

Revista da

EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro



V. 5 - Nº 20 - 2002

20^o 5 Anos da Revista



Revista da

EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Vol. 5
N° 20
2002



RECRUTAMENTO E FORMAÇÃO DE MAGISTRADOS

Sistema Italiano de Seleção e Princípios Internacionais
Inclusive na União Européia

Giacomo Oberto - Prof. da Universidade de Turim, Itália e Juiz

DA ASSUNÇÃO DA DÍVIDA

Des. Luiz Roldão de Freitas Gomes

O NOVO CÓDIGO CIVIL E O CÓDIGO DO CONSUMIDOR - CONVERGÊNCIAS OU ANTINOMIAS

Des. Sérgio Cavalieri Filho

RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

Des. Roberto Wider

NOVAS VICISSITUDES DOS EMBARGOS INFRINGENTES

Des. José Carlos Barbosa Moreira

A REFORMA PROCESSUAL DE 2002

Des. Roberto Wider

A NOVA FAMÍLIA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

Juíza de Direito Conceição Mousnier

BREVE HISTÓRIA DO CONTROLE CONSTITUCIONAL

Des. Nagib Slaibi Filho

20°
5 Anos da Revista

1° Trimestre de 1998

4° Trimestre de 2002

© 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

REVISTA DA EMERJ

COMPLETA CINCO ANOS

Com este 20º número, a REVISTA DA EMERJ atinge um lustro e se mantém como um dos suportes de ensino da ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Lançado o seu primeiro número no trimestre inicial do ano de 1998, graças à persistência do então Diretor Desembargador Manuel Carpena Amorim, manteve-se a publicação a cada três meses, como se planejou.

Ao assumir a Direção da Escola em fevereiro de 1997, o Diretor Carpena Amorim elegeu a edição da Revista como uma de suas metas. Tratava-se de um sonho do primeiro Diretor da Escola, Desembargador Claudio Vianna de Lima. Já passava a EMERJ dos cinco anos de vida e não se tinha podido editar senão a série de Boletins (BA - Boletim Acadêmico, BB - Boletim da Biblioteca, BD - Boletim Doutrinário e BI - Boletim Informativo) com os quais se divulgavam a Escola e sua Biblioteca, bem como se estimulavam as pesquisas de estagiários. Um ou outro trabalho doutrinário de expositores da EMERJ abria o BA, e numerosas sínteses de aulas completavam a edição. A matéria principal das oitenta a cem páginas do BA consistia, portanto, no Sumário de exposições gravadas e reproduzidas. Foi esse boletim o embrião da Revista. Suas edições proporcionaram experiência e deu utilíssimo aproveitamento ao farto material recolhido até então, porque reordenado e indexado para consultas pelos estagiários. Algumas daquelas publicações despertaram grande interesse e se esgotaram em curto tempo.

As primeiras dificuldades com o custo da edição de três mil exemplares da REVISTA DA EMERJ foram superadas. Em atenção ao nosso

pedido de apoio cultural ao Banco do Brasil, a solução foi encontrada na compreensão de sua Superintendência no Estado do Rio de Janeiro, que converteu o nosso pedido em oferta para imprimir a Revista em sua própria gráfica. Graças, pois, à visão do Senhor Superintendente, firmou-se mais uma parceria com o Banco, de alta valia para as duas partes. Outros convênios foram depois celebrados com a Direção do Tribunal de Justiça, o que ensejou, em seguida, abertura de agência e postos de serviço do Banco em dependências do Fórum, bem como as obras de restauração do antigo Palácio da Justiça.

O nosso agradecimento especial, portanto, ao Banco do Brasil por mais esse apoio, dentre tantos outros que empresta a atividades culturais no Brasil.

Apoio irrestrito e estímulo à sua continuidade, a Revista também tem recebido do Diretor Desembargador Sergio Cavalieri Filho, que se empenha em dar ao ensino da EMERJ um sentido objetivo de cultura jurídica profissional, na programação curricular de suas turmas diurnas e noturnas.

É de justiça ainda ressaltar a colaboração valiosa de expositores e mestres das numerosas turmas de 600 estagiários que buscam o Curso de Preparação da EMERJ, pela dedicação ao ensino e pela elaboração de trabalhos doutrinários divulgados nesta REVISTA.

ÍNDICE GERAL DA REVISTA DA EMERJ: Confirmamos a inclusão no próximo número da REVISTA DA EMERJ (nº 21), a ser editada no primeiro trimestre de 2003, de um índice geral com toda a matéria publicada desde o primeiro número até o 20º.

DÉCIO XAVIER GAMA - *Desembargador do TJ/RJ*

SUMÁRIO

RECRUTAMENTO E FORMAÇÃO DE MAGISTRADOS: O SISTEMA ITALIANO NO ÂMBITO DOS PRINCÍPIOS INTERNACIONAIS SOBRE O ESTATUTO DOS MAGISTRADOS E DA INDEPENDÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO **15**

Giacomo Oberto - Professor da Universidade de Turim - Itália

1. Os métodos de recrutamento de magistrados e seus princípios internacionais. 2. Os métodos e sua prática: a Europa continental e os sistemas do *Common Law*. 3. A Europa Central e a Oriental. 4. O recrutamento de magistrados na Itália: generalidades. 5. A reforma dos concursos e as escolas de especialização para juristas. 6. A reforma dos concursos e a pré-seleção informatizada. 7. O fracasso do sistema de pré-seleção informatizada. 8. As inovações introduzidas pela Lei nº 48 de 13/2/2001. 9. As novas disciplinas das provas escritas e orais segundo a mesma lei. 10. formação dos magistrados e seus princípios internacionais. 11. A organização institucional da formação de magistrados: generalidades; o caso italiano. 12. A formação inicial de magistrados na Itália. 13. A formação contínua de magistrados na Itália: breve histórico. 14. Situação atual.

DOS DEFEITOS DO NEGÓCIO JURÍDICO NO NOVO CÓDIGO CIVIL: FRAUDE, ESTADO DE PERIGO E LESÃO **51**

Humberto Theodoro Junior - Professor Titular da UFMG. Desembargador do TJ/MG.

1. Intróito. 2. Defeitos do negócio jurídico. 3. Diferença entre invalidade e ineficácia. 4. O erro de nominar a fraude contra credores de anulabilidade e não de ineficácia. 5. Em síntese. 6. Os vícios do consentimento e a anulabilidade do negócio jurídico. 6.1. Teoria do negócio real. 6.2. Teoria da declaração. 6.3. Teoria da responsabilidade. 6.4. Teoria da confiança. 7. A posição do novo Código Civil Brasileiro. 8. O estado de necessidade no âmbito dos negócios jurídicos: anulabilidade ou rescindibilidade? 9. Conceito legal do estado de perigo. 10. Negócios usurários. 11. Esboço histórico da lesão no direito brasileiro. 12. Conceito de lesão como vício de consentimento.

DA ASSUNÇÃO DA DÍVIDA

79

Luiz Roldão de Freitas Gomes – Desembargador do TJ/RJ

Doutor em Direito Privado pela UFRJ – Prof. da UFF e da EMERJ.

I. A importância do estudo da assunção da dívida. II. Da sucessão nos débitos. Notícias do Direito Comparado. III. Conceito e espécies de assunção de dívida. IV. Distinção entre a Assunção de dívida e outros institutos jurídicos. V. Modalidade e requisitos fundamentais. VI. Natureza jurídica e principais efeitos. VII. Casos especiais. VIII. O Direito brasileiro.

DOS CONTRATOS NO NOVO CÓDIGO CIVIL

91

Sylvio Capanema de Souza - Desembargador do TJ/RJ.

Professor da EMERJ.

Transformação de 180 graus no campo dos contratos com o novo Código Civil. Passamos de um modelo individualista para um socializante. O contrato como corolário da autonomia da vontade: assim era nos fins do séc. XIX, mas houve a redescoberta da cláusula *rebus sic stantibus* que se contrapõe à cláusula *pacta sunt servanda* do Estado liberal. A idéia revisionista dos contratos. Os art.421 e 322 e os limites da liberdade de contratar. A função social do pacto e o princípio da boa-fé. Os art. 478 a 490 do novo código. Os novos vícios do negócio jurídico: o estado de perigo e a lesão. A importância do art. 2035 e a aplicação do novo código nos efeitos de negócio jurídico realizado antes de sua vigência. O novo código não é lei exaustiva, mas foi dado um passo para grandes mudanças.

O NOVO CÓDIGO CIVIL E O CÓDIGO DO CONSUMIDOR - CONVERGÊNCIAS OU ANTINOMIAS?

100

*Sergio Cavalieri Filho - Desembargador do TJ/RJ e Diretor Geral e
Professor da EMERJ*

1. Acontecimento extraordinário deste início de século: a edição do novo Código Civil, a vigorar a partir de 11 de janeiro de 2003, quase cem anos depois do Código de 1916. 2. Finalidade do Código Civil e a do Código do Consumidor. 3. A técnica legislativa do novo Código Civil. 4. Princípios consagrados no novo Código Civil (da boa-fé, da equivalência material e outros) 5. A função social do contrato. 6. Convergências na área da Responsabilidade Civil. 7. Conclusão.

Roberto Wider – Desembargador do TJ/RJ

1. Considerações preliminares e âmbito do tema. Responsabilidade civil médica: cirurgia plástica e medicina estética. 2. Da atuação médica e a responsabilidade civil. Requisito da culpa. A culpa nos diversos Códigos europeus. 3. Da natureza da responsabilidade médica: relação contratual ou extracontratual. Conseqüências. Obrigação de meios ou de resultados. A culpa e a sua prova. Princípios referentes aos ônus das prova. 4. Da responsabilidade civil dos cirurgiões plásticos. Caracterização desta atividade profissional como obrigação de meios. Inversão do ônus da prova. A hipossuficiência como critério determinante. 5. Conclusões.

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. O MOMENTO EM QUE SE OPERA A INVERSÃO E OUTRAS QUESTÕES.

141

André Gustavo C. de Andrade - Juiz de Direito no TJ/RJ e Prof. da EMERJ

1. Introdução. 2. Os requisitos legais: hipossuficiência e verossimilhança. Alternatividade dos requisitos. 2.1. Conceito de hipossuficiência. 2.2. Conceito de verossimilhança. 2.3. Alternatividade dos requisitos. 3. A inversão em prol do consumidor réu. 4. A inversão do ônus financeiro. 5. Regra de procedimento ou regra de julgamento. O momento em que se opera a inversão e o princípio da ampla defesa. 5.1. Os graus de certeza na aplicação do texto legal. 5.2. A situação objetiva de incerteza na aplicação do texto legal. 5.3. O risco decorrente da valoração. A igualdade entre os litigantes. 5.4. A falta de clareza no texto legal. 5.5. *Pas de nulité sans grief*. 6. A inversão do ônus da prova no juizado especial. 7. A inversão do ônus da prova no juízo comum. 8. A inversão do ônus da prova em segundo grau de jurisdição. 9. Irrecorribilidade da manifestação do juízo acerca da distribuição dos encargos probatórios. 10. Antecipação da tutela fundada em inversão do ônus da prova. 11. Conclusões.

O CONTRATO DE MÚTUO NO NOVO CÓDIGO CIVIL

169

Eduardo Antônio Kläusner – Juiz de Direito no TJ/RJ e Prof. de Direito Comercial na UNESA

1. Introdução. O contrato de mútuo. 2. Taxas de juros e encargos moratórios. 3. Atualização monetária do capital mutuado e a Taxa SELIC. 4. O mútuo feito a pessoa menor. 5. A extinção do contrato de mútuo. O pagamento antecipado e a redução proporcional dos juros. 6. Conclusão.

José Carlos Barbosa Moreira - Professor da Faculdade de Direito da UERJ e Desembargador (aposentado) do TJ/RJ

Figura peculiar do direito luso-brasileiro de trajetória complexa. A Lei nº 319/36 disciplinou os recursos cabíveis contra decisões finais das então denominadas Cortes de Apelação e suas Câmaras. Os requisitos para o cabimento dos embargos de nulidade e infringentes do julgado no C.P.C. de 1939. O art. 839 sobre o cabimento do recurso na apelação ou no agravo e as controvérsias, sem resultado útil, sobre a denominação, ora com a conjunção “ou”, ora com “e” (art.833 e 939). A extinção dos embargos pela reforma do processo civil português de 1939, tornando-os peculiaridade apenas do direito brasileiro. A permanência, ainda, dos embargos previstos na Lei nº 6.839/80 (art.34 – execução fiscal), de escassa utilização. A Doutrina contra a subsistência dos embargos no Código de 1.973 e o abrandamento dessa posição que veio a ser acolhido pela Lei nº 10.352 de 26/12/2001. Novo regime, então dado aos embargos. Cabimento do recurso apenas em apelação e na rescisória, de sentença de mérito que tenha sido reformada. Cabimento, ainda, dos embargos em Mandado de Segurança, não obstante o enunciado da Súmula do nº 597 do STF e 169 do STJ. Na rescisória são cabíveis embargos também se examinado o mérito. Hipóteses de embargos de declaração. A aplicação do regimento do tribunal (art. 533).

A REFORMA PROCESSUAL DE 2002 – LIGEIRAS ANOTAÇÕES.

193

APELAÇÃO

Wilson Marques - Desembargador do TJ/RJ e Prof. de Processo Civil

Causa madura. Artigo nº 515, § 3, Artigo nº 520, VII, do C.P.C. Apelação. Efeito somente devolutivo da apelação interposta contra a sentença que “confirmar a antecipação dos efeitos da tutela”. Até quando dura a eficácia do provimento antecipado? Há, pelo menos, três diferentes posições sobre o fascinante tema: As opiniões de Emami Fidélis dos Santos, Sergio Bermudes e de Marinoni.

PRESCRIÇÃO E DIREITOS ESTATUTÁRIOS DO SERVIDOR PÚBLICO.

205

IMPRESCRITIBILIDADE DE FUNDO DO DIREITO – PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

J. E. Carreira Alvim – Prof. de Direito Processual Civil e Juiz do Tribunal Federal da 2ª Região

1. Súmula nº 85 do STJ. 2. Coerência lógica das súmulas 3. Relações entre o funcionário público e o Estado. 4. Finalidade da prescrição. 5. Prescri-

ção das parcelas vencidas 6. Termo “a quo”. 7. Natureza da prescrição. 8. Necessidade de ser a prescrição repensada. 9. Razoabilidade da prescrição de parcelas. 10. Orientação jurisprudencial. 11. Conclusão.

**PUBLICIDADE ENGANOSA POR OMISSÃO – ASPECTOS
COMPARATIVOS DO DIREITO LUSO-BRASILEIRO**

210

Arthur Narciso de Oliveira Neto – Juiz de Direito do TJ/RJ e Mestre pela UGF

1. Introdução. 2. Dever de Informar. 3. Conceito de consumidor. 4. Conceito de publicidade. 5. Sistemas de Controle. 6. Controle legal da publicidade. 7. Princípios reguladores da publicidade. 8. Vinculação contratual. 9. Veracidade. 10. Publicidade enganosa. 11. Publicidade enganosa por omissão. 12. Conclusões.

**O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: ASPECTOS SOCIAIS
- INTERPRETAÇÃO**

234

Antonio Carlos Esteves Torres - Juiz de Direito do TJ/RJ

Assimilação dos princípios da defesa do consumidor. A ampla aplicação do Código em operações de algumas entidades. Os contratos bancários de depósito, ou em caderneta de poupança com oposição de Arnold Wald. O campo de aplicação do C.D.C. *ratione personae*. Os contratos de leasing e a opinião de Rodolfo Mancuso. As tentativas de descaracterizar o consumidor. Na interpretação e aplicação do C.D.C. deve haver compromisso com a seara dos aspectos sociais.

**A NOVA FAMÍLIA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL,
DA LEGISLAÇÃO E DO NOVO CÓDIGO CIVIL**

244

Conceição A. Mousnier - Juíza de Direito do TJ/RJ

1. A ampliação do Conceito de Família: A união estável. 2. O primado constitucional de igualdade assegurado à pessoa dos filhos. 3. A ampliação do conceito de família: a monoparentalidade. 4. A igualdade natural. 5. O exercício de profissão. 6. O erro essencial sobre a pessoa – virgindade. 7. O poder familiar da mãe e do pai sobre a pessoa dos filhos. 8. A chefia da sociedade conjugal. 9. Domicílio conjugal. 10. Os apelidos dos nubentes.

**REPERCUSSÃO DO NOVO CÓDIGO CIVIL SOBRE A
AQUISIÇÃO DE BENS IMÓVEIS PELO PODER JUDICIÁRIO**

265

Jessé Torres Pereira Junior – Desembargador do TJ/RJ e Professor da EMERJ

1. Introdução: circunstâncias provocativas da questão (a necessária expansão das atividades judiciárias, a disponibilidade de recursos financeiros, a indispensável consagração dos bens adquiridos a finalidades do específico interesse do Poder Judiciário); a eficiência e eficácia da gestão judiciária. 2. Os bens públicos na lei civil: as ressalvas que presidiram a inserção da matéria no Código de 1916 e a sua permanência na Lei nº 10.406, de 10.01.2002; o radical de direito público (constitucional e administrativo). 3. O regime jurídico da aquisição de bens pelos entes públicos. 4. As modificações introduzidas pelo novo Código Civil no tratamento dos bens públicos. 5. O fato jurígeno da afetação; forma, oportunidade eficácia e conversibilidade. 6. Conclusão.

BREVE HISTÓRIA DO CONTROLE CONSTITUCIONAL

284

*Nagib Slaibi Filho - Desembargador do TJ/RJ.
Professor da EMERJ e UNIVERSO*

1. Introdução. 2. O controle da constitucionalidade nos Estados Unidos. 3. O controle da constitucionalidade no Brasil Império. 4. O controle da constitucionalidade na República Velha. 5. O controle da constitucionalidade na Constituição de 1934. 6. O controle da constitucionalidade na Constituição de 1937. 7. O controle da constitucionalidade na Constituição de 1946. 7.1. O controle da constitucionalidade após 1965. 8. O controle da constitucionalidade na Constituição de 1967. 9. O controle da constitucionalidade na Constituição de 1988. 9.1. O papel de legislador positivo do Supremo Tribunal Federal. 10. Conclusão.

O PROBLEMA DA VIOLÊNCIA DEFENSIVA

320

Felipe Augusto de Miranda Rosa – Desemb. aposentado do TJ/RJ

Os resultados algumas vezes não previstos ou mal previstos das leis. Certa normatividade estimula, às vezes, males e problemas que se quer combater com as leis. A tendência para o agravamento das punições. A ideologia punitiva em que as penas são agravadas. Elenco de novos crimes. A volta do debate quanto à adoção da pena de morte estimulada pela imprensa. O objetivo da intimidação com a pena de morte a não impedir homicídios

revoltantes. A criminalidade defensiva com elementos característicos do delito, mas que, na realidade, envolvem situações de legítima defesa, caso que pode configurar-se na esfera internacional. A ameaça nuclear. A auto-preservação de homens e grupos sociais constitui um processo único.

IMPUTABILIDADE INFRACIONAL (JUVENIL) E A IMPUTABILIDADE PENAL (ADULTA): CRITÉRIOS PARA SUA FIXAÇÃO TEMPORAL

325

Guaracy de Campos Vianna – Juiz de Direito da 2ª Vara da Infância e da Juventude do TJ/RJ

A vedação do art.228 da C.F., para que se pudesse reduzir a idade da imputabilidade penal do menor para 16 anos. A diferença de tratamento que deve ser dado ao menor de 18 anos infrator e ao doente mental. Critério Bio-psicológico e medidas de segurança. A violência não é eliminada pelo Direito Penal. A massa da opinião popular de fato quer a redução da idade do menor para fins de responsabilidade penal. A privação da liberdade do menor através da apreensão e a aplicação de medida socioeducativa. A finalidade de retaliação mais antiga da pena e, hoje, mais de prevenção e repressão ou correção. A reeducação também como finalidade.

A ESPECIALIZAÇÃO NO SERVIÇO JUDICIÁRIO

332

Décio Xavier Gama - Desembargador do TJ/RJ

As tentativas iniciais de acomodar o número de agentes judiciários ao volume sempre crescente de serviço na justiça. A criação de maior número de comarcas e varas com a competência de julgar causas cíveis ou criminais. A criação de varas regionais no foro central das capitais de estados. O procedimento sumaríssimo e os de pequenas causas. Os Juizados Especiais, cíveis e criminais.

COLABORAM NESTE NÚMERO

- André Gustavo C. de Andrade, 141
- Antonio Carlos Esteves Torres, 234
- Arthur Narciso de Oliveira Neto, 210
- Conceição A. Mousnier, 244
- Décio Xavier Gama, 332
- Eduardo Antonio Kläusner, 169
- Felippe Augusto de Miranda Rosa, 320
- Giacomo Oberto, 15
- Guaracy de Campos Vianna, 325
- Humberto Theodoro Junior, 51
- J. E.Carreira Alvim, 205
- Jessé Torres Pereira Junior, 265
- José Carlos Barbosa Moreira, 180
- Luiz Roldão de Freitas Gomes, 79
- Nagib Slaibi Filho, 284
- Roberto Wider, 115
- Sergio Cavalieri Filho, 100
- Sylvio Capanema de Souza, 91
- Wilson Marques, 193

RECRUTAMENTO E FORMAÇÃO DE MAGISTRADOS: O SISTEMA ITALIANO NO ÂMBITO DOS PRINCÍPIOS INTERNACIONAIS SOBRE O ESTATUTO DOS MAGISTRADOS E DA INDEPENDÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO*

GIACOMO OBERTO

Professor da Universidade de Turim-Itália e magistrado do Tribunal local

1. OS MÉTODOS DE RECRUTAMENTO DE MAGISTRADOS E SEUS PRINCÍPIOS INTERNACIONAIS

A história das instituições jurídicas modernas, no que se refere à seleção e ao recrutamento de magistrados, conheceu e conhece ainda hoje os sistemas os mais díspares¹, que podem ser classificados *grosso modo* em quatro categorias fundamentais que serão enunciadas a seguir. Evidentemente, cada um desses métodos possui vantagens e desvantagens, estreitamente ligadas ao assunto crucial que é a independência do Poder Judiciário em

* Comunicação apresentada à convenção sobre o tema “O sistema judiciário dos países membros da União Européia”, organizada pelo Conselho Superior da Magistratura italiano, no âmbito do programa “Grotius” da União Européia, realizada em Roma, 8 a 12 de maio de 2001. Artigo publicado em francês. Tradução: Maria Beatriz Pontes de Carvalho.

¹ Para um histórico dos sistemas judiciários europeus cf. Meyer, **Espírito, origem e progresso das instituições judiciárias nos principais países da Europa**, *Parte antiga*, Tomo I, La Haye, 1818; *Parte moderna*, Tomo II, Paris, 1819; *Parte moderna*, Tomo V, Amsterdam, 1822. Para um resumo comparativo dos sistemas modernos de recrutamento, nomeação e formação de magistrados nos países filiados à União Internacional dos Magistrados, cf. União Internacional dos Magistrados – Fundação “Justiça no Mundo”, **Tratado de organização judiciária comparada**, I, Zürich-Bruxelles, 1999. Sobre esses assuntos, cf. também Borgna e Cassano, **Il giudice e il principe. Magistratura e potere politico in Italia e in Europa**, Roma, 1997, p. 107 e seguintes; Oberto, Verardi e Viazzi, **Il reclutamento e la formazione professionale dei magistrati in Italia e in Europa**, in Dogliotti, Figone, Oberto *et al.*, **L’esame di uditore giudiziario**, Milano, 1997, p. 41 e seguintes. Para um resumo bem recente dos sistemas judiciários da Europa, cf. a obra editada pelo Conselho Europeu com o título **A Europa judiciária**, Strasbourg, 2000 (o livro contém também – em relação a alguns países – informações sobre o recrutamento e a formação de magistrados). Sobre as particularidades do recrutamento de magistrados italianos cf. Oberto, “Recrutamento, formação e carreira dos magistrados na Itália”, o artigo está disponível desde 29 de junho de 1999 na seguinte página da Internet: <<http://www.geocities.com/CollegePark/Classroom/6218/rbilissi.htm>>; Oberto, “Recrutamento, formação e carreira dos magistrados no sistema

relação aos outros poderes do Estado.

O primeiro tipo de procedimento consiste em recrutar magistrados escolhidos pelo Poder Executivo ou pelo Poder Legislativo: se, por um lado, isto reforça a legitimidade do juiz, por outro existem riscos evidentes de uma grande dependência dos outros poderes, assim como da situação política. A eleição pelo corpo eleitoral é o método que confere aos juízes o mais alto grau de legitimidade, proveniente diretamente do povo. Mas esse sistema obriga o juiz a organizar uma campanha eleitoral humilhante e, às vezes demagógica, com o inevitável apoio financeiro de um partido político que, mais cedo ou mais tarde, poder-lhe-á pedir a retribuição do serviço. Ademais, o juiz pode ser tentado a emitir julgamentos que venham a favorecer seus eleitores.

A cooptação pela própria magistratura teria a vantagem de se poder escolher juízes tecnicamente preparados, mas existe o grande risco de se cair no conservadorismo e na preferência pelos amigos. Finalmente, a designação por uma comissão de juízes e professores de direito (escolhidos de preferência por um órgão independente e representativo dos magistrados), efetuada mediante um concurso público realizado com critérios objetivos e procedimentos transparentes, é o sistema capaz de assegurar a melhor seleção, baseada exclusivamente no mérito e nas aptidões profissionais dos novos magistrados.

Os quatro sistemas que acabamos de enumerar são atualmente conhecidos e praticados no mundo com múltiplas variações. Essa variedade existe também na Europa, onde se conhecem talvez todas as formas imagináveis de seleção de candidatos a juiz, inclusive, por exemplo, a eleição pelo povo, praticada em alguns cantões da Suíça. Diante dessas alternativas, é interessante observar qual a posição dos organismos e instituições internacionais que se preocuparam, ao longo dos últimos 50 anos, com o tema da independência da magistratura². Com efeito, as declarações, as resoluções e

jurídico e constitucional italiano”, na obra coletiva, **Que formação para os magistrados hoje?**, Lisboa, 2000, p. 185-209; o artigo está disponível desde 25 de janeiro de 2000 na seguinte página da Internet: <<http://www.geocities.com/CollegePark/Classroom/6218/portugal/rapport.htm>>; Oberto, “A autonomia da justiça em sua gestão: a experiência italiana”, desde 9 de novembro de 2000, na seguinte página da Internet (texto disponível no formato .pdf): <<http://www.geocities.com/CollegePark/Classroom/6218/download/rapportzurich.pdf>>; Bartole, “Per una valutazione comparatistica dell’ordinamento del potere giudiziario nei paesi dell’Europa continentale”, in **Studium juris**, 1996, p. 531 e seguintes; Caianiello, “Formazione e selezione dei giudici in una ipotesi comparativa”, in **Giur. it.**, 1998, p. 387 e seguintes. Cf. também as obras citadas na nota 45, mais adiante.

² No decorrer da segunda metade do século que acaba de terminar, assistiu-se, a nível internacional, a uma conscientização da importância do Poder Judiciário. Esse movimento se iniciou com a Declaração

os princípios internacionais sobre o assunto parecem querer visar à eliminação de toda e qualquer influência, por parte do Poder Executivo, na nomeação dos juízes, que deveria ser efetuada por um organismo independente e através de uma escolha baseada exclusivamente em critérios objetivos.

Poder-se-á mencionar, a esse propósito, a Recomendação nº R (94) 12 da Comissão de Ministros do Conselho Europeu, dirigida aos países

Universal dos Direitos do Homem, adotada pela Assembléia das Nações Unidas em 1948 que, em seu art. 10, recomenda que “na determinação de seus direitos e obrigações e de qualquer acusação criminal, todos têm o direito de serem julgados por ‘um tribunal independente e imparcial’”. Esse mesmo princípio foi retomado pela Convenção Européia para a salvaguarda dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, assinada em Roma em 1950 (art. 6).

Numerosos congressos e colóquios organizados por associações e organismos internacionais (entre os quais, especialmente, a União Internacional dos Magistrados), se dedicaram a estudar os sistemas existentes, visando a assegurar a independência da magistratura. Diversas declarações solenes a esse respeito encontram-se nos anais de congressos internacionais, conferências, seminários. Os modelos e os princípios normativos começaram a circular em quase toda a Europa e em todo o mundo, de tal forma que hoje se pode falar não só de um direito internacional para a proteção da independência do Poder Judiciário mas também de um direito transnacional sobre essa matéria. Eu ousaria mesmo dizer que pouco importa que todos os textos a esse respeito não sejam impositivos: a experiência prática da vida associativa internacional mostra, por exemplo, que documentos “privados”, como o Estatuto Universal do Juiz elaborado pela União Internacional dos Magistrados, serviram para convencer as autoridades políticas de alguns países a não tomarem medidas que viessem a limitar a independência da magistratura. Pode-se dizer que os documentos internacionais que tratam do problema da independência do Poder Judiciário devem hoje ser lidos e interpretados como fazendo parte de uma estrutura como a de um mosaico, como um quadro complexo que constitui um verdadeiro “*corpus juris* internacional e transnacional” sobre o Estatuto dos Magistrados.

Os resultados mais interessantes desse processo de internacionalização e de transnacionalização das regras sobre a independência da magistratura, oriundas dos princípios sobre a proteção dos direitos humanos, estão consolidados nos seguintes textos:

- Convenção Européia sobre os Direitos do Homem de 1950, já mencionada;
- Convenção Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos de 1966;
- Princípios Fundamentais sobre a Independência da Magistratura elaborados em 1985 pela ONU, e Procedimentos para sua implementação eficaz (1989);
- Estatuto do Juiz na Europa, elaborado e aprovado em 1993 pela Associação Européia dos Magistrados
- Grupo Regional da União Internacional dos Magistrados;
- Recomendação n. R (94) 12 da Comissão de Ministros do Conselho Europeu, dirigida aos estados membros, sobre a independência, a eficácia e o papel dos juízes;
- Resolução relativa ao papel do Poder Judiciário num estado de direito, aprovada em Varsóvia em 4 de abril de 1995 pelos ministros participantes da Mesa Redonda dos Ministros da Justiça dos países da Europa Central e Oriental;
- Carta Européia sobre o Estatuto dos Magistrados, aprovada pelo Conselho Europeu em Strasbourg de 8-10 de julho de 1998;
- Estatuto Universal do Juiz, aprovado com unanimidade pelo Conselho Central da União Internacional de Magistrados em sua reunião de Taipei (Taiwan) em 17 de novembro de 1999;
- Resolução do Parlamento Europeu sobre o relatório anual referente aos direitos humanos na União Européia (1998 e 1999) (11350/1999 – C5-0265/1999 – 1999/2001(INI), adotada em 16 de março de

membros, sobre a independência, a eficácia e o papel dos juízes³, segundo a qual “Qualquer decisão referente à carreira profissional dos juízes deveria se basear em critérios objetivos, e a seleção e a carreira dos juízes deveriam se fundamentar no mérito, levando em consideração suas qualificações, sua integridade, sua competência e sua eficiência” (cf. o Princípio I – 2)⁴.

Assim, a Recomendação mostra claramente uma preferência pela eliminação de qualquer influência por parte do Executivo na nomeação dos juízes. Com efeito, a regra geral a esse respeito está explicitamente enunciada na primeira parte do referido Princípio I – 2. c.: “A autoridade competente em matéria de seleção e carreira dos juízes deveria ser independente do

2000 (que “recomenda aos Estados Membros garantir a independência dos juízes e dos tribunais em relação ao Poder Executivo, e agir de tal forma que a nomeação do pessoal desses últimos não seja motivada por razões políticas”);

- Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, aprovada em Nice em 7 de dezembro de 2000 (que, em seu artigo 47 – *Direito a um recurso efetivo e ao acesso a um tribunal imparcial* – alínea 2, estipula, conforme aliás o art. 6º da Convenção Européia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, que “Toda pessoa tem direito a que sua causa seja ouvida equitativamente, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido pela lei”).

³ Quanto aos outros textos internacionais sobre o assunto, pode-se mencionar o art. 10 dos Princípios Fundamentais sobre a Independência da Magistratura, elaborados em 1985 pela ONU, segundo o qual “As pessoas selecionadas para exercer as funções de magistrado devem ser íntegras e competentes, e provar que possuem formação e qualificações jurídicas suficientes”. O art 9º do Estatuto Universal do Juiz, aprovado pelo Conselho Central da União Internacional dos Magistrados em 1999, estipula também que “O recrutamento e as nomeações do juiz devem se fazer segundo critérios objetivos e transparentes, fundamentados na capacidade profissional”. Uma referência aos “critérios em relação à natureza das funções a serem exercidas” encontra-se também na Exposição de Motivos da Carta Européia sobre o Estatuto dos Juízes, aprovada pelo Conselho Europeu em 1998 (ponto n. 2.1).

⁴ Princípio I – 2. “c.: Qualquer decisão referente à carreira profissional dos juízes deveria se basear em critérios objetivos, e a seleção e a carreira dos juízes deveriam se fundamentar no mérito, levando em consideração suas qualificações, sua integridade, sua competência e sua eficiência. A autoridade competente em matéria de seleção e carreira dos juízes deveria ser independente do governo e do Poder Executivo. Para garantir sua independência, disposições deveriam ser previstas com o objetivo de zelar, por exemplo, para que seus membros sejam designados pelo Poder Judiciário, e que a autoridade decida ela mesma suas próprias regras de procedimento.

Contudo, quando a Constituição, a legislação ou as tradições permitem ao governo interferir na nomeação de juízes, convém garantir que esta não seja influenciada por outros motivos que não aqueles ligados aos critérios objetivos mencionados acima. A título de exemplo, poder-se-ia adotar uma ou várias entre as garantias seguintes:

- i. a existência de um órgão especial, independente, habilitado para determinar instruções a serem seguidas pelo governo; ou
- ii. o direito de um indivíduo de recorrer contra uma decisão junto a uma autoridade independente; ou
- iii. o estabelecimento, pela autoridade habilitada a tomar decisões, de impedimentos contra qualquer influência indevida ou abusiva.”

governo e do Poder Executivo. Para garantir sua independência, disposições deveriam ser previstas com o objetivo de zelar, por exemplo, para que seus membros sejam designados pelo Poder Judiciário, e que a autoridade decida ela mesma suas próprias regras de procedimento”.

Por outro lado, a segunda parte do referido Princípio I – 2. c. foi manifestamente concebida como uma exceção à regra da primeira alínea. Isto é, a Recomendação parece considerar como um caso excepcional o de um país onde a “Constituição, a legislação ou as tradições permitem ao governo interferir na nomeação de juízes”. A esse respeito apresenta-se hoje um problema muito grave nos países da Europa Central e Oriental⁵, onde a “tradição” histórica nem sempre tem fundamentos democráticos, e onde as constituições e legislações criadas após a queda do muro de Berlim – freqüentemente sob a influência do *Common Law* – criaram sistemas de nomeação e de controle da carreira dos juízes que não os põem completamente ao abrigo de tentativas de influências por parte do poder político⁶.

2. OS MÉTODOS DE RECRUTAMENTO DE MAGISTRADOS E SUA PRÁTICA: A EUROPA CONTINENTAL E OS SISTEMAS DO *COMMON LAW*

É impossível resumir aqui a diversidade das soluções adotadas em toda a Europa sobre o tema recrutamento de juízes⁷. Basta dizer que o sistema de concurso é seguramente preponderante na Europa Continental do Oeste e do Sul (com algumas exceções notáveis tais como, por exemplo, alguns cantões da Suíça onde os juízes são eleitos pelo povo ou pelo parlamento). Nesse caso, o concurso pode ser aberto a qualquer pessoa licenciada em Direito⁸ (segundo condições fixadas pelas diversas leis), ou ainda a pessoas que poderiam ser qualificadas como “especialistas”, possuindo não só um mestrado em Direito mas também uma especialização ou qualquer forma

⁵ Sobre esse assunto, cf. o capítulo 3.

⁶ É verdade que o referido Princípio I – 2. c., em sua segunda alínea, tenta esboçar alguns expedientes que visam a impor limites ao poder discricionário do executivo (ou do legislativo); é o caso, por exemplo, da criação de “um órgão especial, independente, habilitado para determinar instruções a serem seguidas pelo governo”: mas o que provoca inquietações é justamente a quase total falta de informações detalhadas e confiáveis sobre a prática efetivamente seguida em muitos países do Leste. Tendo visitado quase todos esses países, o autor deste estudo sabe muito bem que freqüentemente existe um abismo entre o texto da lei e a prática cotidiana da vida judiciária, entre os discursos oficiais e as conversas privadas.

⁷ Para um resumo comparativo dos sistemas de recrutamento, nomeação e formação dos magistrados, cf. as obras citadas na nota 1 acima.

⁸ Mas existem sistemas em que o mestrado em direito não é exigido: é o caso da França, por exemplo,

de experiência prática.

Aliás, dependendo de cada país, o concurso pode permitir seja a admissão numa escola de formação, seja o acesso direto à carreira da magistratura condicionada a uma formação inicial gerida pelo Conselho Superior da Magistratura. É o caso da Itália, França, Espanha, Grécia, Holanda e Portugal, para citar apenas os exemplos mais conhecidos. A Alemanha, por seu lado, também possui uma escola, que no entanto só atende à formação contínua. O recrutamento e a formação inicial são assegurados por um sistema muito eficaz de *Juristenausbildung*, isto é, de formação (inicial) comum aos futuros magistrados, advogados e tabeliães. Os países que, ao contrário, não possuem uma escola da magistratura, como a Itália (mas também a Áustria, a Bélgica e os países escandinavos), confiam as tarefas de formação inicial e contínua, quer ao órgão que realiza a autogestão do Poder Judiciário (Conselho Superior da Magistratura), quer ao Ministério da Justiça, quer às próprias jurisdições.

Os sistemas do *Common Law* e os dos países nórdicos, por outro lado, caracterizam-se pela falta pura e simples de um concurso de acesso à magistratura, ou de qualquer tipo de concurso propriamente dito: a nomeação para juiz consiste, antes de mais nada, no fim de um percurso de estudos e experiências, de um *cursus honorum* que os candidatos fazem na prática⁹.

É evidente que, no primeiro sistema, o papel determinante na escolha de novos juízes cabe a comissões encarregadas de executar a seleção de candidatos e às escolas de formação inicial, mesmo se o ato formal de nomeação seja assinado pelo Ministro da Justiça ou pelo Chefe de Estado. Em compensação, nos outros sistemas a influência do Poder Executivo é (ou pode ser) muito forte. Assim, tanto nos países anglo-saxões como nos países escandinavos, outros fatores (e especialmente: a tradição histórica, a qualidade dos estudos jurídicos, as condições exigidas para tornar-se

onde “é suficiente um diploma confirmando uma formação de no mínimo quatro anos de estudos após o exame de segundo grau, ou um diploma concedido por um instituto de estudos políticos, ou ser ex-aluno de uma escola normal superior” (sobre as condições para admissão ao concurso de ingresso na Escola Nacional da Magistratura, cf. as informações disponíveis na seguinte página da Internet: <<http://www.enm.justice.fr/Concours/Concours.htm>>

⁹ Mesmo que o anúncio de que “Lord Chancellor (autoridade máxima do Poder Judiciário na Inglaterra – nota da tradutora) está providenciando a criação de uma Comissão de Nomeações Judiciárias” pareça abrir novas perspectivas nessa área (cf. a resposta fornecida recentemente pelo representante do Poder Judiciário inglês no questionário sobre a independência da magistratura na Europa, elaborado pelo Conselho Consultivo de Juizes Europeus).

magistrado, o papel e a posição social e econômica dos juizes, a existência de instrumentos muito eficazes tais como, por exemplo, a ofensa grave ao magistrado) asseguram, por um lado, a qualidade na escolha dos candidatos e, por outro, a manutenção de uma separação muito acentuada entre os poderes e a independência da magistratura.

3. OS MÉTODOS DE RECRUTAMENTO DE MAGISTRADOS E SUA PRÁTICA: OS SISTEMAS DA EUROPA CENTRAL E ORIENTAL

Nos países do antigo bloco comunista, ao contrário, o contexto se apresenta muito complexo e difícil de se apreender. No conjunto, o que se verifica é uma situação ainda muito desequilibrada a favor do poder político *lato sensu* (executivo mas também, com muita frequência, Legislativo). Mesmo sendo verdade que muitas vezes os “colégios de qualificações” intervenham aqui e ali nesse assunto (é o caso, por exemplo, da Federação da Rússia), não é nada clara a maneira como esses órgãos são compostos, nem quais critérios são adotados, nem quais são os poderes efetivos desses colégios para determinar, na prática, em relação ao Executivo, a escolha concreta dos candidatos quando seu número excede o de vagas disponíveis.

O mesmo ocorre com os sistemas onde os “conselhos de juizes” (ou “conselhos judiciários”) têm apenas uma função consultiva (como por exemplo na ex-República Iugoslava da Macedônia, na República Tcheca, ou na Eslováquia), mesmo se, às vezes, os efeitos perversos de um sistema que dá um poder extraordinário ao Executivo (ou ao Legislativo, nos sistemas em que os juizes são eleitos) podem ser atenuados pela intervenção das associações de magistrados (é o caso, por exemplo, da República Tcheca). Por outro lado, a intervenção de um Conselho Superior dotado de poder de decisão (e não apenas de opinião) constitui seguramente uma garantia tranquilizadora (como é o caso da Croácia, Polônia, Romênia e Eslovênia).

Para observar, do ponto de vista mencionado acima, a evolução legislativa nos antigos países comunistas, deve-se considerar que a passagem para regimes democráticos nem sempre implicou a plena aceitação da doutrina de Montesquieu¹⁰ sobre a separação entre os poderes. Infelizmente é preciso constatar que, de uma maneira geral, a influência do Poder Executivo sobre

¹⁰ “Não há ... liberdade se a potência de julgar não for separada da potência legislativa e da executora. Se ela estivesse junto da potência legislativa, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário; pois o juiz seria legislador. Se ela estivesse junto da potência executora, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo de principais,

o Judiciário ainda é muito forte nessa parte da Europa. Deve ficar bem claro desde logo que essa situação não pode ser atribuída unicamente à falta de tradições democráticas em muitos dos países em questão. Com efeito, isso não é verdadeiro para um número considerável de países que desfrutaram da democracia e das liberdades democráticas antes do regime comunista. Aliás, o exemplo de alguns países da Europa meridional (como Espanha, Grécia, Itália, Portugal) prova que a passagem por um período de ditadura pode culminar numa “reação democrática” que provoca a plena concretização dos princípios do Estado de direito e, entre estes, a mais completa independência do Poder Judiciário.

O que eu gostaria agora de ressaltar como um fator mais para negativo é a influência exercida pelos sistemas do *Common Law* nas regiões central e oriental da Europa após a queda do muro de Berlim. Naturalmente, ninguém jamais poderá negar a importância da *American Bar Association** (por intermédio da Iniciativa Legal para a Europa Central e Oriental – CEELI (Central and Eastern European Law Initiative)) ou de outras instituições, como a Fundação Soros: pensemos apenas nos centros de formação que se criaram, nas reuniões e nas conferências que se realizaram, na atividade impressionante que se empreendeu para fornecer aos juízes todo tipo de formação e de informação.

Mas é igualmente inegável que tudo isto teve como consequência uma tendência a transplantar instituições jurídicas – e, mais genericamente, um certo tipo de mentalidade – num ambiente legal completamente diferente. Eu ousaria dizer mais claramente, talvez mais brutalmente: nesses sistemas, a escolha para a nomeação dos juízes feita pelo *Lord Chancellor*, ou pelo governo de Sua Majestade a Rainha da Inglaterra, ou pelo governo dos Es-

ou de nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as desavenças entre particulares” (Montesquieu, **Do espírito das leis**, Genebra, 1748, Livro XI, Capítulo VI). Sobre a independência da magistratura e a separação entre os poderes, cf. Mortara, **Istituzioni di ordinamento giudiziario**, Firenze, 1890, p. 11-21; Ammatuna, Calamandrei, Candian *et al.* **Per l’ordine giudiziario**, Milano, 1946; Barak, **Judicial discretion**, trad. em língua italiana sob o título **La discrezionalità del giudice**, Milano, 1995, p. 189-215; Oberto, “As garantias da imparcialidade dos juízes e da independência da justiça”, in **O papel do juiz numa sociedade democrática**, Strasbourg, 1996, p. 15-30; Rodríguez-Arribas, Sgroi, Abravanel, *et al.*, **L’indipendenza della giustizia, oggi. Judicial independence today, Liber amicorum in onore di Giovanni E. Longo**, Milano, 1999 (particularmente, de Abravanel, **Ensaio sobre o “poder do juiz”**, p. 1-22).

* Ordem dos Advogados dos Estados Unidos (nota da tradutora).

tados Unidos, ou pelo Presidente dos Estados Unidos, é um assunto que não desperta a menor preocupação¹¹. O mesmo vale para a falta de uma instituição como o Conselho Superior da Magistratura nos sistemas do *Common Law*. Apesar de tudo, porém, não devemos jamais nos esquecer de que os sistemas anglo-saxões – e, antes disso, a cultura anglo-saxônica – são historicamente baseados num respeito pelo Poder Judiciário profundamente enraizado e secular, a tal ponto que um Conselho Superior poderia ser visto mais como uma ameaça do que como um bastião da independência da magistratura.

Este não é absolutamente o caso da parte meridional da Europa (de que a Itália é um bom exemplo) onde organizações como o Conselho Superior da Magistratura tiveram de ser criados (e devem ser mantidos) a fim de proteger o Poder Judiciário do apetite insaciável das forças políticas. Desse ponto de vista, penso que a situação dos países do Leste é muito mais parecida com a da Europa meridional. É por isto que os esforços formidáveis empreendidos pelo Conselho Europeu após a queda do muro de Berlim, no sentido de estabelecer completamente os princípios do Estado de direito nos países pós-comunistas, devem ser continuados e intensificados. Nesse contexto, deve-se louvar com satisfação a criação de um organismo como o Conselho Consultivo de Juízes Europeus¹². O âmbito no qual esse novo órgão vai funcionar certamente permitirá um intercâmbio mais rico de experiências, e convencerá até os juristas mais reticentes da necessidade da criação, nos sistemas jurídicos e judiciais da Europa (e sobretudo em sua parte central e oriental), de Conselhos Superiores da Magistratura compostos majoritariamente por juízes eleitos por seus pares, e que tenham a competência de estatuir (e não apenas de produzir pareceres) sobre assuntos tais como seleção, formação, carreira, mudanças e sanções referentes a magistrados.

¹¹ Embora os problemas recentemente ocorridos na competição eleitoral entre dois candidatos à Casa Branca, Bush e Gore, mostrem claramente a que ponto pode ser crucial a questão da confiabilidade num sistema judiciário cujos membros são nomeados pelos partidos políticos.

¹² O Conselho Consultivo de Juízes Europeus (CCJE) – criado durante o ano 2000 pelo Conselho Europeu – é o órgão consultivo da Comissão de Ministros do Conselho que visa a elaborar pareceres sobre questões de caráter geral relativas à independência, imparcialidade e competência dos juízes. Para esse fim, o Conselho Consultivo colabora especialmente com a Comissão Européia de Cooperação Jurídica (CDCJ), a Comissão Européia para Problemas Criminais (CDPC) e a Comissão de Especialistas para a Eficácia da Justiça (CJ-EJ), assim como, dependendo do assunto, com outras comissões ou instâncias. O CCJE é composto de juízes provenientes de todos os países filiados ao Conselho Europeu.

4. O RECRUTAMENTO DE MAGISTRADOS NA ITÁLIA: GENERALIDADES

A cultura jurídica dominante na Itália há pelo menos um século considera o concurso a única via de acesso à ordem judiciária, capaz tanto de realizar uma seleção eficaz no plano profissional como de colocar a magistratura ao abrigo de qualquer influência política¹³. Trata-se entretanto de dois objetivos que não foram alcançados na mesma medida. Com efeito, ninguém duvida que a independência esteja assegurada no sentido mais amplo da palavra. Contudo, algumas incertezas permanecem no que se refere à eficácia do método do concurso no aspecto da seleção. É justamente por isso que, a partir de 1997, uma série de reformas (serão vistas em detalhe mais adiante) foi empreendida a fim de garantir uma melhor seleção de novos magistrados, tendo em vista o número cada vez maior de candidatos em relação aos cargos disponíveis nos concursos, e considerando ainda a qualidade medíocre dos estudos universitários na Itália.

O concurso de acesso à magistratura é administrado pelo Conselho Superior da Magistratura (CSM)¹⁴, com a cooperação do Ministério da Justiça. As condições de admissão compreendem o gozo dos direitos civis e políticos, aptidão física e psíquica, boa moralidade e mestrado em direito. A idade dos candidatos deve ser entre 21 e 40 anos, salvo algumas exceções previstas em lei referentes à idade limite de 40 anos. Já que a escolha

¹³ Sobre o sistema de recrutamento de magistrados italianos, cf. as obras citadas anteriormente na nota 1 e mais adiante na nota 45.

¹⁴ O Conselho Nacional da Magistratura é um órgão independente criado pela Constituição Italiana para salvaguardar a independência do Poder Judiciário em relação ao poder político. Convém lembrar que, no sistema italiano assim como em outros sistemas continentais, a expressão “poder judiciário” compreende também os membros do Ministério Público. Juizes e promotores são recrutados da mesma maneira, fazendo parte da mesma corporação e se submetendo ao mesmo estatuto. Em consequência, o CSM representa e administra cerca de 9.000 magistrados e promotores. Antes da Constituição republicana, o conjunto de atividades que podem ser definidas como “a administração da jurisdição” era atribuído ao ramo executivo, que exercia suas funções quer diretamente quer através dos chefes de jurisdição, que eram diretamente subordinados ao Ministro da Justiça. Para isolar a ordem judiciária de qualquer influência política, a Constituição cortou quase todas as ligações hierárquicas entre a ordem judiciária e os outros poderes do Estado. Assim, o CSM recebeu a tarefa de administrar todas as medidas relativas ao estatuto dos magistrados e suscetíveis de interferir nas garantias de sua independência. Mais exatamente, “o recrutamento, as atribuições, as substituições, as progressões e as disposições disciplinares” (art. 105 da Constituição) foram retirados do Ministério da Justiça e concentrados num órgão que constitui o principal, e talvez o único, ponto de ligação institucional entre a magistratura e o sistema político. Mas é sobretudo a partir da composição do Conselho que se explica o conceito de “autogestão” da magistratura. No momento o CSM é formado por 33 membros, dos quais 3 membros natos (respectivamente o Chefe de Estado na qualidade de seu presidente, o primeiro presidente da Corte de Cassação e o Procurador-Geral junto à mesma), 20 magistrados diretamente eleitos

da carreira judiciária se faz geralmente logo após a conclusão dos estudos universitários, os candidatos ao concurso são quase sempre desprovidos de qualquer experiência profissional. Em todo caso, esta última não poderia ser objeto de nenhuma avaliação, já que não é um requisito preferencial.

Deve-se acrescentar imediatamente que duas leis recentes previram exceções a essa regra. Em primeiro lugar, a Lei nº 303, de 5 de agosto de 1998, regulamentou o art. 106, alínea 3 da Constituição, estabelecendo a possibilidade de professores universitários e advogados serem chamados - “tendo bem merecido” - a integrar a Corte de Cassação. O número máximo desses novos magistrados não pode entretanto exceder a décima parte dos cargos previstos para os ministros da Suprema Corte. É ao CSM que cabe a escolha a partir de listas apresentadas pelo Conselho Universitário Nacional e pela Ordem Nacional dos Advogados.

Em seguida, a reforma bem recente do concurso para acesso à carreira da magistratura, introduzida pela Lei nº 48, de 13 de fevereiro de 2001, estabelece uma nova forma de recrutamento paralelo de advogados, através de um concurso simplificado, no qual duas provas escritas têm “caráter ao mesmo tempo teórico e prático”¹⁵.

por seus colegas e 10 especialistas em assuntos jurídicos nomeados pelo Parlamento.

No início, a reforma do sistema eletivo dos membros “togados” reduziu os cargos reservados aos desembargadores (2 agora, em 20 magistrados eleitos), que na realidade estavam superestimados. Mais tarde, essa reforma contribuiu para ressaltar as diversas correntes do associacionismo judiciário dentro do Conselho. Quanto à designação dos “leigos”, a regra seguida até agora é respeitar as proporções que existem entre os diversos partidos políticos representados no Parlamento, inclusive a oposição. O mandato de cada Conselho é de 4 anos; os membros eleitos não são imediatamente reelegíveis (Art. 104). Para a literatura sobre o CNM, cf. Santosuosso, *Il Consiglio superiore della magistratura*, Milano, 1958; Bartole, *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, Padova, 1964, p. 4 e seguintes; Guarnieri, *L'indipendenza della magistratura*, Padova, 1981; Bonifacio e Giacobbe, “La magistratura”, in *Commentario della costituzione* sob a direção de G. Branca, Bologna, 1986, p. 76 e seguintes; Pizzorusso, *L'organizzazione della giustizia in Italia*, Torino, 1985, p. 38 e seguintes; G. Zagrebelsky, *Il potere normativo del Consiglio Superiore della Magistratura, La giustizia tra diritto e organizzazione*, Torino, 1987, p. 183; Di Federico, “Lottizzazioni correntizie” e “politicizzazione” del C.S.M.: quali rimedi?, in *Quaderni costituzionali*, 1990, X, n. 2, p. 279 e seguintes; G. Verde, *L'amministrazione della giustizia fra Ministro e Consiglio Superiore*, Padova, 1990; Onida, “La posizione costituzionale del Csm e i rapporti con gli altri poteri”, in *Magistratura, Csm e principi costituzionali*, Bari, p. 17 e seguintes; Devoto, “Governo autonomo della magistratura e responsabilità politiche”, in *Cassazione penale*, 1992, p. 2538 e seguintes; G. Ferri, *Il Consiglio Superiore della Magistratura e il suo Presidente*, Padova, 1995.

¹⁵ Para detalhes sobre esse novo sistema de recrutamento, cf. o capítulo 8; o texto da lei nº 48/2001 está disponível na seguinte página da Internet: <<http://www.parlamento.it/parlam/leggi/eletenum.htm>>

Segundo a tradição da função pública, o concurso manteve sua característica propriamente generalista, sendo teoricamente projetado para selecionar candidatos aptos a preencher funções as mais diversas. As provas escritas ocorrem diante de uma comissão composta de magistrados e professores nomeados pelo CSM, e consistem em escrever, em três dias diferentes, três redações sobre assuntos determinados pela comissão, respectivamente nas áreas do direito civil, do direito penal e do direito administrativo. As provas orais também exigem conhecimentos que, por abrangerem praticamente todas as áreas do saber jurídico, não podem ser muito profundos.

Mas, antes de entrar nos detalhes, deve-se tentar explicar quais foram os problemas mais graves que ocorreram na prática desse tipo de concurso.

5. O RECRUTAMENTO DE MAGISTRADOS NA ITÁLIA: A REFORMA DOS CONCURSOS E AS ESCOLAS DE ESPECIALIZAÇÃO PARA JURISTAS

De uns vinte anos para cá, a quantidade de candidatos às vagas oferecidas pelos concursos para acesso à carreira da magistratura aumentou progressivamente, o que criou dificuldades muito grandes para a administração do recrutamento. Com efeito, no período compreendido entre o início dos anos 80 e o fim dos anos 90, o número de candidatos passou de 5.000 para 10.000/15.000 até atingir o número recorde de 25.535 em 1998. Os que se apresentaram para as provas escritas passaram, no mesmo prazo, de 1.000 para cerca de 6.000; desses, os que terminaram as três provas escritas eram mais de 2.000 (2.303 no concurso de julho de 1995 e 2.414 no de junho de 1997). Os cargos disponíveis variaram, no mesmo período, entre um mínimo de 92 e um máximo de 300. O número de pessoas admitidas nas provas orais era sempre mais ou menos igual ao das vagas.

Com o objetivo de enfrentar essa situação, inovações importantes foram estabelecidas pelo Decreto legislativo nº 398, de 17 de novembro de 1997, definindo mudanças na disciplina dos concursos e criando escolas de especialização para juristas. Para reduzir o número excessivo de candidatos, mas também para preencher as terríveis lacunas do ensino jurídico nas faculdades de direito da Itália, o decreto estabelece que os candidatos só serão admitidos ao concurso após terem obtido o diploma de uma das escolas de especialização previstas no referido decreto. Na prática, esse sistema só poderá entrar em funcionamento a partir de 2004: será portanto apenas para os estudantes inscritos no primeiro ano da faculdade em 1998

(que farão seu mestrado em 2002) que o diploma de uma dessas escolas será condição *sine qua non* para admissão ao concurso.

As escolas de especialização para juristas¹⁶ serão criadas localmente, junto a várias universidades; o corpo docente é composto principalmente de professores, embora a lei preveja também a presença de magistrados, advogados e tabeliães: o objetivo da lei é justamente o de fornecer aos novos alunos – munidos de um mestrado e selecionados através de um concurso de entrada nas escolas – uma formação tanto teórica quanto prática. Esse objetivo, entretanto, corre o risco de não ser atingido devido à excessiva importância atribuída às mesmas estruturas (isto é, as universidades) que já provaram ser grandes fracassos na formação dos estudantes. Os futuros candidatos a cargos na magistratura serão pois obrigados – uma vez obtido seu mestrado em direito – a se inscreverem em uma dessas escolas para se submeterem a um exame de entrada antes de poderem se matricular. O período de escolaridade, que a lei de 1997 fixou em dois anos, foi reduzido para um ano pela Lei nº 48, de 13 de fevereiro de 2001: essa redução justifica-se pela reforma dos estudos universitários, que elevará de quatro para cinco anos a duração do percurso necessário à obtenção do mestrado em direito¹⁷.

Ao fim desse período, caracterizado por exames intermediários, haverá uma prova final para verificar se o candidato terá direito a obter seu diploma de especialização. Como acabamos de dizer, para os licenciados em direito que se inscreveram na faculdade a partir de 1998/1999, esse diploma irá se constituir numa condição imperativa para inscrição no concurso de acesso à

¹⁶Sobre esse assunto, cf. Varano, “Verso le scuole di specializzazione per le professioni legali”, in **Foro it.**, 1995, V, p. 68 e seguintes; Consolo e Mariconda, “Quali nuovi esami per avvocati e magistrati?”, in **Corriere giuridico**, 1997, p. 1245 e seguintes; Padoa Schioppa, “Prospettive per le scuole forensi”, in **Documenti giustizia**, 1997, p. 2487 e seguintes; Consiglio Superiore della Magistratura, “Parere del C.S.M. sullo schema di decreto legislativo concernente ‘modifica alla disciplina del concorso per uditore giudiziario e scuola di specializzazione per le professioni legali’”, in **Giur. it.**, 1998, p. 624 e seguintes; Padoa Schioppa, “Quell’inevitabile scelta di equiparare la frequenza all’abilitazione professionale”, in **Guida al diritto**, 2000, n. 6, p. 57 e seguintes; Padoa Schioppa, “Scuole di specializzazione: dimezzata la durata”, in **Guida al diritto**, 2001, n. 11, p. 127 e seguintes. Sobre o papel das universidades na formação dos magistrados, cf. Serio, “Note su ‘L’università e la formazione dei giudici’”, in **Riv. dir. civ.**, 2000, p. 631-638.

¹⁷Cf. o decreto nº 509 do Ministro da Universidade e da Pesquisa Científica e Tecnológica, de 3 de novembro de 1999, publicado na **Gazzetta Ufficiale** de 4 de janeiro de 2000, n. 2. Evidentemente, essa redução para 1 ano só valerá para os alunos que terão obtido seu mestrado em direito após 5 anos de estudos. Sobre esse assunto, cf. Mariani Marini, “Par condicio alle scuole forensi nei nuovi ordinamenti universitari”, in **Guida al diritto**, 2001, n. 7, p. 11 e seguintes.

magistratura. Considera-se também tornar o diploma obrigatório para todos os que quiserem exercer a profissão de advogado e de tabelião, mas essa proposta no momento ainda não foi confirmada¹⁸.

6. O RECRUTAMENTO DE MAGISTRADOS NA ITÁLIA: A REFORMA DOS CONCURSOS E A PRÉ-SELEÇÃO INFORMATIZADA

Como conseqüência do aumento impressionante do número de candidatos ao concurso para a magistratura e da previsão de um período bastante longo de gestação até o início do funcionamento das escolas de especialização de juristas, o Decreto legislativo nº 398, de 17 de novembro de 1997, criou um sistema provisório destinado a resolver esses problemas até a efetivação do sistema de “formação preliminar” nas referidas escolas. Esse mecanismo consistiu em submeter os candidatos a uma prova de seleção preliminar informatizada.

Essa “pré-seleção informatizada” era uma prova na qual o candidato dispunha de 80 minutos para responder a 60 perguntas referentes a direito civil, direito penal e direito administrativo, marcando uma entre quatro respostas para cada questão. A correção seria feita automaticamente pelo computador.

A fim de organizar esse trabalho, o Ministro da Justiça, através de seu Decreto nº 228, de 1º de junho de 1998, organizou uma comissão cuja tarefa era a de criar e constantemente atualizar um arquivo informatizado de perguntas e respostas; a lei determinava que o número de perguntas não podia ser inferior a 5.000 para cada uma das três áreas mencionadas. As perguntas deveriam tratar diretamente do texto das leis e não da sua interpretação. Os candidatos deviam se apresentar – divididos em grupos de 100-150 pessoas – de acordo com um calendário fixado pelo Ministério. Cada candidato recebia uma lista de 60 perguntas produzidas aleatoriamente pelo computador. A cada resposta correta era atribuído um certo número de pontos, correspondentes à dificuldade da pergunta: a nota podia variar de -0,3 a +5 (errada, omitida ou correta) segundo o grau de dificuldade das perguntas, que eram classificadas em “fáceis”, “medianas” ou “difíceis”: o primeiro grupo deveria ser 30% da totalidade das questões, o segundo 50% e o terceiro 20%. A correção informatizada era realizada no mesmo dia

¹⁸ Sobre esses assuntos, cf. Padoa Schioppa, *Scuole di specializzazione: dimezzata la durata*, obra citada.

para todos os candidatos, e produzia-se uma lista de classificação segundo os pontos obtidos. A lei estipulava que seriam admitidos às provas escritas aqueles que tivessem a melhor pontuação, com um limite: o número de candidatos não poderia ultrapassar cinco vezes o número de vagas disponíveis (por exemplo, se houvesse 200 vagas a serem preenchidas pelo concurso, o número de pessoas admitidas para as provas escritas não poderia ser mais do que 1.000).

7. O RECRUTAMENTO DE MAGISTRADOS NA ITÁLIA: O FRACASSO DO SISTEMA DE PRÉ-SELEÇÃO INFORMATIZADA

O sistema complexo e oneroso de pré-seleção informatizada que acabamos de descrever logo revelou-se um fracasso de proporções espantosas.

O primeiro concurso submetido a esse novo procedimento foi aberto por decreto do Ministro da Justiça, em 9 de dezembro de 1998, para 350 vagas. O número de candidatos que se apresentou à prova preliminar foi impressionante: 25.535. A primeira tentativa de pré-seleção informatizada desenvolveu-se portanto num total de 160 sessões entre 3 de maio e 19 de julho de 1999. Cada sessão cuidou de um grupo diferente de candidatos. 12.964 candidatos se apresentaram efetivamente à prova da pré-seleção informatizada, dos quais 3.024 passaram. As provas escritas se realizaram durante o mês de fevereiro de 2000. 2.596 candidatos terminaram as três provas escritas, e os resultados foram publicados em 21 de dezembro de 2000. 381 candidatos se submeteram às provas orais, que começaram em 5 de fevereiro de 2001 e que certamente vão durar ainda mais um mês.

Pode-se então constatar facilmente que os números que acabamos de apresentar são muito próximos – e até mais altos – daqueles referentes aos “antigos” concursos, não precedidos da seleção informatizada. Na realidade, muitos candidatos que haviam sido excluídos por terem errado uma só resposta recorreram à justiça administrativa queixando-se, entre outras reclamações, de que a pré-seleção informatizada não correspondeu aos critérios fixados pela lei em relação à prova definitiva. Com efeito (contrariamente ao que ocorre na prova final), nenhum número mínimo de pontos foi previsto na pré-seleção, já que o decreto ministerial só estabelecia um número máximo de candidatos que poderia ser aprovado para se apresentar às provas escritas¹⁹. Além do mais, a primeira pré-seleção limitou-se a questões apenas de direito civil relativas às áreas específicas dos tabeliães. O motivo é que, na época da prova, o único arquivo pronto era o que se referia à pré-sele-

ção informatizada para acesso ao tabelionato²⁰. Na realidade, no momento em que a pré-seleção foi organizada, os arquivos de perguntas referentes a direito penal e direito administrativo ainda não estavam terminados, e o arquivo de direito civil ainda não tinha sido enriquecido com as perguntas sobre matérias outras (por exemplo, responsabilidade pelo fato delituoso) que não as de interesse para as atividades dos tabeliães. Os tribunais regionais administrativos e o Conselho de Estado, surpreendidos por liminares de cerca de 700 candidatos excluídos²¹, quase sempre suspenderam as decisões negativas da comissão admitindo-os assim²² às provas escritas²³.

Se a tudo isso acrescentarmos que a pré-seleção informatizada decretada em 9 de dezembro de 1998 durou, só ela, vários meses, e que esse mesmo concurso ainda está longe de estar concluído, podemos dizer verdadeiramente que acabamos de assistir a uma formidável demonstração da impotência do sistema de recrutamento de magistrados²⁴.

Enquanto isso, o problema dos cargos vagos nas jurisdições só fez se agravar, devido aos vazios que cada vez mais se formaram nos quadros do Poder Judiciário italiano como consequência, principalmente, da preocupação com o valor das aposentadorias, que faz com que muitos colegas deixem seus cargos antes do tempo. Aliás, há alguns meses estimou-se em 870 o número de cargos vagos nas jurisdições, num efetivo de 9.109 magistrados²⁵.

Face a essa situação, cuja gravidade aumentava dia após dia, várias propostas foram apresentadas durante 1999 e 2000. É preciso dizer que a

¹⁹ Cf. o capítulo 6 acima.

²⁰ Sobre esses assuntos, cf. Cerroni, Nardecchia, Roia, Verardi, “Il reclutamento dei magistrati: che fare?”, relatório apresentado em 12 de janeiro de 2000 à Associação Nacional dos Magistrados Italianos (texto datilografado), p. 6 e seguintes.

²¹ A maioria havia errado uma só resposta.

²² Mais exatamente, esses candidatos erraram uma só resposta, pois a comissão só havia aprovado os que não haviam cometido nenhum erro.

²³ Sobre o assunto, cf. Giunta, “Dopo i dubbi sollevati dal Consiglio di stato continua l’incertezza sulla preselezione”, in **Guida al diritto**, 1999, n. 49, p. 110; Mazzacapo, “Scongiorato il rischio di invalidare la procedura di verifica dei candidati”, in **Guida al diritto**, 2000, n. 2, p. 96; Tarasco, “Quiz in magistratura e nomoflaccia del consiglio di stato”, in **Corriere giuridico**, 2000, p. 233 e seguintes.

