uma prestação de fazer. O que se identifica por detrás dessa prestação é o interesse do consumidor no produto novo que faz jus a receber. Não se verifica existir um interesse específico em alguma atividade do fornecedor. A prestação encobre mera transferência de direitos, com a única peculiaridade de que é uma entrega de lado a lado.

⁷ Op.cit. p. 95.

CONSIDERAÇÕES SOBRE AS CONSEQÜÊNCIAS DA NATUREZA DA PRESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO DO PRODUTO

É lógico concluir que, ao não mais ser classificada como uma prestação de fazer, a substituição do produto viciado não poderá continuar a receber o tratamento destinado àquele tipo de prestação, em especial quanto à sua execução e aos meios de consegui-la.

Sabe-se que a prestação de fazer guarda peculiaridades no que tange à sua execução específica, especialmente quando diz respeito a um comportamento que somente possa ser realizado pelo devedor ou somente a ele tenha sido imposto (artigos 878 do Código Civil de 1916; 247 do Código Civil de 2002; e 638 a 641 do Código de Processo Civil). Nessas hipóteses, é permitida a fixação pelas partes ou a cominação pelo juiz de multa diária (*astreinte*) para o caso de persistir o descumprimento (artigos 287; 461, § 4º; 644; 645 do Código de Processo Civil; e 84, § 4º do Código de Defesa do Consumidor). É o modo encontrado pelo legislador para compensar a impossibilidade ético-jurídica de forçar o cumprimento atacando as liberdade, integridade e dignidade do devedor; é o modo de compensar a regra “*nemo praecise...*”.

Com esse instrumento, com essa técnica, tenta-se convencer e compelir o devedor a pagar e, desse modo, conseguir a satisfação do credor, com a entrega do objeto de seu interesse original.

Nos outros tipos de prestação mencionados, não é preciso valer-se desse subterfúgio para que o credor obtenha a satisfação de seu interesse específico. Esta se dá com o ataque direto ao patrimônio do devedor (sempre através da intervenção estatal) sem que se requeira sua participação pessoal.

É por essa razão que o Código de Processo Civil não prevê a aplicação de *astreinte* a esses casos. Tem-se que tal aplicação é mesmo desprovida de fundamentação e entende-se que a sanção privada do descumprimento é suficientemente representada por eventual cláusula penal (com a limitação do artigo 920 do Código Civil de 1916 – artigo 412 do Código Civil de 2002).

Por força dessas considerações, não podem o consumidor, no pedido, ou o juiz, na sentença e na execução, fazer incidir a *astreinte* ao descumprimento da prestação de substituição do produto⁸.

⁸ Luiz Antonio Rizzatto Nunes, de forma coerente com sua posição, admite a aplicação e até menciona a possibilidade de busca e apreensão da coisa, o que faz, na análise deste trabalho, impropriamente. É

Exceção importante se faz nas execuções promovidas perante os Juizados Especiais Cíveis, em que mesmo o descumprimento de uma prestação de dar⁹ pode ensejar a multa diária (artigo 52, V, Lei nº 9.099/95).

Uma tal conseqüência já dá conta da relevância da distinção.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A CLASSIFICAÇÃO DA PRESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO DO PRODUTO

Parece natural a conclusão de que a substituição do produto viciado, não sendo prestação de fazer e muito menos de não-fazer, será prestação de dar.

A conclusão não seria incorreta, mas superficial, caso se insistisse em tomá-la como uma, simples.

Ao contrário, trata-se de uma prestação de caráter duplo, binário, em que se vê, atrelado à prestação do fornecedor, um dever do consumidor. Em verdade, a substituição se conecta à entrega, por parte do consumidor, do produto defeituoso¹⁰.

É possível vislumbrar, por detrás do direito à substituição, duas prestações (e ambas de dar *stricto sensu*): uma prestação de dar coisa certa (o produto viciado) por parte do consumidor; e outra de dar coisa incerta (produto novo) por parte do fornecedor.

A alguns pode parecer que essas prestações sejam interligadas, interdependentes e, por isso, autorizem uma eventual retenção de ambos os lados ou, ao menos, a invocação de uma medida análoga àquela do *caput*

que, se o parágrafo quinto do artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor prevê a medida, é para garantir a realização da atividade devida através de meios secundários e anexos (e não para contornar a necessidade de tal realização). Se a busca e apreensão satisfaz, é porque a prestação não é de fazer.

⁹ Note-se que, embora a doutrina civilista tenha por tradição subdividir as prestações de dar em três: (i) prestação de dar *stricto sensu* (envolve a transferência de direito real); (ii) prestação de entregar (possibilita o uso e o gozo da coisa); e (iii) prestação de restituir (devolução da coisa pertencente ao credor), o legislador do Código de Processo Civil preferiu englobar as regras de sua execução sob a denominação de “entrega” (o capítulo II do Título II do Livro II cuida da execução das prestações de dar, com exceção das prestações pecuniárias de quantia certa, que é objeto do capítulo IV).

¹⁰ Ainda que possam ocorrer casos em que o fornecedor já esteja em posse do produto viciado exatamente por ter tentado o reparo no prazo que lhe concede o artigo 18, na prática, é verificado que a recusa da substituição se faz, no mais das vezes, com a devolução do produto ao consumidor.

do artigo 1.092 do Código Civil de 1916 (476 do Código Civil de 2002). Afinal, diriam, ambas têm a mesma origem: o defeito.

De fato, a origem remota das prestações é a constatação do vício.

Mas não podem assim ser consideradas.

Em primeiro lugar, o vício não é a condição exclusiva de seu nascimento. Este decorre da escolha operada pelo consumidor dentre as alternativas do parágrafo primeiro do artigo 18.

Em segundo lugar (e mais importante), não têm fundamentos idênticos: uma decorre do direito à adequação do produto, que faz parte da Política Nacional de Relações de Consumo¹¹; outra da vedação do enriquecimento sem causa (que certamente ocorreria se não se assegurasse ao fornecedor a propriedade do produto defeituoso, notadamente quando o vício não significasse sua perda definitiva) e do equilíbrio efetivo das relações de consumo¹².

A prestação do consumidor só nasce em razão da prestação do fornecedor. Esta é principal; aquela, acessória. Uma existe por si só, como solução de proteção do interesse do consumidor; a outra é mero corolário, ainda que importante, para a correção de eventual desequilíbrio derivado de sua operação. Note-se que nem há equivalência entre elas: uma se refere à entrega de um produto novo; a outra, à entrega de um produto deteriorado pelo vício e às vezes imprestável.

O consumidor somente tem que entregar (dar) a coisa viciada porque coube ao fornecedor o dever de dar um novo produto. Não é um ônus imposto para exercer sua opção pela substituição; há mera consequência desse exercício.

Assim, não há que se falar em retenção (do produto novo) enquanto não há a entrega do produto viciado e, muito menos, em uma aplicação analógica do artigo 1.092 do Código Civil.

O Código de Defesa do Consumidor, por sua própria natureza, visa, precipuamente, à defesa dos interesses do consumidor. É o que busca em primeiro lugar, ainda que não descure da proteção do equilíbrio efetivo¹³ nas relações sujeitas à Lei 8.078/90. Essa proteção, meta principal do legislador, não poderia ficar condicionada a uma prestação acessória.

¹¹ Artigo 4º, *caput* e inciso II, “d”, Lei 8.078/90.

¹² Que também estaria positivado no citado artigo 4º, desta vez no inciso III.

¹³ Um outro reflexo dessa preocupação é a disposição do parágrafo segundo do artigo 51.

As mencionadas prestações são, portanto, independentes e assim devem ser consideradas em sua implementação e execução.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A EXECUÇÃO (VOLUNTÁRIA E JUDICIAL) DA PRESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO DO PRODUTO

É interessante comentar sobre o procedimento a ser adotado quando houver recusa do fornecedor na efetivação da substituição.

Por força da regra geral do artigo 950 do Código Civil de 1916 (327 do Código Civil de 2002) caberá ao consumidor buscar o pagamento, a entrega do novo produto (o pagamento é quesível). Deve, então, dirigir-se ao estabelecimento do fornecedor para requerê-lo.

Se houver sentença condenatória reconhecendo esse direito e enquanto não deflagrada a execução judicial, é assim que também deve se posicionar o consumidor. Se a sentença estabeleceu prazo para a substituição, é do seu comparecimento ao estabelecimento que dependerá o início da contagem. É que, sendo quesível o pagamento, somente desse modo ficará constituído em mora o fornecedor, abrindo-se a oportunidade para os procedimentos judiciais cabíveis. Antes disso, aliás, era o consumidor que poderia ser constituído em mora se restasse inerte.

É por isso que o consumidor que viu reconhecido o seu direito à substituição, tem que tomar a iniciativa de buscar o produto novo; não pode esperar um pagamento que não é portátil. Errado o operador que determine a execução ou a incidência de multa diária (de qualquer forma somente admissível em sede de Juizados Especiais Cíveis) sem que o observe.

É diverso, porém, o caso em que a substituição é de produto que (por sua natureza ou por mera facilidade concedida como atrativo de marketing) foi entregue no domicílio do consumidor. É razoável o entendimento (ainda que *de lege ferenda*) no sentido de que, se as partes preferiram inverter o lugar do pagamento (prevendo o pagamento portátil) no que se referira à obrigação de entrega do produto original, a substituição deva ser feita no mesmo lugar (caso em que o fornecedor estará adstrito a entregar no domicílio do consumidor o produto novo). Inverter-se-á, por conseguinte, o ônus da mora.

É justificativa bastante (sem falar na política de satisfação do consumidor) para que o juiz, em eventual reconhecimento do dever de substituir, esclareça, no dispositivo da sentença respectiva, o lugar de entrega

do produto novo. Assim fazendo, estará a assegurar a plena satisfação do consumidor e a facilitação da defesa de seus interesses em juízo (artigo 6º, VIII, Lei 8.078/90). Isso para o caso de eventual execução, com possibilidade de melhor caracterização da mora do fornecedor.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A EXECUÇÃO JUDICIAL DA PRESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO DO PRODUTO

A execução da prestação de dar o produto novo far-se-á na esteira das regras da execução para a entrega de coisa incerta. Afinal, é essa a natureza de tal prestação: de gênero; não interessa ao consumidor uma coisa particularizada, individuada, como o aparelho de televisão da marca “x”, modelo “y” e número de série “nnnn”. Tanto lhe faz qual televisor, dentre o universo de televisores daquela marca e modelo (iguais ao que adquiriu originalmente), lhe será entregue. O que lhe interessa é receber aquilo que esperou obter quando procurou o fornecedor (a escolha é deste – artigo 629, Código de Processo Civil).

Se, mesmo citado em execução, persistir o fornecedor na recusa da substituição, a escolha passará ao consumidor (artigo 630, Código de Processo Civil). Como não terá acesso ao estoque daquele, entende-se deva ser determinada a busca e apreensão de qualquer produto que atenda às definições do gênero. É a melhor forma de garantir a satisfação.

Na hipótese de tal satisfação não ser alcançada (desaparecimento do gênero, descontinuidade da produção, inexistência no estoque etc.) pode haver direcionamento para produto similar, nos termos do parágrafo quarto do artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor.

Acaso nada disso se mostre possível, poderá o consumidor pleitear as perdas e danos pelo descumprimento ou, por expressa previsão legal, retomar a escolha das alternativas dos incisos II e III do citado artigo (§ 4º).

CONCLUSÃO

De todo o exposto, propõe-se seja a prestação de substituição do produto viciado (prevista no inciso I do parágrafo primeiro do art. 18 do Código de Defesa do Consumidor) encarada como uma prestação de caráter duplo, envolvendo, em verdade, duas prestações de dar *stricto sensu*.

Tais prestações, como sugerido, poderão ser executadas (voluntária ou judicialmente) de forma independente, sempre em atenção ao interesse maior do legislador: proteção da satisfação e das expectativas legítimas do consumidor. Porém, sem que se esqueça da harmonização das relações entre ele e o fornecedor.

Estarão, por conseguinte, sujeitas às regras materiais e formais que regulem tal execução (artigos 863 a 877 do Código Civil de 1916; 233 a 246 do Código Civil de 2002; e 621 a 631 do Código de Processo Civil). A aplicação de *astreinte*, por exemplo, estará limitada à execução proposta em face dos Juizados Especiais Cíveis.

O Direito é *ideal e é técnica*, já dizia Caio Mario da Silva Pereira. *Uma técnica a serviço de um ideal*¹⁴. Com estas breves considerações, pretende-se colaborar na otimização da aplicação da alternativa de substituição do produto viciado. É uma forma, modesta, de contribuição técnica ao ideal perseguido pelo Direito e seus operadores: a justiça. ◆

¹⁴ **Lesão nos Contratos**. Rio de Janeiro: Forense. 1999, p. 101.

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE: ALCANCE E LIMITES

GERALDO DA SILVA BATISTA JÚNIOR

Juiz de Direito do TJ/RJ. Professor de Direito Processual Civil e Coordenador do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá em Campos dos Goytacazes

1. POSIÇÕES DA DOUTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA

Neste trabalho pretendemos sistematizar o alcance e os limites da exceção de pré-executividade. Iniciaremos com a demonstração do pensamento doutrinário brasileiro sobre esta questão e, após, passaremos a analisar o posicionamento jurisprudencial, de modo a observarmos como a exceção de pré-executividade vem se traduzindo no mundo jurídico prático. Em seguida, faremos a sistematização a que nos propusemos.

Dentro dos contornos da doutrina, LUIZ PEIXOTO DE SIQUEIRA FILHO¹ defende a tese do cabimento da exceção apenas nos casos relacionados com matéria de ordem pública, conheável de ofício pelo juiz.

DANILO KNIJNIK comunga com esta opinião e, nas conclusões de sua obra², chega a afirmar que o pilar teórico da “exceção de pré-executividade” é o *officium iudicis*, que pode ser implorado pelo executado, apesar de esta idéia ter passado despercebida por muito tempo.

Em contrapartida questiona: “Afinal, o que está, e o que não está no *officium iudicis*?” E, após, explica que o propósito de seu trabalho não é responder ao quesito acima, observando que, se o *officium iudicis* constitui a base teórica do instituto da exceção de pré-executividade, algumas consequências podem ser extraídas desta conclusão, sendo que a mais importante é a de que ela tem os seguintes requisitos³:

“a) *liquidez e certeza, originária e sucessiva, da arguição;*

¹ SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto de. **Exceção de pré-executividade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 69.

² KNIJNIK, Danilo. **A exceção de pré-executividade**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 207.

³ Ob. cit., p. 211.

- b) *compatibilidade da matéria argüida, qual seja:*
b.1) *pressupostos processuais,*
b.2) *condições da ação,*
b.3) *objeções substanciais, mediatizáveis pelo título executivo;*
c) *inexistência de tutela típica inerente ao sistema executivo.”*

Sintetizando o pensamento do autor, podemos dizer que ele tem, como objeto da exceção de pré-executividade, a cognição rarefeita das condições da ação, dos pressupostos processuais e das objeções substanciais, sendo certo que *todos os casos devem ser mediatizáveis pelo título.*

É importante enfatizar que DANILO KNIJNIK admite a exceção de pré-executividade como forma de alegação de matéria substancial, e não apenas formal, mas assevera que as objeções substanciais devem ser, tal como as demais, necessariamente mediatizáveis pelo título. Isto ocorre porque é preciso que a alegação seja compatível com o processo executivo, que não admite dilação probatória. Assim, a matéria deve ser toda analisável à luz de prova pré-constituída.

Quando observa a necessidade de inexistência de tutela típica inerente ao sistema executivo, DANILO KNIJNIK salienta que, como forma de revelação parcial do *officium iudicis*, a exceção atende apenas à admissibilidade da execução, de modo a não poder ser utilizada para controlar ocorrências processuais internas, próprias do processo executivo. Daí a impossibilidade de sua utilização em substituição de mecanismos de além penhora. No seu entender, a justificação constitucional da exceção é válida apenas para o preenchimento das lacunas do sistema. Não havendo lacuna, não há de se falar em exceção de pré-executividade. A título de exemplo são citadas questões atinentes à nulidade de praça, excesso de penhora e alienação antecipada de bens, como não passíveis de solução pela via do instituto em estudo⁴.

Também MARCOS VALLS FEU ROSA⁵ expõe idéias a respeito do tema. Ele explica que a execução, como qualquer processo, tem seus requisitos, que devem ser verificados de ofício pelo juiz. Ocorre que a prática

⁴ Ob. cit., p. 194.

⁵ FEU ROSA, Marcos Valls. **Exceção de pré-executividade**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 51.

demonstra que os juizes nem sempre cumprem o seu officio, não conhecendo ou conhecendo mal das questões pertinentes aos requisitos da execução. Nestes casos a parte pode valer-se da exceção de pré-executividade para noticiar a existência de vício processual ao juiz. Nesta seqüência de idéias, as matérias argüíveis são as conhecíveis de officio pelo juiz.

ALBERTO CAMIÑA MOREIRA⁶ também não diverge do entendimento de que toda matéria que o juiz pode conhecer de officio o executado também pode alegar, a qualquer tempo, por intermédio da exceção em estudo. Porém, observa⁷ que a grande dificuldade do tema consiste exatamente em separar as matérias que podem ser alegadas por simples petição e as que dependem de embargos.

O exame de sua obra permite-nos verificar que, na verdade, este autor é favorável a um campo de incidência mais abrangente para a exceção de pré-executividade, e admite, por esta via, a alegação de matérias insuscetíveis de conhecimento de officio. CAMIÑA MOREIRA esposa a idéia de que são possíveis a alegação de excesso de execução, pagamento, prescrição, decadência e compensação, ampliando bastante o âmbito de incidência. Funda-se o autor, não no fato de o juiz poder conhecer de officio de todas estas matérias, mas sim no de elas poderem ser objeto de alegação a qualquer tempo, o que conduziria à possibilidade de serem ventiladas no interior da execução.

O excesso de execução é visto pelo autor como matéria de ordem pública⁸ e o pagamento como objeção substancial⁹. Em relação à prescrição¹⁰, ele se socorre da combinação entre os arts. 303, III, do CPC e 162 do CC para justificar sua posição de que ela pode ser alegada a qualquer tempo¹¹. No que pertine à decadência¹², apesar de, no seu entendimento, não poder ser objeto de conhecimento *ex officio* (salvo na execução fiscal) – por se tratar de questão patrimonial de direito privado –, deve receber o mesmo

⁶ MOREIRA, Alberto Camiña. **Defesa sem embargos do executado: exceção de pré-executividade**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 27.

⁷ Ob. cit., p. 28.

⁸ Ob. cit., p. 139.

⁹ Ob. cit., p. 199.

¹⁰ Ob. cit., p. 199.

¹¹ Carvalho Santos também se posiciona neste sentido. Ver SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código civil interpretado**. Volume III. 9. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1963. p. 380.

¹² Ob. cit., p. 156-161 e 199.

tratamento da prescrição, conforme os arts. 303, III, do CPC e 162 do CC. Ao se referir à compensação legal¹³, o autor invoca a sistemática do Código Civil para defender a tese de que ela se opera de direito, independentemente da vontade das partes, razão pela qual, apesar de ter sido instituída por norma de direito disponível, pode ser alegada a qualquer tempo.

ARAKEN DE ASSIS¹⁴, por sua vez, amplia um pouco mais ainda o âmbito de incidência da defesa intra-execução, admitindo o seu ajuizamento também para fins de alegação de matéria que depende da iniciativa da parte, como as anulabilidades.

Também se manifesta por um campo maior de incidência LEONARDO GRECO¹⁵, e admite, tal como ARAKEN DE ASSIS, exceção de pré-executividade relativa a matérias que dependem de iniciativa da parte:

“Como instrumento da plenitude de defesa, a exceção de pré-executividade pode argüir tanto matérias de ordem pública, quanto nulidades relativas e exceções substanciais que dependem de argüição da parte, como a prescrição...”

O exame acurado do pensamento dos autores trazidos à conferência permite-nos observar que a construção teórica da exceção de pré-executividade se baseou na atuação de ofício do juiz, tendo sido reconhecido ao executado o direito de chamar a atenção do julgador para o exercício de uma atividade que lhe competia exercer independentemente da manifestação das partes. Podemos verificar que, por partir desta premissa, a doutrina está praticamente pacificada no sentido de elencar as matérias formais de ordem pública como argüíveis pela via da exceção de pré-executividade. Neste rol estão incluídas as questões referentes à validade do título executivo; à sua liquidez, certeza e exigibilidade; aos demais pressupostos processuais da execução e às condições da ação.

No que respeita às matérias relacionadas ao direito substancial, também examináveis *ex officio*, alguns autores não enfrentam a questão de

¹³ Ob. cit., p. 168.

¹⁴ ASSIS, Araken de. **Manual do processo de execução**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 251.

¹⁵ No artigo “Exceção de pré-executividade na execução fiscal” (**Problemas de Processo Judicial Tributário**. 4º volume. São Paulo: Dialética, 2000. p. 185-202), o autor defende o cabimento da exceção de pré-executividade para fins de alegação de excesso de execução.

forma direta, limitando-se apenas a afirmar, genericamente, que a exceção de pré-executividade é cabível quando contém alegação referente à matéria examinável de ofício pelo juiz, sem tomar posição clara em relação às objeções de caráter substancial.

Todavia ALBERTO CAMIÑA MOREIRA, LEONARDO GRECO e DANILO KNIJNIK, entre outros, são claros ao pugnar pela admissão das objeções substanciais no rol das matérias alegáveis em exceção de pré-executividade. Os dois primeiros admitem esta defesa até mesmo quando relacionada a matérias que dependam de alegação da parte, dando, conforme observado anteriormente, uma amplitude ainda maior ao mencionado rol.

Sintetizando o pensamento da doutrina de uma forma bastante objetiva, podemos dividi-lo em quatro grandes grupos: 1) o dos que rejeitam a exceção de pré-executividade; 2) o dos que a admitem apenas como meio de alegação de matérias processuais conhecíveis de ofício; 3) o dos que a admitem para a alegação de todas as matérias conhecíveis de ofício, inclusive as de direito material; 4) o dos que a admitem também para alegação das matérias substanciais que dependem de iniciativa da parte, desde que alegáveis a qualquer tempo.

No âmbito da jurisprudência o pensamento não difere muito do que predomina na doutrina. A análise das decisões por nós selecionadas demonstra a admissão, mais ou menos generalizada, da exceção de pré-executividade para efeito de exame das questões pertinentes aos requisitos de exigibilidade, certeza e liquidez do título executivo, bem como a todos os pressupostos processuais da execução e às condições desta modalidade de ação.

Porém, verificamos que há uma resistência, por parte de alguns julgadores, em admitir a exceção de pré-executividade quando a matéria argüida está no rol das alegáveis por embargos à execução. Neste sentido, os acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro proferidos nos seguintes feitos: Agravo de Instrumento 2.152/1998¹⁶ e Agravo de Instrumento

¹⁶ “[...]Conquanto a exceção de pré-executividade mereça o maior respeito, no âmbito jurídico-processual, a grande verdade, é que não se harmoniza com os casos em que só através de Embargos à Execução a matéria seja examinada.”

Agravo de Instrumento 2.152/1998 - Reg. 29/03/1999 - Fls. 8087/8091 - Capital - 6ª Câmara Cível - Unânime - Des. Albano Mattos Corrêa - Julg. 27/10/1998 - Partes: Dexter Comércio, Importação e Exportação Ltda. X Jorge Pinto da Silva.

385/1998¹⁷ (inéditos por ocasião da elaboração de nossa pesquisa). No STJ este posicionamento foi expressamente manifestado, dentre outros, nos REsp 187.195/RJ¹⁸ e REsp 56.158/GO¹⁹.

No que pertine especificamente à prescrição, também não existe unidade. Alguns julgados admitem o seu reconhecimento pela via da exceção²⁰ e outros exigem a interposição de embargos, com a prévia segurança do juízo²¹.

Em relação ao excesso de execução, verificamos, expressamente, que a tendência predominante é no sentido de não aceitar sua alegação

¹⁷ “[...] *As matérias suscetíveis em exceção de pré-executividade não são as que compõem as causas petendi dos embargos, para cuja interposição exige-se a segurança do juízo.*”

Agravo de Instrumento 385/1998 - Reg. 11/11/1998 - Fls. 26006/26020 - 15ª Câmara Cível - Unânime - Des. Luiz Fux - Julg. 23/09/1998 - Partes: Aluizio Honorato de Oliveira e s/m X Elizabeth Costa de Andrade Silva e Outros.

¹⁸ Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: [27/09/2000].

¹⁹ Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: [05/03/2001].

²⁰ “[...] *Prescrição reconhecida. Correto o acolhimento da exceção de pré-executividade.*”

Apelação Cível 13.336/1998 - reg. 19/05/1999 - Fls. 38255/38261 - Nilópolis - 11ª Câmara Cível – Unânime - JDS. Des. Célia Meliga Pessoa - Julg. 17/12/1998 - Partes: Estado do Rio de Janeiro X Distribuidora de Carnes Charrua Ltda.

“*Processual Civil. Execução. Possibilidade de alegação, antes da penhora de fatos extintivos do direito (prescrição). Embargos infringentes parciais. Limites de sua apreciação. [...]*”

VOTO - MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator)

“*[...] A jurisprudência tem aceitado, interpretando o questionado preceito, a possibilidade de alegação, pelo executado, de extinção do processo, em face da prescrição, mesmo antes da penhora.*”

REsp nº 59.351-4 - PR (Registro nº 95.0002697-0) - Rel. Min. Demócrito Reinaldo - Partes: Fazenda Pública do Estado do Paraná x J Martelli e Companhia Ltda - RSTJ - 87/67.

²¹ “[...] *A alegação de prescrição somente pode ser formulada em sede de embargos, após seguro o juízo por regular penhora. [...]*”

VOTO-VISTA (VENCIDO) - MINISTRO JOSÉ DELGADO

“*[...] Peço vênia ao eminente Ministro Garcia Vieira para me posicionar, com a minha compreensão sobre o tema, ao lado do acórdão questionado.*

Entendo que a regra do art. 162 do Código Civil, determinadora de que ‘a prescrição pode ser alegada, em qualquer instância, pela parte a quem aproveita’, não está subordinada a qualquer condicionamento imposto pelo direito formal. [...]”

VOTO-VISTA - MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO

“*[...] O que tenho defendido é que, em hipóteses excepcionais, o juiz pode extinguir o processo de execução, em face da prescrição manifesta, mesmo antes de seguro o juízo, com a penhora. [...]*”

REsp nº 178.353 - RS (Registro nº 98.0044232-4) - Rel. Min. Garcia Vieira - Partes: Estado do Rio Grande do Sul x Famox Indústria e Comércio de Móveis Ltda e outro - RSTJ 118/163.

por exceção de pré-executividade. Neste sentido: Agravo de Instrumento 6.002/1998, do Rio de Janeiro (acórdão inédito) e REsp nº 187.195 - RJ (Registro nº 98.0064189-0) - RSTJ, 123/264.

2. O ALCANCE DO INSTITUTO: SISTEMATIZAÇÃO

A grande preocupação dos que procuram restringir o âmbito de incidência da exceção em estudo é, sem dúvida alguma, o não desvirtuamento do processo de execução. Este tem por finalidade permitir que o credor alcance o bem que obteria com o adimplemento voluntário da obrigação e, em caso de impossibilidade absoluta de lograr obter o referido bem, que lhe seja entregue outro equivalente, na maioria das vezes dinheiro.

É exatamente em razão da sua finalidade que o processo de execução compõe-se de atos essencialmente práticos, que objetivam a reparação do direito originário do credor, violado pelo inadimplemento ou mora do devedor que não cumpre em tempo a sua obrigação. Em virtude desta característica, predomina, no âmbito do processo executivo, a atividade judicial coercitiva, traduzida, na prática, por atos materiais sancionatórios ou de excussão patrimonial. A atividade cognitiva, típica do processo de conhecimento, não é a principal do processo executivo. Pelo contrário, durante algum tempo entendeu-se, predominantemente, que não havia contraditório e cognição no processo de execução, embora hoje se admita a existência de atividade cognitiva rarefeita.

Por outro lado, apesar do posicionamento predominante nos dias atuais, no sentido da admissão da existência de atividade cognitiva no processo de execução²² – uma das premissas necessárias à admissão da exceção de pré-executividade –, é forçoso reconhecer que ela é limitada, já que este processo, em razão de sua natureza, é incompatível com qualquer modalidade de dilação probatória²³.

Vê-se, assim, que o problema do campo de incidência da exceção de pré-executividade não está propriamente na elaboração do rol das matérias passíveis de arguição, mas na questão referente à prova das alegações. É

²² Apenas a título de exemplo podemos citar KNIJNIK, Danilo. **A exceção de pré-executividade**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 113. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 173-175. GRECO, Leonardo. **O processo de execução**. Volume 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 581.