²⁴ Esse primeiro fracasso foi seguido por um segundo concurso, aberto pelo decreto ministerial de 17 de outubro de 2000 para o preenchimento de 360 vagas. O calendário para as provas de pré-seleção informatizada foi publicado em 16 de fevereiro de 2001: a prova se realizou entre 20 de março e 13 de abril de 2001, em 4 centros de concursos situados respectivamente em Bari, Bologna, Catania e Roma (para informações a esse respeito, cf. a seguinte página da Internet: <http://www.giustizia.it/concorsi/concmag.htm>).

²⁵ Cf. Cerroni, Nardecchia, Roia, Verardi, obra citada, p. 3 e seguintes.

magistratura italiana sempre foi, a bem da verdade, contrária a qualquer forma de recrutamento extraordinário, pois isso acarretaria inevitavelmente uma queda no nível de profissionalismo dos juízes e dos promotores²⁶.

Entre as idéias em discussão, a primeira consistia, por exemplo, em abrir um novo concurso simplesmente eliminando a pré-seleção, pelo menos até a decisão definitiva dos juízes administrativos sobre esse sistema. Outra proposta era a de descentralização dos concursos nas Cortes de Apelação. Entretanto, a fim de evitar as inevitáveis disparidades de tratamento (do tipo das que caracterizam hoje o exame de admissão na Ordem dos Advogados), deveria haver um exame único em nível nacional, descentralizado em alguns tribunais de apelação, sob o controle de uma única comissão dividida em várias subcomissões²⁷. Outras propostas visavam a um aumento de 1.000 no número total de magistrados a serem recrutados por intermédio de um concurso extraordinário²⁸.

8. O RECRUTAMENTO DE MAGISTRADOS NA ITÁLIA: AS INOVAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI Nº 48, DE 13 DE FEVEREIRO DE 2001

As diferentes propostas que acabamos de apresentar culminaram na Lei nº 48, de 13 de fevereiro de 2001, que reuniu muitas das sugestões que haviam sido debatidas durante os dois anos anteriores.

Em primeiro lugar, a lei abandona a prova de pré-seleção informatizada²⁹. Em seguida, ela introduz inovações importantes na maneira como as provas escritas e orais devem se realizar³⁰, diante de uma comissão cujo número de membros foi consideravelmente aumentado (de 25 para 32). As provas escritas poderão se realizar ao mesmo tempo em vários lugares diferentes. Neste caso, a comissão permanecerá em sua sede principal em Roma durante a realização das provas escritas, enquanto que, nos demais centros de concursos, o controle da realização das provas será efetuado por “comissões de vigilância” nomeadas pelo CSM e compostas de 5 magistrados assistidos

²⁶ Cf. Cerroni, Nardecchia, Roia, Verardi, obra citada, p. 2.

²⁷ Sobre esses assuntos, cf. Cerroni, Nardecchia, Roia, Verardi, obra citada, p. 11 e seguintes; para um histórico sobre a questão, cf. também Carricato, “La difficile semplificazione dei concorsi per uditore giudiziario e per notaio”, in *Studium juris*, 2000, p. 126-130; Mariconda, “Magistratura: molti dubbi sul sistema d’accesso”, in *Corriere giuridico*, 2000, p. 1405-1409.

²⁸ Cf. Cerroni, Nardecchia, Roia, Verardi, obra citada, p. 5 e seguintes; cf. também o artigo “Gli avvocati in magistratura”, publicado em *Il Sole-24 Ore* de 7 de março de 2000, n. 65, p. 27.

²⁹ Mesmo se ela puder ainda ser utilizada, provisoriamente, nos próximos concursos extraordinários (cf. adiante, no mesmo parágrafo).

por membros do quadro da administração da justiça. A comissão poderá se dividir em duas subcomissões que poderão se articular, para a correção das provas escritas, em três “formações colegiais” (uma para cada matéria das provas escritas) compostas cada uma de no mínimo três membros.

Outra inovação importante consiste na possibilidade, para a correção das provas escritas, de a comissão poder recorrer a corretores externos. A lei estipula que, quando o número total de candidatos exceder 500, o CSM poderá estabelecer uma lista de corretores externos escolhidos entre magistrados, professores universitários e advogados, a quem serão enviadas cópias das provas para correção. Assim, cada redação a ser corrigida por corretores externos terá duas cópias enviadas a dois corretores diferentes, escolhidos por sorteio. Cada corretor não poderá receber mais do que 50 redações, e deverá devolvê-las corrigidas no prazo de 30 dias. Para cada redação corrigida, uma nota (no máximo 20 em 20) e uma avaliação sintética deverão ser apresentadas. Se os dois corretores tiverem atribuído³¹ os mesmos pontos à mesma redação, a comissão confirmará o resultado. O mesmo ocorrerá quando as duas avaliações forem positivas (pelo menos 12 em 20) e que a diferença entre as duas não seja maior do que 3 pontos, ou então que as duas sejam negativas: a nota final (positiva ou negativa) será a média dos pontos atribuídos pelos dois corretores externos. Finalmente, em todas as outras hipóteses (quando uma das notas for negativa ou a diferença entre duas notas positivas for maior do que 3 pontos), a própria comissão avaliará as redações.

A lei disciplina de maneira muito detalhada os prazos e os métodos dos trabalhos da comissão, que poderá ser dividida em duas subcomissões: cada uma deverá examinar as redações de pelo menos 320 candidatos por mês (isto é, pelo menos 960 provas a serem corrigidas), assim como aplicar exames orais a pelo menos 80 candidatos.

Outra inovação notável consiste na abertura de concursos especiais destinados a advogados com idade abaixo de 45 anos, que tenham no mínimo 5 anos de efetivo exercício de atividades como advogados ou como juízes honorários. Entretanto, os cargos disponíveis através desse tipo de concurso não poderão exceder a décima parte do número total de efetivos da magistra-

³⁰ Sobre o que falaremos no capítulo 9, adiante. Para um primeiro comentário sobre as inovações introduzidas pela lei nº 48, de 13 de fevereiro de 2001, cf. Tricomi, “Prove scritte presso le sedi decentrate”, in **Guida al diritto**, 2001, n. 11, p. 117-120.

³¹ Evidentemente, um corretor não sabe quem é o outro, além do que as redações são anônimas e são a eles atribuídas por sorteio.

tura. Esses concursos especiais ocorrerão ao mesmo tempo que os concursos ordinários, mas para um número de vagas que não poderá exceder a décima parte do número total de vagas disponíveis através do concurso ordinário. As provas escritas desse concurso reservado para advogados consistirão em escrever, em três dias diferentes, três redações sobre assuntos definidos pela comissão nas áreas, respectivamente:

- a) do direito civil e do processo civil;
- b) do direito penal e do processo penal;
- c) do direito administrativo.

As provas de a) e b) deverão ter um “caráter tanto teórico quanto prático”. Os exames orais serão os mesmos que os fixados para o concurso “ordinário”³². Os advogados assim tornados magistrados deverão seguir um período de formação inicial de um ano, cujas modalidades serão determinadas pelos Conselhos Judiciários³³ levando em conta sua experiência profissional anterior. Entretanto, é preciso considerar o fato de que esses concursos só poderão ser abertos quando as escolas de especialização de juristas estiverem em funcionamento³⁴.

A reforma determinada pela Lei nº 48, de 13 de fevereiro de 2001, também organizou um regime de transição bastante complexo.

Está previsto que três concursos extraordinários serão abertos imediatamente, através de um só edital, para cobrir todos os cargos atualmente vagos (mais de 1.000). As provas escritas tratarão apenas de duas das três matérias

³² Cf. o capítulo 9, a seguir. Para um primeiro comentário sobre esse tipo de recrutamento paralelo dos advogados, cf. Graziano, “Tirocinio di un solo anno per gli avvocati-uditori”, in *Guida al diritto*, 2001, n. 11, p. 121-124.

³³ Os Conselhos Judiciários italianos são órgãos consultivos locais, constituídos junto a cada tribunal de apelação. São compostos pelo primeiro presidente do tribunal, pelo procurador-geral e por 8 membros (dos quais 3 suplentes) eleitos pelos magistrados, de dois em dois anos, entre os magistrados do tribunal de recurso ou de cassação, sem distinção entre corte ou promotoria. As principais funções do Conselho Judiciário consistem na avaliação dos magistrados por ocasião das nomeações para o grau de magistrado de tribunal de recurso e de cassação; e no estabelecimento, a cada dois anos, do quadro de composição das jurisdições (lotação dos magistrados nos diversos cargos de cada jurisdição, formação dos colegiados, critérios de distribuição das causas). O Conselho Judiciário se ocupa também com a formação descentralizada dos auditores. Há muito tempo discute-se a necessidade de reformar os Conselhos Judiciários: seu papel deveria ser reforçado para se tornarem órgãos descentralizados do CSM, absorvendo algumas competências que são hoje atribuições dos chefes de jurisdição. Essa proposta está incluída no Relatório Anual sobre a Situação da Justiça, do CSM, apresentado em 27 de maio de 1992 (p. 92; cf. também a **delibera consiliare** de 20 de outubro de 1999 intitulada “Risoluzione sul decentramento e sui Consigli giudiziari”, in *Foro it.*, 2000, V, p. 131-136).

³⁴ Portanto, não antes de 2002 (cf. o capítulo 5, acima). É preciso ainda acrescentar que esse tipo de recrutamento, que alguém qualificou de “paralelo e simplificado”, foi criado pelo Legislador contra a

(civil, penal e administrativo) definidas para os concursos “ordinários”, sorteadas imediatamente antes do início da prova. Os efeitos “perversos” desse dispositivo serão atenuados apenas parcialmente pela determinação de que a comissão deverá concentrar uma atenção especial na terceira matéria (a que será excluída no sorteio) por ocasião das provas orais. Ainda no que se refere às disposições transitórias, o art. 22, alínea 3, da Lei nº 48, de 13 de fevereiro de 2001, estipula que o sistema de pré-seleção informatizada poderá sobreviver se a nova organização do concurso (e especialmente o sistema de corretores externos) não ocorrer no prazo desejado. Os três concursos extraordinários, portanto, poderão ser precedidos pela seleção informatizada³⁵.

Finalmente, o art 1º da Lei nº 48, de 13 de fevereiro de 2001, aumenta em 1.000 cargos o efetivo da magistratura italiana, que se elevará assim para 10.109 magistrados. Os artigos 4º a 8º da mesma lei introduzem a inovação dos “magistrados de distrito”, lotados não só nas jurisdições, mas também nas instâncias das cortes de apelação. Nesses casos, serão chamados a substituir temporariamente os colegas ausentes por motivos de doença, maternidade, troca de posto (até que o posto seja ocupado por outro magistrado que o tenha solicitado), ou quando um magistrado tem suas funções suspensas devido a um processo disciplinar, ou ainda quando um magistrado é chamado a integrar uma comissão de concurso de acesso à magistratura³⁶.

9. O RECRUTAMENTO DE MAGISTRADOS NA ITÁLIA: AS NOVAS DISCIPLINAS DAS PROVAS ESCRITAS E ORAIS SEGUNDO A LEI Nº 48, DE 13 DE FEVEREIRO DE 2001

As provas escritas se desenvolvem – como já observamos – diante de uma comissão de magistrados e professores (32 no total, segundo a Lei nº 48, de 13 de fevereiro de 2001) escolhidos pelo CSM, composta por um magistrado da Corte de Cassação, que é seu presidente, por outros 23 ma-

opinião da Associação dos Magistrados Italianos: cf. as resoluções da Associação de 22 de março de 1999, de 4 de março e 25 de outubro de 2000, assim como as conclusões do XXV Congresso Nacional da Associação em 2 de abril de 2000; ver também Negri, “Secco *no* del magistrati sulle toghe agli avvocati”, in **Il Sole-24 ore**, de 17 de março de 2000, n. 75, p. 27.

³⁵Cf. Graziano, “Accesso morbido al reclutamento straordinario”, in **Guida al diritto**, 2001, n. 11, p. 125-126.

³⁶Sobre essas inovações, cf. Tricomi, “Mille giudice in più per ridurre i tempi dei processi”, in **Guida al diritto**, 2001, n. 11, p. 109-113; Tricomi, “Flessibilità delle aule con i “distrettuali”, in **Guida al diritto**, 2001, n. 11, p. 114; Cicala, “Quel ‘togato ragazzino’ nel ruolo di supplente”, in **Guida al diritto**, 2001, n. 11, p. 115.

gistrados (dos quais um deve ter atingido o grau de magistrado de Cassação, mesmo não estando no exercício de suas funções³⁷, e os demais, o grau de magistrados da Corte de Apelação) e por 8 professores universitários. A comissão pode se dividir em duas subcomissões contanto que pelo menos 9 de seus membros (dos quais pelo menos 1 professor) estejam presentes. Para a correção das provas escritas, cada subcomissão poderá se articular em 3 “formações colegiais” (uma para cada uma das três matérias das provas escritas) compostas de pelo menos 3 membros.

As provas escritas consistem em escrever, em três dias diferentes, três redações sobre temas definidos pela comissão, respectivamente nas áreas de direito civil, direito penal e direito administrativo. Os candidatos que obtiverem uma nota de pelo menos 12 pontos em 20 em cada uma das três redações se classificam para as provas orais. Nestas, devem responder a uma pergunta sobre cada um dos seguintes temas:

- a) direito civil e fundamentos do direito romano;
- b) processo civil;
- c) direito penal;
- d) processo penal;
- e) direito administrativo, constitucional e tributário;
- f) direito do trabalho e social;
- g) direito comunitário;
- h) direito internacional (público e privado) e elementos de informática jurídica;
- i) uma língua estrangeira, escolhida pelo candidato entre as línguas oficiais da União Européia³⁸.

Os candidatos admitidos ao concurso serão classificados³⁹ quando tiverem obtido no mínimo 6 pontos em 10 em cada uma das matérias da prova oral (à exceção da língua estrangeira) e no mínimo 98 pontos resultantes da soma dos pontos da prova oral aos da prova escrita (à exceção da língua estrangeira, que será considerada apenas na classificação final).

³⁷ Sobre a particularidade da carreira dos magistrados italianos caracterizada pela dissociação entre o grau e a função, cf. Bruti Liberati, “O papel do Conselho Superior da Magistratura como garantia da independência da magistratura e da organização das jurisdições” (texto enviado por seu autor em versão numerada); Oberto, **A autonomia da justiça em sua gestão: a experiência italiana**, obra citada.

³⁸ Trata-se aqui de mais uma inovação introduzida pela Lei n° 48, de 13 de fevereiro de 2001, que determina que, na inscrição, cada candidato indique sobre qual língua estrangeira deseja ser interrogado.

³⁹ Evidentemente, o fato de ser ou não ser efetivamente aprovado depende da classificação, quando o número de candidatos classificados excede o número de vagas para as quais o concurso foi aberto.

10. A FORMAÇÃO DE MAGISTRADOS E SEUS PRINCÍPIOS INTERNACIONAIS

O tema da formação de magistrados está estreitamente ligado ao da independência e da eficácia do Poder Judiciário. A competência é uma condição *sine qua non* se se quiser que o juiz possa cumprir as tarefas que a sociedade civil lhe confere. “De um magistrado ignorante” – dizia La Fontaine⁴⁰ – “é a toga que se cumprimenta”. Se quisermos pois que a toga vista um magistrado respeitado por seus jurisdicionados e completamente livre em seus julgamentos, é preciso que ele tenha um bom conhecimento das matérias que irá tratar. Um magistrado bem formado é um magistrado mais independente.

Vários países se conscientizaram desse fato, e mesmo os organismos internacionais, nos últimos anos, por ele se interessaram. É o motivo pelo qual a formação do magistrado constitui cada vez mais o objeto da atenção dos documentos internacionais que falam do estatuto e da independência dos juízes.

Assim, o art. 10 dos Princípios Fundamentais sobre a Independência da Magistratura elaborados pela ONU em 1985 estipula que “As pessoas selecionadas para exercerem as funções de magistrado devem ser íntegras e competentes, e provar que possuem formação e qualificações jurídicas suficientes”. A Carta Européia sobre o Estatuto dos Juízes, aprovada pelo Conselho Europeu em 1998, estabelece que “O estatuto garante, através da formação apropriada a cargo do Estado, a preparação dos candidatos selecionados para o exercício efetivo dessas funções”; uma instância “independente do poder Executivo e do poder Legislativo, na qual tenham assento juízes dos quais pelo menos a metade tenham sido eleitos por seus pares segundo modalidades que garantam sua representação majoritária”, zela pela “adequação dos programas de formação e das estruturas que os tornam operacionais segundo as exigências de abertura, competência e imparcialidade ligadas ao exercício das funções judiciárias” (cf. art. 2.3 e 1.3).

Antes da aprovação desse documento, a Recomendação nº R (94) 12 da Comissão de Ministros do Conselho Europeu sobre a independência, a eficácia e o papel dos juízes⁴¹ determinou que os estados membros devem “recrutar um número suficiente de juízes e lhes permitir toda a formação

⁴⁰ “O asno que veste relíquias”.

⁴¹ Cf. Princípio III, 1.a.

necessária, por exemplo uma formação prática nos tribunais e, se possível, junto a outras autoridades e instâncias, antes de sua nomeação e ao longo de sua carreira. Essa formação – continua o texto da Recomendação – deveria ser gratuita para o juiz e ter por objeto, particularmente, a legislação recente e a jurisprudência. Nesse caso, a formação deveria incluir visitas de estudos a autoridades e a tribunais europeus e estrangeiros”. Esse mesmo documento⁴² estabelece que “Os juízes deveriam assumir particularmente as seguintes responsabilidades: (...) seguir toda formação necessária ao exercício de suas funções de maneira eficaz e adequada”⁴³.

Por outro lado, o Conselho Europeu promoveu uma reunião multilateral dos responsáveis pela formação de magistrados dos diversos países membros, assim como dos países da Europa central e oriental, que se realizou em Lisboa nos dias 27 e 28 de abril de 1995. Como resultado dessa reunião, os delegados confirmaram “a necessidade de se dar uma prioridade especial à formação dos juízes e dos promotores, e expressaram a necessidade de melhorar e ampliar as modalidades dessa formação levando em conta as tradições próprias aos diferentes sistemas jurídicos, além de respeitar e incentivar a independência intelectual desses magistrados”. Enfatizaram também que “a necessidade dos juízes e promotores garantirem a eficiência da justiça não deve prejudicar a exigência de desenvolvimento das qualificações e da consciência profissional desses magistrados”.

As intenções do Conselho Europeu já são uma realidade na França, por exemplo, pelo menos no que se refere a um verdadeiro direito à formação, determinado pela Lei nº 92-189, de 25 de fevereiro de 1992. Esse texto, que modificou a Lei nº 58-1270, de 22 de dezembro de 1958 (lei orgânica relativa ao estatuto da magistratura), expressamente reconhece aos magistrados “o direito à formação contínua”. Na Itália, ao contrário, o “Código de Ética dos Magistrados”, aprovado em 7 de maio de 1994 pela Associação Nacional

⁴² Cf. Princípio V, 3.º g.

⁴³ Na exposição de motivos que acompanha esse texto, o Conselho Europeu afirma que “A formação dos juristas é um aspecto importante que visa a assegurar que os mais capacitados sejam nomeados juízes. Os juízes profissionais devem comprovar uma formação jurídica apropriada. Além disso, a formação contribui para a independência do Poder Judiciário. Com efeito, se os juízes possuírem conhecimentos teóricos e práticos suficientes além da competência, poderão agir de maneira mais independente face ao governo e, se o desejarem, mudar de profissão sem necessariamente continuar sua carreira” (cf. “Exposição de motivos da Recomendação nº R (94) 12 da Comissão de Ministros do Conselho Europeu aos estados membros, sobre a independência, a eficácia e o papel dos juízes”).

dos Magistrados, em seu art. 3º determina que “o magistrado cumpra seus deveres com diligência e atividade. Ele guarda e aumenta sua experiência profissional se comprometendo a atualizar e a aprofundar seus conhecimentos nas áreas em que exerce sua atividade”. Esse dispositivo faz parte de um conjunto de normas que não têm nenhum valor legal; no entanto, compromete o magistrado, no plano da ética profissional, a se interrogar constantemente sobre o nível de seu próprio profissionalismo⁴⁴.

Por seu lado, as instituições da União Européia também compreenderam que o bom funcionamento da Europa judiciária exige um bom conhecimento, pelos juizes e promotores dos estados membros, dos diferentes sistemas jurídicos e dos instrumentos de cooperação nacionais e europeus. Para isso, a formação se constitui numa ferramenta particularmente útil para favorecer o intercâmbio entre os profissionais e criar progressivamente uma cultura judiciária comum a toda a Europa.

É por isso que a União Européia criou, nos últimos dois anos, uma Rede Européia de Formação Judiciária, cujo objetivo é disseminar o conhecimento recíproco dos sistemas jurídicos dos países membros entre juizes e promotores, visando a melhorar o funcionamento prático da cooperação judiciária no seu interior.

Concretamente, essa rede tem como finalidades:

- estabelecer um programa anual de atividades em cada um dos países membros, a fim de favorecer o conhecimento respectivo dos sistemas judiciários e dos procedimentos de cooperação com cada um. Nesse âmbito, deve-se prestar uma atenção especial à formação dos funcionários da “Rede judiciária européia” encarregados no dia-a-dia de concretizar a referida cooperação;

- desenvolver os conhecimentos lingüísticos dos magistrados dos estados membros a fim de facilitar uma comunicação eficaz;

- coordenar as iniciativas de seus membros visando a propor aos magistrados da Europa um programa que possa cobrir diferentes áreas de competência;

- divulgar os resultados dos estudos e os programas de formação a fim de facilitar seu desdobramento;

⁴⁴ Sobre o Código de Ética dos Magistrados, cf. Oberto, “Os direitos e as obrigações dos juizes: sua responsabilidade disciplinar”, na obra coletiva **O papel do juiz numa sociedade democrática**, Strasbourg, 1997, p. 39 e seguintes.; também in Rodriguez-Arribas, Sgroi, Abravanel *et al.*, “L’indipendenza della giustizia oggi. Judicial independence today, Liber amicorum” in onore di Giovanni E. Longo, obra citada, p. 254 e seguintes.

- criar ferramentas comuns de formação recorrendo particularmente às novas tecnologias;
- elaborar propostas de apoio destinadas aos países candidatos a fim de ajudá-los a estruturar seus projetos de formação e de integrá-los progressivamente nos programas da Rede.

Essa iniciativa se enquadra no âmbito dos diversos programas da União Européia - especialmente no programa Grotius - que já possibilitaram a um certo número de magistrados um encontro para troca de experiências e contato com a realidade jurídica dos outros países membros. A Rede Européia de Formação Judiciária visa a promover reuniões regulares das escolas e instituições nacionais dos países membros, encarregadas especificamente da formação de juízes e promotores, para:

- desenvolver progressivamente programas e instrumentos comuns de formação de magistrados;
- aprofundar o conhecimento mútuo dos sistemas jurídicos;
- aperfeiçoar as experiências e identificar as necessidades das atividades de formação;
- favorecer a coordenação entre os diferentes programas de formação existentes nos países membros;
- desenvolver as atividades de formação para os membros do corpo judiciário.

Anualmente, a Rede apresentará um programa de atividades visando a favorecer: o conhecimento dos sistemas judiciários europeus e as modalidades de colaboração; o conhecimento lingüístico; a organização de estágios e intercâmbios; o desenvolvimento de programas de formação para o corpo judiciário e também para os próprios professores. Com o objetivo de realizar uma comunicação eficaz entre os membros da Rede, serão utilizados meios eletrônicos e será criada uma *homepage* na Internet.

11. A ORGANIZAÇÃO INSTITUCIONAL DA FORMAÇÃO DE MAGISTRADOS: GENERALIDADES; O CASO ITALIANO

A análise que vem sendo feita⁴⁵ dos documentos internacionais que regulam a formação de magistrados nos permite chegar aos seguintes re-

⁴⁵ Cf. Oberto, "O que está em jogo na formação dos magistrados; organização institucional da formação", in *Riv. dir. priv.*, 1997, p. 214-225; a partir de 16 de março de 1997 o artigo também está

sultados, no que se refere ao ponto crucial da sua organização institucional:

a) a formação hoje é cada vez mais compreendida como um direito perante o Estado;

b) entretanto, é também um dever do magistrado;

c) está estreitamente ligada à independência do Poder Judiciário.

Esses três princípios podem nos ajudar a responder a uma pergunta: quem deve se responsabilizar pela formação dos magistrados? Para abordar esse assunto é preciso considerar outro ponto: O que é formação e, especialmente, o que é formação de magistrados? Em seu relatório ao Parlamento italiano sobre a situação da justiça no ano de 1994, o Conselho Superior da Magistratura definiu formação como sendo uma “comunicação organizada de conhecimentos técnicos, práticos e deontológicos que se somam aos conhecimentos adquiridos pelo exercício de sua própria profissão; essa transmissão de conhecimentos é realizada de maneira programada e sistemática por intermédio de uma estrutura onde o operador age”. Isto quer dizer que formação é, antes de mais nada, ensino. Mas é também bem mais do que isso, pois não se limita à comunicação de conhecimentos teóricos (o *saber*), mas tende também a compartilhar um conjunto de informações operacionais (*saber agir*) e a apresentar modelos de comportamento (*saber ser*).

Sendo tudo isso verdadeiro, não vemos por que a formação de ma-

disponível na seguinte página da Internet: <http://www.juripole.univ-nancy2.fr/Magistrature/uim/formation.html>; cf. também Oberto, “Recrutamento, formação e carreira dos magistrados na Itália”, obra citada. Sobre a formação dos magistrados na Itália, cf. também Consiglio Superiore della Magistratura, “Il magistrato: dal reclutamento alla formazione professionale. Esperienze in Italia e nel mondo”, in **Quaderni C.S.M.**, Roma, 1982; Viazzi, “Il reclutamento e la formazione professionale dei magistrati: una questione cruciale di politica istituzionale”, in **Questione giustizia**, 1984, p. 307 e seguintes; Di Federico, **Preparazione professionale degli avvocati e dei magistrati: discussione su una ipotesi di riforma**, Padova, 1987; Parziale, “Il reclutamento e la formazione professionale del magistrato”, in **Documenti giustizia**, 1993, p. 1561 e seguintes; Civinini, “L’esperienza della formazione permanente nei lavori del C.S.M.”, in **Documenti giustizia**, 1997, p. 2543 e seguintes; Verardi, “Il reclutamento e la formazione dei magistrati e degli avvocati”, in **Questione giustizia**, 1997, p. 91 e seguintes; Oberto, Verardi e Viazzi, “Il reclutamento e la formazione professionale dei magistrati in Italia e in Europa”, in Dogliotti, Figone, Oberto *et al.*, **L’esame di uditor giudiziario**, obra citada, p. 41 e seguintes; Oberto, “O que está em jogo na formação dos magistrados; organização institucional da formação”, obra citada; Verardi, “Spunti per una storia della formazione dei magistrati in Italia: dal tirocinio degli uditori alla formazione permanente”, relatório apresentado ao seminário organizado pelo Conselho Superior da Magistratura sobre o tema “Formazione dei formatori”, Roma, 21-23 de junho de 1999; Verardi, “Il C.S.M. e la formazione dei magistrati: verso una scuola o un mero servizio di aggiornamento professionale?”, in **Questione giustizia**, 1999, n. 2.

gistrados deveria ser isenta do respeito pela liberdade de ensino, princípio aliás muito conhecido da Constituição Italiana⁴⁶ e das leis fundamentais dos demais países europeus⁴⁷.

Independência do Poder Judiciário e liberdade de ensino: eis os dois pilares da formação dos magistrados. Se aceitarmos esses dois postulados, a resposta à pergunta sobre quem é responsável pela formação só pode ser a seguinte: a instituição que tem a atribuição de formar os magistrados deve ser não só independente dos outros poderes do Estado como também dotada de um grande grau de autonomia em relação à instituição responsável pela administração do Poder Judiciário, naturalmente nos sistemas onde essa instituição exista, e particularmente na Itália.

Por que é preciso exigir, para os centros de formação de magistrados, uma grande liberdade de ação em relação tanto ao Ministério da Justiça quanto ao Conselho Superior da Magistratura? Todos sabem que, quando se fala de independência dos magistrados, compreende-se, por um lado, ausência de subordinação aos outros poderes do Estado (independência “externa”) e, por outro, ausência de dependência hierárquica do próprio corpo judiciário (independência “interna”⁴⁸), isto é, do Conselho Superior da Magistratura.

Aliás, seria interessante observar que há uma referência ao princípio da liberdade de ensino na exposição de motivos do Projeto de Lei nº 2.018, com o título “Criação de um centro superior de estudos jurídicos para a formação de magistrados, ou Escola da Magistratura”, apresentada ao Parlamento italiano em 1995 durante a XIIª legislatura e logo abandonada⁴⁹. Nesse texto, a referência ao art. 33 da Constituição italiana está correlacionada com outros princípios da nossa lei fundamental referente à

⁴⁶ Art. 33: “A arte e a ciência são livres e livre é seu ensino. (...) As instituições de altos estudos, as universidades e as academias podem adotar formas de organização autônoma, nos limites estabelecidos pelas leis do Estado”.

⁴⁷ Cf. por exemplo o art. 5º do *Grundgesetz* alemão que, em sua terceira alínea, estabelece que “As artes e as ciências, a pesquisa e o ensino são livres. A liberdade de ensino entretanto não pode dispensar a fidelidade à Constituição”.

⁴⁸ Sobre esse ponto, cf. Bonomo, “L’indipendenza interna della magistratura”, in Rodríguez-Arribas, Sgroi, Abravanel *et al.*, “L’indipendenza della giustizia oggi; Judicial independence today, Liber amicorum” in onore di Giovanni E. Longo, obra citada, p. 55-59.

⁴⁹ Para uma análise desse projeto, cf. Oberto, “O que está em jogo na formação dos magistrados; organização institucional da formação”, obra citada, p. 222 e seguintes. Durante a legislatura que se seguiu e que acaba de terminar - a XIIIª - outros projetos sobre o mesmo assunto foram apresentados ao Parlamento. Particularmente, o projeto nº 926 “Istituzione di un centro superiore di studi giuridici per la formazione professionale dei magistrati, denominato Scuola nazionale della magistratura”,

independência do Poder Judiciário (art. 104), às atribuições do Conselho Nacional da Magistratura (art. 105) e às competências do Ministério da Justiça (art. 110). Será possível, portanto, inspirar-se nesse projeto de lei – que infelizmente foi deixado de lado pelo governo e pelo Parlamento – para tentar se compreender, no quadro institucional italiano, as relações de um centro autônomo de formação de magistrados com o Ministro da Justiça, de um lado, e com o CSM, de outro.

A resposta é bastante fácil no que se refere ao primeiro desses dois pontos. O art. 110 da Constituição italiana limita as competências do Ministro à “organização e administração dos serviços relativos à justiça”. No referido projeto de lei, a solução apresentada é atribuir a dois representantes do Ministro um assento respectivamente no Conselho Científico e no Conselho de Administração da Escola (arts. 8º e 10). O Ministro, por sua vez, deve conceder uma dotação orçamentária anual (art. 1º) e selecionar o pessoal administrativo da secretaria da Escola (art. 17).

A questão das relações com o CSM, ao contrário, parece ser mais delicada. O Conselho – como direi mais adiante – é hoje o único centro de formação inicial e contínua dos magistrados italianos. Tentou-se contestar essa competência observando que o art. 105 de nossa Constituição não prevê a formação como uma de suas atribuições. Por outro lado, no conjunto da legislação existem numerosos dispositivos que permitem concluir que, atualmente, quem tem essa competência é o CSM e não o Ministro da Justiça. Assim, a lei atribui expressamente ao Conselho competência em matéria de formação dos auditores⁵⁰, dos juizes de menores⁵¹ e dos juizes de

apresentado pelo Senador Elvio Fassone em 10 de julho de 1996, reproduz o conteúdo do projeto nº 2018/S/XIP. Os outros projetos são os seguintes: nº 7175/C “Istituzione della ‘Scuola della Magistratura’”, 3079/S “Istituzione di un centro superiore di studi giuridici per la formazione professionale dei magistrati, denominato Scuola nazionale della magistratura e norme in materia di tirocinio”, 2500/C “Istituzione di un centro superiore di studi giuridici per la formazione professionale dei magistrati, denominato ‘Scuola nazionale della magistratura’, e norme in materia di tirocinio e di distinzione delle funzioni giudicante e requirente”, 1383/S “Istituzione di un centro superiore di studi giuridici per la formazione professionale dei magistrati, denominato Scuola nazionale della magistratura, e norme in materia di distinzione delle funzioni giudicante e requirente”, 1208/C “Istituzione di un Centro superiore di studi giuridici per la formazione professionale dei magistrati denominato ‘Scuola nazionale della magistratura’”. Os textos desses documentos podem ser encontrados na seguinte página da Internet: <http://www.parlamento.it/app/ricerca/sddl.asp?style=Avanzata>.

⁵⁰ Cf. o Decreto do Presidente da República nº 116, de 11 de janeiro de 1988.

⁵¹ Cf. o Decreto Legislativo nº 272, de 28 de julho de 1989.

paz⁵². Finalmente, o art. 11 da Lei nº 48, de 13 de fevereiro de 2001, confia também expressamente ao CSM a organização dos cursos de formação de auditores, dos quais o Conselho decidiu reduzir o período ordinário de 18 para 12 meses⁵³.

No sistema italiano atual, é portanto inevitável que o Legislador confie essas tarefas ao CSM, mas é também evidente que elas seriam atribuídas a uma escola da magistratura, se esta existisse. A prova é que o artigo 11 que acabamos de citar atribui a organização da formação de magistrados ao CSM “até que a escola da magistratura seja instituída”, abrindo dessa forma uma perspectiva totalmente inesperada.

12. A FORMAÇÃO INICIAL DE MAGISTRADOS NA ITÁLIA

Voltando às especificidades da formação dos magistrados, constata-se que quase em todo o mundo existe hoje uma distinção muito clara entre:

- a) formação inicial e
- b) formação contínua.

Quanto à primeira, percebe-se que, na maioria dos países que seguem o modelo da burocracia, o recrutamento por concurso sofreu grandes modificações mesmo com medidas corretivas as mais diversificadas. Em primeiro lugar, o acesso lateral à magistratura, como meio capaz de contrastar as tendências típicas de uma corporação fechada, é uma das medidas corretivas em países tais como a França, a Bélgica e a Holanda, assim como nos sistemas do *Common Law* (onde o recrutamento de juízes só é efetuado junto a advogados que comprovem um certo número de anos de prática).

Ao contrário, o sistema italiano se recusou até agora a utilizar as experiências profissionais que se consolidam fora da organização judiciária⁵⁴. Em segundo lugar, as instituições encarregadas da formação jurídica dos futuros juízes e promotores espalharam-se pelo mundo. Que se trate de uma escola *ad hoc* como na França, em Portugal ou na Holanda, ou de uma atividade preparatória como na Alemanha, a tendência bastante visível é a de dar aos magistrados uma preparação profissional que os torne capazes

⁵² Cf. o art. 16 do Decreto-lei nº 571, de 7 de outubro de 1994, convertido na Lei nº 673, de 6 de dezembro de 1994.

⁵³ Cf. o capítulo 12 a seguir.

⁵⁴ Mas não podemos esquecer o que se acaba de dizer a propósito dos professores de universidade e dos advogados chamados a integrar a Corte de Cassação, assim como o recrutamento excepcional estabelecido pela Lei 48/2001, cf. o capítulo 2 acima.

de enfrentar tanto o crescimento quanto a transformação dos encargos que lhes serão atribuídos. Em compensação, na Itália o concurso de entrada não é – pelo menos por enquanto – nem precedido nem seguido de nenhuma formação gerida por uma instituição especializada e independente (apesar dos esforços notáveis do CSM nesse sentido). É um déficit lamentável, do qual já apresentei muitas evidências⁵⁵.

A preparação profissional dos jovens magistrados italianos, pois, está atualmente a cargo do Conselho Nacional da Magistratura e ocorre quase que exclusivamente em serviço, isto é, conduzida e supervisionada por magistrados mais antigos. A aprendizagem durante o estágio é dividida em duas fases:

a) a formação “ordinária” ou “genérica”, que se realiza através da rotatividade nas diversas varas sob a supervisão de magistrados especializados, e

b) a formação dita “dirigida” (ou especializada) encarregada de dar uma preparação específica para o exercício das funções do primeiro cargo.

O entulhamento nas varas locais de aprendizagem, sobretudo durante a formação “ordinária”, constitui um problema evidente e passível de comprometer a qualidade dos estágios. Também a escolha dos magistrados capacitados para exercer as funções de “professor” se constitui num outro problema: segundo as opiniões dos auditores, a disponibilidade e a capacidade didática dos magistrados designados nem sempre estão à altura do encargo. Uma outra dificuldade se refere à exigência de se aplicarem noções teóricas freqüentemente modestas adquiridas na universidade.

Todos esses aspectos foram reorganizados no decreto do Presidente da República de 17 de julho de 1998, que fixou em 18 meses a duração mínima do período de aprendizagem (13 para a formação “ordinária” e 5 para a formação “dirigida”), especificando as regras e as competências do Conselho Superior da Magistratura, assim como dos Conselhos Judiciários e das Comissões dos Auditores instituídas nos distritos das cortes de apelação. É preciso no entanto acrescentar que o art. 11 da Lei nº 48, de 13 de fevereiro de 2001, prevê a possibilidade do CSM reduzir para 12 meses o período de formação dos auditores, contanto que a formação “dirigida” seja

⁵⁵ Cf. Oberto, “O que está em jogo na formação dos magistrados; organização institucional da formação”, obra citada.

sempre de 5 meses. Nesse caso, os auditores serão obrigados a participar de cursos de formação organizados pelo CSM durante dois meses por ano, durante cinco anos.

Se fizermos uma avaliação desse sistema, é preciso primeiro observar que, além do compromisso individual com o estudo, o tempo dedicado à formação não parece suficiente, mesmo supondo (o que é muito pouco provável) que o CSM não reduza sua duração, como lhe faculta a lei. Na realidade, os auditores devem participar dos cursos organizados pelos Conselhos Judiciários das diversas cortes de apelação e pelo CSM em Roma. No entanto, com exceção dos “encontros romanos”, a situação local é tudo menos homogênea. De maneira mais geral, pode-se observar que a proliferação dos conhecimentos jurídicos e não jurídicos exigidos dos magistrados, que corresponde à multiplicação das suas obrigações, não resultou em nenhuma forma de especialização.

Nenhum estágio num órgão público ou no exterior está previsto. Nenhuma seleção real é efetuada durante esse breve período, apesar de um sistema de controle inutilmente barroco e complexo, que estabelece – entre outras medidas – a manutenção de um “caderno” de formação (para registrar as etapas de uma formação coordenada) redigido e verificado a cada passo, com a intervenção:

- a) do magistrado “professor”,
- b) dos magistrados “colaboradores” do Conselho Judiciário,
- c) das comissões de formação inicial instituídas junto a cada distrito das cortes de apelação,
- d) dos Conselhos Judiciários,
- e) da Comissão Científica do CSM,
- f) da Comissão de Formação do CSM,
- g) da Assembléia Plenária do CSM ...

Na realidade, salvo casos muito excepcionais, as avaliações de capacitação redigidas pelos magistrados responsáveis pela formação e pelo Conselho Judiciário competente são positivas, e os auditores são aprovados já no exercício de suas funções jurisdicionais⁵⁶.

⁵⁶ Sobre o tema específico da formação inicial dos magistrados italianos, cf. Dovere, “L’identità dispersa: il tirocinio ordinario come fase di orientamento dell’uditore giudiziario”, in **Documenti giustizia**, 1997, p. 2521 e seguintes; Galeotti, “Il tirocinio mirato”, in **Documenti giustizia**, 1997, p. 2513 e seguintes; Nannucci, “La formazione iniziale del magistrato. Il ruolo del Consiglio giudiziario nella scelta dei magistrati collaboratori e dei magistrati affidatari. I rapporti con il Consiglio giudiziario di destinazione”, in

13. A FORMAÇÃO CONTÍNUA DE MAGISTRADOS NA ITÁLIA: BREVE HISTÓRICO

No que se refere à formação contínua, deve-se dizer, logo de início, que se trata de um assunto pelo qual o autor deste estudo tem um interesse todo especial, pois participou dessa atividade durante três anos⁵⁷. É uma questão que só se pode lamentar muito, pois a Itália perdeu a oportunidade de dispor – pelo menos na parte da formação contínua – de uma Escola da Magistratura do tipo da ENM francesa.

Um sistema muito rudimentar de formação contínua para os magistrados teve início em 1973, organizado pelo Conselho Superior da Magistratura. A partir desse ano e durante os anos seguintes, o CSM promoveu cursos na forma de “semanas de formação” (em média uns 10 por ano) dedicados a matérias específicas: técnicas de inquéritos criminais, direito de menores, direito do trabalho, processo civil, direito de família etc.

No dia 23 de setembro de 1993, o Ministro da Justiça e o Vice-Presidente do CSM assinaram um ato que criava, experimentalmente, a “Estrutura para a Formação Profissional dos Magistrados”. A cabeça desse organismo era uma Comissão Científica composta de 3 membros do CSM, 3 magistrados do Ministério da Justiça, 3 magistrados cedidos ao CSM em tempo integral (entre os quais eu mesmo) e 5 magistrados trabalhando na Estrutura em tempo parcial. A formação para magistrados organizada pela Estrutura não era obrigatória, mas em alguns casos particulares, o CSM decidiu que aqueles que haviam feito os cursos de formação tinham preferência no preenchimento de determinados cargos. O ato que acabamos de mencionar previa a organização, anualmente, de 50 cursos com uma semana de duração, cada um destinado a cerca de 100 magistrados; assim, anualmente, 5.000 magistrados (num total de 8.400 naquela época) teriam tido pelo menos uma atividade de formação. Muito embora a preparação

Documenti giustizia, 1997, p. 2495 e seguintes; Sabato, “La nuova disciplina del tirocinio degli uditori giudiziari. Riflessioni in vista dell’entrata in vigore del D.P.R. 17 luglio 1998”, relatório apresentado ao seminário organizado pelo Conselho Nacional da Magistratura italiano sobre o tema “Formazioni del formatori”, Roma, 21-23 de junho de 1999. Para um relato sobre uma experiência romana no campo da formação inicial, cf. Lazzaro, “Il tirocinio dei giovani magistrati (Antiche prassi e innovazioni introdotte dalla ‘Commissione uditori giudiziari’ presso la Corte d’appello di Roma)”, 1999, 34-70.

⁵⁷ Mais exatamente, do início de 1994 ao final de 1996.

inicial dos futuros magistrados não estivesse incluída entre seus objetivos, a “Estrutura” poderia ter se tornado, no futuro, um instrumento institucional capaz de preencher o vazio atual entre a conclusão dos estudos universitários e o acesso ao corpo judiciário.

Infelizmente, depois de cerca de nove meses de funcionamento, em que o autor deste artigo teve a honra e o privilégio de ser nomeado diretor desta primeira escola da magistratura italiana, o ato foi anulado pelo Tribunal de Contas, sob a alegação de que uma estrutura desse tipo deveria ter sido criada por uma lei e não por um ato administrativo do CSM e do Ministério da Justiça. A essa altura já haviam sido organizadas 40 semanas de cursos de formação especializada sobre os mais diversos temas, com a participação não só de magistrados mas também de professores universitários, advogados, tabeliães, peritos, psicólogos, sociólogos, jornalistas etc.

Em consequência dessa decisão infeliz, o CSM decidiu entretanto continuar a atividade de formação iniciada pela Estrutura e organizar, nos anos seguintes, 40 cursos que adotaram o mesmo esquema dos realizados em 1994. Para tanto, o Conselho recorreu, nos três primeiros anos, ao mesmo grupo de magistrados que compôs a Comissão Científica da Estrutura demolida pelo Tribunal de Contas.

14. A FORMAÇÃO CONTÍNUA DE MAGISTRADOS NA ITÁLIA: SITUAÇÃO ATUAL

A fim de dar continuidade ao trabalho iniciado pela Estrutura, em 9 de julho de 1996 o Conselho criou uma Comissão *ad hoc*: trata-se mais exatamente da 9ª Comissão (“Comissão para a Formação Inicial e Contínua”) cuja atribuição é a de elaborar propostas referentes à formação inicial e contínua de magistrados, assim como aos concursos de recrutamento. A Comissão Científica dessa 9ª Comissão recebeu o encargo de cooperar nos assuntos relativos a programas anuais de formação, organização das atividades, sua divulgação, escolha dos relatores, métodos de ensino, coordenação dos debates, elaboração dos documentos de avaliação dos resultados dos encontros e apresentação de propostas para iniciativas futuras. A Comissão Científica é agora composta de 16 membros, dos quais 12 magistrados (em tempo parcial), 4 professores universitários (também em tempo parcial), 1 magistrado da Divisão de Estudos do CSM e 2 magistrados Secretários do Conselho.

As atividades desenvolvidas por essa Comissão são notáveis. O número de magistrados que participaram de pelo menos um curso foi 4.152 em 1998 e 4.507 em 1999, sendo que, em 2001, está prevista a realização de 50 cursos. Os assuntos tratados são os mais diversos. Situam-se principalmente nas áreas do direito comunitário, internacional e comparado, estatuto dos magistrados, direito civil, comercial, do trabalho, de família, dos menores, de informática, penal, processo civil, processo penal etc. Para citar apenas alguns cursos a se realizarem em 2001: “Os sistemas judiciários dos países membros da União Européia”, “A aceleração do contencioso civil - a solução das pequenas causas e o papel dos juízes honorários”, “Obtenção e apreciação da prova nos países da União Européia”, “A formação dos formadores”, “O poder discricionário do juiz”, “O contencioso com os bancos”, “As medidas liminares no processo civil”, “O juiz e a gestão das empresas”, “Os balanços das sociedades” e diversos cursos sobre técnicas de inquérito penal etc.

Quanto aos métodos didáticos, as atividades são as seguintes:

- encontros de estudos: cursos “tradicionais” com conferências proferidas por magistrados, professores, advogados, tabeliães, peritos etc. seguidas de debates abertos ao público; esses encontros também podem ocorrer dentro de grupos de trabalho, cada um composto por um pequeno número de magistrados sob a direção de um coordenador, que deve apresentar ao conjunto de participantes um relatório sobre as discussões de seu grupo;
- seminários de prática profissional: cursos de formação dirigidos a magistrados que exercem as mesmas funções ou funções semelhantes; visam a auxiliar os participantes – sobretudo através do intercâmbio de experiências – a adquirir uma boa preparação técnica para resolverem os problemas práticos da profissão;
- laboratórios: cursos de caráter experimental, baseados no princípio do autodidatismo; destinam-se a pequenos grupos que, coordenados por um especialista em metodologia, analisam problemas específicos encontrados no exercício da profissão;
- jornadas de estudos: cursos organizados para aprofundar temas específicos, geralmente após alguma reforma, que têm a duração de 1 dia;

- confrontações: encontros com magistrados ou outros auxiliares da justiça de países estrangeiros que visam ao aprofundamento dos conhecimentos de direito comparado ou transnacional, sobretudo no âmbito europeu;
- cursos descentralizados: encontros organizados para a “formação descentralizada”.

Uma “nova fronteira” da formação dos magistrados é justamente a da “formação descentralizada”. A assembléia plenária do Conselho Superior da Magistratura emitiu, em 26 de novembro de 1998, uma resolução sobre a proposta da 9ª Comissão a esse respeito. O objetivo dessa iniciativa – que foi em seguida concretizada através de uma deliberação do CSM de 28 de julho de 1999 – é o de favorecer o contacto com as realidades locais, bem como o de desenvolver relações com as universidades e com as associações de classe. Ao mesmo tempo, tenta-se atrair a participação de colegas que, por motivo de distância ou de família, não podem se ausentar de suas cidades para vir a Roma participar de algum curso patrocinado pelo CSM. Essa atividade não foi concebida como alternativa à formação que ocorre em Roma, mas como forma de integração com a mesma.

A organização desse tipo de formação é encargo dos Conselhos Judiciários, assim como de uma rede de magistrados designados para essa atividade em nível local. Esses magistrados são dois, três ou quatro por distrito das cortes de apelação, dependendo da quantidade de juizes em cada instância; seu encargo é o de serem verdadeiros elos de ligação entre o CSM e os Conselhos Judiciários para: organização de cursos locais de formação inicial e de formação contínua; auxílio ao “autodidatismo” individual por ocasião das mudanças de função (chamadas “reconversão”); formação de juizes de paz e de juizes honorários; incentivo a atividades conjuntas com universidades e associações de classe. Entre as iniciativas tomadas pelos magistrados designados para a formação local deve-se ressaltar não só a organização de conferências nas jurisdições territoriais, mas também a criação de uma rede de “prontos-socorros”, constituída por magistrados disponíveis para ajudar – pelo telefone ou pelo correio – os colegas que

desejam informações para a solução dos problemas imediatos e urgentes com os quais se defrontam⁵⁸. ◆

⁵⁸ Sobre as questões gerais relativas à formação contínua dos magistrados, cf. Consiglio Superiore della Magistratura, “Il magistrato: dal reclutamento alla formazione professionale. Esperienze in Italia e nel mondo”, obra citada; Viazzi, “Il reclutamento e la formazione professionale dei magistrati: una questione cruciale di politica istituzionale”, obra citada, p. 307 e seguintes; Di Federico, “Preparazione professionale degli avvocati e dei magistrati: discussione su una ipotesi di riforma”, obra citada; Parziale, “Il reclutamento e la formazione professionale del magistrato”, obra citada, p. 1561 e seguintes; Civinini, “L’esperienza della formazione permanente nei lavori del C.S.M.”, obra citada, p. 2543 e seguintes; Verardi, “Il reclutamento e la formazione dei magistrati e degli avvocati”, obra citada, p. 91 e seguintes; Oberto, Verardi e Viazzi, “Il reclutamento e la formazione professionale dei magistrati in Italia e in Europa”, obra citada, p. 41 e seguintes; Oberto, “O que está em jogo na formação dos magistrados: organização institucional da formação”, obra citada; Verardi, “Spunti per una storia della formazione dei magistrati in Italia: dal tirocinio degli uditori alla formazione permanente”, obra citada; Verardi, “Il C.S.M. e la formazione dei magistrati: verso una scuola o un mero servizio di aggiornamento professionale”, obra citada.

DOS DEFEITOS DO NEGÓCIO JURÍDICO NO NOVO CÓDIGO CIVIL: FRAUDE, ESTADO DE PERIGO E LESÃO

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR

Professor Titular da Faculdade de Direito da UFMG. Desembargador Aposentado do TJMG.

1. INTRÓITO

O tema dos “defeitos do ato jurídico” prepara a abordagem legal das invalidades - nulidade e anulabilidade.

O Novo Código Civil evoluiu grandemente nesse campo de defeitos do negócio jurídico inserindo, no direito positivo, novas e relevantes figuras como a lesão (art. 157) e o estado de perigo (art. 156), atendendo, dessa maneira, a notórios anseios sociais.

Deslocou, também, com inegável acerto, a simulação do campo das anulabilidades para o das nulidades (art. 167).

Cometeu, todavia, um desserviço ao direito civil brasileiro, ao manter a fraude contra credores dentre as causas de anulabilidade do negócio jurídico (arts. 158 a 165), já que os rumos traçados pelo direito comparado contemporâneo e a lição da doutrina nacional desde muito catalogam a impugnação pauliana no âmbito da *ineficácia*, e não da *invalidade*.

Além de atribuir efeitos impróprios à natureza dos negócios viciados, reúne o Código fenômenos heterogêneos sob a denominação única de “defeitos do negócio jurídico”. Na verdade, nada há em comum entre os vícios de consentimento (ou de vontade) - erro, dolo, coação etc. e os vícios funcionais (ou sociais), como a fraude contra credores.

Nos vícios de consentimento o ato é defeituoso porque a vontade do agente não se forma corretamente, já que não fora o defeito de que se ressentiu no processo de formação, manifestar-se-ia, certamente, de maneira diversa. Ou seja, sob influências que atuam anormalmente sobre seu

psiquismo, o comportamento do agente “difere daquele a que sua vontade livre e consciente o conduziria”¹. Já na fraude contra credores (assim como na simulação), a declaração de vontade não se afasta do propósito que efetivamente o agente teve ao praticá-la. “O negócio jurídico porventura configurado resulta do livre e consciente desejo dos contratantes”, de sorte que “inexiste disparidade entre o querido e o declarado”². A sanção que, na espécie, se aplica ao negócio não é em proveito de um dos contratantes, mas de terceiro ou terceiros atingidos pelos efeitos do ato fraudulento. Daí porque não há defeito algum na formação do negócio, quer quanto aos seus elementos essenciais, quer quanto aos requisitos de validade entre as partes. A censura da lei se volta apenas para um plano exterior ao negócio, o de seus reflexos sobre o meio social. Por isso se costuma qualificar a fraude como *vício social*.

Como explicar, então, o agrupamento de figuras tão díspares como os vícios de consentimento e os vícios sociais no mesmo segmento dos defeitos do negócio jurídico? Simplesmente porque, na ótica do Código de 1916, todos eles conduziriam a uma só sanção: a anulabilidade.

Mas, tão diferentes eram os dois fenômenos, que mesmo submetendo-os ao regime comum das anulabilidades, não pôde o Código velho deixar de reconhecer que a invalidade teria conseqüências não uniformes, conforme o vício fosse de vontade ou social. No primeiro caso, a proteção era para o agente vítima do defeito, de maneira que a invalidação seria decretada em seu benefício; no segundo, a anulação operaria em favor dos terceiros lesados e não do agente do ato defeituoso³.

Ora, esse tratamento promíscuo de fenômenos irreduzíveis entre si só se justificava pelo fato de ao tempo da elaboração do Código velho não se dominar, ainda, com a segurança, a distinção, entre anulabilidade e ineficácia relativa. Num Código do Século XXI, todavia, é inaceitável que se mantenham coisas tão díspares sob regime nominalmente igual, mas de conseqüências substancialmente diversas. A impropriedade é gritante e será, na prática, fator de muita confusão e prejuízos, pelos reflexos que certamente acarretará à segurança jurídica.

¹ RODRIGUES, Silvio. **Dos Vícios de Consentimento**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1982, nº 2, p. 5.

² RODRIGUES, Silvio. ob. cit., nº 2, p. 6.

³ RODRIGUES, Silvio. ob. cit., nº 2, p. 7.

2. DEFEITOS DO NEGÓCIO JURÍDICO

Para o Código, há defeito no negócio jurídico quando este padece de deficiência nos elementos constitutivos capaz de permitir sua anulação, seja por erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores (arts. 138 a 166). Da mesma deficiência ressente-se o negócio praticado por agente relativamente incapaz (art. 171, I), embora a hipótese não venha elencada no capítulo em que o Código reúne e descreve os “defeitos do negócio jurídico” (Cap. IV do Título I, Livro III, art. 138 a 165).

O defeito se passa, portanto, no terreno da validade do negócio jurídico, ou seja, na sua aptidão, ou não, para produzir os efeitos jurídicos visados pelo agente. Quando o negócio se acha completamente despido de força para gerar tais efeitos, diz-se que ocorre *nulidade* (art. 166); e quando os efeitos são produzidos, mas com risco de serem inviabilizados por provocação de quem se viu prejudicado pela prática viciada, o que se dá é a sua anulabilidade (art. 171). Isto é, o negócio não é nulo, porque uma vez consumado entra a produzir seus naturais efeitos. Estes, porém, correm o risco de serem frustrados pelo poder que se reconhece ao prejudicado de anular o negócio, retirando-lhe a potencialidade de manter os efeitos de início produzidos.

Para o Código, como se vê, o negócio é válido ou inválido. Se é válido, apresentar-se-á em condições de produzir todos os efeitos jurídicos dele esperados. Se é inválido, ou não produzirá efeito algum (*nulidade*), ou poderá ser ulteriormente privado de seu efeito (*anulabilidade*). Enfim, o sistema adotado resume-se a ter como base o binômio “validade-invalidade”, no plano geral, e o acanhado confronto entre “nulidade” e “anulabilidade”, no plano restrito da invalidade.

Há nessa sistemática uma confusão, intolerável para o grau atual de desenvolvimento da ciência do direito, entre “invalidade” e “ineficácia”, porque na vetusta ótica do Código, não há como negar efeito, no todo ou em parte, a um negócio jurídico como o praticado sob a fraude senão imputando-lhe a mácula da invalidade, ou seja, tratando-o como ato nulo ou anulável.

Realmente, no final do Século XIX, quando CLÓVIS BEVILAQUA redigiu o projeto que, em 1916, viria a converter-se no primeiro Código Civil Brasileiro, a teoria da eficácia e da ineficácia, ainda não estava suficientemente explorada e sistematizada. Por isso, se jogava apenas com as idéias de validade e nulidade, dentro das quais deveriam acomodar-se todas as situações de negócios jurídicos impotentes à plena geração de efeitos.

Reconhecia, então, o autor do Projeto do velho Código que a teoria das nulidades ainda se apresentava vacilante na doutrina, circunstância que aliada à falta de nitidez dos dispositivos legais, à ausência de princípios diretores do pensamento em função legislativa, vinha dando a esse assunto “um aspecto particularmente rebarbativo”⁴.

Lembra CLÓVIS que nas origens romanas o sistema era extremamente singelo: se o ato fora praticado contra prescrição legal, era nulo, o que equivalia dizer, não tinha existência para a lei⁵. O rigor da lógica jurídica esposada pelo preceito se manifestou inconveniente em várias situações, pelo que o direito pretoriano cuidou de abrandá-lo, por meio de distinções que conduziram a reunir em setores diferentes os atos “nulos de pleno direito”, cuja ineficácia não dependia de rescisão, e os “atos defeituosos”, cuja nulidade dependia de sentença para ser reconhecida.

Foi essa doutrina que, predominando ainda ao tempo da elaboração do Projeto Bevilacqua, se tornou o critério legal de catalogar as invalidades adotado pelo Código Civil de 1916. Reconhecia, porém, CLÓVIS que, sem embargo da opinião unânime sobre a existência dos dois tipos de nulidade, não existia entre os doutrinadores um consenso sobre quais atos deveriam entrar numa classe ou noutra, nem tampouco sobre o critério de distribuição, nem ao menos sobre se as duas categorias seriam, realmente, suficientes “para conter todos os atos, a que a ordem jurídica recusa apoio”⁶.

Ciente de que os atos ineficazes não poderiam limitar-se às categorias da *nulidade* e da *anulabilidade*, o seu Projeto contemplava também a figura dos *atos inexistentes*, preconizada por AUBRY et RAU. Na concepção de CLÓVIS, o ato inexistente é mais do que ato nulo, porque sequer tem a aparência de um ato jurídico de seu gênero. No entanto, o Código preferiu ignorar a categoria da inexistência para contemplar, no campo da ineficácia, apenas a *nulidade* e a *anulabilidade*, agrupando analiticamente as hipóteses enquadráveis em cada uma das categorias legais.

Explica o autor do Projeto que o critério adotado foi o de considerar a *nulidade* como um gênero que admite duas espécies, conforme o grau de intensidade do fenômeno. Por *nulidade* em sentido lato deve-se entender

⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. Atualizada por Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1975, § 65, p. 254.

⁵ “*Ea quae lege fieri prohibentur si fuerint facta, non solo inutilia, sed pro infectis, etiam habentur* - é o que se proclama no direito imperial” (Cód. 1, 14, 1.5).

⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral** cit., § 65, p. 255.

“a declaração legal de que a determinados atos jurídicos se não prendem os efeitos ordinariamente produzidos pelos atos semelhantes”. A privação de efeitos é uma pena aplicada a quem pratica o ato violando a lei. Consiste essa pena justamente na “privação dos direitos ou vantagens, que o ato teria conferido se fosse conforme a lei”⁷.

No entanto, a reação da ordem jurídica contra o ato nulo não se dá sempre com a mesma intensidade, tendo em vista que os interesses feridos pela ilegalidade nem sempre são da mesma natureza ou da mesma relevância. Assim, quando a norma violada é daquelas que agasalham princípios básicos da ordem jurídica, pondo em jogo interesses de ordem pública, ocorre a *nulidade de pleno direito*, como a reação mais enérgica contra a prática ilegal. Mas quando os preceitos ofendidos pelo ato se destinam mais particularmente a proteger os interesses privados da pessoa que dele participou, a reação contra sua eficácia é atenuada porque dependerá da vontade individual do interessado. O ato, neste caso, será apenas *anulável*⁸.

Como a única classificação disponível na ótica do Código de 1916, no plano da ineficácia era a dicotomia “*nulidade - anulabilidade*”, todos os casos em que se pretendeu negar algum tipo de efeito ao negócio jurídico foram catalogados ou como *nulos* ou como *anuláveis*. Não se concebia, na sistemática adotada, que um ato válido pudesse ser havido como ineficaz, ou seja, se apresentasse como incapaz de produzir o efeito para o qual foi praticado.

Todas as hipóteses de recusa legal de eficácia, por motivos atribuídos a desvios de vontade do agente foram catalogados como “vícios de vontade” geradores de “anulabilidade”. Como, todavia, o defeito às vezes se localizava na formação da vontade (anormalidade psíquica), e outras vezes se prendia apenas a desvios éticos de finalidade (fim de prejudicar a outrem ou fugir das prescrições legais), CLÓVIS concebeu uma classificação que diferenciava duas classes de *vícios da vontade* na prática do ato jurídico: a) *os vícios de consentimento*, em que a vontade se forma imperfeitamente por defeito de consciência ou liberdade: erro, dolo e coação; e b) *os vícios sociais*, que não provocam desarmonia entre o psiquismo e a vontade exteriorizada, mas que se dirigem a resultados anti-sociais: a simulação e a fraude contra credores.

⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral* cit., § 65, p. 257.

⁸ BEVILÁQUA, Clóvis, *idem*, *ibidem*.

Coisas heterogêneas, como se vê, foram aglomeradas no velho Código sob o rótulo de “vícios de vontade”, porque só dispunha o legislador de um único caminho para negar eficácia. A doutrina nacional, no entanto, a partir da evolução científica da conceituação da ineficácia e da experiência do direito comparado, pôde atribuir a certas “anulabilidades” do Código sua verdadeira natureza, que seria a de *ineficácia relativa* ou *inoponibilidade*, malgrado a terminologia inadequada e superada do velho diploma legal.

Sem embargo de tal esforço científico, que logrou respaldo significativo na jurisprudência, o novo Código vem à luz no Século XXI repetindo, *ipsis litteris*, o anacrônico e superado regime de *anulabilidades* do estatuto de 1916. Ou seja, o vício social - fraude contra credores - continua arrolado como causa de anulabilidade, ao lado de vícios de consentimento como o erro, o dolo e a coação, muito embora nada tenha em comum com eles, nem no mundo fático, nem no jurídico.

Ignorou o legislador do Século XXI toda a conquista da ciência do direito do Século XX em torno da sistematização dos planos de atuação da vontade no campo jurídico. Isto, porém, não impede que os fenômenos ligados aos efeitos do negócio jurídico sejam catalogados e analisados cientificamente pelo jurista. O erro do legislador não tem a força de mudar a natureza das coisas. Se a lei não sabe distinguir entre entidades tão diferentes como são a anulabilidade e a ineficácia relativa, cabe ao intérprete fazê-lo.

Vamos, pois, fazer a distinção que o legislador não soube captar, ou o que é pior, conhecendo as categorias, não cuidou de observá-las com o indispensável rigor.

3. DIFERENÇA ENTRE INVALIDADE E INEFICÁCIA

A aplicação da sanção da *ineficácia*, e não da *invalidade*, decorre de uma valoração da lei em torno dos interesses a resguardar numa prevista conjuntura em que certo negócio jurídico se desenvolve.

Feito o cotejo entre o tipo ou gênero de negócio e a situação especial cogitada, a lei exprime “*uma valoração negativa que é, de certo modo, o reverso da outra, positiva, que a lei faz relativamente ao negócio-tipo a que liga a produção de novas situações jurídicas*”⁹. Daí a restrição que se faz, diminuindo a área de incidência dos efeitos próprios do tipo legal respectivo.

⁹ BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico* cit., v. III, n. 57, p. 11.

A distinção entre o ato *inválido* (nulo ou anulável) e o ato *ineficaz* revela-se, na moderna ciência jurídica, como *indispensável*, dado ser irrecusável a substancial diferença de natureza e conseqüências das duas figuras jurídicas¹⁰.

A *invalidade*, para BETTI, “*é aquela falta de idoneidade para produzir, por forma duradoura e irremovível, os efeitos essenciais do tipo*”, como sanção à inobservância dos requisitos essenciais impostos pela lei. Já a *ineficácia* qualifica-se, ao contrário, como característica de um ato “*em que estejam em ordem os elementos essenciais e os pressupostos de validade, quando, no entanto, obste à sua eficácia uma circunstância de fato a ele extrínseca*”¹¹.

No campo vasto da *ineficácia*, assume relevo marcante a figura da *ineficácia relativa* ou *inoponibilidade*, que se configura quando, no sistema da lei, “*um ato, não privado de validade, pode ser ineficaz apenas a um ou outro interessado, em atenção especial de alguma deficiência sua*”¹². Adverte TRABUCCHI que de maneira alguma se deve confundir essa figura com a da invalidade do negócio, porque o negócio validamente concluído não perde sua substância, embora, em face de outros fatores, não produza todos os seus efeitos¹³.

Em suma, a lei conceitua como *ineficácia relativa* o caso em que considera o ato “*ineficaz apenas em relação a uma determinada pessoa, conservando-se para os demais, não obstante ineficaz*”¹⁴. Enquanto a anulação do ato viciado apaga todos os seus efeitos, reduzindo as partes ao estado anterior à sua prática (Novo Código Civil, art. 182; Código de 1916, art. 158), o reconhecimento da *ineficácia* conserva as partes do negócio jurídico na mesma situação em que o ato as colocou.

Nosso Código Civil de 1916, redigido em época em que a categoria da *ineficácia* ainda não se achava cientificamente bem elaborada entre os juristas, englobou como caso de anulabilidade, por exemplo, a fraude contra credores, que os códigos posteriores vieram a tratar como hipótese de típica *ineficácia relativa*.

¹⁰ BETTI, Emilio, ob. cit., loc. cit.

¹¹ BETTI, Emilio, ob. cit., loc. cit.

¹² TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 38. ed., Padova: CEDAM, 1998, n. 81, p. 184.

¹³ TRABUCCHI, Alberto, ob. cit., loc. cit.

¹⁴ LARENZ, Karl, ob. cit., p. 647.

Doutrina e jurisprudência, no entanto, puderam construir a teoria da fraude como de ineficácia, levando em conta não só os próprios efeitos que o velho Código Civil lhe imputava e que não se igualavam aos da anulação verdadeira, mas também considerando um critério sistemático estabelecido a partir de outras figuras similares à revocação pauliana e que foram tratadas por leis posteriores como sujeitas à ineficácia relativa, por textos expressos (revocatória falencial e fraude de execução).