²³ Nos AGREsp 241.483/MG, in <<http://www.stj.gov.br>> - acesso em: [24/09/2000]; 197.577/GO, in <<http://www.stj.gov.br>> - acesso em: [24/09/2000] - e 180.734/RN, in <<http://www.stj.gov.br>> - acesso em: [24/09/2000], o STJ decidiu pela impossibilidade de dilação probatória na execução.

esta a razão que impede, a nosso ver, a alegação de matérias que dependem de instrução dilatada para serem demonstradas. Na nossa opinião, não há impedimento de alegação de qualquer matéria, e, sim, inviabilização de alegação daquelas que necessitam da produção de provas no curso do processo.

Também é muito importante salientar que a exceção de pré-executividade tem base constitucional. Ela nada mais é do que a consequência necessária da garantia constitucional à tutela jurisdicional efetiva dos direitos. Trata-se de um instrumento da plenitude de defesa. É verdade! A exceção de pré-executividade não tem previsão legal no nosso sistema jurídico, mas sua existência é de aceitação ampla, e isto se dá, exatamente, porque materializa o direito constitucional de defesa – previsto no art. 5º, LV, da CF – num processo que não o prevê. Deixou o legislador infraconstitucional a lacuna no processo de execução e a garantia constitucional não a admite. Surge, então, para preenchê-la, a exceção de pré-executividade.

Como se vê, as razões da aceitação do instituto estão muito acima da discussão em torno da sua previsão ou não no sistema legal. Nesse ponto, com a devida vênia, andaram mal os que não admitem a exceção de pré-executividade por ausência de previsão legal.

Partindo destas premissas, ousamos dizer que não há matéria que não possa ser alegada em exceção de pré-executividade. Se ela reflete o direito constitucional de defesa, é possível utilizá-la para promover qualquer defesa, porque, por evidente, os direitos constitucionalmente garantidos estão acima de qualquer argumento de ordem infraconstitucional, sejam eles jurisprudenciais, doutrinários ou legais.

Afirmar que somente as questões conhecíveis de ofício, formais ou substanciais, podem ser objeto de exceção de pré-executividade, é, com o devido respeito, reduzir o instituto a um mero “puxão de orelhas” no juiz – que deveria ter conhecido da matéria independentemente da alegação da parte, e não o fez – e negar a aplicação do direito constitucional de defesa ao executado.

Por outro lado, é preciso reconhecer a impossibilidade de dilação probatória no processo de execução, o que impõe limites à exceção de pré-executividade. Não estamos afirmando que estes limites impedem a alegação de determinadas matérias, e sim que eles são necessários para que o processo executivo não seja desfigurado. E por que isto acontece? Porque a execução é uma das formas de prestação da tutela jurisdicional, que também

é constitucionalmente garantida. O processo de execução é todo fundado na existência de título executivo líquido, certo e exigível, que traz em si a presunção de que o credor tem um direito subjetivo a ser exercido contra o devedor. Assim, o processo é iniciado com a finalidade de satisfazer este direito – e não de verificar a sua existência –, razão pela qual não há exercício de atividade cognitiva ampla em seu bojo. Em outras palavras: na execução o credor inicia o processo em posição de privilégio, quando comparado ao devedor, e esta estrutura não ofende qualquer dispositivo constitucional²⁴.

Desfigurar a execução significa ofender outro princípio constitucional: o que garante a prestação da tutela, inclusive a executiva. É necessário, então, ponderar os dois: o que garante a prestação da tutela executiva e o que garante, de forma irrestrita, o direito de defesa em todos os processos e procedimentos.

Explica a doutrina que regras e princípios são espécies do gênero normas, porque estabelecem o dever-ser. Porém existe diferença qualitativa entre as duas espécies. Os princípios são mandamentos de otimização e podem ser cumpridos em diferentes graus. Como não há algum que seja absoluto, eventual choque entre dois princípios de hierarquia idêntica deve ser resolvido mediante ponderação. Assim se posiciona CANOTILHO²⁵, observando, inclusive, que é exatamente a “dimensão de ponderabilidade” dos princípios que justifica a **ponderação** como método de solução de conflito entre eles.

Um princípio, na verdade, não exclui o outro totalmente. É preciso analisar a fundamentalidade de cada um diante do caso concreto, de modo a encontrar o ponto de equilíbrio.

ROBERT ALEXY²⁶ bem explica a questão. *In verbis*:

“...Em esta ponderación, de lo que se trata es de la ponderación cuál de los intereses, abstractamente del mismo rango, poseería mayor peso en el caso concreto...”

²⁴ Ver SLAIBI FILHO, Nagib. “A natural inferioridade do devedor no processo de execução”. **Revista da EMERJ**. V. 1. n.º 1. Rio de Janeiro: EMERJ, 1998. p. 58-63.

²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 10. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999. p. 1.165.

²⁶ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 90.

“Tomados en sí mismos, los dos principios conducen a una contradicción. Pero, esto significa que cada uno de ellos limita la posibilidad jurídica de cumplimiento del otro. Esta situación no es solucionada declarando que uno de ambos principios no es válido y eliminándolo del sistema jurídico. Tampoco se la soluciona introduciendo una excepción en uno de los principios de forma tal que en todos los casos futuros este principio tenga que ser considerado como una regla satisfecha o no. La solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se estable entre los principios una relación de precedencia condicionada. La determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede al otro.”

Nessa esteira de raciocínio, se o executado pretende defender-se, fazendo uma alegação que necessite de dilação probatória para ser demonstrada, deve buscar a via dos embargos à execução, exatamente porque tem contra si uma presunção de que é devedor de uma obrigação – materializada no título executivo. Porém, se ele possui prova pré-constituída dos fatos referentes às alegações que pretende fazer, sendo-lhe possível ilidir a posição de desvantagem que tem contra si, sem necessidade de dilação probatória, poderá fazê-lo, independentemente do fato de ser a matéria alegada conhecível ou não de ofício pelo juiz e de estar ou não no rol das matérias alegáveis em embargos do devedor.

Subordinar o pleno exercício do direito de defesa à prévia garantia do juízo, pela penhora ou pelo depósito, constitui violação do princípio constitucional da plenitude de defesa²⁷. O que o Direito precisa é compatibilizar a exceção de pré-executividade com a prestação jurisdicional executiva, e não criar restrições a ela.

Com inteira razão, portanto, LEONARDO GRECO quando admite possa o executado alegar, em exceção de pré-executividade, matéria de ordem pública, *nulidades relativas e exceções substanciais que dependem de argüição da parte, como a prescrição*²⁸. Sem razão as decisões judiciais

²⁷ Ver GRECO, Leonardo. **O processo de execução**. V. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 626.

²⁸ Ob. cit., p. 626.

que não admitem o conhecimento da alegação de prescrição por exceção de pré-executividade.

Conforme já dissemos, e não é demais repetir, o problema do alcance e dos limites da exceção pré-executividade não está na existência de matérias alegáveis e não alegáveis por esta via, e, sim, na necessidade ou não da dilação probatória para a comprovação das alegações. É exatamente pelo fato de centrar os estudos em torno do alcance da exceção em cima do rol das matérias argüíveis, que, a nosso ver, a doutrina não conseguiu estabelecê-lo. E ousaríamos dizer que não conseguirá, porque, na verdade, não existe critério científico seguro para dizer o que pode e o que não pode ser objeto de exceção de pré-executividade.

Se não compreendermos o tema sob este ângulo de visão, continuaremos o estudo do instituto de forma casuística, com a necessidade de verificação, caso a caso, matéria por matéria, do cabimento ou não da exceção de pré-executividade segundo o pensamento da doutrina e da jurisprudência, sempre com o inconveniente da disparidade de posicionamentos.

A permanecer apenas o pilar teórico do *officium iudicis*, continuará existindo a dificuldade doutrinária e jurisprudencial de identificação do que é e o que não é matéria conheável de ofício, sempre mencionada pela doutrina que se dedica ao assunto.

O limite da exceção de pré-executividade é, portanto, formal. Está na prova da alegação, que deve ser sempre pré-constituída. Não há limite material.

Podemos citar o processo falimentar como precedente deste nosso entendimento de ausência de limitação material para a defesa em execução. O procedimento desta execução coletiva prevê a apresentação de defesa por parte do devedor, e podemos dizer que este direito não tem limitações no âmbito das matérias alegáveis, já que o art. 4º, da Lei de Falências, regula a questão de forma bem ampla, especialmente no seu inciso VIII.

Novamente ousamos, para dizer que a exigência de prévia garantia do juízo para o exercício de um direito de defesa que pode ser exercido no processo de execução sem comprometer sua estrutura – referente a questões de direito ou de fato que possam ser demonstradas por prova pré-constituída –, é inconstitucional (ofende a disposição do art. 5º, LV, da CF), mesmo

que esta matéria esteja relacionada como argüível pela via dos embargos à execução.

Através desta ação autônoma devem ser feitas as alegações que necessitam de dilação probatória, caso em que a exigência da prévia garantia do juízo é constitucional e justa, exatamente em face da posição de vantagem que o credor-exeqüente possui em relação ao devedor-executado, já que o primeiro é possuidor de um documento – o título executivo – que lhe dá o benefício da presunção de possuir um direito subjetivo exercitável contra o segundo.

No início deste trabalho, mencionamos a observação de DANILLO KNIJNIK no sentido de que, para o exercício da faculdade de ajuizamento da exceção de pré-executividade, é necessária a inexistência de tutela típica inerente ao sistema executivo.

Neste ponto estamos de acordo com o autor. É evidente que a exceção de pré-executividade é construção doutrinária que objetiva o preenchimento de lacuna existente na legislação referente ao processo de execução, que não prevê qualquer modalidade de defesa. Assim, não havendo lacuna, não há interesse processual na utilização da exceção, que se torna desnecessária e inútil, já que a defesa pode ser exercitada através dos meios previstos em lei. Válidos, portanto, os exemplos do excesso de penhora (art. 685, I, do CPC); da nulidade de praça (art. 694, I, do CPC) e da alienação antecipada de bens (art. 670, parágrafo único, do CPC). Todos têm previsão de tutela inerente ao processo executivo e não se justifica, pois, sua argüição por intermédio de exceção de pré-executividade.

De qualquer modo, discordamos do autor em relação aos embargos do devedor. Apesar de haver previsão legal em relação a estes, existe sim uma lacuna no processo de execução no que respeita à defesa, porque os embargos constituem ação autônoma (com todos os seus inconvenientes: necessidade de advogado também para ela, pagamento de custas iniciais, taxa judiciária onde é cobrada...) e estão condicionados à prévia garantia do juízo. Deste modo, no nosso entendimento, havendo prova pré-constituída, pode o executado alegar, em exceção de pré-executividade, qualquer matéria prevista no rol das alegáveis em embargos do devedor.

3. O EXCESSO DE EXECUÇÃO

Devido à importância do tema, optamos por tratar este assunto em um tópico à parte.

Dispõe o art. 743 do CPC:

Há excesso de execução:

I - quando o credor pleiteia quantia superior à do título;

II - quando recai sobre coisa diversa daquela declarada no título;

III - quando se processa de modo diferente do que foi determinado na sentença;

IV - quando o credor, sem cumprir a prestação que lhe corresponde, exige o adimplemento da do devedor (art. 582);

V - se o credor não provar que a condição se realizou.

Entre as hipóteses que o legislador definiu como sendo de excesso de execução, a mais comum é a do inciso I do art. 743 do CPC. Nossos comentários, neste tópico, voltar-se-ão, com maior frequência, para ela. De qualquer modo, a análise de todos os incisos deste dispositivo legal permite-nos verificar que eles têm um ponto em comum: referem-se a hipóteses em que o título executivo não legitima (total ou parcialmente) a execução instaurada. Assim, nossas conclusões a respeito do tema têm pertinência com todas as modalidades de excesso definidas no art. 743 do CPC.

Não existe consenso, nem na doutrina nem na jurisprudência, em torno da possibilidade de alegação do excesso de execução pela via da exceção de pré-executividade. Pelo contrário, pelo menos no âmbito jurisprudencial a pesquisa que efetivamos demonstrou a predominância dos entendimentos que pugnam pela não admissão. Os argumentos principais são os de que não se trata de matéria de ordem pública e que, havendo previsão legal para que esta alegação seja feita em embargos, somente através destes a questão pode ser levada à apreciação judicial.

O problema ganhou relevância após a promulgação das Leis nº 8.898/94, que acabou com a liquidação por cálculo do contador, e 8.953/94, que deu a atual redação ao inciso II do art. 614 do CPC. Merece destaque o fato de que os cálculos referentes à atualização dos valores referidos nos títulos executivos são hoje elaborados unilateralmente pelo credor.

Independentemente das razões expostas no tópico anterior, ousamos discordar da maioria. Novamente invocamos as preciosas lições de LEONARDO GRECO²⁹, que ensina que o título executivo líquido, certo e exigível

²⁹ Ob. cit., v. 1, p. 322.

é um pressuposto processual objetivo do processo de execução. Partindo deste raciocínio, é forçoso reconhecer que a sua falta significa ausência de pressuposto processual, o que constitui matéria de ordem pública. Assim, no nosso entendimento, a alegação do excesso é sempre viável, porque, como já demonstramos, doutrina e jurisprudência são praticamente unânimes em admitir que as matérias de ordem pública podem ser alegadas através de exceção de pré-executividade.

Nesta mesma linha de pensamento está ALBERTO CAMIÑA MOREIRA³⁰, para quem a matéria referente ao excesso é de ordem pública, porque, na verdade, não existe título executivo em relação a ele.

Não se argumente com o fato de que existe previsibilidade legal para alegação em embargos à execução, porque estes pressupõem prévia garantia do juízo, não sendo possível aplicar ao devedor tal restrição ao seu direito de defesa, especialmente porque a matéria é de ordem pública.

Mas não é só! No tópico anterior concluímos que não há limitação material para a exceção de pré-executividade. Nossas razões foram lá expostas e é desnecessária a repetição. Assim, por um argumento ou por outro, é forçoso concluir pela viabilidade da alegação de excesso de execução através de exceção de pré-executividade.

Também é válido recordar nossa conclusão referente à limitação probatória, de modo que o excesso de execução é alegável por exceção de pré-executividade, mas a sua prova há de ser pré-constituída.

É possível, também, alegá-lo quando o reconhecimento de sua existência depender apenas da manifestação judicial a respeito de uma questão de direito. Imaginemos a hipótese em que o exequente ajuíza execução acompanhada de cálculos em que é manifesta a cobrança de juros capitalizados. Se o réu alega excesso, em razão da capitalização, e se este é verificável independentemente da produção de qualquer prova, resta apenas a manifestação judicial a respeito de uma questão de direito – relativa à possibilidade ou não, no caso concreto, da capitalização dos juros –, e a exceção de pré-executividade, neste caso, pode e deve ser admitida.

O moderno processo civil garantístico assegura a todos, inclusive ao executado, o direito à ampla defesa. Desse modo não pode o devedor ficar tolhido de defender-se, em sede de execução, alegando que não deve tudo aquilo que lhe estão cobrando. Exigir que esta defesa seja feita pela via

³⁰ Ob. cit., p. 138 e 139.

dos embargos é injusto, porque obriga o executado a submeter-se à prévia constrição de seus bens em valores correspondentes aos pedidos na inicial da execução (estabelecidos unilateralmente pelo credor) e, conforme já dissemos inúmeras vezes, ofende princípios constitucionais, porque condiciona o direito de defesa, que foi concedido pelo constituinte, a todos os litigantes, de forma incondicional.

Apesar de a jurisprudência majoritária ser contrária à admissão da alegação de excesso de execução por exceção de pré-executividade, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro já decidiu nos termos do nosso entendimento. Faremos a transcrição de parte do acórdão:

“[...] Em tese a execução calcada em saldo devedor de contrato de abertura de crédito comporta a exceção de pré-executividade quando o credor capitaliza os juros e não demonstra claramente a evolução da soma pretendida [...]”

Apelação Cível 10.975/1998 - Reg. 06/04/1999 - fls. 22280/22283 - Capital - 14ª Câmara Cível - Por Maioria - Des. Rudi Loewenkron - Julg. 17/11/1998 - Partes: Banco Fibra S/A X Drogaria Romeiros da Penha Ltda. Acórdão inédito.

4. NOSSAS CONCLUSÕES

1 - Doutrina e jurisprudência brasileiras, majoritariamente, admitem a possibilidade de apresentação de defesa no interior do processo de execução.

2 - A exceção de pré-executividade tem natureza jurídica de defesa do executado, constituindo manifestação, no processo executivo, das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

3 - Embora não prevista em lei, a admissão da exceção de pré-executividade não ofende o princípio do devido processo legal.

4 - Inexiste uniformidade de pensamento em torno do que pode e o que não pode ser alegado em exceção de pré-executividade.

5 - Não há limitação material para a exceção de pré-executividade, que se presta à alegação de qualquer matéria, mesmo as que dependem de iniciativa da parte e as que não têm autorização legal expressa para serem alegadas a qualquer tempo.

6 - O limite da exceção de pré-executividade é apenas formal. Está na prova da alegação, que, quando necessária, deve ser sempre pré-constituída.

7 - A exigência de prévia garantia do juízo para o exercício de um direito de defesa que pode ser exercido no processo de execução, sem comprometer sua estrutura – referente a questões de direito ou de fato que podem ser demonstrados por prova pré-constituída –, é incompatível com a Constituição Federal, mesmo que esta matéria esteja relacionada como argüível pela via dos embargos à execução.

8 - O excesso de execução pode ser alegado em exceção de pré-executividade. ◆

PERSONALIDADE JUDICIÁRIA DE ÓRGÃOS PÚBLICOS

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO

Procurador de Justiça / RJ. Professor da EMERJ e da EMATRA

1. O processo judicial, como instrumento do exercício da função jurisdicional, configura-se como o mecanismo jurídico através do qual são dirimidos os conflitos intersubjetivos, aqueles que se caracterizam pela existência de uma pretensão à qual é oposta pretensão contrária (resistência).

Não havendo autocomposição - meio pelo qual se solucionam litígios pelo acordo entre os interessados - ou a adoção do juízo arbitral, os conflitos têm que ser resolvidos pelos órgãos jurisdicionais. A aplicação em concreto do direito objetivo, “*o Estado a realiza através do **processo e mediante o exercício de uma de suas funções básicas, que é a jurisdição***”, como classicamente consigna JOSÉ FREDERICO MARQUES (**Manual de Direito Processual Civil**, Saraiva, v. 1, 1974, p. 1).

2. **Processo**, como categoria jurídica que é, não serve como instrumento apenas da jurisdição. Representa, isto sim, uma relação jurídica entre certas pessoas, que se desenvolve por meio de atos, pronunciamentos, documentos, atividades, sempre alvitando determinado fim. O elemento teleológico (ou finalístico) é essencial à noção de processo.

Por isso, já tivemos a oportunidade de assinalar que para cada uma das funções estatais deverá haver um tipo especial de processo. Daí termos processo legislativo, processo judicial e processo administrativo. Todos são processos, variando apenas no fim a que se preordenam. No processo legislativo, o fim é a edição da lei; no processo judicial, alvitra-se a prolação de sentença; e no processo administrativo, persegue-se uma conduta administrativa, normalmente retratada pela prática do ato administrativo (nosso **Processo Administrativo Federal**, Lumen Juris, 2001, p. 6 e 7).

Sendo assim, não parece tecnicamente correto afirmar que o processo é o instrumento da jurisdição. Instrumento da jurisdição é, isto sim, o processo

judicial. Aliás, inexistente qualquer elemento no direito objetivo que denuncie que o processo é exclusivo da jurisdição. Ao contrário, a Constituição refere-se a “*processo legislativo*” (art. 59) e a “*processo administrativo*” (art. 5º, LV).

Como as presentes observações se dirigem ao exercício da função jurisdicional, temos em mira especificamente o processo judicial, este sim, o instrumento através do qual se materializa o exercício da função judicante.

Sob a ótica do direito processual, a conceituação de processo é clássica: trata-se de mecanismo pelo qual se resolvem conflitos de interesses. Nos dizeres de MOACYR AMARAL SANTOS, “*é meio de que se vale o Estado para exercer sua função jurisdicional, isto é, para resolução de lides e, em consequência, das pretensões*” (**Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**, Saraiva, 1977, v. 1, p. 233).

3. A relação processual, entretanto, não se forma livremente, ou ao mero alvedrio do Juiz ou dos interessados. Qualificando-se como relação *formal*, reclama a presença de certos requisitos necessários à existência e à validade da relação processual. Tais requisitos constituem os *pressupostos processuais*.

Na correta observação de ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, pressupostos processuais de existência são aqueles indispensáveis para que se forme a relação processual, ao passo que os pressupostos processuais de validade são os requisitos exigidos para o desenvolvimento regular do processo (**Lições de Direito Processual Civil**, Lumen Juris, v. 1, 2000, p. 200).

Embora não haja unanimidade em relação ao elenco dos pressupostos processuais, é razoável adotar o critério seguido pelos processualistas modernos, segundo o qual o processo reclama a presença de três pressupostos fundamentais: 1º) órgão estatal investido na jurisdição; 2º) partes capazes; 3º) demanda regularmente formulada.

Esses três pressupostos atendem a critérios próprios. Assim, o órgão jurisdicional é exigido pelo critério *orgânico*; a capacidade das partes, pelo critério *subjetivo* (pois que são os sujeitos do processo); e a regularidade da demanda, pelo critério *formal*. Faltante qualquer deles, poder-se-á considerar que a relação processual está inapta a ser formada ou a ter desenvolvimento válido e regular.

Para o fim dos presentes comentários, nosso foco será o pertinente às partes capazes.

4. O pressuposto processual concernente às partes envolve três aspectos quanto à capacidade: 1º) capacidade de ser parte; 2º) capacidade de estar em juízo; 3º) capacidade postulatória.

A capacidade de ser parte é aquela que permite à pessoa ou a algum ente jurídico figurar na relação processual. Capacidade de estar em juízo (também denominada de *legitímatio ad processum*) é a aptidão jurídica para ser participante da relação processual, em nome próprio ou alheio (HUMBERTO THEODORO JUNIOR, **Curso de Direito Processual Civil**, Forense, v. 1, 1999, p. 78). E a capacidade postulatória consiste na possibilidade que tenha o indivíduo de formular, por si ou representado por outrem, a pretensão processual.

Cuida-se de pressupostos inconfundíveis. Tanto é assim que é possível que a pessoa seja capaz de ser parte, mas não o seja de estar em juízo. É o caso dos incapazes. Podem ser partes no processo; têm o direito de formular pretensão através do processo; mas se lhes veda a possibilidade de estarem em juízo. Por outro lado, pode a pessoa ter as capacidades de ser parte e de estar em juízo, mas lhe faltar a capacidade postulatória, ou seja, não ter quem possa representá-la no processo para o fim de formular a pretensão ao órgão jurisdicional.

Desses pressupostos específicos em relação à parte, interessa-nos de perto a capacidade de ser parte.

5. A regra fundamental sobre a capacidade de ser parte está contida no art. 7º, do Código de Processo Civil: “*Toda pessoa que se acha no exercício dos seus direitos tem capacidade para estar em juízo*”.

A regra, é verdade, alude à capacidade de estar em juízo, exigindo a lei que, para tê-la, a pessoa deve estar no exercício dos seus direitos. Mas é verdade também que a capacidade de estar em juízo é um “*plus*” em relação à capacidade de ser parte. Desse modo, é possível extrair do dispositivo a regra pertinente a esta última capacidade

Ao referir-se à “*pessoa*”, a lei processual obviamente atrelou a capacidade de ser parte ao fato de o participante da relação processual ser dotado de *personalidade*. Em outras palavras, os sujeitos da relação processual devem ser pessoas, físicas ou jurídicas, *mas pessoas*. Essa é a regra geral.

Foi esse o motivo pelo qual MOACYR AMARAL SANTOS (ob. e vol. cit., p. 298), ao tratar da capacidade de ser parte, fez expressa alusão ao art. 2º do Código Civil: “*Todo homem é capaz de direitos e obrigações*

na ordem jurídica”. Esse dispositivo há de ser conjugado com o art. 4º, que trata da personalidade civil do homem (pessoa física), e com o art. 13, que faz referência à personalidade jurídica (pessoa jurídica).

Em suma, podemos afirmar que, em princípio, tem capacidade de ser parte a pessoa física ou jurídica.

6. Atendendo, porém, a determinados aspectos especiais na ordem jurídica, a lei processual admitiu também como dotados de capacidade de ser parte alguns conglomerados jurídicos, que, não obstante despidos de personalidade jurídica de direito material, são autorizados a figurar na relação processual como se fossem pessoas. São as denominadas “*peças formais*”, ou seja, não têm a personalidade dotada da carga jurídica de direito material, mas equivalem formalmente às pessoas no que toca à possibilidade de figurarem no processo.

Como tais conglomerados jurídicos não têm personalidade de direito material, mas valem como pessoas na relação processual, alguns estudiosos têm empregado a expressão “*personalidade judiciária*” para indicar que, ao menos para o processo, são tratados como pessoas.

Afigura-se indispensável, todavia, que a lei, *de forma expressa*, indique quando o conglomerado tem capacidade de ser parte. Significa que, no silêncio da lei, nenhum conglomerado tem tal capacidade, por mais numerosos que possam ser os efeitos e reflexos jurídicos decorrentes de sua posição no cenário do direito.

O Código de Processo Civil aponta os casos, alguns clássicos, de pessoas formais: a massa falida (art. 12, III); o espólio (art. 12, V); o condomínio (art. 12, IX); a sociedade sem personalidade jurídica (art. 12, VII). Como guardam similitude com as pessoas jurídicas materiais, o Código, ao mesmo tempo em que as admite como partes, indica as pessoas físicas que as representarão em juízo, ativa e passivamente.

Diante de tais premissas, é correto afirmar que a capacidade de ser parte, como pressuposto processual, pode materializar-se de três formas: 1ª) por pessoas físicas (personalidade geral); 2ª) por pessoas jurídicas (personalidade jurídica); 3ª) por pessoas formais (personalidade judiciária).

7. No aprofundamento da análise da capacidade de ser parte, é lícito indagar: os órgãos públicos têm capacidade de ser parte?

Já tivemos a oportunidade de conceituar o órgão público “*como o compartimento na estrutura estatal a que são cometidas funções determinadas, sendo integrado por agentes que, quando as executam, manifestam*

a própria vontade do Estado” (nosso **Manual de Direito Administrativo**, Lumen Juris, 8. ed., 2001, p. 9).

Pelo conceito, é fácil verificar que há intrínseca relação entre o órgão público e a pessoa de direito público. Esta é que é a unidade jurídica, e, portanto, dotada de personalidade jurídica. O órgão público é cada um dos centros internos de competência administrativa, ou seja, cada célula dotada de funções previamente determinadas. Sendo assim, o órgão configura-se como ente jurídico *despersonalizado*, vale dizer, como integrante da pessoa há de ser naturalmente despedido de personalidade jurídica.

É verdade que, na esteira da doutrina de OTTO GIERKE, a relação entre o órgão e a pessoa funda-se no *princípio da imputação volitiva*. Significa que a manifestação emanada de um órgão (e materializada pelo respectivo agente público) é atribuída externamente à pessoa jurídica a cuja estrutura organizacional pertença. E isso porque cada vez que um órgão externa a vontade é a própria pessoa que, sob um ângulo jurídico, a manifesta de modo a que possa produzir efeitos jurídicos.

Ora, na medida em que o órgão público não é pessoa (mas apenas integra a pessoa), temos que chegar à conclusão de que não pode ser parte no processo, pois que lhe falta o pressuposto processual, exigível e inarredável, relativo à capacidade de ser parte. E quem deverá ter essa capacidade? Exatamente a pessoa jurídica de direito público a cuja estrutura pertencer o órgão público.

Para exemplificar, se um Ministério, como órgão da administração federal, exterioriza uma vontade, a imputação desta será atribuída à União Federal, que é a pessoa jurídica a que pertence o Ministério. Havendo relação processual decorrente dessa manifestação volitiva, parte será a União, e não o Ministério. Se a viatura da Secretaria de Educação do Estado causa danos a alguém, os efeitos jurídicos da conduta não serão imputados à Secretaria, que é um órgão, mas sim ao Estado, este sim, a pessoa a que pertence o órgão. A Câmara Municipal é um órgão; pessoa será o Município no qual esteja integrada. O Tribunal Regional do Trabalho também é um órgão; a pessoa a cuja estrutura pertence é a União Federal. E assim sucessivamente.