Nada obstante, o novo Código Civil, volta a reproduzir textualmente o regime da fraude contra credores concebido pelo código antigo, mantendo-a como causa de anulabilidade do negócio jurídico e ignorando, por completo, a categoria dos atos ineficazes.

Essa visão equivocada e retrógrada do legislador, ainda que traduzido em literal disposição do novo estatuto civil, não impedirá, obviamente, que a verdadeira natureza da figura jurídica seja retratada e proclamada por seus intérpretes e aplicadores.

O fato de o legislador ignorar uma *categoria* ou *tipo jurídico* não muda a *natureza da coisa*.

A lei e a doutrina podem *criar* conceitos próprios para os institutos jurídicos, fixando-lhes elementos e requisitos, mas não podem criar *tipos* ou *categorias*, cuja existência cabe à ciência comprovar e reconhecer. Explica OLÍMPIO COSTA JÚNIOR:

“Bem a propósito, se o conceito é abstrato e surge de pura abstração ou ‘dissociação do concreto’ (HEGEL), o tipo representa um ‘retorno à realidade’ (ENGISCH) e se enraíza no ‘geral concreto’ (LARENZ), como instrumento de compreensão e explanação de fenômenos que se reiteram de determinado modo¹⁵.”

Por isso mesmo, *“os tipos, diferentemente dos conceitos, não se criam ou se inventam - somente se descobrem; nem se definem em seus próprios termos - apenas se descrevem”¹⁶*. Daí que o fato de o Código lidar apenas com as categorias da nulidade e da anulabilidade não impede que a ciência

¹⁵ COSTA JÚNIOR, Olímpio. **A relação jurídica obrigacional**, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 56.

¹⁶ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução Portuguesa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978, p. 506 *et seq.* *apud* COSTA JÚNIOR, Olímpio, *ob. cit.*, p. 57.

jurídica descubra no bojo do ordenamento positivo situação patológica do ato jurídico que não configure nem o tipo da nulidade nem o da anulabilidade, sem embargo de ter recebido do legislador o rótulo de um deles.

O que importa é descobrir cientificamente a natureza da coisa para, no resultado prático visado pelo legislador, encontrar o critério que realmente vai conduzir à classificação do fenômeno no local que lhe corresponde. Nesse trabalho, evidentemente, é despida de maior significado a *opinião* do legislador, já que concebida a figura jurídica, não lhe é dado alterar ou ignorar a natureza da coisa dentro do mundo do direito onde ela se insere. O legislador não tem compromisso científico com o direito. O jurista que interpreta e aplica a norma do legislador, ao contrário, tem sempre de agir cientificamente, a fim de encontrar e definir o efeito concreto do texto legislativo.

O intérprete da lei, por isso, não pode, de maneira alguma, ser um mero repetidor das palavras do legislador. Como cientista, dispõe de método próprio para desvendar o sentido e alcance da norma, sem se escravizar à literalidade do texto legal.

Descoberta uma nova categoria jurídica e sistematizado o seu posicionamento no esquema geral do direito, os institutos antigos do ordenamento em vigor haverão de sofrer o impacto do avanço científico obtido.

4. O ERRO DE NOMINAR A FRAUDE CONTRA CREDORES DE ANULABILIDADE E NÃO DE INEFICÁCIA

Repetir a qualificação da fraude como causa de anulabilidade do negócio jurídico, exatamente como o fazia o Código velho, importa submeter a lei nova a toda censura que já se acumulara contra o diploma revogado, a propósito do tema.

Com efeito, a não ser por apego à literalidade do Código de 1916 ninguém defendia a anulabilidade do negócio praticado em fraude de credores. Mesmo assim já se tranquilizava a tese de que não mais se poderia solucionar o problema exegético *in casu* como se a textualidade fosse o único caminho disponível ao aplicador da norma legal. Fazer prevalecer a simples letra da lei, equivaleria, a desprezar, por inteiro, o quadro histórico em que o velho Código Civil foi redigido, e não atribuir influência alguma aos interesses visados pelo legislador, aos fins colimados pela sanção oculta sob a literalidade dos arts. 106 a 113 do Estatuto de 1916, abstendo-se, ainda, do cotejo sistemático da pauliana com outras revocações provocadas pela

fraude contra credores disciplinadas por leis posteriores ao Código. Assim agindo, acabar-se-ia por conferir à definição da lei uma inatacabilidade que a moderna ciência do direito não reconhece. Vem a propósito a advertência de FÁBIO KONDER COMPARATO:

“A nova ciência jurídica não despreza, evidentemente, os conceitos e as definições, como instrumentos indispensáveis à aplicação do direito, mas considera tais instrumentos sempre perfectíveis e provisórios, em função da constante observação histórica da vida humana em sociedade”¹⁷.”

No nosso entender, a interpretação dos dispositivos codificados referentes à ação pauliana, que o novo Código herdou do anterior, tem de ser feita a partir das seguintes premissas:

a) ao tempo do Código velho, a doutrina brasileira não havia desenvolvido, ainda, a teoria da *ineficácia* como fenômeno distinto da nulidade e da anulabilidade;

b) ao sancionar a fraude contra credores, o Código vetusto levou em conta o conflito de interesses entre o poder de dispor do devedor e o direito à garantia patrimonial com que conta o credor e valorizou a repulsa que a consciência social faz a toda espécie de má-fé;

c) declarando *anulável* o ato do devedor prejudicial à garantia do credor, o objetivo visado com tal sancionamento foi, sem dúvida, o de sanar o seu prejuízo, restabelecendo a garantia patrimonial violada pelo ato dispositivo do devedor insolvente.

Visando coibir a *fraude* e restaurar a *garantia* genérica do credor sobre o patrimônio do devedor, o antigo Código declarou, textualmente, que o ato de disposição deste, praticado em estado de insolvência, era anulável. Mas não o fez dentro do conceito que a própria codificação assentara para os efeitos da anulabilidade, e, sim, para alcançar uma eficácia especial ou *sui generis*.

Com efeito, ao sistematizar as nulidades o antigo Código Civil definiu como consequência natural da anulação do ato jurídico a *restituição* das partes “ao estado em que antes se achavam” (art. 158). Quando, porém,

¹⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 84.

tratou da fraude contra credores, teve a preocupação de estatuir efeito diverso para aquilo que chamava de *anulação do ato do devedor prejudicial a seus credores*. Não deixou a eficácia da “anulação” seguir sua disciplina geral, que seria a de fazer com que o adquirente restituísse ao alienante o bem deste adquirido, ao mesmo tempo em que este ficaria sujeito à reposição do preço em favor daquele. Aqui, o que se estatuiu foi que a vantagem resultante da *revocação* não seria a restituição das partes do contrato fraudulento ao estado anterior, mas a integração do bem alienado no acervo passível de execução pelos credores do alienante. É o que se depreende do texto do art. 113, onde a velha lei afirmava, expressamente, que a vantagem da sentença anulatória “reverterá em proveito do acervo sobre que se tenha de efetuar o concurso de credores”.

A lei, então, incluiu formalmente a fraude contra credores no quadro das anulabilidades sem contudo, atribuir-lhes os efeitos substanciais próprios deste tipo de defeito do ato jurídico. Se, pois, sua eficácia não era a da anulabilidade, nada impedia que a doutrina se afastasse da literalidade da lei para definir qual a verdadeira natureza da sanção aplicável à fraude contra credores, levando em conta os interesses tutelados e os objetivos visados pela tutela concebida pela lei, na espécie.

Nessa ordem de idéias, não é pelo fato de o Código velho não sistematizar a categoria dos atos ineficazes que ela seja estranha ao nosso direito, já que, sem rotulá-la expressamente, nosso ordenamento, não só na codificação civil, como em leis posteriores, emprega o mecanismo de privar alguns atos jurídicos de efeito em relação a certas pessoas, sem, todavia, tratá-los como inválidos (por exemplo: os efeitos do contrato não registrado, ou da hipoteca não inscrita, não atingem terceiros, embora tais atos sejam plenamente válidos entre as partes - Cod. Civil de 1916, arts. 135 e 848).

O velho Código Civil também não fazia a distinção conceitual entre prescrição e decadência, rotulando toda forma de extinção dos direitos pelo decurso do tempo sob o *nomen iuris* de prescrição. Isto, porém, não impediu que a doutrina e jurisprudência procedessem à separação das duas figuras jurídicas e extraíssem da distinção enormes conseqüências teóricas e práticas.

Se, pois, a lei civil quis com a sanção à fraude simplesmente resguardar os credores dos prejuízos que o ato do devedor insolvente poderia acarretar-lhes, o que fez foi cominar-lhe uma ineficácia relativa. Não criou uma anulabilidade, malgrado o emprego incorreto do *nomen iuris* utilizado.

Se, porém, era compreensível o equívoco ao tempo da elaboração do Código Bevilacqua, hoje é totalmente inadmissível que o Código novo venha a repetir o mesmo texto anacrônico e quase centenário.

5. EM SÍNTESE

O legislador ignorou não só o avanço da ciência jurídica consolidado em amplo consenso doutrinário, como desprezou a larga construção do direito comparado ao longo do Século XX em torno dos planos da existência, validade e eficácia. Códigos antigos, como o da Argentina, v.g., passaram por reforma de texto, a fim de que a fraude contra credores tivesse seu regular enquadramento no plano de ineficácia relativa e não mais no campo da invalidade. Deixou de ler até mesmo o que desenvolvera, entre nós, PONTES DE MIRANDA há mais de cinquenta anos:

*“Para que algo valha é preciso que **exista**. Não tem sentido falar-se de validade ou de invalidade a respeito do que não existe. A questão da **existência** é uma questão prévia. Somente depois de se afirmar que existe é possível pensar-se em validade ou invalidade (...).*

Os fatos jurídicos, inclusive atos jurídicos, podem existir sem serem eficazes. O testamento, antes da morte do testador, nenhuma outra eficácia tem que a de negócio jurídico unilateral, que, perfeito, aguarda o momento da eficácia. Há fatos jurídicos que são ineficazes, sem que a respeito deles se possa discutir validade ou invalidade. De regra, os atos jurídicos nulos são ineficazes; mas ainda aí, pode a lei dar efeitos ao nulo¹⁸.”

Fez vista grossa ao que a doutrina especializada construiu, na sequência de PONTES DE MIRANDA, em obras importantes como as de ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO¹⁹, MARCOS BERNARDES DE

¹⁸ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 2. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, t. IV, § 357, p. 7.

¹⁹ **Negócio Jurídico - Existência, Validade e Eficácia**. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2000 .

MELLO²⁰; CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO²¹; NELSON HANADA²²; YUSSEF SAID CAHALI²³, entre outros.

Até mesmo a evolução da legislação brasileira sobre fraude contra credores, realizada fora do Código Civil foi desprezada, pois a Lei de Falência, de 1945, e os Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973, já tratavam a fraude como tema ligado à ineficácia e não à anulabilidade.

É certo que os autores do projeto que se transformou no novo Código Civil não ignoram a distinção técnica entre *validade* e *eficácia*, pois um dos objetivos por eles perseguidos, segundo explicitado na Exposição de Motivos, foi o de eliminar o vício do Código anterior de empregar, indiscriminadamente, “palavras que devem ter sentido técnico unívoco”; e, para tanto, cuidou de apontar, com propriedade, o que constituiu o sentido de cada uma das referidas figuras jurídicas:

*“Tal orientação importou, desde logo, uma tomada de posição que se reflete no corpo todo do Projeto, quanto à delicada, mas não despicienda, necessidade de distinguir-se entre **validade** e **eficácia** dos atos jurídicos em geral e dos negócios jurídicos em particular. Na terminologia do Anteprojeto, por **validade se entende o complexo de requisitos ou valores formais que determina a vigência de um ato**, por representar o seu elemento constitutivo, dada a sua conformação com uma norma jurídica em vigor, seja ela imperativa ou dispositiva. Já a **eficácia dos atos se refere à produção dos efeitos**, que podem existir ou não, sem prejuízo da validade, sendo certo que a incapacidade de produzir efeitos pode ser coeva da ocorrência do ato ou da estipulação do negócio, ou sobrevir em virtude de fatos e valores emergentes²⁴.”*

Sem embargo do domínio dos conceitos e do confessado empenho de aplicá-los com “zelo e rigor” no tratamento da matéria relativa à validade e

²⁰ **Teoria do fato jurídico - Plano da Existência**. 10. ed., São Paulo: Saraiva, 2000; **Teoria do fato jurídico - Plano da Validade**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1997.

²¹ **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 2. ed., São Paulo: RT, 1987.

²² **Da insolvência e sua prova na ação pauliana**. São Paulo: RT, 1982.

²³ **Fraudes contra credores**. São Paulo: RT, 1989.

²⁴ Exposição de Motivos do Prof. MIGUEL REALE, de 16.01.75, item nº 16.

eficácia dos negócios jurídicos, o resultado não foi o que se era de esperar²⁵: o caso mais típico de *ineficácia relativa* - a fraude contra credores - continuou expressamente tratado como de *anulabilidade*.

Não foi apenas uma opção entre duas possibilidades técnicas de sistematização jurídica; mas o emprego de *nomen iuris* em flagrante contradição com a própria disciplina dada ao fenômeno jurídico, pois os efeitos que se atribuem à fraude não são, de fato, próprios da *anulabilidade*, mas sim os que correspondem à *ineficácia*, na moderna categorização dos planos por que passa a declaração de vontade, desde sua emissão até alcançar a meta visada pelo negócio.

Daí porque, nada obstante, o regime defeituosamente traçado pelo novo Código, para disciplinar a ação pauliana e seus efeitos sobre os atos praticados em fraude contra credores, haverá de ser interpretado como sendo o da ineficácia relativa e não o da anulabilidade, pela total inadequação desta para operacionalizar a repressão da questionada patologia do negócio fraudulento.

Por outro lado, não se preconiza devesse o novo Código abrir um capítulo para a *validade* e outro para *eficácia*²⁶, mesmo porque esta se manifesta de maneira não uniforme nas diferentes situações em que ocorre. O erro está em rotular de *invalidade* fenômeno que, por sua própria natureza, se passa no terreno da ineficácia, e não da anulabilidade. A impropriedade é, em suma, arrolar todos os defeitos do negócio jurídico nos estreitos limites da anulabilidade. À impugnação da fraude, portanto, te-se-ia de imputar o simples efeito de provocar o reconhecimento de sua ineficácia perante os credores prejudicados. Nada mais.

6. OS VÍCIOS DE CONSENTIMENTO E A ANULABILIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO

Embora afetem o elemento essencial da validade do negócio jurídico - a declaração de vontade, que deve ser, em princípio, livre e consciente para sua natural eficácia - os vícios de consentimento não acarretam, por política legislativa, a inexistência, nem mesmo a nulidade do negócio por

²⁵ No tratamento do negócio, “como em outros pontos, procura-se obedecer a uma clara distinção entre *validade* e *eficácia* dos atos jurídicos, evitando-se os equívocos em que se enreda a Dogmática Jurídica que presidiu à feitura do Código de 1916” (Exposição de Motivos, cit., item nº 17, *i*).

²⁶ Tal orientação foi repelida, com razão, pelo parecer de MOREIRA ALVES (*A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 42-43).

eles afetados. A sanção legal que o Código lhe aplica é apenas a *anulabilidade* (art. 171, II).

O terreno dos defeitos do negócio jurídico oferece, portanto, rico material para observar e adequar as discutidas teorias da vontade e da declaração e suas variantes.

6.1. Teoria da vontade real

Segundo teoria sistematizada por SAVIGNY, a essência do negócio jurídico está no *querer individual*, isto é, na vontade mesma do autor da declaração negocial. Esta, portanto, opera apenas como instrumento de revelação daquela. Por isso, quando há conflito entre a vontade e a declaração, é a vontade que haverá de prevalecer²⁷.

Levada ao extremo, todo ato afetado por vício de consentimento seria inválido diante da *ausência de vontade* de que se ressente, seja por erro, dolo ou coação, ou por qualquer outro evento que impeça sua livre e consciente manifestação.

Essa proteção ampla e irrestrita à vontade real não é, todavia, acolhida pela ordem jurídica, porque entraria em choque com o interesse geral, afetando a segurança das relações negociais. Se de um lado existe o interesse do declarante, que praticou o negócio jurídico e que deseja preservar a pureza de sua vontade; de outro, há o interesse do meio social, onde o negócio jurídico estabelece uma expectativa de que a declaração de vontade produzirá os efeitos programados, não podendo, razoavelmente, aceitar que, por motivos íntimos do declarante, se estabeleça o perigo da sua fuga da obrigação assumida.

A primeira restrição que se manifestou foi de não considerar o vício de consentimento como causa de nulidade, e sim como de anulabilidade, impondo-se condições ao exercício do direito potestativo da parte de promover a ação de anulação do negócio jurídico.

Depois, surgiram teorias que deslocaram da vontade real a essência mesma do negócio jurídico, fixando-a na declaração.

6.2. Teoria da declaração

A reação contra o excesso reconhecidamente presente na teoria da vontade real deu-se por meio da teoria da declaração, cujo ponto de partida foi a necessidade de preservar as vinculações criadas pelas declarações de

²⁷ SAVIGNY. *Sistema del diritto romano attuale*. Torino: Unione Tipografico Editrice, 1900, vol. 3, § 134 e 1355, p. 342 a 356; RODRIGUES. Silvio. *Dos vícios de consentimento*, cit., nº 23, p. 31.

vontade, para ter-se segurança nas relações jurídicas. O comércio jurídico não pode conviver com a insegurança que decorreria de declarações de vontade que facilmente se revogam. Além do mais, o plano da vontade subjetiva seria inacessível, pelo que, para o direito, o importante deve ser a declaração e dela, portanto, é que hão de emanar os efeitos jurídicos. Não haveria segurança alguma nas relações privadas se quem emite uma declaração não aceitasse ficar vinculado a quem ela se endereçou, dentro do sentido normal das expressões empregadas²⁸.

Como reação, a teoria da declaração mostrou-se tão extremada como a teoria da vontade. Se a primeira protegia intoleravelmente o declarante, a segunda outorgou tutela exorbitante ao destinatário da declaração.

É evidente que não se poderia tutelar, por exemplo, a má-fé de quem procurasse prevalecer do erro alheio para, maliciosamente, obter vantagens do negócio viciado. E além do mais, se se pode valorizar a declaração, não se deve fugir da realidade de que a raiz mesma do negócio jurídico não pode ser desvinculada da vontade.

6.3. Teoria da responsabilidade

Fugindo do antagonismo profundo estabelecido entre a teoria da vontade real e a da declaração da vontade, formulou-se uma posição intermediária, sob o nome de *teoria da responsabilidade*. Segundo esta, embora a autonomia da vontade esteja na base do negócio jurídico, impõe-se admitir que, mesmo havendo divergência entre a vontade e a declaração, esta deve prevalecer, se o desacordo for provocado por culpa ou dolo do próprio declarante²⁹.

Em princípio, portanto, a divergência entre a vontade e a declaração se resolve pela prevalência da vontade real, provocando a anulação do negócio praticado sob o impacto do erro ou de outro vício que impediu a formulação da vontade livre e consciente.

Como, todavia, o agente deve responder pelos atos culposos que causem dano a outrem, o contratante que cometeu o erro por sua própria negligência ou dolo, terá de se sujeitar aos efeitos do negócio, para não prejudicar o terceiro que nele confiou.

Objetou-se que a consequência do ato ilícito culposo não é a criação de negócio jurídico, mas apenas da obrigação de indenizar. Redarguiu-se

²⁸ SALEILLES. *Étude sur la théorie générale de l'obligation*, p. 5, *apud* SANTOS, Beza dos. *A simulação em direito civil*. São Paulo: Lejus, 1999, p. 16.

²⁹ FERRARA, *Simulazione*, p. 29, *apud* RODRIGUES, Silvio. *Dos vícios de consentimento*, cit., p. 34.

que a vontade merece a proteção do ordenamento jurídico quando se destina a alcançar escopos afins aos interesses sociais, pois, segundo FERRARA, o fundamento dessa proteção é “o interesse do comércio jurídico, da comunidade, e não uma homenagem incondicional e servil ao ato volitivo”³⁰.

A manutenção do negócio a despeito da vontade diversa do autor da declaração, segundo a teoria comentada, ocorre porque quem incorre em erro por culpa, causa dano à expectativa legítima de terceiro. A reparação que toca ao culpado consiste justamente em satisfazer aquela expectativa, decretando-se a obrigação de cumprir a declaração feita. Nem toda reparação de ato culposo se dá por indenização de perdas e danos. Pode também haver a reparação *in natura*, que no caso seria a não anulação do negócio³¹.

6.4. Teoria da confiança

O último grau de evolução do tratamento do problema do erro no negócio jurídico foi acrescido pela *teoria da confiança*. Não basta analisar o dissídio entre vontade e declaração apenas no ângulo de quem a emite. É preciso levar em conta também o comportamento de quem a recebe. É preciso indagar se este manteve sua expectativa de vinculação segundo a boa-fé, ou se de alguma forma concorreu com culpa no evento.

A teoria da confiança retrata bem os rumos da nova ordem jurídica, que se afasta do individualismo para melhor valorizar o interesse social. Daí porque vai além da tutela da vontade do declarante para se ocupar também do interesse daqueles que confiam na segurança das relações jurídicas e que, da mesma forma, devem concorrer para que ela se concretize.

As leis, no direito comparado, aos poucos vão aderindo a essa nova teoria, que fora apenas esboçada ou sugerida pelo Código alemão (BGB, art. 122).

Já no atual Código italiano a orientação preconizada pela teoria da confiança é clara: “o erro é causa de anulação do contrato quando for substancial e reconhecível pelo outro contratante” (art. 1.428).

Também no novo Código português, está previsto que a anulabilidade do negócio gerado por erro ocorrerá se este for conhecido ou reconhecível pelo outro contratante (art. 247).

7. A POSIÇÃO DO NOVO CÓDIGO BRASILEIRO

Em toda a celeuma gerada pela luta entre teoria da vontade e teoria

³⁰ RODRIGUES, Silvio, ob. cit., p. 35.

³¹ RODRIGUES, Silvio, ob. cit., n° 26, p. 36/37.

da declaração, o novo Código, ao disciplinar genericamente os vícios de consentimento tomou, apenas em aparência, partido da defesa da vontade real, permitindo a anulação dos negócios em que o consentimento não for livre e conscientemente manifestado (coação, dolo, lesão, estado de perigo).

No campo do erro substancial, porém, onde o regime era no Código anterior dominado (por exegese jurisprudencial) pela “teoria da responsabilidade” (culpa do autor da declaração), evoluiu-se para a “teoria da confiança”, seguindo-se o exemplo de legislações modernas como a italiana e a portuguesa. Não é mais apenas pela falta de culpa do declarante (erro escusável) que se anula o ato errôneo, mas porque o destinatário da declaração, por sua vez, teve culpa no evento, já que poderia ter evitado a prática viciada do negócio jurídico, pois o erro era daqueles que poderiam ser percebidos por pessoas de diligência normal nas circunstâncias do negócio (art. 138). *A contrario sensu*, ainda que haja divórcio entre a vontade e a declaração, esta prevalecerá se o outro contratante (de boa-fé) não tinha condições de perceber o erro do declarante.

Essa teoria, segundo a ótica tradicional, não teria maior repercussão nos vícios mais graves como o dolo e a coação, porque, entre as partes do negócio, uma delas quase sempre se comporta de má-fé, por força da própria maneira de obter-se a má formação da vontade da vítima; ou, mesmo não estando o beneficiário de má-fé, em casos como o dolo de terceiro, o desvio do querer seria tão profundo que a lei não poderia relevá-lo³².

No entanto, até mesmo no campo do dolo e da coação, o regime do atual Código prestigia a teoria da confiança e não dispensa a culpa do beneficiário para a configuração do vício de consentimento. Se o ardil ou a ameaça tiverem sido praticados por estranho e não pela parte do contrato que deles se beneficia, a anulação somente será possível quando esta deles tiver tido conhecimento ou condições de conhecê-los (arts. 148 e 154).

Se é impensável cogitar-se da possibilidade de boa-fé no dolo e na coação, quando praticados diretamente por um dos contratantes, é perfeitamente viável a atuação de boa-fé do contratante se a coação ou o dolo tiverem sido praticados por terceiro, situação em que a ausência de má-fé entre os sujeitos do negócio impede sua anulação. Dessa maneira, mesmo nos mais graves vícios de consentimento, a boa-fé do destinatário da declaração de

³² TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni* cit., n° 71, p. 155, nota 2.

vontade prevalece sobre o defeito de formação da vontade do declarante.

Até mesmo a fraude contra credores se funda na base da teoria da confiança, visto que a sanção aos negócios onerosos praticados em prejuízo da garantia dos credores só atinge o terceiro adquirente ou sub-adquirente que tenha atuado de má-fé. O que tenha adquirido bens do devedor insolvente de boa-fé (isto é, sem conhecer a insolvência) não é atingido pela invalidade do contrato (arts. 107 e 109).

Como se vê, o sistema geral dos vícios de consentimento, na evolução do Código de 1916, para o atual, submeteu-se, predominantemente, à teoria da confiança, onde o destaque maior é conferido a boa-fé, à lealdade, e à segurança das relações jurídicas.

8. O ESTADO DE NECESSIDADE NO ÂMBITO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS: ANULABILIDADE OU RESCINDIBILIDADE?

Como defeitos do negócio jurídico o Código atual acrescenta duas figuras novas: o *estado de perigo* e a *lesão*, que correspondem às hipóteses do Código italiano de desequilíbrio econômico do contrato, ali apeladas de *stato di pericolo* e *stato di bisogno*³³.

Em todas elas, não há propriamente erro da vítima no declarar a vontade negocial, o que se passa é o quadro de perigo enfrentado no momento do aperfeiçoamento do negócio que coloca a pessoa numa contingência de necessidade premente de certo bem ou valor e, para obtê-lo, acaba ajustando preços e condições desequilibradas. O contrato, em tais circunstâncias, se torna iníquo, porque uma das partes se aproveita da conjuntura adversa para extrair vantagens injustas à custa da necessidade da outra.

No *estado de perigo*, o que determina a submissão da vítima ao negócio iníquo é o risco *personaal* (perigo de vida ou de grave dano à saúde ou à integridade física de uma pessoa). Na *lesão* (ou *estado de necessidade*), o risco provém da iminência de danos patrimoniais, como a urgência de honrar compromissos, de evitar a falência ou a ruína dos negócios.

As duas situações jurídicas, no direito italiano, não são vistas como causas de *anulabilidade*. Recebem tratamento repressivo distinto, qual seja o da *rescindibilidade* (arts. 1.447 e 1.448).

Defende-se historicamente a *rescindibilidade* como algo diverso da *anulabilidade*, porque esta se ligaria aos vícios de consentimento, enquanto

³³ TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni cit.*, n. 86, p. 193.

aquele se voltaria para a repressão da *injustiça* ou *iniquidade*. Não se detecta na lesão ou no estado de perigo um vício de constituição do negócio jurídico com ato de vontade, mas na sua organização econômica. Atende-se mais à proteção dos critérios de justiça e equidade, na prática negocial, que à liberdade de vontade. Embora esta, indiretamente, também se resguarde³⁴.

O Código brasileiro, mesmo conhecendo a sistemática italiana, preferiu ignorar a distinção técnica ali feita entre rescisão e anulação. Optou por englobar todos os casos de patologia negocial no campo único da anulabilidade, por entender que não há razões práticas e teóricas para justificar o tratamento dicotômico.

Quando se repeliu a sugestão do Professor COUTO E SILVA, à época dos trabalhos legislativos, de submeter a lesão e o estado de perigo ao regime da rescisão, e não da anulação, o Ministro MOREIRA ALVES justificou a opção unificadora do projeto afirmando que não se via, no fundo, razão para tratarem-se na lei separadamente os casos de anulação e de rescisão. Invocaram-se, para tanto, objeções da própria doutrina italiana, onde autoridades insuspeitas também se opõem à conveniência de tratar separadamente a anulabilidade e a rescindibilidade.

Nesse sentido foram lembradas as ponderações de CHIRONI e ABELLO, para quem a invalidade do negócio dá origem a *uma ação*, que na lei se chama de *anulabilidade* ou de *rescisão*, embora a última expressão se reserve mais especificamente para a anulação fundada no vício da lesão. “*Ma*” - advertem os civilistas - “*differenza assoluta tra i due termini non v'è, e la legge li ricorda entrambi meglio per ragioni d'ordine storico che per altro, poichè la nullità e la rescissione d'un atto conseguono dall'invalidità sua a ragion d'un vizio che gli era inerente a fin dal tempo di sua nascita*”³⁵.

Anotou MOREIRA ALVES que os argumentos dos defensores da rescisão como fenômeno diverso da anulação têm como ponto principal a razão de a lesão operar *fora do ato*, isto é, fundar-se em motivo que não

³⁴ TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni cit.*, n. 86, p. 194.

³⁵ *Trattato di diritto civile italiano*, v. I, p. 498, *apud* ALVES, Moreira. *A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro cit.*, p. 116.

está na declaração de vontade, mas que surgiu simultaneamente com ela³⁶.

A própria doutrina, na palavra de CANDIAN não aceita pacificamente a tese de que o motivo da rescisão atuaria fora dos pressupostos ou elementos constitutivos do negócio:

“A ben guardare, il fatto al quale l’ordinamento consente di reagire con l’azione di rescissione induce una anomalia in alcuno degli elementi costitutivi del negozio: o sotto il profilo della causa, inquanto lo scopo viene, nel concreto caso, raggiunto per la via anormale, cioè con necessitata e immoderata sproporzione fra la quantità del dato e quella del ricevuto; oppure sotto il profilo della volontà, in quanto è turbata, al di là del limite tollerato dall’ordinamento, il processo della formazione autonoma dell’atto di volontà da parte del soggetto iugulato; oppure, più probabilmente, sotto il profilo della combinata anomalia dell’uno e dell’altro elemento”³⁷.”

Não se consegue, portanto, mesmo no direito italiano, fugir do relacionamento entre a lesão e a anomalia da formação do contrato, no que diz respeito à declaração de vontade. Por isso, a tese que separa a ação de anulação por vício do consentimento da ação de rescisão por lesão não consegue afastar-se da conclusão de que “não há dúvida de que a rescindibilidade é, historicamente, uma subespécie de invalidade, porquanto não identificável com a nulidade; todavia não está longe - nos efeitos - da anulabilidade”³⁸.

A doutrina mais atualizada na Itália não consegue evitar a conclusão de que “*il risultato della rescissione è molto simile a quello dell’annullamento*”³⁹. Para BIANCA, por exemplo, “*la rescindibilità è una forma d’invalidità analoga all’annullabilità, pur se caratterizzata da una propria disciplina (...). L’irregolarità del contratto non è data dalla iniquità, in sè*

³⁶ BARASSI. *Teoria della ratifica del contratto annullabile*, n. 87, p. 174 *apud* ALVES, Moreira, ob. cit., p. 116.

³⁷ CANDIAN. *Nozioni istituzionali di diritto privato*, n. 336, p. 481, *apud* ALVES, Moreira, ob. cit., p. 117.

³⁸ MESSINEO. *Dottrina generale del contratto*, p. 465, *apud* ALVES, Moreira, ob. cit., p. 118.

³⁹ TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni cit.*, n. 86, p. 193.

*counderata ma dall'iniquità risultante dall'approfittamento di una situazione di anomala alterazione della libertà negoziale*⁷⁴⁰.

Por isso responde BIANCA aos defensores da tese de que o instituto defenderia a equidade contratual e não a vontade do contratante, que a lei, na matéria, não cuida apenas do desequilíbrio entre as prestações (iniquidade), mas “da manifesta iniquidade do contrato que provém da causa de perturbação da normal liberdade de decisão do sujeito”⁷⁴¹.

Não se deve, portanto, censurar a orientação do Código brasileiro de reunir numa só ação de invalidação os vícios de consentimento tradicionais e a lesão e o estado de perigo. O antigo tratamento da rescisão, reservado historicamente para os últimos, não cuida de vícios estranhos à declaração de vontade, pelo menos de forma absoluta. Também na lesão e no estado de perigo se depara com situações anômalas e prejudiciais à liberdade negocial, de sorte que tal como no dolo e na coação, a *rescindibilidade* exprime no plano jurídico uma valoração socialmente negativa do aproveitamento da vontade mal formada⁴².

9. CONCEITO LEGAL DE ESTADO DE PERIGO

Entre os novos vícios de consentimento que provocam a anulabilidade do negócio jurídico, o Código atual arrola o estado de perigo, ao lado da lesão. Pelo art. 156:

“Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.”

Um perigo corrido pela própria pessoa ou por alguém da família (ou até mesmo por um não-parente, quando, pelas circunstâncias, o risco puder afetar emocionalmente o declarante, tal como se dissesse respeito a uma pessoa da família), deve ser a causa determinante de um negócio jurídico que se contrata em bases excessivamente onerosas. É justamente para escapar ao risco de dano pessoal grave que o negócio se consuma. A declaração de

⁴⁰ BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile. Ristampa*, Milano: Giuffrè, 1987, v. III, n. 333, p. 642-643.

⁴¹ BIANCA, C. Massimo. ob. cit., v. III, n. 333, p. 643.

⁴² BIANCA, C. Massimo. ob. cit., v. III, n. 333, p. 643-644.

vontade é emitida com o direto propósito de obter meios para se safar do perigo. O exemplo mais freqüente é o do naufrago que concorda de pagar uma recompensa excessivamente alta pelo socorro que alguém se dispõe a retirá-lo do perigo em que se encontra. Se pudesse raciocinar livremente, com toda certeza não pactuaria um ajuste tão exorbitante. Por isso é que se considera defeituoso o ajuste consumado em bases excessivamente onerosas, por causa do quadro de perigo em que o declarante atuou.

Na essência, o mecanismo de que se vale o contratante beneficiário para obter da vítima do perigo a vantagem que jamais alcançaria sem este, não é diverso do que se passa quando o contratante faz uso da coação moral. Tal como na *vis compulsiva*, o declarante submetido ao estado de perigo não tem, praticamente, condições para declarar livremente sua vontade negocial. Nos ordenamentos jurídicos em que não há previsão específica do estado de perigo, a doutrina costuma enquadrá-lo no regime da coação⁴³.

Há, ainda, casos como já se expôs, de ordenamentos jurídicos locais, que não consideram o estado de perigo e o estado de necessidade (lesão) como vícios de consentimento, e apenas o tratam como causa de rescindibilidade do negócio. Isto, porém, não gera efeitos práticos diferentes da anulação. Há, outrossim, os que são mais radicais e conduzem o problema para o da ilicitude, de modo a qualificar o abuso da necessidade alheia como prática contra direito, capaz de acarretar mais do que um defeito no negócio jurídico, ou seja, sua *nulidade*⁴⁴.

O atual Código brasileiro, enfrentando direta e expressamente o problema, equacionou o estado de perigo, bem como a lesão, na categoria das causas de anulabilidade do negócio jurídico (arts. 156 e 157). Enquanto não havia previsão legal específica, o contrato, *in casu*, poderia ser visto como viciado por coação moral ou até como configurador de ato ilícito (finalidade contrária ao direito) e, portanto, nulo.

Toda a incerteza antes vigorante por indefinição legislativa foi superada e o regime de tratamento normativo do defeito é, sem dúvida, o da anulabilidade, a exemplo do negócio praticado sob influência do dolo ou da coação.

⁴³ ANZORENA, Acuña. Anotações *in* SALVAT. **Tratado de derecho civil argentino - fuentes de las obligaciones**. 2. ed., Buenos Aires: Tea, 1950, n. 806, p. 89; LLAMBÍAS, Jorge J. **Tratado de derecho civil - parte general**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1970, t. II, n. 1.974.

⁴⁴ MIRANDA, Pontes de. *Tratado cit.*, v. IV, §459, p. 351.

10. NEGÓCIOS USURÁRIOS

O estado de perigo e a lesão são aspectos da chamada usura real em contraposição à usura financeira. Esta se caracteriza pela cobrança de juros a taxas superiores ao que seria legal ou honestamente aceitável nos empréstimos de dinheiro; e aquela a que se refere a qualquer prática não equitativa que transforma o contrato bilateral em fonte de prejuízos exagerados por uma das partes e de lucros injustificáveis para a outra. É uma anomalia verificável nos contratos bilaterais onde o normal seria um razoável equilíbrio entre as prestações e contraprestações.

É claro que não se pode exigir uma absoluta igualdade na equação contratual, porque no comércio jurídico é natural procurar-se o lucro que só é atingível se um dos contratantes conseguir uma certa vantagem sobre o outro. O intolerável é a exorbitância do lucro, obtida por meio de imposições que representem a exploração desonesta de uma parte sobre a outra.

Na origem, a ilicitude do negócio usurário era medida com base em proporções matemáticas: em Roma, se a diferença era superior à metade, tinha-se a lesão enorme, causa suficiente para a invalidar o contrato, independentemente de ponderações de ordem subjetiva.

Mais tarde, além do desequilíbrio das prestações, a história do direito registrou a repulsa ao abuso do estado de necessidade. Aí, sem levar em conta a medida de desproporção, se valorizava o aspecto ético da conduta de quem se usava da prevalência do risco de dano corrido por uma pessoa para extorquir-lhe vantagens iníquas.

Por caminhos sinuosos chegou-se ao Código italiano que, cuidando da usura real, sistematizou as duas formas de rescisão do contratos por ela viciados: o estado de perigo (art. 1.447) e o estado de necessidade ou lesão (art. 1.448). Ambos, porém, identificados por elementos objetivos (desproporção entre as prestações) e subjetivos (dolo de aproveitamento da situação de inferioridade de um dos contratantes). É a situação que agora se implanta, de forma sistemática e moderna, no novo Código brasileiro (arts. 156 e 157), embora não em termos exatamente iguais.

11. ESBOÇO HISTÓRICO DA LESÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Reconhece o novo Código brasileiro a *lesão* como um dos defeitos que provocam a anulabilidade do negócio jurídico (art. 171, II). O que seja este vício de consentimento di-lo o art. 157: “ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação

manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta”.

A lesão, como defeito funcional (e não como vício de vontade) já era conhecida das fontes romanas (Lei Segunda, do ano de 285, de Deocleciano e Maximiliano - Cód., Liv. IV, Tít. 44, *De rescindenda venditione*, Livro 2) e figurava, também, nas Ordenações Filipinas (Livro 4, Tít. 13).

Em tais origens, porém, tratava-se não de uma causa de anulação do contrato por vício de consentimento, mas de um motivo de *rescisão*, por ofensa ao princípio *objetivo* da comutatividade entre as prestações dos negócios bilaterais. Não se apontava falha nos elementos essenciais de formação do contrato, como os que ocorriam no erro, dolo ou coação. O motivo de rompimento (rescisão) estava na imoralidade das condições econômicas do ajuste. O seu desequilíbrio era visto como ofensivo dos bons costumes. Por isso mesmo o defeito funcional não era fatal. A outra parte poderia ilidir a pretensão rescisória da que restou lesada, oferecendo-se para complementar o preço, ou reduzi-lo, conforme o caso.

O Código Civil de 1916, eliminou a figura da lesão, por havê-la como incompatível com a autonomia privada, então sob grande exaltação. Naquela quadra, dominada pelo positivismo exacerbado, a lesão era vista como “*instituto decadente e antipático às legislações modernas*”⁴⁵.

No entanto, após a primeira guerra mundial, o pensamento social passou a exercer marcante influência sobre a legislação e sob esse impacto surgiram, entre nós, diplomas normativos como as leis do inquilinato e a lei da usura. Finalmente, em 1938, adveio a Lei de Proteção à Economia Popular (Dec. 869, mais tarde substituído pela Lei nº 1.521 de 26.12.51), que reintroduziu a figura da lesão no direito brasileiro, embora cuidando precipuamente do aspecto da repressão penal à usura. No entanto, a própria Lei nº 1.521 ordenava ao juiz ajustar os lucros usurários à medida legal, impondo à restituição do que fora pago em excesso (art. 4º, § 3º).

Entendeu-se que a ressurreição do instituto da lesão operada na seara penal tinha imediata repercussão no campo do direito privado, de modo a permitir não só a recuperação do pagamento a maior, mas também o rompimento do contrato por via da nulidade pela ilicitude do objeto (Cód. Civil, art. 145, II).

⁴⁵ MENDONÇA, Carvalho de. **Doutrina e Prática das Obrigações ou tratado geral dos direitos de crédito**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, s. d., v. II, n. 582; BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. 5. ed., Rio de Janeiro: F. Alves, 1929, § 56.

A lesão, reprimida penalmente pela Lei nº 1.521 pressupunha a desproporção superior a um quinto do valor recebido em troca e, ainda, que tal diferença proviesse do abuso de uma parte sobre a necessidade, leviandade ou inexperiência da outra.

Aplaudiu-se a postura do legislador pátrio, visto que se harmonizava com as tendências do direito em todo o mundo, que eram no sentido de se adaptarem aos imperativos da moral e ao ideal de justiça, valorizando uma visão social e solidária da convivência humana e no seu respectivo ordenamento⁴⁶.

Posteriormente, no âmbito das relações de consumo, o Código de Defesa do Consumidor previu a *nulidade* de cláusulas abusivas, ou seja, daquelas que importem prática, contra o consumidor, de iniquidade, desvantagem excessiva ou onerosidade excessiva (art. 51, IV). Trata-se, sem dúvida, de repressão à prática de *lesão*, embora limitada aos contratos de consumo⁴⁷.

Pouco tempo antes da aprovação do novo Código Civil, o Governo Federal baixou Medida Provisória que consagra o instituto da *lesão* como meio de proporcionar a *nulidade* das estipulações usurárias que, nos negócios jurídicos onerosos em geral, tenham provocado “lucros ou vantagens patrimoniais excessivos”, quando pactuados “em situação de vulnerabilidade da parte” (Medida Provisória n. 2.172-32, de 23.08.2001)⁴⁸. A solução preconizada por essa legislação de emergência é a nulidade apenas da cláusula usurária, devendo o juiz rever o contrato para “restabelecer o equilíbrio da relação contratual”, ajustando-o ao “valor corrente” e, se for o caso, ordenando “a restituição, em dobro, da quantia recebida em excesso, com juros legais a contar do pagamento indevido” (Medida Provisória 2.172-32, art. 1º, inc. II)⁴⁹.

⁴⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Lesão nos contratos**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1959, n. 103, p. 216; RODRIGUES, Silvio. **Vícios do Consentimento**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1982, n. 109, p. 214.

⁴⁷ BECKER, Anelise. “A Natureza Jurídica da Invalidez Cominada às Cláusulas abusivas do Código de Defesa do Consumidor”. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 22, p. 132.

⁴⁸ Por força da Emenda Constitucional 32 de 11.09.2001, as medidas provisórias editadas em data anterior à sua publicação continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional (art. 2º).

⁴⁹ A superveniência do Código Civil tratando da mesma matéria da Medida Provisória n. 2.172-32, importou em revogação da parte em que ela tratava da usura real nos negócios civis e comerciais, já que dito vício do negócio jurídico foi totalmente disciplinado pelo novo Código (Lei de Introdução ao Cód. Civil, art. 2º, §1º).

O novo Código Civil, portanto, ao reincluir na sistemática do direito privado, em caráter geral, o vício da lesão, está sintonizado com os rumos claramente traçados pelo direito comparado e com a própria evolução sinalizada pelo direito brasileiro, a partir da Lei de Proteção à Economia Popular.

12. CONCEITO DE LESÃO COMO VÍCIO DE CONSENTIMENTO

A lesão que o novo Código admite como vício de consentimento para gerar a anulabilidade consiste na hipótese em que a pactuação do negócio tenha sido fruto de premente necessidade ou de inexperiência de uma das partes, circunstâncias que foram determinantes das prestações avençadas de maneira manifestamente desproporcional.

Há na base da lesão um perigo de dano que o contratante deseja afastar, mas esse perigo não é o risco pessoal de que fala o art. 156; é a iminência de qualquer perigo de ordem patrimonial, desde que sério ou grave. O contrato afetado pela lesão é justamente o que se mostra, no momento e na ótica do agente, capaz de fornecer-lhe os meios necessários ao afastamento do perigo, embora a um custo exagerado e iníquo.

Típico exemplo de premência dessa natureza, embora não o único, é o do devedor insolvente, que, para obter meios de pagamento, vende seus bens a preços irrisórios ou muito abaixo dos preços de mercado. Para considerar-se em estado de necessidade, ou sob premente necessidade, não é necessário que a parte se sinta reduzida à indigência ou à total incapacidade patrimonial, bastando que seu estado seja de dificuldades econômicas ou de falta de disponibilidades líquidas para honrar seus compromissos.

O que importa apurar é se a dificuldade econômica ou a inexperiência do contratante foram a causa determinante do negócio lesivo, ou seja, se a parte prejudicada lançou mão do contrato como instrumento para tentar satisfazer sua necessidade; e, ainda, se foi por causa dessa premência que as condições iníquas vieram a ser ajustadas⁵⁰.

Em suma, o desequilíbrio entre as prestações deverá decorrer do estado de premência ou de inexperiência. E, mais, esse desequilíbrio deve ser congênito, ou seja, deve ter se dado no momento da contratação e não ser fruto de oscilações de mercado ulteriores ao negócio. Deve, ainda, persistir até o momento da anulação porque é daqueles defeitos que a lei permite

⁵⁰ BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile cit.*, v. III, n. 335, p. 648.

sejam remediados *a posteriori*. Extinta, pois, a disparidade de prestações, não mais haverá razão para a ruptura da avença. Isto, porém, pressupõe prestações ainda por satisfazer. Se a lesão já se consumou e o negócio se exauriu, pouco importa que o bem tenha se valorizado ou desvalorizado posteriormente ao contrato. A anulação será possível em função do prejuízo que o lesado efetivamente sofreu no momento do ajuste. ◆

DA ASSUNÇÃO DE DÍVIDA

LUIZ ROLDÃO DE FREITAS GOMES

Desembargador do TJ/RJ. Professor Titular de Direito Civil da Universidade Federal Fluminense

I – A IMPORTÂNCIA DO ESTUDO DA ASSUNÇÃO DE DÍVIDA

1. Quer-nos parecer atual o tema e viva sua importância. Com efeito, procuramos ressaltar ao cabo das conclusões extraídas, num momento em que nosso País, em razão de imensas dificuldades oriundas do ambiente internacional e de origem autóctone, se vê imerso em uma das mais graves crises econômicas de sua História, ante o espectro de fenômenos recessivos, com a pungência de suas seqüelas sociais, o estudo da transmissão das obrigações no lado passivo pode contribuir para arredar-se a insolvência, em não poucos casos, com a assunção do passivo de uns por outros.

Assim, muitas empresas, às voltas com o risco da insolvabilidade, comerciantes e até pessoas físicas em situações que tais, poderiam, mediante incorporações, fusões de sociedades, alienação do estabelecimento comercial com a transmissão do passivo, e isoladas transferências singulares do débito, igualmente, obviar à declaração de uma quebra ou insolvência civil.

Os próprios agentes de financiamento governamentais ou privados poderiam encontrar na assunção da obrigação por outrem ou juntamente por este com o devedor, uma fórmula capaz de ajudar o soerguimento de empresas em adversidades, reforçando-se com isso seu crédito, ao invés de abandoná-las aos revezes da crise, que se abate impiedosamente sobre o empresário como os empregados, estes mais atingidos pela perda do ganho cotidiano, expostos ao perigo de uma comoção.

2. Esta, inclusive, uma das determinantes que nos inspiraram o estudo do tema, cuja análise possa, talvez, contribuir para melhor compreensão do instituto em sua natureza, contornos, estrutura e efeitos, de sorte a que, aperfeiçoado pelos doutos seu conhecimento, venha ser mais utilizado na medida em que melhor apreendido.

Sobreleva notar também seu emprego cada vez mais freqüente nas

operações do Sistema Financeiro de Habitação, na aquisição de imóvel hipotecado, imputando-se a transferência do débito no pagamento de preço.

II – DA SUCESSÃO NOS DÉBITOS. NOTÍCIA DO DIREITO COMPARADO

3. Não se pode apartar uma abordagem do assunto de apreciar-se, primeiramente, a controvérsia suscitada em torno da sucessão nas dívidas e como dirimida. Sabe-se que, só ao longo de secular evolução, admitiu a Ciência Jurídica, no século passado, mais precisamente, no Direito alemão, em cujo Código resultou consagrada, a transmissão singular dos débitos. Tolhiam-na vetustas reminiscências do romanístico preconceito da estrita pessoalidade da obrigação, a impedir mesmo a cessão de crédito, só mais tarde acolhida, também na pandectística germânica.

Deve-se a DELBRÜCK, na Alemanha, em 1853¹ o pioneirismo de uma construção sistemática do instituto, que não prevaleceu, entretanto, em sua estrutura, por destacar crédito e débito como entidades autônomas, suscetíveis de transmissão isolada, num esforço de conciliá-las com o princípio da intransmissibilidade da obrigação.

4. Afirmada, entretanto, a independência da obrigação moderna da individualidade dos sujeitos ativo e passivo, preservando-se em sua integridade jurídica sem embargo da substituição de um deles, para o que foi decisiva a elaboração jurídica de WINDSCHEID², e chancelada a assunção de dívida (*Schuldübernahme*), de forma científica e sistemática, no BGB (§§ 414 a 419), daí irradiou-se para outros sistemas jurídicos, logrando a adesão de inúmeros estudiosos, dentre os quais sobressaem as preeminentes figuras de GAUDEMET, SALEILLES, COVIELLO, RUGGIERO, MAROI, RESCIGNO, STOLFI, BIGIAVI, CORRADO, ALLARA, DE DIEGO, JORDANO, PÉRES Y ALGUER, CARNEIRO PACHECO, VAZ SERRA, GALVÃO TELLES, os três últimos antes do novo Código Civil Português. Após, mereceu brilhantes estudos de ANTUNES VARELA, MOTA PINTO, NEY FERREIRA, ALMEIDA COSTA e outros destacados juristas lusos.

¹ DELBRÜCK, “Die Uebernahme fremder Schulden, nach gemeinem und preussischem Rechte”.

² WINDSCHEID, “Die Actio des römischen Rechts vom Standpunkte des heutigen Rechts” (Dusseldorf, 1856), *Pandette*, v. II, 1ª parte, § 329, nota 10, p. 276-277; artigos críticos publicados desde 1853, em *Krit. Ueberschau*, t. I, pág. 27 e segs.. Quanto a estes e à primeira obra, *apud* GAUDEMET, *Transport de Dettes*, p. 468, nota 4, e p. Segs., e COVIELLO, “Della Successione nei Debiti a Titolo particolare”, in *Archivio Giuridico*, v. LVI, p. 291 e segs..

Introduziu-se na legislação helvética, austríaca, grega, mexicana, polonesa, soviética, portuguesa e italiana (com peculiaridades de tratamento), sendo praticada, a despeito de omissão no ordenamento positivo quanto à sua regulamentação expressa, nos Direitos espanhol, argentino, francês (com resistência) e mesmo inglês e americano (com fisionomia própria).

III – CONCEITO E ESPÉCIES DE ASSUNÇÃO DE DÍVIDA

5. Concebe-se a assunção de dívida como o ato que, no plano negocial, dá causa à sucessão singular da obrigação no lado passivo, certo poder esta também derivar da lei e do ato judicial³. Faz-se presente em sua noção a idéia de permanência da obrigação, com suas características, acessórios e garantias, em princípio, havendo mudança apenas no que respeita ao sujeito passivo.

Define-a PONTES DE MIRANDA⁴ como “o negócio jurídico bilateral pelo qual o novo devedor fica no lugar de quem o era”. Para o Prof. CAIO MÁRIO, que versou sobre o assunto, cuida-se do “negócio jurídico convencional e abstrato, pelo qual o devedor, com a aceitação do credor, transfere a um terceiro os encargos obrigacionais”⁵.

6. Cremos de mister distinguir antes suas espécies. Pode, numa acepção mais lata, a assunção de dívida abranger a hipótese em que o novo devedor não ingressa no lugar do antigo, que subsiste na relação jurídica ao lado do recém-chegado. Dá-se mera adesão, adjunção ou co-assunção da dívida, vindo o terceiro a constituir-se devedor do débito em que outrem se achava constituído.

É a chamada assunção cumulativa, de reforço ou reforçativa, ou confirmatória da dívida, em que o assuntor se coloca ao lado do primitivo devedor, sem que este reste exonerado, concedendo ao credor não o direito à dupla prestação, mas o direito a prestação devida através de dois vínculos, à semelhança das obrigações com devedores solidários, no pensamento do Prof. ANTUNES VARELA⁶.

É verdade que autores de nomeada, como NEY FERREIRA⁷, objetam à inclusão desta figura sob o manto da assunção de dívida, visto não ocasionar a sucessão singular no débito. Esta só emana da assunção da dívida no

³ PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, tomo XXIII, p. 397/8.

⁴ PONTES DE MIRANDA, *ob. cit.*, p. 257, § 2.820, nº 2.

⁵ CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, v. II, p. 318/19.

⁶ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, v. II, p. 321/2.

⁷ NEY FERREIRA, *Da Assunção de Dívidas*, 1973, p. 69/70.

sentido próprio, a saber, da privativa ou liberatória, a implicar exoneração do antigo devedor. Neste sentido uma observação do Professor CAIO MÁRIO ao então candidato, autor deste trabalho, quando o argüia.

Refleta-se, porém, em que, apesar de não operar a sucessão em causa, não deixa de transmitir, em certa medida, a obrigação ao devedor que surge, sem despedir-se do antigo.

Sob o ângulo da compreensão mais lata, pode conceituar-se, na feliz expressão de DERNBURG⁸ como “...*l'ingresso di un nuovo debitore in una obbligazione, la quale nel rimanente continua a sussistere*”.

IV – DISTINÇÃO ENTRE A ASSUNÇÃO DE DÍVIDA E OUTROS INSTITUTOS JURÍDICOS

7. Importa distingui-la das figuras que dela se aproximam ou lhe guardam afinidades. Na espécie de assunção cumulativa, pode prestar-se à confusão com a fiança e a promessa de liberação.

Viu-se, na co-assunção, despontar uma obrigação solidária, inda que sob reparos, como vínculo entre os devedores. Nem sempre assim na fiança. Demais disso, malgrado em ambas uma pessoa se comprometer a efetuar uma prestação devida por outrem, indene de dúvida que, na primeira, o assuntor responde por dívida própria, ao passo que o fiador, por alheia.

8. A promessa de liberação, assunção de cumprimento ou adimplemento, dentre outros cognomes, consiste, no dizer de VAZ SERRA⁹ na “convenção entre o devedor e um terceiro, mediante a qual este se obriga, para com aquele, a pagar a dívida”. Nela, portanto, o novo devedor – se destarte pudesse ser denominado – se obriga meramente em face do antigo, quem, na verdade, prossegue sendo o único devedor diante do credor, perante o qual promete liberá-lo. Este, credor, não dispõe, todavia, de qualquer direito contra o promitente. Aí o núcleo da distinção, posto engendrar, a promessa de liberação, apenas uma relação interna entre os devedores, inoponível ao credor. Se lhe conferisse direito, o ato se converteria em contrato a favor dele¹⁰ ou em assunção cumulativa¹¹.

⁸ DERNBURG, *Diritto delle Obbligazione*, § 53, p. 211.

⁹ VAZ SERRA, “Promessa de Liberação e Contrato a Favor do Credor”, in *Boletim do Ministério da Justiça de Portugal*, nº 72, p. 83.

¹⁰ HEDEMANN, *Derecho de Obligaciones*, p. 210/11.

¹¹ PONTES DE MIRANDA, ob. cit., § 2.820, 4, p. 261/2; ENNECCERUS, *Derecho de Obligaciones*, v. 1º, § 85, III, 1, p. 413.

9. No tocante à forma privativa ou liberatória, impõe-se de logo aviventar lindes entre a assunção de dívida e a novação com a qual se misturava, em brumosa névoa, em sua gênese. Neste ponto, talvez, a pedra de toque da construção jurídica do novel instituto.

Tanto neste como na novação subjetiva passiva, dá-se a substituição do primeiro devedor por outra pessoa no dever de realizar a prestação a que o credor tem direito¹². Porém, naquela, a obrigação anterior se extingue com a edificação de outra sobre suas cinzas, enquanto, na assunção, ela, incólume, transplanta-se viva para o novo devedor, operando-se a transmissão singular no débito. Daí advêm importantes e diversas consequências no concernente ao desaparecimento dos acessórios, na novação, e à sua transferência, na assunção, por exemplo, dos juros, da cláusula penal, direitos pignoratícios e hipotecários, tanto quanto se transferem ao assuntor as exceções derivadas da dívida, salvo as estritamente pessoais.

10. Da estipulação em favor de terceiro, embora o resíduo de débil identificação, cumpre diferenciá-la. Se, nas duas, é possível criar-se uma vantagem patrimonial para a pessoa estranha à convenção entre as partes, o que ressalta na co-assunção, na estipulação, a obrigação do promitente se determina conforme o conteúdo do contrato pactuado entre ele e o promissário. Na assunção, ao revés, o conteúdo da obrigação é plasmado pelo contrato originário entre o primitivo devedor e o credor. A par disso, consoante prevalente concepção em sede de estipulações, o direito nasce para o terceiro diretamente do contrato, independentemente de sua anuência. Em tema de assunção de dívida, tomando-se paralelamente como beneficiário o credor, ela não se perfaz sem sua declaração, à míngua da qual não se exonera o devedor. Daí, igualmente, relevantes reflexos em termos de revogação da promessa, possível na estipulação antes da adesão do terceiro, não na assunção, e relativamente aos meios de defesa: na estipulação, oriundos, para o promitente, perante o terceiro, do contrato que celebrou com o estipulante; na assunção, decorrentes, para o novo devedor, em face do credor, das relações entre o antigo devedor e credor.

11. Embutida na cessão de contrato, em uma de suas concepções, como correspectiva da cessão de crédito, a assunção extrema-se ainda da delegação e da expromissão, que lhe dão a forma de suas modalidades básicas, por

¹² ANTUNES VARELA, *Direito das Obrigações*, v. II, p. 359.

acordo entre devedores e entre o novo devedor e credor, respectivamente, sem que a ela se adstringam, porém.

V – MODALIDADES E REQUISITOS FUNDAMENTAIS

12. Tanto a privativa como a cumulativa podem dar-se ao abrigo de contratos seja entre devedores, seja entre o novo obrigado e o credor. Diz-se da primeira revestir a forma delegatória e a segunda, a expromissória, por efeito das referências apontadas à delegação e à expromissão.

Típica da assunção de dívida, a primeira, no Código federal suíço de Obrigações, justifica-se em nosso Direito também com poder o terceiro, interessado ou não, resgatar o débito alheio.

Em ambas, assume especial relevo o consentimento do credor, elemento irredutível da transferência das obrigações.

Acentua-se, na segunda modalidade, sob a aprovação do credor. E propõe interessantes questões a respeito da comunicação do contrato, sua forma (expressa ou tácita), iniciativa e revogação; e sobre a ratificação do credor, no concernente, por igual, à forma, conteúdo, destinatário, eficácia (retroatividade), dentre vários aspectos.

13. Com relação aos requisitos, afora os reclamados para a validade do ato jurídico em geral, enfatizou-se o consentimento do credor, essencial à perfeição da assunção de dívida. Provoca questões no pertinente à forma, sobretudo quando vinculada à daquele negócio em si, e à sua exigibilidade, conquanto tácito, na assunção cumulativa, tema erigido de controvérsias, se bem permita distingui-la, quando exigido, da promessa de liberação.

A existência e a validade da obrigação e a validade do contrato de transmissão erigem-se em pressupostos para a eficácia da assunção de dívida.

A forma do respectivo negócio, por si, é de realce, máxime porque, a despeito do caráter abstrato deste, sofre repercussões da forma do ato que produz a relação causal entre os devedores¹³.

No concernente à capacidade das partes, é de estudar-se a exigibilidade, além da geral de contratar, do poder de dispor, ou não, o credor, do crédito, no anuir. Assim, no caso de ter sido o crédito dado em usufruto ou como objeto de caução pignoratícia, em que se requer a aquiescência do usufrutuário ou do credor pignoratício.

¹³ VAZ SERRA, “Assunção de Dívida (Cessão de Dívida – Sucessão Singular na Dívida)”, in **Boletim do Ministério da Justiça**, nº 72, p. 208 e nota 33.

VI. NATUREZA JURÍDICA E PRINCIPAIS EFEITOS

14. Disputa-se acerbamente acerca da natureza jurídica da assunção de dívida, enfocada, primacialmente, sob o aspecto liberatório e de contrato entre devedores. Dentre diversas correntes, da cessão de débito, da oferta simples, oferta coletiva, representação, alienação de coisa de outrem, contrato em favor de terceiro, contrato entre dois devedores e o credor, e do contrato entre três pessoas, prevalece, em larga maioria, a da disposição. Acolhida no Código Civil Alemão, conta, em seus adeptos, com WINDSCHEID (seu principal formulador), GÜRGENS, UNGER, REGELSBERGER, ENNECCERUS, OERTMANN, LARENZ, LEONHARD, HECK, TITZE, PLANCK-SIBER, VAZ SERRA, ANTUNES VARELA, GALVÃO TELLES, RUGGIERO, VON TUHR, EDUARDO ESPÍNOLA e CARVALHO DE MENDONÇA.

Em sua feição mais moderna, exposta por LARENZ¹⁴, em feliz percepção de sua estrutura, a assunção de dívida reveste um duplo caráter de negócio obrigacional e dispositivo. O primeiro exsurge da relação entre o antigo e o novo devedor; o segundo se patenteia com relação ao novo obrigado na medida em que ele se dá como liberado da dívida, fiando-se antecipadamente na ratificação do credor. Envolve, pois, a assunção de dívida, para esta teoria, um ato de disposição do direito do credor, que, afinal, só pode consumir-se pela vontade deste.

15. No que tange a efeitos que dela dimanam, destaca-se a passagem, para o novo devedor, das exceções derivadas da obrigação, dos direitos acessórios e a preservação, de modo limitado, das garantias.

No pertinente aos meios de defesa, excetuam-se da transferência para o assuntor aqueles pessoais do antigo devedor, da mesma forma como não pode ele extraí-los de suas relações com este.

Referentemente aos direitos acessórios, ou, mais propriamente, às obrigações que lhe correspondem, tais a cláusula penal, os juros, a de compor o dano resultante da infração contratual, a regra é acompanharem a obrigação principal, em reverência ao preceito *accessorium sequitur principale*.

Quanto aos direitos potestativos, entende-se que os que estejam em conexão com a dívida, passam; em caso contrário, não.

Admite-se, à guisa de norma geral, subsistirem, as garantias reais, com a transmissão do débito, salvo se constituídas por terceiros, quando

¹⁴ LARENZ, *Derecho de Obligaciones*, § 31, p. 477/78.

se impõe o consentimento do prestador, para que se conservem. A fiança, todavia, se extingue, a não haver o fiador anuído em sua permanência. Tinturas especiais ganha a matéria, quando se trate de garantias dadas pelo devedor liberado ou pelo assuntor, caso em que sobrevivem.

Na área dos privilégios, cumpre discernir os gerais dos especiais, podendo concluir-se, embora sob o crivo de acirrada controvérsia, transferir-se o geral, o que só ocorreria com o especial quando incidisse sobre bem que viesse a integrar o patrimônio do novo devedor. Matéria a exigir claro e urgente tratamento legislativo, dada sua ampla repercussão social.

16. Com respeito à insolvência do assuntor, apesar de não se situar o assunto propriamente entre os efeitos citados, pode, todavia, repercutir na assunção de dívida, importando enfocá-la a propósito deles. Apenas para assentar-se que, em se caracterizando, não cabe contra o antigo devedor, já exonerado, ação do credor, salvo se obrou com dolo no obter o consentimento deste, quando pode ser demandado pela anulação do ato ou em via regressiva por aplicação analógica de regra sobre a novação.

17. Paralelamente a este aspecto, se anulado ou declarado nulo o contrato de transmissão de dívida, volve a obrigação ao antigo devedor, com todos os acessórios, salvo as garantias concedidas por terceiros que não aquiesceram em seu restabelecimento. É como se interpreta.

VII. CASOS ESPECIAIS

18. Arrolam-se como desta natureza a assunção de dívida hipotecária, a de patrimônio, em particular a venda de estabelecimento comercial com a transferência do passivo, e a constituição de sociedade por fusão ou incorporação de empresas, além da denominada incorporação de sócio.

Arvoram-se em casos de incidência diuturna, a expressarem a relevância do assunto, carecedor, entretanto, ainda, da merecida atenção legislativa.

O primeiro, freqüente nas operações do Sistema Financeiro de Habitação, já se disse, está ligado ao desenvolvimento do instituto, além de contemplado especificamente em legislações alienígenas (BGB, Cód. Civil suíço, grego, polonês e austríaco). A primeira provisão legislativa sobre a sucessão singular nos débitos localiza-se exatamente em uma Lei Hipotecária da Prússia, de 1872. É de exigir-se seja a dívida expressamente assumida pelo adquirente do imóvel hipotecado, em que pese as opiniões divergentes, para que se aperfeiçoe a transmissão.

A venda de estabelecimento comercial, com a transferência do passivo, como forma de assunção de patrimônio, tem dado azo a polêmicas quanto à natureza daquele (espécie de universalidade) e seus efeitos, com reflexo em outras searas do Direito, tributária, v.g.. Concebido como uma universalidade de fato, é de inferir-se não abarcar os elementos do passivo de seu titular, de modo a que a transmissão dos débitos ao adquirente não advém, em princípio, da natureza da obrigação, não a determinando a lei. Pode, entretanto, ser estipulada, o mais comum, convertendo-se o negócio, nesta amplitude, em útil instrumento à circulação do fundo de comércio, com vistas inclusive a prevenir a quebra do comerciante, que pressinta insolvabilidade.

Das fusões e incorporações de sociedades, como meio de fazê-las crescer, em dias melhores, e como alternativa para evitar-lhe o juízo concursal dos credores, em detrimento de todos, nada melhor que evocar os fatos de antes e de hoje, sucessivamente.

VIII. O DIREITO BRASILEIRO

19. Por derradeiro, impõe-se seu exame em nosso sistema jurídico, a que o assunto não é infenso, seja na notável obra de nossos juristas, que jamais desertaram da grandiosa tradição nacional de enfrentar problemas e abrir picadas para suas soluções, concretas e dogmáticas, seja na copiosa produção pretoriana, a distribuir Justiça nos casos do dia-a-dia.

Já fora a matéria objeto de cogitação do inolvidável LAFAYETTE, em parecer, no Império, estudada, também, sob idêntico prisma, por OROZIMBO NONATO, FRANCISCO CAMPOS e PONTES DE MIRANDA, que a versou ainda magistralmente em seu Tratado, tomo XXIII, págs. 357 a 398, todos a afirmar-lhe a possibilidade, não obstante a injusta e retardada omissão de um tratamento genérico em nosso corpo legislativo.

Alinham-se nesta ordem de idéias os doutos CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, ORLANDO GOMES, EDUARDO ESPÍNDOLA, DIMAS DE OLIVEIRA CÉSAR, OSCAR BARRETO FILHO, SIDNEI AGOSTINHO BENETI, CARVALHO DE MENDONÇA, ANTUNES VARELA e ARNOLDO WALD, dentre outros, a admitirem a celebração do negócio sob a égide da liberdade negocial, posto não se lhe opor qualquer óbice de ordem pública, dizendo respeito à matéria fundamentalmente de ordem privada.

20. Nossas Cortes, por igual, têm-se defrontado com o tema, conferindo-lhe prontas respostas, que partiram de uma confusão inicial com a novação, nos primórdios do século, para virem a bosquejar o instituto sobretudo quando o diferencaram das estipulações em favor de terceiro, em fase mais recente. Os arestos de nossos mais variados Pretórios, até o do mais Alto Tribunal, o demonstram.

21. Os projetos legislativos, desde o Anteprojeto de Código de Obrigações de 1941, passando pelo do Professor Caio Mário, em 1963 (onde bem disciplinada) até o do Código Civil, atualmente, ocupam-se da assunção de dívida em seu aspecto estrutural.

22. Não bastasse, entretanto, o argumento amplo da liberdade das convenções invocado pela doutrina, a par da possibilidade deferida a terceiro, em nosso Código Civil, de pagar dívida de outrem, o que justifica assumi-la, previsões outras isoladas no ordenamento positivo, entretanto, permitem se fale de seu expresse acolhimento, não fora ainda sua presença constante na prática dos negócios.

Assim, o novo diploma adjetivo civil, no art. 568, III, prescreve ser sujeito passivo da execução “o novo devedor, que assumiu, com o consentimento do credor, a obrigação resultante de título executivo”. O Decreto-Lei nº 857, de 11.9.1969, ao dispor sobre a moeda de pagamento de obrigações exequíveis no Brasil, exclui da nulidade cominada para os atos que estipulem pagamento em ouro ou moeda estrangeira, em seu art. 2º, V, os contratos que tenham por objeto a cessão, transferência, delegação, *assunção* ou modificação de obrigações de empréstimos contraídos por credor ou devedor residente ou domiciliado no exterior.

De igual modo, o art. 343 do Cód. Comercial encerra, ao ver de CARVALHO DE MENDONÇA¹⁵, a distinção entre novação e cessão de dívidas, quando alude àquela em sua primeira parte.

Lembra o Prof. ANTUNES VARELA as inúmeras hipóteses legais de obrigações *propter rem*, a acarretarem a transmissão singular do débito¹⁶.

23. Em consequência, afigura-se inequívoca sua consagração perante nosso ordenamento positivo, a despeito de carecer, antes do novo Código, de regulação adequada à sua relevância e necessidade atuais.

¹⁵ CARVALHO DE MENDONÇA J. X., *Tratado de Direito Comercial*, v. VI, nº 388, p. 321.

¹⁶ ANTUNES VARELA, *Direito das Obrigações*, nº 142, p. 363.

24. Vem a matéria disciplinada agora nos arts. 299 a 303 do novo Código Civil, em capítulo sobre a epígrafe “Da Assunção de Dívida”, no título alusivo à transmissão das obrigações.

Neles facultou o legislador a terceiro assumir a obrigação do devedor, com o consentimento expresso do credor, ficando exonerado o devedor primitivo, salvo se aquele, ao tempo da assunção, era insolvente e o credor o ignorava, estabelecendo que qualquer das partes pode assinar prazo ao credor para que consinta na assunção de dívida, interpretando-se o seu silêncio como recusa.

Prescreveu que, salvo assentimento expresso do devedor primitivo, consideram-se extintas, a partir da assunção da dívida, as garantias especiais por ele originariamente dadas ao credor.

Previu que, se a substituição do devedor vier a ser anulada, restaura-se o débito, com todas as suas garantias, salvo aquelas prestadas por terceiros, exceto se este conhecia o vício que inquinava a obrigação.

Preceituou que o novo devedor não pode opor ao credor as exceções pessoais que competiam ao devedor primitivo e que o adquirente do imóvel hipotecado pode tomar a seu cargo o pagamento do crédito garantido; se o credor notificado não impugnar em trinta dias a transferência do débito, entender-se-á dado o consentimento.

25. Ainda que não haja disposto sobre as modalidades da assunção de dívida, ou seja, por acordo entre o credor e novo devedor ou por convenção entre os devedores, são admissíveis, porém. Também, a despeito de não haver aludido à assunção cumulativa de dívidas, nada obsta a que seja pactuada, tendo-se em vista os princípios que regem a matéria.

Não cogitou dos privilégios, nem de acessórios da dívida, mas sua sorte será a mesma das garantias, em razão da concepção do instituto. Conquanto parcimonioso com respeito aos meios de defesa, por não haver fixado a separação entre as relações do novo com o antigo devedor, de um lado, e as deste com o credor, de outro, extrai-se o princípio, contudo, de que só as exceções derivadas das primeiras podem ser opostas ao credor, desde que o respectivo fundamento seja anterior à assunção de dívida e não sejam pessoais do primeiro devedor.

Não ressaltou a hipótese de que aceitem as partes correr o risco da exoneração do primitivo obrigado, mesmo sendo o novo insolvente à época da celebração do contrato, o que não parece resultar defeso ante a autonomia da vontade delas.

Não se ocupou da promessa de liberação, mas esta já é hoje praticada e decorre, por exclusão do tratamento da assunção de dívida, de sua própria previsão.

26. Espera-se que, disciplinado agora no novo Código, o instituto venha a ganhar contornos mais nítidos e seja de valiosos préstimos sobretudo no campo dos atos celebrados com vistas à aquisição de imóveis no sistema financeiro e de financiamento imobiliário, onde a transmissão das obrigações acompanha, quase sempre, a transferência de direitos sobre o bem.

Juristas e magistrados haverão de fazer bom uso dele com vistas a conferir segurança às operações. ◆

DOS CONTRATOS NO NOVO CÓDIGO CIVIL*

SYLVIO CAPANEMA DE SOUZA

Desembargador do TJ/RJ. Professor da EMERJ

O tema é realmente provocante. Um novo Código Civil é um divisor de águas numa sociedade. Representa uma nova postura ética, o que foi muito bem demonstrado pela Prof^a. Thelma¹, da transformação do papel da mulher e da visão do que ela representa na sociedade e na entidade familiar. O Código de 1916 era machista e falava, a todo o momento, no homem, no poder marital, no marido como chefe da família, na mulher casada, na constrangedora companhia dos silvícolas, dos pródigos e dos menores púberes, porque tinha que se submeter à vontade do senhor seu amo e marido.

No campo dos contratos, a transformação, como disse o Prof. Miguel Reale², foi de cento e oitenta graus. A rigor, passamos de um modelo individualista para um socializante. Não é à toa que a primeira palavra mágica que sintetiza o novo Código é “socialidade”. Por isso, o Presidente Marcus Faver (TJ/RJ) foi muito feliz ao dizer que não temos apenas uma lei nova, mas um repositório de normas jurídicas; temos realmente um novo tempo. Isso porque o nosso atual Código reflete, como não poderia deixar de ser, os princípios que vigoravam no século XIX. Alguns podem imaginar que estou exagerando, afinal, ele foi aprovado em 1916, portanto já é um Código do século XX. Não, ele é um Código do século XIX, já que o seu projeto foi concluído em 1896 e, então, encaminhado ao Congresso, que somente o aprovou em 1916, o que mostra que o nosso Congresso tem uma consolidada tradição de levar mais de vinte anos para discutir e aprovar um Código Civil.

O Código atual, do século XIX, não poderia deixar de refletir aqueles dogmas do liberalismo que varriam a Europa naquela época. O Estado Libe-

* Palestra proferida em 11.06.02, na EMERJ, no seminário “O Novo Código Civil e as Recentes Reformas no Código de Processo Civil”.

¹ Juíza de Direito Thelma Araujo Esteves que discorreu, no mesmo simpósio, sobre “O Papel da Mulher no Novo Código Civil”.

² Palestra de Abertura: “O Sentido do Novo Código Civil”.

ral clássico, emanado da Revolução Francesa, fez do contratualismo uma das suas quatro bandeiras principais. Tudo se resumia sob a forma do contrato, até mesmo a relação entre o cidadão e o Estado era tipificada sob forma contratual. Quem não se lembra de Rousseau, com a sua obra **O Contrato Social**? O Estado Liberal fez do contrato o corolário da autonomia privada da vontade. Os seus pilares de sustentação são, de um lado, a autonomia da vontade, levada quase ao absoluto: *dit contractuel, dit juste* (disse contratual, disse justo), ou seja, tudo o que é contratual é justo, diziam os franceses, desde que se assegure a liberdade das partes no momento de contratar.

Ao Estado Liberal cabia, portanto, uma única tarefa: a de garantir a liberdade das partes para que pudessem ajustar os seus interesses privados como melhor lhes conviesse em termos de contrato. E o outro pilar de sustentação era o princípio da força obrigatória dos contratos, o princípio da imutabilidade dos contratos. O contrato, propositadamente, era explicado como a lei entre as partes. Era uma lei, ainda que relativa às partes, mas tinha a mesma força cogente da lei. Nem o Judiciário poderia interferir nos contratos para modificar o que as partes livremente haviam ajustado. Uma modificação do contrato somente se admitia se resultante de um novo consenso.

Estão aí, portanto, os pilares de sustentação da teoria geral dos contratos no Estado Liberal do século XIX: autonomia da vontade quase absoluta e a força obrigatória dos contratos, resumida na conhecida máxima romana *pacta sunt servanda*, que foi colhida como garimpo num texto antiqüíssimo do Digesto, atribuído a Ulpiano, que perguntava o que podia ser mais compatível com a fê humana do que cumprirem os homens o que pactuaram. Partindo desse texto de Ulpiano, criaram a máxima *pacta sunt servanda*, que Kelsen (a quem o Prof. Miguel Reale já se referiu como o maior de todos os juristas do século passado) fez inclusive ser uma das regras básicas do equilíbrio social.

Ora, um Código do século XIX, profundamente individualista, alicerçado nesses dogmas liberais, não poderia ter uma palavra sequer, por exemplo, sobre a revisão judicial dos contratos; a teoria da onerosidade excessiva; a lesão, porque a possibilidade de o Judiciário modificar os contratos sobre o impacto de fatos supervenientes fragilizava o princípio do *pacta sunt servanda*. Por isso, os códigos do século XIX, dentre eles o nosso, não se referiam à lesão, à onerosidade excessiva e também silenciavam quanto à boa-fé, que naquela época, vigorava como uma mera exortação ética que deveria ficar no coração e na mente das pessoas. Esse era o panorama do atual Código.

O prof. Miguel Reale lembrou que no Código atual não há nenhuma referência expressa à boa-fé, a não ser no artigo 1443, inserido especificamente no contrato de seguro, quando se diz que nesse contrato as partes deverão guardar a mais estrita boa-fé e veracidade, como se somente no contrato de seguro fosse preciso contratar com a boa-fé. Isso, aliás, explica um certo amolecimento ético da sociedade brasileira no campo dos contratos.

Só que o tempo passa, e o passar do tempo tem uma força avassaladora – nada resiste ao passar do tempo. Com a primeira Grande Guerra as economias destruíram-se, não era mais possível entregar as coisas vendidas nem pagar os preços avençados. Por isso começou a surgir o capitalismo financeiro; o Estado percebeu que não mais poderia manter a postura olímpica de mero expectador do processo econômico, o Estado Liberal era um grande Pôncio Pilatos, a lavar as mãos indiferente diante dos fenômenos econômicos, e aos poucos, foi se tornando em um Estado intervencionista. Foi a decadência do liberalismo que caracterizou o século XX, principalmente a partir dos anos 20, após a primeira Grande Guerra, com a derrocada econômica, por exemplo, da República de Weimar. Os sistemas jurídicos redescobriram uma cláusula tão antiga quanto a *pacta sunt servanda*, mas que havia sido sepultada propositalmente pelo Estado Liberal, a cláusula *rebus sic stantibus*.

Não farei um trabalho de arqueologia jurídica, revolvendo o passado para descobrir onde teria surgido pela primeira vez a cláusula *rebus sic stantibus*, embora muitos digam que ela se extrai de uma carta de Cícero a seu filho Marcos, em que diz: “se você entregar uma espada para guardar e se depois de celebrado o depósito, o depositante enlouquecer, não devolva a ele a espada para cumprir o contrato, porque, certamente se o fizeres, a primeira cabeça que rolará será a sua”. Então, alguns vislumbram aí a origem da cláusula *rebus sic stantibus*, dizendo Cícero que aquilo que parece ser ilícito, na verdade, é um bem. Há momentos, dizia Cícero, que é um bem não cumprir o contrato. O código de Hamurabi, em um dos seus artigos, diz que se em um ano não chover e não der trigo, o agricultor não precisará pagar o mútuo a ele concedido ou pelo menos se estancarão os juros. Reparem que foram buscar a cláusula *rebus sic stantibus* e a redescobriram.

As Constituições de Weimar e do México foram as duas primeiras do século XX que inseriram normas econômicas tendentes a temperar o princípio da força obrigatória dos contratos. Foi aí que cresceu a idéia revisionista

dos contratos, a primeira fenda que se abriu na carapaça do século XIX no que tange ao *pacta sunt servanda*. Contudo, continuávamos apegados ao texto do Código de 1916, que, repito, não há sequer uma palavra sobre a onerosidade excessiva, sobre a lesão ou a função social dos contratos. O contrato estava a serviço dos contratantes, era um meio de enriquecimento dos contratantes e o Estado, quanto menos se envolvesse no seu conteúdo, melhor.

O que temos agora, a partir de 10 de janeiro de 2003, é um livro dos contratos profundamente impregnado de uma visão social, que se abre com esses dois artigos lidos pelo prof. Miguel Reale, e que tenho ressaltado pelo Brasil inteiro. São dois artigos comoventes, que por si só justificariam toda a edição desse novo Código Civil, mas tão criticado injustamente.

Ouçõ dizerem que esse código de nada vale, que nada mudou, que não há mais espaço para um Código Civil. Essas críticas somente podem ser explicadas por um hábito muito brasileiro de dizer: “não li e não gostei”. Digo que esses dois artigos redimem todo o projeto do novo Código Civil, ainda que não tivesse avançado em outros pontos.

Dispõe o artigo 421 do novo Código que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Referência expressa à função social do contrato. Indagar-se-á: o que é a função social do contrato? Onde vamos encontrar no Código essa resposta? É evidente que não cabe ao legislador definir o que é a função social do contrato, mas meio minuto de bom senso nos convencerá que função social do contrato é fazer com que o contrato se transforme num instrumento da construção da dignidade do homem, da eliminação da miséria, das injustiças sociais, fazer com que os contratos não estejam apenas a serviço dos contratantes, mas também da sociedade, construindo o que se convencionou chamar o Estado do Bem-Estar. Essa função social dos contratos também está referida no campo dos direitos reais no que tange à posse e à propriedade. Portanto, temos um Código, nesses dois segmentos tão sensíveis; o dos direitos reais e o dos contratos, um Código umbilicalmente compromissado com a função social do Direito.

O artigo 422 do novo Código Civil diz que os contratantes são obrigados a guardar, na conclusão do contrato como na sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. Acabou-se a boa-fé subjetiva, a boa-fé romântica, a mera intenção de ser honesto, a simples ignorância de que não se está causando lesão a alguém, aquela boa-fé que era uma mera exortação ética.

O que queremos agora é uma boa-fé objetiva, ou seja, o comportamento de um homem honesto. Não basta que os contratantes queiram ser honestos, que tenham a intenção de ser honestos. O que queremos e os obrigamos é que se comportem, durante toda a vida do contrato, como se comportaria um homem honesto.

O que é mais importante: esses dois dispositivos traduzem, o que se convencionou denominar na moderna doutrina contratual, de cláusulas implícitas, cláusulas gerais, que se consideram, portanto, incluídas em todo e qualquer contrato. Tenho repetido na EMERJ, aos novos juízes, exatamente o que o Prof. Reale falou, sobre a responsabilidade extraordinária dos novos juízes, porque agora eles terão que ser os equilibradores éticos e econômicos dos contratos, não mais poderão ser convivas de pedras, não mais poderão ficar comodamente engessados pelos modelos legais. Terão que descerrar a venda dos seus olhos e mergulhar nos contratos para perceber se o contratante está ou não se conduzindo de acordo com a boa-fé, ou se aquele contrato está ou não cumprindo a sua função social. Essas cláusulas deixam de ser exortações éticas para se transformarem em deveres jurídicos, que cabe ao Judiciário verificar se estão sendo cumpridos. Vejam como se transformará o mundo dos contratos e como a responsabilidade dos juízes e advogados aumentará, porque caberá aos advogados irem ao Judiciário para reclamar essa modificação ou essa resolução dos contratos.

Citarei mais alguns artigos inseridos no Livro dos Contratos que mostram essa extraordinária mudança. O artigo 478 do novo Código Civil diz que qualquer dos contratantes poderá pedir a resolução do contrato se, em razão de fatos extraordinários e imprevisíveis, romper-se a equação econômica do contrato tornando-o excessivamente oneroso para a parte. Reparem que o que era mera construção doutrinária e pretoriana transformou-se, agora, em direito positivo. É a primeira vez que surge no direito positivo brasileiro um artigo no Código Civil que admite a teoria da onerosidade excessiva. É a teoria revisionista mitigando os rigores ultrapassados e individualistas do *pacta sunt servanda*.

O artigo 480 do novo Código Civil determina que se as obrigações forem unilaterais, se só uma das partes suportar obrigações, ela poderá também pedir ao juiz que as reduza equitativamente se elas se tornaram excessivamente onerosas em razão de fatos supervenientes e imprevisíveis.

O artigo 479 do novo Código Civil diz que a parte que foi beneficiada por essa transformação, pelo rompimento da equação econômica do contrato

pode oferecer-se para restaurar a comutatividade inaugural e, com isso, salvar o contrato. Abre-se, portanto, uma porta de salvação para o contrato, bastando que a parte que se beneficiou com a mudança se ofereça para restaurar o equilíbrio natural. Isso decorre da boa-fé objetiva. Um homem honesto, probo, o *bonus pater familia*, dos romanos, não se sentiria confortável sabendo que a sua riqueza emanada do contrato se construía sobre a desgraça, sobre a ruína do outro contratante. O princípio da boa-fé objetiva exige que os contratos tenham equações econômicas razoavelmente equilibradas. Não que seja pecado ou crime lucrar no contrato, a economicidade continuará sendo inerente aos contratos, pois ninguém contrata por diletantismo ou altruísmo, todos nós contratamos para tirar do contrato um proveito econômico, principalmente numa sociedade capitalista como a nossa. Só que esse proveito econômico agora tem um limite, que é exatamente a função social do contrato e a boa-fé objetiva.

O artigo 478 do novo Código Civil nada mais faz do que reproduzir, no mundo dos contratos, uma outra regra importantíssima que se encontra no Livro das Obrigações, o artigo 317, que também, pela primeira vez inserida num Código Civil brasileiro, diz que se entre o momento da celebração da obrigação e o seu pagamento sobrevier uma desproporção do seu valor, o devedor poderá ir a juízo para pedir ao juiz que reduza equitativamente o valor da obrigação para restabelecer o equilíbrio inaugural. Veja a preocupação permanente desse novo Código com relações jurídicas equilibradas, economicamente justas, o que é um imperativo da boa-fé.

O novo Código percebe que é uma contingência inevitável da sociedade de consumo os contratos de adesão. O atual Código não diz uma palavra sobre os contratos de adesão, mas o novo abre o Livro dos contratos dizendo que nos contratos de adesão serão nulas as cláusulas que traduzem renúncia prévia a direitos do aderente e que sejam inerentes à natureza do contrato, como também diz que nos contratos de adesão as cláusulas ambíguas serão sempre interpretadas em favor do aderente. Há um artigo que parece, à primeira vista, o óbvio ululante, quando se diz que as partes são livres para celebrar contratos atípicos. Ora, sempre foram e não era preciso que o novo Código o dissesse, mas é que o artigo diz que as partes são livres para celebrar contratos atípicos observadas as normas gerais fixadas nesse Código, quais sejam: a função social do contrato, a boa-fé objetiva. É como se dissesse que não adianta criar novas fórmulas com essa capacidade insuperável dos advogados brasileiros, porque por mais atípico que seja o contrato terá que

respeitar esses princípios gerais da boa-fé e da função social.

Chamo a atenção de alguns outros dispositivos. Por exemplo, na Parte Geral surgiram dois novos vícios do negócio jurídico que, conseqüentemente, repercutirão diretamente na teoria dos contratos. Ao lado do erro, do dolo, da coação, da fraude contra credores e da simulação aparecem agora, como vícios do negócio jurídico, o estado de perigo e a lesão. Finalmente, a lesão é recepcionada no nosso direito positivo, com cem anos de atraso. É quando um contratante, aproveitando-se da inexperiência do outro ou da premente necessidade do outro contratar, lhe impõe condições e prestações desproporcionais à contraprestação e aí a parte prejudicada poderá ir ao Judiciário para anular esse contrato que já nasceu maculado pela lesão. A simulação, que no atual código é cláusula de anulabilidade do ato jurídico, transforma-se agora em causa de nulidade. O ato simulado passa a ser nulo quando era até então anulável. Vejam a preocupação ética porque a simulação é uma manifestação enganosa de vontade, dolosa, no precípua objetivo de fraudar a lei ou de causar prejuízo a outrem. Isso é tão grave sob o ponto de vista ético que era um absurdo que fosse causa, apenas, de nulidade relativa permitindo, inclusive, a convalescença desse ato. Agora, sim, é causa de nulidade.

Vários outros dispositivos poderiam ser citados, mas destaco o artigo 2035 do novo Código Civil para encerrar o tema. Esse dispositivo está inserido nas disposições gerais e transitórias. Depois que o legislador elencou todos esses novos princípios, temeroso, por certo, de que não fossem bem percebidos, estabeleceu a seguinte regra transitória: a validade dos negócios e demais atos jurídicos constituídos antes da entrada em vigor desse código obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no artigo 2045 (que é o Código Civil revogado e as leis anteriores). Entretanto, os seus efeitos, produzidos após a vigência desse Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. Já se inquinou esse dispositivo de inconstitucional, porque estaria violando a garantia constitucional do ato jurídico perfeito e do direito adquirido. Eu não vejo isso e defenderei até a morte a tese de que não há nada de inconstitucional nesse dispositivo. Isso nada mais é do que a aplicação imediata e geral da lei nova, que Rubbier já defendia no seu antológico trabalho “Os Conflitos de Leis no Tempo”. Rubbier dizia que os efeitos futuros dos fatos passados se subsumem à lei nova. É evidente que o novo Código não pode retroceder para alcançar os efeitos já produzidos pelos contratos celebrados

antes dele, mas poderão perfeitamente esses novos valores oxigenarem os efeitos ainda não produzidos. O parágrafo único desse artigo diz que nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por esse código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos. Nenhuma convenção prevalecerá. O artigo, propositadamente, fala em convenção e não em contrato, porque o conceito de convenção é muito mais abrangente. Portanto, nenhuma convenção prevalecerá se contrariar os princípios da função social, da propriedade dos contratos e da boa-fé.

Acho que não é preciso dizer mais nada para que recebamos esse novo Código com boa vontade, que não o atiremos ao lixo, como muitos apregoam, com preconceito e às vezes uma ponta de inveja. Ainda há tempo para um novo Código Civil, que continua sendo uma espécie de alicerce ético e filosófico de um povo. É o dique de proteção moral de um povo, a Constituição do homem comum. Os que criticam esse novo Código porque não fala sobre a clonagem, a fertilização *in vitro* e os contratos eletrônicos, esquecem-se de que um Código Civil jamais, seja ele o BGB, seja ele um monumento de juridicidade, poderia nos dar todas as respostas, ainda mais numa sociedade submetida a um tão rápido processo de transformação.

Meus amigos, o Código não pretende ser uma lei exaustiva. Essas relações jurídicas novas sobre as quais ainda não se fez um consenso, quer no mundo do direito, quer no mundo da moral, não podem estar inseridas no Código Civil, mas terão que ser disciplinadas por leis especiais. E nenhum Código Civil do mundo pretendeu exaurir inteiramente o Direito Privado.

Dessa maneira, parece-me que o Código é perfeitamente aceitável, não é certamente o Código de nossos sonhos, pois, como toda obra humana, tem os seus defeitos. Foi tímido, a meu sentir, em alguns aspectos, mas o saldo sempre me pareceu, desde o primeiro momento em que o li, bastante positivo. Basta essa transformação do individualismo para a socialidade para justificá-lo. Basta essa transformação ética da boa-fé subjetiva para a boa-fé objetiva para que o recebamos com esperança e entusiasmo.

O momento é histórico e como me animo com o espetáculo comvente dessas platéias repletas, às vinte e uma horas de um dia exaustivo de trabalho! Isso demonstra que a comunidade jurídica percebeu a importância desse momento. Como me orgulho de participar deste momento! Que sorte tivemos de vivê-lo! Não seremos expectadores da mudança, mas atores, agentes. Esse código não irá mudar comportamentos no dia 11 de janeiro;

não tenho nenhuma veleidade nesse sentido. Sei que nesse dia os banqueiros não procurarão os mutuários para comunicar-lhes: “como o código entrou em vigor, ontem baixamos os juros a 1%; o anatocismo está banido das nossas práticas e o lucro, tendo em vista que o novo Código fala de uma função social do contrato, que no semestre passado foi de três bilhões de reais, será reduzido a quinhentos mil e a diferença creditada na conta corrente dos nossos queridos clientes”. É claro que isso não irá ocorrer! A ganância continuará campeando a exploração do mais forte ao mais fraco, pois isso é obra para uma ou duas gerações. Contudo, era preciso dar o primeiro passo e a ferramenta da mudança será o novo Código Civil. Dependerá de nós e somente de nós transformar esse Código num instrumento de redenção ética da sociedade brasileira. Se nos acomodarmos, se não mergulharmos nele para descobrir as suas mensagens e decifrá-las, nós seremos responsáveis perante o Arthur (filho da Prof^a Thelma) por ter deixado estiolar mais esse sonho. O que diremos às novas gerações, a esse menino que nascerá em alguns meses, quando se queixar das estruturas sociais de um país de que ele irá se envergonhar? Diremos que nos acomodamos? Mas se nós, ao contrário, nos mantivermos como aqui nesse auditório, responsáveis, atentos, de boa-fé, poderemos transformar esse Código na redenção da sociedade brasileira. Prof^a. Telma, vamos receber o Arthur dizendo: orgulhe-se do seu tempo e do seu país. De mãos dadas, com a tinta dos nossos sonhos, com a argamassa das nossas esperanças, nós construiremos um novo tempo. Muito obrigado. ◆

O NOVO CÓDIGO CIVIL E O CÓDIGO DO CONSUMIDOR. CONVERGÊNCIAS OU ANTINOMIAS?*

SERGIO CAVALIERI FILHO

Desembargador do TJ/RJ. Diretor-Geral da EMERJ

1. O NOVO CÓDIGO CIVIL REVOGARÁ O CÓDIGO DO CONSUMIDOR?

O nosso mundo jurídico está vivendo um momento histórico, privilegiado, de grandes oportunidades. Estamos às vésperas da entrada em vigor de um novo Código Civil. O que é um Código Civil? Evidentemente que não é uma lei qualquer. O Código Civil é a lei que estabelece a ordem jurídica infraconstitucional. É um acontecimento que ocorre de século em século. É algo mais inédito do que a promulgação de uma nova Constituição. Basta lembrar que o Código de 1916, que está com os dias contados, conviveu com seis ou sete Constituições. Ele foi editado na vigência da Constituição de 1891, sobreviveu à Constituição de 1930, de 1937, de 1946, de 1967, 1969, cada uma delas com uma conotação política diferente, à Constituição de 1988 e só agora vai deixar de existir.

Então, trata-se, na realidade, de um acontecimento extraordinário, histórico e talvez só daqui a cem anos o Brasil terá a oportunidade de discutir e promulgar um novo Código Civil. Esse é o nosso privilégio. É uma oportunidade, como já disse, que deve ser aproveitada com o máximo de interesse e entusiasmo. É, de certa maneira, o que a EMERJ tem procurado fazer, promovendo seminários, congressos, palestras a respeito desse novo Código. Em todos os encontros e seminários que temos tido, uma das indagações mais constantes é exatamente esta: o que será do Código de Defesa do Consumidor após a vigência do novo Código Civil? O novo Código Civil revogará o Código do Consumidor? Haverá conflitos ou antinomias entre eles? E se houver antinomias, qual dos dois deverá prevalecer? Estas são

* Palestra proferida em 19.06.02, na EMERJ, no Seminário “O Novo Código Civil e as Recentes Reformas no Código de Processo Civil”.

questões que preocupam todos nós e vamos ter que encontrar, evidentemente, as soluções adequadas. É sobre isso que me proponho a falar.

2. FINALIDADE DO CÓDIGO CIVIL E A DO CÓDIGO DO CONSUMIDOR

Entendo que a solução para essas questões passa, em primeiro lugar, pela correta compreensão da finalidade dessas duas leis, ou seja, a finalidade de um Código Civil e a finalidade de um Código de Defesa do Consumidor. Da finalidade de um Código Civil praticamente já iniciei falando a respeito. Um Código Civil estabelece a ordem jurídica infraconstitucional. Essa é a sua função principal, amplíssima. Então, um Código Civil vai tratar dos sujeitos de direitos, dos bens, dos negócios jurídicos etc. Terá um livro que trata das obrigações, outro, dos contratos, do direito das coisas, família, sucessão. Enfim, estabelece ou modifica a ordem jurídica infraconstitucional, dispondo sobre a disciplina de cada instituto.

Há um outro detalhe: essa ordem jurídica é estabelecida tendo em vista um equilíbrio entre as partes, pressupondo a igualdade de todos perante a lei, ainda que se trate de mera igualdade formal. O Código Civil, quando disciplina contratos e institutos, tem essa visão, essa finalidade. E o Código do Consumidor, qual é a sua finalidade? A finalidade dele é outra: ele veio para cumprir uma missão constitucional. O artigo 5º, inciso XXXII determina: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Então, a finalidade do Código do Consumidor é promover a defesa do consumidor. Vamos partir daí: e por que defesa? Porque essa lei parte de um outro pressuposto. Enquanto o Código Civil parte do pressuposto de que há igualdade entre as partes - o princípio da isonomia - o Código do Consumidor parte exatamente de outro pressuposto: o de que há desigualdade entre fornecedor e consumidor. Parte do pressuposto de que o consumidor está em uma situação de vulnerabilidade, de fragilidade e que por isso precisa ser defendido. Conseqüentemente, em busca do desempenho dessa função, o Código de Defesa do Consumidor estabeleceu uma política nacional de consumo, uma disciplina jurídica única e uniforme aplicável em todos os casos onde ocorrerem relações de consumo, em qualquer área do direito. Promover a defesa do consumidor importa restabelecer o equilíbrio e a igualdade nas relações de consumo.

Para implantar essa política nacional de consumo o legislador se valeu de uma avançada técnica legislativa. Criou um sistema jurídico aberto, uma lei principiológica estruturada em princípios e cláusulas gerais. Enquanto o

Código Civil, como regra, contém normas de disciplina social, regras tipificadoras de condutas, a disciplina das várias espécies de contratos e assim por diante, o Código do Consumidor estabeleceu princípios que podem e devem ser aplicados sempre e onde houver relações de consumo. O Código do Consumidor não disciplina nenhum contrato, nem mesmo o de compra e venda, que é o mais comum de todos. Quem disciplina os contratos é o Código Civil; contrato de compra e venda, de seguro, de transportes. Costumo dizer que o que o Código de Defesa do Consumidor fez foi estabelecer uma *sobreestrutura jurídica* aplicável em todos os casos decorrentes de relações de consumo. Alguns autores preferem falar em minissistema. Não deixa de ser um minissistema, mas prefiro falar em sobreestrutura jurídica, porque “mini” dá idéia de pequeno, e que é excluído do grande. Atualmente, já se diz que é um minissistema que circula em torno do grande. Essa idéia já se aproxima daquela que me parece a mais correta, de que o Código do Consumidor estabeleceu uma *sobreestrutura jurídica*, aquilo que o Direito Francês chama de *normas de sobredireito*, algo que pode ser aplicado sempre que ocorrerem relações de consumo, quer no direito público, quer no direito privado, quer no direito material, quer no direito processual. Aproveitando a estrutura já existente em todas as áreas do Direito, a ela o CDC sobrepôs os seus princípios e cláusulas gerais destinados a proteger o consumidor.

Assim, um contrato de compra e venda será sempre um contrato de compra e venda, um contrato de seguro será sempre um contrato de seguro nos moldes em que está previsto quer no Código Civil de 1916, quer no novo Código. Enfim, os institutos e contratos conservarão as suas características básicas, próprias da sua natureza jurídica. Agora, sempre que um contrato, seja de compra e venda, ou de seguro, seja do que for, gerar relações de consumo, além daquelas regras normais destinadas à sua disciplina, serão também aplicáveis os princípios previstos no Código do Consumidor. Em que importa isso? No meu entender, e não tenho dúvida disso, qualquer que seja a ordem jurídica existente, a sobreestrutura será sempre aplicável. Pode-se mudar a ordem jurídica, mas não se mudar a sobreestrutura; podem-se criar novos institutos, de acordo com aquilo que o legislador entender de colocar no Código, sem alterar ou atingir, entretanto, esses princípios que são previstos no Código do Consumidor e destinados especificamente à proteção do consumidor. Porque as normas do novo Código, repito, foram estabelecidas visando a uma outra realidade, tendo em vista uma igualdade entre as partes, ao passo que os princípios do Código do Consumidor foram

previstos com base na idéia de que o consumidor está em uma situação de vulnerabilidade, de inferioridade. Então, é preciso tratar desigualmente os desiguais, para que eles se igualem.

Essa foi a realidade. Ao longo do século XX, a massificação da produção e do consumo deixou o consumidor em uma situação de inferioridade técnica, econômica, jurídica, em todos os aspectos. Era preciso, então, restabelecer nas relações de consumo o equilíbrio, profundamente comprometido, e, por isso, a disposição constitucional no sentido de ser elaborada uma lei específica para a defesa do consumidor. Esse é o primeiro ponto. Tendo em vista as finalidades diferentes das duas leis, nada muda. A ordem jurídica do Código Civil de 1916, era a que estava aí, e sobre essa estrutura foram estabelecidos os princípios de defesa do consumidor. Mudou, agora, no novo Código, ou vai mudar em muito essa ordem jurídica, mas a sobreestrutura continuará a mesma. Vou usar uma imagem que não será nada jurídica, mas tem sentido prático. Posso mudar de camisa, de gravata e manter o mesmo paletó. Muda-se a ordem jurídica, mas não se muda a sobreestrutura que são princípios estabelecidos com vista a essa nova realidade.

Só por isso, já poderíamos dizer que, em princípio, não vamos encontrar antinomia, nem temos razão para pensar que o novo Código Civil vai revogar o Código do Consumidor. Cada um tem a sua razão de ser, o seu campo de atuação e a sua finalidade, mesmo porque, lembremos disto, a função ou a missão do Código do Consumidor é constitucional. Ele existe porque o constituinte entendeu que era preciso defender o consumidor e por isso deu uma ordem ao Estado: “Promova a defesa do consumidor” e estabeleceu até um prazo para a elaboração da lei. Mas se não bastasse, temos ainda, no meu entender, um outro aspecto importantíssimo e que bem nos revela que não haverá nenhuma colisão entre o novo Código Civil e o Código do Consumidor.

3. A TÉCNICA LEGISLATIVA DO NOVO CÓDIGO CIVIL

Como já disse, o Código do Consumidor adotou uma técnica legislativa avançada para atingir os seus fins. Criou um sistema jurídico aberto, uma lei principiológica, estruturada em cláusulas gerais e princípios amplos. Pois o novo Código Civil adotou idêntica técnica legislativa. É claro que não com a mesma amplitude do Código do Consumidor, mas, em determinados aspectos, até com mais profundidade.

O novo Código Civil, diferentemente do Código de 1916 (que é casuístico, tem poucas cláusulas gerais, a principal delas é o seu artigo 159) valeu-se com abundância da técnica legislativa de cláusulas e princípios gerais. Por que cláusulas gerais? Porque a sociedade moderna tornou-se tão complexa que não é mais possível legislar casuisticamente, fazer regulação particular, prever na norma todas as situações que vão ocorrer na vida social. Particularismo não tem mais vez. Não há legislador que agüente. Ainda que o legislador conseguisse prever tudo em um determinado momento, amanhã já haveria algo diferente. Então não há outro caminho, a não ser adotar critérios de legislações mais avançadas, baseadas nas chamadas cláusulas gerais, nas quais temos uma moldura estabelecida pela lei, dentro da qual caberá ao juiz formular a regra do caso concreto. A regulação tem que ser genérica e geral.

É inquestionável que uma lei estruturada em princípios e cláusulas gerais é muito mais trabalhosa para o juiz do que uma lei casuística. A partir do momento que o legislador cria cláusulas gerais, não mais pode o juiz simplesmente aplicar a lei ao caso concreto, como sempre dizem. Aí vai caber ao magistrado *formular a lei do caso concreto* porque a norma está em aberto, e a regra adequada para aquela situação terá que ser elaborada pelo juiz. É por isso que todos que passam por essa Escola têm anunciado que o novo Código Civil é o Código dos juízes, porque agora o juiz terá que elaborar a regra do caso concreto, e não simplesmente aplicar a lei ao caso concreto.

4. PRINCÍPIOS CONSAGRADOS NO NOVO CÓDIGO CIVIL

E mais, o novo Código Civil consagrou os mesmos princípios editados pelo Código do Consumidor. Onde, pois a colidência? Como falar em conflito ou em revogação? Pelo contrário, agora a ordem jurídica estará mais em harmonia com o Código do Consumidor do que antes; agora o Código do Consumidor vai encontrar até menos resistência à sua aplicação porque haveremos de ter uma ordem jurídica mais consentânea com os princípios que nele estão consagrados. Por exemplo, lembro que o Código do Consumidor tem como princípio cardinal a *boa-fé*, como aqui já ressaltado muitas vezes. É o princípio fundamental do Código do Consumidor, embora nele mencionado em apenas dois artigos – o artigo 6º, inciso VIII e o artigo 51, inciso IV.

Pois, o novo Código Civil, em vários lugares, fala também da *boa-fé* mas de uma maneira muito mais veemente do que no Código do Consu-

midor. O artigo 113, por exemplo, é de uma força enorme ao dispor sobre os negócios jurídicos. É uma cláusula geral de interpretação de todos os negócios jurídicos. O artigo 113 dispõe: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. Sabem o que isso quer dizer? Depois que esse Código entrar em vigor, todo e qualquer negócio jurídico terá que ser interpretado de acordo com a boa-fé. Ela passará a ser um instrumento básico de interpretação de todos os negócios jurídicos, não só nas relações do consumo, entre consumidores e fornecedores, mas também entre comerciantes, empresários e civis. Bastaria esse artigo na Parte Geral para liquidar o assunto da boa-fé, mas o legislador foi muito além. Vejam o artigo 422.

O artigo 422 está nas Disposições Gerais dos Contratos e dispõe: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. Sobrou alguma coisa? No direito obrigacional não sobrou mais nada; a boa-fé passou a ser seu princípio fundamental, um paradigma de conduta para todos os contratantes.

É por isso que o mestre Miguel Reale insiste em dizer que a *eticidade* é uma das principais características do novo Código. Boa-fé, em última instância, é *ética negocial*. Este Código investiu tanto na boa-fé para o fim de resgatar os valores éticos e morais no mundo dos negócios. Este é o seu objetivo porque, ao longo do século passado, o liberalismo comprometeu totalmente a ética. Se não me engano, era Nelson Rodrigues que dizia que a ética brasileira é o medo da polícia. Lamentavelmente é verdade. Se não houver sanção, se não houver penalidade não haverá ética. Qual foi a ética negocial que se formou ao longo do século passado? A “lei do Gerson”, o brasileiro tem que levar vantagem em tudo, é a lei do mais esperto. Apregoava-se até o chamado *dolus bonus*, que nunca entendi o que era. Se dolo é a vontade dirigida a um fim ilícito, é conduta intencionalmente enganosa, fraudulenta, aproveitadora, como falar em um *dolus bonus*? Em última instância seria enganar só um pouquinho. Enganar muito não pode, mas ser esperto, tirar vantagem pode! Essa é a ética que se formou à sombra da ordem jurídica anterior. Isso era permitido e deu no que deu: nessa verdadeira selva negocial e empresarial, onde se pratica todo o tipo de fraude sem o menor escrúpulo, até contábil, transformando bilhões de prejuízos em lucros para lesar milhões de investidores.

Quando a economia americana parecia ter descoberto o segredo da prosperidade eterna e as suas bolsas de valores estavam na estratosfera, Alan

Greenspan, o presidente do Banco Central americano, cunhou frases de efeito como estas: *exuberância irracional*, *ganância construtiva*. Agora, quando vieram à tona as fraudes contábeis nas maiores empresas americanas, que escondiam bilhões e bilhões de dólares de prejuízo, mudou parcialmente o seu discurso e passou a falar em *ganância infecciosa*, como se existisse uma *ganância benígna* e outra *malígna*. A verdade é que, descomprometido com a boa-fé, com qualquer princípio ético, o mundo empresarial desenvolveu técnicas para ludibriar os trouxas e lesar os mais fracos, os menos informados, enfim, criou a sua própria moral de resultados a qualquer preço. Empresas aparentemente recheadas de lucros e consideradas exemplos de administração moderna ruíram ou estão com a reputação para sempre comprometida porque não tiveram ética negocial, porque repudiaram os postulados da boa-fé.

Busca-se agora, repita-se, com a nova ordem jurídica, resgatar valores éticos e morais também no mundo negocial, e o principal deles é a boa-fé, tanto a subjetiva (boa-fé de intenção), como a objetiva (boa-fé de conduta).

Há um outro dispositivo no novo Código que também tem uma força extraordinária. Refiro-me ao artigo 187, que conceitua o abuso de direito como ato ilícito. Dispõe o referido artigo: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, *pela boa-fé* ou pelos bons costumes.” Portanto, não só os negócios jurídicos terão que ser interpretados pelo princípio da boa-fé, não só os contratantes deverão ter boa-fé quando celebram e executam os contratos, mas também todo e qualquer titular de direito. Ninguém poderá exercer qualquer direito excedendo os limites impostos pela boa-fé. Isto quer dizer que a boa-fé passará a ser princípio necessário até para a avaliação do exercício regular do direito. Em suma, além de medida de decisão judicial, a boa-fé no novo Código Civil é também medida objetiva de conduta, paradigma para todos os contratantes e titulares de direito subjetivo.

No meu entender, a boa-fé, princípio cardeal do Código do Consumidor, ficou até ofuscada pela boa-fé apregoada no Código Civil novo. O Código do Consumidor ficou até humilhado. Não vai haver incompatibilidade alguma porque agora será necessária a boa-fé não só nas relações de consumo, mas também em todas as relações empresariais, mesmo em se tratando de igual para igual. Quando o Código do Consumidor entrou em vigor isso foi uma novidade e, por isso, enfrentou uma tremenda resistência

à aplicação da boa-fé. Estava em vigor o princípio de se tirar vantagem em tudo. Estava em vigor a “lei do Gerson”. A partir do momento em que o novo Código Civil estabelece a boa-fé como regra geral para todas as obrigações e negócios, estou certo de que o Código do Consumidor vai encontrar um clima muito mais favorável do que aquele que encontrou nesses dez anos de vigência. Como consequência desse princípio da boa-fé, há vários outros princípios que se aproximam do Código do Consumidor. Qual a consequência da boa-fé? Em primeiro lugar o dever de informar. Quem tem boa-fé não esconde nada, não tem *dolus bonus*, tudo informa, esclarece. Esse é outro princípio do Código do Consumidor, uma obrigação do fornecedor: o fornecedor é obrigado a informar, deve ter absoluta transparência, não pode esconder nada. Isso foi realmente inovador porque, antigamente, o fornecedor podia esconder tudo, não informava nada. Quem tinha que correr atrás da informação era o consumidor. Se fizesse uma apólice de seguro, não sabia o que estava no contrato. A seguradora dizia que as regras do contrato encontravam-se nas disposições gerais da apólice, que se encontravam em um cartório em Chapecó. Essa era a lei da selva. Então, o Código do Consumidor quando entrou em vigor encontrou isso, essa resistência enorme, mas aos poucos vem prevalecendo a idéia de que o fornecedor tem que informar, tem que esclarecer.

Pelo novo Código Civil todos terão que informar: o comerciante tem que informar o outro comerciante; o empresário tem que informar o outro empresário. Essa é uma consequência da boa-fé: a colaboração, a cooperação e o dever de informar. Isso nada mais é do que adotar, em âmbito geral, aquele princípio fundamental do Código do Consumidor e que estava restrito apenas às relações de consumo.

Outra disposição que converge com o CDC é a do artigo 423: “Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”. Será que estou lendo o Código do Consumidor? Parece que sim. Isso nada mais é do que a regra do artigo 47 do Código do Consumidor, que estava lá mas que agora está também aqui e por quê? Porque sem isto não haverá boa-fé, não haverá ética negocial. Então devemos ter esse cuidado porque, em contrato de adesão, não mais será admissível interpretar contra o aderente, mas sim contra aquele que estipulou as regras. O que temos mais e que decorre do princípio da boa-fé? Vejam o artigo 424, que dispõe o seguinte: “Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito

resultante da natureza do negócio”. O grande problema no mundo negocial são os contratos de adesão porque nesse mundo empresarial tudo gira em torno dele. Não temos nada contra o contrato de adesão, pelo contrário, ele é indispensável, sem ele não haverá condições de atividade econômica. O contrato de adesão é um instrumento indispensável do mundo empresarial. Ninguém contesta isso. O que não pode é transformar o contrato de adesão em um contrato do mais esperto, do mais forte, em um contrato do mais ganancioso.

Então, como diz o artigo 424: as cláusulas que estipulam a renúncia antecipada do aderente são nulas. Isso nos lembra as cláusulas abusivas do Código do Consumidor. É isso que está no artigo 51, inciso I, onde é considerada nula de pleno direito toda e qualquer cláusula que desnatura o contrato, aquela cláusula que elimina a responsabilidade do fornecedor. Em uma cláusula, eu digo que me obrigo e em outra, eu me desobriço; em uma, digo que garanto que se você sofrer um acidente, um sinistro, será indenizado; e em outra digo que não indenizo. Que obrigação é essa? Não assumi obrigação nenhuma. Essa cláusula não vale nada, é nula porque descharacteriza o próprio contrato, a natureza dele, elimina a responsabilidade. Agora, aquilo que era específico do Código do Consumidor será norma geral. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente ao direito resultante da natureza do negócio. Pode haver alguma colidência?

Se não bastasse, além do princípio da boa-fé vamos encontrar no novo Código Civil, como princípios fundamentais, cardeais, outros princípios estabelecidos no Código do Consumidor. Por exemplo: o princípio da equivalência material das obrigações. No Código do Consumidor há isso de modo mais forte, no artigo 6º, inciso III, que permite a revisão do contrato se houver um desequilíbrio acentuado contra o consumidor. É a revisão da base do contrato. É claro que esta é uma cláusula específica do CDC porque há, como já dissemos, a presunção de que o consumidor está em uma situação de vulnerabilidade. Entre pessoas iguais, em princípio, não haveria a necessidade de protegê-las contra um eventual desequilíbrio nas prestações de um contrato, mas a realidade mostrou que isso não é verdade, que isso pode acontecer, mesmo entre comerciantes, mesmo entre pessoas iguais. Então vem agora o Código Civil nos artigos 317 e 478, que se referem mais ou menos às mesmas situações. O art. 478 dispõe: “Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar

excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação”. São os contratos de trato sucessivo, que se prolongam no tempo, por exemplo o seguro, *leasing*, compra e venda de imóveis que se estende durante anos. Não encontramos aqui uma disposição idêntica à do Código do Consumidor; neste ponto ele se encontra na frente. A revisão do contrato com base no rompimento da base do negócio não exige que o acontecimento seja imprevisível, não exige que haja lucro para uma das partes, mas mesmo assim evidencia que o Código Civil caminhou na mesma direção do Código do Consumidor. Não chegou ao ponto em que o Código do Consumidor chegou porque aquele, repita-se, regula relações entre iguais, ao passo que o Código do Consumidor regula relações entre desiguais, mas revelou essa preocupação, que não deixa de ser ética. Se faço um negócio com alguém em igualdade de condições e sobrevém um acontecimento imprevisível que me coloca em situação de desvantagem econômica excessiva, é antiético exigir que esse contrato seja cumprido exatamente nos termos em que foi avençado. Por isso o Código está também mudando esse paradigma.

5. A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Outro princípio implicitamente previsto no Código do Consumidor e que agora passa a ser princípio fundamental do Código Civil, é o princípio da função social do contrato. Esse princípio terá que ser trabalhado. Até que ponto podemos entender que há, ou não, função social em um contrato? Isso será de extrema importância na interpretação dos contratos. Só para termos uma idéia da força desse princípio, quero destacar três artigos: o 421 que dispõe: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Liberdade contratual é estabelecer o que se quer no contrato; liberdade de contratar é a liberdade de contratar com quem quiser. Aquela autonomia da vontade, segundo a qual contrato com quem quero, faço o que quero, está, agora, circunscrita a um princípio: o da função social do contrato. Isso não é algo novo porque a própria Constituição já fala na função social da propriedade. A propriedade foi considerada na Idade Média um direito absoluto, e ainda hoje falamos disso, mas em termos, *modus in rebus*, pois é absoluta em certos aspectos, em outros não. Nenhuma propriedade pode ser exercida ou

tida contrariando a sua função social e agora esse princípio passa a vigor também em matéria contratual.

O artigo 303 nos dá um exemplo dessa função social do contrato: “O adquirente de imóvel hipotecado pode tomar a seu cargo o pagamento do crédito garantido; se o credor, notificado, não impugnar em trinta dias a transferência do débito, entender-se-á dado o assentimento”. Os senhores sabem que não há nenhum contrato que tenha um apelo social mais forte do que o contrato de compra e venda de imóvel hipotecado, financiado pelo Sistema Financeiro da Habitação. Quem compra pelo financiamento é porque não tem condições de comprar à vista. Ouvimos falar do contrato de gaveta, e toda essa peripécia que já conhecemos. Pois quando o Código trata de assunção de dívida, o credor tem que se manifestar expressamente se concorda ou não com a mudança do devedor (isto está no artigo 299) mas, em se tratando de contrato de imóvel hipotecado, o silêncio do credor vai significar aceitação. Com isso o legislador pretendeu prestigiar a função social desse contrato.

Há um dispositivo no final do Código que tem uma força tremenda – o parágrafo único do artigo 2.035, que dispõe: “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código *para assegurar a função social da propriedade e dos contratos*”. Vejam, a liberdade de contratar, que era absoluta, sofre agora profunda restrição. O Código encerra dizendo que nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública. São considerados preceitos de ordem pública a *função social da propriedade e dos contratos*. Nenhuma convenção poderá prevalecer se violar esses preceitos.

Vemos aqui que o Código Civil novo está mais avançado do que o próprio Código de Defesa do Consumidor porque esses princípios não estão expressamente previstos no Código do Consumidor. São princípios que têm indiscutível finalidade social, a finalidade de dar aos contratos e às obrigações uma abrangência maior.

6. CONVERGÊNCIAS NA ÁREA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Outra área em que poderia haver colidência entre o novo Código Civil e o Código do Consumidor é a da responsabilidade civil. Antes de encerrar, todavia, posso afirmar que também aqui não haverá a menor possibilidade de conflito. Por quê? Porque em sede de responsabilidade civil o novo Código adotou também os mesmos princípios consagrados no Código de Defesa

do Consumidor. Vemos isso a começar pelo parágrafo único do artigo 927, que dispõe: “Haverá obrigação de reparar o dano, *independentemente de culpa, nos casos especificados em lei*, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. O “independentemente de culpa” diz respeito à responsabilidade objetiva. Quando o artigo diz “nos casos especificados em lei” está dizendo que o próprio Código recepcionou todas as leis especiais, a não ser aquelas que foram por ele expressamente revogadas, que consagram a responsabilidade objetiva. Isso ele repete em vários outros artigos. Só por aí poderíamos concluir que não vai haver colidência alguma, a responsabilidade prevista no Código do Consumidor permanece inalterada. Mas não parou aí, pois o novo Código Civil nada mais fez do que consagrar no seu texto a mesma responsabilidade que está prevista no Código do Consumidor. Atentemos para a última parte do parágrafo único do art. 927.

“Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

Atividade é serviço. Então o que temos aqui? Temos a responsabilidade pelo fato do serviço. Exatamente a responsabilidade prevista no artigo 14 do Código do Consumidor. Só que lá essa responsabilidade está melhor disciplinada do que aqui: O CDC diz que o serviço deve ser defeituoso e diz também quando o serviço tem defeito. O Código Civil nada diz a esse respeito. Sabem o que vai acontecer? Para aplicarmos bem esse parágrafo único, vamos ter que pegar de empréstimo tudo aquilo que está lá no Código do Consumidor, vamos ter que ver o que é serviço defeituoso, quando é que não oferece a segurança devida e necessária etc. Onde está a colidência? Querem ver mais?

Art. 931. *“Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.”*

O que é isso ? É responsabilidade pelo fato do produto, artigo 12 do Código do Consumidor. Só que esse artigo só é aplicável nas relações de

consumo. Mas agora o novo Código Civil dará à responsabilidade pelo fato do produto uma dimensão geral. Mais uma vez, para sabermos o que é fato do produto, para bem aplicarmos este dispositivo, teremos que nos valer da disciplina que está muito bem desenvolvida no Código do Consumidor e trazer para cá. Quer dizer, vamos ter que interpretar o Código Civil novo à luz de preceitos que estão no próprio Código do Consumidor.

7. CONCLUSÃO

Então, a conclusão a que chego é esta: pode ser que em determinadas questões tenhamos alguma colidência, alguma antinomia entre o novo Código Civil e o Código do Consumidor. Mas, no geral, o novo Código vem na mesma linha e vem, em certos pontos, até mais avançado do que o próprio Código do Consumidor.

Qual o futuro que vejo para o Código do Consumidor? Esses dez anos de vigência do Código do Consumidor foram realmente difíceis, pois o Código encontrou uma ordem jurídica hostil, uma ordem jurídica baseada na antiética, baseada na “lei de Gerson”, o que gerou muita resistência. Em suma, foi muito conflituosa a aplicação do Código do Consumidor. A partir do momento em que teremos uma ordem jurídica mais justa, mais ética, mais harmônica com os princípios do Código do Consumidor, a resistência haverá de desaparecer. Tenho a convicção de que a aplicação do Código do Consumidor será muito mais suave, muito mais aceitável, porque agora muitos civilistas, que eram contra o Código do Consumidor, terão que aceitá-lo; os princípios são os mesmos e, conseqüentemente, a relação entre consumidor e fornecedor será menos conflituosa do que hoje. Sobrará, mesmo assim, um campo enorme para o Código do Consumidor uma vez que devemos ter em mente que o Código do Consumidor visa à relação entre desiguais. Por isso sempre que houver relação de consumo, as normas do Código do Consumidor hão de prevalecer, pois são normas de ordem pública e de interesse social, normas de sobredireito e, conseqüentemente, terão que ser aplicadas.

Mas, há um outro fator: o Código Civil pouco disciplina os contratos relacionados com serviços. Lembro-me do contrato de transportes - que agora está disciplinado no Código Civil - do contrato de seguro, mas os contratos de serviços em geral, principalmente os serviços públicos, não estão disciplinados no Código Civil. Os serviços são a grande área de incidência do Código do Consumidor e nela, ele continuará soberano.

Gosto muito de um pensamento, de uma imagem muito feliz de Mário Moacir Porto. Ele dizia que “a lei não esgota o direito, assim como a partitura não esgota a música”. Na realidade, por melhor que seja a partitura, por mais genial que seja o autor, a beleza da música dependerá muito do seu intérprete. Uma ária de Verdi terá esta ou aquela beleza ser for interpretada por um Pavarotti, ou por mim, que nem chego a tentar interpretá-la. Uma grande música pode ser assassinada por um péssimo intérprete, porque a partitura não esgota a música, assim como a lei não esgota o direito. Quero dizer que por melhor que seja esse Código, e ele é realmente um Código avançado, por melhor que tenha sido o legislador, a eficácia e os efeitos que ele vai produzir ao longo do novo século dependerão dos seus intérpretes, em outras palavras, dependerá de nós que aqui estamos, dependerá do nosso talento.

Não tenho dúvida em afirmar que a grande fonte do Direito não é o legislador, mas sim a doutrina e principalmente a jurisprudência porque a lei é a concepção do direito de uma ou de algumas inteligências, do legislador, alguns geniais, outros nem tanto. E mais, é a visão do direito do legislador de uma forma estática, num determinado momento, que amanhã já não será o mesmo. Ao passo que a jurisprudência é o direito construído por muitas inteligências, a partir do advogado, passando pelo juiz de 1º grau, até chegar, muitas vezes, aos Ministros do Supremo Tribunal Federal. São inteligências privilegiadas porque só fazem isso, diuturnamente e mais, fazem e criam o direito com base no direito dinâmico, na realidade fática que se muda a todo instante. Desta forma se cria o direito e, por conseqüência, na maioria das vezes a nova lei (e isso acontece com o novo Código Civil) acaba positivando aquilo que foi criação da jurisprudência. Os senhores verão, ao longo do estudo do Código Civil, que grande parte daquilo que está aqui consagrado foi obra criadora da jurisprudência do século passado.

Quando surge uma nova lei, sempre existe aquilo que se costuma chamar de “fantasmas da lei velha”. A lei velha morreu - e acontecerá isso com o velho Código que vai morrer em janeiro de 2003 - mas o fantasma dele vai continuar por aí, às vezes assombrando o intérprete, aplicador da nova lei. Isso acontece com a chamada *interpretação retrospectiva*, que é interpretar a nova lei “de costas” para o futuro, de acordo com a lei velha. De modo que a lei nova se torna tão parecida com a lei velha que nada ou quase nada se muda. É o que não pode acontecer. O novo Código vem para mudar a cabeça, a ética, o comportamento negocial. Se formos interpretar esse Código “de costas” para o futuro, à luz do Código velho, ele não pro-

duzirá seus efeitos.

Daí, repito, a importância de, ao interpretarmos esse Código, termos em mente as três características tão anunciadas pelo seu grande coordenador, o Prof. Miguel Reale, e que, em outras palavras, dão realmente a sua diretriz: eticidade, socialidade e operabilidade. Esse Código visa a resgatar os valores ético-negociais e proteger, dar destaque, não só aos interesses individuais, mas principalmente aos interesses sociais. Por fim, ele é um instrumento, a sua instrumentalidade é a sua operacionalidade. Temos que fazer desse Código um instrumento de realização dos valores ético-sociais. Obrigado pela atenção. ◆

RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA – CIRURGIA PLÁSTICA

ROBERTO WIDER
Desembargador TJ/RJ

O Juiz deve estar atento e ser sensível às mudanças sociais para que, ao dizer o direito, dando a cada um o que é seu, faça com que a segurança jurídica decorra não só das normas vigentes mas, também, corresponda à realidade vivida pelas pessoas, fazendo, assim, com que a Justiça deixe de ser cega...

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES E ÂMBITO DO TEMA

A responsabilidade civil é um dos instrumentos mais eficientes para a consecução do objetivo do restabelecimento do equilíbrio das relações sociais. Deve ser utilizado na composição dos conflitos em atenção ao princípio da plena reparação dos danos, com toda sua eficiência, observadas as formalidades legais do *due process*, mas com prevalência do conteúdo do direito violado.

Esta noção, a meu sentir, é que deve conduzir e efetivamente tem conduzido na jurisprudência dos Tribunais, à superação dos rígidos conceitos de culpa, quer pela adoção da responsabilidade objetiva, com as noções do *risco proveito* (aquele que tem o proveito da atividade que causou dano, deve indenizar) ou do *risco criado* (pelo simples fato de agir no seu meio, o homem cria riscos para os demais, devendo reparar os danos que causar), quer invertendo o ônus da prova em desfavor do autor do dano.

Neste sentido a observação arguta e pertinente de Antônio Montenegro, em sua obra clássica **Ressarcimento de Danos** (4ª ed. p. 11), no sentido

que “a teoria da indenização de danos só começou a ter uma colocação em bases racionais quando os juristas constataram, após quase um século de estéreis discussões em torno da culpa, que o verdadeiro fundamento da responsabilidade civil devia-se buscar na quebra do equilíbrio econômico-jurídico provocada pelo dano. A partir daí, conclui, a tese de Ihering de que a obrigação de reparar nascia da culpa, e não do dano, foi-se desmoronando paulatinamente”.

Essa função da responsabilidade civil¹ tem sido a mola propulsora da evolução do direito², atento à dinâmica social carregada de mudanças nas mais variadas áreas, como a do trabalho, da família, dos meios de produção, das ciências, da tecnologia, da medicina etc.

Os profissionais da área do direito têm respondido a este desafio, quer fornecendo aos legisladores os elementos necessários, para a elaboração de normas atualizadas, como disto faz prova inequívoca, as Diretivas oriundas da Comunidade Européia, quer nas pesquisas universitárias ou na produção jurisprudencial.

Por óbvio, o tema em análise não se debruça sobre os pressupostos da responsabilidade civil, objeto de extensa doutrina, tanto em Portugal como nos demais países europeus e bem assim na literatura anglo-saxônica e brasileira.³

¹ Confira-se na obra de Sérgio Cavalieri Filho, Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – **Programa de Responsabilidade Civil** – Malheiros Editora, 2ª ed. p. 24: “O anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo, inspira-se no mais elementar sentimento de justiça. O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no *statu quo ante*. Impera nesse campo o princípio da *restitutio in integrum*, isto é, tanto quanto possível repõe-se a vítima à situação anterior à lesão. Isso se faz através de uma indenização fixada em proporção ao dano. Indenizar pela metade é responsabilizar a vítima pelo resto (Daniel Pizzaro, *in Daños*, 1991). Limitar a reparação é impor à vítima que suporte o resto dos prejuízos não indenizados.”

² Confira-se em JJ Calmon de Passos, emérito jurista e Professor aposentado da UFBA, em trabalho publicado pela Ed. Forense em revista de Responsabilidade Civil, intitulado “O risco na sociedade moderna e seus reflexos na teoria da responsabilidade civil e na natureza jurídica do contrato de seguro” que pontifica: “A responsabilidade civil, é do saber comum dos juristas, evoluiu de sua compreensão subjetiva e individual, algo imputável a quem deu causa a um dano que jamais teria ocorrido se inexistente o ato do responsável, para o estágio mais avançado da culpa presumida, ultrapassado pela concepção da responsabilidade objetiva, por sua vez suplantada pela teoria do risco. Tudo isso sucedeu não por mero capricho dos teóricos e, sim, por imperativo da nova realidade sócio-político-econômica que capitalismo avançado e os ganhos tecnológicos determinaram.”

³ Ver bibliografia no final do Relatório.

Estamos a tratar da responsabilidade civil médica, ou seja, dos profissionais da área de medicina e, dentre estes, por seu sentido de atualidade e alta incidência de resultados danosos, os que atuam nas intervenções de cirurgia plástica, aí incluídas as demais modalidades da medicina estética.

2. DA ATUAÇÃO MÉDICA E A RESPONSABILIDADE CIVIL

Em se tratando de atividade profissional autônoma, mantém-se o requisito da culpa como fundamento da obrigação de indenizar, porque esta é a lógica do razoável e do bom senso e, violar-se-ia a dignidade do profissional, condená-lo a uma indenização por ato ou fato em relação ao qual não concorreu culposamente.

Neste sentido Miguel Kfourti Neto (**Responsabilidade Civil do Médico**): “Mazeaud-Tunc, comentando a existência de um princípio geral da responsabilidade civil na codificação francesa, regra suscetível de aplicações ilimitadas, reproduzem declaração de Bertrand de Greville: ‘Todo indivíduo é responsável pelos seus atos: esta é uma das primeiras máximas da sociedade, daí decorre que, se este ato causa algum dano a outrem, é certo que seja obrigado a repará-lo aquele que, por culpa sua o tenha ocasionado’.” (ob. cit., Ed. RT, 4ª ed., p. 67).

Assenta-se, para logo, que não há fundamento razoável para se estabelecer de modo diferenciado, uma culpa no sentido comum e outra, no sentido profissional.

Também os civilistas franceses repelem tal distinção, como vemos no mesmo autor, porque, se presente um atuar culposo, imputável a um médico, esta ação, profissional ou não, independente da gravidade, uma vez provada, cria a obrigação de indenizar.

O que se deve ter como presente é a regra geral de *neminem laedere* com uma possível carga de maior reprovabilidade e conseqüente exasperação da indenização, se for causada no exercício profissional (v. ob.cit. p. 69).

A manutenção deste critério, fundado na existência e comprovação de culpa, parece-me ser a melhor solução, porquanto repugna à consciência moral, se o médico atua com todos os cuidados e diligências inerentes à sua atividade, com conhecimento e perícia, e venha a ser obrigado a indenizar um dano ocorrido, por fatores inteiramente alheios à sua vontade e correta atuação.

Também não se justifica a posição adotada pelo ilustre Professor J.A. Esperança Pina em sua obra **A responsabilidade dos médicos**

(Ed. Lidel, 2ª ed., p.101/102) ao pretender fazer valer a regra de que só uma “falta grave” do profissional médico é que daria margem à sua responsabilização, ao argumento de que “os tribunais não se devem intrometer em problemas científicos, que lhe são estranhos, reprimindo apenas as faltas certas”.

Para logo, há uma dissociação entre o conceito de “falta grave” e “falta certa”.

A primeira induz ao um juízo de reprovabilidade intenso, enquanto que a outra estabelece um conteúdo fáctico existente.

Ao depois não há na doutrina, na jurisprudência e na própria natureza das coisas supedâneo para esta conclusão.

A última referência a esta forma de encarar a responsabilidade dos médicos encontra-se numa decisão da Academia de Medicina de Paris de 1829, que pretendia “consagrar uma situação especial de imunidade: para que houvesse responsabilidade médica, seria necessário provar-se falta grave, imprudência visível, manifesta imperícia”.

No entanto, já em 1832 o famoso parecer do Procurador-Geral Dupin, junto à Corte de Cassação do Tribunal de Paris, sepultou tal pretensão, a qual só se verifica ainda em pareceres corporativistas de associações de classe, que por isso mesmo, não são consideradas com seriedade.^{4/5}

Por outro lado, a falta de conhecimento técnico por parte do Juiz não é óbice para conhecimento e julgamento das questões para as quais não

⁴ Ver parecer do Procurador Dupin em **O erro médico**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 25, assim consignado: “(...) do momento em que houve negligência, leviandade, engano grosseiro e, por isso mesmo, inescusável da parte de um médico ou cirurgião, toda responsabilidade do fato recai sobre ele, sem que seja necessário, em relação à responsabilidade puramente civil, procurar saber se houve de sua parte intenção culposa.”