A regra - é oportuno destacar - incide sobre qualquer tipo de processo, incluindo a relação processual trabalhista, cuja fisionomia busca fundamento nas regras do Código de Processo Civil. Apesar disso, há regra na legislação trabalhista em cujas linhas se encontra a mesma conclusão. O art. 839, da

CLT, por exemplo, averba que a reclamação poderá ser apresentada pelos empregados (pessoas físicas) e empregadores (pessoas jurídicas), pessoalmente ou por seus representantes, e também pelos sindicatos de classe (pessoas jurídicas). Embora não o tenha dito expressamente, o dispositivo está a demonstrar que tem capacidade de ser parte numa reclamação trabalhista quem seja dotado de personalidade (física, jurídica ou judiciária).

8. Haverá, contudo, - é imperioso reconhecer - certas situações que, por sua especificidade, não podem ser enfrentadas por esse tipo de solução.

Primeiramente, é preciso admitir que todo e qualquer órgão público é dotado de competência específica, ou seja, de um feixe de funções que a lei lhe outorga. Depois, não há também como negar que se afigura possível a formação de *conflitos interorgânicos*, significando a existência de pretensão de um órgão a que outro se opõe.

Quando se cuida de órgãos subalternos, os eventuais conflitos que venham a surgir podem muito bem ser dirimidos pelos órgãos superiores. Se duas Divisões de um Departamento administrativo assumem posições contraditórias, é o Diretor do Departamento que vai traçar a posição a ser obedecida.

O problema, porém, ocorre quando o conflito se instala entre os órgãos basilares das pessoas públicas, como, por exemplo, um conflito entre uma Assembléia Legislativa e o Executivo do Estado. Ou entre a Câmara Municipal e a Prefeitura. Ou, ainda, entre um Tribunal estadual e o Poder Executivo.

Tais conflitos têm como causa uma de duas ocorrências: 1ª) violação de direito subjetivo do órgão; 2ª) invasão de sua competência por outro órgão. Todos os órgãos fundamentais das pessoas públicas possuem direitos subjetivos contemplados na Constituição. O Chefe do Poder Executivo, por exemplo, tem o direito de deflagrar o processo legislativo em alguns casos (art. 61, § 1º, da CF). O Legislativo e o Judiciário têm o direito de receber o duodécimo de seu crédito orçamentário até o dia 20 de cada mês (art. 168, CF). Na verdade, as competências atribuídas a esses órgãos correspondem aos direitos que a ordem jurídica lhes outorga. Por isso é que, havendo ofensa a seu direito ou invasão de sua competência, há de se lhes assegurar a oportunidade de pleitear a tutela do direito ou de sua competência.

9. Por tudo isso, seria de perguntar-se: qual a solução a ser adotada no caso desses conflitos?

Uma solução deve ser de logo afastada: a de admitir que a pessoa jurídica a que pertença o órgão figure no pólo da relação processual. E a razão é simples. A se admitir tal solução, a mesma pessoa figuraria como autora e como ré no processo. É o caso em que a Câmara Municipal tem litígio com o Poder Executivo. Como ambos os órgãos pertencem ao mesmo Município, a ação seria movida por ele contra ele próprio. Logicamente isso beira ao absurdo.

Para não deixar os órgãos desprovidos de mecanismo de defesa contra ofensa de seus direitos ou invasão de sua competência, doutrina e jurisprudência têm assentado a solução de admitir que o órgão seja considerado como parte no processo, defendendo direito próprio contra o órgão que entende ser responsável pela ofensa. Em outras palavras: cada órgão, embora desprovido de personalidade jurídica própria, estaria dotado de personalidade judiciária, sendo, portanto, capaz de, por si mesmo, postular e defender-se em juízo.

Em pioneiro trabalho sobre o tema, publicado na **Revista de Direito Administrativo**, v. 15 (jan/março, 1949, p. 46), e reproduzido na obra **Problemas de Direito Público** (Forense, p. 424/439), VITOR NUNES LEAL já deixava assentado com toda a sua autoridade de publicista:

*“Parece-nos, **data venia**, que é impossível negar certos direitos das câmaras municipais, reconhecidos em texto expresso das constituições estaduais e das chamadas leis orgânicas dos municípios. Não resta dúvida de que a câmara de vereadores é apenas um órgão do município, incumbido da função deliberativa na esfera local. Sendo, entretanto, um órgão **independente** do prefeito no nosso regime de divisão de poderes (que projeta suas conseqüências na própria esfera municipal), sua competência privativa envolve, necessariamente, **direitos**, que não pertencem individualmente aos vereadores, mas a toda a corporação de que fazem parte. Se o prefeito, por exemplo, viola esses direitos, não se pode conceber que não haja no ordenamento jurídico positivo do país um processo pelo qual a câmara dos vereadores possa reivindicar suas prerrogativas.”*

A lição do saudoso publicista fala por si mesma. Se um determinado órgão público tem direitos conferidos pelo ordenamento jurídico, não se

pode admitir que esse mesmo ordenamento não possua instrumento jurídico para a proteção de tais direitos. Afinal, ser titular do direito e não poder defendê-lo é o mesmo que não ter o direito.

O instrumento de defesa, então, há de ser a ação judicial em que o órgão figure como parte autônoma, independentemente da pessoa a que pertence. É o órgão com personalidade judiciária.

10. A jurisprudência tem dado suporte a tal entendimento. O Tribunal de Justiça de Goiás já decidiu:

“MUNICÍPIO - PODER EXECUTIVO - ORÇAMENTO - REPASSE - OBRIGATORIEDADE - MANDADO DE SEGURANÇA. Tem o Poder Executivo Municipal, por força de preceito constitucional, o dever de repassar à Câmara Municipal, até o dia 20 de cada mês, o valor em dinheiro correspondente ao duodécimo do orçamento destinado ao Poder Legislativo. A inobservância dessa mandamentação fere direito líquido e certo do Legislativo a ser restabelecido por mandado de segurança” (Duplo Grau de Jurisdição 4.659-8, 3ª Câm. Cív., unânime, julg. em 21.8.97, *apud* ADCOAS 8156413).

O Tribunal de Alçada de S. Paulo decidiu no mesmo sentido, registrando que *“o Prefeito é parte legítima para impetrar mandado de segurança contra ato da Câmara de Vereadores”* (Agr. Petição nº 46.895, Rel. Des. Flávio Torres, julg. 27.11.61).

Não obstante, é preciso distinguir. A capacidade de ser parte não é admitida quando a pretensão do órgão consiste na reivindicação de meros direitos patrimoniais. Aqui o interesse direto não é do órgão, mas sim da pessoa jurídica a que pertence. Nesse sentido, decidiu o 2º Tribunal de Alçada de S. Paulo, consignando que *“a Câmara Municipal é ente político que não tem capacidade postulatória em ações de cunho patrimonial”* (Rec. ex-officio nº 527.208 - Pres. Prudente, 1ª Câm., Rel. Juiz Diogo de Salles, julg. em 21.9.98, *apud* ADCOAS 8172051).

A decisão é irreparável. Se a questão é de natureza meramente patrimonial, a capacidade de ser parte é da pessoa pública, e não de seus órgãos, tudo, como visto, em razão do princípio da imputação volitiva de GIERKE. Para exemplificar, se alguém provoca danos à Assembléia Legislativa do Estado, ou ao Tribunal de Justiça, ou ao Ministério Público, a parte autora

será o Estado, e não o órgão que diretamente sofreu o prejuízo. Nesse caso, aplicar-se-á a regra geral de que a capacidade de ser parte deve ser atribuída a quem tenha personalidade jurídica.

11. Tais soluções devem ser adotadas em qualquer tipo de relação processual, eis que a capacidade de ser parte constitui pressuposto processual pertinente ao processo em si, independente da via específica por onde tramite.

Na esfera trabalhista, portanto, são inteiramente aplicáveis os postulados acima. Como é praticamente impossível que haja conflitos interorgânicos de órgãos superiores na via da Justiça do Trabalho, deverá ser aplicada a regra geral segundo a qual é a pessoa pública que tem que ser parte, e não os seus órgãos.

Se, em determinado Município, os servidores da Câmara Municipal são regidos pelo regime trabalhista, eventual reclamação trabalhista deve ser ajuizada em face do Município, que é a pessoa pública, e não em face da Câmara, que é mero órgão despersonalizado. Se um servidor trabalhista integra o quadro de um Tribunal estadual, a reclamação deve ser ajuizada em face do Estado, e não do Tribunal. Nessas hipóteses, há de aplicar-se a regra geral de que parte é a pessoa jurídica à qual é imputada a conduta de seus órgãos internos.

12. Com tais observações, chegamos a algumas conclusões.

Primeiramente, há de se concluir que os órgãos públicos, como entes despersonalizados que são, não têm capacidade de ser parte na relação processual, capacidade essa que deve ser atribuída à pessoa jurídica pública a cuja estrutura pertença.

Depois, é preciso reconhecer que, a despeito da regra geral, tem sido plenamente admitida a sua personalidade judiciária, desde que, é claro, atendidas as condições acima enunciadas - serem eles integrantes da estrutura superior da pessoa federativa; terem a necessidade de proteção de direitos e competências outorgadas pela Constituição; e não se tratar de direitos de natureza meramente patrimonial.

Por fim, não custa lembrar que as regras pertinentes aos pressupostos processuais, e especialmente à capacidade de ser parte, alcançam qualquer tipo de relação processual, inclusive o processo trabalhista, que adota, nesse particular, os mesmos parâmetros acolhidos na teoria geral do processo. ◆

AÇÕES COLETIVAS

MARIA CRISTINA DE BRITO LIMA

Juíza de Direito do TJ/RJ

1. APRESENTAÇÃO

O presente trabalho trata das ações coletivas, como uma forma de acesso à justiça.

Trar-se-á a lume a questão da participação popular na administração da justiça, representando, no dizer de VITTORIO DENTI, “*um instrumento de garantia, de controle e de transformação*”.

Aliás, essa forma de participação também responde à exigência da legitimação democrática no exercício da jurisdição e às instâncias prementes de educação cívica, conforme bem salienta MAURO CAPPELETTI.

Como se pode notar, a abertura participativa popular permite que o acesso à ordem jurídica justa, no plano processual, concretize-se pelos novos esquemas da legitimação para agir.

Novos conflitos nascem e não seriam suportados quer pela estrutura formalista do processo clássico, quer pelos tribunais sobrecarregados e burocratizados.

Vê-se nascer os conflitos metaindividuais ou pluriindividuais, em que estão inseridas comunidades de pessoas mais ou menos indeterminadas ou de difícil determinação, tendo por objeto bens ou valores espalhados pela coletividade e de natureza indivisível: trata-se dos *interesses ou direitos coletivos ou difusos*.

Esses *interesses ou direitos* podem ser agrupados em pretensões homogêneas por sua origem comum, permitindo que a apreciação do litígio conflituoso possa beneficiar um maior número de pessoas que estejam na mesma situação legitimante.

Nesse plano dos grandes conflitos de índole coletiva, o direito brasileiro debutou com a *Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85)*, que tratou dos interesses difusos e coletivos, de natureza indivisível, atinente ao ambiente e aos consumidores.

Posteriormente, já com a boa experiência inicial, veio a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com os dispositivos relativos ao *Mandado de Segurança Coletivo* (art. 5º, LXX) e às *Ações Coletivas de Associações* (art. 5º, XXI), de *Sindicatos* (art. 8º, III), do *Ministério Público* (art. 129, II) e dos *Índios e suas comunidades e organizações* (art. 232), sem prejuízo de outras titularidades que possam vir a ser estabelecidas em lei (art. 129 § 1º).

Por fim, chega-se ao **Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90)**, que ampliou a abrangência da Ação Civil Pública, e a estendeu à tutela de qualquer interesse difuso ou coletivo. Também criou uma nova ação coletiva, pioneira nos sistemas de *civil law*, para a defesa de direitos subjetivos divisíveis, de ordinário tratados separadamente, mas que podem ser agrupados por sua origem comum.

Em todos esses casos, o direito brasileiro adota a legitimação concorrente e autônoma, permitindo a entes públicos ou organizações associativas a titularidade das ações coletivas, suprindo-se as deficiências organizacionais dos titulares desses interesses, se individualmente considerados, e permitindo um acesso à ordem jurídica justa a diversos níveis da população.

É o Estado assegurando igualdade de oportunidades a seus cidadãos.

2. ASPECTO HISTÓRICO-EVOLUTIVO DO CONCEITO DE INTERESSE: COLETIVO & INDIVIDUAL

Tratar da questão do coletivo & individual exige uma prévia abordagem sobre a sua evolução conceitual.

Por ULPIANO chegou-se a estabelecer “*jus publicum est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim*”.

Logo, os pólos de referência eram o *indivíduo* e o *Estado*. E foi assim que o Direito Positivado restou organizado em dois ramos: o *público* e o *privado*.

Com o surgimento e o crescimento dos chamados *corpos intermediários*¹, houve o fracionamento do poder estatal, já que esses *corpos intermediários* passaram a desempenhar o papel de freio e contrapeso na partilha do poder.

¹ Definição de MONTESQUIEU para novos focos de poder: os feudos; as grandes corporações; a igreja.

Porém, nos idos da Idade Moderna, esse quadro modificou-se, tomando os *corpos intermediários* novas posições: a igreja estabilizou-se nas atividades de ordem espiritual; o *feudalismo* declinou e desapareceu; as *corporações* desapareceram, dragadas pelas revoluções comercial e industrial, substituídas pelos conglomerados econômicos e empresas multinacionais. Mas, ainda que extremamente transformados ou enfraquecidos, os *corpos intermediários* engendraram o *espírito corporativo* (ou corporativismo), representado pelo *anseio dos indivíduos de participar do processo político-econômico*.

Nasceu a consciência do coletivo.

Essa consciência representou assim um *tertium genus*, podendo-se dizer que representou um novo interesse, paralelo ao do público e do privado, *o interesse coletivo*.

Ainda que muitos movimentos contrários ao florescimento do *interesse coletivo* tenham surgido², ele se manteve, atravessando o século e fortalecendo-se cada vez mais, cabendo aqui citar: *os sindicatos, as associações, os trusts, os cartéis, os conglomerados financeiros, os partidos políticos, os grupos de lobbies*.

Para bem retratar esse ponto, MANCUSO (1997:80) ressalta que: “*É curioso observar que o indivíduo buscou o grupo como forma de melhor assegurar sua realização pessoal, como também para se proteger; renunciou, assim, a certas vantagens pessoais, em nome dos interesses coletivos sustentados pelo grupo ao qual se filiou, é de se interrogar se hoje não é elo nostálgico de uma sociedade inspirada no espírito liberal-individualista do século passado*”.

MAURO CAPPELLETTI (1975:100) também se refere à insuficiência da tradicional dicotomia público-privado, dizendo-a superada, pois, embora sofisticada, não é suficiente para retratar a realidade, que é complexa, muito articulada para a simplista dicotomia tradicional.

Nos dias de hoje, essa dicotomia entre *público e privado* é insuficiente. O *público, o privado e o coletivo* haurem sua significação a partir da síntese dos interesses individuais neles agrupados. Um interesse é metaindividual quando, além de perpassar o círculo de atributividade individual, corresponde à síntese dos valores predominantes num determinado segmento ou categoria social, ou seja, é interesse coletivo de um grupo homogêneo.

² Temia-se que as grandes organizações se reestruturassem e abalasses a estabilidade do Estado.

Assim, cumpre frisar que a divisão do Direito Positivo em *público e privado* não mais significa exclusividade, mas sim predominância.

O Direito Penal, por exemplo, integra o ramo dos Direitos Públicos porque a maioria de suas normas são de natureza cogente, imperativas³.

O Direito Civil, por sua vez, integra o ramo dos Direitos Privados em razão da predominância das normas de natureza privada, embora nele coexistam normas de ordem pública, como as relativas ao direito de família e sucessões.

3. AÇÃO: CONCEITO E CONDIÇÕES (REQUISITOS)

Não se pode falar em *ações coletivas* sem antes falar de *ação e seu conceito*, bem como das condições (requisitos da ação).

Assim, tem-se que “*a ação é o direito subjetivo público, autônomo e abstrato, de provocar o exercício da função jurisdicional sobre determinada lide ou determinada relação ou situação jurídica sujeita pela lei à tutela jurisdicional do Estado*”, esclarecendo-se que a ação é direito subjetivo porque, mediante determinadas *condições*, as chamadas condições da ação, o autor tem o poder de exigir do Estado o exercício de determinada atividade, a atividade jurisdicional; é um direito autônomo, porque é um direito diverso do direito subjetivo material que o autor pretende ver reconhecido em juízo; é um outro direito, com outra essência.

Donde se concluir que o conteúdo do direito de ação é a providência jurisdicional através da qual o juiz compõe a lide ou provê a relação jurídica de direito material que lhe é submetida pelos particulares. O direito de ação é o direito a esta providência jurisdicional.

Acresça-se que a ação não é radicalmente abstrata, no sentido de ser totalmente incondicionada, mas a sua existência depende da verificação de certas condições na relação jurídica material tal como apresentada pelo autor ao juiz, pois somente na concorrência destas condições, que são *condições da ação*, farão jus as partes a um pronunciamento judicial sobre o mérito da causa.

Portanto, como o direito de ação não é condicionado, optou-se por chamar as *condições de requisitos da ação*, sendo eles: *legitimidade, interesse e possibilidade jurídica do pedido*.

³ A imperatividade é um atributo do *jus puniendi* do Estado. Porém, no mesmo estatuto figuram as normas de natureza privada, como aquelas insculpidas no capítulo referente aos crimes contra a honra.

4. OS INTERESSES E SUAS CATEGORIAS

Nesse ponto, já se pode compreender que a dicotomia esmaecida entre o público e o privado, fez florescer a percepção dos interesses em jogo.

Emerge, então, a distinção básica entre *interesse público* (**titular = Estado**) e *interesse privado* (**titular = indivíduo**).

Entretanto, é importante não criar uma idéia de classes distintas e intocáveis de interesses.

A uma, porque o *interesse público* pode alcançar *interesses indisponíveis do indivíduo ou da coletividade*, interesses sociais e até alguns interesses difusos.

A duas, porque há uma categoria intermediária de interesses, que não constituem nem interesse público, nem tipicamente privado.

O *interesse público* pode ser conceituado como o interesse geral da coletividade ou o interesse da coletividade como um todo.

RENATO ALESSI sustenta que o *interesse público* pode ser primário (= ao *interesse social, interesse da sociedade ou da coletividade como um todo*) ou secundário (= à *visão da administração pública, ela define o que é bom para a coletividade, diz-se, então, que é o interesse público abstrato*).

Já o *interesse individual* é tido como aquele cuja fruição se esgota no círculo de atuação de seu destinatário. Os *interesses individuais homogêneos*⁴ apresentam-se uniformizados pela origem comum, na sua essência remanescem individuais. Compreendem os integrantes determinados ou determináveis de grupo, categoria ou classe de pessoas que compartilhem prejuízos divisíveis, oriundos das mesmas circunstâncias de fato.

Nos *interesses individuais homogêneos*, os titulares são determinados ou determináveis e o dano ou a responsabilidade se caracteriza por sua extensão divisível ou individualmente variável.

Como exemplo, pode-se trazer a lume a questão dos compradores de veículos produzidos com o mesmo defeito de série.

Há uma relação jurídica comum subjacente entre os consumidores, mas, o que os liga é antes o fato de que compraram carros do mesmo lote produzido com o mesmo defeito.

Tanto os *interesses individuais homogêneos* como os *difusos* originam de circunstâncias de fato comuns; entretanto, são indeterminados os titulares

⁴ Tratados no art. 81, III, da Lei nº 8.078/90.

de *interesses difusos*, e o objeto de seu interesse é indivisível, enquanto nos *interesses individuais homogêneos* o dano ou a responsabilidade se caracteriza por sua extensão divisível ou individualmente variável, repita-se.

Quanto aos *interesses coletivos*, maior habilidade se requer na conceituação, eis que se apresentam em **três acepções** - 1ª) *interesse pessoal do grupo*; 2ª) *interesse coletivo como soma de interesses individuais* e 3ª) *interesse coletivo como síntese de interesses individuais* -, mas apenas uma delas é efetivamente tida como interesse coletivo.

O *interesse pessoal do grupo* tem conotação bastante restrita, chegando a não ser considerado *interesse propriamente coletivo*. Ele se refere a interesse predominantemente ligado à pessoa jurídica que o compõe, isto é, a interesse direto e pessoal da entidade. Como exemplificação pode-se citar o interesse de uma cooperativa de agricultores em elevar o seu capital social.

O *interesse coletivo como soma de interesses individuais* diz respeito apenas e tão-somente a uma forma, pois pertine a *interesses individuais exercidos em coletivo*. A essência permanece individual.

O *interesse coletivo como síntese de interesses individuais* é o que se pode chamar de verdadeiro *interesse coletivo*, pois se trata de interesses que ultrapassam os limites dos anteriores, é um fenômeno coletivo, ainda que originário dos interesses individuais, os quais se desvanecem para dar lugar a um verdadeiro interesse coletivo, representando um ideal coletivo, uma alma coletiva.

Porém, o *interesse coletivo*, em oposição ao interesse público e ao interesse privado (individual), tornou-se, nos dias atuais, gênero, do qual são espécies: o *interesse coletivo propriamente dito* e o *interesse difuso*.

O *interesse coletivo propriamente dito* aparece como uma entidade geral e abstrata que absorve e ultrapassa a soma de interesses individuais de seus membros.

No que diz respeito aos *interesses difusos*, tem-se que são *interesses ou direitos transindividuais*, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. Compreendem grupo menos determinados de pessoas, entre as quais inexistente vínculo jurídico ou fático preciso. São como um conjunto de interesses individuais, de pessoas indetermináveis, unidas por pontos conexos.

Diversos doutrinadores contribuíram para o estudo do tema, conceituando o interesse coletivo, e alguns, ainda, mais especificadamente, o interesse difuso.

Dentre esses, pode-se citar o de PÉRICLES PRADE (1987:57/58), que prega: “*interesses difusos são os titularizados por uma cadeia abstrata de pessoas ligadas por vínculos fáticos exurgidos de alguma circunstancial identidade de situação, passíveis de lesões disseminadas entre todos os titulares*”.

Na opinião de ADA PELLEGRINI GRINOVER (**Novas Tendências**:1984:2), “*os interesses coletivos são tidos como os interesses comuns a uma coletividade de pessoas e apenas a elas, mas ainda repousando sobre um vínculo jurídico que as congrega*”.

VITTORIO DENTI (1978:4) considera coletivos os interesses referíveis a uma comunidade bem definida, ligando-se à idéia de determinação do grupo.

Insta, por fim, trazer à colação a definição de CELSO BASTOS (1981:40), para o qual “*os interesses coletivos dizem respeito ao homem socialmente vinculado, e não ao homem isoladamente considerado*”; “*é o homem enquanto membro de grupos autônomos e juridicamente definidos, tais como o associado de um sindicato, o membro de uma família, o profissional vinculado a uma corporação, o acionista de uma grande sociedade anônima, o condômino de um edifício de apartamentos*”.

5. CARACTERÍSTICAS DOS INTERESSES COLETIVOS E DIFUSOS

As notas caracterizadoras dos *interesses coletivos* são: a) a organização, a fim de que os interesses ganhem a coesão e a identificação necessárias; b) a afetação desses interesses a grupos determinados (ou ao menos determináveis), que serão os seus portadores; c) um vínculo jurídico básico, comum a todos os participantes, conferindo-lhes situação jurídica diferenciada.

Os interesses difusos podem ser: a) tão abrangentes que coincidam com o interesse público (meio ambiente); b) menos abrangentes que o interesse público; c) em conflito com o interesse da coletividade como um todo; d) em conflito com o interesse do Estado, enquanto pessoa jurídica; e) atinentes a grupos que mantêm conflitos entre si.

A diferença entre *interesse individual homogêneo* e *interesse difuso* reside na indivisibilidade do interesse, como por exemplo, a pretensão ao

meio ambiente hígido, posto compartilhado por número indeterminável de pessoas, não pode ser quantificada ou dividida entre os membros da coletividade.

As notas caracterizadoras dos *interesses difusos* são: a) a indeterminação dos sujeitos; b) a indivisibilidade do objeto; c) a intensa conflituosidade; d) a duração efêmera, contingencial.

INTERESSES	GRUPO	DIVISIBILIDADE	ORIGEM
DIFUSOS	INDETERMINÁVEL	INDIVISÍVEIS	SITUAÇÃO DE FATO
COLETIVOS	DETERMINÁVEL	INDIVISÍVEIS	RELAÇÃO JURÍDICA
INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS	DETERMINÁVEL	DIVISÍVEIS	SITUAÇÃO DE FATO

6. A TUTELA JURISDICIONAL DOS INTERESSES COLETIVOS

A questão da tutela jurisdicional dos interesses coletivos é de delicada e extrema importância.

Considerando os interesses coletivos como um caminho a permitir um acesso mais democrático à justiça, é preciso sejam fixados alguns pontos, a fim de permitir a concreta efetivação da tutela jurisdicional coletiva.

Pontos como a legitimação para agir, os limites da coisa julgada nas demandas coletivas, as espécies de sanções, fazem crer que os novos direitos que ora se implementam têm características muito próprias, sendo de se admitir que o velho e tradicional processo já não comporta os contornos que a sociedade moderna pretende dar à função jurisdicional do Estado.

Assim, inicia-se este capítulo com a abordagem das quatro maiores dificuldades (*reais*) para assegurar o acesso à justiça nos interesses coletivos, na opinião abalizada de MAURO CAPPELLETTI (1976:199/200).

O supramencionado professor destaca quatro dificuldades, a saber:

1ª) *a legitimação*. Da legitimação individual à legitimação por classe. Ação pelo grupo e ação de grupo.

2ª) *o direito de defesa e do contraditório de membro da coletividade não presente em juízo*. O conceito de adequada representatividade e o superamento de uma garantia meramente individualista.

3ª) *o efeito do pronunciamento em matéria de interesse coletivo*.

4ª) *a insuficiência de uma tutela essencialmente repressiva e monetária*.

A seguir, cada uma delas, pormenorizadamente:

6a. *O Problema da Legitimação. O Nascimento do Ideological Plaintiff. Da Legitimação Individual à Legitimação por Classe. Ação pelo Grupo e Ação do Grupo (Verbandsklagen)*

A dificuldade real é aquela que deve ser enfrentada e resolvida justamente por quem aceita conscientemente a premissa de uma necessária e profunda reforma do processo civil, para adequá-lo às supramencionadas transformações radicais e às novas imensas exigências das sociedades contemporâneas.

O problema da legitimação é de grande importância para a questão que se vai abordar.

O processo não pode, em regra, ser aberto por quem não tenha relação com o objeto deduzido em juízo. O requisito de legitimidade deve existir, porém, as *actio popularis* (ou coletivas) representam uma exceção.

E bem acentua CAPPELLETTI que se deve superar essa velha conceituação de legitimação para agir, vez que extremamente individualista, para adequá-la às novas necessidades de tutela coletiva, de caráter metaindividual e coletivo.

Entretanto, permanece necessário que se fixe certos requisitos de legitimidade para agir, mesmo que se deva construir um conceito de legitimação totalmente diverso e novo, consistente numa relação ou conexão ideológica, antes que propriamente jurídica, entre a parte e a relação deduzida em juízo.

E tal exigência se faz em razão da necessidade de se limitar os abusos que poderiam derivar de uma legitimidade indiscriminada para quem poderá agir para a tutela de relacionamentos não propriamente *seus*.

A doutrina tradicional reconhece no titular (ou aquele que se diz titular) da relação jurídica a pessoa legitimada a propor a ação.

O aparecimento das relações essencialmente coletivas ou de grupo, chamadas difusas, torna necessária a superação dessa doutrina por demais individualística.

O aparecimento daquelas relações comporta o aparecimento da parte ideológica, do *ideologic plaintiff* na teoria de Louis Jaffe, que preconiza o autor não só pelo seu interesse jurídico individual, mas no interesse coletivo ou comunitário, de grupo, de classe.

Mas, ainda assim, há de se qualificar o *ideologic plaintiff*, sob pena de se permitirem abusos.

Não há dúvida de que aquele que vai a juízo, em nome de um grupo para a defesa do interesse coletivo, deve ser um bom representante da classe, *uno buon paladino*, seja uma associação, ou mesmo um indivíduo que haja não somente para si, como ator ou parte individualística, mas como representante de uma coletividade.

Porém, impõem-se ainda assim uma seleção de requisitos de legitimidade, por exemplo, o reconhecimento da personalidade jurídica da associação.