⁵ Relata Lafayette Pondé in **Revista Forense** n. 191, p. 32, citando decisão da Corte de Aix, de 10.11.53, colhida em Mazeaud, **Leçons**, II, p. 405: “Na caracterização do ato culposo, havia uma tendência para fixar-se a responsabilidade na “culpa grave”. Mas a jurisprudência aponta diversos casos em que ela se manifesta mesmo na “culpa levíssima”: “Considerando que, embora os peritos sejam de opinião que os acidentes pela compressão do plexo braquial são raramente observados após as operações de Trendelenburg, esses acidentes são, todavia, previsíveis, porque bem conhecidos; considerando que se não pode falar de culpa do cirurgião, nem de imprudência nem de negligência, mas de simples desatenção escusável, porque, preocupado com o ato operatório, o cirurgião não pensa em tais acidentes, dada a sua raridade, em razão mesma do grande número de intervenções habitualmente praticadas sem incidentes, ...; considerando, entretanto, que, por mais leve que seja essa desatenção, deve ela ser tida como uma falta de precaução para evitar um acidente raro, porém não imprevisível; considerando que o cirurgião tem por missão essencial realizar o ato operatório nas melhores condições de técnica e deve cercar-se de todas as precauções convenientes, para evitar, na medida do possível, os acidentes externos ao próprio campo operatório...”

tem habilitação própria, estando previstos em todos os códigos processuais modernos o auxílio que pode requisitar de peritos ou *experts* no tema a ser apreciado.

Para entendimento correto dos conceitos aqui utilizados, impende distinguir a responsabilidade contratual ou obrigacional que decorre do descumprimento das obrigações que exurgem nos contratos, nos negócios unilaterais ou na lei e a responsabilidade extracontratual, resultante da violação de direitos absolutos ou da prática de certos atos que, embora lícitos, causam prejuízo a outrem.

Antes de se questionar a natureza da obrigação assumida pelo médico, convém se situar a culpa dentro da responsabilidade civil, porquanto, como ficou acima assinalado, e sobre isso parece não haver divergência, esta é indispensável, mesmo no moderno Código de Defesa do Consumidor brasileiro (Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990), quando se trata de fornecimento de serviços de profissionais liberais.

O artigo 14 *caput* da lei em referência estabelece que o fornecedor de serviços responde, *independentemente da existência de culpa*, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços, mas o parágrafo quarto excepciona: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.

A justificativa dos autores do anteprojeto – **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**, comentado pelos autores do anteprojeto – Forense Universitária – 6ª ed., p. 173, está explicada como “a diversidade de tratamento em razão da natureza *intuitu personae* dos serviços prestados por profissionais liberais. De fato, os médicos e advogados – para citarmos alguns dos mais conhecidos profissionais – são contratados ou constituídos com base na confiança que inspiram aos respectivos clientes. Assim sendo, somente serão responsabilizados por danos quando ficar demonstrada a ocorrência de culpa subjetiva, em quaisquer de suas modalidades: negligência, imprudência ou imperícia”.

De qualquer forma, o exame das modernas legislações demonstra que a culpa é, via de regra, o fundamento da responsabilidade civil.

Assim, no **Direito Francês**, reputado o Código Civil, por Miguel Kfoury Neto, em sua obra **Responsabilidade Civil do Médico** (Ed. Revista dos Tribunais, 4ª ed. p. 47), como o padrão das legislações modernas – “a grande lei da sociedade humana” tem a culpa como base única da responsabilidade civil, conforme o artigo 1.382 daquela codificação *in verbis*: “Tout

fait quelconque de h`homme que cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé a réparer”, dispendo o artigo seguinte (1.383): ‘Chacun est responsable du dommage qu`il a causé no seulement par son fait, mais encore par son négligence ou par son imprudence’.”

O termo “faute” é mais amplo do que “culpa” e, para os tratadistas brasileiros (Aguiar Dias – **Da responsabilidade civil** - ed. 1973, v. 1/31) o vocábulo corresponde à noção de ato ilícito, a teor do artigo 159 do Código Civil Brasileiro:

“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553.”

No **Direito Alemão**, o princípio da responsabilidade por culpa advém do § 823 do BGB, que impõe o dever de indenizar àquele que, dolosa ou culposamente, lesionar, de forma antijurídica, a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a propriedade ou qualquer outro direito.⁷

Segundo João Batista Lopes, em **Perspectivas Atuais da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro** o “critério fornecido pelo legislador alemão para a caracterização da *culpa* se encontra no § 276, referindo observar *Enneccerus* tratar-se de critério objetivo: é o grau de diligência que se considera suficiente para as pessoas capazes e conscientes segundo a esfera social de que se trate”.⁸

O mesmo autor (*ibidem, idem*) ensina que “No **Direito Italiano**, igualmente, vigora o princípio da *culpa* como fundamento da responsabilidade civil (Artigo 2.043 - “*Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno*”).

Ainda na mesma obra colhem-se as regras vigentes no **Direito Suíço** (Código Federal Suíço das Obrigações, art. 41: “(1) Quem causar antijuri-

⁷ Miguel Kfourri Neto, ob. cit. p. 48.

⁸ Ver. Jur. Tribunal de Justiça de S.Paulo, Lex 57/14, citando Enneccerus **Tratado de Derecho Civil** ed. 1950, Barcelona, v. 2 / 445.

dicamente um dano a um outro, seja intencionalmente, seja por negligência, estará obrigado, para com ele, à indenização. (2) Igualmente estará obrigado à indenização quem, a um outro, de modo contrário aos bons costumes, causar, intencionalmente, um dano” e no **Direito Espanhol** que impõe ao responsável pelo dano, seja pela responsabilidade aquiliana (art. 1.902, CC), seja pelo ilícito contratual (art. 1.101), o dever de indenizar.⁹

O **Direito Português** cuida da responsabilidade civil, se decorrente do descumprimento do contrato nos artigos 798 e seguintes do Código Civil (Art.798 - Responsabilidade do devedor - *O devedor que falta culposamente ao cumprimento da obrigação torna-se responsável pelo prejuízo que causa ao credor*).

Já a responsabilidade por fatos ilícitos está prevista no art. 483, em termos:

1. Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação.

2. Só existe obrigação de indenizar independentemente de culpa nos casos especificados na lei.

Assinala o Professor Antunes Varela, ao comentar o artigo e especificamente o inciso II, que:

“Não pode, efectivamente, descurar-se o alto valor educativo e social da ideia de que a responsabilidade assenta em regra sobre a culpa do agente ou omitente.

E também não pode ignorar-se a injustiça subjacente à ideia de responsabilizar praticamente terceiros, contra sua vontade, ou o próprio Estado, pela reparação de danos imputáveis a pessoas determinadas.”¹⁰

Impõe-se, ainda, estabelecer o conceito de culpa, para a integração da análise que se propõe.

⁹ Ob. cit. ibidem, idem, p. 51.

¹⁰ **Das Obrigações em Geral**, v. 1, 10ª ed. Almedina, p. 524 nota de rodapé (2).

Veja-se sobre o tema, as noções indicadas pelo Prof. Antunes Varela¹¹ aproveitando-se o ensinamento de Carbonnier, citado, referente ao elemento sociológico da **faute**, consistente no caráter ilícito do fato, para adotar a noção de culpabilidade, ministrada por Fernando Pessoa Jorge em seu Ensaio sobre os **Pressupostos da Responsabilidade Civil** (Almedina – Coimbra, 1999, p. 315 e segs.) assim expressada:

“A culpabilidade é a qualidade ou conjunto de qualidades do acto que permitem formular, a respeito dele, um juízo ético-jurídico de reprovação ou censura.”

A culpa consiste num “erro de conduta” (Geny); é um ato ilícito que decorre da transgressão, ainda que não intencional de um dever estabelecido num contrato ou na lei e, por isso a violação destas situações jurídicas, cria, no primeiro caso uma responsabilidade «contratual» e no segundo uma responsabilidade «extracontratual» assentada na regra **neminem laedere**.¹²

3. DA NATUREZA DA RESPONSABILIDADE MÉDICA

Colocou-se na doutrina e ainda persiste, embora com menor relevância, a questão da natureza jurídica da relação do médico e seu paciente, divididos os entendimentos sobre se tratar de uma relação contratual (contratos típicos, nominados, tais como um mandato, um contrato de empreitada, de locação de serviços, ou um contrato inominado, atípico?) ou delitual.

A professora Teresa Ancona Lopes de Magalhães examinou a matéria em profundidade em artigo sobre a “Responsabilidade Civil dos Médicos”¹³ e colocou pá de cal sobre a questão, destacando que:

¹¹ Acrescentando em nota de rodapé que: “Esta é no fundo, a sistematização adotada por M. Andrade (ob. cit., p. 337 e segs.) e por Pereira Coelho (ob. cit., p. 64 e segs.), quanto à responsabilidade contratual, que nenhuma razão há para não tornar extensiva, de harmonia com a própria disposição legal introdutória da matéria, a responsabilidade extracontratual (cfr. Vaz Serra, **Requisitos da responsabilidade civil**, nº 2). E, mais adiante “Na literatura jurídica francesa predomina a ideia de um triplice requisito: o *dano*, *la faute* (o ilícito culposo) e a relação de causalidade entre *la faute et le dommage* (Carbonnier, n. 71, p. 269 e segs.). É o mesmo Carbonnier (n. 93, p. 377) quem reconhece, porém, que na noção genérica de *faute* cabem três elementos distintos: a) um elemento material, uma conduta humana, o facto do homem; b) um elemento *psicológico*: a *vontade*, que teria podido modificar o curso das coisas; c) um elemento *sociológico*: o carácter ilícito do facto, a sua reprovação social. *A faute*, remata Carbonnier, é o conjunto destes três elementos.”

¹² Lafayette Pondé. Ob. cit., p. 30.

¹³ Editora Saraiva – **Coletânea Responsabilidade Civil – Doutrina e Jurisprudência** – Coordenador Youssef Said Cahali – 2ª ed. atualizada, 1988, p. 315 e segs.

“A discussão a respeito do enquadramento da responsabilidade médica dentro da culpa contratual ou extracontratual está hoje superada. A doutrina e a jurisprudência são francamente pela responsabilidade **ex contractu** do médico (nesse sentido Henri Mazeaud e León Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle e contractuelle*, 10^a ed., Paris, Sirey, 1934; José Aguiar Dias, **Da responsabilidade Civil**, 5^a ed. Forense, 1973, v. 2; Henri Lalou, *Traité pratique de la responsabilité civile*, 6^a ed., Paris, Dalloz, 1962; Silvio Rodrigues, **Responsabilidade Civil**, n. 83).”

Esta é a regra geral, o que não impede que se verifiquem situações em que tal responsabilidade é de natureza extracontratual.

Basta que se analisem as situações em que o atuar do médico ocorra em situações emergenciais onde não preexistam possibilidades de consentimento ou informação às pessoas atendidas ou responsáveis legais v.g. atendimento a acidentado em via pública; atendimento a incapaz sem o consentimento de representante legal; atendimento contra a vontade do paciente, como no caso de tentativa de suicídio. Há referências doutrinárias também a situações onde se faz presente também um delito penal, como mutilação inútil ou experimento sem fins curativos ou prejuízos materiais ou morais que possam advir de uma visita médica etc.

Assinala, ainda, a ilustre Professora, na obra citada, que, independentemente de ser o dano produzido dentro ou fora do contrato, a obrigação de reparar persiste da mesma forma, daí porque a doutrina não vislumbra senão diferenças secundárias entre as responsabilidades ditas contratuais e extracontratuais, apesar do Código Civil Brasileiro haver separado os dois tipos de responsabilidade.¹⁴

É certo que o Código Civil Brasileiro colocou a responsabilidade médica no capítulo referente à liquidação das obrigações resultantes de atos ilícitos, nos termos do artigo n° 1.545:

¹⁴ E assim também o Código Civil Português, tratada a responsabilidade contratual nos artigos 798 e seguintes e a extracontratual, cuja obrigação nasce da violação de uma disposição legal ou de um direito absoluto, nos artigos 483 e seguintes, sendo, no entanto, a obrigação de indenizar delas resultante tratada conjuntamente nos artigos 562 e seguintes.

“Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência, ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento.”

No entanto, como assevera José de Aguiar Dias, em sua obra clássica¹⁵ a responsabilidade civil é mesmo de natureza contratual, apesar da disposição legislativa.

Destarte, não há mais dúvidas relevantes em relação a tais questões, ou seja, de que a responsabilidade do médico é contratual e que há casos em que esta responsabilidade é extracontratual.

Agora, as questões mais relevantes trazidas à apreciação judicial, em razão dos inúmeros casos de pedidos indenizatórios em decorrência de erro médico (*lato sensu*), com base na doutrina ainda dominante, cujo teorema pode ser colhido na lição de Serpa Lopes¹⁶, para quem, a despeito de como se considere a natureza do contrato que vincula o profissional e seu cliente (contratual ou extracontratual), o certo é que se trata de uma obrigação de meios e incumbe assim, ao lesado a comprovação da culpa.

Os problemas foram, mais uma vez, muito bem colocados pela douta Professora da Faculdade de Direito da Universidade de S. Paulo, e que podem ser tidos como razão emblemática da apresentação deste trabalho, ainda limitado a um relatório, onde a análise perfunctória do fenômeno jurídico se justifica.

Assinala a mestra que por sobre serem escassos os julgados de ações tendo por objeto indenizações produzidas por culpa médica, os tribunais se revelam ainda tímidos na plena reparação de tais danos, o que causa uma descrença do jurisdicionado.

Abro um parêntese para consignar que Sinde Monteiro, em relatório preparado para um *Workshop* sobre **Medical Responsibility in Western Europe**, realizado em 1983, também informava serem extremamente reduzidas, nos tribunais portugueses, as ações tendo por objeto a responsabilidade civil ou penal do médico, o mesmo ocorrendo com outras áreas (o que pude constatar nos dias atuais, em pesquisas realizadas nos sites de jurisprudência), afirmando que ainda não se produzira, na prática, em Portugal,

¹⁵ **Da Responsabilidade Civil**, Forense, 6ª ed. 1979, v. 2.

¹⁶ Serpa Lopes, Miguel Maria de, **Curso de Direito Civil**, Freitas Bastos, 3ª ed., 1964, v. V, p. 264/265.

a “democratização da responsabilidade profissional”. (“Responsabilidade médica em Portugal”, Jorge Figueiredo Dias e Jorge Sinde Monteiro – **Boletim do Ministério da Justiça** – Lisboa 1984).

E prossegue, então, aquela autora, ao enfatizar o que chama um quadro desanimador na área jurídica frente ao que denomina a “crise da medicina” (atribuível entre outras causas a uma queda no padrão de ensino com o conseqüente declínio na qualidade dos profissionais) apresenta os problemas práticos com que se confrontam não só os pacientes como os profissionais da área do direito, assim expostos:

“Além do mais, cabe ao lesado demonstrar mediante ótimas provas a culpa do profissional. Ora, a prova dessa culpa é difícilíssima, porquanto além de ter-se o provável silêncio dos outros médicos, que também participaram da operação ou tratamento, tem-se a quase certeza de uma perícia judicial contra o paciente, tendo em vista ser a classe médica muito unida na defesa de seus próprios interesses, chegando a literatura estrangeira especializada na matéria a denunciar o que chama de ‘conspiração do silêncio’ ou de ‘confraternidade profissional’.”

Traz em abono de suas afirmações, além de doutrina nacional, literatura jurídica francesa¹⁷ e as tentativas de solução da doutrina norte-americana, da *res ipsa loquitur*, “em que diante da evidência do erro médico até mesmo os peritos seriam dispensados e o juiz admitiria de pronto a culpa do profissional”, ou trazendo à colação pensamento do mesmo Savatier que, “preocupado com a dificuldade em se provar a culpa médica, tendo em vista não conhecerem os juízes matéria tão técnica e dependerem de peritos que preferem faltar à verdade a ferir a solidariedade da classe, defende a idéia de que o juiz está autorizado “ a usar dos indícios suficientemente lógicos e suficientemente fortes para tornar sua convicção legítima, pois existe uma lógica no desenvolvimento dos fatos, mesmo biológicos” (**Comment repenser**, cit., p. 31).

Aduz ainda que, por volta de 1965, surgiu na jurisprudência francesa a teoria da “*perte d’une chance*”, pela qual, mesmo que não esteja absoluta-

¹⁷ Charles Vilar, L’évolution des responsabilités du chirurgien et de l’anesthésiste, **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, 72:741; René Savatier, Comment repenser la conception française actuelle de la responsabilité civile ? Paris, Dalloz , s.d., p. 31. Teresa Ancona Lopes de Magalhães, ob.cit.

mente convencido de que se houve o médico com culpa, bastava a dúvida, “admitindo que a culpa do médico comprometeu as “chances” de vida e integridade do paciente.

Assinala que tal concepção foi condenada pela doutrina e, a meu ver, com boas razões.

Com efeito, o princípio da segurança jurídica ficaria irremediavelmente comprometido se ao Juiz fosse permitido e validado, na dúvida, emitir um juízo condenatório.

A convicção do julgador não se pode limitar à própria subjetividade, sem a presença dos elementos objetivos da prova existente nos autos, porque, no mínimo, isto feriria o direito ao duplo grau de jurisdição (reapreciação da matéria de prova, e fundamentos aí colhidos para o decreto condenatório, pela instância superior ou revisora das decisões dos juízes).

Muitas vezes as soluções engendradas pelos doutrinadores, na prática do dia a dia dos julgamentos, são de difícil aplicabilidade.

Trago a exemplo um caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (Apelação cível nº 1.674/1997) no qual fui Relator e onde se apreciava a responsabilidade civil e a culpa de cirurgião e do anestesista em relação a paciente que, submetida a histerectomia total abdominal, restou paraplégica.

Já aí assinalava que o *thema decidendum*, se revela um dos mais espinhosos submetidos à apreciação judicial – o erro médico e a necessidade de reparação de danos decorrentes, e afirmei que “A tarefa é simples quando se constata, sem maiores dúvidas a ocorrência do erro, na acepção simples do termo, resultante de um atuar culposo, flagrado em perícia inequívoca”.

No entanto, a prestação de serviços médicos traz consigo uma complexidade intrínseca, consistente em uma face na própria complexidade ainda não revelada do organismo humano e em outra, a necessidade de uma técnica altamente sofisticada nas intervenções feitas neste mesmo organismo, em absoluto inalcançada por aqueles a quem se convencionou denominar o *homo medius*, e notadamente aqueles que não são habilitados nesta profissão, de há muito proclamada como “divina”.

A conseqüência desta constatação é que o Juiz, ao enfrentar tais questionamentos, via de regra, é posto perante fatos, condições e técnicas sobre as quais não tem domínio intelectual, devendo se submeter aos “juízos” emitidos pelos **experts** da área.

Mas, o que fazer, quando estes mesmos doutores sobre o assunto se controvertem, levando a dúvida ao espírito do Julgador?

Se estivéssemos em sede criminal a solução é simples e trivial: *in dubio pro reo!*

Mas, na área da responsabilidade civil, uma das mais sensíveis das relações sociais, tal princípio não se aplica, pois que predomina aquele pelo qual o dano deve ser o mais amplamente possível reparado. A obrigação de reparar o dano a outrem advém do próprio Direito Natural.

Parece-me que a digressão se justifica aqui frente ao questionamento posto por Savatier em como se repensar a concepção atual da responsabilidade civil!

Na hipótese posta na ação de indenização ficou incontroverso que a autora com um diagnóstico de uma tumoração pélvica compatível com mioma uterino, com indicação inafastável de histerectomia total, submeteu-se a uma intervenção cirúrgica para a qual foi utilizada técnica combinada – geral e epidural, tendo chegado ao Hospital por meios próprios, caminhando normalmente e, ao término do ato cirúrgico e até os dias de hoje, está irremediavelmente parálitica da cintura para baixo.

Os peritos que funcionaram no processo apresentaram laudos controversos e colidentes: o primeiro, Professor de Neurologia, nomeado pelo Juiz, indicou a responsabilidade do médico anestesista; os médicos assistentes das partes (todos com laudos bem elaborados e fundamentados) rejeitaram tal conclusão; o assistente técnico da empresa de saúde fala em acidente médico e não em erro médico; o extenso laudo do Instituto Médico-legal, após informar que os procedimentos médicos adotados estavam em conformidade com a prática médica usual, confirmou que a complicação anestésica, por isquemia medular ocorrida durante a cirurgia não tem critério clínico de previsibilidade.

O Conselho Regional de Medicina do Estado, em processo ético-profissional, concluiu pela absolvição de ambos os médicos.

O Tribunal, à vista de tantos elementos contraditórios determinou nova perícia com outro Médico Perito, o qual se limitou à análise da ficha do médico anestesista e, por óbvio ali não descobriu nenhuma falha!

Outros elementos dos autos revelavam que a paciente era obesa, hipertensa e com história familiar de diabetes, mas os exames prévios à intervenção cirúrgica foram bem deficientes!

Quid iuris?

Adotar-se a teoria norte-americana da *res ipsa loquitur*, e por aí admitir a culpa do profissional?

Seguir a jurisprudência francesa, admitindo, na dúvida, a responsabilidade dos médicos que comprometeram a “chance” de integridade do paciente?

Proteger-se o Tribunal das possíveis críticas e apoiar-se na clássica teoria da culpa *bem provada*, negando a indenização justa e com isso mais uma vez frustrando o sentimento de justiça dos cidadãos e o conseqüente descrédito na instituição, como refere a ilustre professora acima citada?

Advém da doutrina italiana uma solução intermédia que merece reflexão e está citada por Hildegard Taggesell Giostri numa dissertação de mestrado de notável repercussão (mais adiante referida), com base em Giulio Ponzanelli (**La responsabilità civile**. Profili di diritto comparato. Bologna: Mulino, 1992, p. 281-2) o qual “notícia que na Itália, não obstante uma relação contratual se firmar entre paciente e médico, as regras operativas são de proveniência da extracontratualidade. Nos últimos anos, informa o autor, o setor médico-hospitalar tem passado por um processo de evolução ainda a assentar-se e a confirmar-se, mas o movimento expressa uma passagem da responsabilidade por culpa para uma *responsabilidade presumida*, por simples defeito ou erro. A Corte de Cassação não aplica mais o modelo originário da culpa. No entanto, mesmo afastando-se do modelo original da responsabilidade por culpa, não faz uso da fórmula da responsabilidade objetiva, por entendê-la inadequada para a área. Sua intenção, optando pela responsabilidade presumida, é oferecer ao paciente que sofre dano uma maior tutela, com base na dificuldade inerente à prova da conduta culposa do médico”.

Esta fórmula – *responsabilidade presumida* – tem sido adotada nos casos em que se entende a obrigação do médico como sendo uma “obrigação de resultados” v.g. nas cirurgias plásticas, nos exames de laboratório, nos *check-ups*, havendo quem sustente o mesmo em relação à atividade do médico anestesista, como se colhe no artigo intitulado “Responsabilidade civil dos médicos anestesistas” de Guilherme Chaves Sant’Anna (*in Responsabilidade Civil Médica, Odontológica e Hospitalar*, Saraiva, 1991, p. 138).

No entanto, tal solução não atende aos reclamos da distribuição de uma boa justiça, mormente nas hipóteses em que se considera a obrigação do médico como uma obrigação de meio.

Veja-se que “pensar o direito” e “dizer o direito” nem sempre convergem!

No caso do julgamento citado, a decisão majoritária que predominou foi no sentido de reconhecer a responsabilidade do médico anestesista, em razão de sua obrigação ser de resultado e, com base em normas do direito brasileiro previstas no Código de Defesa do Consumidor, nomeadamente a que prevê a inversão do ônus da prova.¹⁸

De se consignar, entretanto, à vista do que ficou dito acima quanto à adoção do critério da responsabilidade subjetiva, em se tratando de fornecimento de serviços por profissionais liberais, apurada mediante verificação de culpa, que tal posicionamento, afastando a responsabilidade objetiva imposta como regra aos prestadores de serviços, não tem o significado de que também se afaste a possibilidade de se determinar a inversão do ônus da prova, pois, de acordo com os comentários adunados pelos próprios autores do anteprojeto do CDC “incumbe ao profissional provar, em juízo, que não laborou em equivoco, nem agiu com imprudência ou negligência no desempenho de sua atividade”.¹⁹

Sobre este tema voltaremos adiante, pois que se faz necessário a esta altura, estabelecer as distinções entre *obrigações de meio* e *obrigações de resultado*, em relação à atividade profissional dos médicos.

De uma maneira geral os doutrinadores civilistas, “daquém e dalém” mar cuidaram de identificar e conceituar ao tratarem das modalidades das prestações, as obrigações de meio e de resultado, vinculando-as num primeiro momento à *prestação de fato de terceiro*, justamente para saber, de acordo com o conteúdo do compromisso assumido, se está consubstanciado apenas o dever de diligência em relação ao fato prometido, ou o resultado mesmo em relação a este.

Antunes Varela (ob. cit., p. 86, remissão 2) estabelece claramente esta graduação no compromisso assumido pelo promitente, ao exemplificar com a obrigação do vendedor de transferir a coisa vendida para o comprador, ou quando o devedor se obriga a limpar um fato, a reparar um veículo ou

¹⁸ **Código de Defesa do Consumidor** – Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. “art. 6º- São direitos básicos do consumidor: ... VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;”

¹⁹ **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**, comentado pelos autores do anteprojeto. Ed. Forense Universitária, 6ª ed., p. 173.

realizar uma obra, que são, tipicamente, obrigações de *resultado*; já quando um médico se propõe a tratar de um enfermo ou o advogado de patrocinar uma causa, a obrigação é de empregar toda a diligência necessária para os fins pretendidos e não a garantia do atingimento destes fins e por isso as obrigações são chamadas de *meios*.

Também Inocêncio Galvão Telles leciona sobre o tema, indicando que se deve buscar na interpretação do contrato a verificação do que as partes se obrigaram, já ultrapassada sua aplicabilidade às hipóteses de promessas de fatos de terceiros, para o que foi inicialmente feita a distinção de obrigações de meios e de resultados e, consignando sua aplicabilidade notadamente aos contratos de prestação de serviços e nomeadamente ao trabalho do médico.²⁰

Tal matéria foi objeto de uma dissertação de mestrado, apresentada na Universidade Federal do Paraná, em 1996, por Hildegard Taggesell Giotri, sob o título Obrigação de Meio e de Resultado na Responsabilidade Civil do Médico, tornando-se atualmente obra de referência sobre o tema.

Qual o interesse efetivo e os efeitos práticos desta distinção, no que se refere à responsabilidade civil do médico e notadamente daqueles que atuam, de forma geral, na área da medicina estética?

O eminente jurista brasileiro Ruy Rosado de Aguiar Jr., em conhecido artigo sobre o tema Responsabilidade Civil do Médico²¹ já havia ensinado, a propósito da responsabilidade contratual e extracontratual, que a distinção em causa importa mais que tudo na carga da prova atribuída às partes, o que a meu ver consiste no caminho e nas soluções propostas neste trabalho para a questão da apuração da responsabilidade médica, por um lado, facilitando ao lesado, nessas circunstâncias o seu direito à reparação pelos danos experimentados e por outro, mantendo o desejável equilíbrio em relação ao instituto da responsabilidade médica.

Respondendo a questão acima, e em atenção aos limites deste trabalho, tem-se que, sobre o tema da responsabilidade civil médica e, nomeadamente a dos cirurgões plásticos, o interesse efetivo, razão dos elementos até agora trazidos à reflexão, está na *culpa e sua prova*, pois que essencial para a boa distribuição da justiça, nos danos advindos pela atuação dos médicos, e, sob tal matéria, há importantes divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

O trabalho acima referido da mestre Hildegard Taggesell Giotri tem

²⁰ **Direito das Obrigações**, 7ª ed. Coimbra Editora, p. 42-43.

²¹ Trabalho apresentado no IV Congresso Internacional sobre Danos, realizado em Buenos Aires, Argentina, de 19 a 22 de abril de 1995 e publicado na RT 718/95, p. 33 e seguintes.

o grande mérito de, após longa e erudita dissertação sobre a “obrigação de meio e de resultado na responsabilidade civil do médico” concluir pela insuficiência destes conceitos doutrinários criados por Demogue, na década de vinte, e destinados especificamente aos problemas advindos com o transporte de pessoas e coisas e os conseqüentes problemas de acidentes de viação; também, com referência à obrigação de resultado, quando o devedor se obriga a realizar um certo fim, ou, como se refere a autora (ob. cit., p. 215) “o devedor se obriga a um resultado fixo, pré-determinado, do qual ele não pode afastar-se, sob pena de ser considerada inadimplida sua prestação” e que “tal tipo de obrigação foi considerada adequada e destinada a caracterizar prestações em áreas onde os imprevistos que pudessem ocorrer adivessem por força maior ou caso fortuito, com ausência do fator álea”.

Traz à colação ensinamento de Crépeau, traduzido pela autora do francês²¹, pelo qual se verifica que nas obrigações de resultado a intensidade do dever é mais forte e por isso sua culpa é presumida e, dela se exonera tão somente em face de causas específicas, imprevisíveis ou incontroláveis, como caso fortuito ou força maior, fato de terceiro ou culpa da vítima.

Para logo se constata a dificuldade de enquadramento desta forma de obrigação, sempre que esteja presente o fator álea, por natureza sempre imprevisível.

Como já ficou visto acima, a apuração da vontade das partes é que estabelecerá a verdadeira natureza da obrigação assumida (se de meio ou de resultado), mas é evidente que nem sempre se pode ter a certeza referente a esta vontade, quer por defeito no meio de expressão, quer por imprecisão mesma.

Descabem agora digressões sobre tais questões, mas deve ficar anotado que nem se pode considerar como simples e objetiva tal distinção, nem que ela se presta, atualmente, para distinguir a responsabilidade civil decorrente do descumprimento ou cumprimento defeituoso da obrigação e, a responsabilidade delitual, nas atividades profissionais dos médicos.

Ao fim, aquela autora lança um desafio estimulante aos pesquisadores e estudiosos, com a demonstração da inadequação do enquadramento da prestação dos serviços médicos, exclusivamente num ou noutro tipo de obrigação “haja vista que se a prestação daqueles especialistas não se

²¹ CRÉPEAU, Paul – André. *L'intensité de l'obligation juridique* – ou des obligations de diligence, de résultat et de garantie. Québec: Éd. Yvon Blais Inc., 1989, p.12.

encaixa como obrigação de meio – por ser mais ampla, também não está inserida na de resultado, pela simples razão de esta dizer respeito e se destinar a um tipo diverso de situação” no sentido de se buscar um elemento intermediário ou novo, “que possa – fidedignamente- caracterizar tais prestações, sem incorrer em erro ou injustiça, porque na seara jurídica, um será sempre sinônimo do outro” (ob. cit., p. 216-217).

À vista de tal conclusão que adoto também, como fica a questão fundamental da *culpa e sua prova*?

O Professor Jerônimo Romanello Neto²² traz a informação referente ao resultado de trabalho promovido pela Fundação Européia de Ciências, reproduzida de Mario Zana²³ com as seguintes conclusões sobre a Responsabilidade Médica na Europa Ocidental:

“1. Sobre responsabilidade civil:

a) A culpa deverá continuar ser a base da responsabilidade médica;

b) nenhuma distinção deve ser feita entre responsabilidade contratual e extracontratual;

c) deverá ser prevista a responsabilidade das autoridades e do Estado;

d) o nível de diligência deverá ser estabelecido de acordo com a ciência médica e a experiência, incluindo-se as indicações da ética profissional. O hospital deverá ser responsável pela insuficiência de sua organização;

e) surge a responsabilidade por dano derivado do tratamento sem a autorização suficientemente dada;

f) é objetiva a responsabilidade por danos imputáveis ao mau funcionamento dos aparelhos médicos;

g) deverá ser aplicada a regra da evidência em relação à variação do ônus da prova.” (o grifo é meu).

Começa aqui uma nova abordagem no que se refere ao ônus da prova em matéria de responsabilidade civil médica, com derrogação do vetusto princípio *actori incumbit probatio* e nascimento de outro que a doutrina francesa nomeou como «**le principe de meilleure aptitude à la preuve**»,

²² Jerônimo Romanello Neto – **Responsabilidade Civil dos Médicos** – Ed. Jurídica Brasileira, 1998, p. 34 e seguintes.

²³ ZANA Mario, - “Le basi giuridiche della responsabilità medica” in **La responsabilità Medica in Ambito Civile, Attualità e Prospettive**, Dott. A. Giuffrè Editore, Milão, 1989, p. 56-58.

e que pode chegar, como previsto na legislação consumerista brasileira, à *inversão do ônus da prova*.

4. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS CIRURGIÕES PLÁSTICOS

A questão referente à responsabilidade na cirurgia plástica foi me submetida num caso emblemático, em que uma cirurgiã plástica de renome no Rio de Janeiro fora condenada em 1ª instância a indenizar uma paciente submetida a uma cirurgia estética abdominal para retirada de grande aba de gordura e que sofreu um processo inflamatório, apresentando cinco meses depois ruptura de vasos no local da cicatrização e necrose parcial do retalho. Cerca de quatro anos depois pleiteou e obteve extensa reparação.

A divergência que lavrei em voto vencido (fundamento de recurso que, afinal, reformou as decisões anteriores e excluiu a obrigação de indenizar da médica) teve como base a análise da distinção de obrigação de meio e resultado, na atividade profissional médica, sendo à época prevalecente e hoje ainda sustentado por grande parte de autorizada doutrina e jurisprudência brasileiras.

O já citado Professor e Magistrado Sérgio Cavalieri Filho, em atualíssima edição do seu livro – **Programa de Responsabilidade Civil**, publicada em janeiro de 2002, mantém o seu entendimento, devidamente justificado, e com base na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça brasileiro, no sentido de que a obrigação típica da cirurgia estética é de resultado, à consideração de que o contratante destes serviços (paciente) pretende, de forma clara e precisa, uma aparência melhor e que, “se não for possível alcançá-la, caberá ao médico provar que o insucesso - total ou parcial da cirurgia - deveu-se a fatores imponderáveis”.

Aduz, ainda, que a obrigação de resultado em alguns casos apenas inverte o ônus da prova quanto à culpa: a responsabilidade continua sendo subjetiva, mas com culpa presumida. (p. 327 da 3ª ed.).

Com as vênias que se impõem, eu caminho no sentido de entender tal obrigação como obrigação de meio, também, tal qual as demais atividades médicas.

Já naquela época, o E. Ministro Carlos Alberto Direito (citado por Cavalieri), em palestra proferida no 3º Seminário da Câmara Técnica da Cirurgia Plástica, quando dissertava sobre este tema, e buscando subsídios no Direito Comparado, afirmou, com ênfase, em relação à rigidez pretoriana

em estabelecer sem questionamentos a natureza da obrigação do cirurgião plástico, na cirurgia embelezadora ou estética, sempre, como sendo de resultado, sem levar em conta o fator álea, existente em todos os processos invasivos do organismo humano:

“O que não se pode admitir é a repetição, a meu ver, de um standard jurisprudencial, que está em desalinho com a realidade mais moderna dos avanços da ciência médica e da ciência jurídica.”

Naquele voto, que afinal veio prevalecer no Tribunal, reproduzi longo trecho do trabalho da Professora Hildegard Taggesell Giostri, no que se refere às obrigações decorrentes da cirurgia plástica e sua concepção inadequada como obrigação de resultado.

É relevante sobre o tema a posição doutrinária do respeitado catedrático da Universidade Nacional de Rosário – Argentina, Professor Luiz Andorno²⁴, *in verbis*:

“Si bien nosotros hemos participado durante algun tiempo de este criterio de ubicar a cirugía plástica en el campo de las obligaciones de resultado, en examen meditado y profundo de la cuestión nos ha llevado a la conclusión de que resulta mas adecuado no hacer distingos al respecto, ubicando también al campo de cirugía estética en el ámbito de las obligaciones de medios, esto és, en el campo de las obligaciones generales de prudencia y diligencia. Ello asi, por cuanto como bien lo senala el brillante jurista y catedrático francés e estimado amigo, Profesor Françóis Chabas, de acuerdo a las conclusiones de la ciencia médica de los últimos tiempos, el comportamiento de la piel humana, de fundamental importancia en la cirugía plástica, es imprevisible en numerosos casos. Ademas, agrega dicho jurista, toda intervención sobre el cuerpo humano es siempre aleatoria. La doctrina y la jurisprudencia francesa se esta orientando actualmente en este sentido.”

²⁴ La responsabilidad civil médica, AJuris 59/224.

Confirma-se a posição francesa em vários trabalhos de doutrinadores como se colhe em Nicole Petroni-Maudière²⁵ onde se sustenta que a arte médica é essencialmente aleatória e que somente uma obrigação de meios pode pesar sobre o médico.

No artigo mencionado, o Professor de Limoges traz uma referência que talvez responda ao anseio de melhor Justiça propugnado pela Prof. Hildegard Giostri em sua tese consubstanciada num *tertius* entre a obrigação de meio e a de resultado denominada “**d’une obligation de moyens renforcée**”²⁶.

Em que consiste esta “obrigação de meios reforçada” está explicado em Penneau²⁷, citado por Carlos Alberto Direito, em magistral voto, reproduzido em **Responsabilidade Civil do Médico** (ob. cit., p.640-647):

*“A orientação hoje vigente na França, na doutrina e na jurisprudência, se inclina por admitir que a obrigação do cirurgião plástico não é diferente daquela dos demais cirurgiões, pois corre os mesmos riscos e depende da mesma álea. Seria, portanto, como a dos médicos em geral, uma obrigação de meios. A particularidade reside no recrudescimento dos deveres de informação, que deve ser exaustiva e de consentimento, claramente manifestado, esclarecido, determinado” (Penneau, **La responsabilité...**, p.35).*

No mesmo sentido o escólio de Galán Cortés²⁸, para quem a obrigação do cirurgião plástico é uma obrigação de meios “acentuada” (que corresponde à ***obligation de moyens renforcée***), ou seja, onde os deveres de informação devem ser observados ainda com mais rigor, vez que há múltiplos fatores endógenos e exógenos que podem interferir no resultado perseguido.

²⁵ Petroni-Maudiere Nicole, in “L’institution d’une obligation de sécurité de résultat à la charge du médecin ou le risque d’une rupture des équilibres fondamentaux du droit de la responsabilité médicale”. **Revue Générale de Droit Médical** n. 6 p.175 e segs.

²⁶ ob. cit., p. 186, fazendo referência a S.Welsch, “Responsabilité médicale, la nouvelle donne”, **Les Petites Affiches**, n. 42, 10 avril, 1998, p. 6 et suiv.

²⁷ Penneau, Jean – **La responsabilité médicale**. Paris: Sirey, 1977, devendo se consultar também, do mesmo autor, “La réforme de la responsabilité médicale: responsabilité ou assurance”, in **Revue internationale de droit comparé** n. 2 – avril-Juin 1990, p. 525 e segs.

²⁸ Galán Cortés, Julio Cesar – **Responsabilidad médica y consentimiento informado**. Ed. Civitas., 1ª ed., 2001, p. 268-269.

Também o Dr. Jaime Santos Briz, Magistrado do Tribunal Supremo da Espanha, ao tratar do tema, assinalou que a obrigação do médico especialista em cirurgia plástica não é fundamentalmente diferente da obrigação de qualquer outro cirurgião, justamente porque o fator álea, está presente em qualquer ato cirúrgico.

Ao examinar a controvérsia, ensina que ela pode ser resolvida, na prática, sem fixar-se num ou noutro critério, já que a atividade médica pode ser ao mesmo tempo, sob alguns aspectos, reparadora e curativa, podendo atingir ou não o resultado determinado.²⁹

Ou seja, ausentes critérios objetivos e determinados em relação à natureza da obrigação, e a obtenção precisa dos elementos referentes à vontade dos contratantes e reconhecendo, por outro lado, que em toda intervenção cirúrgica, de natureza estética ou reparadora, se faz presente o fator aleatório decorrente do próprio organismo humano, qual a melhor solução, considerando-se:

- a) a ocorrência cada vez maior de intervenções médicas no campo da estética e a verificação, por várias razões, de danos indenizáveis;
- b) a necessidade de se superar aquilo que a Prof. Teresa Ancona Lopes Guimarães chamou de “quadro desanimador na área jurídica” decorrente da falta de confiança das vítimas de erros médicos em movimentar a máquina judiciária para obter o ressarcimento dos danos que sofreram, isto principalmente pela dificuldade da produção das provas em relação à culpa do profissional;
- d) não se dever criar aquilo que o Prof. Petroni-Maudière denomina como “*le risque d’une rupture des équilibres fondamentaux du droit de la responsabilité médicale*”.

Estou em que a solução deve ser trabalhada em torno da *culpa e sua prova*.

E como está assente que não atende ao bom direito a imposição da culpa objetiva na hipótese *sub examen*, resta-nos trabalhar sobre a forma de produção eficaz da prova necessária à apreciação judicial dos conflitos envolvendo a atividade médica, nomeadamente, a cirurgia plástica e tratamentos embelezadores, e os danos causados nos pacientes.

²⁹ La responsabilidad civil – Temas actuales. Ed. Montecorvo S.A. Madrid, 2001, p. 197.

Sobre o tema, vale referir um julgamento da 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de S. Paulo, onde a questão foi abordada com judiciosidade e coragem:³⁰

*“É preciso inovar na questão da produção da prova médica em ações que tratam da responsabilidade dos profissionais da área de saúde (artigo 1.545 do Código Civil). A culpa, elemento FUNDAMENTAL da responsabilidade (Clóvis Bevilacqua, **Código Civil Comentado**, Ed. Francisco Alves, 1943, V/326), passou a ser questionada e tende a sofrer um colapso pela tendência do direito contemporâneo, muito mais realista e próximo das vítimas do dano injusto.*

O direito do cidadão de obter um atendimento qualificado para a sua saúde deixou de ser um discurso constitucional (artigo 196 da Constituição da República) e passou a integrar a cartilha do consumidor que, indefeso, reclamava ansioso pela mudança do jogo de cartas marcadas que caracterizava, quase sempre, processos movidos contra médicos e hospitais.

*O Judiciário precisa adaptar-se, rapidamente, a uma realidade assustadora, qual seja, a de que as estatísticas de erros médicos progridem em escala acentuada, pois somente as associações de vítimas de erros médicos do Rio de Janeiro e de S.Paulo têm 3.100 processos correndo na Justiça (**Revista Veja** - “Quando os Médicos Erram”, março de 1999, n. 9, p. 83).”*

As soluções caminham por duas vertentes, que a meu ver não se excluem: na ênfase a um perfeito esclarecimento e obtenção de um consentimento válido para intervenções médicas e a inversão do ônus da prova.

Galán Cortés, em capítulo inteiro dedicado ao tema “Consentimiento informado e cirugía estética” enfatiza a responsabilidade nascida da ausência da devida e correta informação, aduzindo o que diz o Magistrado Martínez-Pereda, para quem a insistência nunca é o bastante no sentido de existir uma responsabilidade “precontratual”, que opera na formação do consentimento outorgado pelo paciente (ob. cit. p. 269).

³⁰ TJSP – 3ª Câm. Direito Privado; Ag. Inst. nº 099.305-4/6 – São Paulo – SP; Rel. Juiz Ênio Santarelli Zuliani; j. 02.03.1999.

No entanto, esta exigibilidade enfatizada do dever de bem e precisamente informar, a par de constituir uma obrigação acessória, decorre da regra geral de boa fé, constituindo mais um elemento a depender de prova satisfatória.

Em trabalho de excelsa qualidade, apresentado na cadeira de Direito Civil I, do curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas, 1999-2000, André Gonçalo Dias Pereira, versando sobre o tema³¹ “O consentimento para intervenções médicas prestado em formulários: uma proposta para o seu controle jurídico” apresentou um interessante estudo sobre a tendência do estabelecimento do modelo contratual para a responsabilidade médica, indicando como exemplo paradigmático a recente reforma do Código Civil Holandês, de 1995, que inseriu no Código Civil, o Contrato de Serviços Médicos; também neste sentido estabeleceram regulamentação especial, a Finlândia, Israel e Nova Zelândia.

Informa, ainda, que na Alemanha, desde 1982 há um projeto de lei que visa regulamentar o contrato de serviços médicos e que, em Portugal, Figueiredo Dias e Sinde Monteiro já defenderam a tipificação de um contrato de prestação de serviços médicos.

A razão desta posição como mais vantajosa é exposta logo adiante, justamente pelas mesmas razões que as dificuldades referentes à produção de provas suscitam, qual seja: ficando caracterizada a obrigação como contratual, com a presunção da culpa e apreciação desta nos termos aplicáveis à responsabilidade civil, incumbe ao devedor a prova de que o incumprimento ou o cumprimento defeituoso não procede de culpa sua, como expressamente dispõe o Art. 799, n. 1 do Código Civil Português.

Ou seja, o que se verifica, quer nos caminhos legislativos, quer nos doutrinários, quer na jurisprudência, dependendo do estágio da matéria, é que, a tendência é impor ao profissional médico, cuja obrigação, na parte maior dos casos, é de diligência ou de meios, inclusive na atividade que ora se trata (responsabilidade dos cirurgões plásticos), o ônus de provar, como demandado em ação de indenização, que não teve culpa que o obrigue a indenizar.

Estou em que esta concepção faz uma melhor justiça, porque mais equânime, ou seja, atende o requisito de “Equidade” , com a noção que dela se colhe na Enciclopédia Dalloz:

³¹ Publicado no Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 2000, v. LXXVI, p. 434 e segs.

*“L'équité est une justice meilleure, laquelle corrige la justice légale, quand elle aboutit dans un cas particulier à des résultats injustes par suite des termes généraux d'une loi qui n'a pas tout prévu.”*³²

A lei brasileira, no particular, incluiu a responsabilidade médica no Código de Defesa do Consumidor, estabelecendo que a culpa do profissional deve ser provada.

Em outro artigo do mesmo diploma legal (Lei nº 8.078/90, art. 6º, inciso VIII), ficou estabelecido como direito básico do consumidor:

“a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.”

A hipossuficiência é relatada, via de regra, com referência à capacidade econômico-financeira do autor da ação, mas, a doutrina vem entendendo, e assim, o Tribunal julgou na ação indenizatória acima referida, que ela pode ter também a natureza técnica, ou seja, perante o profissional da medicina todos somos (independente da condição intelectual ou profissional), salvo os da mesma profissão, hipossuficientes, ou seja, carecedores de condições de avaliação adequada referente às informações prestadas pelo médico, quer referentes à indicação cirúrgica, quer às melhores técnicas ou sopesamento de gravidade de riscos.

É certo que o paciente outorga seu consentimento, mais em função da confiança depositada no profissional do que qualquer outra coisa.

Nesta linha de entendimento, a inversão do ônus da prova é uma solução justa para ambas as partes, pois é o médico que detém as melhores condições para fazer as provas referentes aos fatos alegados, que possam lhe imputar responsabilidade, ou seja, atende ao princípio de “melhor aptidão para produzir as provas”.

Talvez assim se possa responder de forma adequada, pelo menos nesta matéria, a crítica tão acerba e triste que à Justiça dirige o Nobel da Literatura José Saramago, propugnando por uma Justiça que todos esperam... “não a que permitiu que lhe vendassem os olhos e viciassem os pesos da balança,

³² v. Encycl. Dalloz, Droit Civil, verb. «Équité», par Ph. Jestaz .Selon Aristote.

não a da espada que sempre corta mais para um lado que para o outro, mas uma justiça pedestre, uma justiça companheira quotidiana dos homens, uma justiça para quem o justo seria o mais exacto e rigoroso sinónimo do ético, uma justiça que chegasse a ser tão indispensável à felicidade do espírito como indispensável à vida é o alimento do corpo”.³³

A título de conclusões do presente trabalho, pode-se assentar:

1. A responsabilidade civil do cirurgião plástico é de natureza subjetiva e baseada na culpa.

2. A culpa, como tal caracterizada, ainda que “levíssima” é condição suficiente para estabelecer a obrigação de indenizar.

3. A relação entre o cirurgião plástico e o paciente é de natureza contratual e consubstancia uma obrigação de meio.

4. Caberá sempre ao médico (cirurgião plástico) fazer a prova da ausência de sua culpa ou de dano indenizável.

5. A relação do médico (cirurgião plástico) e o paciente, em alguns casos pode ser extracontratual, e mesmo nessas hipóteses, impõe-se a inversão do ônus da prova, considerando a hipossuficiência deste, que pode ser econômica ou técnica. ◆

³³ Mensagem ao Fórum de Porto Alegre, publicada na revista **Visão** de 7 de fevereiro de 2002.

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – O MOMENTO EM QUE SE OPERA A INVERSÃO E OUTRAS QUESTÕES

ANDRÉ GUSTAVO C. DE ANDRADE

Juiz de Direito do TJ/RJ. Professor de Direito Civil e Processo Civil da EMERJ

1. INTRODUÇÃO

Estabelece o art. 6º, VIII, do CDC que constitui direito básico do consumidor a facilitação da defesa dos seus direitos em juízo, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

Questão que tem mobilizado a doutrina e a jurisprudência é a relativa ao momento em que deve o juiz se pronunciar pela inversão do ônus da prova. Vozes respeitáveis na doutrina têm defendido o entendimento de que a norma em comento constitui regra de procedimento, porque imporia ao juízo indicar previamente, no processo, seu entendimento em prol da inversão, para possibilitar ao fornecedor de produtos ou serviços a oportunidade de se desincumbir do ônus que então lhe está sendo entregue. A jurisprudência, todavia, nem sempre tem seguido esse alvitre. Não são poucos os julgados, principalmente no juizado especial cível, que têm operado a inversão do ônus da prova na própria sentença.

Essa e outras questões relacionadas com o art. 6º, VIII, do CDC serão objeto de exame no presente trabalho.

2. OS REQUISITOS LEGAIS: HIPOSSUFICIÊNCIA E VEROSSIMILHANÇA

Antes de passar ao exame da questão referente ao momento em que se deve operar a inversão do ônus da prova, cabe examinar os requisitos indicados no texto legal: a hipossuficiência do consumidor e a verossimilhança de sua alegação.

2.1 Conceito de hipossuficiência

A palavra hipossuficiente é formada pelo prefixo *hipo*, do grego *hipó*, designativo de escassez ou inferioridade, e do vocábulo *suficiente*, que indica não apenas aquilo que satisfaz ou que basta, mas, também, aquilo ou aquele que tem capacidade para realizar (algo); hábil, apto, capaz.¹

Segundo o Novo Dicionário Aurélio, hipossuficiente é a “pessoa economicamente fraca, que não é auto-suficiente.” O Dicionário Houaiss traz o mesmo sentido para o vocábulo: “diz-se de ou pessoa de poucos recursos econômicos, que não é auto-suficiente”.

Os léxicos, como se vê, vinculam a expressão hipossuficiente à situação de fraca ou escassa condição econômica. Mas, no contexto do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, hipossuficiente é, genericamente, o consumidor que se encontra, concretamente, em posição de manifesta inferioridade perante o fornecedor

A doutrina, depois de algumas vacilações, passou a tender para um conceito ampliativo de hipossuficiência, abrangente não apenas da situação de insuficiência ou fraqueza econômica, mas de uma situação de inferioridade ou desvantagem em geral do consumidor perante o fornecedor.

Hipossuficiente, de acordo com esse conceito mais amplo, seria o consumidor que, por razões de ordem econômica, social, cultural (dentre outras) tivesse grandes dificuldades de comprovar a veracidade de suas alegações. Daí se poder falar em uma hipossuficiência econômica, social, cultural etc.²

Dentro de uma concepção amplíssima, a hipossuficiência poderia prescindir das características individuais do consumidor. O conceito seria, na verdade, *relacional*: hipossuficiente seria o consumidor (pobre ou rico, culto ou inculto) que, *em relação a um dado fornecedor*, estivesse em posição de desvantagem no que se refere à demonstração do alegado direito.

Por uma tal perspectiva, a hipossuficiência do consumidor pode decorrer do seu desconhecimento acerca de aspectos relacionados com a elaboração de produtos e a realização de serviços, ou, ainda, da extrema dificuldade de produzir prova relacionada com as fases da cadeia produtiva.

¹ De acordo com o Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa.

² V., por todos, Cecília MATOS, para quem é necessário compreender: “o conceito de hipossuficiência como diminuição da capacidade do consumidor, não apenas sob a ótica econômica, mas também sob o prisma do acesso à informação, educação, associação e posição social”. (“O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor”. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 11, p. 166).

O monopólio da informação por parte do fornecedor justifica a inversão da carga probatória³. A inferioridade do consumidor em relação ao fornecedor, assim, decorrerá, muitas vezes, “da desigualdade existente quanto à detenção dos conhecimentos técnicos inerentes à atividade deste.”⁴ Pode-se aludir, portanto, a uma *hipossuficiência técnica*.⁵

O notável Kazuo Watanabe, modificando entendimento que antes esposava, reconhece não ser de todo aceitável vincular a hipossuficiência à carência econômica. A pedra de toque do conceito estaria no *flagrante desequilíbrio* da relação entre consumidor e fornecedor, em detrimento do primeiro. Traz, como hipótese de trabalho, conflito de interesses, envolvendo consumidor e montadora de veículos, acerca de vício de fabricação de veículo. Argumenta que a só demonstração, por exemplo, de que o veículo apresenta defeito no motor poderá não ser bastante para o convencimento de que é de fabricação o vício do produto. A despeito de ser o consumidor pessoa abastada economicamente e de bom nível intelectual e cultural, talvez lhe seja impossível produzir tal prova, porque somente o fornecedor tem pleno conhecimento do projeto, da técnica e do processo utilizado na fabricação do veículo. Em assim sendo, por dispor de melhores condições de demonstrar a inocorrência do vício de fabricação, ao fornecedor deve ser atribuído o ônus da prova.⁶

A hipossuficiência seria, portanto, condição aferível apenas dentro de uma relação de consumo concreta, na qual estivesse configurada situação de flagrante desequilíbrio, em detrimento do consumidor, de quem não seria razoável exigir, por extremamente dificultosa, a comprovação da veracidade do fato constitutivo de seu direito.

³ José Rogério Cruz e TUCCI observa que: “a hipossuficiência aí preconizada não diz com aspecto de natureza econômica, mas com o monopólio da informação.” (“Código do Consumidor e Processo Civil. Aspectos polêmicos”. **Revista dos Tribunais**, v. 671, p. 35).

⁴ Antonio GIDI. “Aspectos da inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor”. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 13, p. 36.

⁵ V. Tânia Lis Tozzoni NOGUEIRA. “Direitos básicos do consumidor: a facilitação da defesa dos consumidores e a inversão do ônus da prova”. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 10, p. 57. No mesmo sentido, Mirella D’Angelo CALDEIRA, para quem a inversão do ônus da prova não tem relação com a situação econômica do consumidor, mas: “visa a auxiliar aquele que não tem condições de sequer dialogar com o fornecedor, pois não entende ou nada sabe sobre o produto, não tendo subsídios para realizar provas que comprovem o seu direito.” (“Inversão do ônus da prova”. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 38, p. 166).

⁶ WATANABE, Kazuo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**, p. 618.

2.2 Conceito de verossimilhança

Formada pelos vocábulos *vero* (de verdadeiro, real, autêntico) e *símil* (de semelhante, similar), o termo verossímil traz a noção de algo que se assemelha à verdade, que tem a aparência de verdadeiro.

Aurélio Buarque de Holanda Ferreira conceitua “verossímil” como: “1. Semelhante à verdade; que parece verdadeiro. 2. Que não repugna à verdade; provável.” Por sua vez, o aclamado dicionário Moraes assim define “verossímil”: “Semelhante à verdade; que tem aparência de verdadeiro; mais ou menos certo (...) Que não repugna à verdade; provável; plausível”.

A indicação de que o consumidor está dispensado do ônus da prova quando sua alegação for verossímil constitui, em certa medida, um truísmo, desde que se reconheça que a verdade, na perspectiva do processo, não corresponde à “manifestação daquilo que é ou existe tal como é” (*aletheia*), mas se refere “à precisão, ao rigor e à exatidão de um relato” (*veritas*)⁷, que tem como oposto a mentira ou a falsificação.

O juízo, porque trabalha com o passado, tem de se contentar com a *veritas*, ou seja, com os relatos ou enunciados tidos como verdadeiros, já que, de ordinário, não lhe é possível alcançar a *aletheia*, que corresponde àquilo que é⁸. Isso significa que, em última análise, a discussão travada pelas partes acerca da verdade dos fatos redundará, sempre, para o juízo, em uma decisão acerca do verossímil.

Kazuo Watanabe considera que, no que diz respeito à verossimilhança, não haveria uma genuína inversão do ônus da prova, mas simples aplicação do disposto no art. 335 do CPC, que estabelece o emprego das regras de experiência comum, subministradas pela observação do que ordinariamente acontece:

“O que ocorre, como bem observa Leo Rosenberg, é que o magistrado, com a ajuda das máximas de experiência e das regras de vida, considera produzida a prova que incumbe a uma das

⁷ CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*, p. 99.

⁸ A verdade, para os céticos, é algo inalcançável pela razão humana; já para os relativistas não é possível falar *na* verdade, mas em *uma* verdade. A concepção relativista da verdade é elegantemente resumida por Georges Santayana: “A posse da verdade absoluta não se encontra apenas por acaso além das mentes particulares; é incompatível com o estar vivo, porque exclui toda situação, órgão, interesse ou data de investigação particulares: a verdade absoluta não se pode descobrir, justamente porque é uma perspectiva.” “*Los reinos del ser*”. *Apud* SAVATER, Fernando. *As Perguntas da Vida*, p. 40.

partes. Examinando as condições de fato com base em máximas de experiência, o magistrado parte do curso normal dos acontecimentos e, porque o fato é ordinariamente a consequência ou o pressuposto de um outro fato, em caso de existência deste, admite também aquele como existente, a menos que a outra parte demonstre o contrário. Assim, não se trata de uma autêntica hipótese de inversão do ônus da prova.”⁹

A Lei, de acordo com o festejado jurista, ao fazer referência à verossimilhança buscou apenas explicitar uma regra já existente, com propósitos didáticos.

Com efeito, não se afigura admissível a inversão do ônus probatório com fundamento em verossimilhança da alegação se não se tem pelo menos uma prova indireta (indício) da qual se possa inferir que provavelmente é verdadeira a alegação do consumidor.

O juízo de verossimilhança é formado, portanto, a partir da prova indiciária, que possibilita ao juiz realizar uma associação entre dois fatos: um comprovado (o fato indiciário) e outro apenas alegado (o fato constitutivo do direito do consumidor). A prova do primeiro permite a ilação ou presunção de que o último também ocorreu, por lhe ser consequência ordinária. Há, em tal caso, simples *praesumptio hominis*¹⁰ realizada pelo julgador. Mas sem esse indicio mínimo, não há de onde extrair a verossimilhança da alegação.

Em caso de absoluta ausência de provas, a inversão do *onus probandi* ainda será possível, mas somente com fundamento na hipossuficiência do consumidor, não na verossimilhança da alegação.

2.3 Alternatividade dos requisitos

A interpretação mais consentânea com a letra e com o espírito do texto legal é a que enxerga os requisitos da hipossuficiência e da verossimilhança como alternativos.¹¹

⁹ WATANABE, Kazuo. *Op. cit.*, p. 617.

¹⁰ Cândido Dinamarco, comentando a regra do art. 335 do CPC, que cuida das regras de experiência comum, observa, agudamente: “Esse dispositivo, que não constitui sequer exceção à exigência de julgar segundo os autos, atua em campo diferente do art. 131 porque não diz respeito às fontes a serem consideradas no julgamento, mas aos raciocínios dedutivos a serem desenvolvidos por aquele que vai julgar – e esses raciocínios chamam-se presunções”. (*Instituições de Direito Processual Civil*, p. 106).

¹¹ Neste sentido, Mirella D’Angelo Caldeira, para quem, “havendo uma das duas situações, estará o magistrado obrigado a inverter o ônus da prova.” (“Inversão do ônus da prova”, *Revista de Direito do Consumidor*, v. 39, p. 173).

A alternatividade é indicada pela interpretação literal ou gramatical do dispositivo, que utiliza a conjunção disjuntiva ou alternativa “ou” (em lugar da aditiva ou copulativa “e”) a separar os dois requisitos.

Para que se pudesse interpretar a conjunção alternativa (“ou”) como aditiva (“e”), caberia demonstrar que a inclusão da primeira no texto legal foi de todo equivocada. A conclusão pela necessária cumulatividade dos requisitos teria de ser precedida da demonstração de que a interpretação literal (que é, francamente, a mais favorável ao consumidor), seria ilógica, desarrazoada ou extravagante. Isso porque, conforme preleciona Ferrara: “Deve-se partir do conceito de que todas as palavras têm no discurso uma função e um sentido próprio, de que neste não há nada supérfluo ou contraditório, e por isso o sentido literal há de surgir da compreensão harmônica de todo o contexto.”¹²

O que se verifica, porém, é que a inversão do ônus da prova com fundamento isolado em cada um dos requisitos legais não acarreta ilogismo.

A conclusão, de parte da doutrina, de que os requisitos são cumulativos parte da premissa equivocada de que uma alegação ou é verossímil (crível ou que pode ser verdadeira), ou é inverossímil (incrível ou que não pode ser verdadeira): *tertium non datur*. Engendra-se a aplicação, aqui, do princípio do terceiro excluído. Se uma alegação não pode ser reputada verossímil, então é porque essa alegação é inverossímil, e, portanto, não autoriza ou justifica a inversão do ônus da prova. Conseqüentemente, a hipossuficiência não seria requisito bastante, em si mesmo, para autorizar a inversão do ônus da prova, por não ser razoável presumir verdadeiro um fato inverossímil, ou seja inacreditável, sem visos de verdade.

Ainda de acordo com o raciocínio empregado pelos defensores da cumulatividade dos requisitos, se a hipossuficiência necessariamente deve vir acompanhada da verossimilhança da alegação (porque não se admite a inversão probatória em caso de consumidor hipossuficiente que faz alegação inverossímil), não há como conceber, por ilógica juridicamente, a inversão do ônus da prova com base na só verossimilhança da alegação, pois do contrário a hipossuficiência (que não pode vir desacompanhada da verossimilhança da alegação) não desempenharia nenhum papel relevante na inversão do ônus da prova.

Tomado, porém, o vocábulo “verossímil” em uma acepção menos

¹² FERRARA, Francesco. *Interpretação e Aplicação das Leis*, p. 140.

estreita, percebe-se não haver dificuldade em considerar os requisitos legais, da hipossuficiência e da verossimilhança da alegação, como fundamentos alternativos.

O vocábulo verossímil não significa apenas o que *pode* ser verdadeiro, mas também o que apresenta *probabilidade* de ser verdade. As definições trazidas pelos léxicos demonstram que o vocábulo verossímil é multifacetado, polissêmico. Tanto pode se referir a algo frágil ou tênue (como a simples plausibilidade ou possibilidade de que a alegação seja verdadeira) quanto a algo robusto ou sólido (como a probabilidade de que o alegado seja verdade).

Como já indicado anteriormente, o Dicionário Aurélio faz referência ao vocábulo *provável* como um dos sentidos de *verossímil*. O Dicionário de Sinônimos e Antônimos da Língua Portuguesa, de Francisco Fernandes, registra, como sinônimos de verossímil, *provável*, *plausível*, *crível*, expressões que apresentam cargas semânticas diferenciadas, que denotam uma variação de intensidade ou de grau no conceito de verossímil.

O mestre Kazuo Watanabe observa que: “O Juízo de verossimilhança ou de probabilidade, como é sabido, tem vários graus, que vão desde o mais intenso até o mais tênue.”¹³

Assentada a premissa de que a verossimilhança é de intensidade variável (indo da frágil *possibilidade* até a forte *probabilidade*), passa a ser perfeitamente aceitável interpretar como alternativos os requisitos da verossimilhança e da hipossuficiência.

A verossimilhança que autoriza a inversão do ônus da prova não é aquela correspondente à simples *possibilidade* (ou *plausibilidade*) de a alegação ser verdadeira, mas aquela que configura verdadeira *probabilidade*. É a essa verossimilhança – a do provável – que se refere o art. 6º, VIII, do CDC.

De outro lado, a hipossuficiência, isoladamente, pode autorizar a inversão do ônus da prova, bastando que o fato não seja inverossímil.

3. A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA EM PROL DO CONSUMIDOR RÉU

A inversão do ônus da prova não é restrita a casos em que o consumidor se encontra na posição processual de autor. Também quando o consumidor se encontra na qualidade de réu pode surgir a necessidade da inversão do ônus probatório.

O art. 333, II, do CPC, coloca sobre os ombros do réu o ônus de

¹³ WATANABE, Kazuo. “Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer”. In: *A Reforma do Código de Processo Civil*, p. 30.

provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. A alegação de algum fato dessa natureza pelo réu configura a chamada defesa de mérito indireta. Imagine-se a propositura de demanda por fornecedor de serviços, que esteja a cobrar valor supostamente devido pelo réu consumidor. Este contesta, alegando nada dever, em razão de novação, efetuada após a contratação dos serviços.

Ordinariamente, cabe ao réu a alegação de fato modificativo do direito do autor. Em se tratando, porém, de réu consumidor que se enquadre na moldura da hipossuficiência, aplicável será a regra do art. 6º, VIII, do CDC. A inversão do ônus da prova pode, então, se verificar em prol do consumidor réu, para que esse se veja livre do fardo consistente em comprovar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

4. INVERSÃO DO ÔNUS FINANCEIRO

A regra, no tocante às despesas processuais, é a de que os custos da prova devem recair, de ordinário, sobre aquele a quem a prova interessa (art. 19 do CPC). Assim, se o fato não depende de comprovação pelo consumidor, em razão da inversão do ônus da prova, caberá ao fornecedor, a quem interessa a prova, arcar com as despesas respectivas. Isso vale não apenas para a prova requerida pelo fornecedor, mas também para a determinada de ofício pelo juízo (se a prova interessar ao fornecedor).

Desse modo, em sendo o caso de inversão do ônus da prova, não há como impor ao consumidor o pagamento de prova que, em razão da inversão, tenha passado a constituir interesse do fornecedor. Em tal situação, à evidência, a inversão do ônus financeiro se opera junto com a inversão do ônus da prova, como consequência lógica dessa.

Mas não há confundir a inversão do ônus da prova com a simples inversão do ônus financeiro, para impor ao fornecedor o pagamento das despesas relacionadas com a prova que somente o consumidor requereu ou que só a este interesse.

Com efeito, nada impede que, a despeito da inversão do *onus probandi* a seu favor, o consumidor queira produzir prova acerca de algum dos fatos que alega. A questão não é meramente acadêmica, porque a inversão do ônus probatório, por si só, não assegura ao consumidor o êxito na demanda, já que sempre haverá a possibilidade de o fornecedor se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. Pois bem, em tal situação, embora seja caso de inversão, caberá ao consumidor arcar com os custos da prova que requereu. E nem

poderia ser diferente, pois não seria razoável que, por iniciativa exclusiva do consumidor, fossem impostos ao fornecedor os custos de uma prova que este não quisesse produzir.