Mas, se esse interesse que surge, por ser novo, não encontre o respaldo imediato de uma associação? Diga-se, por exemplo, do interesse da coletividade em se opor à construção de uma fábrica poluente em sua cidade? Não há uma associação pré-constituída para tratar desse interesse. Será que não haveria possibilidade de essa coletividade opor-se juridicamente?

MAURO CAPPELLETTI defende que o problema da nova legitimação para agir, essa legitimação para agir por categorias, por classes, deva admitir uma maior margem de discricionariedade jurídica, que é, no momento atual de conhecimento e experiência da matéria, o único modo de dar solução, com respostas suficientemente realísticas, flexíveis, à imprevisível variedade dos casos concretos.

Deve-se permitir ao juiz, ainda segundo o autor, que possa examinar caso por caso, e segundo as circunstâncias concretas, se o *champion* é o adequado, se as condições são as melhores e se a legitimação é também adequada.

Nesse ponto, estar-se-á inovando e criando um novo acesso à tutela jurisdicional.

Na questão da legitimação para agir, o Direito Brasileiro vem inovando, com consideráveis pontuações feitas por Ministros do Superior Tribunal de Justiça.

Em recente Recurso Especial⁵ interposto perante a 3ª Turma do STJ, o Ministro EDUARDO RIBEIRO proferiu o seguinte voto:

“A Comissão de Representantes dos adquirentes de frações ideais de terreno, vinculadas à construção do Edifício “Mansão Portobello”, ajuizou ação contra Construtora Rodrigues Sá Ltda., pleiteando a

⁵ Nº Registro: 92/0031555-0. Pauta: 19.4.94. RESP 00030.181-0/SP, julgado em 30.8.94.

entrega das escrituras definitivas dos imóveis adquiridos. Cumulou pedido de indenização pelo atraso.

Rejeitada a preliminar de ilegitimidade passiva, arguída na defesa, a ré agravou de instrumento.

A Décima Sexta Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com base nos arts. 29, parágrafo único e 50 da Lei nº 4.591/64, reconhecendo a legitimidade da autora, negou provimento ao agravo.

Rejeitado o pedido de declaração, a ré manifestou recurso especial, Alegou que contrariado o art. 6º do CPC, por ter o acórdão recorrido reconhecido a legitimidade da autora, inexistindo previsão legal para tanto. Afirmou, ainda, existir divergência com julgado que arrolou. Recurso admitido e processado.

É o relatório.

VOTO

Sustenta-se que violado o disposto no artigo 6º do Código de Processo Civil, ao admitir-se ser dado à Comissão de Representantes, de que cuida o artigo 50 da Lei nº 4.591/64, deduzir em juízo pretensão dos adquirentes das unidades, como substituta processual desses. A norma citada veda a defesa de direito alheio, em nome próprio, salvo com autorização legal. E essa inexistiria, não podendo ser encontrada no citado dispositivo da lei de Condomínios e Incorporações.

Se invocáveis para regular a espécie apenas o CPC e aquela lei especial, ausentes diplomas que ensejassem, com integração dos textos, uma outra interpretação, ter-se-ia séria dificuldade de escapar às rigorosas conclusões do excelente parecer trazido aos autos, elaborado pelo eminente professor ARRUDA ALVIM. Creio, entretanto, que o tema merece ser analisado, tendo em vista a adoção, em nosso direito, das ações coletivas, buscando-se solução harmônica com a orientação que se recomenda após a introdução desses novos instrumentos de solução dos litígios.

Questão análoga à ora em apreciação foi objeto de exame por esta terceira Turma, ao decidir o Resp. nº 10.417, de que fui relator. Naquele caso discutia-se sobre a legitimidade do condomínio, representado pelo síndico, para pleitear indenização em virtude de

vícios de construção que afetavam, não só as partes comuns, como as unidades autônomas. Concluiu-se por tê-lo como parte legítima. Peça vênia para reproduzir trecho do voto que então proferi:

‘Primeiro fundamento do recurso diz com a ilegitimidade ativa do condomínio, para demandar a propósito de defeitos localizados nas unidades autônomas. Sustenta-se que seus proprietários os únicos legitimados, tendo sido violado, pelo acórdão, o disposto no artigo 6º do Código de Processo Civil.’

Prende-se a questão ao sentido que se der ao contido no artigo 22 §1º, “a” da Lei nº 4.591/64, ao estabelecer que cabe ao síndico representar o condomínio em juízo, praticando os atos de defesa dos interesses comuns.

Exegese conservadora da citada norma da lei processual poderia conduzir a que se admitisse houvesse sido contrariada. Inegável a orientação marcadamente individualista do vigente Código, que pouco ou nada levou em conta o fenômeno atual da existência de direitos cuja defesa só é possível ou eficaz quando exercida coletivamente. Poder-se-ia entender que a expressão ‘interesses comuns’ dissesse tão-só com aqueles que, juridicamente tutelados, tivessem caráter transindividual e fosse indivisíveis. Cuidando-se de questões como a posta nos autos, haveriam de referir-se apenas aos danos nas partes comuns.

Creio recomendar-se, entretanto, outra interpretação, que tenha em vista o estágio atual do pensamento jurídico e de nosso ordenamento positivo.

A necessidade de tornar efetivo acesso à Justiça e propiciar eficácia a sua atuação, constitui hoje a grande preocupação dos processualistas e de quantos se dedicam ao direito. Em função dessa tendência atual merece ser entendida a norma citada, contida na Lei de Condomínios. Instrumento adequado a ensejar sejam tais objetivos alcançados encontra-se nas chamadas ações coletivas. Entre elas, além das que alcançaram estatura constitucional, as previstas na lei da ação civil pública e no Código de Defesa do Consumidor.

Contempla aquele Código três sortes de direitos, suscetíveis de serem tutelados pela via da ação coletiva: os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos. Dos primeiros não há cogitar, interessando-nos os dois últimos.

*Parece-me que, como coletivos, haveriam de ser classificados aqueles direitos, dizendo com o condomínio, que tradicionalmente considera-se possa o síndico defender em Juízo. Indivisíveis, deles são titulares todos os condôminos. Aqueles outros, a cujo propósito se sustenta, no caso em julgamento, a ilegitimidade do condomínio para figurar como parte, apresentam características que ensejam a identificação como individuais homogêneos, nos termos do art. 81, III da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). Poderiam ser defendidos judicialmente pelas entidades de que trata o inciso IV do artigo 82 da mesma Lei. Uma associação dos condôminos, constituída para o fim específico de tratar dos direitos de seus integrantes, no que dissesse respeito às relações comuns a todos, por força da circunstância de terem propriedade em condomínio, estaria autorizada a litigar, como substituta processual, representando os direitos individuais dos associados, no que dificilmente algum deles poderá ignorar o ajuizamento da ação. Mesmo porque certamente serão convocados para arcar com os respectivos custos. À falta de norma específica, não se poderá negar, a qualquer deles, o direito de manifestar em Juízo seu dissenso, subtraindo-se aos efeitos da sentença, favoráveis ou desfavoráveis, à semelhança do **right to opt out** próprio das **class actions** do direito americano. Abstendo-se de fazê-lo, a coisa julgada a todos atingirá, por todos assumindo o risco do julgamento de improcedência.”*

“Creio que a mesma solução pode ser dada na espécie. A hipótese é de direitos individuais homogêneos que propiciam a defesa coletiva. Tal como no julgado acima, poderiam os adquirentes das unidades constituir associação apta a fazê-lo, deduzindo judicialmente a pretensão. Melhor que se reconheça a legitimidade da Comissão de Representantes, prevista em lei, e que cuida dos interesses de todos, junto a construtor e incorporador. Interpretada a lei de acordo com

o contexto normativo em que está inserida, lícito dar-lhe maior abrangência, compreendendo também hipótese como a dos autos. Pelos motivos expostos, entendo que o acórdão não ofendeu o direito, razão por que conheço do recurso, já que suficientemente demonstrado o dissídio, mas nego-lhe provimento.”

6b. O Problema do Direito de Defesa e do Contraditório dos Membros da Coletividade não Presentes em Juízo: O Conceito de Adequada Representatividade e a Superação de uma Garantia Meramente Individualística

A garantia processual é o segundo problema real da tutela coletiva.

Quem é membro de um grupo ou de uma coletividade cujo interesse está sendo tutelado em juízo, por determinado indivíduo ou associação, pode sofrer graves problemas de garantia processual. Aparece de logo o problema do contraditório e ele então poderá vir a sofrer as conseqüências de uma certa decisão, sem talvez ter sido ouvido.

O que acontecerá com o direito individual de defesa, ou o direito do contraditório, e o *right to be heard*?

Na Itália tal não ocorria ante o direito constitucional da defesa e do contraditório, tendo o titular o direito de ser ouvido, sob pena de não chegar a decisão proferida vir a produzir qualquer efeito.

Porém, tratando-se de ações coletivas e difusas, nas quais frequentemente está envolvido um número muito grande e talvez materialmente imprecisável de sujeitos (certas *class actions* americanas envolveram vários milhões de *absents parties*), impor uma estreita observância da garantia do contraditório significaria tornar praticamente impossível a tutela judiciária daquelas ações: impossibilidade material de identificar todas as partes ausentes e notificar a todas os atos do juízo e de permitir a todas uma efetiva participação na ação.

Mas isso não pode significar a eliminação de toda e qualquer garantia processual legitimatória, devendo ser oferecido um novo tipo de garantia, isto é, aquele que possa oferecer garantias suficientes não somente aos indivíduos, mas ao próprio Estado, em processos de dicotomia pública/privada, aos grupos e também a estas novas, múltiplas sociedades intermédias, não regimentáveis, embora extremamente importantes e que caracterizam as presentes gerações.

6c. *O Problema dos Efeitos da Pronúncia, no que diz Respeito às Partes Ausentes. Crítica da Doutrina que Gostaria de Estender os Efeitos Secundum Eventum Litis*

Os efeitos das pronúncias serão próprios das partes em juízo ou também das partes ausentes? E portanto, potencialmente para inteiras categorias vagamente determinadas de sujeitos (por exemplo certas *class actions*, os cidadãos de raça negra ou consumidores de certos produtos)?

Segundo VITTORIO DENTI, deve-se recorrer à idéia dos efeitos *secundum eventum litis*: se favorável a decisão, vale para todos, para todo o grupo ou categoria; em caso contrário, cada um poderá intentar nova ação.

Porém, CAPPELLETTI entende que não se deva aplicar essa solução, mas sim uma flexível e adequada representatividade. Não se deve distinguir uma sentença favorável de uma desfavorável. Nesta forma de garantia, os efeitos devem se estender a todos que são adequadamente representados.

6d. *O Problema da Insuficiência de uma Tutela Essencialmente Repressiva e Monetária*

Aqui se fala dos tipos de remédios que se possa pedir, ou seja, do tipo de pronúncia e de sanção que se pode obter do juiz.

Este é um problema enorme, pois que se dá conta de que os velhos remédios de caráter repressivo-ressarcitório e monetário não servem mais, representam um tutela inadequada, especialmente no campo desses novos direitos e interesses de grupos, coletivos, freqüentemente não monetizáveis.

O melhor, na opinião de CAPPELLETTI, são os pronunciamentos inibitórios e ordenadores, *injunctio e mandamus*, freqüentemente de caráter preventivo e com fortes e adequadas sanções, mesmo penais, no caso de inobservância.

Aqui deve também surgir um novo juiz, atento ao que se passa, adaptado às novas questões jurídicas e, principalmente, aos novos interesses coletivos, sendo capaz de ultrapassar certos esquemas tradicionais, para aplicar uma gama de poderes ainda desconhecidos, mesmo que discricionariamente. Pensa-se até no juiz participativo, que colhe na opinião pública, ou seja, junto a seus jurisdicionados envolvidos na lide, a melhor solução para o conflito que se lhe põe.

Outro autor que aborda com maestria a questão é o professor português LUÍS FELIPE COLAÇO ANTUNES (1989:100).

Passa-se, agora, a considerar, segundo a ótica do supramencionado professor, *as hipóteses nas quais os particulares e os grupos*

agem e intervêm em juízo em defesa dos interesses pluriindividuais (difusos).

Dois grandes problemas surgem quando a questão aqui é levantada:

1º) quanto ao caráter político-constitucional;

2º) quanto à natureza técnica.

Quanto ao caráter político-constitucional, basta dizer que a utilização do processo para a defesa deste tipo de interesses (*pluriindividuais*) faz imediatamente surgir a questão dos próprios limites da função jurisdicional e a questão do novo papel do juiz em conflitos deste gênero, conforme já evidenciou, acima, MAURO CAPPELLETTI.

No que tange à natureza técnica, ressalta-se a questão da legitimação para agir, do tipo de provimento jurisdicional a atingir, a eficácia da sentença e da sua coercibilidade.

A análise desses problemas será feita à luz do direito comparado.

7. A TUTELA DOS INTERESSES DIFUSOS NOS DIREITOS NORTE-AMERICANO, FRANCÊS, ITALIANO E BRASILEIRO

Foi nos Estados Unidos que se iniciou a discussão sobre a possibilidade de tutela jurisdicional dos interesses difusos. E tal se deu em razão da especial importância dada ao meio ambiente.

A particular natureza dos problemas da tutela dos interesses difusos, em particular do ambiente, e a documentada exigência de garantir uma resposta efetiva às exigências sociais de controle das atividades poluidoras, oferecem argumento determinantes aos que militam a favor do alargamento dos poderes judiciais, desde que não exista um limite expressamente previsto pelas normas estatutárias. Entretanto, essa ampliação denotará um controle judicial sobre os poderes administrativos, temendo alguns que os tribunais passem a interpretar o seu papel como se fossem autorizados a interferir nas decisões macroeconômicas, sem ter em conta que existem outros poderes institucionais a quem competem as funções de direção política. Porém, efetivou-se o entendimento de que a jurisprudência delinea-se de forma pluralística, em um sistema de governo aberto, que consente aos juízes e aos cidadãos a participação em um espaço institucional impensável no passado.

8. O SURGIMENTO DAS CLASS ACTIONS

No sistema da *common law*, as *class actions* são conhecidas como *qui tam actions* (ou *relator actions*), e têm sido usadas desde o século

XIII, na Inglaterra, onde são tão populares como as demandas privadas dos cidadãos nas cortes reais. Seu objetivo é permitir ao indivíduo ou às associações agirem em assuntos de *public nuisance*, como bem afirma a professora ADA PELLEGRINI GRINOVER, “*sempre que a conduta de alguém possa lesar a saúde ou o bem-estar da coletividade*”.

Todavia, a limitação a elas se impõe com a necessidade de autorização do Ministério Público para a sua propositura, além de restar o exercício do direito ao controle deste. Quantos aos efeitos do pronunciamento jurisdicional, abrangem toda a coletividade que goze da mesma situação legitimante.

Sem dúvida, essa espécie de demanda coletiva guarda um equilíbrio entre a atividade privada e o controle público

Nos Estados Unidos, as *class actions* surgiram pelos idos do século XVII, baseada no *Bill of Peace*, embora pouco usadas até 1986. Durante esse período, poucas pessoas utilizaram-se dessa possibilidade legal, em razão das dificuldades formadas pelo Ato de 1863.

Propriamente, a *class action* consiste numa ação em que o autor intenta, na veste de membro de uma categoria (por exemplo, como acionista ou como consumidor), uma demanda, tendendo a obter uma sentença a favor de todos os membros pertencentes à mesma categoria, sem necessidade de qualquer autorização para exercer esse direito.

Nesse sistema (americano), têm os juízes todo o controle acerca do correto exercício do direito de ação, da representação adequada, bem como do melhor remédio aplicável a cada caso.

A sentença terá força de coisa julgada, mesmo para aqueles que não tiveram em juízo.

No sistema americano, o direito de ação coletiva foi regulado pelas Federal Rules of Civil Procedure de 1938. A **Rule 23**, de 1966, é que especificou, com requinte, o direito especial às *class actions*, impondo os requisitos, a manutenção das demandas, a condução das demandas da espécie etc.

Como se nota, o objetivo da *class action* é o de realizar uma economia de juízos e de tutelar as partes mais débeis nas relações econômicas. Por elas (CA), basta que um só dos lesados reaja com sucesso para que toda a categoria seja tutelada, eliminando danos e injustiças que possam ser individualmente pouco relevantes, mas que na sua globalidade, considerando o número infinito de lesados, atingem proporções imensas.

Os pressupostos evidenciados acima - **a**) a classe seja de tal modo numerosa, que torne impossível a junção de todos os seus membros em juízo; **b**) as questões que são objeto de “denúncia” (seja de fato ou de direito), devem ser comuns a toda a classe; **c**) as ações e as exceções sejam típicas das ações ou exceções da classe; **d**) os representantes da categoria em causa atuem de modo leal e adequado na proteção dos interesses de toda a classe - devem ser bem observados, sob pena de se permitir “*legalmente*” abusos.

ARNOLDO WALD (1995:3/14), examinando as ações civis públicas (espécie de ação coletiva no direito brasileiro), já alerta para o acontecimento de abusos patológicos no Brasil, bem externalizando a questão no seguinte trecho: “*Ao examinar a recente evolução jurisprudencial das ações civis públicas, quatro aspectos merecem um exame especial: 1 – as ações civis públicas intentadas com base na equidade, sem respaldo legal, caracterizando o pedido juridicamente impossível e a impropriedade da ação; 2 – as ações civis públicas intentadas como substitutas das ações diretas de inconstitucionalidade; 3 – as ações civis públicas nas quais ao juiz se atribui jurisdição nacional; 4 – as ações civis públicas para defesa de direitos individuais homogêneos e disponíveis, fora dos casos expressamente previstos pelo legislador*”.

No direito americano, as **class actions** tomaram grande vulto com o caso *Union Carbide and Carbon Corporation v. Nisley*, de 1963.

Mineiros de vanádio e urânio, entre os quais o Sr. Nisley, agiram contra as duas companhias que os forneciam, denunciando a violação da legislação anti-trust. As duas companhias tinham o preço a um nível ilegítimo, prejudicando os autores.

O juiz reconheceu o ilícito, estabeleceu o preço justo do metal e o ressarcimento de cada um dos mineiros. A sentença no caso foi extremamente inovadora, pois concedeu aos cerca de 350 mineiros que se encontravam na mesma situação (*legitimante*), a possibilidade de intervir em juízo e reivindicar o seu dano.

Porém, atualmente, a Corte Suprema vem tomando muita cuidado com as **class actions**, de forma a impedir que se transformem em meios de chantagem ou em modo de se desestabilizar o mundo econômico com uma espécie de terrorismo judicial.

Apenas para demonstrar como essas *ações* podem se tornar perniciosas se não devidamente controladas, convém trazer à baila a sua apresentação

em *site* da internet (www.web-access.net/~aclark/frmain.htm): “*Almost all of us have, at one time, received notice from the courts that we are a member of a class action lawsuit, and have wondered, “what does it all mean; what is the best course of action for us to take; what do I stand to gain or lose if I take one action or the other; and where can I get information to help me make an informed decision?” Not knowing the answers to the above and others questions, our normal course is to throw the notice in the trash and forget the matter. This is normally not the best action to take; and in this site, I will try to show other actions are possible and should be considered. The purported purpose of class action law suits is to give the common man the ability to take on the largest corporate or private entities (who can afford the very best legal services) and have a chance of redressing the wrong done by these entities. It is important to remember that even though the actual damage or cost to the individual class member may be small, the illicit gain to the corporate entity can be huge if done to hundreds or even thousands of class members. With this in mind when you get your notice as a class member, you think – “gee, someone finally caught the S.O.B.s, I’ll get what’s due me; justice will be done, and the big corporation will stop ripping people off.” HA! If you believe any of the above I’ve a bridge I want to sell you!”*

Por essa razão, com muito acerto, vêm os tribunais, não só americanos, mas também brasileiros, freando essas espécies de demandas, quando efetivo mal à comunidade podem trazer, vez que representativas da ganância de pessoas inescrupulosas, na tentativa de desvirtuar um acesso extremamente democrático à Justiça.

Já no direito francês, o interesse e o dano são apreciáveis como recurso ao juiz administrativo. Muito embora tenha vindo a Lei Royer, de 27.12.73, a estabelecer que as associações dotadas de personalidade jurídica - tendo por objeto estatutário a defesa dos interesses dos consumidores - pudessem, se autorizadas, vir a exercer perante todas as jurisdições a ação civil pelos fatos que produzam prejuízos aos consumidores (art. 46, n° I), é certo que, mesmo antes, já era possível no direito francês que as associações de consumidores pudessem recorrer legalmente ao Conselho de Estado, o qual reconhecia a elas o interesse para agir no âmbito dos seus objetivos institucionais.

Na verdade, o direito francês não tem bem definida a distinção entre interesse coletivo e o interesse pessoal. Entretanto, é claro ao exigir, no mínimo, um interesse pessoal e atual como condição para instauração de qualquer pleito.

Quanto aos limites, a decisão administrativa deve ter uma incidência sobre a situação pessoal do autor. O interesse lesado pode ser de ordem material ou moral e pertencer a uma pessoa física, cuja natureza do interesse seja individual e privada, ou a uma pessoa jurídica, cujo interesse tenha natureza pública se se tratar de entes públicos, ou coletiva se se tratar de associações privadas.

A tutela dos *interesses difusos* no direito italiano também goza de critérios da jurisprudência administrativa.

O conceito do *direito difuso* foi desenvolvido pela jurisprudência, que criou a oportunidade de conciliar as exigências de tutela com os caracteres de um processo informado por critérios de tipo subjetivo e com uma tradição rigorosa em admitir em juízo situações não exclusivamente individuais nas limitadas hipóteses expressas de ação popular.

Por fim, cumpre salientar que **o direito brasileiro**, antes da Lei nº 7.347, de 24.7.85, não dispunha de muitas fórmulas para defesa global, em juízo, desses interesses metaindividuais, mas apenas:

- a) a ação popular, ajuizada pelo cidadão;
- b) algumas ações civis públicas já cometidas ao MP (ação reparatória de danos ao meio ambiente);
- c) a autorização a entidades de classe para postular interesses coletivos em juízo.

Assim, mister se tornava encontrar fórmula que, dentro da tradição do Direito Pátrio, desse melhor acesso ao Judiciário quando de conflitos a propósito de *interesses difusos ou coletivos*.

E foi a Carta Magna de 1988 que não só ampliou o rol dos legitimados ativos para a defesa dos interesses transindividuais, mas também inovou com outras espécies de demandas coletivas nominadas

Dentro as alterações trazidas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estão:

- as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;
- o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político, organização sindical, entidade de classe ou associação;

- a ampliação do objeto da ação popular;
- cometimento ao sindicato da defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria;
- a ampliação do rol dos legitimados ativos para a ação de inconstitucionalidade;
- a ampla legitimação concedida ao Ministério Público para as ações civis públicas para defesa de interesses coletivos e difusos;
- a legitimação ativa conferida aos índios, suas comunidades e organizações, para ações em defesa de seus interesses.

Não resta dúvida que a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), por permitir a propositura de inúmeras ações e servir de base para novas leis que ampliaram sua abrangência, marcou época.

Reportando-se a ela sobrevieram a Lei nº 7.853, de 24.10.89, que cuidou da ação civil pública em defesa das pessoas portadoras de deficiência, a Lei nº 7.913, de 7.12.89, que dispôs sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários, a Lei nº 8.069, de 13.7.90, Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei nº 8.078, de 11.9.90, Código de Defesa do Consumidor e a Lei nº 8.864, de 11.6.94, que instituiu a ação de responsabilidade por danos causados por infração da ordem econômica. ◆

AS QUESTÕES RELATIVAS AO INQUÉRITO POLICIAL E A SUA EXATA VISÃO NO DIREITO BRASILEIRO ANTES E APÓS A CF/88

ALEXANDRE ABRAHÃO DIAS TEIXEIRA

Juiz de Direito/RJ e Professor da EMERJ

O recrudescimento da violência anotado nos derradeiros tempos, a exteriorização pela mídia dos problemas relativos ao envolvimento dos membros das polícias com o crime organizado e as últimas investidas criminosas orquestradas pelo crime organizado têm levado a sociedade a debater assustadamente a fãlência do sistema de segurança público brasileiro.

O debate, que é sempre salutar, tem-se demonstrado mais desastroso do que eficaz, pois infelizmente os antecedentes demonstram que as “soluções milagrosas” surgidas nestes momentos só têm contribuído para agravar o quadro social e não amenizá-lo; daí se afirmar que “*não se legisla matéria penal em momento de clamor público*”.

Uma das muitas soluções apontadas tem sido a possibilidade de o Ministério Público passar a investigar os ilícitos penais diretamente, o que a primeira vista seria viável, já que o *Parquet* é o destinatário final das investigações hoje elaboradas pela Polícia Judiciária. Entretanto, diversos escritos demonstram que o resultado, desde outrora, aponta-se muito mais desastroso do que eficaz.

O saudoso mestre Evaristo de Moraes Filho, na **Tribuna do Advogado** publicada em novembro de 1996, fls. 10, destacou uma destas infelizes experiências nos seguintes termos: “*Recentemente, em caso rumoroso, o Ministério Público Federal intimou um cidadão, para ouvi-lo na sede da Procuradoria da República, a respeito de fatos que já eram objeto de inquérito na Polícia Federal, onde o mesmo figurava como indiciado. Seguindo orientação de seu patrono, ele negou-se a atender à inusitada intimação, esclarecendo, através de petição, cuja cópia remeteu a Justiça Federal, os motivos legais de sua recusa. Apesar disto, um dos fundamentos do*

pedido de prisão preventiva, formulado depois do não comparecimento do indiciado para depor na Procuradoria da República, foi exatamente esta pretensa rebeldia (...)”.

A continuidade da narrativa atesta que a prisão foi decretada pelo mesmo fundamento, tendo o TRF concedido liminar em *habeas corpus* para restaurar a liberdade do paciente.

O objetivo da exposição tinha como lastro a moção apresentada à VII Conferência Estadual da OAB/RJ durante a exposição do painel: Poder Judiciário, Advocacia e Ministério Público – A Reforma, na qual o expositor sustentou a verdadeira ilegitimidade dos “(...) *inquéritos policiais instaurados e dirigidos, diretamente, pelo Ministério Público (...)*”.

Encerrando a narrativa, o digníssimo Professor destaca a abrihantada visão do Desembargador Silvio Teixeira, que ao relatar HC nº 615/96, da 1ª Câmara Criminal do TJRJ, decidiu: “*A função de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares, são privativas das polícias civis. Ao Ministério Público cabe o monopólio da ação penal pública, mas sua atribuição não passa do poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar. Somente quando se cuidar de inquéritos civis é que a função do Ministério Público abrange também a instauração deles e de outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes, aqui incluídas as diligências investigatórias*”. (grifos são nossos).

O artigo recebeu resposta, à época, do não menos brilhante Promotor Coordenador das Centrais de Inquéritos do MP/RJ, Dr. Ricardo Martins, publicada na **Tribuna do Advogado** de fevereiro de 1997, onde a seguinte conclusão serve para resumir a linha de pensamento do expositor: “*O Ministério Público pode e deve investigar sempre que isto se fizer necessário à apuração do evento criminoso, não só para possibilitar a propositura da ação penal, mas também para evitar injustiças e processos precipitados*”.

O poder de investigação dado ao MP para promover a investigação, afirmam o autor e os que defendem a tese, é fruto da “interpretação lógica” do art. 129, VI, da CF/88 e do art. 80 da Lei 8.625/93, bem como da análise do § 4º, do art. 144 da Carta Maior, que segundo atesta “(...) *não confere à polícia o monopólio da investigação(...)*. portanto, conclui: “(...) *soa absurdo o Ministério Público poder requisitar diligências à autoridade policial e não poder fazê-lo por conta própria. Não há razão lógica para tal vedação*”.

Somaram-se a este missivista muitos outros membros do Ministério Público de igual brilhantismo¹.

Apesar destes fortes argumentos em favor da presidência das investigações por parte Ministério Público, ousaremos divergir deste raciocínio para afirmar, assim como feito pelo Desembargador Silvio Teixeira, que a investigação é hoje ato privativo da Polícia Judiciária, não importando com isso assumir, assim como alega o digno Promotor, as vestes de quem pretende “*Manietar o promotor de justiça em sua atuação na área criminal(...)*”. Muito pelo contrário, o anseio é reestruturar o sistema processual penal brasileiro para: a) colocar cada operador do direito em seu devido lugar (*parece-nos óbvio que só o delegado de polícia e seus agentes é que têm a habilidade profissional para promover a investigação, já que foram treinados e preparados durante toda uma vida para este tipo de trabalho*); b) afastar toda e qualquer possibilidade de usurpação das funções e c) repelir atos heróicos isolados, os quais ficaram exteriorizados em forma de chacota recentemente pela mídia nacional.