De outro lado, em se tratando de prova cuja produção foi determinada de ofício pelo juízo, cabe verificar quem tem interesse jurídico na produção de tal prova, para estabelecer a quem tocará o pagamento antecipado das respectivas despesas. Se a prova interessar (do ponto de vista processual) a ambas as partes, as despesas deverão ser pagas pelo fornecedor, por força da inversão do encargo probatório.

5. REGRA DE PROCEDIMENTO OU REGRA DE JULGAMENTO? O MOMENTO EM QUE SE OPERA A INVERSÃO E O PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

Tem predominado na doutrina a idéia de que o texto do art. 6º, VIII, do CDC estabelece regra de procedimento e não regra de julgamento. Em conseqüência, considerando que o caso é de aplicação do referido dispositivo legal, caberia ao juízo, antes de prolatar sentença, determinar a inversão do ônus da prova.

Essa interpretação dada ao texto do art. 6º vem escorada no argumento de que, ausente a comunicação prévia do juízo acerca da inversão do ônus da prova, o fornecedor não teria como saber que sobre ele recaía o peso de produzir prova que refutasse as alegações deduzidas pelo consumidor. A sentença que viesse a ser prolatada, com aplicação da inversão do ônus probatório, surpreenderia inteiramente o fornecedor, que, até então, supunha que o ônus recaía sobre os ombros do consumidor, por força da regra geral de distribuição dos ônus da prova.

O argumento tem forte apelo emocional, porque se apega a princípios constitucionais de alta linhagem, quais sejam, os princípios garantidores do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da Constituição Federal), cuja simples invocação já provoca no jurista (e principalmente no juiz) natural precaução.

A sedução do argumento, todavia, não resiste a uma análise mais detida da questão. Com efeito, bem focalizado o problema, pode-se concluir que a interpretação e aplicação do texto legal em comento como simples regra de julgamento não ofende aos princípios constitucionais invocados.

A idéia, por muitos sustentada, de que o disposto no art. 6º, VIII, do CDC constitui regra de procedimento parte da premissa de que, antes da manifestação do juízo acerca da inversão do ônus da prova, o fornecedor

ainda se encontra sob o regime geral do art. 333 do CPC, ou, pelo menos, supõe que assim se encontra. A manifestação prévia do juízo teria por finalidade determinar ou estabelecer que o caso *sub examen* passará a se submeter ao regime especial do art. 6º do CDC. A partir dessa manifestação judicial – e só então – saberia o fornecedor que é seu o ônus da prova, e a ele seria conferida a oportunidade de se desincumbir do encargo que lhe é entregue – e com o qual, até então, não contava.

Não é acertado, todavia, o entendimento de que, enquanto não estabelecida judicialmente a aplicação da regra da inversão do ônus da prova, as partes estejam – ou necessariamente suponham que estejam – sob a influência da regra geral do art. 333 do CPC.

A despeito do que parece indicar, o texto do art. 6º, VIII, do CDC *não está a conferir ao juízo um poder discricionário*, de inverter ou não o ônus da prova. A inversão do ônus da prova é produzida *ope legis*, ou seja, decorre da própria lei, uma vez presentes os requisitos estabelecidos em lei, os quais são apenas reconhecidos no caso concreto pelo juízo (no momento de proferir a sentença).

O juízo, quando considera pertencente ao fornecedor o ônus da prova, o faz porque a lei o determina, não porque assim entenda conveniente. Não se está a tratar de atividade discricionária do juízo, mas de *atividade vinculada à lei*.

De acordo com esse raciocínio, não é correta a distinção, realizada por parte considerável da doutrina, entre hipóteses de inversão “legal” – de que seria exemplo o art. 38 do CDC, que cuida do ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária – e de inversão “judicial” do ônus da prova – na qual se enquadraria o art. 6º, VIII, do CDC. Todos os casos de inversão do ônus da prova são legais, na medida em que os requisitos para a inversão vêm estabelecidos em lei.¹⁴

É certo que os requisitos previstos no art. 6º, VIII, do CDC (hipossuficiência e verossimilhança) constituem aquilo que a doutrina denomina de conceitos ou termos jurídicos indeterminados, em relação aos quais há

¹⁴ Embora chegue a conclusões diversas das apresentadas no presente trabalho, Antonio Gidi também sustenta que o texto normativo em exame cuida de inversão legal: “não consideramos ser caso de inversão judicial do ônus da prova, mas de inversão legal. Com efeito, apesar de inúmeras posições em sentido contrário, temos que a inversão do ônus da prova não opera *ope judicis*, mas *ope legis*. Afinal, o papel do magistrado é meramente o de aferir a presença dos requisitos impostos pelo CDC.” (“Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor”, *Revista de Direito do Consumidor*, v. 13, p. 36).

grande imprecisão. Essa imprecisão, todavia, não transforma o poder do juízo em discricionário, porque tal poder pressupõe, sempre, a liberdade de escolha de agir, com base em juízo de conveniência e oportunidade.

A existência de uma discricionariedade judicial é repudiada vivamente por Eros Roberto Grau, para quem o juiz (intérprete autêntico, de acordo com concepção kelseniana que adota), sempre que interpreta um texto legal, pratica atividade vinculada: “O que se tem denominado de discricionariedade judicial é poder de criação de norma jurídica que o intérprete autêntico exercita formulando juízos de legalidade (não de oportunidade). A distinção entre ambos esses juízos encontra-se em que o juízo de oportunidade comporta uma opção entre indiferentes jurídicos, procedida subjetivamente pelo agente; o juízo de legalidade é atuação, embora desenvolvida no campo da prudência, que o intérprete autêntico desenvolve atado, retido, pelo texto normativo e, naturalmente, pelos fatos.”¹⁵

É certo que os conceitos juridicamente indeterminados impõem ao intérprete um esforço de exegese mais refinado, que muitas vezes resvala no subjetivismo e provoca dúvida acerca do alcance do dispositivo legal e de sua aplicação ao caso concreto. Mas as eventuais dificuldades na interpretação do texto jurídico ou na determinação da sua aplicação ao caso não são trazidas apenas pelos conceitos juridicamente indeterminados. Mesmo sem a presença destes, o texto legal pode exigir esforços interpretativos consideráveis. Todo e qualquer texto, na verdade, exige interpretação.

Conforme observa Ronaldo Poletti: “por mais que o jurista busque a expressão clara de uma linguagem precisa e que o formulador da norma a manifeste de forma escorreita, sempre haverá dúvidas e necessidade de interpretar, até porque o direito é um conjunto integrado de normas e de institutos. Não prescindem eles de uma interpretação, como já foi dito, para a sua aplicação. Na verdade, o direito é também uma arte e os juristas são artistas que o interpretam.”¹⁶

A doutrina moderna já abandonou a noção de que há textos normativos que, pela sua clareza gramatical, dispensam interpretação (*in claris cessat*

¹⁵ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 2002, p. 189.

¹⁶ POLETTI, Ronaldo. **Introdução ao Direito**, p. 287.

interpretatio). A interpretação do texto e a respectiva subsunção do fato à norma são tarefas constantes do jurista. Nesse sentido, a lição de FERRARA: “Aplica-se a interpretação a todas as leis, sejam claras ou sejam obscuras, pois não se deve confundir a interpretação com a dificuldade da interpretação”. Assim também o ensino límpido de CARLOS MAXIMILIANO: “Os domínios da Hermenêutica se não estendem só aos textos defeituosos; jamais se limitam ao invólucro verbal: o objetivo daquela disciplina é descobrir o conteúdo da norma, o sentido e o alcance das expressões do Direito. Obscuras ou claras, deficientes ou perfeitas, ambíguas ou isentas de controvérsia, todas as frases jurídicas parecem aos modernos como suscetíveis de interpretação”.¹⁷ De igual teor o ensino de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, para quem: “Toda lei está sujeita a interpretação. Toda norma jurídica tem de ser interpretada, porque o direito objetivo, qualquer que seja sua roupagem exterior, exige seja entendido para ser aplicado, e neste entendimento vem consignada a sua interpretação. Inexato é, portanto, sustentar que somente os preceitos obscuros, ambíguos ou confusos exigem interpretação, e que a clareza do dispositivo a dispensa, como se repete na velha parêmia *in claris cessat interpretatio*”.¹⁸

Os textos normativos de direito material constantemente trazem conceitos juridicamente indeterminados, os quais exigem dos potenciais ou virtuais destinatários a realização de juízo de valor subjetivo. O Código Civil é pródigo no emprego de conceitos dessa natureza. Assim é que, por exemplo, o art. 501 outorga proteção ao possuidor que tem “justo receio” de ser molestado em sua posse; o art. 199, I, dispensa o edital de proclamas quando ocorrer “motivo urgente” que justifique a imediata celebração do casamento; o art. 160, II, considera lícita a deterioração ou destruição de coisa alheia, a fim de remover “perigo iminente”; o art. 1.081, II, desobriga o proponente quando a resposta feita a pessoa ausente não chegar em “tempo suficiente”; o art. 1.250 autoriza a suspensão do uso e gozo da coisa dada em comodato, antes de findo o prazo convencional, em caso de “necessidade imprevista e urgente”. Muitos outros exemplos poderiam ser extraídos do Código Civil¹⁹. E o rol iria se multiplicar, se considerados outros diplomas legais.

¹⁷ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**, p. 35.

¹⁸ Caio Mário da Silva PEREIRA. **Instituições de Direito Civil**, p. 135.

¹⁹ Vejam-se outros exemplos em artigo de José Carlos BARBOSA MOREIRA: “Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados”. *In*: **Temas de Direito Processual**. Segunda Série, p. 64/65.

Nos textos penais também com grande frequência são encontrados conceitos vagos e imprecisos, muitos dos quais classificados pela doutrina como elementos normativos do tipo²⁰. É o caso do vocábulo “indevido” ou “indevidamente”, contido nos tipos penais dos artigos 151, *caput*, e seu § 1º, I e II; 162, 296, § 1º, II; 311, § 2º; 316, § 2º; 317, 319, § 2º, todos do Código Penal; da expressão “mulher honesta”, trazida pelos artigos 215, 216 e 219; da expressão “justa causa”, contida nos tipos penais dos artigos 153, 154, 244, 246 e 248²¹.

Neste ponto cabe uma ponderação: não se afigura congruente ou razoável que, na esfera do direito processual civil, não seja possível exigir do fornecedor de produtos e serviços que realize um juízo de valor subjetivo acerca da incidência ou não, no caso concreto, da regra da inversão do ônus da prova; enquanto é possível, de outro lado, exigir do indivíduo, em geral, que realize, na esfera penal, um juízo tão ou mais subjetivo para interpretar um tipo penal que contenha um elemento normativo ou qualquer outro conceito jurídico indeterminado para saber se sua conduta constitui ou não um delito.

Se em relação à lei penal incriminadora – cujo tipo funciona como garantia de que os indivíduos não serão punidos por conduta que nele não se enquadre – é aceitável a idéia da subjetividade conceitual, a impor um esforço de exegese de todos os componentes da sociedade, como não admitir subjetividade acerca dos conceitos de hipossuficiência e verossimilhança, a exigir semelhante esforço das partes em um processo que envolva relação de consumo.

Observe-se que, ordinariamente, no processo, a parte se encontra representada por advogado, pessoa supostamente conhecedora dos textos legais e que, por dever de ofício, tem que interpretá-los.

²⁰ Damásio de Jesus observa que: “nos elementos típicos *normativos* cuida-se de pressupostos do injusto típico que podem ser determinados tão-só mediante juízo de valor da situação de fato.” (**Direito Penal**, p. 240).

²¹ Na visão de Andrei Zenkner SCHMIDT, a tripartição do tipo penal em elementos objetivos, subjetivo e normativos é insustentável, em razão da superação do paradigma da filosofia da consciência, pelo qual se crê, equivocadamente, que os textos legais possuam um sentido unívoco, aplicável a todos os fatos: “A bem da verdade, todo tipo penal é composto de elementares normativas pelo simples fato de que a adequação da conduta a uma norma não é resultado de uma subsunção mecânica, mas sim axiomática. Aquilo que a doutrina costuma chamar de elementares objetivas não passa de contextos lingüísticos cuja extensão é consensualmente delimitada e aceita pela comunidade jurídica. Bastaria o surgimento de um novo fato até então não discutido para que a demanda por um novo consentimento hermenêutico imponha-se.” (**O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito**, p. 261).

5.1 Os graus de certeza na aplicação do texto legal

Não se pode deixar de considerar, também, que, a despeito da subjetividade que envolve os conceitos de hipossuficiência e de verossimilhança, há situações fáticas que se subsumem de forma indubitosa ao enquadramento normativo – seja porque a condição de hipossuficiente é evidente, seja porque a verossimilhança dos fatos narrados salta aos olhos. Em tais situações, configuraria ficção inaceitável a idéia de que a inversão do ônus da prova na sentença importaria violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório. Sustentar o contrário constituiria manifesta fetichização dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Celso Antonio Bandeira de Mello observa que os conceitos indeterminados ou fluidos só apresentam tal característica quando considerados em abstrato. Todavia, quando confrontados com situações reais ou concretas, ganhariam (ou poderiam ganhar) consistência e univocidade.²² Preleciona o renomado administrativista que: “mesmo que vagos, fluidos ou imprecisos, os conceitos utilizados no pressuposto da norma (na situação fática por ela descrita, isto é, no ‘motivo legal’) ou na finalidade, têm algum conteúdo mínimo indiscutível. De qualquer deles se pode dizer que compreendem uma *zona de certeza positiva*, dentro da qual ninguém duvidaria do cabimento da aplicação da palavra que os designa e uma *zona de certeza negativa* em que seria certo que por ela não estaria abrigada. As dúvidas só têm cabida no intervalo entre ambas.”²³ Assim, pelo menos naqueles casos que se encontrassem na denominada *zona de certeza positiva*,²⁴ não haveria como negar a possibilidade de inversão do ônus da prova na própria sentença.

Imagine-se que todas as situações que envolvam relação de consumo estejam ordenadas em uma escala que abranja desde os casos em que claramente *deve haver a inversão* do ônus da prova até aqueles em que claramente *não cabe a inversão*. Haverá um grupo de casos, em uma das extremidades da escala, em que a incidência da regra da inversão do ônus da prova será irrefutável (v. g., na situação do trabalhador rurícola, simplório e analfabeto, que adquire, à prestação, mercadoria defeituosa em uma grande loja de departamentos), e outro grupo, na outra extremidade da escala, em que a regra

²² Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**, p. 22.

²³ *Ibidem*, p. 29.

²⁴ Como na hipótese em que o consumidor fosse um dos muitos operários que ganham um salário mínimo para sustentar a si e a família e litigasse contra uma pessoa jurídica de grande poder econômico, fornecedora de produtos ou serviços.

da inversão do ônus da prova é evidentemente inaplicável (v. g., no caso de consumidor pessoa jurídica, de grande poder econômico, que apresenta alegação facilmente comprovável por prova pericial, em demanda ajuizada em face de modesta pessoa física fornecedora de produtos ou serviços).

Na zona próxima do meio dessa escala se encontram os casos em que não está claro se deve ou não haver a inversão do ônus da prova. Em relação aos casos que se encontram nessa zona intermédia, de incerteza, pode haver divergência de interpretação quanto à incidência ou não da regra de inversão. Mas, em todos os casos que se encontrem na primeira extremidade da escala, dúvida não haverá acerca da incidência da regra. Nesses casos – situados na primeira extremidade da escala – não seria nem de longe razoável invocar o argumento de que, sem a manifestação prévia do juízo, a inversão do ônus da prova acarretaria violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório. A aplicação da norma do art. 6º, VIII, do CDC como regra de julgamento, com a inversão do ônus da prova na própria sentença, nenhuma surpresa causaria ao fornecedor de produtos ou serviços.

5.2 A situação objetiva de incerteza na aplicação do texto legal

Poder-se-ia, no entanto, argumentar que, pelo menos em relação aos casos que se encontrassem na zona intermediária (em que a aplicação da regra da inversão do ônus da prova fosse incerta), haveria necessidade de manifestação prévia do juízo, para eliminação da incerteza objetiva existente acerca da distribuição do ônus da prova.

A vulnerabilidade do último argumento reside exatamente na premissa de que o fornecedor deva, efetivamente, com toda a certeza, saber que o referido ônus a ele está entregue, porque poderá deixar de produzir prova na suposição de que o ônus da prova recaía sobre os ombros do consumidor.

Suficiente é que o fornecedor, objetivamente, *possa supor* que o ônus lhe pertence. E essa suposição sempre poderá e deverá ser feita pelo fornecedor, já que os requisitos para a inversão do ônus da prova estão indicados na lei e, por isso, são vinculativos. Cabe àquele que se encontre na posição de fornecedor de produtos ou serviços precaver-se quanto à possibilidade de interpretação, no caso concreto, de que o ônus da prova lhe incumbe. Se não desejar assumir o risco de uma divergência interpretativa, deverá envidar os esforços necessários para produzir todas as provas que lhe aproveitem.

Neste sentido, o ensino da notável Professora e Magistrada Cristina Tereza Gáulia, para quem o juiz não tem, como parcela de seu múnus, o encargo de alertar os fornecedores quanto à interpretação a ser dada ao dis-

positivo aqui focado, de modo que, quando demandados, os fornecedores: “deverão de pronto municiar-se com as provas necessárias e demonstrar aquelas excludentes de responsabilidade que o Código de Defesa do Consumidor admite.”²⁵ Entende a referida autora, expressamente, que: “não está o juiz obrigado a avisar ou alertar a parte contrária para a inversão do *onus probandi*, se a lide versar sobre relação de consumo.”²⁶

De todo modo, sempre poderá ser manifestado o inconformismo contra a interpretação dada na sentença em prol da inversão probatória. Caberá ao fornecedor interpor o recurso cabível contra essa sentença, para sustentar seu entendimento contrário à aplicação da norma do art. 6º, VIII, do CDC.

5.3 O risco decorrente da valoração. A igualdade entre os litigantes

É importante, aqui, salientar um ponto: o texto do art. 6º, VIII, impõe a realização de um juízo de valor subjetivo a *ambas as partes*. Impõe-se ao consumidor, tanto quanto ao fornecedor, realizar juízo de valor quanto à presença dos requisitos que determinam a inversão do ônus da prova. O consumidor, quando ajuíza sua demanda, o faz sem saber qual será o entendimento do juízo a respeito da divisão do ônus probatório. A inversão do ônus da prova como regra de julgamento preserva o princípio da igualdade entre as partes.

Imagine-se que o consumidor esteja em dúvida sobre a conveniência de ajuizar imediatamente ação em face do fornecedor, porque ainda não reuniu toda a prova documental que poderia para demonstração do fato constitutivo de seu direito (faltaria, por exemplo, algum documento que teria de ser obtido em localidade muito distante; ou o documento faltante estaria em poder de terceiro, que se encontra viajando). Aplicável que fosse a inversão do ônus probatório, talvez essa prova não fosse necessária para o consumidor. Caberá, então, ao próprio consumidor valorar se estão presentes os requisitos legais estabelecidos para a inversão, a fim de decidir se ajuíza ou não, desde logo, a demanda. Caso decida pelo ajuizamento imediato da ação, sem juntar o documento faltante, estará assumindo o risco de o juízo considerar que não é caso de inversão do ônus da prova, o que provavelmente redundaria em improcedência da demanda.

Verifica-se, pois, que a inversão do ônus da prova é, para o consumidor, tanto quanto para o fornecedor, situação de dúvida – que será tanto

²⁵ “A Inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor”. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 40, p. 86.

²⁶ *Ibidem*.

maior, quanto mais se encontre o fato na chamada zona de incerteza de aplicação da norma. Razoável e isonômico, assim, o entendimento de que ambas as partes tenham que se submeter a esse estado de dúvida sobre a aplicação, no caso concreto, da inversão do ônus probatório.

Já o entendimento de que o fornecedor, na qualidade de réu, deve de ser alertado previamente sobre a inversão provoca situação de desequilíbrio, pois favorece um dos litigantes – em detrimento justamente daquele que a lei quis proteger. Afronta-se, com tal entendimento, o princípio da isonomia.

Além disso, a mesma surpresa que o fornecedor réu poderia alegar também poderia ser invocada pelo autor consumidor, no caso de o juízo ter manifestado, no curso do processo, ser caso de inversão do ônus da prova e, posteriormente, no momento de prolatar a sentença, ter reconsiderado seu entendimento, à luz das provas que vieram a ser produzidas. Com efeito, depois de o juízo manifestar que o caso é de inversão do ônus da prova, nada impede que, por ocasião do julgamento, à luz das novas provas, reconsidere seu entendimento e julgue contra o autor, por entender não comprovado o fato constitutivo do alegado direito deste. Nem por isto poderá o autor consumidor alegar surpresa, pois deveria ter se precatado contra o risco de, ao final, o juízo considerar não ser caso de inversão do *onus probandi*. E nem se diga, que, em tal situação, deveria o juízo reabrir a fase instrutória para permitir ao consumidor a produção de provas.

O que se pretende sustentar é, justamente, que, em se tratando de relação de consumo, cabe a ambas as partes assumir os riscos das táticas ou posturas que desejem adotar no processo. Se entenderem que o ônus da prova é da parte contrária, poderão se abster de produzir prova, mas o farão por conta e risco próprios. Caso não desejem correr riscos, devem produzir todas as provas que estiverem ao seu alcance.

5.4 A falta de clareza do texto legal

Contribui sensivelmente para a idéia de que a norma aqui analisada constitui regra de procedimento a forma como foi redigido o dispositivo legal. É empregado o substantivo “inversão” (como uma das formas de “facilitação” da defesa dos direitos do consumidor), que pode ser traduzido como “ato de inverter”²⁷. O dispositivo diz, ainda, que a inversão do ônus da prova ocorrerá quando “a critério do juiz”, for verossímil a alegação ou for o consumidor hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência. Uma tal redação sugere que a entrega do ônus probatório ao fornecedor dependa de um “ato” ou provimento específico do juiz, pelo qual se decida,

discricionariamente, acerca da inversão do ônus da prova.

É evidente que, embora importante, a interpretação literal não é determinante do melhor sentido do texto legal, pois constitui mero ponto de partida para o estabelecimento da norma (assim como do seu alcance). Poderia o dispositivo ter sido redigido sem o emprego do vocábulo “inversão” ou da expressão “a critério do juiz”, e, ainda assim, persistir o entendimento de parte da doutrina de que o texto estaria a consagrar regra de procedimento. Mas talvez fosse mais clara ou palatável a interpretação do dispositivo como regra de julgamento se, deslocado do Capítulo referente aos Direitos Básicos do Consumidor²⁸, ele se limitasse a indicar que o ônus da prova é do fornecedor quando o consumidor for hipossuficiente ou quando verossímil sua alegação. Uma tal redação seria mais fiel ao sentido da norma aqui defendido.

Cristina Teresa Gáulia observa, com propriedade, que: “quando se fala em direito subjetivo da parte, como aqui é o caso, a jurisprudência tem entendido que, em verdade, o ‘a critério do juiz’, que corresponde ao ‘poderá’ inserido em outros dispositivos legais, há de ser interpretado como ‘deverá’, principalmente em sede consumerista, onde as normas são de ordem pública e, por conseguinte, de aplicação obrigatória.”²⁹

5.5 Pas de nullité sans grief

Abstraídas as considerações anteriores e aceita a tese de que o texto do art. 6º, VIII, do CDC cria uma regra de procedimento, ainda assim a inversão do ônus da prova na própria sentença somente poderia ser considerada como causa de nulidade se demonstrado o *efetivo prejuízo* para a ampla defesa do fornecedor.

Não bastaria a simples alegação de que a inversão não foi determinada previamente pelo juízo. O fornecedor precisaria demonstrar que, se tivesse sido alertado pelo juízo, teria outra prova a produzir, hábil para comprovação de fato que pudesse alterar o julgamento da demanda.

São aplicáveis, aqui, as normas dos artigos 154³⁰ e 244 do CPC³¹, que consagram o *princípio da instrumentalidade das formas* ou *da finalidade*. A forma nada mais é do que meio para consecução de um fim. Alcançada a finalidade essencial, válidos serão os atos processuais, ainda que se tenham

²⁷ Embora também possa gramaticalmente ser traduzido como “efeito de inverter-se”.

²⁸ Indo, talvez, para o Capítulo I, do Título III, que cuida da Defesa do Consumidor em Juízo.

²⁹ “A Inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor”. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 40, p. 86.

distanciado da forma idealizada para a sua prática³² ou tenham sido praticados em desconformidade com o modelo legal³³.

O princípio da instrumentalidade das formas ou da finalidade é aplicável mesmo aos casos de nulidade absoluta ou de inexistência. Nesse sentido o ensino de Antonio Janyr Dall’Agnol, que observa que: “a regra contida no art. 244 abrange tanto as hipóteses de nulidade absoluta quanto as de nulidade relativa, ou de anulabilidade”³⁴. Fábio Gomes confere ainda maior amplitude ao princípio da finalidade, que alcançaria mesmo os casos de nulidade cominada: “A norma que se contém no art. 244 abrange tanto os casos de nulidade relativa como os de nulidade absoluta. Engloba, por igual, os atos praticados de forma diversa daquela prevista em lei, ainda que sob a cominação de nulidade, desde que alcancem a finalidade.”³⁵

Assim, não demonstrado pelo fornecedor, em grau de apelação, que deixou de produzir alguma prova a seu favor, que poderia ter influência no julgamento da demanda, não seria caso de anular a sentença, por falta de demonstração de efetivo prejuízo.

O entendimento contrário constituiria a consagração da forma sobre o conteúdo ou a defesa do princípio (da ampla defesa) pelo princípio, teoricamente considerado – e não pela defesa concreta do bem a que o princípio visa a proteger.

6. A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO JUIZADO ESPECIAL

A interpretação da norma do art. 6º, VIII, do CDC como regra de julgamento ganha importância em relação às causas julgadas pelo juizado especial cível, considerando a especialidade do procedimento previsto na Lei nº 9.099/95. Com efeito, o procedimento do juizado especial é caracterizado pela maior oralidade e concentração dos atos processuais. A contestação, oral

³⁰ Preconiza o art. 154: “Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial.”

³¹ Estabelece o art. 244: “Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.”

³² O princípio da instrumentalidade das formas constitui inspiração, v. g., para os parágrafos 1º e 2º do art. 214 do CPC, os quais estabelecem que o comparecimento do réu supre a falta ou a nulidade da citação.

³³ Cf. Antônio Janyr DALL’AGNOL. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2000, p. 228.

³⁴ Antônio Janyr DALL’AGNOL. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 1985, p. 434.

³⁵ Fábio GOMES. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 243.

ou escrita, é apresentada na própria audiência (art. 30 da Lei nº 9.099/95), na qual são ouvidas as partes, produzidas as provas (ainda que não requeridas previamente – art. 33), e, em seguida, é proferida a sentença (art. 28).

Interpretada que fosse a norma do art. 6º, VIII, do CDC como regra de procedimento, dois seriam os momentos, no juizado especial, que poderiam ser imaginados para a inversão do ônus probatório quando o consumidor fosse o autor: a) por ocasião do despacho da petição inicial; b) na audiência de instrução e julgamento.

A inversão do ônus probatório quando do despacho da petição inicial seria inadequada porque forçaria um juízo de valor prematuro sobre a questão. Mesmo a doutrina que interpreta a norma em comento como regra de procedimento reconhece que, antes da resposta do réu, o juízo não dispõe de todos os dados necessários para aferir se é caso de inversão. Somente depois de contestada a demanda e realizada a instrução poderá o juízo julgar adequadamente acerca da configuração da hipossuficiência ou da verossimilhança da alegação do consumidor (principalmente desta última).³⁶ Isso porque uma alegação reputada, a princípio, verossímil pode perder essa característica diante da narrativa e das provas constantes da contestação. Do mesmo modo, a idéia inicial de hipossuficiência do consumidor pode ruir por completo depois de contestada a demanda.

Acresça-se a isso uma dificuldade de ordem prática: na grande maioria dos casos, o juiz, devido ao grande volume de demandas ajuizadas, só vem a examinar a petição inicial pouco antes da audiência de instrução e julgamento (quando não a vem examiná-la apenas na própria audiência). É o próprio cartório quem, comumente, se desincumbe de providenciar a designação de data para as audiências e a citação do réu.

A inversão do ônus probatório na própria audiência de instrução e julgamento traria o enorme inconveniente de obrigar o juízo a adiar a audiência para propiciar ao réu a oportunidade de produzir as provas que pretendesse. Haveria dilação anômala, com evidente prejuízo para a desejada celeridade do procedimento.

A interpretação do texto que trata da inversão do ônus probatório como regra de juízo é a única que preserva os princípios que norteiam o juizado especial cível, onde avulta o número de processos que cuidam de

³⁶ Por todos, Carlos Roberto Barbosa MOREIRA. “Notas sobre a Inversão do ônus da Prova em Benefício do Consumidor”. In: **Revista de Direito do Consumidor**, 1997, v. 22, p. 145-148.

relação de consumo. Mesmo que se considerasse, de ordinário, que a norma do art. 6º, VIII, do CDC constitui regra de procedimento, impositiva seria uma interpretação diferenciada em relação ao juizado, em consideração aos princípios que norteiam o seu procedimento.

O art. 2º da Lei 9.099/95 preconiza que o processo, no juizado, deve ser orientado pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade. E o seu artigo 6º impõe ao juiz adotar em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum.

Em atenção aos princípios que informam o procedimento do juizado especial cível, não há espaço para a atitude do fornecedor de *apostar* na distribuição dos encargos probatórios. Cabe a ambas as partes, na audiência de instrução e julgamento, trazer, desde logo, todas as provas que possuam relacionadas com a causa. Normalmente, outra oportunidade não se lhes abrirá.

7. A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO JUÍZO COMUM

Argumenta-se que, no procedimento ordinário, não há como sustentar que a norma do art. 6º, VIII, do CDC constitui regra de julgamento, já que o art. 331, § 2º, do CPC impõe ao juízo, depois de frustrada a conciliação na audiência indicada no *caput* do artigo, fixar os pontos controvertidos, para, em seguida, determinar a produção das provas a serem produzidas. O argumento não colhe, porque se equivoca quanto à verdadeira tarefa desempenhada pelo juízo quando da fixação dos pontos controvertidos na audiência do art. 331 do CPC.

Ponto controvertido (ou fato controvertido), para fim de aplicação do § 2º do art. 331, é o fato alegado por uma das partes e impugnado pela outra, o qual seja pertinente ou relevante para o julgamento da causa, não esteja comprovado ou refutado pelas provas já produzidas, e cuja comprovação seja possível.³⁷

Incumbe, pois, ao juízo identificar quais são os fatos sobre os quais penda controvérsia, para, então, decidir sobre o cabimento das provas requeridas pelas partes. Não exige a Lei que o juízo, no desempenho dessa sua tarefa, tenha de indicar ou informar a qual das partes toca o ônus probatório em relação a cada fato alegado. Suficiente é a indicação dos fatos

³⁷ Por todos, José Joaquim CALMON DE PASSOS. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 453.

controvertidos e a decisão acerca das provas que podem ser produzidas (por ambas as partes) em relação a esses fatos.

Assim, alegado um fato, que vem a ser impugnado pelo réu, incumbirá ao juiz indicar tal fato como ponto controvertido. Em seguida, entendendo que a veracidade do fato depende da produção de prova testemunhal, decidirá o juízo pelo deferimento dessa prova, que poderá ser produzida por ambas as partes – não apenas por aquela a quem toca o ônus da prova.

À parte a quem não toca o encargo probatório é, por óbvio, facultado produzir prova de que o fato alegado não é verdadeiro ou é inexistente. Não deve ela, apenas por estar livre do *onus probandi*, permanecer no imobilismo, à espera da atuação ou do movimento de seu adversário. Diferentemente do que ocorre no jogo de xadrez, *os movimentos no processo podem ser simultâneos*. Daí porque ser equivocado o entendimento de que o juízo tenha de definir, por ocasião da audiência do art. 331, sobre quem pesa o ônus de provar.

Reconheça-se, no entanto, que há situações nas quais o juiz, forçosamente, terá de decidir acerca do ônus probatório. É o que ocorrerá, por exemplo, quando ambas as partes requererem a produção de prova pericial, ou quando esta for determinada pelo próprio juízo. Em tais casos, em atenção à regra de que as despesas dos atos processuais devem ser antecipadas pela parte que tenha interesse em sua prática³⁸, incumbirá ao juízo estabelecer qual das partes deverá arcar com as despesas referentes à prova pericial. Sua decisão terá de vir fundamentada em alguma das normas que cuidam da distribuição dos encargos probatórios (o art. 333 e seus incisos do CPC, ou o art. 6º, VIII, do CDC).

8. A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA EM SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO

Imagine-se que o juízo de primeiro grau tivesse julgado improcedente o pedido formulado pelo consumidor, por entender que este não se desincumbira do ônus, a ele pertencente, da prova da veracidade das alegações iniciais. Cabe indagar se, interposta a apelação, o tribunal poderia reformar a sentença e julgar procedente o pedido, por entender que, na espécie, seria aplicável a regra do art. 6º, VIII, do CDC, de modo que ao fornecedor in-

³⁸ Reza o art. 19 do CPC: “Salvo as disposições concernentes à justiça gratuita, cabe às partes prover as despesas dos atos que realizam ou requerem no processo, antecipando-lhes o pagamento desde o início até sentença final; e bem ainda, na execução, até a plena satisfação do direito declarado pela sentença.”

cumbia a prova de que as alegações do consumidor não eram verdadeiras.

Admitido o entendimento de que a distribuição do ônus da prova para o fornecedor independe de manifestação prévia do juízo, por decorrer de regra de julgamento, não há dificuldade em aceitar a possibilidade de ser reconhecida apenas no tribunal a presunção de veracidade das alegações do consumidor.

Observe-se que, quando as partes produzem provas, não o fazem apenas para o juízo monocrático, de primeiro grau de jurisdição. Fazem-no, também, para o órgão colegiado, de segundo grau de jurisdição, pois o processo não finda com a prolação da sentença.³⁹

É equivocado o argumento de que o fornecedor seria surpreendido, porque haveria uma inversão do ônus da prova apenas em grau de recurso, a impossibilitar-lhe a produção de provas.

Como já sustentado anteriormente, a inversão do ônus da prova, não decorre de ato judicial, mas da lei. Desde que presentes os requisitos legais, estará invertido o ônus da prova. O juízo se limita a verificar se estão presentes esses requisitos no momento de julgar a demanda, para, em caso de inexistência de provas suficientes para a solução da controvérsia, decidir a quem pertence o encargo de provar. Caso presentes os requisitos legais, considerará que o ônus cabia ao fornecedor e que, por conseguinte, devem ser reputados verdadeiros os fatos alegados pelo consumidor.

Às partes, tanto como ao juízo, cabe interpretar o dispositivo à luz das circunstâncias concretas, para concluir sobre se é ou não caso de inversão do ônus da prova. Em caso de dúvida objetiva, a prudência recomenda às partes buscar todos os meios de prova para se desincumbir de seu eventual ônus.

Não há que falar, portanto, em surpresa ou cerceamento de defesa no caso de o tribunal julgar a favor do consumidor por considerar – diferentemente do juízo *a quo* – que o ônus da prova incumbia ao fornecedor, por força da regra do art. 6º, VIII, do CDC.

Ressalve-se aqui a eventualidade de o juízo *a quo* ter “decidido” antes, expressamente, que o ônus da prova incumbia ao consumidor. Em tal hipótese, a manifestação judicial poderia ter induzido o fornecedor a deixar de produzir prova que lhe favoreceria. Uma vez demonstrada tal situação, e comprovado que, concretamente, poderia o fornecedor ter produzido prova

³⁹ A despeito da dicção do art. 162, § 1º, do CPC. O que a sentença faz, na verdade, é por fim ao procedimento em primeiro grau de jurisdição.

capaz de modificar o julgamento da demanda, caberá ao tribunal – aí, sim – anular a sentença, por cerceamento de defesa.

9. IRRECORRIBILIDADE DA MANIFESTAÇÃO DO JUÍZO ACERCA DA DISTRIBUIÇÃO DO ENCARGO PROBATÓRIO

O entendimento, aqui manifestado, de que a inversão do ônus da prova constitui regra de julgamento não afasta a possibilidade e, até, a conveniência de o juízo, sopesando antecipadamente as circunstâncias concretas, alertar as partes acerca do cabimento ou não da inversão. Embora – insista-se – não esteja obrigado a tanto, o juízo, sempre que considerar importante, poderá esclarecer as partes acerca dessa questão.

Ante tal possibilidade, cabe, pois, indagar se o esclarecimento ou a manifestação do juízo acerca da distribuição do encargo probatório configuraria decisão interlocutória e, conseqüentemente, se seria atacável por recurso de agravo.

Aqueles que enxergam no art. 6º, VIII, do CDC uma regra de procedimento parecem tender pela admissibilidade do agravo de instrumento contra tal manifestação judicial, porque consideram que a inversão não decorre da lei, mas de ato do juízo, a quem cabe “decidir” pelo cabimento ou não da inversão.⁴⁰

Todavia, na perspectiva aqui assumida, de que a inversão do ônus da prova constitui regra de julgamento, a eventual manifestação prévia do juízo acerca da distribuição do encargo probatório configura mero *despacho*, sem conteúdo decisório suficiente para ensejar a interposição de agravo. Isso porque lhe falta requisito essencial às decisões interlocutórias, qual seja, a aptidão para gerar prejuízo ou gravame.⁴¹

Como já se observou, nada impede que o juízo, em algum momento do procedimento (notadamente, no procedimento ordinário, por ocasião da audiência do art. 331 do CPC), alerte as partes sobre os encargos probatórios de cada uma. Em casos nos quais a aplicação da regra da inversão do ônus da prova é especialmente duvidosa, é até recomendável que o juízo assim o

⁴⁰ Por todos, Carlos Roberto Barbosa MOREIRA: “Em qualquer caso, o ato que deferiu ou indeferiu a inversão constituirá decisão interlocutória, impugnável por meio de agravo.” (*op. cit.*, p. 148).

⁴¹ A possibilidade de um provimento judicial gerar prejuízo constitui o critério que aparta a manifestação judicial recorrível (decisão interlocutória) da irrecorrível (despacho), como ensina Moniz de ARAGÃO: “Aí está uma solução hábil a superar a dificuldade com que se defrontará o intérprete brasileiro: todos os despachos que visem unicamente à realização do impulso processual, sem causar qualquer lesão ao direito das partes, serão de mero expediente. Caso, porém, ultrapassem esse limite e acarretem ônus ou afetem

faça, para alertar os advogados incautos. O fato de não estar o juízo (como aqui se sustenta) *obrigado* a tanto, não é indicativo de que não *possa* fazê-lo.

De qualquer modo, a *precoce* manifestação judicial sobre a distribuição da carga probatória será *provisória*, porque somente no momento de proferir a sentença, quando já inteiramente formado o conjunto probatório, o juízo poderá avaliar em definitivo do cabimento da inversão do *onus probandi*.

Por ser provisória e precária, a manifestação judicial antecipada ou prematura sobre a inversão do ônus de provar não é capaz de gerar prejuízo ou gravame para as partes. Sempre será possível ao juízo, no momento de proferir sentença, reconsiderar o entendimento anteriormente manifestado. Não há que cogitar de preclusão *pro judicato* na espécie. Não seria razoável, com efeito, que manifestação judicial tomada com base em elementos de convicção ainda incompletos pudesse ganhar ares de definitividade, vinculando categoricamente o juízo e as partes.

Observe-se que não há nenhuma contradição entre tal entendimento e o manifestado no final do item anterior. Indicou-se anteriormente que é possível que alguma das partes tenha sido induzida pelo juízo *a quo*, pelos termos peremptórios que possam ter sido empregados, a crer que o ônus da prova fosse da parte contrária, e, por isso, não tivesse produzido prova que lhe coubesse e pudesse produzir. Em tal situação, evidente o prejuízo da parte, que teria direito à anulação da sentença e do processo, para que se lhe permitisse realizar a instrução. Isso não significa, todavia, que a decisão do juízo *a quo* seja agravável, porque tal decisão – insista-se – embora possa induzir em erro a parte, não vincula as partes ou o juízo, por ter sido proferida sob o signo da provisoriedade.

Há que reconhecer, no entanto, que o juízo terá, necessariamente, que decidir previamente sobre a distribuição dos encargos probatórios quando a demonstração da veracidade de algum fato depender da produção de prova (requerida por ambas as partes ou determinada de ofício pelo Juízo) que deva ser custeada antecipadamente por alguma das partes. É o que ocorrerá, por exemplo, quando o juízo determinar, de ofício, a realização de prova pericial. Para decidir quem deverá arcar, antecipadamente, com o pagamento dos

direitos, causando algum dano (máxime se irreparável), deixarão de ser de mero expediente e ensejarão recurso.” (Comentários ao Código de Processo Civil. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, v. II, p. 66).

honorários do perito, terá o juízo que decidir a quem interessa a produção da prova, ou seja, a quem incumbe, a princípio, o ônus da prova.

Em tal hipótese, será agravável o provimento que der pela inversão do ônus da prova, por causar efetivo prejuízo à parte a quem se cometeu o encargo de provar. Mas o prejuízo não decorrerá da distribuição do ônus da prova em si, pois, como se viu, a decisão a esse respeito é provisória e poderá ser reconsiderada por ocasião da sentença. O gravame decorrerá da imposição de despesa processual à parte.

Afora hipótese excepcional como a acima mencionada, a manifestação judicial que der pela inversão do ônus da prova não constituirá decisão interlocutória e, em conseqüência, não ensejará a interposição de recurso de agravo, por ausência de prejuízo.

10. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA FUNDADA EM INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Cabe a indagação: em ação ajuizada por consumidor, que tenha direito à inversão do ônus da prova, é possível, no caso de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, a concessão de tutela antecipada, independentemente da existência de prova inequívoca da verossimilhança da alegação?

O eminente Professor Luiz Fux, Ministro do Superior Tribunal de Justiça, a quem tivemos a oportunidade de formular essa questão, como debatedor, em seminário organizado pela EMERJ – Escola da Magistratura do Estado Rio de Janeiro, respondeu negativamente, acenando para a inafastabilidade da exigência contida no art. 273, *caput*, do CPC, que vincula a antecipação da tutela à existência da *prova inequívoca* (da verossimilhança da alegação).

Uma reflexão mais detida, todavia, envolvendo uma interpretação sistemática dos institutos envolvidos, sugere uma resposta positiva.

A exigência de prova inequívoca da verossimilhança da alegação para a concessão da tutela antecipada parte do princípio de que o adiantamento da prestação jurisdicional (ou de seus efeitos) é situação excepcional, e somente deve ser deferida (em havendo risco de lesão grave ou de difícil reparação) quando o juízo estiver razoavelmente seguro de que os fatos alegados pelo autor são verdadeiros. Como ao autor, de ordinário, incumbe a demonstração da veracidade dos fatos que alega, deve ele trazer ao juízo a prova (inequívoca, na dicção da lei) de tais fatos.

Ora, quando o autor for consumidor hipossuficiente ou apresentar

alegação verossímil, o ônus da prova recairá sobre o fornecedor réu. As alegações apresentadas pelo autor, até prova em contrário, devem ser reputadas verdadeiras. Assim, suficiente a configuração de situação de risco de lesão grave ou de difícil reparação para que o juízo antecipe a tutela pleiteada⁴².

Não deve constituir embaraço a esse entendimento a circunstância de que o fornecedor poderá, posteriormente, vir a se desincumbir de seu ônus e demonstrar que não são verdadeiros os fatos alegados pelo consumidor (em favor de quem se antecipara a tutela). Essa circunstância se encontra presente mesmo em caso de apresentação, pelo autor, de prova inequívoca da verossimilhança da alegação, já que prova inequívoca da verossimilhança não é o mesmo que prova incontestável ou irrefutável. Assim, em qualquer caso, mesmo diante de prova que se afigurava inequívoca em um primeiro momento, o réu poderá demonstrar que não são verdadeiros os fatos alegados pelo autor.

11. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O texto do art. 6º, VIII, do CDC, instituidor da inversão do ônus da prova, constituiu uma das mais importantes inovações legislativas para a proteção do consumidor.

Muitas das ações que envolvem relação de consumo nem mesmo seriam ajuizadas, não fosse a regra da inversão do *onus probandi*, que atua como verdadeiro mecanismo de libertação do consumidor, sujeito oprimido pelo mercado massificado de consumo.

É fundamental, para a plena eficácia dos direitos estatuídos pelo Código de Defesa do Consumidor, que seja conferida ao texto do art. 6º, VIII, interpretação que não o restrinja ou debilite.

Somente através da atribuição, ao texto legal, do sentido mais favorável ao consumidor estará sendo dada máxima efetividade ao comando constitucional que impõe a proteção do consumidor.⁴³

Outras questões relacionadas com a inversão do ônus da prova mereceriam exame, tais como a relativa aos fatos sobre os quais se pode operar a inversão; a referente à possibilidade de a inversão se operar fora do âmbito

⁴² A desnecessidade de prova inequívoca da alegação se dá, ainda, na hipótese de fatos notórios e em relação àqueles em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade (art. 334, I e IV, do CPC).

das relações de consumo, e tantas mais. Todavia, os limites naturais do presente trabalho exigem que se deixe a abordagem dessas outras questões para uma outra oportunidade. O debate em torno da mais adequada interpretação do artigo 6º, VIII, do CDC ainda se encontra em aberto. ◆

⁴³ Em especial aos artigos 5º, XXXII, e 170, V, da Constituição da República.

O CONTRATO DE MÚTUO NO NOVO CÓDIGO CIVIL

EDUARDO ANTÔNIO KLAUSNER

Juiz de Direito do TJ/RJ. Professor de Direito Comercial da Universidade Estácio de Sá-UNESA. Instrutor da Escola Superior de Administração Judiciária-TJERJ

1. INTRODUÇÃO. O CONTRATO DE MÚTUO

O presente estudo não tem a pretensão de esgotar o tema, ou apresentar soluções definitivas para a discussão doutrinária e jurisprudencial que o contrato de mútuo e os juros cobrados pelo mutuante vêm gerando, em especial desde o advento da Constituição Federal de 1988, e que leva a inúmeras demandas judiciais e a igual número de decisões judiciais discrepantes, seja nos órgãos jurisdicionais de primeiro grau, seja nos órgãos jurisdicionais de segundo grau, ou nas cortes superiores e em especial no Superior Tribunal de Justiça.

O seu objetivo é chamar a atenção para a sutileza das alterações provocadas pelo novo Código Civil que entrará em vigor em 2003 neste contrato, especialmente no concernente a questão dos juros, sua capitalização e os encargos moratórios, que longe de contribuir para auxiliar na solução dos conflitos, potenciais ou em curso, dará ensejo a novas indagações, discussões e demandas judiciais, prejudicando a estabilidade e segurança das relações jurídicas que devem existir entre partes contratantes, contribuindo ainda mais para onerar os dependentes de capital de terceiros para o exercício de suas vidas, pessoais ou profissionais.

O novo Código Civil, que unificou o direito das obrigações cíveis e comerciais, não limitou-se a repetir os antigos Códigos Civil e Comercial ao tratar do Contrato de Mútuo nos artigos 586 a 592, e dos Juros Legais nos artigos 406 a 407, mas trouxe inovações nestes dispositivos, e em outros que são aplicáveis ao contrato em tela, que certamente serão objeto de novas demandas judiciais no que concerne aos contratos de mútuo oneroso em geral e, especialmente, ao bancário e aos contratos congêneres.

Analisando-se os artigos 586, 587 e 588 do novo Código, vislumbra-se que repetem o disposto nos artigos 1.256, 1.257 e 1.259 do Código Civil de 1916, sendo que quanto a este último artigo a única alteração foi a eliminação da referência a abonadores. Ou seja, o contrato de mútuo como empréstimo de bens fungíveis os quais têm o domínio transferido ao mutuário, que tem o dever de restituir ao mutuante no termo aprazado coisas do mesmo gênero, qualidade e quantidade, continua o mesmo, inalterado em seus elementos e, desde que tipicamente civil e presumivelmente gratuito, ou sendo comercial, presumivelmente oneroso.

O contrato de mútuo continua assim sendo unilateral e real, dependendo para seu aperfeiçoamento da tradição da coisa mutuada, sendo temporário, por prazo determinado ou indeterminado, podendo ser gratuito ou oneroso, no último caso sendo lícito cobrar uma remuneração pela transferência do domínio do bem mutuado, os juros, criando a obrigação para o mutuário de restituir o equivalente ao que recebeu, acrescido de juros e demais encargos contratados.

Ao lado do contrato de mútuo oneroso típico, conhecemos no direito comercial e, especialmente no direito bancário, diversas operações creditórias dele derivadas, como os financiamentos, onde o capital mutuado está obrigatoriamente destinado a particular emprego pelo mutuário, ou a abertura de crédito, que se caracteriza como promessa de mútuo, neste último caso tratando-se de contrato consensual e bilateral, como ocorre nos contratos chamados “Cheque Especial”, também sujeitos as disposições pertinentes ao mútuo sempre que o empréstimo em dinheiro vem a se concretizar.

Somente as instituições financeiras autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil podem realizar a intermediação profissional de recursos financeiros, nos termos da Lei n. 4.595/64, ou seja, captar recursos financeiros de terceiros e realizar empréstimos de dinheiro a juros de maneira habitual e empresarial. Frise-se que as empresas de fomento mercantil, ou seja, que operam contratos de **factoring**, não são consideradas instituições financeiras pelo Banco Central do Brasil e são proibidas de realizar operações tipicamente bancárias, inclusive o mútuo bancário (Resolução 2.144/95 - BACEN; Lei 9.249/95, art.15, § 1º, inc. III, d; Lei 7.492/86, art. 16).

2. TAXAS DE JUROS E ENCARGOS MORATÓRIOS

A diferença basilar entre as antigas codificações, alteradas pela Lei de Usura, e o novo Código Civil no que concerne a empréstimo de dinheiro

refere-se a taxa de juros e a possibilidade de capitalização dos mesmos no mútuo feneratício, seja de natureza civil, seja de natureza comercial.

Os juros são os frutos do capital empregado e representam remuneração pelo uso do objeto mutuado, pelo tempo que ficará no domínio do mutuário e o risco de reembolso. Tanto no Código Comercial, artigo 248, como no Código Civil de 1916, artigo 1.261, sua taxa era de livre pactuação entre as partes.

Posteriormente o Decreto 22.626, de 7 de abril de 1933, limitou a taxa em 12% ao ano, assim como a Constituição Federal de 1988 em seu art. 192, parágrafo 3º.

O novo Código Civil estabelece uma taxa de juros legais flutuantes sem limites rigidamente fixados e revoga o Decreto nº 22.626/33, Lei de Usura, ao regular a mesma matéria.

O art. 591 do Novo Código Civil é claro ao dispor que se presume devidos juros quando o mútuo destina-se a fins econômicos, ou seja, quando o mutuante contrate no exercício da atividade empresarial, ou exerça profissionalmente a atividade de mutuante. Tal disposição é aplicável aos contratos de mútuo independentemente do gênero da coisa mutuada, no entanto surge o direito a juros com mais propriedade no mútuo pecuniário, de dinheiro. Trata-se dos juros convencionais ou remuneratórios. A redação do artigo é a seguinte, *verbis*:

“Art. 591. Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual.”

O artigo fixa que a taxa de juros não poderá ultrapassar a taxa a que se refere o art. 406. O artigo que dispõe sobre juros está assim redigido:

“Art. 406. Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.”

Assim sendo, a taxa de juros remuneratórios deverá ser igual ou inferior a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos

devidos à Fazenda Nacional, que são flutuantes, fixadas mensalmente pelo Conselho de Política Monetária do Banco Central – COPOM, e correspondente a taxa SELIC, ou seja, a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia para os títulos federais, instituída pela Lei nº 8.981/95. Revoga-se assim a limitação da taxa de juros a 12% ao ano fixada no Decreto nº 22.626/33, criando-se a perspectiva de, conforme o caso concreto, novas lides surgirem sempre que a taxa SELIC for superior à taxa de juros de 12% ao ano estipulada no art. 192, parágrafo 3º, da Constituição Federal. Frise-se que a taxa SELIC normalmente é superior à taxa constitucional, estando na ordem de 18% ao ano.

Esta taxa também se aplica aos juros moratórios, quando não convenacionados, ou o forem sem taxa estipulada. Surge assim outra questão. Poderão os juros moratórios serem fixados em taxa superior? Entendo que nos contratos de mútuo não.

O artigo 591 limita a taxa de juros no contrato de mútuo à taxa SELIC, assim sendo deve-se entender que o limite se estende também aos juros moratórios.

Mesmo que fixados no limite máximo, poderão ser cobrados cumulativamente aos remuneratórios, mesmo que juntos ultrapassem o limite do art. 591, isto porque a cumulação de juros remuneratórios e moratórios é admitida em nossa jurisprudência, v. g. Súmula do Superior Tribunal de Justiça nº 102, assim como é na Lei de Usura, não havendo qualquer restrição legal para tanto.

No entanto, a questão dos juros moratórios certamente gerará controvérsia, especialmente em negócios jurídicos que não sejam típico de mútuo, tanto em razão da redação do artigo 406 que dá caráter supletivo a taxa que estabelece, ou seja, só será utilizada caso os contratantes não tenham convenicionado a taxa de juros, como de sua interpretação científica.

O artigo 406 está inserido no Título IV, do Livro I, da Parte Especial do Novo Código Civil que trata “Do Direito das Obrigações”. Tal Título versa “Do Inadimplemento das Obrigações”, que em seu Capítulo II do artigo 395, *caput*, dispõe:

“Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.”

Como se vê, o legislador só limitou a índices oficiais a atualização monetária. Poderia ter se referido a taxa de juros legais, que ele próprio estabeleceu no art. 406, mas preferiu omitir-se. Mas não é só. No artigo 404, no Capítulo III do mesmo Título, que trata “Das Perdas e Danos” ordena o legislador:

*“Art. 404. As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional.
Parágrafo único. Provado que os juros de mora não cobrem o prejuízo, e não havendo pena convencional, pode o juiz conceder ao credor indenização suplementar.”*

O legislador outra vez limita a índices oficiais somente a atualização monetária, embora exista taxa oficial de juros estabelecida no próprio Código no art. 406, como já vimos, e para reforçar expressamente prevê no parágrafo único que o juiz pode conceder indenização moratória superior a convencional pelas partes, caso os juros não cubram o prejuízo e não haja pena convencional.

A interpretação coordenada e sistemática dos três artigos citados não nos deixa dúvidas da intenção do legislador, por mais censurável que seja, de deixar a fixação dos juros moratórios a critério dos contratantes e limitada apenas ao valor da obrigação principal em interpretação extensiva do disposto no art. 412, situado no Capítulo V, “Da Cláusula Penal”, o que indubitavelmente dará ensejo a abusos e inúmeras lides, como aliás já ocorre quando em operações bancárias ativas, ou em contratos de cartão de crédito, os credores cobram de seus devedores valores absurdos pela mora, cumulando juros moratórios e remuneratórios, tudo capitalizado, e vagamente intitulados “comissão de permanência”, ou “encargos moratórios”, ou outro nome similar.

Cabe aqui um parêntese. Nas relações de consumo, estarão as cláusulas do contrato sujeitas a Lei nº 8.078/90, e conseqüentemente serão nulas as cláusulas que criem onerosidade excessiva e injustificada ao consumidor, ou que estipulem “multas de mora”(sic) superiores a dois por cento do valor da prestação (arts. 51 e 52 do CODECON). Embora destinado o comando

legislativo do parágrafo 1º. do art. 52, do Código de Defesa do Consumidor a limitar cláusulas penais e não juros moratórios, sua aplicação será imprescindível para salvar os devedores, e esta é a expressão, dos abusos que possam ser cometidos pelos credores na estipulação dos encargos moratórios e mais especificamente das taxas de juros moratórios. Mesmo assim, a multa é alta se levarmos em conta a projeção da taxa ao ano, mês a mês.

Por outro lado, as instituições financeiras continuam nas operações ativas que contratarem, ou seja, mútuo bancário e congêneres como contratos de abertura de crédito e financiamentos, sem sujeição a limitação da taxa de juros estipulada pelo novo Código, ou pela Constituição Federal, e sujeitos apenas aos limites impostos pelo Conselho Monetário Nacional nos termos do art. 4º. incisos VI e IX da Lei nº 4.595/65, que desde 1990 não fixa limites a mesma, deixando-a flutuar conforme as injunções do mercado, o que tem dado ensejo a inúmeras ações judiciais, com resultados divergentes conforme o entendimento abraçado pelo órgão julgador quanto a auto-aplicabilidade da norma constitucional que limita taxa de juro em 12% ao ano, apesar do Supremo Tribunal Federal ter decidido por mais de uma vez que a norma constitucional necessita de “mediação legislativa concretizadora do comando nela positivado” (Ver RTJ 152/1001; 151/599; 150/950, e ADIN n. 4-DF, RTJ 147/719-858) não estando as instituições financeiras sujeitas ao seu limite ou o da Lei de Usura até que lei complementar disponha sobre a matéria.

Aliás, o Supremo Tribunal Federal ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4 – DF, publicada no DJU de 12.3.91, pp. 2.441/2, Rel. Ministro Sydney Sanches, foi peremptório ao afirmar que o Art. 192, parágrafo 3º, da Constituição Federal, não possui eficácia imediata para limitar as taxas de juros reais, embora a decisão não tenha sido unânime, a qual transcreve-se em parte, *verbis*:

“... 6. Tendo a Constituição Federal, no único artigo em que trata do Sistema Financeiro Nacional (art. 192), estabelecido que este será regulado por lei complementar, com observância do que determinou no caput, nos seus incisos e parágrafos, não é de se admitir a eficácia imediata e isolada do disposto em seu parágrafo 3º., sobre taxa de juros reais (12% ao ano), até porque estes não foram conceituados. Só o tratamento global do Sistema Financeiro Nacional, na futura lei complementar, com a observância de todas as normas do caput,

dos incisos e parágrafos do art. 192, é que permitirá a incidência da referida norma sobre juros reais e desde que estes também sejam conceituados em tal diploma...” (in Juros...Paulo e Miriam A. Ramos, ob. citada, p. 193).

Os juros bancários no Brasil, em razão desta liberdade que é conveniente à política monetária do Governo Federal, segundo o Banco Central e conforme noticiado em 27 de junho do corrente ano pelo jornal **Valor Econômico**, alcançaram taxa média em maio de 2002 de 59,5% ao ano, chegando os juros do cheque especial a 158,4% ao ano.

Apesar dos juros absurdos, em vez da esperada lei complementar, encaminha-se no Congresso Nacional projeto de emenda constitucional revogando o dispositivo que estabelece o limite constitucional às taxas de juros.

3. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA DO CAPITAL MUTUADO E TAXA SELIC. A CAPITALIZAÇÃO DOS JUROS

Outro grave problema que exsurge da escolha da taxa SELIC como a referencial para os contratos de mútuo, além da incerteza do montante de sua taxa pelas partes, e em especial pelo mutuário, refere-se à questão da correção monetária.

Dispõe o art. 404 do novo Código que as perdas e danos nas obrigações de pagamento em dinheiro serão pagas e atualizadas monetariamente segundo os índices oficiais, como já vimos, assim sendo admite-se a atualização monetária do capital mutuado o que se refletirá no *quantum* que o mutuário restituirá, seja a vista, seja a prestação. Ocorre que a taxa SELIC possui embutida em seu cálculo índice de correção monetária, ou, nos termos do Egrégio Superior Tribunal de Justiça “fator de neutralização da inflação” (Resp. 215881-PR, DJU de 16/6/2000), pelo que não poderá cumular-se os juros calculados pela taxa SELIC com índice de atualização monetária do capital mutuado, sob pena de cancelar-se um *bis in idem*, fato completamente desconsiderado pelo legislador.

O artigo 591 traz a lume outra questão polêmica, a capitalização dos juros anual, antes vedada nos contratos de mútuo pelo Decreto 22.626/33.

Capitalizar juros significa que o valor dos juros vencidos somam-se ao capital mutuado, de modo que os juros futuros passem a incidir sobre o resultado dessa soma, e assim sucessivamente, procedimento também

conhecido como anatocismo, ou juros compostos.

Esta nova disposição afasta a incidência da Súmula 121 do Supremo Tribunal Federal e revoga, também neste aspecto, o Decreto nº 22.626/33, que vedam a capitalização dos juros, ainda que expressamente convenionada, nos contratos em geral, permitindo a capitalização dos juros em contrato de mútuo oneroso.

No entanto, deve-se esclarecer que a capitalização dos juros é prática corrente nas operações bancárias em várias modalidades de empréstimos, como os destinados ao financiamento da atividade rural ou industrial, e que dão ensejo a emissão de cédulas de crédito rural ou industrial, com expressa permissão das leis específicas que regulam estas modalidades de operações, ou em operações de crédito de qualquer modalidade, incluindo-se o mútuo bancário, em que seja emitida Cédula de Crédito Bancário (Medida Provisória nº 2.160-25, de 23.08.2001), sendo de livre estipulação “os juros sobre a dívida, capitalizados ou não, os critérios de sua incidência e, se for o caso, a periodicidade de sua capitalização,...”(art.3º, § 1º, inc. I, MP citada).

Nestes termos, fica a capitalização dos juros, antes restrita a operações bancárias específicas, admitida em mútuos civis feneráticos e nos mútuos comerciais em geral, anualmente. E para os contratos de empréstimo de dinheiro realizados por instituições financeiras, face ao teor da medida provisória, de livre estipulação entre as partes, sempre que gerar emissão da Cédula de Crédito Bancário.

Frise-se que o Código de Defesa do Consumidor neste aspecto não socorrerá os consumidores, uma vez que não veda a capitalização dos juros.

4. O MÚTUO FEITO A PESSOA MENOR

O artigo 588 trata do mútuo feito a pessoa menor, sendo repetição do artigo 1.259 do Código Civil de 1916, sem a referência a abonadores, o que não altera o significado da norma, dispondo que feito a pessoa menor, sem prévia autorização de seu responsável, não poderá ser reavido do mutuário ou de seus fiadores. Sua função é proteger os menores da exploração de usurários, como esclarece Clóvis Bevilacqua ao comentar o art. 1.259, *in Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Commentado*, v. IV, 1917, Liv. F. Alves.

No art. 589, que a princípio é repetição do art. 1.260 do antigo Código Civil, surge como novidade os incisos IV e o V, sendo este último promessa de polêmica.

O artigo 589 trata das exceções à regra do art. 588, ou seja, quando o mútuo pode ser reavido do menor ou de seus fiadores. As exceções se apresentam quando ausente a malícia do mutuante em valer-se da inexperiência do menor, não fugindo o novel inciso IV desta regra ao autorizar o mutuante a pleitear a restituição do capital mutuado se este reverteu em benefício do menor.

No entanto o inciso V nos parece carecer de precisão. Está assim escrito:

*“Art. 589. Cessa a disposição do artigo antecedente:
...
V – se o menor obteve o empréstimo maliciosamente.”*

A intenção do legislador certamente era englobar em sua disposição a malícia do menor relativamente incapaz em ocultar sua idade para obter o empréstimo, inspirado no art. 155 do Código Civil de 1916. No entanto, da maneira como foi redigido fica sujeito a interpretação muito mais ampla e de caráter subjetivo. Merece portanto reforma.

5. A EXTINÇÃO DO CONTRATO DE MÚTUO. O PAGAMENTO ANTECIPADO E A REDUÇÃO PROPORCIONAL DOS JUROS

Extingue-se o contrato de mútuo como os demais contratos, com o pagamento (arts. 304/355) no prazo avençado cumprindo-se todas as obrigações pactuadas, ou ainda por meio de dação em pagamento (arts. 356/359), novação (arts. 360/367), compensação (arts. 368/380), confusão (arts. 381/384) e remissão (arts. 385/388).

O artigo 592 e seus incisos dispõem sobre hipóteses em que as partes contratantes não tenham convencionado o prazo do mútuo, não trazendo novidades, repetindo o artigo 1.264 do Código de 1916, estabelecendo que será: até a próxima colheita, tratando-se de produtos agrícolas; de trinta dias, se for de dinheiro, e do prazo que declarar o mutuante, se for de qualquer outra coisa fungível.

Questão controversa, neste aspecto, sempre foi quanto a possibilidade do mutuário antecipar a restituição do dinheiro emprestado e exonerar-se dos juros a vencerem. Muitos doutrinadores opõem-se a tal entendimento, alegando que a legítima expectativa do mutuante ao contratar o mútuo consiste nos juros que receberá e que seria frustrada com a antecipação da

devolução do capital mutuado. Neste sentido, por exemplo, Fabio Ulhoa Coelho ao referir-se especialmente ao mútuo bancário em seu “Curso de Direito Comercial”, v. 3, Ed. Saraiva, p.125.

Não podemos nos esquecer no entanto que, tratando-se o mutuário de consumidor, ou sendo o mutuante instituição financeira, será assegurado ao mutuário antecipar o prazo de restituição do mútuo reduzindo-se proporcionalmente os juros e encargos, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, art. 52, parágrafo 2º, e Resolução BACEN n. 2878, de 26/07/2001- Código de Defesa do Cliente Bancário - artigo 7º.

Devemos ter especial atenção ao Código de Defesa do Cliente Bancário, pois ele não distingue o consumidor do empresário, assim, mesmo se tratando de contrato tipicamente empresarial mantido entre cliente bancário e instituição financeira, ao qual não se aplique o Código de Defesa do Consumidor, terá o cliente bancário direito ao pagamento antecipado com redução proporcional dos juros.

Redução proporcional dos juros significa, especialmente, direito a descapitalização dos mesmos.

Por fim, o art. 590, repetindo o art. 1.261 do antigo Código, prevê que o mutuante possa exigir garantia da restituição, se antes do vencimento o mutuário sofrer mudança de fortuna, sendo aplicação do princípio do art. 477 do novo Código, como o era o artigo 1.092 do Código de 1916 para o artigo 1.261, como ensina Clóvis Bevilacqua ao comentar os artigos do Código Civil de 1916 (ob. cit.). Não apresentada a garantia, poderá o mutuante dar ensejo a resolução do contrato.

6. CONCLUSÃO

Como coloquei no início deste artigo, minha intenção era apontar dispositivos no novo Código Civil pertinentes ao contrato de mútuo que, indubitavelmente, gerarão novas lides, ou darão novas forças as já em curso.

Como vimos nos tópicos acima, as principais falhas referem-se:

a) à taxa de juro remuneratório adotada, flutuante, não possuindo mais o mutuário a certeza de quanto pagará de juros, impossibilitando inclusive prever quanto pagará ao final do contrato, vez que o juros poderão ser capitalizados;

b) à taxa de juros moratórios também sujeita a incertezas quanto ao seu valor, dando azo a cobrança de encargos moratórios desproporcionalmente elevados, admitindo-se inclusive ao juiz conceder indenização

suplementar ao credor quando, não havendo pena convencional, os juros moratórios não forem suficientes para cobrir o prejuízo do credor;

c) à previsão da atualização monetária das dívidas em dinheiro, desconsiderando que tal atualização já está embutida na taxa SELIC;

d) ignorar que a Constituição Federal estabeleceu que a taxa de juros no País não pode ser superior a 12 % ao ano;

e) não alcançar suas disposições quanto a taxa de juros e o limite da capitalização anual dos mesmos os contratos de mútuo realizados por instituições financeiras;

f) não dispor sobre o pagamento antecipado com a redução proporcional e descapitalização dos juros;

g) imprecisão da regra do inciso V, do artigo 589.

Mostra-se assim o novel Código Civil nos dispositivos comentados não só ineficaz como regra de ordenamento da sociedade que teria por escopo evitar conflitos, mas também propiciador de inúmeros outros que desaguarão no sobrecarregado Poder Judiciário, a exigir imediato reparo antes que entre em vigor. ◆

NOVAS VICISSITUDES DOS EMBARGOS INFRINGENTES*

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA

Desembargador (aposentado) do TJ/RJ. Professor da Faculdade de Direito da UERJ

1. Complexa e sinuosa tem sido, ao longo do tempo, a trajetória dos embargos infringentes. Estamos diante de figura peculiar ao direito luso-brasileiro, que em certa época tinha fisionomia bifronte: havia os embargos oponíveis à execução da sentença e os embargos destinados a impugnar sentenças ainda não transitadas em julgado. Somente desta segunda espécie, de natureza recursal, é que nos ocuparemos aqui. E, para não irmos muito longe, vamos limitar-nos ao período em que a União assumiu a competência exclusiva para legislar sobre direito processual, nos termos da Constituição da República de 1934¹.

Tal competência, diga-se logo, a União a exerceu de maneira fragmentária. Não editou um Código de Processo Civil para todo o país, o qual somente surgiria em 1939, já sob outra Constituição; cingiu-se a normas esparsas, relativas a assuntos específicos. Dessa legislação interessa-nos a Lei nº 319, de 25.11.1936, que disciplinou os recursos cabíveis contra as decisões finais das então denominadas Cortes de Apelação e suas Câmaras. Vale a pena transcrever o respectivo art. 5º: “Os acórdãos nos julgamentos de apelações cíveis e de agravos constituem decisões de última instância sempre que, proferidos por unanimidade de votos, confirmem as decisões recorridas, exceto nas causas de valor superior a 20 contos de réis. Parágrafo único. Quando não houver dupla conformidade, ou quando excedido o valor fixado neste artigo, caberão embargos de nulidade e infringentes do julgado, para julgamento pelo tribunal competente, nos termos da lei da organização judiciária”.

* Trabalho em homenagem ao Ministro (STJ) Sálvio de Figueiredo Teixeira.

¹ Para dados relativos à época anterior, *vide* PONTES DE MIRANDA, **Embargos, prejudgado e revista**, Rio de Janeiro, 1937, p. 94 e segs.; MONIZ DE ARAGÃO, **Embargos infringentes**, 2ª ed., S.Paulo, 1974, p. 37 e segs.; MARCOS AFONSO BORGES, **Embargos infringentes**, 3ª ed., Goiânia, 1998, p. 23 e segs.

A redação não era um primor de clareza. Chama a atenção o fato de que no parágrafo não se via referência ao tópico da unanimidade (ou não unanimidade) na votação. A doutrina mais autorizada, porém, mediante interpretação sistemática, firmou o entendimento de que, para caberem os embargos, era necessário e suficiente que a decisão recorrida preenchesse um dos dois requisitos: não ser conforme à de grau inferior *ou* resultar de votação não unânime. Exceção a essa regra era a das decisões em causas de valor superior a 20 contos de réis, *sempre* embargáveis².

Seja como for, assumiam relevância, na aferição do cabimento dos embargos: *a)* tratar-se de acórdão proferido no julgamento de apelação ou agravo; *b)* não ter ocorrido nesse julgamento unanimidade de votos; *c)* haver o acórdão reformado a decisão recorrida; *d)* ainda quando ausentes os requisitos *b* e *c*, ter a causa valor superior a 20 contos de réis. Esses pontos permaneceriam relevantes no direito posterior: a história dos embargos girou, com efeito, em torno de quatro eixos: a decisão impugnada, a ocorrência de dissídio no julgamento, a conformidade ou desconformidade dele com a decisão anterior e o valor da causa.

2. Quanto à posição assumida, no particular, pelo Código de Processo Civil de 1939, cabe, antes de mais nada, uma observação terminológica. No art. 808, que enumerava os recursos em tese admissíveis, falava o inciso II em “embargos de nulidade ou infringentes do julgado”. O art. 833, que tratava do cabimento do recurso, preferia aludir a “embargos de nulidade e infringentes do julgado”. Voltava a aparecer a conjunção “ou”, em vez de “e”, no art. 839, atinente a caso especial, o das “sentenças de primeira instância proferidas em ações de valor igual ou inferior a dois contos de réis”: nelas, o recurso em foco substituíra a apelação. As diferenças de redação provocaram dúvidas e controvérsias doutrinárias, que todavia não conduziram a resultado útil. Ao que parece, a preferência ora por uma, ora por outra conjunção não refletia diferença substancial.

Vale a pena registrar que, no mesmo ano de 1939, a reforma do processo civil português aboliu o recurso. A partir daí, ele se tornou uma peculiaridade exclusiva do direito brasileiro, onde, por sinal, sua disciplina

² Assim, PONTES DE MIRANDA, ob. cit., p. 123 e segs. Consoante se lê na pág. 123, “é de mister, para que embargos caibam, em se tratando de causas de valor até vinte contos de réis, que o acórdão haja reformado a sentença final de primeira instância, *ou* que, se a confirmou, algum voto tenha divergido (sem grifo no original). E na pág. 125: “Tratando-se de causas de valor superior a vinte contos de réis, qualquer que seja o sentido do acórdão e a votação, cabem embargos”.

viria a sofrer sucessivas alterações, principalmente entre os anos de 1940 e 1946. Por força do Dec. nº 8.570, de 8.1.1946, assim passou a soar o art. 833: “Além dos casos em que os permitem os arts. 783, § 2º, e 839, admitir-se-ão embargos de nulidade e infringentes do julgado quando não for unânime a decisão proferida em grau de apelação, em ação rescisória e em mandado de segurança. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência”. Não se aludia aí à dupla conformidade, diversamente do que ocorria na redação originária do dispositivo (“... quando não for unânime o acórdão que, em grau de apelação, houver reformado a sentença”), nem ao valor da causa, que viria a importar exclusivamente para o cabimento de embargos contra sentenças de primeira instância (art. 839).

Doravante só nos ocuparemos dos embargos interponíveis contra acórdãos; mas, para complementar os dados essenciais relativos aos cabíveis em grau inferior de jurisdição, aqui ficam algumas observações. Os embargos do art. 839 subsistiram até a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1973; e, em substância, sobreviveriam à grande reforma daquele ano, caso houvesse vingado a proposta do anteprojeto do Professor ALFREDO BUZAID, que os contemplava no art. 561, como cabíveis em causas de valor igual ou inferior ao quádruplo do salário mínimo vigente na sede do juízo.³ Diplomas posteriores criaram remédios análogos: assim o art. 4º da Lei nº 6.825, de 22.9.1980 (revogada pela Lei nº 8.197, de 27.6.1991) e o art. 34 da Lei nº 6.839, daquela mesma data. Este último dispositivo continua em vigor, se bem que de escassíssima aplicação no foro, porque praticamente inexistentes as execuções fiscais de valor inferior ao fixado no respectivo texto. Podemos, pois, *commoditatis causa*, prescindir, no que se segue, desses casos especiais.

3. O Código de 1973 manteve o recurso em foco, sob a denominação (desacompanhada de complemento) de “embargos infringentes”. Essa manutenção foi de certo modo surpreendente. O anteprojeto BUZAID pusera de lado os embargos, salvo, já se averbou, como recurso cabível, em vez da apelação, contra decisões proferidas nas causas de pequeno valor. Na Exposição de Motivos, dizia-se que “a existência de um voto vencido não basta por si só para justificar a criação de recurso; porque pela mesma razão se deve admitir um segundo recurso de embargos sempre que no novo

³ ALFREDO BUZAID, *Anteprojeto de Código de Processo Civil*, item 35 da Exposição de Motivos, p. 36.

juízo subsistir um voto vencido; por esse modo poderia arrastar-se a verificação do acerto da sentença por largo tempo, vindo o ideal de justiça a ser sacrificado pelo desejo de aperfeiçoar a decisão”. A Comissão Revisora, por sua vez, nenhuma sugestão fizera no sentido de se restabelecerem os embargos na instância superior. No projeto definitivo, porém, reapareceu o recurso, com as mesmas características que ostentava no Código anterior, sem que a respectiva Exposição de Motivos trouxesse a explicação desse giro de 180°.

Note-se que doutrina de peso, antes e depois desse episódio, opinou contrariamente à solução adotada pelo estatuto de 1973⁴. Nas três primeiras edições de nossos **Comentários ao Código de Processo Civil**, enfileiramo-nos entre os que se opunham à subsistência dos embargos infringentes. A experiência judicante, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, de 1978 a 1992, levou-nos a atenuar o rigor de nossa posição. Passamos a preconizar que, mantido o recurso, apenas se lhe restringisse o cabimento. E sugerimos a exclusão de certos casos: o de manifestar-se divergência só no julgamento de preliminar, ou no de apelação interposta contra sentença meramente terminativa, e o de haver o tribunal confirmado (embora por maioria de votos) a sentença apelada, à semelhança do que se dava no sistema primitivo do estatuto de 1973, antes do Dec.-lei nº 8.570. Nossas sugestões foram acolhidas pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001, que modificou, entre outros dispositivos, o art. 530 do Código de Processo Civil.

4. Tratemos, então, de analisar o novo texto. A segunda parte (“Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência”) em nada se afasta da que vigia antes da reforma, razão pela qual nela não nos deteremos. A redação da primeira passou a ser a seguinte: “Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória”. Conforme logo se vê, dois pontos remanescem do regime anterior: a) suscetíveis de impugnação por meio de embargos infringentes

⁴ Assim, MENDONÇA LIMA, “Os recursos no Anteprojeto do Código de Processo Civil”, in **Rev. dos Trib.**, v. 386; MONIZ DE ARAGÃO, ob. cit., p. 61. De resto, o próprio autor do Anteprojeto, em escrito anterior, se manifestara pela supressão dos embargos: vide ALFREDO BUZUID, “Ensaio para uma revisão do sistema de recursos no Código de Processo Civil”, in **Estudos de Direito**, v. I, S. Paulo, 1972, p. 108/111. Vale registrar que desse trabalho se mutuou, com ligeiríssimas alterações de redação, o passo da Exposição de Motivos transcrito em a nota 3, *supra*.

são, unicamente, acórdãos proferidos no julgamento de apelação ou de ação rescisória; *b*) é mister que a decisão não haja sido unânime.

No tocante a *a*, parecem-nos bem fundadas as seguintes proposições: equiparam-se aos acórdãos em apelação ou em ação rescisória os que julguem agravos internos (ditos “regimentais”) contra pronunciamento de relator, de teor equivalente ao do eventual julgamento da própria apelação ou da própria rescisória; não são embargáveis, como já não o eram, as decisões concernentes a agravo retido, que é recurso *distinto*, conquanto se julgue na mesma ocasião da apelação; podem ser embargáveis, ao contrário, as tomadas no reexame da causa em quaisquer hipóteses de duplo grau obrigatório de jurisdição; quanto ao julgamento de embargos de declaração (ponto a que voltaremos no item 8, *infra*), devem admitir-se os infringentes desde que neles se cuide de matéria pertinente à apelação ou à rescisória. No que tange a *b*, reiteramos o entendimento de que a divergência na votação se apura pela *conclusão* do pronunciamento, não pelas *razões* que invoque para fundamentá-lo; de que basta que algum membro do colegiado emita voto *diferente* (pelo prisma quantitativo ou qualitativo) dos outros, não sendo exigível que vote no sentido *oposto*; de que o desacordo pode verificar-se (com as restrições apontadas abaixo, no item 5) em qualquer dos pontos sobre que se haja de decidir no julgamento da apelação ou da ação rescisória, atendido sempre, ocioso ressaltar, o disposto na segunda parte do art. 530 acerca da delimitação do âmbito dos embargos quando parcial a divergência⁵.

Focalizemos agora mais de perto as principais características do instituto, sublinhando as inovações mais salientes trazidas pela Lei nº 10.352. Há que distinguir, aqui, entre a embargabilidade de acórdão proferido em grau de apelação e a embargabilidade de acórdão proferido no julgamento de ação rescisória. Cumpre tratar separadamente de cada uma dessas situações.

5. Principia o art. 530 por enunciar os pressupostos do cabimento de embargos (a par da existência de dissídio no julgamento) quando se cuidar de acórdão proferido em grau de apelação. Os pressupostos são os seguintes: *a*) que a sentença apelada haja sido *de mérito*; *b*) que o órgão de segundo grau a tenha *reformado*. A locução “sentença de mérito” aplica-se precipuamente ao ato pelo qual, no processo de conhecimento, se acolhe

⁵ Sobre todos esses tópicos, extensamente e com abonações de doutrina e jurisprudência, BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V, 9ª ed, Rio de Janeiro, 2001, p. 516 e segs. Ressalve-se que, em mais de um lugar, o que então escrevemos teria hoje de ser revisto, à luz da Lei nº 10.352.

ou se rejeita o pedido - ou, o que é dizer o mesmo, se julga a lide, que justamente por meio do pedido se submeteu à cognição judicial. Registre-se que, em certos casos, a lide pode ser julgada paulatinamente, em mais de uma etapa: assim, por exemplo, na ação de prestação de contas *ex art. 914, nº I*, na qual se concebe que o juiz profira *duas* sentenças, ambas de mérito⁶.

É certo que o art. 269 arrola cinco hipóteses de extinção do processo “com julgamento de mérito”. A rigor, porém, a do inciso IV subsume-se na do inciso I, pois, quando o órgão judicial pronuncia a decadência ou a prescrição, sem dúvida *rejeita* o pedido, declara-o improcedente. Quanto às três restantes (incisos II, III, V), não existe nelas propriamente *julgamento*, e o denominador comum ao pronunciamento do juiz nesses casos e à decisão que na verdade acolhe ou rejeita o pedido consiste na aptidão de ambos para adquirir a autoridade da coisa julgada no sentido material.

No processo de execução, não há, em princípio, “mérito” que deva ser julgado; mas podem surgir sentenças de mérito em processos cognitivos incidentes, ou “embutidos” na execução: um exemplo é o da que julgue procedentes ou improcedentes os embargos do devedor. Já no que respeita ao processo cautelar, não parece impróprio falar de “mérito”, por oposição às preliminares referentes a matéria puramente processual ou às condições do regular exercício da ação cautelar. É evidente que esse “mérito” não se confunde com o do processo principal, a que acede o cautelar; guardada a distinção, contudo, pode-se dizer que o juiz profere “sentença de mérito” sempre que defere ou indefere a providência acautelatória pleiteada, por entender satisfeitos ou não, respectivamente, os seus pressupostos⁷.

Para *reformular* a sentença - quase supérfluo notar - é indispensável que o tribunal haja *conhecido* da apelação e não tenha encontrado na decisão vício que a *invalida*. Se não conheceu da apelação, por lhe faltar algum requisito de admissibilidade, o órgão de segundo grau não chegou a apreciar-lhe o mérito, nem, por conseguinte, podia examinar se fora correta ou incorreta a sentença apelada. Se, conhecendo-se da apelação, se apurou que a sentença continha vício invalidante (por exemplo: incompetência absoluta do juízo *a quo*, julgamento *extra petita*), a única via aberta ao tribunal seria a de

⁶ Cf. ADROALDO FURTADO FABRÍCIO, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VIII, t. III, 8ª ed., Rio de Janeiro, 2001, p. 335 e segs., espec. 344/6, 351.

⁷ Para indicações de doutrina e jurisprudência, *vide* BARBOSA MOREIRA, ob. e vol. cit., p. 113, nota 32.

anular a decisão - o que de modo nenhum se identifica com *reformá-la*. Por outro lado, nada importa que no julgamento da apelação se haja rejeitado o pedido que o juiz acolhera, ou acolhido o que ele rejeitara. Caso a sentença haja sido reformada *em parte*, unicamente em relação a essa parte poderão caber embargos.

6. Seja-nos permitida, neste ponto, breve digressão. Atenta a aplicabilidade subsidiária das normas do Código aos procedimentos regidos por leis especiais, é fora de dúvida o cabimento dos embargos contra acórdão não unânime que reforme sentença proferida em qualquer desses feitos, salvo regra expressa em contrário ou incompatibilidade manifesta com o sistema da lei especial. Reafirmamos aqui nossa posição no tocante ao julgamento de apelação em processo de mandado de segurança, hipótese em que ao nosso ver os embargos são cabíveis, se bem que o Supremo Tribunal Federal e, na sua esteira, o Superior Tribunal de Justiça se hajam fixado na tese oposta⁸.

Não convence o argumento que se pretende extrair, para negar o cabimento, do fato de silenciarem acerca dos embargos infringentes a Lei nº 1.533, de 31.12.1951, e as restantes atinentes à matéria: tampouco se vê aí referência aos embargos de declaração, que nem por isso podem deixar de admitir-se quando se queira fazer dissipar obscuridade, resolver contradição ou suprir omissão em decisão relativa a mandado de segurança. O art. 12 da Lei nº 1.533, que diz cabível, no *caput*, apelação contra a sentença que denegue ou conceda o *writ*, não indica particularidade alguma que se deva observar na disciplina desse recurso, a não ser a constante do parágrafo único, segundo o qual a sentença concessiva do mandado fica sujeita ao duplo grau obrigatório de jurisdição, embora possa desde logo ser provisoriamente executada. No mais, incidem as regras codificadas, v.g. as relativas ao prazo e à forma de interposição. Ainda menos persuasiva é a invocação do art. 19 da Lei nº 1.533, onde se manda aplicar ao processo do mandado de segurança os artigos do Código que regulam o litisconsórcio. É evidente que tal dispositivo visa apenas a deixar clara a solução de uma determinada questão processual, sem que seja lícito ao intérprete buscar apoio no princípio *inclusio unius, exclusio alterius*, para sustentar que *nenhuma outra* disposição do texto codificado seja aplicável a tal processo: a ser assim, como se regulariam nele os prazos, as nulidades e outras tantas matérias a que tampouco faz menção a Lei nº 1.533?

⁸ Súmula da Jurisprudência Predominante do STF, nº 597; do STJ, nº 169.

Conquanto não se identifique com a apelação, nem constitua tecnicamente recurso, no sistema do Código, a providência de que trata o art. 475, razões de ordem sistemática justificam a aplicabilidade do art. 530 quanto a acórdãos proferidos, por maioria de votos, no reexame necessário *ex vi legis*, sempre que o tribunal reforme a sentença. É ilustrativo o caso da sentença contrária à União, ao Estado, ao Distrito Federal ou ao Município: se a pessoa jurídica de direito público apela, e o julgamento de segundo grau vem a favorecê-la, sem unanimidade, o adversário dispõe sem dúvida alguma dos embargos; ora, não parece razoável negar-lhe esse recurso na hipótese de igual resultado em simples revisão obrigatória - o que, em certa medida, tornaria paradoxalmente mais vantajoso, para a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, omitir-se do que apelar ⁹.

7. Passemos ao cabimento dos embargos contra acórdão proferido em ação rescisória. O julgamento desta, como se sabe, comporta desdobramento em duas ou em três etapas, conforme a hipótese. Primeiro, o tribunal deve examinar a *admissibilidade* da ação, verificando se estão presentes os pressupostos gerais - se a decisão rescindenda é de mérito e transitou em julgado (art. 485, *caput*) - e ao menos um dos pressupostos específicos, isto é, se o autor baseia seu pedido em algum dos fatos contemplados nos vários incisos do art. 485. Sendo admissível a ação, há que examinar-lhe o mérito, a começar pela averiguação da efetiva ocorrência do(s) pressuposto(s) específico(s) invocado(s): é o que se denomina *iudicium rescindens*. Não provada tal ocorrência, o tribunal declara improcedente o pedido de rescisão, e com isso encerra-se o julgamento. No caso contrário, apresenta-se uma de duas possibilidades: ou a rescisão é suficiente para exaurir a tutela a que faz jus o autor (v.g., o fundamento apontado consistiu na ofensa à coisa julgada de decisão anterior - art. 485, nº IV); ou, com maior freqüência, há lugar para o rejuízo da matéria que fora objeto da decisão rescindida. Na primeira hipótese, não se ultrapassa o plano do *iudicium rescindens*; na segunda, chega-se ao chamado *iudicium rescissorium*, no qual, se ainda satisfeitos os requisitos, o tribunal se pronuncia sobre o mérito da causa antecedente, e sua decisão substitui a rescindida, ainda que não fique excluída *a priori* a eventualidade de que a nova decisão coincida, na substância, com a outra. O *iudicium rescindens* e o *iudicium rescissorium* situam-se ambos no terreno do *mérito da ação rescisória*.

⁹ Aqui também remetemos o leitor, para referências doutrinárias e jurisprudenciais, ao nosso volume de *Comentários*, p. 520, nota 9.

Antes da Lei nº 10.352, a ausência de unanimidade em qualquer dessas etapas bastava para o cabimento de embargos infringentes. Podia acontecer que a decisão do tribunal fosse tomada por simples maioria quer no juízo de admissibilidade, quer no *judicium rescindens*, quer - se a ele se chegava - no *judicium rescissorium*. Concebia-se, portanto, que viessem a tornar-se cabíveis embargos atinentes a mais de uma dessas etapas, e que a parte habilitada a interpô-los nem sempre fosse a mesma.

Hoje, não é assim. Antes de mais nada, cumpre que o tribunal tenha julgado *procedente* a rescisória, o que obviamente só é possível caso se haja superado o juízo de admissibilidade. Divergência na votação sobre a admissibilidade jamais servirá de fundamento idôneo para embargos, seja na hipótese de julgar-se admissível a ação, seja na de julgar-se inadmissível. Mais do que nunca, faz-se relevante a distinção entre o juízo de admissibilidade e o julgamento do mérito da rescisória; e é imprescindível que, na colheita dos votos, se evite qualquer confusão entre ambos. Tenha-se em mente que, para ser admissível a ação, basta que o autor, ao pleitear a rescisão da sentença de mérito trânsita em julgado, *invoque* uma (ou mais) das causas de rescindibilidade arroladas nos incisos do art. 485; quando se trata de apurar se a causa invocada realmente se configurou, então se passa ao *judicium rescindens*, que já diz respeito, insista-se, ao *mérito* da rescisória.

Se o tribunal decidir que a sentença rescindenda na verdade contém o vício alegado pelo autor, este será vitorioso no *judicium rescindens*: a rescisória, nessa medida, terá sido julgada procedente. Unânime que seja a decisão, não haverá que cogitar de embargos; no caso contrário, o acórdão poderá ser embargado pelo réu. Na hipótese de passar-se ao *judicium rescissorium*, se a causa for re julgada em sentido favorável ao autor, mas sem unanimidade, também se abrirá ao réu a possibilidade de embargar. Concebem-se, pois, em tese, embargos do réu concernentes ao *judicium rescindens*, relativos ao *judicium rescissorium* e referentes a ambas essas etapas do julgamento do mérito da rescisória. O que não se concebe é que o autor possa embargar a decisão, já que constitui pressuposto do cabimento do recurso a *procedência* da rescisória.

8. Convém reiterar e esclarecer melhor o que já ficou dito acima sobre o caso de serem oferecidos e acolhidos embargos *de declaração* ao acórdão proferido na apelação ou na ação rescisória. Também aí é possível que se manifeste divergência na votação. Se isso acontecer em relação a alguma obscuridade, omissão ou contradição porventura existente no mencionado

acórdão, o julgamento dos embargos de declaração *incorpora-se* ao da apelação ou ao da rescisória; portanto, satisfeitos os outros pressupostos, poderão caber embargos infringentes. Não é inconcebível, por exemplo, que, justamente ao suprir omissão, o tribunal, por maioria de votos, reforme em parte a sentença apelada: quando se julgara a apelação, deixara-se de apreciar algo da pretensão do apelante, e agora se lhe dá razão nesse ponto, provendo-se aí o recurso. É inegável o cabimento dos embargos infringentes, ao menos no tocante àquilo que, no julgamento dos embargos de declaração, se decidiu em sentido contrário ao da sentença apelada.

Mudam as coisas de figura, é óbvio, caso a divergência se manifeste em questão estranha ao julgamento da apelação ou da rescisória. Se, v.g., não se conhece dos embargos de declaração, por intempestivos, a existência de voto vencido, que deles conhecia, não abre margem a embargos infringentes. A matéria decidida é completamente distinta da que se apreciara no julgamento da apelação ou da rescisória; o novo acórdão nada pode haver reformado da sentença apelada, nem julgado procedente, mesmo em parte, o pedido de rescisão.

9. Até aqui nos ocupamos do novo regime dos embargos infringentes no que toca ao cabimento do recurso. A Lei nº 10.352 não se limitou, entretanto, a essa área: modificou igualmente, em mais de um ponto, a disciplina do respectivo procedimento. Ponto de que não cuidou é a competência para o julgamento dos embargos; de resto, também era omissa a respeito o texto originário do Código. Algumas disposições sobre o assunto foram inseridas na Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar nº 35, de 14.3.1979). No sistema atual, é nos regimentos internos dos tribunais que encontra sede própria o tratamento da matéria (Constituição da República de 1988, art. 96, nº I, letra *a*). A regulamentação pode até variar de um tribunal para outro, em função da estrutura de cada qual.

Passemos brevemente em revista, então, as mais salientes alterações procedimentais. Antes da Lei nº 10.352, a vista ao embargado, para oferecer sua impugnação, não era aberta senão após a escolha do novo relator (art. 534, *caput*, na redação primitiva), ainda que independentemente de despacho deste. Hoje, para começar, não é sequer obrigatório que os embargos tenham relator diferente daquele que redigiu o acórdão embargado. A possibilidade de que se mantenha o mesmo ressalta com clareza do disposto na parte inicial do art. 534, com a redação atual (“Caso a norma regimental determine a escolha de novo relator, ...”). É o regimento, pois, que disciplina o

assunto; mas, seja como for, a oportunidade para a resposta foi antecipada: “Interpostos os embargos, abrir-se-á vista ao recorrido para contra-razões” (art. 531, 1ª parte, na redação nova). E, oferecida a resposta, ou decorrido *in albis* o prazo, é ao relator *do acórdão embargado* que vão os autos, para o exame da admissibilidade do recurso. A ele compete deferir ou indeferir liminarmente os embargos; nada importa, aí, que segundo o regimento se haja de escolher novo relator.

A nosso ver, justifica-se plenamente a inversão da ordem (primeiro, a resposta do embargado; depois, a decisão liminar sobre a admissibilidade). Com efeito, as contra-razões do embargado podem suscitar preliminares que talvez hajam passado despercebidas ao relator. É bom que este tome conhecimento da resposta antes de deferir ou indeferir o recurso. Tal como antes, o indeferimento sujeita-se à impugnação do embargante, por meio de agravo (art. 532, cuja redação não foi modificada pela Lei nº 10.352).

O novo teor do art. 533 (“Admitidos os embargos, serão processados e julgados conforme dispuser o regimento do tribunal”) pode dar a impressão de que *toda* a matéria relativa ao processamento e ao julgamento do recurso tenha agora por sede *exclusiva* o regimento. É certo que a reforma levada a cabo pela Lei nº 10.352 quis ampliar o espaço deixado à atuação das normas regimentais: exemplo significativo dessa orientação, a que já nos referimos, está no fato de haver-se confiado ao regimento a opção entre manter, como relator dos embargos, o mesmo do acórdão embargado, ou determinar que se escolha outro. No entanto, percebe-se com facilidade que seria despropositado excluir por completo a incidência das disposições codificadas. Nenhum sentido teria, *v.g.*, supor que norma regimental pudesse dispensar a inclusão do recurso em pauta a ser publicada no órgão oficial, com a devida antecedência, como prescreve o art. 552, ou afastar a regra segundo a qual as questões preliminares serão resolvidas antes do mérito (art. 560). A nosso ver, o regimento sobrepõe-se às disposições do capítulo que se referam, de maneira específica, aos embargos infringentes. Assim, *v.g.*, norma regimental pode suprimir a revisão, excluindo a incidência do art. 551, ou a expedição de cópias prevista no art. 553. Adite-se que, no silêncio do regimento, e até que ele disponha sobre tais assuntos, permanecem aplicáveis as regras do Código. Nada impede, aliás, que aquele as incorpore *expressis verbis*, ou se contente em fazer remissão a elas.

10. Não é propósito deste trabalho expor toda a disciplina dos embargos infringentes, nem examinar em profundidade as questões sugeridas pelo

respectivo texto, seja naquilo que remanesceu do anterior à Lei nº 10.352, seja nas inovações que ela trouxe. Quisemos apenas colocar em relevo os pontos que merecem maior atenção em mais um episódio da evolução do instituto, com tanta frequência submetido à cirurgia legislativa.

Pouco razoável seria, no entanto, pôr aqui o ponto final sem formular uma interrogação. Nesta matéria, como em quase tudo, prognósticos são sempre arriscados. Tendo em vista, porém, a quantidade ponderável de modificações que a fisionomia do instituto sofreu ao longo dos anos, justifica-se ao menos uma conjectura sobre o sentido em que aponta a evolução e sobre o futuro que parece aguardar os embargos infringentes.

É praticamente impossível extrair dos antecedentes históricos conclusão segura acerca da trajetória dos embargos infringentes. A linha tem sido bastante sinuosa: oscila entre duas tendências contrapostas, ora ampliando, ora restringindo o campo de atuação do recurso. Não deixa de ter alguma relevância o fato de que, contrariando abalizadas sugestões doutrinárias (*vide, supra*, a nota 3 ao item 3), jamais vingou a idéia de pura e simplesmente aboli-lo. Já se registrou que o anteprojeto redigido por ALFREDO BUZAID optava por esse alvitre; mas, a despeito da aquiescência da Comissão Revisora, afinal se mantiveram os embargos infringentes, e com admissibilidade ampla. Igualmente significativa é a sorte do recurso ao longo das sucessivas reformas que incidiram nos últimos anos sobre o Código de Processo Civil. O Título X do Livro I vem constituindo um dos alvos prediletos das iniciativas reformadoras. Em menos da metade dos dispositivos aí contidos subsiste a redação originária; e, dentre os outros, não são poucos os que já passaram por mais de uma alteração. Acrescente-se que, como no caso do agravo de instrumento, a mudança foi às vezes mais radical que a operada na disciplina dos embargos.

A Lei nº 10.352, bem se sabe, originou-se de anteprojeto (que veio a converter-se no projeto nº 3.474/2000), da lavra de comissão de juristas constituída em 1991 para sugerir modificações no Código, tendentes a mitigar o problema da morosidade processual. Observe-se de passagem que no Brasil, quando se alude a tal problema, quase sempre se aponta - com boa dose de exagero, seja dito de passagem - a abundância de recursos como um dos fatores mais importantes, senão *o mais* importante, da duração excessiva dos pleitos. Pois bem: o relatório da comissão ao então Ministro da Justiça, incorporado à exposição de motivos do projeto nº 3.474/2000, revela que se receberam “sugestões as mais díspares, inclusive no sentido de sua

extinção”. Não obstante, à comissão pareceu mais conveniente manter esse “meio de impugnação amplamente acolhido na tradição brasileira, e com bons resultados no sentido do aperfeiçoamento da prestação jurisdicional”; apenas se reduziu o âmbito de cabimento dos embargos e se simplificou o respectivo procedimento.

Afigura-se pouco provável que, pelo menos a curto prazo, se volte a reformar a disciplina do recurso, e menos ainda que se chegue ao ponto de eliminá-lo. É evidente que diminuirá a frequência com que aparece no movimento forense. A diminuição atingirá sobremodo o terreno dos embargos *adesivos*. Já eram eles incomuns mesmo antes da Lei nº 10.352; agora, **a fortiori**. Com efeito: para que haja sucumbência recíproca a ensejar a adesão, é preciso que, no julgamento de apelação, sempre por maioria de votos, o tribunal tenha *reformado* a sentença numa parte em proveito do autor, noutra em proveito do réu. Por exemplo: cumulados dois pedidos, x e y , o juiz acolhera o pedido x e rejeitara o pedido y , mas o órgão de segundo grau reformara em ambos os pontos a sentença, rejeitando x e acolhendo y . Trata-se, como é intuitivo, de hipótese que raramente se configurará. Quanto à ação rescisória, ainda nos casos de sucumbência recíproca, não haverá em hipótese alguma lugar para a adesão, pois o acórdão só poderá ser embargável naquilo em que julgou *procedente* o pedido.

Se das várias limitações ao cabimento dos embargos infringentes vai resultar, conforme se espera, redução sensível na duração dos processos, é algo que apenas será possível apurar mediante a colheita de dados objetivos no dia-a-dia do foro. Não é fácil tarefa, até porque, para proceder a uma comparação entre o antigo e o novo regime, seria indispensável que se dispusesse de elementos concretos, a cuja luz se aferisse em que medida os embargos, na versão anterior à Lei nº 10.352, contribuíam para alongar os feitos em que eram interpostos. Esse, todavia, é um tipo de problema que, infelizmente, pouco se tem feito para enfrentar; mas de modo nenhum se limita à matéria objeto do presente trabalho, e não seria esta a sede própria para, ainda uma vez, discuti-lo. ◆

A REFORMA PROCESSUAL DE 2002

LIGEIRAS ANOTAÇÕES - LEI Nº 10.352, DE 26.12.01

I - A APELAÇÃO

WILSON MARQUES

Desembargador do TJ/RJ. Professor da EMERJ

CAUSA MADURA

Artigo 515, parágrafo 3º

Até agora, o recorrente que apelava de sentença terminativa, ou seja, da que julgara extinto o processo, sem julgamento do mérito, jamais podia esperar do Tribunal julgamento de procedência do pedido inicial, mas, em compensação, não corria o risco de ver o seu pedido julgado improcedente, pelo Tribunal, ao decidir a apelação.

Se julgasse o mérito, na situação figurada, o Tribunal proferiria decisão nula, porque emanada de órgão absolutamente incompetente, que decidira em instância única, com supressão de um dos graus de jurisdição.

Desse modo, ao julgar a apelação interposta contra a sentença terminativa, o Tribunal pronunciava-se unicamente sobre a seguinte questão: Devia o processo realmente se encerrar?

Se respondesse afirmativamente, negava provimento ao recurso e mantinha a decisão de extinção. Se respondesse negativamente, dava provimento ao recurso, reformava a decisão de extinção do processo e determinava o prosseguimento deste.

Convém insistir no ponto: para que o Tribunal pudesse julgar o mérito da causa era preciso que se tivesse apelado de sentença também de mérito, ou seja, de sentença definitiva, não de sentença terminativa.

O mesmo acontecia no caso de julgamento de apenas uma parte do mérito, como na hipótese de prescrição, acolhida no primeiro grau de jurisdição e afastada no segundo.

Data venia do Professor Barbosa Moreira, que sempre entendeu o contrário, se o Tribunal, após afastar a prescrição, passasse ato contínuo a julgar o restante do mérito da causa, haveria, nessa parte restante, igualmente, julgamento emanado de órgão absolutamente incompetente, em instância única, com supressão de um dos graus de jurisdição.

Para justificar o seu entendimento, em sentido oposto, o grande processualista carioca argumentava que “não há, aqui, propriamente, exceção à regra, segundo a qual a extensão do efeito devolutivo se mede pela extensão da impugnação.... A “matéria impugnada” é a declaração de improcedência do pedido e sobre isso há de manifestar-se o Tribunal, muito embora, para fazê-lo tenha de examinar questões que o órgão *a quo* deixou intactas”. (Comentários, Forense, 7ª. edição, nº 243, página 437)

Se nos for permitida a ousadia, diremos que, no trecho citado, parte-se de premissa equivocada e, por isso, chega-se à conclusão inaceitável.

Com efeito, se o juiz do primeiro grau de jurisdição declarou a prescrição e, em decorrência, julgou extinto o processo, com solução do mérito – artigo 269, IV- na apelação que se venha a interpor contra a sentença que assim decidiu ”a matéria impugnada” obviamente não será a “declaração de improcedência do pedido” senão que, apenas, a declaração da prescrição e, em decorrência, a extinção do processo, com solução do mérito (artigo 269, IV).

Desse modo, se há impugnação e, pois, devolução somente quanto a esta parte do mérito - a da prescrição - o Tribunal não podia julgar sobre a outra parte, que não lhe fora devolvida – a do restante do mérito – com infração ao artigo 515, *caput*, e violação ao princípio *tantum devolutum quantum appellatum*.

Portanto, no julgamento do restante do mérito, pelo Tribunal, após ter afastado a prescrição, havia – sim – julgamento por órgão incompetente, em instância única, com supressão de um dos graus de jurisdição.

Pois bem.

Exatamente o que o Código e os próprios princípios proibiam – o julgamento do mérito da causa, por órgão absolutamente incompetente, em instância única, com supressão de um dos graus de jurisdição, ou seja, o julgamento do mérito, pelo Tribunal, em sede de apelação contra sentença terminativa – veio a lei nova permitir, no novo parágrafo 3º do artigo 515, que consagra, expressamente, em termos de direito positivo, a chamada competência *per saltum*, decorrente da supressão de um grau de jurisdição na decisão da causa, *verbis*:

“Nos casos de extinção do processo, sem julgamento do mérito (artigo 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 expressão “julgar desde logo a lide” ressoa-se de falta de técnica, porque como é sabido e ressabido, o juiz nunca julga a lide, desde logo, ou não, pois o objeto do julgamento é sempre o pedido formulado pelo autor na inicial, não a lide, o litígio, o conflito de interesses.

Mas esse, certamente, é o pecado menor que o legislador da reforma cometeu na elaboração da norma sob exame.

Há outros, muito maiores.

Um deles está na possibilidade, agora implicitamente admitida pela lei, de que ocorra, no julgamento da apelação, *reformatio in pejus*.

Se, no julgamento de recurso de apelação interposto contra sentença que julgou extinto o processo, sem julgamento do mérito, “o tribunal pode julgar desde logo a lide”, entende-se que está habilitado a fazê-lo a favor ou contra o autor apelante.

Então, pode perfeitamente acontecer que, ao proceder a tal julgamento, o Tribunal chegue à conclusão de que o pedido do autor é improcedente e profira decisão em tal sentido, piorando, em muito, a situação do recorrente que antes tinha contra si uma sentença terminativa e agora passa a ter uma sentença definitiva, com força de coisa julgada material, que o impedirá de voltar a discutir a matéria ulteriormente, em outra ação, que antes estava habilitado a propor e agora está proibido de fazê-lo.

Entende Sergio Sahione Fadel que “para que o Tribunal examine o mérito da questão é necessário que o apelante expressamente o peça e discuta, no recurso, a matéria respectiva, pois a regra do *caput desse artigo assim o impõe*”.

Data venia, assim, todavia, parece que não é.

De acordo com o *caput* do referido artigo “a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada”.

Mas, indaga-se: como poderá o apelante impugnar a decisão de mérito, ou, o que é dizer o mesmo, discutir, no recurso, a matéria respectiva, sobre a qual o juiz nada decidiu, ao lavrar a sua sentença de extinção do processo, sem julgamento do mérito?

Desse modo, ao que parece o dispositivo está a autorizar o Tribunal a “julgar desde logo a lide”, embora nenhum pedido tenha sido feito em tal sentido, em razões ou em contra-razões de recurso, o que implica dizer que, no ponto focalizado, a apelação, ao contrário do que afirma o artigo 514, III, não precisa conter o “pedido de nova decisão”. O Tribunal vai julgar, também, sobre o que não constituiu objeto do pedido.

Na tentativa de harmonizar o *caput* do 515, com o novo parágrafo 3º, Dinamarco admite a possibilidade de que o recorrente peça exclusivamente a reforma da sentença terminativa, nada pedindo quanto ao julgamento *de meritis*, ou, até, pedindo, expressamente, que o Tribunal não julgue o mérito.

Estamos convencidos de que, tratando-se de matéria de ordem pública - essa da agilização e da aceleração do andamento dos processos - as regras legais não podem ser afastadas pela vontade das partes, não nos parecendo possível, portanto, possa o recorrente neutralizar as conseqüências naturais da aplicação do artigo 515, parágrafo 3º, nada pedindo quanto ao julgamento do mérito ou até pedindo que o mérito não seja julgado.

Na exegese do discutido dispositivo legal, anota Cruz e Tucci que ele vulnera, pelo menos, dois importantes postulados da dogmática processual: infringe o princípio do duplo grau de jurisdição e afronta a garantia constitucional do contraditório.

A esse propósito convém registrar, de início, que o princípio do duplo grau de jurisdição é um *princípio* constitucional, mas não é uma *garantia* constitucional.

Desse modo, não se pode vislumbrar inconstitucionalidade no dispositivo legal em foco – artigo 515, parágrafo 3º - na medida em que suprime, debaixo de certas condições, o direito ao duplo grau de jurisdição, o que não poderia fazer se de garantia constitucional se tratasse. Mas, repita-se, até à exaustão, não é disso que se trata.

Afirma o mesmo autor, que, não satisfeito, o legislador, após vulnerar o princípio do duplo grau de jurisdição, passou a ofender a garantia constitucional do devido processo legal (artigo 5º, LIV) e a dos seus desdobramentos – as garantias processuais da ampla defesa e do contraditório (inciso LV), ao autorizar o Tribunal a proferir decisão sobre matéria de mérito, que não foi objeto de debate no procedimento recursal.

A isso se pode responder com o contra-argumento de que a lei somente autoriza o julgamento, nas condições descritas no texto, “se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato jul-

gamento” e a causa só estará em condições de imediato julgamento, quando já aperfeiçoado o contraditório, no primeiro grau de jurisdição.

Assim, se o juiz indeferiu a petição inicial, de plano, e o autor apelou da sentença que julgou extinto o processo, sem julgamento do mérito, o Tribunal, se der provimento ao recurso, não poderá, em prosseguimento, julgar o mérito da causa, ainda que as questões postas a exame do juiz sejam exclusivamente de direito, pois, nessa hipótese, a causa não estará em “condições de imediato julgamento”, como o exige a lei, a título de condição inafastável para o julgamento do *meritum causae*, pelo Tribunal, em instância única.

Mas se, ao contrário, o juiz, por qualquer razão, julgou extinto o processo, sem solução do mérito, após a contestação e eventual réplica, ou seja, no momento em que poderia ter julgado mas não julgou o *meritum causae*, o Tribunal, se der provimento ao recurso, passará, ato contínuo, a julgar o mérito da causa que versa exclusivamente sobre questão de direito e que está em condições de imediato julgamento.

Em resumo:

Se o juiz, ao julgar extinto o processo, sem solução do mérito, podia ter julgado o mérito, mas não o fez, o Tribunal, após reformar a sentença de extinção do processo, sem julgamento do mérito, proferirá o julgamento de mérito que o juiz podia ter proferido e não proferiu.

Mas, se, ao contrário, ao julgar extinto o processo, sem julgamento do mérito, o juiz não estava habilitado a proferir julgamento de mérito, o Tribunal, após reformar a sentença terminativa, não julgará o mérito da causa, antes mandará baixar os autos à instância de origem, para que se prossiga, no feito, em seus ulteriores termos, como de Direito, e, ao final, profira o juiz singular a sentença definitiva.

Essa linha de argumentação se vê reforçada na medida em que se verifica que com a expressão “se a causa...estiver em condições de imediato julgamento” a lei não deve estar se referindo aos casos em que havia, mas já não há, necessidade de produção de provas, porque as indispensáveis ao deslinde da controvérsia já foram produzidas, pois, nesses casos, não se estará frente a causas que versem questão exclusivamente de direito e somente nestes casos, de acordo com o mesmo dispositivo, “o tribunal pode(rá) julgar desde logo a lide”.

Em resumo, a lei exige os dois requisitos cumulativamente: a) que a causa verse questão exclusivamente de direito (não há questão de fato a

ser solucionada pelo juiz e, portanto, não há que cogitar da produção de provas dos fatos sobre os quais não existem questões a serem dirimidas; b) que a causa esteja em condição de imediato julgamento (porque o réu já foi citado, já apresentou a sua resposta etc. etc.).

Não pensa assim Dinamarco, para quem “processo em condições de imediato julgamento”, segundo as palavras da nova lei, equivale a processo já suficientemente instruído para o julgamento do mérito”.

O processualista de São Paulo acrescenta que “não foi feliz o legislador, ao dar a impressão de formular mais uma exigência para a aplicação do novo parágrafo, qual seja a de versar a causa questão exclusivamente de direito”.

“Essa aparente restrição” – prossegue Dinamarco – “poderia comprometer a utilidade da inovação, ao impedir o julgamento, pelo Tribunal, quando houvesse questões de fato no processo, mas estivessem elas já suficientemente dirimidas pela prova produzida”.

Sugere, assim, o tratadista que o dispositivo seja lido “pelo avesso” : “..... o Tribunal pode julgar desde logo a lide.... se não houver questões de fato ainda dependentes de prova”. (**A Reforma...** página 157)

Os Wambier (Luiz e Teresa) partilham desse entendimento. (**Breves Comentários à Segunda Fase da Reforma**, página 142)

De lege ferenda, não teríamos dúvida em aceitar o alvitre. Mas de *lege lata*, ler “se não houver questões de fato ainda dependentes de prova” onde está escrito “se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento” é, *data venia*, fazer obra de legislador, não de intérprete.

Consigne-se, à derradeira, que, havendo julgamento de mérito, por maioria, ao abrigo do dispositivo em exame, a decisão que assim se proferir não poderá ser atacada através de recurso de Embargos Infringentes, porque de acordo com o artigo 530, na redação que lhe deu a lei nova, esses embargos somente são cabíveis “quando o acórdão não unânime houver **reformado**, em grau de apelação, a sentença de mérito”, e, no caso, evidentemente, não terá havido reforma alguma de decisão de mérito, a justificar a interposição do recurso.

O mesmo Dinamarco propõe questão interessante: Se o Tribunal der provimento a recurso de Agravo de Instrumento, deixando o processo em condições de receber julgamento de mérito, poderá, com base no dispositivo legal sob exame, passar, ato contínuo, a julgar o mérito da causa que o juiz não julgou?

O autor exemplifica: Revel o réu, o juiz entendeu que não se aplicavam os efeitos da revelia e, por isso, determinou a realização de cara e demorada

perícia. Se der provimento ao Agravo de Instrumento interposto contra tal decisão, por entender que ocorrem - sim - os efeitos da revelia, e, pois, é caso de julgamento antecipado da lide (artigo 330, II) o Tribunal poderá, em seguida, julgar o mérito da causa?

Embora não se trate de julgamento de apelação e a decisão recorrida não seja uma sentença, entende o autor que a situação criada é a mesma prevista no artigo 515, parágrafo 3º, e, por isso, o Tribunal está autorizado a proceder ao julgamento do mérito, “não só pela intensa analogia entre a situação prevista em lei e essa assim figurada, como, também, pelo espírito agilizador da Reforma, na qual já ficou claro que não é conveniente, nem necessário levar tão longe o dogma do duplo grau de jurisdição”. (**A Reforma da Reforma**, 2ª. Edição, página 152)

Mais uma vez, temos dúvida em acompanhar tão douto ensinamento.

Em regra, o Tribunal não pode julgar desde logo “a lide”, só podendo fazê-lo, por exceção, se reunidos os requisitos contemplados no dispositivo legal em causa - artigo 515, parágrafo 3º - ou seja: 1: tratar-se de caso de extinção do processo, sem julgamento do mérito; 2: versar a causa questão exclusivamente de direito; 3: estiver em condições de imediato julgamento.

Ora, as normas de exceção, como é de conhecimento correntio, devem ser interpretadas restritivamente, não admitindo interpretação analógica, extensiva ou ampliativa.

De resto, se o artigo 515, parágrafo 3º, está contido na Capítulo II, que trata da apelação e se a sua aplicação pressupõe a existência de “caso de extinção do processo, sem julgamento do mérito”, para o qual o recurso cabível outro não pode ser senão o de Apelação, como admitir a aplicação do dispositivo quando não houve extinção do processo e o recurso interposto foi o de Agravo de Instrumento?

Do exposto resulta a nossa relutância em acompanhar o grande processualista de São Paulo.

Como a matéria é de ordem pública - ponto que já foi ressaltado a outro propósito - algumas conclusões devem ser extraídas da premissa: a) malgrado o uso da expressão “pode”, no corpo do artigo 515, parágrafo 3º, pensamos que o Tribunal *deve* e não apenas *pode* “julgar desde logo a lide”, se estiverem reunidos os requisitos legais do referido dispositivo legal; b) para que incida o artigo 515, parágrafo 3º, não se exige pedido da parte em tal sentido.

Será que hoje, o Tribunal, se afastar a prescrição, reconhecida

pelo juiz, deverá, ato contínuo fazer aquilo que antes não podia fazer: julgar o restante do mérito da causa, ao abrigo do discutido artigo 515, parágrafo 3º?

Uma interpretação puramente literal desse dispositivo legal levará o intérprete a responder negativamente à pergunta, pois nele se alude a “casos de extinção do processo, *sem* julgamento do mérito” e o juiz quando reconhece a prescrição julga extinto o processo *com* julgamento (*rectius*: com solução) do mérito. (artigo 269, IV)

Todavia, a interpretação compreensiva, lógica, teleológica exige a resposta positiva.

Se, reunidos os requisitos legais, o Tribunal pode julgar o mérito, quando o juiz no mérito não adentrou, soaria como contra-senso negar-lhe tal poder quando, reunidos aqueles mesmos requisitos, o juiz já julgou uma parte do mérito – a pertinente à prescrição – restando, por julgar, somente, a parte restante.

ARTIGO 520, VII

Apelação

Efeito somente devolutivo da apelação interposta contra a sentença que “confirmar a antecipação dos efeitos da tutela”.

A lei nova incluiu no artigo 520, mais uma exceção à regra geral de acordo com a qual “a apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo”.

Agora, aos seis casos em que a apelação será recebida no só efeito devolutivo – 2ª. parte do mesmo artigo 520 - acrescentou-se um sétimo: também será recebida no só efeito devolutivo a apelação interposta contra a sentença que “confirmar a antecipação dos efeitos da tutela”.

Trata-se de dispositivo assaz enigmático.

Diante do que dispõem os artigos 471 e 473 do Código de Processo Civil, o juiz, ao proferir sentença, de mérito, ou não, não pode e nem deve confirmar ou reformar decisões interlocutórias que antes tenha proferido, a não ser, no segundo caso, que o faça no juízo de retratação, em sede de recurso de Agravo de Instrumento. (artigo 529)

Já por aí fica difícil saber o que a lei nova quis dizer com sentença que “confirmar a antecipação dos efeitos da tutela”.

À míngua de outra alternativa, supõe-se que essa sentença seja a de procedência do pedido. O juiz antecipou os efeitos da tutela e depois julgou procedente o pedido inicial.

Assim, toda vez que o juiz antecipar os efeitos da tutela e na sentença julgar o pedido inicial procedente, a apelação que contra aquela for interposta terá de ser recebida no só efeito devolutivo.

Dizem que o dispositivo veio para resolver o seguinte problema:

a) O juiz defere a antecipação da tutela, através de decisão interlocutória, “exequível” desde logo, porque o recurso interponível contra a decisão – o Agravo de Instrumento – não tem efeito suspensivo.

b) Posteriormente, o magistrado julga procedente o pedido inicial, deferindo, portanto a tutela em termos definitivos, através de sentença, atacável através de recurso de apelação que, em regra, será recebida no efeito devolutivo e suspensivo.

c) Com a automática substituição da tutela provisória pela tutela definitiva, concedida na sentença, o autor, que conseguira, com aquela, afastar os riscos do dano irreparável ou de difícil reparação, perderá a garantia antes obtida, porque a tutela provisória desapareceu, ao ser substituída pela definitiva e a definitiva não poderá produzir os efeitos desejados porque a sentença está sujeita a recurso provido de efeito suspensivo.

d) Em suma: antes, quando a matéria havia sido apreciada em cognição apenas sumária e se chegara à conclusão de que o autor, provavelmente, tinha razão, ele estava garantido; agora, que já se examinou a matéria em cognição exauriente e se tem certeza de que o autor realmente tem razão, ele fica despojado da garantia.

O ilogismo teria levado o legislador a resolver o problema estabelecendo que, no caso figurado, a apelação será recebida sem efeito suspensivo. Assim, com a lei nova, a tutela provisória será substituída pela definitiva, mas sem solução de continuidade, no plano da eficácia, pois, o autor que antes estava garantido, com a tutela provisória, agora, com o julgamento do mérito da causa a seu favor, continuará garantido, com a tutela definitiva, da qual extrairá desde logo todos os seus efeitos, porque a apelação interposta contra a sentença definitiva não será mais recebida com efeito suspensivo.

Resta saber se havia, mesmo, o problema que a lei nova teria vindo para resolver.

Estamos convencidos de que não.

Senão vejamos:

A análise da questão passa pelo exame do problema da duração da eficácia do provimento antecipado.

Até quando dura a eficácia do provimento antecipado ?

Há, pelo menos, três diferentes posições sobre o fascinante tema.

Ao ver de Ernane Fidelis dos Santos, “se em dois momentos, o juiz deve pronunciar-se sobre a matéria, parece ser lógico que, se a decisão final contrariá-la, no todo ou em parte, a medida antecipatória se revoga, de pleno direito, nos limites da contrariedade, sem necessidade de pronunciamento expresso”, mas acrescenta: “posição, porém, que a jurisprudência deve assumir ou não.”

Sérgio Bermudes faz distinção: a) se a apelação é recebida no só efeito devolutivo, a sentença definitiva prevalece sobre a decisão interlocutória de antecipação de tutela; b) mas, se a apelação for recebida no duplo efeito, continua de pé a decisão interlocutória, não afetada pela sentença definitiva, que nenhum efeito pode produzir, enquanto sujeita a recurso provido de efeito suspensivo.

Sustenta Marinoni que a tutela antecipada “não encontra limite no trânsito em julgado da sentença de procedência, mas sim no trânsito em julgado da sentença de improcedência”.

Explica-se:

Primeira hipótese: Concedeu-se a tutela provisória e o pedido inicial foi julgado *procedente*.

O termo *ad quem* de duração da medida não será a sentença do juiz, nem o acórdão do Tribunal, mas o momento em que, no processo de conhecimento, ou no de execução, que se lhe siga, os efeitos provisoriamente antecipados possam ser substituídos, sem intervalo, por efeitos definitivos. Enquanto houver receio de dano irreparável ou de difícil reparação a eficácia neutralizadora da antecipação da tutela continuará de pé.

Segunda hipótese: Concedeu-se a tutela provisória e o pedido inicial foi julgado *improcedente*.

A tutela antecipada só será desfeita se e quando transitar em julgado a sentença de improcedência, pouco importando que seja atacável através de recurso que se recebe no só efeito devolutivo ou no duplo efeito. A tutela dura, enquanto durar o perigo.

Lapidar, sobre o tema, é a lição de Antônio Cláudio da Costa Machado:

“Observe-se, ainda, à luz desse contexto, que a manutenção automática dos efeitos antecipados, assim como sustentamos, independe de possuir ou não eficácia suspensiva a apelação que possa vir, ou que venha a ser interposta contra a sentença de procedência do pedido (artigo 520).”

“É que, como bem adverte Ovídio Baptista, parágrafos atrás, a provisoriedade da medida cautelar dura enquanto durar a situação de perigo a que esteja exposto o interesse para cuja proteção o provimento é editado.”

“E isso significa, tanto em relação às cautelares comuns, como em relação à tutela antecipada do artigo 273, inciso I, que o termo *ad quem* de duração de tais providências não é a sentença do juiz, nem o acórdão do Tribunal, mas o momento em que, no processo de conhecimento, ou no de execução que se siga, os efeitos provisoriamente antecipados possam ser substituídos, sem intervalo, por efeitos definitivos. Em outras palavras: a eficácia neutralizadora do *periculum in mora* ... dura enquanto dure o perigo”. (Tutela Antecipada, 2ª edição, página 577)

Como registra o mesmo Ovídio Baptista da Silva, a prematura perda da eficácia da tutela provisória deixaria o direito litigioso sem qualquer proteção assegurativa, durante a tramitação dos recursos, em muitos casos extremamente demorada, de tal modo que a reforma da sentença (de improcedência), nos graus superiores de jurisdição, poderia deparar-se com uma situação de prejuízo irremediável ao direito, agora reconhecido, em grau de recurso.

Aliás, à outra conclusão não nos conduz a interpretação sistemática, pois se, diante da regra expressa constante do artigo 807, dúvida não pode haver de que a eficácia da **medida cautelar**, dura até quando se revele desnecessária, no caso de procedência do pedido principal e até o trânsito em julgado da sentença no caso de improcedência e se, nesse caso, de medida cautelar, tanto quanto no de antecipação da tutela, o que se quer é afastar o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, por que é que haveria de ser diferente, num caso e noutro, o tratamento a ser dado à matéria?

Onde está a mesma razão, aí deve estar a mesma disposição.

Admitida, como admitimos, como acertada esta terceira posição, cabe a indagação: Para que serve a nova regra que manda receber no só efeito devolutivo a apelação interposta da sentença que “confirmar a antecipação dos efeitos da tutela” ?

Resposta: para nada.

Em primeiro lugar, porque sequer existe, e nem pode mesmo existir sentença de confirmação da antecipação dos efeitos da tutela.

Em segundo lugar, porque se com a expressão se quis referir à sentença em que o juiz julgou procedente pedido inicial depois de ter antecipado os efeitos da tutela de mérito, o fato de essa apelação ser recebida no duplo efeito ou no só efeito devolutivo em nada vai influir na execução (*rectius*: na atuação) do provimento antecipado que terá sido ou poderá ser efetivado, de igual modo, antes ou depois da sentença, de procedência ou de improcedência do pedido, cuja duração nenhuma influência sofrerá pelo fato de ter sido prestada a tutela definitiva, nem pelo fato de serem uns ou serem outros os efeitos do recurso de apelação interponível contra a sentença.

Em resumo: com o novo inciso do artigo 520, nós já temos a solução.

O que está faltando é o problema. ◆

PRESCRIÇÃO E DIREITOS ESTATUTÁRIOS DO SERVIDOR PÚBLICO - IMPRESCRITIBILIDADE DE FUNDO DO DIREITO - PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

J. E. CARREIRA ALVIM

Juiz do Tribunal Regional Federal - 2ª Região. Professor de Direito Processual Civil da PUC-RIO

1. SÚMULA Nº 85 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dispõe o enunciado da Súmula nº 85 Superior Tribunal de Justiça:

“Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação.”

Essa já era a jurisprudência dominante no eg. Supremo Tribunal Federal, extratificada na Súmula nº 443:

“A prescrição das prestações anteriores ao período previsto em lei não ocorre quando não tiver sido negado, antes daquele prazo, o próprio direito reclamado ou a situação jurídica de que ele resulta.”

2. COERÊNCIA LÓGICA DAS SÚMULAS

Os enunciados sumulares têm indiscutível consistência lógica, ao fazer alusão à prescrição das prestações “vencidas” ou “anteriores”, sem qualquer referência à prescrição da própria ação. Realmente, enquanto não há exigência substancial, deduzida pelo servidor em face da Administração, e resistência caracterizada pela “negativa” em satisfazê-la, não há controvérsia, não tendo sentido falar-se em prescrição.

3. RELAÇÕES ENTRE O FUNCIONÁRIO PÚBLICO E O ESTADO

A relação entre o funcionário e o Estado é de índole estatutária, pelo que não pode o Estado ter outro interesse senão em que as relações (ou situações) jurídicas para com seus servidores sejam exatamente aquelas que resultam da lei (ou do estatuto). Para quem vislumbra, e proclama, no ato administrativo o atributo da legitimidade, cobrindo-o inclusive com o manto de uma presunção legal (presunção de legitimidade), não pode admitir que a Administração pactue com uma situação contrária ao direito. Ao contrário, ela tem o dever de, *ex propria auctoritate*, ajustar-se à lei, corrigindo eventuais distorções que se verifiquem nas suas relações com seus servidores. E, para isto, não existe tempo.

Vale a pena transcrever as seguintes observações do Min. Cunha Peixoto:

“A relação entre o funcionário e o Estado, como é pacífico na doutrina e na jurisprudência, é estatutária; e isto leva a admitir, em tese, a imprescritibilidade de seu direito, já que este direito está preso a modificações necessárias ao interesse do Estado. O que comanda é o interesse público, se este leva a conceder determinada situação ao funcionário, este direito não precisa ser pleiteado, nem mesmo invocado. A administração deve enquadrá-lo na nova situação.

Daí não se poder dizer que o direito do funcionário à nova condição atribuída por lei prescreve, se a administração não o coloca nesta posição e ele não reclama dentro de cinco anos.

Ora, no caso dos autos, cumpria à Administração agir de ofício compatibilizando a situação de cada funcionário de acordo com a lei posta em vigor; se ficou inerte, isso não corresponde a uma negativa.”

(cf. Jesus Costa Lima, **Comentários às Súmulas do STJ**, v. 2, p. 137).

4. FINALIDADE DA PRESCRIÇÃO

A prescrição existe mas para legitimar juridicamente situações de fato legítimas, e não para perpetuar situações ilegítimas, dando-lhes colorido de legalidade, onde esta não existe. Também não é a prescrição um passaporte para que a Administração transite impunemente pela ilegalidade, e, muito menos, um manto mágico a cobrir as ilegalidades cometidas pelos agentes públicos à sombra da lei ou do estatuto.

5. PRESCRIÇÃO DAS PARCELAS VENCIDAS

Se, nos termos do art. 5º, XXXV, da Constituição, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” vê-se que, nas relações funcionais (estatutárias) entre o Estado e seus servidores prescrevem apenas as prestações devidas nos cinco (5) anos anteriores ao exercício da ação e nunca o direito de reclamar, judicialmente, que se reconduza aos trilhos da legalidade a situação jurídica que se mostre divorciada da lei.

6. TERMO “*A Quo*” DA PRESCRIÇÃO

A prescrição flui a partir do momento em que tiver sido negado, pela Administração, o próprio direito reclamado ou a situação jurídica de que ele resulta porque, neste caso, há uma decisão (ato comissivo) administrativa sobre o pedido, coberta pelo que se denomina impropriamente “coisa julgada administrativa” (na verdade, não passa de uma preclusão).

7. NATUREZA DA PRESCRIÇÃO

Bem andou o ilustre Min. Moreira Alves, ao esclarecer que “A prescrição se situa no âmbito do direito material e não no direito processual. O que prescreve não é o direito subjetivo público de ação, mas a pretensão que decorre da violação do direito subjetivo” (AI nº 139.004-3, Rel. Min. Moreira Alves, STF, 1ª T., un., DJ 2/2/96, p. 853). Na linha deste entendimento, estou convicto de que o princípio da *actio nata* não tem a extensão que lhe empresta certa jurisprudência (eu, inclusive, que já cometi esse pecado). O entendimento capitaneado pelo ilustre Min. Luiz Galloti no RE nº 51.813 (RTJ 100/387), admitindo a prescrição da ação, não se ajusta à tutela do direito do servidor público.

8. NECESSIDADE DE SER A PRESCRIÇÃO REPENSADA

Se há um ponto que, a meu ver, precisa ser repensado pela jurisprudência é este, relativamente à prescrição de direitos (benefícios e vantagens) estatutários, com vistas à segurança que deve nortear as relações do servidor com a Administração. Quando nós, juízes, nos convenceremos de que não convém ao interesse público dar uma desmedida extensão à prescrição -, mormente nos termos em que em posta no vetusto Decreto nº 20.910/32 -, com o que se estimula demandas a fim de obstacular que o gozo do direito seja neutralizado pela incúria administrativa, ao cabo de cinco (5) anos, talvez melhorem bastante as relações funcionais da Admi-

nistração com seus agentes. Por outro lado, desentulhará também a Justiça, pois o Poder Público, em vez de manter uma relação sadia com seus agentes, reconhecendo e preservando seus legítimos direitos, sente-se estimulado em negá-los, confiante na conviência de uma jurisprudência irrealista, dessintonizada com o seu tempo, e em rota de colisão com as modernas tendências do Estado de Direito.

Como a prescrição, em tais casos, não pode beneficiar quem (como a Administração) tem, legalmente, o dever de agir na correção de seus próprios atos, quando inquinados de ilegalidade, estaria o Poder Público se beneficiando da sua própria omissão para lograr alcançar objetivo contrário à lei e ao direito.

No caso de incidência da Lei nº 5.844/72, por exemplo, que, assegura a todos os militares inativados antes da sua vigência, o direito de serem estipiendiados segundo a remuneração dos integrantes das Forças Armadas, não tem sentido venha essa determinação legal a ser neutralizada pela omissão administrativa em dar-lhe cumprimento.

Em outros termos, essa malsinada prescrição dita “do fundo do direito”, em sede estatutária, não passa de uma forma indireta de o Poder Público, por ato omissivo, obter resultado equivalente ao da revogação da lei; ou seja, a lei existe -, porque não foi revogada -, mas o seu destinatário não pode pedir a sua aplicação se não o fizer dentro, no prazo de cinco (5) anos, em que a Administração fez-se omissa. A justiça justa deve beneficiar aquele a quem a lei reconhece o direito e não aquele que o descumpre. Entender-se de outro modo, é reconhecer à Administração o proveito da própria torpeza.

9. RAZOABILIDADE DA PRESCRIÇÃO DE PARCELAS

A prescrição relativamente às parcelas não reclamadas nos cinco (5) anos anteriores ao exercício da ação, se não justa, é menos irrazoável, podendo ser mantida, desde que preservado o direito do servidor de postular em qualquer tempo a sua satisfação.

10. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL

Em sede jurisprudencial, essa diretriz, relativamente à imprescritibilidade do direito do militar, veio a ser agasalhada pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, como se vê dos seguintes acórdãos:

“Administrativo - Policiais militares do antigo Distrito Federal - Equiparação salarial com os integrantes das Forças Armadas -

Impossibilidade de equiparação daqueles que se inativaram após a vigência da Lei nº 5.844/72, fazendo jus somente à aplicação da legislação federal que trata da remuneração dos militares das Forças Armadas os que passaram à inatividade antes da inovação introduzida pela citada Lei nº 5.844 e pela Lei nº 5.959/73 - Tratando-se de prestação de trato sucessivo diferida no tempo, a prescrição não atinge o fundo do direito, mas as parcelas anteriores a cinco anos da data do ajuizamento da ação.”

Apelação dos autores improvida.

Apelação da União e remessa providas parcialmente. (AC nº 92.02.16151-8-RJ, TRF-2ª Reg., 1ª T., un., DJ 30/8/94, p. 46978).