Explicitada a decisão do Desembargador Silvio Teixeira, apressaram-se cegamente aqueles que defendem as investigações do Ministério Público em rotulá-la de espantosa; quiçá teratológica. A resposta veio em alto e bom som já nos Embargos Declaratórios interpostos contra a citada decisão perante a mesma 1ª Câm. Crim. do TJRJ, quando um dos maiores processualistas deste Tribunal, o Desembargador Jorge Alberto Romeiro Jr., relator designado, afirmou: “*Dessarte, se insistir nesse procedimento não autorizado ope legis, correrá o órgão fiscal da lei o risco de vê-lo sujeitado, inclusive, ao vexame de uma formal declaração de invalidade, conforme lição antiga de nossa Suprema Corte: “É nulo o inquérito policial presidido por um promotor público, notadamente para autorizar a prisão preventiva”.* (Ac. STF, Pleno, de 28.05.1951, publ. DJU de 25.04.1955, Apenso, pág. 1530). (grifamos)².

Portanto, denota-se na lição dada que o espanto era fruto do desconhecimento da posição da Suprema Corte nos últimos quarenta anos de sua existência, pois da análise da decisão do STF no HC nº 34.827, a qual foi

¹ Ver nesse sentido: Marcellus Pollastri Lima, *in*. **Temas Controvertidos de Direito Processo Penal**, ed. Lumen Juris, 2000, fls. 213/231 – Título: “O Controle Externo da Atividade Policial” e ainda Afrânio Silva Jardim, *in*. **Direito Processual Penal**, ed. Forense 6ª Ed., 1997, fls. 337/346, Capítulo 25 – Título: “O Ministério Público e o Controle da Atividade Policial”.

² – Proc. nº 1996.059.00615, Embargos Declaratórios nº 615/96, 1ª Câm Crim./TJRJ.

exaltada pelo Desembargador Romeiro Jr., constatamos que ela foi relatada por ninguém menos que o Ministro Nelson Hungria.

Da pena do maior estudioso que este país já viu no ramo apontaram-se, assim como a luz divina, os seguintes alicerces: “*Tenho para mim, Senhor Presidente, que, embora permitida pelo art. 73, VIII, da Constituição de Alagoas, a “Comissão Judiciária” a que se refere o recorrente, não é ela compatível com o Código de Processo Penal, pois este não autoriza, sob qualquer pretexto, semelhante deslocação da competência, ou, seja, a substituição da autoridade policial pela judiciária e membro do M.P. na investigação do crime (...)*” e mais adiante concede a ordem “*(...) reconhecendo a nulidade **ex radice** do processo instaurado contra o paciente (...)*”. (HC nº: 31.827 – Alagoas – 31/01/1957).

Para os que analisaram o integral conteúdo da presente decisão, restaria ainda uma possível argumentação em favor da investigação presidida pelo MP: ora, esta decisão foi arquitetada sob a égide de Constituições passadas, quando ainda não vigorava o art. 129 da atual Carta Magna, o qual redimensionou significativamente o *status* do *Parquet*!

Não ousamos duvidar que o Ministério Público, enquanto Instituição saiu, para a felicidade geral da nação, por demais fortalecido. Entretanto, não há que se cogitar com menor clamor que a função policial saiu igualmente robustecida e sedimentada com a regra esculpida no § 4º, do art. 144³ da mesma Carta⁴.

Tal conclusão não é fruto de uma construção “lógica”, mas sim das reiteradas decisões da Corte Suprema, a qual reafirmou de forma rígida e inflexível sua jurisprudência das últimas quatro décadas, quando, após a Constituição Cidadã de 1988, novamente foi chamada a solucionar o problema, tal como se colhe dos termos expendidos na seguinte ementa: “*Constitucional. Processual Penal. Ministério Público: atribuições. Inquérito. Requisição de investigações. Crime de desobediência. CF, art. 129, VIII; art. 144, §§ 1º e 4º. I- Inocorrência de ofensa ao art. 129, VIII, CF, no fato de a autoridade administrativa deixar de atender requisição de membro*

³ Apesar da regra constitucional, tem-se visto sério desprezo ao seu mandamento, tal como denunciado por Leticia Franco de Araújo no brilhante artigo “Desvios de Função e Ilegalidades das Polícias”, publicado no **Boletim IBCCRIM** nº 102, de maio de 2001, a fl. 9.

⁴ É importante uma exata reestruturação sociopolítica da Autoridade Policial e do seu instrumento de trabalho, o Inquérito Policial, merecendo acolhida os sérios argumentos trazidos por Felipe Martins Pinto, no elogiável trabalho publicado no **Boletim IBCCRIM**, nº 110, de janeiro de 2002, às fls. 4/5, sob o título “A Processualização do Inquérito Policial”.

do Ministério Público no sentido da realização de investigações tendentes à apuração de infrações penais, mesmo porque **não cabe ao membro do Ministério Público realizar, diretamente, tais investigações, mas requisitá-las à autoridade policial, competente para tal (CF, art. 144, §§ 1º e 4º)**.⁵ (grifamos).

O voto do Min. Carlos Velloso, relator da decisão, fortalece a linha de raciocínio ora adotada. Senão vejamos: “*Não vislumbro qualquer ato de desobediência, porque o Delegado da Receita Federal está sujeito à hierarquia administrativa própria, na qual não se insere o órgão do Ministério Público Federal. A requisição de diligências investigatórias de que cuida o art. 129, VIII, CF, deve dirigir-se à autoridade policial, não se compreendendo o poder de investigação do Ministério Público fora da excepcional previsão da ação civil pública (art. 129, III, CF). De outro modo, haveria uma polícia paralela, o que não combina com a regra do art. 129, VIII, CF, segundo a qual o MP deve exercer, conforme lei complementar, o controle externo da atividade policial*” (grifamos).

Ao que nos parece, essa visão continuará sólida em nossa Corte Suprema, pois o Ministro Marco Aurélio, Presidente desta Excelsa Corte Constitucional, ao ser indagado sobre a função do MP na relação processual, de forma rígida e inflexível disse: “*O Ministério Público, em si, é parte e não atua no campo da percepção criminal como fiscal da lei. E, sendo parte, deve ser preservada a postura de parte. É inconcebível que se chegue à conclusão de que o Ministério Público deva, ele próprio, atuar como parte e, também, como órgão investigador das circunstâncias de um possível crime. A Constituição Federal só prevê a titularidade do Ministério Público para o inquérito em uma hipótese, uma única hipótese (ênfatisa). É quando se tem um inquérito civil e jamais um inquérito criminal*”.⁶ (grifamos).

Merece ainda destaque, nas derradeiras linhas desta humilde contribuição, que o TJ/RJ está longe de mudar o entendimento inaugurado pelo Des. Silvio Teixeira, pois recentemente a Seção Criminal, ao apreciar o HC

⁵ (In. R.T.J. n° 173/640).

⁶ (In. Informativo da Federação Nacional dos Delegados de Polícia Federal, ano I, n° 003, set/2000)

nº 2458/2000, julg em 27/09/2000 e publicado no DOERJ de 01/08/2001, fls. 319/320, o qual foi relatado pelo Des. Eduardo Mayr, manteve-se fiel à linha jurisprudencial da Suprema Corte ao reafirmar: “**Habeas Corpus. Investigação Penal. Atribuição da Polícia Judiciária. Ordem Concedida. A proteção constitucional abrange não apenas a liberdade, mas também a validade do procedimento do qual possa resultar alguma restrição a este direito. Ao Ministério Público cabe com exclusividade a iniciativa de propor a ação penal pública, mas sua atribuição, *in poenalibus*, não ultrapassa o poder de requisitar diligências investigatórias, e a instauração de inquéritos policiais e penal militar. Somente quando se cuidar de inquéritos civis é que além da sua instauração compete-lhe a efetivação de diligências investigatórias, com as medidas e procedimentos pertinentes**”.

Só quem está totalmente fora da realidade prática pode afirmar que as investigações promovidas pelo Ministério Público, simplesmente porque passaram a ser presididas por esta nobre Instituição, serão mais eficientes e idôneas do que as de hoje existentes⁷. Aliás, bem se vê que ditos defensores, enquanto isolados nos seus confortáveis gabinetes, distantes da realidade social, desconhecem que o Estado sequer fornece filmes para os fotógrafos registrarem os locais de crimes ou ainda, a total precariedade que se encontra, pelo menos no Rio de Janeiro, o Instituto Médico Legal. Estes sim, os fatores que têm criado dificuldades, e isto temos visto em nosso cotidiano, a escorreita apuração dos indícios de autoria e materialidade de um crime.

Tem-se afirmado ainda, talvez pela carência de conhecimento prático, que para combater estas carências necessário seria o fim do inquérito e a criação dos tais Juizados de Instrução. Em nosso sentir, mais uma das “soluções milagrosas” que vagam como alma sem corpo pelas mentes dos que ainda imaginam resolver tais problemas com uma mera norma jurídica.

Aqui vale trazer a lição de Raymundo Cortizo Sobrinho, que acertadamente afirmou: “...a manutenção do inquérito policial objetiva não expor diretamente os membros do Poder Judiciário (porque não também os do

⁷ Aliás, há tanta preocupação com a falta de idoneidade das investigações brasileiras, que Alexandre Bizzotto chegou a redigir o trabalho com o título: “Da Necessidade de Separação: Autos do Inquérito x Autos do Processo”, publicado no **Boletim IBCCRIM**, nº: 106, de setembro de 2001, fls. 8/9.

MP) aos horrores e chantagens do mundo marginal, o que traria prejuízos irreparáveis à instituição como um todo”.⁸

Será que o simples fato de o MP existir, por existir, por si só já supriria estas carências materiais? É lógico que não.

O que se precisa neste país é de seriedade e profissionalismo⁹, não atos heróicos isolados. Não bastam Delegacias Modernas e coloridas, nem tampouco carros iluminados em comboio desfilando alegoricamente pelas ruas mais movimentadas das cidades, ou ainda legislações anômalas, tal como a nova e inovadora “lei de tóxicos”¹⁰ que, pasmem, chega ao ordenamento jurídico já recortada em nada menos do que vinte e sete de seus dispositivos legais¹¹.

Todas essas fachadas cedem diante da necessidade de uma polícia técnica estruturada e bem preparada¹², de um legislador apurado, idôneo, menos exibido e oportunista, pois, segundo Marcos Alexandre Coelho Zilli: *“A ausência da figura estatal é, indubitavelmente, um dos fatores primordiais para o fomento do desrespeito e do descrédito das instituições. É mais do que sabido que o Estado, em certos segmentos sociais, frustra qualquer expectativa de atendimento de obrigações essenciais”*.¹³

Em suma: ou banimos de vez essas imoralidades ou não construiremos uma sociedade justa. ◆

⁸ In **Boletim IBCCRIM** nº101, publicado em abril de 2001, fl. 02 - título “Reflexões sobre a Permanência do Inquérito Policial e a Inviabilidade do Juizado de Instrução na Legislação Processual Penal”.

⁹ Ver nesse sentido Nova Prevenção: “Um Modelo Integrado de Segurança Urbana”, de Theodomiro Dias Neto, publicado no **Boletim IBCCRIM** nº 107 de outubro de 2001, as fls.15/16.

¹⁰ Lei 10.409, de 11 de janeiro de 2002.

¹¹ Tentando amenizar as críticas, ver a pálida defesa promovida pelo Gal. Alberto Mendes Cardoso, Ministro Chefe do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República e Presidente do Conselho Nacional Antidrogas publicada no jornal **O Globo** de 29/01/2002, a fl. 7 – *Opinião* – com o título “Lei e Política Antidrogas. E, para se ter uma visão séria e sem distorções sobre o tema, recomenda-se a leitura da revista **Super Interessante**, edição nº 172, janeiro de 2002, com o título de capa “Drogas”.

¹² A formação desta “nova” polícia, deveria estar atenta aos parâmetros de conduta traçados por Teresa Manso Porto, assistente científica do Instituto Max Planck de Friburgo (Alemanha) no seu “La Policía en el Estado de Derecho Latinoamericano”, publicado no **Boletim IBCCRIM** nº 106, de setembro de 2001, às fls.6/7.

¹³ In “A Lógica do Razoável”, publicado no **Boletim IBCCRIM** nº 105, de agosto de 2001, fl. 5.

JUIZADOS ESPECIAIS DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL: REFLEXÕES SOBRE ALGUNS PROBLEMAS PRÁTICOS

ANDRÉ FELIPE VÉRAS DE OLIVEIRA
Juiz de Direito do TJ/RJ

1. JUIZADOS ESPECIAIS: LOCALIZAÇÃO NO DIREITO OBJETIVO, CONCEITO E CRITÉRIOS INFORMATIVOS

A criação dos Juizados Especiais foi prevista no Direito brasileiro pelo Artigo 98, inciso I, da Constituição Federal de 1988, dispositivo cuja eficácia é limitada (segundo a tradicional classificação proposta por José Afonso da Silva) e, portanto, dependente da atividade integrativa do legislador ordinário para o seu real implemento. A Lei nº 9.099, de 26.09.95, em obediência ao referido comando constitucional, disciplinou regras sobre a composição e a competência dos Juizados Especiais entre nós, bem como os procedimentos aplicáveis aos feitos de natureza cível e criminal a eles submetidos. Os Juizados Especiais regem-se pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, seus princípios informadores (Art. 2º da Lei nº 9.099/95). Conceituam-se órgãos da Justiça Ordinária voltados à conciliação, processo, julgamento e execução das causas cíveis de menor complexidade e das infrações penais de menor potencial ofensivo. Têm como fator histórico determinante de sua criação a busca pelo tão almejado “acesso à Justiça”, expressão técnica já consolidada na doutrina moderna pelas inteligências de MAURO CAPPELLETTI e GARTH BRYANT para identificar uma das vertentes da chamada “terceira onda renovatória” do direito processual no mundo, bem como a consagração de posições e tendências contemporâneas de “desburocratização e simplificação da Justiça Penal” (*in* MIRABETTE, **Juizados Especiais Criminais**, Atlas, 4ª edição, 2000, p. 24).

A ciência jurídica evolui sempre de acordo com as constantes aspirações e reivindicações da sociedade. Os fatos extraídos da vida coletiva é que

determinam a extensão do progresso assumido pelo Direito em determinada época e lugar. É conhecida a clássica expressão cunhada por JEAN CRUET, no sentido de que “já se viu a sociedade transformar o Direito, mas nunca se viu o Direito transformar a sociedade”. O Direito, assim, evolui sempre de acordo com as inúmeras e constantes necessidades sociais percebidas gradualmente pelos membros da coletividade.

Mesmo sendo de inspiração moderna e contando com mais de cinco anos de vigência, a verdade é que a Lei nº 9.099/95 ainda hoje suscita dúvidas em muitos pontos, sobre os quais não há uma orientação doutrinária e jurisprudencial segura. Sugere, também, reflexões sobre alguns outros questionamentos cujas respostas, embora já firmadas em jurisprudência, *d.v.*, devem ser reputadas inaceitáveis. O posterior advento da Lei nº 10.259, de 12.07.2001, que instituiu a figura dos Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal, foi outro acontecimento que gerou – e ainda está a gerar – muitas perplexidades e indagações sobre a vigência ou não de alguns dos dispositivos da Lei nº 9.099/95 em face da novel disciplina. Passo então a examinar parte dos problemas práticos enfrentados pelo juiz e demais operadores do Direito no dia-a-dia dos Juizados Especiais da Justiça Comum Estadual.

2. A QUESTÃO DO CABIMENTO DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NO SISTEMA DA LEI Nº 9.099/95

A primeira consideração que faço versa a respeito da possibilidade ou não de antecipação de tutela em sede de Juizados Especiais Cíveis.

Não é desconhecido o Enunciado nº 08/2000, que foi obtido no II Encontro de Juízes de Juizados Especiais Cíveis e de Turmas Recursais do Estado do Rio de Janeiro, realizado entre os dias 24 a 26 de novembro de 2000, na cidade de Valença, e posteriormente publicado no DOERJ de 01.12.2000 (Aviso n.º 56), através do qual consolidou-se na magistratura fluminense o raciocínio de que o pedido de antecipação de tutela formulado na petição inicial afigura-se perfeitamente viável e, por conseqüência, estando presentes todos os requisitos legais para a concessão da medida (CPC, Art. 273 e também CPC, Art. 461, § 3º), estará tal pleito sujeito ao êxito pleno.

No entanto, apesar desse entendimento – que não tem força vinculante – penso que a antecipação de tutela em sede de Juizados Especiais Cíveis não dispensa alguma reflexão acerca do momento processual oportuno para que tal decisão efetivamente seja lançada nos autos pelo juiz.

A antecipação de tutela só é possível quando o magistrado estiver diante de um “juízo de possibilidade”. O “juízo de possibilidade” é mais do que um mero “juízo de probabilidade” e menos do que um “juízo de certeza”. O “juízo de certeza” só é alcançado no instante da sentença, quando então é realizada a cognição exauriente da questão posta sob exame. O “juízo de probabilidade” é aquele concernente às medidas de natureza cautelar, de caráter exclusivamente instrumental e passíveis de concessão *inaudita altera pars*. Entre os já referidos juízos “de certeza” e “de probabilidade” está o “juízo de possibilidade”, no qual se localiza o instituto da antecipação de tutela. Na verdade, ao antecipar os efeitos da tutela o magistrado conclui que os fatos narrados na inicial são verossímeis. Examina, ainda que superficialmente, o mérito. Ao fazê-lo sem ouvir previamente a parte contrária, põe-se a violar o contraditório enquanto garantia constitucional. O rito sumariíssimo da Lei nº 9.099/95 permite que a parte reclamada só apresente a sua resposta em audiência de instrução e julgamento. Como a sentença será proferida – sempre que possível – naquela oportunidade, tenho que a antecipação de tutela só se tornará viável quando o reclamado ofertar sua resposta em audiência prévia de conciliação. Como isso raramente ocorre, nem sempre ela será possível nos Juizados Especiais. Imaginar o contrário seria admitir que o juiz pudesse deferir tutela antecipada *inaudita altera pars*, possibilidade com a qual particularmente não concordo.

Embora fora do âmbito dos Juizados Especiais, mas apenas à guisa de ilustração, vale ser lembrada, aqui, a seguinte ementa de acórdão proferido pela Colenda Quarta Câmara Cível do Egrégio TJERJ, que, apreciando a matéria em sede de Agravo, assim já se pronunciou:

*“Antecipação da tutela de mérito. Concessão **initio litis et inaudita altera parte**. Inadmissibilidade. Código de Processo Civil. Art. 273. Exegese. Sem ouvir previamente o réu, o juiz não pode conceder ao autor antecipação de tutela de mérito. Decisão interlocutória. Declaração **ex officio** de nulidade”* (TJERJ – Agravo de Instrumento – Proc. n.º 1997.002.00748 – Rel. Des. Wilson Marques – 4ª Câmara Cível – j. em 05.08.97 – reg. em 15.09.97 – fls. 10282/4 – v. unânime).

Daí porque não vejo possibilidade de concessão regular da medida já no primeiro instante em que o juiz recebe a reclamação.

3. DA LIMINAR EM AÇÃO POSSESSÓRIA NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

Outra questão que está a merecer atenção está na possibilidade ou não de concessão de liminares em ações possessórias, nos termos do Art. 928 do Código de Processo Civil, sempre que o valor do bem esteja devidamente limitado ao valor de alçada dos Juizados Especiais Cíveis (hipótese do inciso IV do Art. 3º da Lei nº 9.099/95). O rito único previsto na Lei nº 9.099/95 para as ações de conhecimento (e as ações possessórias são efetivamente de cognição) é aquele descrito a partir do Art. 14. Como antes já salientado, ao réu é permitido ofertar contestação apenas por ocasião da realização da audiência de instrução e julgamento. Ora, como admitir – por hipótese – a realização de uma audiência prévia de justificação de posse na qual a liminar, caso venha a ser deferida naquele ato, tenha o condão de servir como termo inicial para a fluência do prazo de resposta do réu? Como situar, nessa situação, uma posterior audiência de conciliação? Como aceitar que se prossiga no procedimento sumariíssimo quando o Art. 931 determina que o feito tenha curso pelo rito comum ordinário? Não existem respostas satisfatórias para essas questões. Inaplicável, portanto, o procedimento especial de jurisdição contenciosa do Código de Processo Civil em sede de Juizado eis que ele é incompatível com aquele outro expresso na Lei nº 9.099/95.

Bem verdade que o Art. 3º, inciso IV, da lei dos Juizados lhe atribuiu competência para conhecer das ações possessórias. Não importa, porém, que a turbacão ou o esbulho hajam ocorrido há mais ou há menos de ano e dia. O rito é um só. Não comporta a justificação de posse e nem liminar possessória (só possível no juízo comum), embora, em contrapartida, o procedimento seja mais célere do que o rito comum ordinário. Caberá então à parte decidir em qual órgão jurisdicional ajuizará a demanda, com todos os respectivos ônus e bônus decorrentes de sua escolha (*nota*: consoante entendimento consolidado no Enunciado Cível n.º 01, alcançado no IX Encontro do Fórum Permanente de Coordenadores de Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Brasil, realizado na cidade de Belo Horizonte – MG, entre os dias 4 a 7 de junho de 2001, e posteriormente publicado no DORJ de 12.07.2001 (Aviso n.º 33), “o exercício do direito de ação no Juizado Especial Cível é *facultativo* (grifei) para o autor”).

4. DA DISPENSA DE ADVOGADO CONFORME O VALOR DA CAUSA NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

Mais um ponto que também está a desafiar nossa consideração, ao menos *de lege ferenda*, reside na necessária modificação da redação do Art.

9º da Lei nº 9.099/95, com vistas a uma melhor possibilidade de obtenção de acordos e, num passo seguinte, caso inviabilizada a composição, de instrução do feito.

Muitas vezes o profissional da advocacia não facilita o acordo, talvez porque a cultura da Justiça de consenso ainda não esteja adequadamente arraigada entre nós, que tradicionalmente cultuávamos uma cultura oposta: a da Justiça de litígios. Essa observação – longe de pretender significar qualquer ofensa à elegante e sábia classe dos advogados – aqui se faz apenas como simples registro de uma realidade pública e notória constatada no cotidiano forense desde o movimento de reforma do Código de Processo Civil, nos idos de 1994 e 1995, que, dentre outras modificações, alterou a redação dos Arts. 277 e 331, com poucos efeitos experimentados na prática. Creio que a figura do advogado poderia ser dispensada da audiência de conciliação, qualquer que fosse o valor da causa, mesmo porque a mera presença de um patrono durante a realização do ato já serve para criar na parte assistida a expectativa de sucesso e, dessa forma, aguçar-lhe ainda mais o espírito de contenda.

No entanto, frustrada a composição, reputo indispensável a figura do advogado em AIJ, qualquer que seja o valor dado à causa, pois não é possível que pessoas absolutamente leigas em Direito, sem a mínima noção de processo, muitas vezes rudes e semi-alfabetizadas, continuem a sentar-se sozinhas à mesa de audiências sem a exata percepção do que ali está a acontecer. Muitas pessoas, imbuídas de boa-fé (mormente nas cidades do interior), vão a juízo apenas com o intuito de contar a sua própria versão dos fatos e dessa forma convencer o julgador, esquecendo-se, porém, de instruir-se com todas as provas que puder amealhar (o mundo do juiz é o processo) e correndo inadvertidamente o risco de ter contra si uma sentença de mérito que, ultrapassado o prazo recursal, fará coisa julgada material, fenômeno que, na conhecida locução de SCASSIA, faz do branco preto, transforma o quadrado em redondo, altera os laços de sangue e transforma em verdadeiro o falso.

Contando com a assistência de um profissional, as partes podem muitas vezes expor mais claramente os fatos, as provas e a verdade que está por trás das teses e antíteses articuladas no processo e postas ao acurado exame do juiz.

5. DAS AÇÕES CAUTELARES NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

A propositura de ações cautelares no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis é outra questão carecedora de exame. Embora o Enunciado Cível

nº 26, alcançado no V Encontro Nacional de Coordenadores de Juizados Especiais, haja concluído que: “São cabíveis a tutela *acautelatória* (grifei) e a antecipatória dos Juizados Especiais Cíveis, em caráter excepcional”, referida possibilidade não é tão simples como ali se imaginou e está a desafiar algum comentário.

Quando foram criados, em 1995, os Juizados Especiais já objetivavam levar ao cidadão comum, homem do povo, uma Justiça ágil e informal. As chamadas “causas cíveis de menor complexidade” aguardavam anos a fio por uma sentença de mérito nas prateleiras do juízo comum, e isso em razão do ainda escasso número de juízes e do grande acúmulo de processos em andamento nas Varas Cíveis da Comarca da Capital e também nas Comarcas do interior. A prova da agilidade e da informalidade buscada pelo legislador, ao conceber os Juizados Especiais, pode ser identificada, por exemplo, na dispensa de advogado para as causas cujo valor seja inferior a vinte vezes o salário mínimo; na gratuidade de Justiça conferida às partes em primeiro grau; na restrição do procedimento em relação ao preso, ao incapaz, à massa falida, ao insolvente civil, às empresas públicas da União e às pessoas jurídicas de direito público; na possibilidade de intimação das partes por qualquer meio idôneo de comunicação etc.

Com a efetiva implantação dos Juizados Especiais, verificou-se um aumento expressivo no número de demandas que, em tempos anteriores, sequer chegavam ao conhecimento do Judiciário dada a natureza do direito discutido pelas partes. As relações de consumo são um exemplo. Execuções de pequena monta são outro exemplo...

Assim, na busca de um ideal renovado de aplicação da Justiça sem formalismos é que foi instituído pela Lei nº 9.099/95 um novo procedimento, aplicável aos processos de conhecimento e de execução (Art. 3º). A lei, no entanto, silenciou sobre as ações cautelares. Também silenciou sobre a aplicação supletiva do Código de Processo Civil aos procedimentos nela não previstos.

As ações cautelares, como se sabe, visam tão-somente assegurar a existência de um direito a ser discutido na ação principal. Tecnicamente, o juízo que conhece da cautelar deixa firmada a sua competência para conhecer da ação principal. Com a devida *venia* de entendimentos em contrário, tenho que se a Lei nº 9.099/95 nada dispôs sobre a competência do juiz para conhecer das ações cautelares, essa competência não pode ser “criada” pela jurisprudência. Quem firma competência é a lei, tão-somente. Se a hipótese

requer seja apreciada uma liminar em ação cautelar para fins de resguardo do direito ameaçado de lesão, a parte deve formular sua pretensão em sede própria, qual seja, o juízo comum.

A Lei nº 9.099/95 traça um único procedimento para as ações que não sejam de execução. Logo, se fosse possível à parte formular um pedido cautelar em sede de Juizado, tal pretensão teria de vir necessariamente veiculada em rito compatível com aquele prescrito pela lei dos Juizados. Ora, é inegável que o rito de um processo cautelar não deve ser idêntico ao do processo de conhecimento. Isso não se justifica. Como compreender, por exemplo, a realização da audiência prévia de conciliação a que alude o Art. 16 da Lei nº 9.099/95 em sede de rito cautelar, se o próprio CPC, marcado pelo estigma do formalismo, sequer dispõe sobre esse tipo de audiência nos Arts. 802 e 803?

Há ainda um outro ponto a ser considerado: há hipóteses onde a providência cautelar é pleiteada sem que o juiz tenha como aferir, já naquele primeiro instante em que recebe a inicial elaborada pelo requerente, qual valor será atribuído à causa na ação principal. *Quid juris* se a ação principal tiver valor incompatível com o teto previsto em lei para os Juizados Especiais? Tratar-se-á, obviamente, de decisão *inutiliter data*.

Logo, por todo o exposto, concluo que os Juizados Especiais são absolutamente incompetentes para apreciar e julgar feitos de natureza cautelar.

6. DO CONCEITO DE INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO NOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS DA JUSTIÇA ESTADUAL

Com o advento da Lei nº 10.259, de 12.07.2001 (que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal), muitos juristas passaram a sustentar, *d.v.* de modo açodado, que o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo ali inserto em seu Art. 2º, Parágrafo Único, teria revogado integralmente a antiga definição legal determinada no Art. 61 da Lei nº 9.099, de 26.09.1995.

Tal orientação veio desde logo escudada no argumento hábil de que ao Estado seria vedado o tratamento jurídico desigual de situações penais absolutamente idênticas, por força do princípio da isonomia constitucional.

Não comungo desse pensamento e justifico: reza o Parágrafo Único do Art. 2º da Lei nº 10.259/2001: “Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, *para os efeitos desta Lei* (grifei), os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa”. Pois bem. A locução “para os

efeitos desta Lei”, grifada acima, deixa claro que o novo conceito aplica-se tão somente para os fins de processo e julgamento de feitos no âmbito de Juizados Especiais Criminais *da Justiça Federal*, não havendo falar em extensão desse dispositivo também aos Juizados Criminais da Justiça Estadual. Isto parece-me indiscutível, posto que a lei – consoante regra usual de interpretação – não contém palavras inúteis. Resta, então, discutir se essa regra, assim como redigida, está ou não de acordo com a Constituição.

Ora, se de um lado a CF garante o tratamento jurídico isonômico a todos que se deparem com uma mesma situação de fato, de outro lado é certo que o juiz não pode funcionar como legislador positivo, mudando conceitos legais a seu bel prazer ou de outro modo contrariando o sentido inequívoco das expressões gramaticais que o Poder Legislativo pretendeu conferir às regras jurídicas por ele elaboradas. No máximo, funciona o magistrado como legislador negativo, **negando aplicação às leis e aos atos normativos contrários à Constituição Federal através das atividades de controle, após fundamentada decisão**. Em primeiro grau, o controle, mesmo de ofício, é feito pela via incidental através do juiz da causa. Como leciona NAGIB SLAIBI FILHO: “O controle incidental caracteriza-se por ser difuso – qualquer órgão judicial, na apreciação de casos concretos, conhece da questão de inconstitucionalidade (como preliminar ou prejudicial), *mesmo sem requerimento da parte interessada ou do Ministério Público*” [grifei] *in* **Anotações à Constituição de 1988 - Aspectos Fundamentais**, Forense, 3ª edição, 1992, p. 88. No caso em debate, só duas situações são possíveis ao juiz monocrático: ou entende que a norma do Parágrafo Único do Art. 2º da Lei nº 10.259/2001 é constitucional – e aí deixa de aplicá-la no âmbito da Justiça Estadual por expressa determinação legal (lembre-se da já citada locução: “para os efeitos desta Lei”) – ou, ao revés, entende que o novel regramento é inconstitucional – e aí, obviamente, deixa de aplicá-lo **em qualquer caso**, pois a extensão do conceito eivado de vício a todas as hipóteses significa, por conseqüência, a disseminação da inconstitucionalidade a todos os casos. Consoante lição de CLÉMERSON CLÈVE, “a declaração incidental da inconstitucionalidade implica a subtração da questão concreta, sujeita à apreciação judicial, da incidência da lei ou ato normativo” (*in* **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, RT, 1995, p. 87). Se a regra é inconstitucional – ousou dizer – ela não deve

ser aplicada pelo juiz, inclusive pelo magistrado da Justiça Federal, que aí deverá valer-se da regra do Art. 1º da Lei nº 10.259/2001, que remete à Lei nº 9.099/95 a disciplina dos casos omissos. Como sustentar validamente que o magistrado aplicará, em seu ofício diário, uma regra reputada inconstitucional? Seja como for, nas duas situações ora descritas continuará a vigor na Justiça Estadual a regra do Art. 61 da Lei nº 9.099/95 e, de acordo com a já consagrada norma jurídica: “consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os caso em que a lei preveja procedimento especial”.

7. AS AÇÕES PREVIDENCIÁRIAS AMOLDADAS AO CONCEITO DO ART. 3º DA LEI Nº 10.259/2001 E O ART. 109, § 3º, DA CF

Reza o Art. 109, § 3º, da CF: “Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual”. A partir da leitura do referido dispositivo constitucional, já se aventou, no cotidiano forense, a hipótese de a justiça estadual funcionar como autêntico Juizado Especial Federal, no que toca aos feitos de natureza previdenciária submetidos ao rito da Lei nº 10.259/2001 (causas de valor correspondente a até sessenta salários mínimos). Tal exegese, aliás, acabou sendo objeto de enunciado (Enunciado Cível nº 65, obtido no X Encontro do Fórum Permanente de Coordenadores de Juizados Especiais do Brasil, realizado no Estado de Rondônia, entre os dias 21 a 24 de novembro de 2001) assim redigido: “A ação previdenciária fundada na Lei nº 10.259/2001, onde não houver Juízo Federal, poderá ser proposta no Juizado Especial Estadual, nos termos do Art. 109, § 3º, da Constituição Federal”.

Particularmente, discordo da interpretação que se procura fazer entre a regra constitucional e a novel Lei nº 10.259/2001.

Como já se asseverou, os Juizados Especiais – quer da Justiça Estadual, quer da Justiça Federal – são opções a mais postas pelo legislador ao jurisdicionado, a quem compete arcar com as conveniências ou inconveniências de sua escolha. Aliás, insta ser gizado que essa posição, *d.v.* equivocada, está manifestamente contrária ao que dispõe o Art. 20 da Lei

nº 10.259/2001, que veda a aplicação, no juízo estadual, das disposições ali constantes naquele diploma. Sendo facultativo o uso dos Juizados Especiais (neste sentido: Nelson Nery Junior e Cândido Dinamarco, p. ex.), não há falar em inconstitucionalidade daquele já citado Art. 20 da Lei nº 10.259/2001, pois, na verdade, o acesso à jurisdição pelas vias ordinárias não se acha impedido a qualquer do povo.

8. CONCLUSÃO

Apesar de toda a evolução já alcançada, a verdade é que os Juizados Especiais Cíveis e Criminais ainda hoje buscam soluções uniformes para muitos dos problemas práticos vividos pelos magistrados no seu dia-a-dia. Outros tópicos também poderiam ser abordados nesse pequeno trabalho. Outras opiniões devem ser igualmente consideradas. O importante, contudo, é que todos caminhemos em direção ao aperfeiçoamento das respostas necessárias ao deslinde das dificultosas questões postas diariamente à deliberação do Judiciário por uma sociedade cada vez mais exigente e cônica de sua cidadania. ◆

A TÉCNICA DA DENÚNCIA*

SERGIO DEMORO HAMILTON
Procurador de Justiça/RJ

1. A petição inicial no processo penal tem nome: denúncia ou queixa. A primeira, reservada ao Ministério Público, é própria dos crimes de ação penal pública (art. 24 do CPP), ao passo que a segunda figura como exordial de acusação nos crimes de ação penal de iniciativa privada (arts. 30 e 31 do CPP) bem como nos casos da impropriamente chamada ação privada subsidiária da pública (art. 29 do CPP), na verdade uma ação pública iniciada pelo particular legitimado a agir¹. Sabe-se, outrossim, ser função institucional do Ministério Público a de promover ação penal pública, na forma da lei (art. 129, I, da CF), observada a ressalva estabelecida no próprio corpo do Texto Magno (art. 5º, LIX). No processo civil, ao contrário, o art. 282 não empresta qualquer designação especial para o ato instaurador da demanda. O veículo da manifestação formal da demanda é a petição inicial, que, no dizer de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR², “revela ao juiz a lide e contém o pedido da providência jurisdicional, frente ao réu, que o autor julga necessária para compor o litígio.” O processo penal, porém, tradicionalmente, sempre conferiu nominação para a inicial de acusação. Explica-se a dicotomia terminológica pelo fato de haver no processo penal a divisão entre ação pública e ação privada.

2. Os requisitos formais tanto da denúncia como da queixa vêm indicados no art. 41 do CPP. O aludido dispositivo tratou da importante matéria processual – nada mais, nada menos, que a petição inicial! – com rara pobreza. No estudo que empreendemos a respeito da reforma do pro-

(*) Verão de 2002.

¹ Os reparos à designação ação privada subsidiária da pública mereceram análise crítica detalhada em meu trabalho “A queixa subsidiária. Questões Controversas”, in *Revista da AJUFE – Associação dos Juizes Federais do Brasil*, ano 18, nº 62, julho-setembro, 1999.

² HUMBERTO THEODORO JÚNIOR in *Curso de Direito Processual Civil* v. I, p. 355, 20ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1997.

cesso penal, sugerimos redação assemelhada àquela constante do art. 282 do CPC, buscando aperfeiçoar a escassez da redação atual³.

Assim é que a inicial da acusação, em nosso alvedrio, deveria conter:

- I – o juiz ou tribunal a que é dirigida;
- II – a qualificação do réu ou os esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo;
- III – o fato imputado ao réu com todas as suas circunstâncias;
- IV – a classificação da infração penal;
- V – o requerimento de citação do réu;
- VI – o pedido de condenação ou de pronúncia;
- VII – as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos;
- VIII – o local e a data da denúncia ou queixa;
- IX – a assinatura e a identificação do órgão do Ministério Público dotado de atribuição (ou do advogado ou do próprio querelante, quando revestido de habilitação técnica, nos casos de queixa).

Basta estabelecer um cotejo, ainda que superficial, entre a proposta acima e o precário art. 41 do CPP para que se observe, com rara facilidade, como o atual Código deixa a desejar em relação a uma peça processual de tamanha relevância. É com base na proposta acima que cuidaremos da matéria. Ela nos servirá como roteiro.

3. No presente estudo, estaremos voltados, basicamente, para o exame dos requisitos formais da denúncia, dada a sua maior incidência, pois, em regra, a ação penal é pública (art. 100 do CP), embora, eventualmente, tenhamos que fazer referência à queixa, dada a assemelhação de pontos comuns, pois ambas, repita-se, servem para designar a petição inicial no processo penal, tanto que o art. 41 do CPP engolfa a denúncia e a queixa em único dispositivo.

³ Proposta apresentada pela Comissão constituída pelo Ato nº 1.331, de 08/IX-1997, do então Procurador-Geral de Justiça, HAMILTON CARVALHIDO, destinada a ofertar sugestões relacionadas com a “Reforma do Código de Processo Penal”. Compunham a aludida Comissão os Procuradores de Justiça SERGIO DEMORO HAMILTON (Presidente) e JOSÉ MUIÑOS PIÑEIRO FILHO, bem como os Promotores de Justiça AFRÂNIO SILVA JARDIM, ALEXANDRE VIANNA SCHOTT e ROGÉRIO PACHECO ALVES. As indicações então elaboradas foram encaminhadas ao Sr. Ministro da Justiça de então, IRIS REZENDE MACHADO, bem como ao Sr. Ministro MARCO AURÉLIO MENDES DE FARIAS MELLO, do Supremo Tribunal Federal, valendo como sugestões oficiais do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, uma vez que foram endossadas pelo Procurador-Geral.

4. O juiz ou tribunal a que é dirigida.

A denúncia deve ser direcionada a uma autoridade judiciária, seja ela um juiz de direito (caso mais comum), seja ela um desembargador ou um ministro, conforme o caso. Na primeira hipótese, quando intentada perante o primeiro grau de jurisdição; na segunda, ao ser voltada para um tribunal de justiça estadual ou a um tribunal regional federal e, por fim, quando endereçada a um tribunal superior (STF, STJ, TSE e STM) nos casos de competência originária (TJ, TRF, STF, STJ, TSE e STM).

No momento, tem sentido uma indagação: se houver erro em relação ao juiz para o qual foi dirigida a denúncia, haverá inépcia?

O Pretório Excelso, chamado a pronunciar-se sobre o quesito, quando do julgamento do RHC 60.216 (*DJU* 24/09/82, p. 9444) entendeu inócorrer inépcia em tal caso⁴.

A matéria comporta breve *insighth*.

Nada impedirá que o juiz, ao receber o feito, verificando o equívoco, declare nos autos a sua incompetência, remetendo-os à autoridade judiciária competente, haja ou não alegação da parte adversa.

Poderá, no entanto, o réu opor a exceção de incompetência a que alude o art. 108 do CPP, caso haja omissão por parte da autoridade judiciária.

Pergunta-se: a autoridade judiciária encarregada do serviço de distribuição pode, verificando a incompetência, remeter o feito para o juiz competente?

Penso que não. O ato de decidir a respeito da competência de foro e/ou de juízo reveste natureza jurisdicional, incumbindo, assim, ao juiz para onde for encaminhado o processo manifestar-se a respeito da sua própria competência, de ofício (art. 109 do CP) ou provocado (art. 108 do CPP), mediante exceção própria.

O juiz da distribuição exerce atribuição administrativa, não lhe incumbindo decidir a respeito de matéria jurisdicional, que, no caso, envolve pressuposto processual de validade da instância.

De qualquer maneira, não se poderá falar de inépcia da denúncia – o equívoco quanto à indicação do Juízo – salvo se a inicial, apresentada à distribuição, não apresentar dados mínimos para a sua apreciação. Em ocorrendo a situação, sequer poderá haver distribuição. Seria caso de impossibilidade material para o seguimento do processo.

⁴ Jurisprudência do STF publicada no **Código de Processo Penal Anotado** de DAMÁSIO E. DE JESUS, p. 46, 16ª edição, 1999, Editora Saraiva.

5. A qualificação do réu ou os esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo.

Qualificar alguém consiste em indicar o conjunto de qualidades que adornam determinada pessoa. A palavra não tem, aqui, o sentido correção em que é empregada, com o significado de valorar determinada pessoa: boa, má, ilustre *etc...* Perante a lei processual, o vocábulo reveste conotação técnico-específica para indicar os meios pelos quais uma pessoa (no caso, o réu) se distingue das demais. Assim, na peça de informação que serve de base para a acusação (em geral, o inquérito policial) deverão constar o nome completo do indiciado, o vulgo (muitas vezes, os marginais são mais conhecidos pelo chamado “nome de guerra” – *Escadinha, Gordo etc*), o estado civil, a data de nascimento, a nacionalidade, a naturalidade, a filiação, a profissão, o local onde reside bem como o de trabalho, o número de registro civil e o do CPF. É certo que a inicial não precisará conter todos estes dados, bastando, para tanto, que faça remissão ao que já consta do suporte fático da denúncia (inquérito policial ou qualquer outra peça de informação idônea), com a indicação da página dos autos onde se encontra a qualificação. É bom assinalar que uma qualificação de tal modo completa raramente se encontrará em inquérito policial ou em qualquer outra peça que venha a servir de base para a acusação.

Como ficou assinalado, nem sempre será possível a obtenção de todos os sinais identificadores do indiciado. Por tal razão, a lei aludiu aos “esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo”.

Entenda-se bem o alcance da afirmação: impõe-se que o indiciado esteja identificado, porém de forma incompleta. Um ponto não permite tergiversação: não se admite, jamais, uma acusação contra pessoa incerta.

Narra TOURINHO⁵ que, em determinada comarca do interior, o promotor, à míngua de dados, apresentou denúncia contra “Fulano de Tal, preto, alto e magro” (*sic*) sem aduzir a outros elementos pelos quais se pudesse individualizar o imputado. Ora, é evidente que os traços característicos apresentados na aludida inicial são despídos de qualquer valia para distinguir o acusado das demais pessoas.

Não foi esta, evidentemente, a finalidade da lei quando fez referência aos esclarecimentos pelos quais se possa identificar o réu. A acusação tem que ser promovida – e não poderia ocorrer de outra forma! – contra *pessoa*

⁵ FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, **Processo Penal**, v. I, p. 277, Edição Jalovi, 1972.

certa embora sua qualificação possa estar incompleta. Daí a regra do art. 569 do CPP, que irá, inclusive, servir de base para a complementação do boletim individual (art. 809 do CPP).

E se a inicial contiver erro na menção do nome do réu?

Na oportunidade, impõe-se, mais uma vez, distinguir. Caso inoçorra dúvida a respeito da identidade física do imputado, perfeitamente individuado na peça que serve de base para a denúncia, não há falar em inépcia da exordial. Comparecendo o acusado e verificado o erro, procede-se na forma do art. 569 do CPP. E se o equívoco persistir, estendendo-se até a sentença, onde, levado a erro contido na denúncia, o juiz consigna nome diverso do que deveria constar? A solução não difere da que alvitramos acima. Caso o réu esteja identificado no curso do processo, de maneira que não haja dúvida quanto à pessoa sentenciada, não se poderá cogitar de qualquer nulidade.

ESPÍNOLA FILHO⁶ faz referência a um julgado da 1ª Câmara do Tribunal de Apelação do então Distrito Federal, de 25/11/40, na Ap. Crim. nº 1795, onde foi mantida sentença condenatória em que o juiz, induzido em erro pela denúncia, condenara o réu como sendo L. F. Silva, um indivíduo chamado, na realidade, L. F. Souza, mas que atendera à citação, fora interrogado e ofertara defesa. O acórdão entendeu que “o equívoco carece de valor, porque o apelante está perfeitamente identificado.” A decisão, sem dúvida certíssima, aplicou, sem o dizer expressamente, o princípio da instrumentalidade das formas em toda a sua plenitude.

Conclui-se do exposto que o erro em relação ao nome do réu só acarretará a nulidade do processo caso o imputado não venha a acudir à citação em razão de não ser dele o nome constante do mandado, deixando, em razão disso, de ser interrogado e de ofertar defesa material.

Vale a observação de que o “vulgo”, ainda que bizarro ou até mesmo pejorativo, deve constar da qualificação completa, como assinalado linhas acima, uma vez que possibilita a perfeita identificação do denunciado. Entre a garantia de uma melhor identificação do citando e um possível desrespeito para com a sua pessoa, deve prevalecer a primeira opção, que, em última análise, reverte em favor do próprio acusado.

Pode ocorrer que, em infração penal cometida por várias pessoas, nem todas possam ser identificadas. Em tal caso, só restará ao acusador

⁶ EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, v. I, p. 422, Editor Borsoi, Rio de Janeiro, 1965.

fazer menção ao fato no corpo da narrativa da inicial, protestando, na cota que acompanhar a denúncia, por eventual aditamento subjetivo, quando e se ocorrer a identificação dos demais imputados. A medida é decorrência lógica dos princípios da obrigatoriedade e da indivisibilidade da ação penal pública. Caso o aditamento não mais seja possível, só restará ao Ministério Público propor ação penal autônoma contra os acusados, quando identificados.

Hipótese rara de ocorrer é aquela em que o Ministério Público, incorrendo em erro na identificação do acusado, oferece denúncia contra pessoa diversa daquela que é o genuíno autor da infração. A situação apresenta-se diversa daquela de que nos ocupamos acima. Lá, a acusação se fez contra pessoa incerta; aqui, contra pessoa certa mas que não foi o agente criminoso. Só restará ao juiz, em tal caso, rejeitar a inicial por “manifesta ilegitimidade de parte” no pólo passivo da relação processual (art. 43, III, proêmio, do CPP). Já me deparei, na prática, com uma inicial em que o Promotor de Justiça, por erro material, denunciou uma testemunha. Se a solução acima alvitrada, sob o aspecto técnico, é, sem dúvida, a mais aperfeiçoada, não se pode haver como de todo heterodoxo, pugnar-se pela emenda da inicial por iniciativa do juiz, por aplicação analógica do processo civil (art. 284 do CPC c/c art. 3º do CPP). A economia processual estaria a ditar este último caminho, re-ratificando-se a petição exordial.

6. O fato imputado ao réu com todas as suas circunstâncias.

De todos os requisitos da denúncia, este, sem dúvida, é o que merece maiores cuidados no seu trato. Na verdade, de acordo com o princípio da livre dicção do direito, o juiz julga o fato e isto resulta bem claro da leitura do art. 383 do CPP. Por outro lado, o réu se defende da imputação de fato determinado contido na denúncia e não da classificação dada pelo Ministério Público àquele mesmo fato. Desde que o fato esteja perfeitamente descrito na petição inicial, o juiz poderá, no momento oportuno, proceder à corrigenda do libelo (*emendatio libelli*).

Pode-se dizer que a *causa petendi* é a *ratio* do pedido de condenação ou de pronúncia. É a pedra de toque da denúncia ou da queixa.

Perfeitamente válida, ainda em nossos dias, a lição deste grande erudito que foi JOÃO MENDES DE ALMEIDA JUNIOR⁷ a respeito dos requisitos que a petição inicial deve conter. Vale enunciar-los: a pessoa que praticou o fato

⁷JOÃO MENDES DE ALMEIDA JUNIOR, *O Processo Criminal Brasileiro*, v. II, p. 183, Livraria Freitas Bastos S.A., Rio de Janeiro-São Paulo, 1959.

(*quis*), os meios empregados (*quibus auxiliis*), o malefício causado (*quid*), os motivos (*cur*), a maneira como foi praticado (*quomodo*), o lugar (*ubi*) e o tempo (*quando*)⁸. Fórmula esta correspondente aos “Sete W dourados da criminalística” da doutrina alemã⁹.

A narração do fato, segundo boa doutrina, deve ser sucinta. Mas há fatos e fatos, casos e casos; dessa forma, nem sempre a denúncia poderá ser breve. Nesse ponto, não se pode estabelecer uma regra absoluta, pois o caso concreto é que irá ditar o caminho a seguir. Comumente, pode-se dizer, sem medo de errar, que não se exige uma denúncia extensa. Mas hipóteses haverá em que a denúncia terá que, necessariamente, merecer ampliação, pena de comprometer a imputação.

Na ocasião, encontra significado a observação no sentido de que, concluída a instrução criminal, o Ministério Público terá o ensejo de analisar todo o processo, concretizando-se ou não sua postulação no objetivo de obter a condenação ou a absolvição do réu (art. 385 do CPP). Para tanto, dispõe do prazo de alegações finais, sejam elas escritas, sejam elas orais.

No meu pensar, o que sobreleva, nesta fase, é a *clareza* da petição inicial, seja ela sucinta ou não. Importa, isto sim, que ela propicie ao réu conhecer plenamente a acusação de maneira a exercer a ampla defesa. Desse modo, a data e o lugar do fato devem estar narrados, embora, por si sós, ainda que ausentes, não devam invalidar a acusação, desde que perfeitamente indicados na peça de informação que lhe serviu de lastro. Poderão ser corrigidos (ou supridos, no caso de omissão) até a sentença final (art. 569, CPP). Bem pode ocorrer que não se possa precisar um deles ou ambos. Porém, sempre que possível, integrarão uma cuidadosa denúncia, pois revestem importância para a fixação da prescrição ou da decadência (data) ou para a determinação da competência de foro (lugar).

Outra regra de ouro em matéria de apreciação da denúncia, ao lado da clareza, consiste em saber se o réu teve conhecimento inequívoco da acusação e, em conseqüência, exerceu, de forma plena, a sua defesa. Se tal se der, em razão do salutar princípio da instrumentalidade das formas, seria rematado despautério tornar inválido o processo *ab initio* por vício de forma.

⁸ Para CÍCERO (*De Invent. I*), ao referir-se à enumeração de ARISTÓTELES, na *Ética a Nicomac*, 1, III, as circunstâncias são resumidas pelas palavras *quis, quid, ubi, quibus auxiliis, cur, quomodo, quando*, *apud op. cit.*, in nº 7, dessas notas.

⁹ *Wer? Was? Was? Womit? Warum? Wie? Wann?* *apud op. cit.*, in nº 14, *infra*, dessas notas, p. 383.

Em se tratando de crime contra a honra, ou ainda, quando em jogo o crime de desacato verbal, impõe-se que o Ministério Público indique as palavras proferidas pelo imputado. É grave erro afirmar que o acusado fez uso de “palavras de baixo calão” ou que disse “palavrões.” Trata-se de um juízo de valor que ao *Parquet*, nesta fase, é vedado fazer. O *mot grossier* deve ser transcrito com todas as letras. Por mera questão de elegância, o doesto ou a chulice exigem o acompanhamento do advérbio *sic*, entre parênteses.

Importante observação que deve ser feita relaciona-se com a formulação do elemento subjetivo do tipo penal. É comum ver-se em denúncias o uso de expressões latinas, tais como, *animus necandi*, *animus calumniandi*, *animus fraudandi*, *animus furandi*, *animus laedendi* e outras. Parece-me equivocado o uso de tais expressões uma vez que a imputação deve estar posta, integralmente, na língua vernácula, muito embora o art. 41 do CPP não faça qualquer alusão ao uso do idioma pátrio. Porém, surge-me óbvio que o uso do latim, no caso, macula a clareza que a imputação deve conter. O uso daquelas indicações definidoras do elemento subjetivo do tipo pode ter lugar quando das alegações finais, pois, nelas, o confronto que se dá ocorre entre técnicos (contraditório homogêneo) conhecedores do alcance e do significado das expressões latinas. Não, porém, por ocasião da imputação a respeito da qual o réu será interrogado, onde se exige perfeita compreensão do fato por parte do imputado.

Assunto extremamente delicado relaciona-se com a denúncia envolvendo o concurso de pessoas. Sabe-se que tanto a co-autoria como a participação importam na existência de um liame subjetivo, que consiste na adesão de uma vontade à outra. Este elemento subjetivo integra o tipo. Assim, se a exordial omitir-se quanto à descrição de tal ligação, própria da co-autoria, estaremos diante da chamada autoria colateral, em que cada autor age por si, sem qualquer conhecimento da conduta do outro. Este é um aspecto, às vezes descuidado no inquérito policial, que submete o Promotor de Justiça a sérias dificuldades para a narrativa do evento criminoso.

No crime de lesões corporais ou ainda no homicídio, não me sabe necessário que o Ministério Público repita os dizeres do laudo de exame de corpo de delito que serve de base para a acusação. A simples remissão à peça técnica, com a indicação da página dos autos onde ela se encontra surge como referência suficiente. Conforme o caso, tal orientação pode ser seguida em outras hipóteses.

Tema, sem dúvida, tormentoso é o que envolve a denúncia em crime de autoria coletiva. O inquérito policial, em geral, apresenta-se frágil, obrigando o Ministério Público, muitas vezes, a oferecer uma denúncia genérica do fato criminoso. Cumpre pôr em relevo que as grandes fraudes ocorrem, justamente, nos delitos societários e, comumente em tais casos, o *Parquet* vê-se impedido, vezes sem-número, de ofertar pormenorizada descrição da conduta dos diversos réus. Em decorrência de incompetência, má-fé ou por qualquer outra razão, o Promotor de Justiça vê-se diante de uma peça de informação imprestável, a impedir a formulação de uma adequada acusação. Em tais casos, mais sofisticados, melhor será deixar-se ao *Parquet* optar pela investigação direta do fato, avocando o inquérito policial. É uma proposta que, *de lege ferenda*, melhor atenderá às finalidades da persecução criminal. A lei, nestas hipóteses, deverá prever o abandono do inquérito policial por parte do Ministério Público que, em substituição, passará a investigar diretamente o fato criminoso, apensando-se os dois procedimentos. De qualquer forma, o Pretório Excelso bem como o STJ vêm admitindo que, nos crimes de autoria coletiva (em geral, delitos societários envolvendo vultosas fraudes), possa a denúncia fazer uma descrição genérica do fato, sem narrar, de forma específica, a conduta de cada réu (Cf. STF, RHC 58.544, DJU 13.2.81, p. 572, RTJ 101/563; RHC 58.802, DJU 4.9.81, p. 8556, RTJ 114/228 e RHC 65.491, 2ª Turma, em 16.10.87, DJU 20.11.87, p. 26010). No mesmo sentido, o STJ, RHC 2.768, 6ª Turma, DJU 16.08.93, p. 15996 e HC 2840, RT 713/402¹⁰. Tal estado de coisas torna fácil a compreensão do grande número de absolvições em casos que tais, uma vez que o Ministério Público não consegue provar a imputação no curso da ação penal, tornando impossível obter a condenação, uma vez que as condutas não estejam perfeitamente individualizadas. Em recente decisão, no entanto, o Pretório Excelso, dando um passo à frente, sustentou que, quando se trata de crime societário, a denúncia não pode ser genérica para os crimes de autoria coletiva sem que haja *mínima* descrição da participação de cada agente na conduta delitiva. Uma coisa é a desnecessidade de pormenorizar, outra é a ausência absoluta de vinculação do réu com o fato denunciado (Cf. HC. 80549-SP, relator o Min. Nelson Jobim, in **DOERJ**, Parte III, de 30.8.2001, p. 8).

¹⁰ Jurisprudência do STF e do STJ, *apud* **Código de Processo Penal Anotado**, DAMÁSIO E. DE JESUS, pp. 43/44, Editora Saraiva, 1999, 16ª edição.

As qualificadoras, igualmente, precisam estar descritas na petição instauradora do processo. Não basta à inicial narrar, por exemplo, que o homicídio ocorreu por “meio insidioso ou cruel” ou “à traição”. Da mesma forma, será insuficiente dizer que o furto foi cometido com “abuso de confiança” ou “mediante fraude”. Caberá ao denunciante descrever em que consistiu, concretamente, cada uma daquelas situações, embora deva sempre fazer alusão, também, às definições genéricas contidas na lei.

É possível a imputação alternativa?

Deve-se ao saber do professor JOSÉ FREDERICO MARQUES¹¹, tanto quanto me foi dado observar, o estudo pioneiro, na doutrina brasileira, da chamada denúncia alternativa. Destaque-se, também, em trabalho mais recente sobre o *thema*, o substancioso ensinamento de AFRANIO SILVA JARDIM¹², o mais completo de que tenho notícia. A denúncia alternativa pode dar-se em relação ao próprio fato criminoso diante de uma situação concreta que se apresente equívoca, a saber: o réu foi autor de um furto ou de uma receptação? Pode, ainda, a alternatividade dar-se em relação ao sujeito ativo (ou passivo) do crime. Pense-se na hipótese de dois indivíduos que se agridem mutuamente causando lesões corporais recíprocas e que sustentam ambos a excludente da ilicitude da legítima defesa. Aqui, a denúncia alternativa reveste aspecto subjetivo; no exemplo anterior, objetivo. Ofertando parecer, no já distante ano de 1986, em caso que se discutia a acusação alternativa, tive ocasião de salientar a possibilidade da mesma em face da adoção do princípio da obrigatoriedade da ação penal. Na hipótese, estava em jogo acusação alternativa subjetiva, uma vez que dois réus alegavam haver agido em legítima defesa em caso de lesões corporais recíprocas decorrentes de luta havida entre ambos. Sustentei, então, a validade da denúncia contra os dois denunciados para que se observasse o princípio da correlação entre a acusação e a sentença. Na ocasião, salientei, ainda, que, concluída a instrução criminal, caberia ao juiz absolver um dos réus com fulcro no art. 386, V, do CPP ou ambos pelo benefício da dúvida (art. 386, VI, do CPP). Disse mais que, na minha opinião, seria impossível ao Ministério Público fazer uma opção por um dos indiciados tomando um caminho ilegal e, mais do que isso, imoral. Por que um e não outro? Afirmei, por fim, que a instau-

¹¹ JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Elementos de Direito Processual Penal*, v. II, p. 154, Forense, Rio-São Paulo, 1961.

¹² AFRANIO SILVA JARDIM, *Direito Processual Penal – Estudos e Pareceres*, p. 93 e seguintes, Forense, Rio de Janeiro, 1987.

ração do processo seria a providência que mais atenderia aos interesses dos próprios indiciados, uma vez que o inquérito policial pode, a todo o tempo, ser reaberto (art. 18 do CPP e Súmula 524 do STF), ao passo que a absolvição deixaria em paz aquele que agiu legitimamente ou contra quem não se colheu prova suficiente para a condenação. Prestigiava, no caso concreto, o recurso do Ministério Público contra a decisão monocrática que rejeitara a denúncia posta nos termos aqui sustentados (Recurso Criminal nº 938/86, da 1ª Câmara Criminal do extinto TACRIMRJ). Por maioria de votos, no entanto, o recurso acabou desprovido, contra o voto do então Juiz Wilson Santiago Mesquita de Mello, que acolhia a pretensão ministerial nos termos do parecer da Procuradoria de Justiça.

Portanto, no meu entendimento, parece-me, perfeitamente, correta a posição do Promotor de Justiça que, na *causa petendi*, descreve uma situação jurídica de alternatividade nos termos aqui defendidos.

A denúncia deve, sempre que possível, ser vazada em termos substantivos, evitando ao máximo a agressão grosseira e desnecessária para com o acusado. É evidente que a própria conduta do imputado, muitas vezes, impedirá um tratamento sóbrio por parte da acusação, e a denúncia terá que descrevê-la sob pena de inépcia. Porém, o acusador deve ater-se, ao máximo, à descrição do tipo penal violado assim como às circunstâncias que cercaram o fato, evitando transbordamentos descaridosos para com o réu. Impõe-se lembrar: *reus res sacra*.

As circunstâncias agravantes dos arts. 61 e 62 do CP devem vir descritas na peça inicial?

A resposta simplista para a indagação encontraria fácil solução com a leitura do art. 385 do CPP. No dispositivo em questão está dito, às escâncaras, que o juiz pode reconhecer agravantes embora “nenhuma tenha sido alegada”. Porém, assim não entendo. Elas devem vir narradas para que o réu tenha pleno conhecimento de qualquer fato que possa refletir na sua eventual condenação, pois, não há negar, as agravantes genéricas irão refletir na aplicação da pena. Dessa maneira, para que a dialética processual possa desenvolver-se em toda a sua plenitude, realizando um **processo justo**, a narrativa do fato identificador da agravante deve constar da petição inicial. Da mesma forma, as atenuantes integrarão a descrição fática da denúncia, pois o Ministério Público está interessado na obtenção de uma prestação jurisdicional justa.

Aliás, tenho para mim que o art. 385 do CPP é de discutível constitucionalidade, na medida em que, se a denúncia não descreve os fatos que identificam a circunstância agravante, o réu se verá surpreendido com a aplicação de uma pena mais grave, sem sequer ter tido a oportunidade de discutir a circunstância que, sem dúvida, lhe trouxe gravame.

Basta examinar a relação das circunstâncias indicadas nos arts. 61 e 62 do CP para que se constate, com facilidade, como soa importante a sua narração na denúncia. Cumpre observar que elas *sempre* agravam a pena. O uso do advérbio *sempre* (art. 61 do CP) está a demonstrar que o juiz vê-se obrigado a agravar a pena, desde que se trate de crime doloso. Há discussão, como sabido, se as indicadas no inciso II ganham aplicação nos crimes culposos ou mesmo nos preterdolosos. Na dúvida, pois, impõe-se a narrativa de maneira a ensejar ao juiz e à defesa amplo conhecimento do fato.

Insta observar que não se pode confundir circunstância agravante com qualificadora. Esta, necessariamente, terá que estar narrada na exordial. Com efeito, a qualificadora dá nova qualidade ao tipo penal simples. Em outras palavras: cria um novo tipo penal, exigindo, assim, perfeita exposição na denúncia. Portanto, em relação às qualificadoras, o preceito indicado no art. 385 do CPP não pode ser invocado.

Além do fato principal, a denúncia terá que indicar, igualmente, todas as circunstâncias que cercam o evento central causador da persecução criminal. Fato principal é o fato típico. A denúncia sustenta-se nele. Circunstância, do latim *circumstantia*, representa algo que gira em torno do fato central, algo accidental que melhor esclarece a imputação, sem, no entanto, integrá-la. Torna-se claro que a falta de circunstância não invalida a denúncia, ainda que não venha a ser suprida nos termos do art. 569 do CPP. Trata-se, de resto, de mera omissão que pode ser colmada a todo o tempo, antes da prolação da sentença, evidentemente. Tal aspecto do problema não exige um acusador cuidadoso de tomar tenência no sentido de bem explanar a inicial, nela fazendo incluir todas as circunstâncias que cercam o caso concreto.

Para rematar, uma pergunta: será admitida a oferta de denúncia caso o ofendido não venha a ser identificado? Parece-me difícil que a hipótese possa configurar-se, embora não seja de todo impossível a existência de um caso concreto em que tal circunstância se verifique. Suponha-se, por exemplo, que alguém venha a ser preso em flagrante no momento em que cometia um

roubo. Há testemunhas. O ofendido, apavorado, foge em disparada, não mais sendo encontrado. O evento, assim ocorrendo, não impedirá a denúncia que deverá narrar o fato criminoso, indicando, apenas, como lesado, uma pessoa (homem ou mulher) e esclarecendo, do mesmo passo, as razões pelas quais ela não pode ser identificada.

7. A classificação da infração penal.

A exigência da classificação da infração penal é decorrência lógica do princípio da reserva legal (art. 1º do CP e 5º, XXXIX da CF).

Ao tempo da pluralidade das leis de processo não havia a exigência de que a denúncia indicasse a capitulação da infração penal. A generalidade dos códigos estaduais não aludia à necessidade da definição jurídico-penal do fato criminoso por parte do Ministério Público, quando da petição inicial¹³. É certo que, embora não houvesse a obrigação da indicação do dispositivo legal em que o réu estaria incurso, impunha-se, como essencial, a exposição do fato criminoso e de suas circunstâncias. A classificação do tipo penal violado ficava, exclusivamente, a cargo do juiz quando da prolação da sentença de mérito.

Na atualidade, tal não se dá. Nem mesmo o lacunoso art. 41 do CPP deixou de referir-se “à classificação do crime” (*rectius*, no momento, da infração penal).

E, do ponto de vista técnico, esta é a solução mais adequada, ao obrigar o acusador a fazer um juízo de valor a respeito do fato narrado. Não resta dúvida que se trata de uma classificação provisória, sujeita a corrigenda (*emendatio libelli*). Aliás, classificação definitiva o fato só receberá quando eventual decisão estiver ao abrigo da coisa julgada formal.

Daí, a regra contida no art. 383 do CPP, que consagra a parêmia *narra mihi factum dabo tibi jus*. Dessa maneira, a errônea qualificação jurídico-penal da infração penal por parte do acusador em nada comprometerá a inicial, desde que a *causa petendi* esteja em ordem. O essencial continua a ser a narração do fato com todas as suas circunstâncias.

E se a inicial não contiver a classificação jurídico-penal do fato?

Não dispomos, no campo do processo penal, de regra como a constante do art. 285 do CPC que permite ao juiz determinar ao autor a emenda ou a complementação da petição inicial, nem mesmo aquela outra ensejadora

¹³ No regime anterior, somente os códigos do Piauí (art. 9º, V) e do Paraná (art. 55, III) é que faziam a expressa menção da necessidade da indicação do artigo da lei penal em que se encontrava previsto o fato criminoso, *apud op. cit.*, in nº 6 dessas notas, pp. 422/423.

do aditamento do pedido, antes da citação do réu, por iniciativa do próprio autor. Em tal caso, no crime, não me parece absurdo, por invocação ao art. 3º do CPP, permitir-se ao juiz tal procedimento, muito embora, por força do art. 569 do CPP, a providência possa ser tomada até a sentença final.

De qualquer maneira, a omissão, ainda que não venha a ser suprida, não comprometerá o processo, desde que o fato encontre perfeita narrativa na denúncia.

No momento em que se examina a classificação da infração penal, impõe-se considerar que não basta a indicação do *nomen iuris* do crime, pois, às vezes, uma mesma designação pode indicar figuras penais diversas. É o caso, por exemplo, da calúnia prevista no Código Penal e do mesmo crime regulado na Lei de Imprensa. É cautela recomendada por TOURINHO com base em lição de TORNAGHI¹⁴.

Outro ponto a ser considerado em matéria de classificação da infração penal relaciona-se com a indicação de agravantes e/ou atenuantes que, eventualmente, possam acompanhar a classificação. É muito comum ver-se denúncia incorrendo em tal equívoco. Na verdade, quando o art. 41 do CPP alude à “classificação do crime”, está a referir-se a um tipo penal violado. Ora, as agravantes e/ou atenuantes genéricas não definem qualquer tipo penal, elas, apenas, irão influir na dosagem da pena pelo juiz (art. 68 do CP). O Ministério Público a elas deverá fazer referência quando das alegações finais, uma vez concluída a instrução criminal probatória. É importante não confundir a alusão que a elas deve ser feita na inicial por parte do acusador, como ressaltado acima (6, *supra*), com a sua inclusão na classificação jurídico-penal do fato.

Outra observação importante relacionada com a classificação da infração penal relaciona-se com as qualificadoras. Estas, *necessariamente*, deverão estar descritas na denúncia. Igualmente, irão compor a classificação jurídico-penal do fato. Porém, se a classificação a elas não aludir, tal omissão será de todo irrelevante, nada impedindo o juiz de reconhecê-las desde que, perfeitamente, indicadas no corpo da inicial de acusação.

É que, ao contrário das agravantes, a qualificadora define um tipo revestido de circunstâncias legais especiais acrescidas ao tipo penal básico. Neste, estão as elementares do tipo, ao passo que nelas (qualificadoras) são acrescidas qualidades especiais ao tipo originário.

¹⁴ FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, **Processo Penal**, v. I, p. 387, Editora Saraiva, 20ª edição, 1998.

Pode o juiz, ao receber a denúncia, operar, desde logo, a alteração da classificação penal do fato?

O Supremo, analisando a espécie, entendeu ser inadmissível a providência (Cf. *RT* 602/451), ao julgar feito originário da Justiça Militar¹⁵.

Do mesmo entendimento comunga o PROFESSOR WALBERTO FERNANDES DE LIMA, ilustre Promotor de Justiça-RJ, em minucioso estudo doutrinário publicado na **Revista do Ministério Público-RJ**^{15-A}.

O momento previsto na lei processual para a medida vem indicado no art. 383 do CPP, incumbindo ao Ministério Público, caso o juiz subverta a ordem processual, interpor recurso em sentido estrito contra tal decisão (art. 581, I, do CPP), pois, não há negar, que ela importa em rejeição parcial da acusação. Demais disso, a manifestação jurisdicional precipitada constituiria verdadeira atuação *ex officio* da parte do juiz quanto à propositura da ação penal, ao definir como a acusação deve ser formulada, violando, nesse passo, o sistema acusatório ao invadir atribuição privativa do Ministério Público (art. 129, I, da CF).

Certo ou errado, cabe ao Ministério Público, desde que presentes as condições da ação, propor a demanda como lhe aprouver. Juiz não tem que definir como a acusação deve ser apresentada; ao magistrado incumbe julgar a causa penal, dando, se for o caso, no momento adequado, a classificação jurídico-penal que a hipótese, no seu entendimento, merecer (art. 383 do CPP).

A sentença, ao revés, não dispensa “a indicação dos artigos de lei aplicados” (art. 381, IV, do CPP). Imagine-se, porém, que o juiz venha a omitir-se quanto à indicação do dispositivo penal violado. A jurisprudência está dividida, havendo julgados que entendem haver nulidade (*RT* 590/364 e 593/369) bem como outros que dão pela validade do *decisum* (*RT* 239/97, 272/69 e 640/282), incluindo-se o próprio Pretório Maior (*RTJ* 60/94)¹⁶.

Ao meu alvedrio, tudo irá depender do caso concreto. Explico-me: desde que a sentença, ao longo da fundamentação (art. 381, III, do CPP), deixe claro o que pretende, não vejo razão para que a nulidade seja declarada (art. 563 do CPP). Outra vez, se no próprio dispositivo (art. 381, V, do CPP) disser “julgo procedente o pedido”, estando na inicial indicado o

¹⁵ Jurisprudência do STF, *apud op. cit.*, in nº 4 dessas notas, p. 281.

^{15-a} WALBERTO FERNANDES DE LIMA, “*Emendatio libelli* no juízo de admissibilidade: é possível?” Seção de Jurisprudência Comentada in **Revista do Ministério Público/RJ**, nº 11, 2000, pp. 599/614.

¹⁶ Jurisprudência indicada, *apud op. cit.*, in nº 4 dessas notas, p. 254.

dispositivo de lei violado, instruído com perfeita narrativa do fato, inexistirá motivo para nulidade, mais uma vez por mera aplicação do princípio da instrumentalidade das formas.

O juiz, em tal caso, estará acolhendo os termos da inicial. De qualquer maneira, sempre restará à parte interessada a oportunidade de opor embargos de declaração (arts. 382 e 619 do CPP) buscando colmatar a omissão. Assim, evitar-se-á maior problema para o futuro, com discussões estéreis em prejuízo de uma solução justa. Este, no meu pensar, o melhor caminho a seguir.

Portanto, verifica-se um descompasso de tratamento no que respeita ao rigor de tratamento em relação à falta de indicação da classificação da infração penal quando da denúncia e quando da sentença, havendo maior liberalidade no trato do problema no que tange à exordial da acusação. Alvitramos algumas soluções para os dois casos.

8. O requerimento de citação do réu.

Em sua origem etimológica, a palavra citação é um substantivo, originário do particípio passado *citum*, do verbo *ciere*, que significa mover, por em movimento, indicando, também, chamar, convidar. É a lição de JOÃO MENDES, repetida por VICENTE DE AZEVEDO¹⁷. Ensina o último, em página inspirada¹⁸, que o postulado de direito *nemo inauditur damnari potest* traduz um princípio de direito natural e de direito divino. Nem mesmo Deus dispensou a citação, pois não condenou Adão sem chamá-lo a contas. Da mesma maneira, quando do primeiro homicídio de que se tem notícia, de acordo com a narração das Escrituras, o Todo Poderoso não infligiu pena a Caim sem antes ouvi-lo; chamou-o e indagou-lhe: Caim, que é feito de teu irmão Abel?

Dessa maneira, com os primeiros julgamentos narrados no Livro Sagrado dos cristãos deparamo-nos com as primeiras citações. Assim, desde antanho não se fazia dispensa da providência.

Citação, destarte, nada mais é que o chamamento do réu a juízo para ver-se processar e tomar conhecimento da acusação que contra ele é formulada, bem assim para acompanhar todos os atos da ação até a decisão final. A citação no processo penal, ao contrário do que ocorre no processo civil, dá-se uma só vez, vinculando o réu, definitivamente, à instância (art. 367,

¹⁷ VICENTE DE PAULO VICENTE DE AZEVEDO in *Curso de Direito Judiciário Penal*, v. 1º, p. 242, Edição Saraiva, São Paulo, 1958.

¹⁸ *Apud op. cit.*, in nº 17 destas notas, p. 242.

do CPP). Não há citação para a fase de execução. No processo civil, como sabemos, há dupla citação: uma para o processo de conhecimento e outra para o processo de execução, pois este faz nascer nova relação processual.

A citação, em sua natureza, revela um ato de comunicação processual; melhor dizendo: o mais importante de todos os atos de comunicação processual, surgindo como exigência inafastável do contraditório e do devido processo legal.

É certo que, no processo penal, existem outros atos de comunicação processual, como a intimação e a notificação, com finalidades distintas da citação. O Código destina um capítulo específico para as intimações (Capítulo II, do Título X, do Livro I), valendo notar que o Título X alude, somente, “às citações e intimações”. Nele não há referência expressa para as notificações, que, no entanto, se fazem presentes em alguns dispositivos do Código como ocorre, por exemplo, nos arts. 394 e 514. Nesta última hipótese, a notificação não dispensa a citação posterior do funcionário público (art. 517 do CPP), caso a resposta ofertada pelo notificado não leve o juiz a rejeitar a inicial (art. 516 do CPP).

Em tal caso, caberá ao Ministério Público quando do ofertamento da denúncia requerer somente a notificação do imputado, complementando a providência, quando do recebimento da denúncia, com o pedido de citação do acusado, caso o juiz, desde logo, ao desacolher os termos da resposta, não determine, de imediato, a citação do réu, tal como está a indicar o art. 517 do CPP (“Recebida a denúncia ou a queixa, *será* o acusado citado...”).

Há distinção teórica entre notificação e intimação; notifica-se *para*, intima-se *de*. Portanto, enquanto aquela destina-se ao futuro, esta volta-se para o passado. Nosso Código, como já ficou assinalado, dedica capítulo próprio somente para as intimações. Não obstante isto, trata da notificação em dispositivos insulados, mostrando que ela não é de todo estranha ao processo penal.

Posta a denúncia, e depositada em cartório em mão do escrivão, já está formada a relação processual linear, por força do simples exercício do direito de ação. É o lado ativo do processo, vinculando autor-juiz e juiz-autor. Mas somente com a citação do réu é que o lado passivo da relação processual ganhará existência. É por meio dela que o réu estará definitivamente vinculado à instância (art. 367 do CPP) e só então se poderá falar no processo como *actus trium personarum*.

Daí, a absoluta necessidade da citação do réu, seja ela *in faciem*, seja ela ficta. Vale a observação de que, em ocorrendo a *citatio edictalis*, na atualidade, vige a regra do art. 366 do CPP, desde que o réu não compareça nem constitua advogado.

Questão delicada é a que envolve a citação do doente mental. Desde que o fato chegue ao conhecimento do Ministério Público, deverá ele requerer ao juiz a nomeação de um curador para o denunciado (art. 149, § 2º do CPP) e, uma vez comprovada a insanidade mental, só restará ao Ministério Público postular no sentido de que a *vocatio in iudicio* se efetive na pessoa de curador nomeado. No curso do processo que se seguir, caberá ao juiz dar ao laudo o valor que entender cabível, tudo nos termos do art. 182 do CPP, que, como sabemos, adotou o chamado princípio liberatório, decorrência lógica do sistema da livre convicção motivada consagrado em nosso direito processual penal (art. 157 do CPP), pelo qual *judex est peritus peritorum*. O que não se poderia fazer, por falta de sentido, seria promover a citação pessoal do insano mental. Soaria a despautério.

Releva observar que a lei não estabeleceu norma específica para citação do réu menor. Tornou-se, nesse passo, contraditória, tendo em conta que, no decorrer do processo, exige a presença de curador *ad hoc* quando do interrogatório (art. 194 do CPP). Assim, ao requerer a citação do acusado menor, o Ministério Público, por ocasião da denúncia, não precisará ter maiores cuidados. Não me parece que o caminho trilhado pelo legislador tenha sido o melhor. Guardaria maior coerência a lei processual, caso determinasse a citação do menor e a notificação do representante legal para assisti-lo naquele ato, expedindo-se, para tal fim, dois mandados. Dada a relevância, para o processo, da citação, o legislador deveria cercá-la dos mesmos cuidados utilizados no curso do processo.

Impõe-se o registro de que, perante o Juizado Especial Criminal, a citação do autor do fato será sempre pessoal e far-se-á no próprio Juizado, sempre que possível, ou por mandado (art. 66 da Lei 9.099, de 26.9.95). Caso não seja possível a citação pessoal, caberá ao juiz encaminhar as peças de informação ao Juízo comum. É como reza o parágrafo único do art. 66 da Lei dos Juizados Especiais Criminais, onde, então, será possível efetivar-se a citação por edital.

Não haverá devido processo legal (art. 5º, LIV da CF) sem a citação válida do réu para vir integrar a relação processual (art. 564, III, e, primeira parte, do CPP). Por mera observância do princípio da instrumentalidade

das formas, tantas vezes exaltado no decorrer do presente estudo, há que ressaltar-se a regra insculpida no art. 570 do CPP, desde que a finalidade do ato tenha sido alcançada, ainda que de forma pouco ortodoxa. A falta, assim, estará sanada com o comparecimento do réu, facultando-se, sempre, ao juiz adiar o ato quando vislumbrar que a irregularidade poderá trazer prejuízo para o imputado.

A citação, no processo penal, apresenta uma particularidade: o réu, no ato da citação, é, também, convocado para ser interrogado (art. 394 c/c 352, VI do CPP), ocasião em que exercerá, se assim o desejar, a autodefesa ou defesa material, podendo, também, optar pelo silêncio (art. 5º, LXIII da CF) sem que tal atitude possa ser interpretada em prejuízo da própria defesa. Não tem lugar a advertência a que alude a parte final do art. 186 do CPP, não recepcionada, no meu entendimento, a partir da nova ordem constitucional.

Merece especial cuidado a chamada “citação por requisição” do réu preso (art. 360 do CPP). Penso que a regra do art. 360 do CPP deve ser interpretada da forma que se segue: a requisição deve ser dirigida ao Diretor da Penitenciária para que apresente o preso em Juízo na data apazada. A providência, no caso, resulta óbvia, pois o preso não dispõe de liberdade de locomoção. Porém, ela não exige o Juízo de mandar citar o réu por mandado de maneira que ele, como de resto qualquer acusado, tome ciência da acusação com a necessária antecedência, podendo, dessa forma, preparar sua defesa, tal como exige a Lei Maior (art. 5º, LV). No Rio de Janeiro há Defensores Públicos designados para dar assistência aos presos na penitenciária e que bem poderão orientar sua clientela, nada impedindo que o próprio preso, em tempo hábil, possa aconselhar-se com advogado de sua confiança.

Não se concebe, por sinal, que o mandado de citação no processo penal não exija, expressamente, como um dos seus requisitos essenciais, a integral cópia da petição inicial. No processo civil, onde não está em jogo a liberdade ambulatoria, há texto expresso exigindo aquela peça básica (art. 255, II, c/c 282, III do CPC). Bastaria acrescer ao art. 352, V do CPP a seguinte indicação: “o fim para que é feita a citação”, contendo o inteiro teor da denúncia ou da queixa.

Uma observação final a respeito da citação ficta a que se refere o art. 362 do CPP. Trata o dispositivo da citação por edital quando o réu se oculta para não ser citado. Entendo que, em tal hipótese, não encontra incidência

a regra do art. 366 do CPP. Com efeito, esse último dispositivo tem por finalidade evitar o comprometimento do direito à informação, daí advindo uma séria de conseqüências que poderiam afetar a defesa do imputado (art. 5º LV da CF). Porém, advirta-se, no caso de ocultação, o réu, uma vez certificado nos autos que ele usa de expediente para evitar a citação pessoal, criando toda a sorte de empecilhos para que ela não se realize, não se justifica a suspensão do processo.

A regra do art. 366 do CPP, repita-se, tem por escopo assegurar ao réu o direito de informação, como é da essência dos atos de comunicação processual. Ora, se ele, réu, encontra-se informado e tanto está que, ocultando-se, busca frustrar a citação *in faciem*, não se justifica venha a gozar os benefícios da lei. O direito processual não existe para consagrar a alicantina. Demais disso, é princípio assente, não somente do direito processual mas informador de qualquer ramo do direito, segundo o qual ninguém pode tirar vantagem da sua própria torpeza.

Estes, no meu sentir, alguns cuidados básicos que se justificam em matéria de citação, por parte do órgão do Ministério Público, interessado sempre na realização de um processo justo.

9. O pedido de condenação ou de pronúncia.

No processo penal condenatório, o *petitum* reveste caráter genérico. Ao formular o pedido de condenação, com a conseqüente imposição de sanção, o Ministério Público não especifica a quantidade de pena que pretende ver aplicada ao imputado. Diga-se o mesmo em relação à natureza ou qualidade da sanção penal pretendida, no caso de alternatividade. Decerto não fica ele eximido de, concluída a instrução criminal probatória, na fase de alegações finais, indicar a sanção penal desejada, caso ele ainda persiga a condenação do réu, postura que lhe dará interesse para recorrer, ainda que não venha a sucumbir. Será este o momento adequado para a graduação da pena, dando especificidade ao pedido genérico constante da acusação. Aliás, somente após a conclusão da instrução criminal probatória é que se poderá chegar a uma visão precisa a respeito do *quantum debeatur* penal. Naquele momento, é que será possível atingir um conhecimento completo sobre o fato criminoso, dando a ele perfeita qualificação jurídico-penal.

Anote-se que o juiz está vinculado à *causa petendi* para poder decidir a respeito da acusação. É evidente que tal não se dá em relação ao pedido (art. 385 do CPP). Se o fato criminoso está narrado, o juiz pode, na forma

do art. 383 do CPP, dar ao mesmo nova definição jurídica ainda que tenha de aplicar pena mais grave.

No processo civil, o pedido deve ser certo e determinado (art. 286 do CPC), embora seja lícito ao autor formular pedido genérico em situações processuais revestidas de certa peculiaridade (art. 286, I a III do CPC), ao contrário do que se dá no processo penal em que o *petitum* apresenta-se, sempre, genérico.

A acusação do Ministério Público está, assim, fundada na imputação. É com base nela que o acusador formula o pedido genérico de condenação criminal¹⁹.

Nos crimes da competência do Tribunal do Júri, o Ministério Público não pode pedir a condenação do réu quando do oferecimento de denúncia, pela simples razão de que o pedido seria juridicamente impossível, tendo em conta que o juiz de direito não dispõe de jurisdição para tanto e a inicial, como é óbvio, a ele é dirigida. No caso, caberá ao acusador público postular, tão somente, a pronúncia do imputado. Quando da gestão do Procurador-Geral de Justiça, RAPHAEL CIRIGLIANO FILHO, formulamos tal sugestão objetivando aprimorar os formulários de denúncia na comissão formada com aquela finalidade²⁰.

Na verdade, o pedido de condenação do réu só poderá vir a ser apresentado por ocasião do libelo, pois somente o juiz natural do feito, no caso o Conselho de Sentença, poderá apreciá-lo.

Assim, no Júri, há uma dicotomia de atos acusatórios: em um primeiro momento, quando da denúncia, o Ministério Público pedirá ao juiz de direito a mera pronúncia do imputado; em uma segunda etapa, dirigindo-se, agora, ao Júri, postulará, se for o caso, a condenação do réu.

Averbe-se, por fim, que, no processo penal, inexistente ação penal quanto à pretensão, tal como ocorre na ação civil. Não se pode falar, no crime, numa ação de furto, de roubo ou de homicídio, tal como ocorre no cível, em que há

¹⁹ Reina em sede doutrinária certa perplexidade a respeito dos aludidos termos processuais. Para SANSÓ, imputação e acusação têm o mesmo significado. PEREIRA E SOUSA (**Primeiras Linhas sobre o Processo Criminal**, § 95) e FREDERICO MARQUES dão ao tema tratamento mais preciso, fazendo perfeita distinção entre os dois vocábulos (*apud op. cit.*, in nº 11 destas notas, p. 159).

²⁰ Integravam a Comissão criada no objetivo de rever e aprimorar os formulários de denúncia, na sua parte fixa, os Procuradores de Justiça FERDINANDO DE VASCONCELLOS PEIXOTO, HORTÊNCIO CATUNDA DE MEDEIROS e o Promotor de Justiça SERGIO DEMORO HAMILTON.

incontável número de ações (despejo, consignação em pagamento, alimentos *etc.*). Veja-se, a propósito, a lição sempre proveitosa de TOURINHO^{20-A}.

10. As provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos.

O atual art. 41 do CPP não poderia ter sido mais parcimonioso ao versar sobre as provas ao registrar que, “quando necessário”, a denúncia (ou a queixa) deverá conter o rol de testemunhas. Ora, a testemunha é mera espécie do gênero “provas”. Constitui, apenas, uma das modalidades de provas contempladas no Código de Processo Penal. Nem mesmo ocupa todo o campo destinado à prova oral.

Portanto, com a inicial, o autor indicará *todas* as provas que pretende produzir, solicitando ao juiz sua admissão, pena de preclusão, caso não o faça. Abra-se exceção para a prova documental que pode, a todo o tempo, ser trazida para os autos (arts. 231 e 400 do CPP).

Aqui se torna imperativo tecer algumas considerações. O prazo para requerer a produção de provas pode ser reaberto para a própria parte na fase de diligências (art. 499 do CPP), desde que tal se imponha em razão “de circunstâncias ou de fatos apurados na instrução”. Torna-se evidente que se o dado probatório pretendido decorrer de fato ou circunstância superveniente, não se poderá falar em preclusão temporal para a parte.

Decerto que tais observações encontram cabida somente em relação às partes, pois, como de conhecimento vulgar, o juiz não está sujeito a preclusões, podendo, mesmo na fase de sentença, converter o julgamento em diligência objetivando suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade (art. 502 e parágrafo único do CPP). Observe-se, mais uma vez, que a lei disse menos do que pretendeu, ao aludir somente ao novo interrogatório do réu ou à inquirição de testemunhas e do ofendido (art. 502 parágrafo único do CPP). Na realidade, o juiz poderá mandar produzir *qualquer prova* que entenda necessária (ou mesmo conveniente) na busca da verdade real. Aliás, a parte final do parágrafo único do art. 502 do CPP deixa entrever que o juiz só haveria de assim proceder, na parte referente à prova oral, caso não houvesse presidido aqueles atos na instrução criminal. Aqui, ao revés, a lei disse mais do que pretendeu, pois, como sabido, nosso processo penal não adotou o princípio da identidade física do juiz. Tenha ou não presidido a colheita da prova oral, o juiz poderá renová-la caso entenda cabível a providência.

É certo que não comungo da orientação que outorga ao juiz poderes investigatórios *pro societate*, tal como consagrado em nossa legislação processual penal. Entendo, mesmo, que a lei, nesse passo, não se viu recepcionada pela Constituição Federal de 1988, por violar, frontalmente, o sistema acusatório²¹. Ressalte-se que este último *thema*, no dia-a-dia do foro, não tem merecido atenção, mínima que seja.

Vale acentuar, ainda, que, em relação às testemunhas arroladas pelo Ministério Público, deverá ser observado um número legal máximo, que varia em função do procedimento a ser seguido: No processo comum serão inquiridas no máximo oito testemunhas para cada parte. Nesse número não se compreendem as que não prestaram compromisso nem as referidas (art. 398 e parágrafo único do CPP c/c 203, 208 e 209, § 1º do CPP). No processo sumário, tal número máximo decresce para 5 (art. 539 do CPP), ao passo que, nas contravenções, o número cai para 3 (art. 533 do CPP), computando-se em tais casos, também para efeito de contagem, somente as chamadas testemunhas numerárias ou compromissadas (art. 203 do CPP). Porém, há exceções. Mesmo no caso de a infração penal ser apenada com detenção, o número legal máximo, às vezes, pode estender-se para 8 (arts. 512, 518, 519 e 524 do CPP). Por seu turno, a Lei de Tóxicos prevê para crimes apenados com reclusão apenas 5 testemunhas (art. 22 da Lei 6.368/76).

Portanto, nem sempre a gravidade da infração penal ditará a limitação máxima para a prova testemunhal, embora a regra geral decorra daquela circunstância.

Em se tratando de testemunhas não compromissadas (art. 208 do CPP), ditas informantes, assim como no que respeita ao ofendido (art. 201 do CPP), não haverá qualquer limitação numérica, cabendo ao juiz cercar eventual abuso da parte na produção daquelas duas modalidades de prova oral, caso vislumbre má-fé por parte do litigante.

Vale o apontamento de que a Lei 9.099/95 é omissa quanto ao número de testemunhas que as partes podem arrolar. De acordo com o espírito da lei em questão, que se assenta nos princípios da celeridade e da economia processual, é de bom alvitre seguir a lição de DAMÁSIO, ao invocar a analogia

^{20-A} *Apud op. cit.*, in nº 14 destas notas, p. 331.

²¹ O eventual leitor, acaso interessado no estudo do assunto, poderá consultar meu estudo “A ortodoxia do sistema acusatório no processo penal brasileiro: uma falácia”, in *Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal*, nº 8, jun-jul/2001, p. 49 e seguintes.

ao artigo 34 da mesma lei em matéria cível, limitando à parte arrolar até 3 testemunhas^{21-A}.

Para o Ministério Público, torna-se importante emprestar relevo à decisão do Pretório Excelso por ocasião do julgamento do RHC 65.673 (DJU de 11.3.88, p. 4742), onde ficou assinalado que a base para o arrolamento de testemunhas decorre, unicamente, da **causa petendi** respectiva. Em outras palavras: para *cada fato*, o Ministério Público poderá arrolar o número legal cabível na espécie. Tome-se o exemplo: se a acusação descreve dois fatos, em se tratando de procedimento comum, o limite será de 8 testemunhas compromissadas para cada um deles²².

Ainda uma palavra final a respeito da prova oral: ela pode ser indicada em outro momento processual que não o da denúncia. Tal pode ocorrer quando do libelo (art. 417 § 2º do CPP), nos casos de competência do Júri.

11. O local e a data da denúncia ou queixa.

A matéria toca de perto com o lugar e o tempo em que os atos processuais devem ser praticados²³. A indicação do local situa a petição inicial no espaço, ao passo que a data situa a denúncia no tempo. Depositada a exordial de acusação em cartório, daí pode advir uma série de conseqüências práticas. Alinho, à guisa de exemplo, duas: a representação, se for o caso, torna-se irretratável (art. 25 do CPP) e impede-se a propositura de queixa subsidiária (art. 29 do CPP), ainda que excedido o prazo legal pelo *Parquet*, desde que, antes da denúncia, a queixa substitutiva não haja sido ajuizada pelo particular legitimado para agir. Além do mais, a demora do órgão de acusação para propor a ação pode acarretar-lhe sanções (art. 801 do CPP). Portanto, a data do ato está ligada ao instituto do prazo. Daí sua relevância.

No que respeita ao lugar, nem sempre ele guardará compasso com a sede do fato descrito na denúncia. Veja-se, por exemplo, o caso de um Promotor de Justiça do Rio de Janeiro que venha a praticar um crime em São Paulo; na hipótese, a **causa petendi** deverá referir-se a São Paulo como

^{21-A} *Apud op. cit.*, in nº 27 destas notas, p. 80

²² Em estudo intitulado “A Disciplina Legislativa da Prova Penal”, tive a ocasião de examinar o tratamento deferido pelo nosso CPP em relação à prova. A matéria pode ser encontrada em **Temas Atuais em Direito e Processo Penal**, p. 163 e seguintes, Editora de Direito, 2001, São Paulo.

²³ Para um exame da forma, do lugar e do tempo dos atos processuais, embora analisados por ângulo diverso daquele objeto do presente estudo, veja-se, por todos, EUGÊNIO FLORIAN, **Princípios de Direito Processual**, 2ª edição, 1932, *apud op. cit.* in nº 17 dessas notas, p. 236 e seguintes.

sendo o *locus delicti*, mas, como a denúncia será ofertada no Rio de Janeiro, em razão da prerrogativa de função do acusado, o local que constará ao pé da inicial será o do Rio de Janeiro.

12. A assinatura e a identificação do órgão do Ministério Público dotado de atribuição para oficiar no feito criminal.

Chega-se, por fim, à parte autenticativa da denúncia. A assinatura é o sopro de vida da inicial. Sem ela, a petição será um ato inexistente. No campo da pura técnica não há outra solução. Porém, a jurisprudência, ao meu pensar com inteiro acerto, tem manifestado entendimento no sentido de que, não havendo dúvida a respeito da autenticidade da peça acusatória, inexistente motivo para que se declare a nulidade do processo. Vejam-se os julgados do Pretório Maior (RECrIm 77.915, **DJU** 17.6.74, p. 4159) e do STJ (RHC 3651, 5ª Turma, **DJU** 1º.8.94, p. 18663)²⁴.

Parece-me, porém, que a providência objetivando validar a denúncia oferecida naquelas circunstâncias deve cercar-se de certos cuidados. Entendo que os autos devem voltar ao Promotor de Justiça para que ele aponha sua assinatura na petição inicial, ratificando, por cota nos autos, a providência tomada.

Quid juris se o Promotor de Justiça não mais estiver em exercício no juízo? Não me parece haja qualquer dificuldade para a solução do impasse criado, resolvendo-se a questão mediante providências encetadas entre o promotor em exercício e o autor da denúncia, tudo com pleno conhecimento do juiz da causa, ficando, nos autos, documentadas todas as diligências efetivadas com o fito de suprir a omissão e preservar a acusação.

Sob a assinatura constará a identificação do órgão de atuação do Ministério Público, contendo o nome e a indicação do cargo (Promotor de Justiça e, em certos casos de atribuição privativa, do próprio Procurador-Geral de Justiça).

Quando a inicial deva estar firmada por determinado Promotor de Justiça, como ocorre no processo penal falimentar, a função específica terá, também, que ser declinada. Explico-me: no procedimento especial dos crimes falimentares, a ação penal será intentada pelo órgão do Ministério Público que exercer a Curadoria da Massa Falida (art. 504, do CPP). Aliás, por expressa disposição legal, o Curador de Massas Falidas deverá funcionar em todo o decorrer do processo (art. 504, do CPP).

²⁴ Jurisprudência do STF e do STJ extraída *apud op. cit in* nº 4 dessas notas, p. 42.

Qual membro do Ministério Público pode officiar em determinado feito criminal?

Somente o Promotor de Justiça dotado de atribuição para tanto. Reveste atribuição para officiar no processo criminal o membro do *Parquet* lotado ou designado pela Chefia do Ministério Público para tal finalidade, *nos limites traçados pela lei*, valendo notar que os membros da Instituição gozam da garantia constitucional de inamovibilidade (art. 128, § 5º, I, **b**, da CF). Cumpre observar que eles somente poderão ser afastados por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado (Conselho Superior do Ministério Público) por voto de dois terços de seus membros, assegurada ampla defesa (art. 15, VIII, da Lei 8.625, de 12.2.93 – LONMP)^{24-A}. Por outro lado, diante de caso concreto, o afastamento se dará em consonância com os arts. 252, 253 e 254 c/c 258 do CPP, nas hipóteses de impedimento ou suspeição.

Pode a denúncia ser assinada por estagiário do Ministério Público?

A petição inicial firmada por estagiário do *Parquet*, ainda que concursado, não pode merecer admissão, tendo em conta que as funções do Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, por expressa disposição constitucional (art. 129, § 2º da CF).

O Pretório Excelso, chamado a pronunciar-se sobre o tema, *antes* da vigência da atual Constituição Federal, manifestou-se pela validade da peça acusatória, desde que dela constasse, igualmente, a assinatura do Promotor de Justiça²⁵.

Na verdade, mesmo na atualidade, desde que a denúncia venha firmada pelo Promotor de Justiça, não me parece haja motivo para invalidá-la, embora dela também conste a assinatura de estagiário.

Outra novidade, com que me deparei mais recentemente no exercício da Procuradoria de Justiça, e que suscitou controvérsias no Tribunal de Justiça/RJ, consiste na denúncia assinada por dois Promotores. A defesa, por várias vezes, argüiu a nulidade da inicial em razão daquela circunstância. Não vejo motivo sério para a impugnação, desde que ambos (ou pelo menos um deles!) sejam dotados de atribuição. O Superior Tribunal de Justiça, ao

^{24-A} Para um exame completo da origem do conceito de “Promotor Legal”, veja-se, por todos, ROGÉRIO LAURI TUCCI in **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**, p. 146 e seguintes, Editora Saraiva, São Paulo, 1993.

²⁵ Jurisprudência coletada do STF, in HC 64701, 2ª Turma, em 28.4.87, DJU 22.5.87, p. 9755, *apud op. cit.* in nº 4 destas notas, p. 42.

discutir o tema, da mesma forma, considerou válida a denúncia subscrita por dois Promotores de Justiça²⁶.

13. O requerimento de suspensão condicional do processo.

A Lei 9.099/95, entre outras inovações, criou um instituto de despenalização, conhecido como suspensão condicional do processo ou *sursis* processual.

Pois bem: desde que satisfeitas os requisitos objetivos e subjetivos estabelecidos no art. 89 da Lei 9.099/95, o Ministério Público, juntamente com o oferecimento da denúncia, poderá propor a suspensão do processo por dois a quatro anos. Dessa forma, em 181 crimes previstos somente no Código Penal²⁷, quando da oferta da inicial, o Ministério Público, se for o caso, proporá a suspensão condicional do processo. Em caso contrário, deverá fundamentar a negativa. A doutrina, em sua maior parte, tem considerado a suspensão provisória um direito do acusado, não configurando sua oferta mera faculdade do Ministério Público (apesar do “poderá” constante do art. 89). Porém, casos ocorrerão em que a proposta de suspensão do processo não haverá, desde logo, de ser apresentada pelo Ministério Público. Tal se dá quando o processo não se encontra suficientemente instruído, não ensejando ao Promotor saber se o denunciado atende aos requisitos subjetivos do art. 89. Assim, pode ocorrer que, em razão da pena mínima abstrata não superior a um ano, o denunciado faça jús ao *sursis* processual, mas que não haja prova nos autos de que o acusado não está sendo processado por outro crime, de que não tenha sido condenado em razão de outro crime ou, ainda, que não estejam presentes outras condições do *sursis* processual indicadas no art. 77 do CP.

Dependendo, evidentemente, de cada caso concreto, o Ministério Público não estará obrigado à proposta, pois, como é notório, os inquéritos costumam chegar a juízo precariamente instruídos, embora aptos para o oferecimento da denúncia. Em tal hipótese, parece-me que o Ministério Público se verá no direito de exigir o atendimento das diligências que entender cabíveis, condicionando o seu cumprimento à formulação ou não da proposta de suspensão. Para tanto, basta auscultar o art. 399 do CPP.

²⁶ Jurisprudência coletada do STJ, in RHC 1465, 5ª Turma, DJU, 16.3.92, p. 3103, *apud op. cit.* in nº 04 destas notas, p. 42.

²⁷ Relação das infrações penais descritas no Código Penal que admitem a suspensão condicional do processo em razão do mínimo da pena abstratamente cominada, extraída da **Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada**, DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS, pp. 94 a 100, Editora Saraiva, 1995.

O direito subjetivo à suspensão do processo, como todo o direito, não reveste caráter absoluto, e somente se fará presente se e quando o denunciado satisfizer *todos* os ditames do art. 89 da Lei 9.099/95.

É muito comum que a denúncia seja acompanhada de requerimento no sentido da juntada da folha de antecedentes criminais (FAC) com vistas à proposta de suspensão. Nada mais certo.

Assinale-se, por oportuno, que o grande interessado na produção de tal prova é o próprio denunciado, cabendo também a ele o ônus de provar que não está sendo processado por outro crime ou de que não tenha sido condenado em razão de outro crime. Não se pode exigir do acusador a produção de uma prova negativa. Isto não o exime de, igualmente, empenhar-se na busca da informação, pois, repita-se até a náusea, ao Ministério Público só interessa a realização de um processo justo.

A providência requerida pelo Ministério Público em tais circunstâncias nada tem a ver com a presunção de inocência do réu (que vale até a fase da condenação) mas sim com o devido processo legal, perfeitamente instruído, de maneira a propiciar provimentos jurisdicionais justos.

Nem se alegue, em prol da argumentação contrária, a presença da regra constante do art. 47 do CPP, que daria ao Ministério Público o poder de *requisitar diretamente* a documentação faltante. Sabe-se que o aludido dispositivo sempre foi letra morta por falta de infra-estrutura do *Parquet* que, ainda, não dispõe de secretaria própria para tal fim e, mesmo que tal se desse, não teria sentido deixar de oferecer denúncia enquanto aqueles documentos não fossem fornecidos, pois eles não assumem o caráter de condição da ação, seja ela genérica, seja ela específica. O interesse na perfeita instrução do feito, antes de tudo, é do Estado, *y compris* o Estado-juiz. Daí o cuidado do legislador, ao dispor, de forma sábia, a regra do art. 399 do CPP.

14. A denúncia oral.

A regra geral é a de que a denúncia, como petição inicial da ação penal pública, seja escrita. Porém, com o advento da Lei 9.099/95, criou-se uma nova modalidade de exordial: a denúncia oral (art. 77, *caput*, e § 3º).

Na fúria incontida de imprimir velocidade ao processo, própria da Lei 9.099/95, admitiu-se que uma peça da relevância de uma inicial de acusação pudesse ser ofertada oralmente. Ela terá como suporte fático o termo circunstanciado (art. 69 da Lei 9.099/95) e, uma vez oferecida, o procedimento seguirá o *iter* previsto no art. 78 e seguintes da Lei dos Juizados Especiais

Criminais. É evidente que o legislador, sentindo a precariedade da denúncia oral, manda que ela seja reduzida a termo (art. 78). Ora, reduzir a termo significa pôr por escrito o que foi dito oralmente. Isto quer dizer que a denúncia oral, no regime da Lei 9.099/95, é ... escrita. Cópia dela é entregue ao acusado que, com ela, ficará citado (art. 78). O grave problema para o Ministério Público consiste nas limitações que o termo circunstanciado pode apresentar, sob o aspecto redacional, como base probatória para a acusação, obrigando, muitas vezes, o Promotor de Justiça a fazer verdadeiros malabarismos para poder ofertá-la.

15. O sujeito passivo da relação processual.

Sabe-se que, na fase do inquérito policial, a pessoa que a ele responde merece a designação de indiciado. É assim que a denomina a própria lei (art. 6º, V, do CPP). Em outras peças de informação que possam servir de base para a acusação, a nomenclatura pode, igualmente, merecer adoção, muito embora o Código tenha usado o termo quando voltado, de forma especial, para o inquérito policial (Livro I, Título II). Porém, como as duas situações guardam relação com a fase pré-processual, não haverá inconveniência no uso do vocábulo em ambos os casos. No fim de contas, o indiciado nada mais é que uma pessoa apontada como portadora de indícios da prática de uma infração penal.

No processos de competência do JECRIM, alude-se, nesta fase, ao “autor do fato” (art. 69 da Lei 9.099/95).

Durante o processo reina grande balbúrdia terminológica quando se trata de emprestar nome para o sujeito passivo da demanda.

Em boa técnica, aquele que responde a uma ação penal (ou civil) chama-se réu. A clássica definição de BULGARO, datada da segunda metade do século XII, ainda permanece válida, podendo ser resumida na conhecida fórmula *iudicium est actus trium personarum: actoris, rei, iudicis*^{28/29}.

Assim, o réu, às vezes, é indicado como denunciado, outras tantas por acusado, havendo, mesmo, na doutrina, referência à palavra imputado

²⁸ ROMANO DI-FALCO, “Corso”, p. 173, *apud A Relação Processual Penal*, HÉLIO TORNAGHI, p. 188, Livraria Jacinto, Editor a Noite, Rio de Janeiro.

²⁹ O texto completo de BULGARO a respeito da “mais completa definição de processo”, na opinião de TORNAGHI, pode ser encontrado em FERRARA, *La Nozione dei rapporti processuale*, p. 3: “*iudicium accipitur actus ad minus trium personarum: actoris intendente, rei intentionem evitandis, iudicis in medio cognoscentis*”, *apud op. cit. in nº 28*.

[do latim *imputatio* (substantivo) e *imputare* (verbo), significando a inculpação de alguém^{29-A}.

Não há razão para grandes tormentos em relação ao tema, podendo aquelas designações ser admitidas, embora, repita-se, aquele contra quem é intentada uma ação penal, para usar técnica mais adequada, chama-se réu.

No campo da ação privada, adota-se a palavra querelante para indicar a pessoa legitimada a intentá-la e querelado aquela contra quem a ação é movida.

Igual designação esposou a lei processual penal ao versar sobre a queixa subsidiária (art. 29 do CPP). Aqui, como já tivemos a oportunidade de salientar em outra ocasião, a ação penal é pública, parecendo-me equívoca a maneira com que o tema vem sendo tratado por boa parte da doutrina, ao classificar a ação privada subsidiária da pública como se fora uma ação privada³⁰.

O sujeito passivo do processo recebe a designação de querelado quer na ação de iniciativa privada, quer na queixa subsidiária, embora o art. 29 do CPP faça referência expressa somente ao querelante. São velharias que devem ser escoimadas do processo mas que sobrevivem, muitas delas com respaldo na própria lei.

16. Re-ratificação e aditamento da denúncia.

A denúncia omissa pode ser re-ratificada ou aditada. A chamada re-ratificação da inicial, muito comum no dia-a-dia do foro, na realidade não está prevista em lei. Ela é muito usada, por exemplo, quando um processo vem remetido de um juízo para outro. Neste último, o Promotor de Justiça dotado de atribuição ratificará ou re-ratificará a inicial ofertada no juízo incompetente, pois só ele detém atribuição para tanto, não se vinculando, necessariamente, à *opinio delicti* externada por seu colega (Promotor ou Procurador da República). Cabe, igualmente, ao juiz da causa receber a inicial re-ratificada, pois, também ele, não se prenderá à manifestação jurisdicional do magistrado havido por incompetente. Após, ensejará vista ao réu para que se pronuncie sobre a re-ratificação da inicial. A questão, ventilada aqui em termos bem singelos, comporta algumas nuances e nem sempre se resolverá da forma simplista acima versada, pois bem pode ocorrer que, em

^{29-A} AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**, p. 750.

³⁰ O assunto viu-se versado com maior vagar em meu estudo “A Queixa Subsidiária – Questões Controversas”, in **Revista da AJUFE (Associação dos Juizes Federais)**, nº 62, 1999, p. 91 e seguintes.

razão de decisão de um conflito de competência ou de jurisdição, tanto o Ministério Público como o juiz estejam vinculados à decisão emanada de instância superior.

Já o aditamento é tratado no CPP, quer quando se ocupa da ação privada (arts. 45, 46 § 2º e 48 do CPP), quer no momento em que versa a respeito da queixa subsidiária (art. 29 do CPP). No título da sentença (XII do Livro I) volta o legislador a ocupar-se do aditamento (art. 384, parágrafo único, do CPP). Não será aqui a sede indicada para tecer crítica ao infeliz, incompleto e pouco técnico tratamento que o tema encontrou em nossa lei processual³¹.

Aditar significa acrescer, somar, pôr a mais.

A primeira forma de aditamento destina-se a suprir omissões da inicial (art. 569 do CPP). Aqui não se trata da inclusão de fato novo capaz de modificar a *causa petendi*. Igualmente em tal modalidade de aditamento não se tem em vista acrescentar um novo réu. Na realidade, a providência reveste a finalidade de aperfeiçoar a inicial incompleta. Abrange, apenas, formalidades secundárias ou incorreções que podem e devem ser supridas até a sentença. De qualquer maneira, complementada a inicial, o juiz deverá receber o aditamento, ensejando, igualmente, que, sobre ele, se pronuncie o acusado. Embora omissa, a primitiva inicial não podia ser havida como inepta, pois não eivada de nulidade. Sofria de imperfeição, que se corrige com o aditamento. No foro fala-se em re-ratificação da denúncia em tal hipótese.

Porém, o aditamento pode envolver questão relevante, alterando a própria imputação. É o chamado aditamento objetivo. Suponha-se que a denúncia descreva um furto simples quando, na realidade, a infração penal estampada nos autos revela a ocorrência de um crime qualificado. Pense-se, ainda, na inclusão de um co-réu de quem não cogitara a exordial de acusação. Aqui se dará o aditamento subjetivo³².

Nas duas últimas situações processuais, o aditamento, igualmente, terá que ser recebido pelo juiz da causa, impondo-se, ainda, a citação bem como o interrogatório do réu.

³¹ O eventual interessado encontrará exame detalhado da matéria em diversos artigos de doutrina em que me ocupei do assunto. Podem ser consultados, entre outros: “Revisitando o aditamento à queixa” in *Revista de Direito da Defensoria Pública-RJ* n° 15, 1999, p. 246 e seguintes e “A presença do Ministério Público na Ação Penal Privada”, in *Justitia*, órgão do Ministério Público de São Paulo, n° 101, 1978, p. 31 e seguintes.

³² O tema encontra-se versado com maiores cuidados em meu estudo referido in n° 30 destas notas.

Da mesma forma, poderá o acusado, caso assim deseje, produzir prova no objetivo de ilidir a nova acusação decorrente do aditamento.

A lei não previu recurso específico para a decisão que rejeita o aditamento no todo ou em parte. Entendo, porém, que o recurso cabível será o do art. 593, II do CPP, uma vez que não se concebe que uma manifestação jurisdicional de tal relevância fique despida de enfrentamento. Tal solução não é pacífica, parecendo a muitos que será possível, por invocação analógica (art. 3º do CPP), valer-se o sucumbente do recurso no sentido estrito cogitado no art. 581, I do CPP. Esta última colocação não me sabe como a mais adequada, partindo da colocação de que a enumeração do art. 581 é taxativa, não admitindo ampliação. Tanto a doutrina como a jurisprudência estão divididas, valendo o registro de que o próprio Supremo, em data recente, já decidiu no sentido de ser exemplificativa a enumeração constante do art. 581 do CPP³³.

17. Rejeição e recebimento da denúncia.

A regra geral em matéria recursal vem contida no art. 581, I, do CPP. Contra a decisão que rejeita a inicial cabe recurso no sentido estrito.

Leis especiais, no entanto, indicam a apelação como o recurso cabível contra a decisão que rejeita a denúncia. É o caso, v.g., da Lei de Imprensa (5.250, de 09.2.67, art. 44 § 2º), bem como o da Lei 9.099, de 26.9.95 (art. 82). Da decisão que recebe a inicial, em regra, não há recurso. Poderá a parte agravada, quando muito, impetrar, *habeas corpus* (art. 648 do CPP) caso, por exemplo, falte justa causa para a ação penal, quando o processo for *manifestamente* nulo ou, ainda, quando extinta a punibilidade do fato.

A Lei de Imprensa, no entretanto, apresenta a peculiaridade de prever o recurso em sentido estrito contra a decisão que recebe a exordial, *sem suspensão do curso do processo* (art. 44, § 2º, *in fine*).

18. Prazo para o oferecimento da denúncia.

A norma padrão estabelece que o prazo para oferecimento da acusação por parte do Ministério Público encontra indicação no art. 46 do Código de Ritos.

O excesso de prazo por parte do *Parquet* não traz para o processo qualquer nulidade, porém reveste conseqüências práticas. Se o indiciado estiver preso, poderá impetrar *habeas corpus* (art. 648, II do CPP) no sentido de responder solto ao feito criminal. Da mesma forma, dá ensejo à

³³ Jurisprudência do STF, por ocasião do julgamento do HC 75.798, da 2ª Turma, de 23.3.98, in *Informativo do STF*, 104/2, abr. 1998, *apud op. cit.* in nº 4, dessas notas, p. 408.

propositura da queixa subsidiária por parte do legitimado para agir (art. 29 do CPP). Pode, inclusive, trazer conseqüências de natureza administrativa e disciplinar para o acusador desidioso (art. 801 do CPP).

Quando a lei dispuser de forma contrária ao que estabelece o art. 46 do CPP, ela o dirá expressamente. É sabido que, em tudo o que não é regulado por lei especial, o Código de Processo Penal tem aplicação subsidiária. Assim, desde que a norma especial não contenha preceito expresso a respeito do prazo para ofertamento da denúncia, terá plena vigência o art. 46 do CPP.

Este um singelo *approach* sobre algumas noções básicas que devem nortear a denúncia. ◆