“I- Administrativo - Militar - Integrantes do Corpo de Bombeiros do antigo Distrito Federal - Promoção por homologia - Inexistência de decadência. O art. 6º do Decreto-lei nº 9/66 previu um direito aos que optaram pelo retorno ao serviço federal, no sentido de que obtivessem situação igual aos que foram reincluídos na Polícia Militar e no Corpo de Bombeiros do novel Estado da Guanabara - O não cumprimento, por parte da Administração, do contido no referido dispositivo legal configura o que se denomina ilicitude permanente, não havendo que se falar em decadência, muito menos em prescrição do fundo do direito, mas tão-somente, de prescrição das parcelas anteriores aos cinco (5) anos anteriores à propositura da ação, pois, enquanto permanece a ilicitude, o direito fica paralisado, aguardando o cumprimento da lei. II - Apelação provida - Sentença reformada para determinar a remessa dos autos à primeira instância, para que seja julgado o mérito da questão.” (AC nº 93.02.16879-4/RJ, Rel. DF Frederico Gueiros, TRF-2ª Reg., 1ª T., un., DJ 12/9/95, p. 59840).

11. CONCLUSÃO

Como se vê, nas relações jurídicas materiais entre o funcionário público e o Estado, o que prescreve são apenas as parcelas não cobradas nos 5 (cinco) anos anteriores ao exercício da ação, mas não o próprio fundo do direito. E o que já é muito, considerando que beneficia quem, como o Estado, não pode atuar ao largo da lei - Administração Pública é sinônimo de administração legal - em detrimento do direito de seus próprios servidores. ◆

PUBLICIDADE ENGANOSA POR OMISSÃO

- ASPECTOS COMPARATIVOS DO DIREITO LUSO-BRASILEIRO*

ARTHUR NARCISO DE OLIVEIRA NETO
Juiz de Direito do TJ/RJ

1. INTRODUÇÃO

Há mais de quatro anos venho atuando, como magistrado, nos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio de Janeiro.

Tais órgãos judiciais foram criados, por determinação constitucional, com o intuito de compor conflitos de interesse que, antes, no mais das vezes, não eram levados à cognição judicial.

A necessidade de efetuar o pagamento de honorários advocatícios, de arcar com as custas judiciais e a morosidade, acabavam por privar o cidadão da prestação jurisdicional, nas causas de pequeno valor.

Em suma, nas denominadas *bagatelas jurídicas*, não valia a pena recorrer ao Poder Judiciário para obter a solução de uma controvérsia.

Tal litigiosidade contida gerava um sentimento coletivo de insatisfação, que acabou por repercutir no Poder Legislativo, motivando o legislador constitucional a reconhecer a necessidade de criação de órgãos judiciais que pudessem apreciar tais demandas.

Por intermédio da Lei nº 9.099/95, foram então criados os Juizados Especiais, viabilizando o acesso ao Poder Judiciário para o ajuizamento de demandas de pequeno valor.

Apesar de contarem com competência abrangente na área cível, limitada principalmente pelo valor, constata-se que, atualmente, tais órgãos judiciais compõem, predominantemente, conflitos decorrentes de relação de consumo.

É de se concluir, portanto, que o consumidor era o grande prejudicado pela inexistência de um órgão judicial apto a apreciar suas demandas.

O contencioso de massa que desemboca nos juizados especiais, fruto dos conflitos decorrentes das relações de consumo, vem despertando nos

* Trabalho apresentado no Curso de Pós-Graduação em Direito do Consumo da Universidade de Coimbra.

operadores do direito, um interesse cada vez maior no estudo do Direito do Consumidor.

Dentre os temas inerentes a seu estudo, merece atenção o da denominada publicidade enganosa, tanto pelo enfoque acadêmico, como pela incidência no cotidiano forense.

Pretendemos abordá-lo no presente trabalho, efetuando um cotejo entre a disciplina da publicidade enganosa no Direito Brasileiro e no Direito Português, com ênfase na chamada *publicidade enganosa por omissão*.

2. DEVER DE INFORMAR

Consoante preceito contido no inciso III do art. 6º do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, constitui direito básico do consumidor a *informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem*.

Preocupa-se o referido diploma legal com o grau de informação do consumidor, na convicção de que tal circunstância ostenta especial relevância, não apenas para sua proteção, mas para o próprio equilíbrio do mercado.

Só o consumidor adequadamente informado estará apto a escolher o produto ou o serviço de que necessita, em ambiente de concorrência leal entre os fornecedores.

Coerente com tal preocupação o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor estipula, também como direito básico do consumidor, a *proteção contra a publicidade enganosa e abusiva*, consoante disposição contida no inciso IV do art. 6º da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

3. CONCEITO DE CONSUMIDOR

O conceito de consumidor é apresentado no art. 2º da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

Sobredito dispositivo, conceitua consumidor como “*toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final*, esclarecendo que *equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo*”.

Para a disciplina da publicidade enganosa, o legislador brasileiro optou por conceito ainda mais amplo.

O art. 29 do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, inserido no capítulo que disciplina as práticas comerciais, inclusive a publicidade, estabelece que, *para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.*

“O consumidor é, então, não apenas aquele que adquire ou utiliza produto ou serviço (art. 2º), mas igualmente as pessoas expostas às práticas previstas no Código (art. 29). Vale dizer: pode ser visto *concretamente* (art. 2º), ou *abstratamente* (art. 29). No primeiro caso impõe-se que haja ou que esteja por haver aquisição ou utilização. Diversamente, no segundo, o que se exige é a simples exposição à prática, mesmo que não se consiga apontar, concretamente, um consumidor que esteja em vias de adquirir ou utilizar o produto ou serviço.

Como no art. 2º, as pessoas aqui referidas podem ser determináveis ou não. É indiferente estejam essas pessoas identificadas individualmente ou, ao revés, façam parte de uma coletividade indeterminada composta só de pessoas físicas ou só de pessoas jurídicas, ou, até, de pessoas jurídicas e de pessoas físicas. O único requisito é que estejam expostas às práticas comerciais e contratuais abrangidas pelo Código. A redação atual (expostas às práticas) facilita enormemente o ataque preventivo a tais comportamentos. Uma vez que se prove que, mais cedo ou mais tarde, os consumidores sofreriam a exposição, aí está materializada a necessidade da cautela”¹.

A Lei Portuguesa de Defesa do Consumidor, em seu artigo 2º, considera consumidor *“todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios”*.

O conceito de consumidor previsto no Direito Português, portanto, afigura-se distinto daquele previsto no Direito Brasileiro, vez que se exige o uso não profissional dos bens e serviços para que a pessoa seja considerada consumidora.

No Direito Brasileiro, mesmo aquele que faz uso profissional do produto ou do serviço é considerado consumidor, desde que destinatário final.

Contudo, no âmbito da repressão à publicidade enganosa tal distinção conceitual torna-se irrelevante, na medida em que, no Direito Português,

¹ DE VASCONCELLOS E BENJAMIM, Antônio Herman. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. 5ª ed., p. 210/211. São Paulo: Forense Universitária, 1997.

tal repressão se dá independentemente do destinatário ostentar, ou não, a qualidade de consumidor.

Com efeito, a alínea *d* do artigo 5º, do Código da Publicidade, diploma legal que contém normas que coíbem a publicidade enganosa, conceitua como destinatário “*a pessoa singular ou colectiva a quem a mensagem publicitária se dirige ou que por ela, de qualquer forma, seja atingida*”.

Bem se nota, portanto, que, tanto no Direito Brasileiro como no Direito Português, a proteção contra a publicidade enganosa é bastante abrangente, no que se refere aos destinatários.

4. CONCEITO DE PUBLICIDADE

*“Publicidade é toda informação dirigida ao público com o objetivo de promover, directa ou indirectamente, uma actividade económica.”*²

O Código da Publicidade, em seu artigo 3º, conceitua publicidade “*como qualquer forma de comunicação feita por entidades de natureza pública ou privada, no âmbito de uma actividade comercial, industrial, artesanal ou liberal, com o objectivo directo ou indirecto de: a) promover, com vista à sua comercialização ou alienação, quaisquer bens ou serviços; b) promover idéias, princípios, iniciativas ou instituições*”.

A Directiva 84/450/CEE do Conselho, de 10 de setembro de 1984, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de publicidade enganosa, em seu artigo 2º, conceitua publicidade como “*qualquer forma de comunicação feita no âmbito duma actividade comercial, industrial, artesanal ou liberal tendo por fim promover o fornecimento de bens ou de serviços, incluindo os bens imóveis, os direitos e as obrigações*”.

Para se compreender o conceito de publicidade, faz-se importante distinguir seus elementos essenciais.

*“Dois elementos são essenciais em qualquer publicidade: difusão e informação. Um é o elemento material da publicidade, seu meio de expressão. O outro é o seu elemento finalístico, no sentido que é informando que o anunciante atinge o consumidor; mesmo quando se está diante de técnicas como o **nonsense**. Sem difusão não há que se falar em publicidade, de vez que o conhecimento de terceiros é*

² ALMEIDA, Carlos Ferreira, *apud*, DE VASCONCELLOS E BENJAMIM, Antônio Herman. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. 5. ed., p. 251. São Paulo: Forense Universitária, 1997.

*inerente ao fenômeno. Um anúncio que permanece fechado a sete chaves na gaveta do fornecedor não merece atenção do direito do consumidor. Aquilo que se conserva secreto não é publicidade. Do mesmo modo, sem que traga um conteúdo mínimo de informação, não se deve falar em publicidade.”*³

O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor não conceitua publicidade. O legislador brasileiro optou por conceituar apenas seus desvios, que considerou passíveis de repressão, quais sejam, a publicidade enganosa e a abusiva.

5. SISTEMAS DE CONTROLE

“Nenhuma atividade humana está isenta de controle. A publicidade não é exceção à regra. De três formas o fenômeno publicitário pode ser controlado: por um sistema exclusivamente estatal, por um sistema exclusivamente privado e, finalmente, por um sistema misto.

Uma primeira modalidade de regramento da publicidade é através da intervenção estatal exclusiva. Em outras palavras, só o Estado, e apenas ele, pode ditar normas de controle da publicidade e implementá-las.

Em oposição ao modelo exclusivamente estatal, há o exclusivamente privado. Passa-se de uma situação em que apenas o Estado intervém para um outro em que somente os partícipes privados do fenômeno têm voz.

Da composição entre os dois sistemas solitários, surge um terceiro, misto, que faz da convivência e da competição normativa e implementadora sua principal característica.

*Trata-se de modalidade que aceita e incentiva ambas as formas de controle, aquele executado pelo Estado e o outro a cargo dos partícipes publicitários.”*⁴

O Brasil adota este último modelo, no qual coexiste o controle praticado por organismos auto-regulamentares e o efetuado pelo Poder Público.

*“Na maioria dos países da União Européia encontramos hoje regulamentos de autodisciplina da publicidade e organismos criados com a finalidade de os aplicar, pacificando o mercado e evitando o recurso aos meios judiciais gerais.”*⁵

³ DE VASCONCELLOS E BENJAMIM, Antônio Herman. Ob. cit., p. 252.

⁴ DE VASCONCELLOS E BENJAMIM, Antônio Herman. Ob. cit., p. 247/249.

⁵ MOTA PINTO, Paulo. Apontamentos das Aulas do Curso de Pós-Graduação em Direito do Consumo, Universidade de Coimbra, 1999.

*“Em todos os Estados-membros a indústria publicitária tem, contudo, avançado com iniciativas no domínio da auto-regulação e, actualmente, podemos constatar que todos os Estados membros possuem o seu código de boas práticas em matéria de publicidade e o seu organismo de auto-controlo, competente por velar pela boa observância desses códigos.”*⁶

*“O sistema em vigor em Portugal aproxima-se mais de um sistema administrativo do que de um sistema judicial, pois a publicidade enganosa é considerada como uma contra-ordenação.”*⁷

Em Portugal, *“o sistema de controlo é predominantemente administrativo (ao contrário, por exemplo, da Alemanha, onde é judicial), estando a fiscalização da publicidade enganosa a cargo do Instituto do Consumidor e cabendo a instrução dos respectivos processos também ao Instituto do Consumidor (isto depois de entre 1995 e 1998 tal competência ter cabido à Inspeção Geral das Actividades Económicas). A aplicação das coimas cabe a uma comissão constituída nos termos do artigo 39º do Código da Publicidade – a Comissão de Aplicação de Coimas em Matéria de Publicidade”*.⁸

6. CONTROLE LEGAL DA PUBLICIDADE

*“A precisão e o carácter técnico do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária, assim como a boa vontade e esforço dos seus implementadores, não foram (como não são) suficientes para impedir, isoladamente, toda sorte de abusos praticados contra interesses dos consumidores. Daí ter o Código de Defesa do Consumidor buscado um sistema misto de controle, conjugando auto-regulamentação e participação da Administração e do Poder Judiciário. A Constituição Federal estabelece que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, inc. XXXV). Logo, nenhum ato ou atividade que provoque ou seja capaz de provocar danos a alguém – nem mesmo a publicidade – pode ser excluído de apreciação judicial.”*⁹

⁶ TENREIRO, Mário Paulo. “O Regime Comunitário da Publicidade Enganosa, Comunicação e Defesa do Consumidor”, p. 221, Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1996.

⁷ TENREIRO, Mário Paulo. Ob. cit., p. 218.

⁸ MOTA PINTO, Paulo. Apontamentos citados.

⁹ DE VASCONCELLOS E BENJAMIM, Antônio Herman. Ob. cit., p. 258.

A autodisciplina afigura-se importante, mormente quando se leva em conta que a regulamentação da publicidade representa, em última análise, o estabelecimento de restrições à liberdade de expressão.

O controle interno contribui para estimular os próprios integrantes do sistema publicitário a se portarem com consciência de sua responsabilidade social, evitando excessos.

Por outro lado, permite que o controle seja efetuado com base na experiência daqueles que atuam no ramo de atividades, que já conhecem tanto o *modus operandi*, como os possíveis efeitos maléficos do exercício da atividade.

Todavia, o controle da publicidade não pode prescindir de disciplina legal, bem como da participação do Poder Judiciário, levando-se em conta que a atividade publicitária pode, em determinadas situações, deixar de atender o interesse público.

Por outro lado, a autodisciplina publicitária para atingir a esperada eficácia, depende da adesão daqueles que exercem a atividade, o que restringe seu alcance.

“A intervenção do Direito para disciplinar a publicidade visa atingir uma finalidade dúplice: por um lado, o legislador visa com a regulamentação da publicidade proteger os consumidores; por outro lado, a disciplina da publicidade tutela o interesse das empresas concorrentes do anunciante.”¹⁰

No Brasil, a intervenção do legislador na disciplina da atividade publicitária buscou, fundamentalmente, tutelar o consumidor.

Para tanto, o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor disciplina a publicidade nos arts. 36 e seguintes, objetivando, primordialmente, coibir a publicidade enganosa e a publicidade abusiva.

“Não havendo no Brasil qualquer precedente sistemático de controle da publicidade, o legislador do Código foi buscar inspiração no direito comparado. A publicidade, pelo menos no que tange às suas características gerais, não difere muito de país para país. Logo, a experiência estrangeira pôde, com facilidade, ser aproveitada na formulação de normas codificadas.

Os diversos projetos que deram origem à Lei nº 8.078/90 sofreram grande influência dos direitos francês e norte-americano. Daquele através do Projet de Code de la Consommation. Deste, pela utilização

¹⁰ MOTA PINTO, Paulo. Apontamentos citados.

do art. 5º, do Federal Trade Commission Act e, fundamentalmente, da regulamentação e decisões administrativas da própria Federal Trade Commission, bem como da jurisprudência mais recente dos tribunais. De grande importância foi, igualmente, a Diretiva 84/450, da Comunidade Econômica Européia, de 10 de setembro de 1984.”¹¹

A Directiva 84/450/CEE do Conselho, de 10 de setembro de 1984, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de publicidade enganosa, constituiu importante influência para a disciplina da publicidade no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor.

Em Portugal, o Código da Publicidade encontra-se em consonância com a Directiva 84/450/CEE, porquanto, no seu contexto normativo, também disciplina a publicidade enganosa, devendo ser consideradas transpostas as normas comunitárias editadas sobre a matéria.

Além do Código da Publicidade, existe em Portugal numerosa legislação que contém preceitos sobre publicidade.¹²

No Brasil, ao revés, a legislação sobre publicidade é escassa, destacando-se, todavia, a Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do art. 220, § 4º da Constituição Federal.

7. PRINCÍPIOS REGULADORES DA PUBLICIDADE

*“Alguns princípios podem ser apontados como norteadores da elaboração do Código que, como se sabe, tem por finalidade principal proteger o consumidor, e não a concorrência no mercado. Daí se entende a razão por que deixou de trazer certos princípios norteadores da publicidade em outros sistemas, como o **princípio da lealdade**. Diga-se, ainda, que o Código, desviando um pouco da tradição brasileira, optou por definir publicidade enganosa e publicidade abusiva, embora abstraindo-se de dar qualquer conceito genérico de publicidade. Preocupou-se, portanto, com a definição do desvio, mas não com a do padrão”.*¹³

¹¹ DE VASCONCELLOS E BENJAMIM, Antônio Herman. Ob. cit., p. 260/261.

¹² MOTA PINTO, Paulo. Apontamentos citados.

¹³ DE VASCONCELLOS E BENJAMIM, Antônio Herman. Ob. cit., p. 261. Referindo-se à Lei nº 8.078, 11 de setembro de 1990.

Dentre os princípios consagrados pelo Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, podem ser destacados os seguintes: da identificação, da vinculação contratual, da veracidade, da não abusividade, da inversão do ônus da prova, da transparência da fundamentação e da correção do desvio.

O Código Português da Publicidade, por seu turno, em seu artigo 6º estabelece que *a publicidade rege-se pelos princípios da licitude, identificabilidade, veracidade e respeito pelos direitos do consumidor.*

No âmbito do presente estudo, voltado para o tema da publicidade enganosa, merecem exame mais acurado, os princípios da vinculação contratual e da veracidade.

8. VINCULAÇÃO CONTRATUAL

Consoante preceitua o art. 30 do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, *toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.*

Tal disposição foi inserida na Seção II da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que disciplina a oferta.

*“A formulação tradicional da oferta não se adequa à realidade da sociedade de consumo, alicerçada que está no **anonimato** dos sujeitos e na utilização maciça do marketing como técnica de mitigação de seus efeitos. Note-se que, ainda na gestação da sociedade de consumo, a jurisprudência recusava-se a integrar a publicidade, como manifestação de **marketing**, no contrato, assimilando-a a exageros toleráveis sob a denominação de **dolus bonus**.*

*Hoje, diversamente, a melhor doutrina e jurisprudência reconhecem ser **normal** que se reconheça à publicidade um **valor contratual**, mesmo que o **documento publicitário precise que nada mais tem que um valor indicativo e que não se constitui em um documento contratual**. Tal reconhecimento equivale a um pleito de reforma do sistema clássico, formulando-se um novo conceito de oferta em melhor sintonia com o mercado de massa e com o Direito do Consumidor. Não se deve interpretar o vocábulo oferta utilizado pelo Código de Defesa do Consumidor em seu sentido clássico. O fenômeno é visto pelo prisma da realidade massificada da sociedade de consumo em que as ofertas não mais são individualizadas e cristalinas. Oferta, em*

*tal acepção, é sinônimo de marketing, significando todos os métodos, técnicas e instrumentos que aproximam o consumidor dos produtos e serviços colocados a sua disposição no mercado pelos fornecedores. Qualquer uma dessas técnicas, desde que **suficientemente precisa**, pode transformar-se em veículo eficiente de oferta vinculante. Aí reside uma das maiores contribuições do Direito do Consumidor à reforma da teoria clássica da formação dos contratos”.*¹⁴

*“Na raiz da força obrigatória da mensagem publicitária está o reconhecimento pelo Direito do poder de influência desse instrumento promocional nas decisões dos consumidores: a publicidade cria expectativas – legítimas – que precisam ser protegidas. O princípio da vinculação publicitária, portanto, é uma reação direta ao potencial persuasivo das técnicas de **marketing**, que transformam e ampliam, profundamente, a feição da oferta e do consentimento clássicos. Nada mais normal, então, que se lhe reconheça valor contratual”.*¹⁵

A postura adotada pelo legislador brasileiro reflete tendência internacional.

“A situação evoluiu, em certos sistemas (alemão, belga, dinamarquês, português e brasileiro, por exemplo), no sentido de conferir-se força obrigatória à oferta. Outros países – Estados Unidos, Inglaterra, Itália e França, por exemplo – adotam, em graus diversos, o princípio da livre revogação da oferta.

A solução legislativa (maior vinculação e menor poder de liberação) vem, de modo geral, aplaudida, já que, oportunamente, por intervenção direta, clara, irrestrita e cogente do legislador, liberta a força vinculante da publicidade do sabor e das incertezas das infundáveis discussões doutrinárias e jurisprudenciais.”¹⁶

O Direito Português também acompanhou tal tendência, aderindo ao princípio da vinculação contratual da publicidade, nas relações de consumo.

*“Recentemente, e na seqüência da relevância das declarações publicitárias como declarações de garantia, prevista na **Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à venda e às garantias dos bens de consumo**, apresentada pela Comissão em 1996, a Lei de Defesa do Consumidor veio preceituar, no seu artigo 7º, nº 5, que ‘as informações concretas e objectivas contidas nas*

¹⁴ DE VASCONCELLOS E BENJAMIM, Antônio Herman. Ob. cit., p. 212/213.

¹⁵ DE VASCONCELLOS E BENJAMIM, Antônio Herman. Ob. cit., p. 216.

¹⁶ DE VASCONCELLOS E BENJAMIM, Antônio Herman. Ob. cit., p. 222/223.

mensagens publicitárias de determinado bem, serviço ou direito consideram-se integradas no conteúdo dos contratos que se venham a celebrar após a sua emissão, tendo-se por não escritas as cláusulas contratuais em contrário.¹⁷

Trata-se de uma inovação de grande importância, e que permitirá excluir a qualificação das informações publicitárias como declarações não sérias, integrando-as do mesmo passo, como declarações de garantia, no conteúdo do contrato".¹⁸

A adoção do princípio da vinculação contratual da oferta publicitária, na ordem jurídica, apresenta especial importância na repressão da publicidade enganosa.

Nada melhor do que se considerar obrigatória a oferta divulgada na publicidade, para que o anunciante procure se pautar de forma responsável na divulgação de seus produtos e serviços.

Ora, caso divulgue na publicidade informações sobre as características dos produtos e serviços, faculta-se ao consumidor exigir que tais características estejam presentes nos bens.

Tal postura normativa desestimula iniciativas de fornecedores inescrupulosos que, no afã de aumentar sua participação no mercado, se sintam tentados a ludibriar o consumidor.

Atualmente, a publicidade exerce poderosa influência no processo de escolha de produtos e serviços por parte do consumidor, que, com base em informações equivocadas, pode ser levado a optar por produto ou serviço que não escolheria, se contasse com informações corretas sobre suas características.

*“A parceria entre o Direito e a comunicação mercadológica com o consumidor evoluiu de uma proteção extracontratual (frágil) para uma tutela (efetiva) na fase da formação do contrato e, a partir desta, para um regime especial de execução do documento contratual. É nesta última concepção que as mensagens mercadológicas, em particular a publicidade, ganham **força obrigatória**, transformando-se a comunicação publicitária em autêntico serviço informativo em benefício dos consumidores.*

Na preciosa lição de Alberto do Amaral Júnior, o princípio da vinculação publicitária ‘realiza-se de dois modos diversos. Se o fornecedor deixar

¹⁷ MOTA PINTO, Paulo. Apontamentos citados.

¹⁸ MOTA PINTO, Paulo. Apontamentos citados.

de cumprir a oferta ou publicidade, ou, ainda, se não tiver condições de cumprir o que prometeu, o consumidor poderá escolher entre o cumprimento forçado da obrigação e a aceitação de outro bem de consumo. Se o contrato já tiver sido concluído, deixando contudo de mencionar algum elemento previsto na oferta ou publicidade, é lícito ao consumidor exigir a sua rescisão, com restituição da quantia paga, mais perdas e danos’.”¹⁹

Neste sentido, o preceito contido no art. 35 do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, segundo o qual, *se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha:*

I - exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade;

II - aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente;

III - rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e perdas e danos.

Como já vimos, o Direito Português também prevê mecanismo de defesa do consumidor, na hipótese de divergência entre as características de produto ou serviço divulgadas na publicidade e as efetivamente encontradas nos bens.

“A lei prevê duas formas de reacção a esta situação: do ponto de vista da mensagem publicitária, pode configurar-se a prática de um ilícito contra-ordenacional, previsto e punido pelo Código da Publicidade; do ponto de vista dos contratos a celebrar, a Lei de Defesa do Consumidor atribui-lhe o efeito de cláusula contratual.

A falta de correspondência entre as condições publicitadas e as condições de venda gera responsabilidade contratual.

As cláusulas de sentido contrário ao conteúdo de informações concretas e objectivas transmitidas na mensagem publicitária têm-se por não escritas.”²⁰

Prevê ainda o Direito Português que, *“quando se verifique falta de informação, informação insuficiente, ilegível ou ambígua que comprometa a utilização adequada do bem ou do serviço, o consumidor goza do direito de retractação do contrato relativo à sua aquisição ou prestação, no prazo*

¹⁹ DE VASCONCELLOS E BENJAMIM, Antônio Herman. Ob. cit., p. 235/236.

²⁰ ALMEIDA, Teresa. **Lei de Defesa do Consumidor – Anotada**. Lisboa: Instituto do Consumidor, 1997, p. 48.

de sete dias úteis a contar da data de recepção do bem ou da data de celebração do contrato de prestação de serviços”, como dispõe o n° 5 do artigo 8° da Lei n° 24/96, de 31 de julho.

9. VERACIDADE

*“O problema da **conformidade** dos produtos ou serviços promovidos com o conteúdo da mensagem publicitária, e, portanto, a veracidade da publicidade, é um dos problemas centrais na disciplina da publicidade. A publicidade deve **respeitar a verdade**, não provocando um engano nos seus destinatários.*

*A proibição da publicidade enganosa visa, efectivamente proteger igualmente os consumidores, mas não só. Visa, também tutelar os concorrentes do anunciante”.*²¹

O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor consagra o princípio da veracidade, coibindo, no § 1° do art. 37, a publicidade enganosa.

Mesmo o Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária, em seu artigo 27, estabelece que *o anúncio deve conter uma apresentação verdadeira do produto oferecido.*

Em Portugal, o Código da Publicidade também reconhece o princípio da veracidade, ao dispor, em seu artigo 10, que *a publicidade deve respeitar a verdade, não deformando os factos.*

Importante destacar que o Código da Publicidade também reprime a publicidade enganosa no artigo 11.

10. PUBLICIDADE ENGANOSA

*“O direito tradicional não dava resposta adequada, seja civil, seja penal, à publicidade enganosa. O erro (CC, arts. 86 a 91) e o dolo (CC, arts. 92 a 97), assim como o princípio da boa-fé, tanto no Brasil como alhures, não se prestavam para a proteção do consumidor em tal área. Urgente era, pois, a reforma da disciplina jurídica deste importante capítulo das práticas comerciais”.*²²

No Brasil, tal resposta se deu com a edição do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor que, no § 1° do art. 37, assim conceitua a publicidade enganosa, cujo *caput* do dispositivo coibe: *“é enganosa qualquer moda-*

²¹ MOTA PINTO, Paulo. Apontamentos citados.

²² DE VASCONCELLOS E BENJAMIM, Antônio Herman. Ob. cit., p. 271.

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

*“O legislador demonstrou colossal antipatia pela publicidade enganosa. Compreende-se que assim seja. Esse traço patológico afeta não apenas os consumidores, mas também a sanidade do próprio mercado. Provoca, está provado, uma distorção no processo decisório do consumidor, levando-o a adquirir produtos e serviços que, estivesse melhor informado, possivelmente não o faria”.*²³

O anseio de repressão da publicidade enganosa levou mesmo o legislador brasileiro a capitular como infração penal, “fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva”, consoante disposição contida no art. 67 do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor.

Matéria de tal relevância despertou o interesse da União Européia, que se preocupou em harmonizar a disciplina da publicidade enganosa pelos Estados-Membros.

*“O Conselho das Comunidades Européias (actualmente, Conselho da União Européia) adoptou em 1984 uma directiva em matéria de publicidade enganosa com vista à aproximação das legislações nacionais neste domínio. A proposta originária da Comissão era, contudo, bastante mais ambiciosa e pretendia regulamentar não só a publicidade enganosa como também a publicidade desleal e a publicidade comparativa”.*²⁴

Trata-se da Directiva 84/450/CEE do Conselho, de 10 de setembro de 1984, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de publicidade enganosa, que, no número 2 do artigo 2º, a conceitua como, “*a publicidade que, por qualquer forma, incluindo a sua apresentação, induz em erro ou é susceptível de induzir em erro as pessoas a quem se dirige ou que afecta e cujo comportamento económico pode afectar, em virtude de seu caráter enganador ou que, por estas razões, prejudica ou pode prejudicar um concorrente*”.

O Direito Comunitário se interessou pelo tema, por considerar “*que*

²³ DE VASCONCELLOS E BENJAMIM, Antônio Herman. Ob. cit., p. 270/ 271.

²⁴ TENREIRO, Mário Paulo. Ob. cit., p. 206/207.

a publicidade enganosa pode levar o consumidor, quando adquire bens ou utiliza serviços, a tomar decisões que lhe são prejudiciais e que as disparidades entre as legislações dos Estados-membros não só conduzem, em numerosos casos, a uma protecção insuficiente dos consumidores, mas entram também a realização de campanhas publicitárias para além das fronteiras, afectando, deste modo, a livre circulação das mercadorias e das prestações de serviços”.

*“Uma directiva comunitária é um instrumento legislativo que se dirige aos Estados-membros. Ela fixa os fins a atingir e deixa aos Estados-membros uma margem de liberdade quanto aos meios a empregar para os atingir. Uma directiva não é direito directamente aplicável na ordem interna dos Estados-membros: estes devem transpor as directivas no seu direito interno e é este que passa a vigorar no espaço jurídico nacional. A directiva constitui assim o instrumento privilegiado para proceder à harmonização das legislações nacionais”.*²⁵

*“A directiva sobre a publicidade enganosa estabelece apenas uma harmonização mínima das legislações nacionais e permite expressamente a manutenção ou a adopção pelos Estados-membros de disposições que visem assegurar uma protecção mais ampla dos interesses visados (artigo 7º). No âmbito dessa harmonização, a directiva comunitária prossegue uma finalidade bem precisa e limitada: harmonizar a noção de publicidade enganosa nos diferentes Estados-membros e criar mecanismos que permitam fazer cessar essa publicidade (ou mesmo impedir a sua publicação).”*²⁶

Nada impede, portanto, que os Estados-membros adotem disciplina ainda mais protetiva do que a prevista na directiva comunitária.

O que não se permite, sob pena de se prejudicar o padrão mínimo de proteção ao consumidor que se persegue no âmbito do mercado europeu, é que o Estado-membro mitigue a proteção contra a publicidade enganosa prevista no Direito Comunitário.

A Directiva em tela, foi transposta para o Direito Português, que, no Código da Publicidade, no número 1 do artigo 11, preceitua ser “*proibida*

²⁵ TENREIRO, Mário Paulo. Ob. cit., p. 205.

²⁶ TENREIRO, Mário Paulo. Ob. cit., p. 207.

toda a publicidade que, por qualquer forma, incluindo a sua apresentação, e devido ao seu carácter enganador, induza ou seja susceptível de induzir em erro os seus destinatários, independentemente de lhes causar qualquer prejuízo econômico, ou que possa prejudicar um concorrente”.

Sobredito artigo 11, seguindo a orientação do Direito Comunitário, em seu número 2, explicita os elementos e as indicações que devem ser levadas em conta para que uma publicidade possa ser tida por enganosa.

O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, muito embora reprimindo ambas, estabelece distinção entre publicidade enganosa e publicidade abusiva.

Esta última, é conceituada no § 2º do art. 37, como, “*dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança*”.

*“A abusividade, permita-se frisar, não está referida à falha no dever de informar propriamente. A informação, na publicidade abusiva, pode ser verdadeira, porém a mensagem desvirtua-se do seu propósito de comunicar e vem a ofender valores reputados fundamentais. O que está em questão aqui não é a veracidade ou a correção da informação, mas o aspecto cultural da publicidade, o impacto moral da mensagem.”*²⁷

No âmbito do presente trabalho, portanto, interessa-nos tão somente a publicidade enganosa, mormente em se considerando seu potencial danoso em relação ao consumidor.

De acordo com a postura do anunciante, a publicidade enganosa pode decorrer de conduta comissiva ou omissiva.

*“Em primeiro lugar, podemos identificar dois tipos básicos de publicidade enganosa: a por **comissão** e a por **omissão**. Na publicidade enganosa por comissão, o fornecedor afirma algo capaz de induzir o consumidor em erro, ou seja, diz algo que não é. Já na publicidade enganosa por omissão, o anunciante deixa de afirmar algo relevante e que, por isso mesmo, induz o consumidor em erro,*

²⁷ CARPENA VIEIRA DE MELLO, Heloísa. “Prevenção de Riscos no Controle da Publicidade Abusiva”. *Revista de Direito do Consumidor* nº 35. São Paulo: RT, 2000, p. 127.

isto é, deixa de dizer algo que é.”²⁸

No estudo da publicidade enganosa, o aspecto do elemento subjetivo, na conduta do anunciante, merece abordagem.

“Na caracterização da publicidade enganosa não se exige a intenção de enganar por parte do anunciante.

É irrelevante, pois, sua boa ou má-fé. A intenção (dolo) e a prudência (culpa) só ganham destaque no tratamento penal do fenômeno. Logo, sempre que o anúncio for capaz de induzir o consumidor em erro – mesmo que tal não tenha sido querido pelo anunciante –, caracterizada está a publicidade enganosa.

Assim ocorre porque o que se busca é a proteção do consumidor e não a repressão do comportamento enganoso do fornecedor. E, para fins daquela, o que importa é uma análise do anúncio em si mesmo, objetivamente considerado.”²⁹

*“Não tem que existir **animus decipiendi** (intenção de enganar) para que exista publicidade enganosa, nem sequer a intenção de provocar um efeito econômico perverso no consumidor ou para o concorrente.*”³⁰

Bem se percebe, portanto, no tocante ao elemento subjetivo, que a ordem jurídica não se preocupa com a intenção do anunciante, priorizando, na repressão à publicidade enganosa, a proteção ao consumidor.

O efeito da publicidade enganosa também deve ser analisado, a fim de se perquirir se há necessidade de lesão ao destinatário para que reste configurada.

Conclui-se pela desnecessidade da lesão, pois, “a proteção ao consumidor contra a publicidade enganosa leva em conta somente sua capacidade de indução ao erro. Inexigível, por conseguinte, que o consumidor tenha, de fato e concretamente, sido enganado. A enganosidade é aferida, pois, em abstrato. O que se busca é sua *capacidade de induzir ao erro o consumidor*, não sendo, por conseguinte, exigível qualquer prejuízo individual. O difuso

²⁸ DE VASCONCELLOS E BENJAMIM, Antônio Herman. Ob. cit., p. 272.

²⁹ DE VASCONCELLOS E BENJAMIM, Antônio Herman. Ob. cit., p. 273.

³⁰ MOTA PINTO, Paulo. Apontamentos citados.

– pela simples utilização da publicidade enganosa -, presumido *jure et de jure*, já é suficiente”.³¹

*“Nota-se, pois, desde logo, que não é necessária a prova de um prejuízo ou de um engano concretos para que a publicidade seja considerada como enganosa. Basta que a mensagem publicitária possa induzir em erro ou possa prejudicar um concorrente, não sendo necessário um prejuízo económico já causado...”*³²

A partir do que foi exposto, é de se concluir que a noção de publicidade enganosa é bastante abrangente. “Em primeiro lugar, não é exigida qualquer prova de que alguém tenha sido efectivamente enganado pela publicidade – a possibilidade de que esse efeito seja produzido é suficiente. Em segundo lugar, não é exigida qualquer intenção de enganar ou mesmo negligência da parte do anunciante – a publicidade enganosa é assim um *delito* objectivo. Em terceiro lugar, o efeito económico perverso da publicidade não tem de ser provado – não é necessário que a publicidade enganosa prejudique um consumidor ou um concorrente – bastando que o carácter enganador da publicidade possa afectar o comportamento económico das pessoas quem se dirige ou que afecta, ou que possa prejudicar um concorrente”.³³

Destaque-se, ainda, que o público-alvo da publicidade deve ser levado em conta na caracterização de sua enganosidade.

“Por outro lado, o padrão de apreciação, a perspectiva a adoptar para a avaliação do carácter enganoso da publicidade não é a do consumidor médio e em abstracto, mas sim a do consumidor concreto, pertencente à classe de destinatários a que se dirige a mensagem.

*Há, assim, que considerar, por exemplo, o nível etário e a vulnerabilidade daquele tipo de consumidor (crianças, idosos, agricultores, profissionais liberais etc.), a sua formação cultural média e nível sócio-económico em geral.”*³⁴

“A regra é, pois, que na caracterização da publicidade enganosa analisa-se a natureza da mensagem publicitária e a vulnerabilidade do consumidor. Usa-se, portanto, um duplo critério de avaliação. O

³¹ DE VASCONCELLOS E BENJAMIM, Antônio Herman. Ob. cit., p. 274.

³² MOTA PINTO, Paulo. Apontamentos citados.

³³ TENREIRO, Mário Paulo. Ob. cit., p. 210.

³⁴ MOTA PINTO, Paulo. Apontamentos citados.

primeiro, objetivo, tem a ver com o conteúdo do próprio anúncio. O segundo, subjetivo, relaciona-se com o tipo de consumidor atingido ou atingível. Por conseguinte, uma mensagem não enganosa em relação a um determinado alvo pode vir a sê-lo em função de outro público.”³⁵

11. PUBLICIDADE ENGANOSA POR OMISSÃO

“A publicidade pode ser enganosa tanto pelo que diz como pelo que não diz. Enquanto que na publicidade enganosa comissiva qualquer dado do produto ou serviço presta-se para induzir o consumidor ao erro, na publicidade enganosa por omissão só a ausência de dados essenciais é reprimida. De fato, não seria admissível que, em 15 segundos de um anúncio televisivo, o fornecedor fosse obrigado a informar o consumidor sobre todas as características e riscos de seus produtos ou serviços. Assim, nos termos da lei e nos passos do direito comparado, só aquelas informações essenciais são obrigatórias. Por essenciais entendam-se as informações que têm o condão de levar o consumidor a adquirir o produto ou serviço.”³⁶

A publicidade enganosa por omissão decorre *“da omissão de características estreitamente ligadas às publicitadas e que as anulam ou que constituem desvantagens significativas relacionadas com a qualidade que se promove”*.³⁷

Como se pode notar, a legislação procura reprimir a conduta do fornecedor que, no afã de vender o produto ou prestar o serviço, omite, na publicidade, circunstâncias capazes de afetar o processo decisório do consumidor.

Segundo o disposto no § 3º do art. 37 do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, *“a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço”*.

Resta caracterizada a publicidade enganosa por omissão quando omite dado essencial assim considerado aquele *“que tem o poder de fazer com que o consumidor não materialize o negócio de consumo, caso o conheça”*.³⁸

³⁵ DE VASCONCELLOS E BENJAMIM, Antônio Herman. Ob. cit., p. 274.

³⁶ DE VASCONCELLOS E BENJAMIM, Antônio Herman. Ob. cit., p. 280.

³⁷ MOTA PINTO, Paulo. Apontamentos citados.

³⁸ DE VASCONCELLOS E BENJAMIM, Antônio Herman. Ob. cit., p. 281.

É certo que não se pode exigir do anunciante a apresentação, na publicidade, de todas as características do produto ou do serviço.

Aceitável, mesmo, que o fornecedor, na publicidade, procure destacar os aspectos positivos do bem, que o diferenciam do concorrente.

Contudo, tal tolerância não pode ser tal que permita ao fornecedor, ao omitir dado essencial, ludibriar o consumidor, que acaba optando por determinado produto ou serviço que não escolheria se a informação essencial tivesse sido divulgada.

Tal conduta afronta a boa-fé que deve estar presente na conduta daqueles que estabelecem relações de consumo, como recomenda o inciso III do art. 4º do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor.

Tal dispositivo estabelece como diretriz da Política Nacional de Relações de Consumo, “*a harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores*”.

Trata-se da consagração da boa-fé objetiva nas relações de consumo, que deve também estar presente na publicidade.

A publicidade afigura-se importante para que o consumidor obtenha informações indispensáveis à aquisição de produtos e serviços, admitindo-se mesmo que seja utilizada pelos fornecedores com o fito de aumentar sua participação no mercado.

O que não se pode admitir é que seja utilizada de forma sorrateira, sonegando do consumidor informações que, por certo, influenciariam sua tomada de decisão quando da aquisição de produtos e serviços.

“O bom exemplo, tirado do mercado brasileiro, é o anúncio, feito pela Phillips, de um televisor stereo, o primeiro a ser comercializado no País. Só que o anunciante deixou de informar ao consumidor que tal qualidade especial – que o distinguia dos seus similares – só era alcançável com a aquisição, à parte, de uma peça específica. Ora, o dado relevante para aquela aquisição – e por isso essencial – era exatamente a sua qualidade de sonoridade stereo”.³⁹

³⁹ DE VASCONCELLOS E BENJAMIM, Antônio Herman. Ob. cit., p. 281.

Podemos ilustrar a publicidade enganosa por omissão com outro exemplo, objeto de apreciação reiterada pela Justiça Brasileira, no âmbito dos Juizados Especiais.

Uma revista semanal de grande circulação resolveu promover a venda de assinaturas e, para tanto, oferecia ao consumidor que adquiria a assinatura, um cartão de crédito, isentando-o do pagamento da primeira anuidade.

Ocorre que a publicidade omitia o fato de que a emissão do cartão de crédito dependia da aprovação da solicitação por parte da administradora do cartão, esta lastreada na análise da situação financeira do solicitante.

Deste modo, pessoas de baixo poder aquisitivo que, em condições normais, teriam dificuldades em obter um cartão de crédito, foram incentivadas a assinar a revista, movidas pelo desejo de passar a utilizar tal meio de pagamento.

O processo decisório do consumidor foi seriamente influenciado pela oferta do fornecedor, na medida em que o cartão de crédito agregado à assinatura foi o elemento que levou o interessado a adquirir o produto.

Trata-se de exemplo típico de publicidade enganosa por omissão pois omitiu dado essencial, capaz de influenciar o processo decisório do consumidor.

Temos notado que os fornecedores, com o fito de afastar o caráter enganoso da publicidade, sob o prisma omissivo, têm se utilizado do artifício de prestar as informações essenciais, mas sem o destaque necessário.

Normalmente, em se tratando de anúncios impressos, os anunciantes prestam tais informações por intermédio de frases com letras de corpo minúsculo, quase ilegíveis, algumas vezes em sentido transversal ao texto principal.

Não nos parece que tal artifício, em se tratando de dado essencial, possa suprir a omissão de modo a afastar o caráter enganoso da publicidade.

Retornando ao exemplo do cartão de crédito que era fornecido ao assinante da revista, cremos que a informação de que a emissão do cartão dependia da análise da situação financeira do interessado deveria ser prestada com destaque.

Só assim estaria se evitando a publicidade enganosa, contra a qual a ordem jurídica protege o consumidor.

*“Também peca por omissão o anúncio que deixa de informar ao consumidor que o que ele está vendo é uma simples **imitação** ou*

demonstração simulada (*mock-up*) de teste efetivamente efetuado pelo anunciante.⁴⁰

*“A utilização de testes na publicidade pode igualmente conduzir a publicidade enganosa, quando estes são apresentados com omissões ou incorrecções quanto às condições em que foram efectuados, e, obviamente, quando os seus resultados não são apresentados com veracidade.”*⁴¹

12. CONCLUSÕES

Só o consumidor adequadamente informado estará apto a escolher o produto ou o serviço de que necessita, em ambiente de concorrência leal entre os fornecedores.

O Código da Publicidade, em seu artigo 3º, conceitua publicidade *“como qualquer forma de comunicação feita por entidades de natureza pública ou privada, no âmbito de uma actividade comercial, industrial, artesanal ou liberal, com o objectivo directo ou indirecto de: a) promover, com vista à sua comercialização ou alienação, quaisquer bens ou serviços; b) promover idéias, princípios, iniciativas ou instituições”*.

Brasil e Portugal adotam modelos mistos de controle da publicidade, no qual coexistem o controle praticado por organismos auto-regulamentares e o efetuado pelo Poder Público.

O controle da publicidade não pode prescindir de disciplina legal, bem como da participação do Poder Judiciário, levando-se em conta que a atividade publicitária pode, em determinadas situações, deixar de atender o interesse público.

Em Portugal, o Código da Publicidade encontra-se em consonância com a Directiva 84/450/CEE, porquanto, no seu contexto normativo, também disciplina a publicidade enganosa.

No Brasil, a intervenção do legislador na disciplina da atividade publicitária buscou, fundamentalmente, tutelar o consumidor. Para tanto, o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor disciplina a publicidade, nos arts. 36 e seguintes, objetivando, primordialmente, coibir a publicidade enganosa e a publicidade abusiva.

⁴⁰ DE VASCONCELLOS E BENJAMIM, Antônio Herman. Ob. cit., p. 282.

⁴¹ MOTA PINTO, Paulo. Apontamentos citados.

Dentre os princípios consagrados pelo Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, podem ser destacados os seguintes: da identificação, da vinculação contratual, da veracidade, da não-abusividade, da inversão do ônus da prova, da transparência da fundamentação e da correção do desvio.

O Código da Publicidade, por seu turno, em seu artigo 6º estabelece que *“a publicidade rege-se pelos princípios da licitude, identificabilidade, veracidade e respeito pelos direitos do consumidor”*.

A adoção do princípio da vinculação contratual da oferta publicitária na ordem jurídica apresenta especial importância na repressão da publicidade enganosa.

Nada melhor do que se considerar obrigatória a oferta divulgada na publicidade, para que o anunciante procure se pautar de forma responsável na divulgação de seus produtos e serviços.

O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor consagra o princípio da veracidade, coibindo, no § 1º do art. 37, a publicidade enganosa.

Mesmo o Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária, em seu artigo 27, estabelece que *“o anúncio deve conter uma apresentação verdadeira do produto oferecido”*.

Em Portugal, o Código da Publicidade também reconhece o princípio da veracidade, ao dispor, em seu artigo 10, que *“a publicidade deve respeitar a verdade, não deformando os factos”*.

O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, no § 1º do art. 37, assim conceitua a publicidade enganosa, cujo *caput* do dispositivo coibe: *“é enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços”*.

A noção de publicidade enganosa é bastante abrangente. *“Em primeiro lugar, não é exigida qualquer prova de que alguém tenha sido efectivamente enganado pela publicidade – a possibilidade de que esse efeito seja produzido é suficiente. Em segundo lugar, não é exigida qualquer intenção de enganar ou mesmo negligência da parte do anunciante – a publicidade enganosa é assim um delito objectivo. Em terceiro lugar, o efeito económico perverso da publicidade não tem de ser provado – não é necessário que a publicidade enganosa prejudique um consumidor ou um concorrente*

– *bastando que o carácter enganador da publicidade possa afectar o comportamento económico das pessoas quem se dirige ou que afecta, ou que possa prejudicar um concorrente*⁴².

Segundo o disposto no § 3º do art. 37 do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, “*a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço*”.

Como se pode notar, a legislação procura reprimir a conduta do fornecedor que, no afã de vender o produto ou prestar o serviço, omite, na publicidade, circunstâncias capazes de afetar o processo decisório do consumidor.

Os fornecedores, com o fito de afastar o carácter enganoso da publicidade, sob o prisma omissivo, têm se utilizado do artifício de prestar as informações essenciais, mas sem o destaque necessário.

Não nos parece que tal artifício, em se tratando de dado essencial, possa suprir a omissão, afastando o carácter enganoso da publicidade. ◆

⁴² TENREIRO, Mário Paulo. Ob. cit., p. 210.

O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

ASPECTOS SOCIAIS - INTERPRETAÇÃO*

ANTONIO CARLOS ESTEVES TORRES

Juiz de Direito na V Vara Empresarial / RJ

Vencida a primeira década de vigência da Lei nº 8.078/90, talvez não fosse demasiadamente esperançoso que os seus comandos tivessem sido absolutamente assimilados, dada a importância de seus propósitos e alcance do seu campo de incidência. No entanto, embora, para alguns, possa parecer exagerado, o fato é que, justamente, a dimensão destes aspectos provoca algum temor nos seus intérpretes e nos atores sociais a quem se dirige o estatuto, cuja contextura de código está inserida em mais de uma de suas passagens, embora, como afirmam seus mentores, respondendo a indagação sobre se o “...Brasil tem hoje um Código de Defesa do Consumidor ou uma mera lei geral”, “...se a Constituição optou por um Código, é exatamente o que temos hoje”. A dissimulação daquilo que era um Código em lei foi meramente cosmética e circunstancial. É que, na tramitação do Código, o *lobby* dos empresários, notadamente os da construção civil, dos consórcios e dos supermercados, prevendo sua derrota nos plenários das duas Casas, buscou, através de “...manobra procedimental, impedir a votação do texto, sob o argumento de que, por se tratar de Código, necessário era respeitar um *iter* legislativo extremamente formal...A artimanha foi superada... o Código foi votado com outra qualidade, transformando-se na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Mas, repita-se, ...estamos verdadeiramente diante de um Código...” (*in Código Brasileiro de Defesa do Consumidor* – comentado pelos Autores – 7ª Ed. Forense Universitária – p. 8/9).

Este preâmbulo, cujo sabor é, inevitavelmente, de interpretação autêntica, nos remete, ao estilo de silogismo, à conclusão de que as esperanças de ampla assimilação e uso dos princípios norteadores da defesa do consumidor

* Este trabalho foi apresentado, originariamente e sem a parte final, para comentários sobre os dez anos da vigência da Lei 8.078/90.

encontraram fortes obstáculos, desde o nascedouro, porque, primordialmente, contrapõem interesses de classes dominantes aos da massa, como está explícito no comentário dos artífices do diploma em foco.

Os opositores da gestação legislativa redobram as forças, reaparecendo sob as vestes de competentes e acatados intérpretes doutrinários, que passaram a defender a inaplicabilidade do novo Código a fatos ocorridos em operações com algumas entidades especiais, bancos, seguradoras, prestadoras de serviços públicos.

A este respeito, o, com justiça, festejado Arnaldo Wald, professor e advogado de nomeada, conclui pela inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários de depósito de caderneta de poupança, em longo parecer publicado no Vol. 352, da **Revista Forense**, apoiando-se, como ele mesmo anuncia, em farta doutrina e jurisprudência.

A estrutura do parecer está distribuída por tópicos de encadeamento raciocinativo que não dispensam uma alentada introdução, exponenciando as relações humanas; a finalidade do regramento jurídico e social dos mecanismos econômicos; o equilíbrio contratual entre o consumidor final dos produtos e serviços e o produtor ou prestador do serviço, presumivelmente superior em conhecimentos e disponibilidade econômica, cujo aumento de responsabilidade faz parte de uma “...verdadeira revolução jurídica, mais agudamente sentida pela introdução da inversão do ônus da prova...”, convidando o aplicador do diploma ao uso de ponderação, para evitar excesso de radicalismo, e recomendando a compatibilização entre a igualdade das relações jurídicas de consumo e o sistema jurídico já existente.

No mesmo sentido, o Ministro Athos Gusmão Carneiro, em parecer reproduzido na **Revista Forense**, nº 351, socorrendo-se de autores e julgados de que se serviu também o Professor Wald, destaca inteligência de Cláudia Marques, retirada de parecer oferecido ao IDEC – Instituto de Defesa do Consumidor, segundo a qual, “o CDC representa um microsistema tutelar de um grupo específico de pessoas, definidas como tais na própria lei, os *consumidores*, considerados vulneráveis na nova realidade contratual...”, asseverando, logo a seguir, que “Podemos, outrossim, concordar, em tese, com o asserto da ilustre professora da UFRGS de que “toda vez que as atividades bancárias invadirem o campo de aplicação *ratione personae* do CDC, ambas as normas, o CDC e as leis relativas ao mercado de capitais, aplicar-se-ão. No entanto, a exemplo da metodologia adotada pelo Prof. Wald, entende que não se podem assimilar consumidores com poupadores,

até porque “...parece inconsistente o asseverar que as cadernetas de poupança propiciam aos bancos uma *remuneração indireta*, tão importante que os bancos abstêm-se de exigir dos poupadores qualquer taxa de manutenção das respectivas cadernetas”.

As respeitáveis tentativas doutrinárias de afastar o CDC desses aspectos, *data venia*, podem muito bem ser analisadas sob o enfoque analógico, com atinência aos contratos de *leasing*, dado por Rodolfo Mancuso (*in Leasing* – 2ª Ed. RT, p. 164/176): “Registra-se, na doutrina e na jurisprudência, uma certa resistência à aplicação do CDC às operações de *leasing*. Os argumentos que fundamentam esse entendimento podem ser resumidos...: a) o *consumidor* vem a ser o destinatário final de um produto ou serviço, o que excluiria a figura do *arrendatário*, que ... se vale ... do objeto ... para produzir uma utilidade ou atender a uma necessidade de terceiro (o usuário ou beneficiário, ... *destinatário final*); b) arrendamento mercantil ... constitui atividade controlada e disciplinada pelo estado, o que elimina o livre consensualismo, próprio das relações de consumo; c) o *leasing*, a rigor, não tem por objeto um *serviço*, nem propriamente resulta num *produto*, senão que, basicamente, se resolve numa *cessão de uso* de um bem...”

Como se vê, com ligeiros retoques, a invectiva doutrinária não difere ontologicamente dos demais argumentos escandidos anteriormente. Em resumo, procura-se descaracterizar o conceito de consumidor, produtor, serviço ou produto, para afastar atividades que, não involucrando com perfeição um desses dados, não admitiriam a incidência da lei especial.

É de se lembrar que, embora não se registrando “...consenso acerca do alcance do que seja destinatário final, sabe-se que, como noticia Sérgio Marçal (**Jornal Tribuna do Direito**, 67/22, nov. 1998 – em citação no livro sob enfoque), existem “...duas tendências na doutrina mundial. A primeira, que é verificada no direito europeu ...que valoriza o conceito de aquisição do bem ou serviço fora do âmbito profissional ou comercial... A segunda ... conceitua o consumidor como aquele que se situa no elo final da cadeia de consumo e adquire bens ou serviços para atendimento de uma necessidade própria, como último destinatário”.

Para dar a sua solução, Mancuso retorna às fontes originárias dos conceitos sobre as relações de consumo, ressaltando-lhes o foro constitucional, como todos os demais o fizeram, excepcionalmente, mencionando a múltipla abordagem da Lei Fundamental, art. 5º, XXXII, elevando a matéria ao grau de princípio; art. 24, VIII, atribuindo competência legislativa a todos os entes

federados e à União; art. 150, § 5º, tornando obrigatórios os esclarecimentos aos consumidores sobre os impostos que recaiam sobre mercadorias ou serviços; art. 170, V, destacando, como princípio da atividade econômica, a defesa do consumidor; art. 220, § 3º e § 4º, impondo restrições protetivas contra a propaganda de produtos e serviços considerados nocivos. Ressalta-se que o Código de Defesa do Consumidor seria elaborado em cento e vinte dias, a partir da promulgação da Lei Maior, por exigência expressa do art. 48, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Em seqüência sistemática, Mancuso sugere, como o que parece ter sido amplamente adotada, a virtude do meio termo entre as duas concepções, para concluir: “Assim, sob essa visão global ou *holística*, não vemos como negar que a operação de *leasing*, como um todo, se integra nas relações de consumo, seja como um *produto* (...CDC, § 1º, art. 3º), seja como serviços (já incluídos os de natureza bancária, financeira de crédito – CDC, § 2º, art. 3º).

Sobre o argumento de que o afastamento do CDC fosse razão direta da regulamentação de órgãos públicos, tendo sido este o fundamento dos que advogavam a exclusão de incidência, por força da Lei nº 4.595/64, no tocante às atividades bancárias, o autor explana, de forma definitiva: “Aquele argumento, verdadeiro fosse, no mínimo *provaria demais*, porque então as demais atividades, igualmente regulamentadas e controladas pelo Estado, ou por entidades por ele credenciadas, ficariam à margem do sistema de proteção do consumidor, como, por exemplo, área de saúde pública ... a atividade dos médicos ... o ensino ...”

As investidas implementadas na descaracterização do produto ou serviço têm sido rechaçadas de forma mais incisiva. No caso de *leasing*, por exemplo, basta a leitura atenta dos artigos 3º, § 1º, do CDC - qualquer bem móvel ou imóvel – e 1º, § 1º, da Lei 6.099/74 – *bens* adquiridos pela arrendadora -, para se tornar inadmissível o apoio à tese de exclusão de incidência do CDC, em tantas situações, a exemplo das que acima se ressaltam, até porque, valendo “...aqui lembrar que os conceitos dos diversos tipos de *bens* é matéria que concerne à Teoria Geral do Direito Civil ... o Código Civil os conceitua e classifica em: *imóveis* ... arts. 43 e 44...; *móveis* ...arts. 47 a 49; *públicos* ... e *particulares* (arts. 65 a 68)...; desse contexto normativo, tomado em sua globalidade, não se vê como se possa sustentar a exclusão do Código de Defesa do Consumidor nos contratos de arrendamento mercantil...”

Nem sempre os profissionais do universo jurídico se dispõem a adotar os princípios e fundamentos da sociologia. Em tese apresentada por Manfred Rehbinder, *SOCIOLOGIA DEL DIRITTO*, traduzido por Salvatore Patti – Casa Editrice Dott. Antonio Milani – CEDAM – 1982 – Itália- p. 138/139, ressaltam-se os seguintes pontos: “Os atuais fenômenos de crise do direito não são, a final de contas, sintoma de sua morte e de sua substituição, mediante outros mecanismos de ordenamento, mas sinais de sua constante adaptação às mutações do ambiente social. Este processo de adaptação se manifesta essencialmente nas seguintes tendências evolutivas: a) a estandarização da sociedade no sentido de uma sociedade de massa, causada pelo progresso científico e técnico, tem, por conseqüência uma tendência à estandarização do direito... Isto se manifesta, além do mais, sob um ponto de vista de conteúdo, na restrição da liberdade individual de configuração jurídica mediante negócios jurídicos predispostos (contratos concluídos mediante formulários) ... manifesta-se, enfim, no plano pessoal, na abolição de privilégios jurídicos e na aspiração à substancial igualdade jurídica; b) depois que o direito passou a favorecer, a qualquer preço, o progresso científico e técnico, com a consecução de um nível de vida considerável e a chegada de uma sociedade do supérfluo, entra em primeiro plano, como modelo ideal, a expansão qualitativa em lugar da quantitativa (qualidade de vida). O progresso científico e técnico é cada vez mais controlado pelo direito e sobrecarregado com encargos sociais (reforço da proteção ao trabalho, aos consumidores, ao ambiente) ... Existe, assim, uma tendência à socialização do direito; c) a aspiração de garantir um padrão mínimo das condições de vida e de trabalho e de intervir por isso até no livre desenvolvimento de uma sociedade sempre mais complexa em razão da ciência e da técnica, conduz à acumulação de sempre novas regras jurídicas. Existe, portanto, uma tendência ao aumento do material jurídico; d) aumento que conduz à especialização e burocratização das instituições jurídicas; e) as instituições jurídicas de uma sociedade pluralística e iluminada, sociedade industrial de massa, possam satisfazer os próprios deveres de direção e extraem proveitos dos progressos da ciência e da técnica, empregando-os para a legitimação das decisões jurídicas sobre valores puramente como transformação do direito em um instrumento de condução social instituído de modo conforme. Existe, por isso, uma tendência em direção à racionalização e à cientificação do direito”.

Neste plano de ação, já que é inevitável não deixar de comprometer o profissional do direito com estas tendências identificadas pelo cientista

social, não é despropositado lembrar que algumas reações humanas estão fixadas de forma indelével no comportamento de cada um. O novo ou o desconhecido são circunstâncias que sempre impuseram às pessoas, em geral, reações que variam do temor à aversão. Esta nova (não tão nova, enquanto fato) realidade jurídica tem provocado alguma hesitação. Ainda, recentemente, anulou-se sentença de primeiro grau baseada no comando do art. 84, da Lei nº 8.078/90, porque os julgadores de Segundo Grau entenderam que, ao adotar o índice do INPC, para substituir o dólar norte-americano, para ajustar os valores de um contrato de arrendamento mercantil, o magistrado tinha ido além do que lhe fora pedido.

A Câmara não aceitou a tese que a nova lei trouxe com o seguinte sentido: “...a imposição da multa não prejudica o direito do credor ao cumprimento específico da obrigação, nem ao recebimento de seu equivalente monetário e nem à reclamação das perdas e danos. O dispositivo confere maior plasticidade ao processo, principalmente quanto ao provimento nele reclamado, permitindo ao juiz, em cada caso concreto, através da faculdade prevista no parágrafo em análise, proceder ao adequado equilíbrio entre o direito e a execução respectiva, procurando fazer com que esta última ocorra de forma compatível e proporcional à peculiaridade de cada caso (ob. cit. p. 773).

O magistrado, na interpretação e aplicação do CDC, está diante de um desafio decididamente comprometido com a seara dos aspectos sociais. Vale repetir, aqui, a lição que Bianca nos oferece no seu **Diritto Civile** (C. Massimo Bianca – Giuffrè Editore – Milano 3 – p. 396): “A idéia de um controle do conteúdo do contrato parecia, no passado, um atentado ao direito à iniciativa econômica constitucionalmente garantido. O abuso do empresário só surgia suscetível de repressão enquanto contra os outros integrantes da iniciativa econômica: daí a proibição à concorrência desleal e ao abuso da posição dominante exercitado contra os concorrentes nacionais e europeus (Tratado de Roma). Mas está abrindo caminho o convencimento que a tutela dos consumidores é, ainda, função de tutela do mercado, porquanto a aquisição das vantagens abusivas em detrimento dos clientes comporta uma diminuição dos custos que prejudica os concorrentes desleais”.

Vê-se que se multiplicam as dificuldades de operação interpretativa. Até mesmo conceitos que pertencem às cartilhas de iniciação jurídica têm de ser adequada e cuidadosamente analisados. A boa-fé, por exemplo, na abordagem de Humberto Theodoro Júnior (*in* **Direitos do Consumidor**,

Ed. Forense, 2000, p. 18/19): “A invocação da boa-fé, em matéria de revisão contratual sempre se fez na tradição do direito das obrigações, como fundamento para desconstituição ou anulação do negócio jurídico por vício de consentimento”.

“Na moderna concepção da função social do contrato, agasalhada pelo CDC, a boa-fé assume feição diferente da tradicional. Em vez de se localizar no plano subjetivo da formação do consentimento, ela se desloca para o plano objetivo do equilíbrio entre prestações e contraprestações. Não desapareceu a boa-fé subjetiva, que continua sustentando a teoria dos vícios de consentimento. O que houve foi a abertura para o reexame objetivo da base econômico-jurídica do contrato, a ser feito, em nome da equidade, a partir da análise das cláusulas negociais avençadas.”

“Essa concepção objetiva da boa-fé se prende ao regime atual da sociedade de consumo e das contratações de massa, onde as condições contratuais são, pela própria conjuntura, frutos de regras unilaterais pelo contratante que detém o controle do negócio.”

Evidentemente, o que está ocorrendo agora, o que não é tão novo, é a transposição dos fatos sociais, em toda a sua extensão, para as letras jurídicas. Quem não abdicou de estudar direito como ciência/arte social há de saber que a famosa “lei de Gerson”, construção popular, que nos dá a certeza de que o povo sabe quando um princípio se solidifica, atribuindo-lhe força impositiva, nada tem a ver com o excelente atleta do futebol brasileiro, porque, só para exemplificar, o vilanesco Iago aproveita-se da fraqueza do apaixonado Rodrigo, para aconselhar que o frágil personagem, instrumento irremediavelmente hebetado de seus propósitos demoníacos, metesse dinheiro no bolso (bolsa, na configuração literal), para resolver todo o problema, afastando Desdêmona do Mouro: “Put money in thy purse ...” (*in Othello – The Complete Works of William Shakespeare – Spring Books*, 16^a Impress., p. 987). Todos querem levar vantagem em tudo e o consumidor precisa ser protegido.

Em matéria de abuso de direito e de antecipação em séculos do que agora se permite ao Juiz nos artigos 461, do CPC, e do 84, do CDC, vale lembrar que nada demovia o cruel credor Shylock de arrancar uma libra de carne do pobre mercador Antonio pela inadimplência, com respeito aos seus barcos de carga que naufragaram, habilitando-o a punir o inadimplente com o castigo inimaginável, inútil a tentativa de cambiar a conseqüência corporal por dinheiro, o que só foi solvido com a decisão da herdeira travestida de

juiz, garantindo a lesão admitida por contrato, ... desde que nenhuma gota de sangue do mercador fosse vertida. Não se executou a barbaridade (The Merchant of Venice – ob. cit. p. 204), por óbvio.

Para os que imaginam que o trabalho descamba para devaneios literários, basta lembrar, para a certeza de que a velocidade dos fatos aumenta, deixando sempre um vácuo entre os acontecimentos e a resposta adequada, em termos legislativos, agora mesmo, os noticiários desta noite de 11.12.2001 lembram que, três meses antes, exatamente num dia 11 de setembro, exatamente quando a Lei nº 8.078/90, de 11.09.90, completava onze anos, o mundo virou uma página da história com o ataque terrorista às Torres do WTC, em Nova York, centro do mundo e do império mais poderoso depois do de Roma. A **Revista Time**, ao comentar, na edição de 03.12.2001, a profundidade das mudanças de todas as vidas, se socorre de Heráclito, que, no século V A.C., ensinava que não se pode entrar no mesmo rio duas vezes, para provar que o mundo está em permanente estado de mutação. O rio parece o mesmo mas o fluxo de suas águas, seus peixes, a maneira como reflete a luz não são mais como eram quando da última visita. Para não fugir do tema, uma parte importante das transformações destacadas pelo semanário norte-americano está no apelo “Shop for your Country” (compre pelo seu país). O consumo foi elevado à categoria de estandarte patriótico. Uma dimensão quase impensável, em termos ortodoxos da extensão moral, mesmo diante da fatalidade. Um aviso de que os que militam no e com o direito, na manhã do dia que se segue, estarão em desvantagem com a tecnologia e com a atualização de sua ciência/arte.

Aliás, cumpre lembrar que a filosofia que presidiu os estudos sobre o Código Civil, que se encontra em período de *vacatio legis*, segundo se extrai das reflexões de um dos seus mentores mais destacados, o Professor Miguel Reale, abrangeu estes princípios antes submetidos à penumbra da intangibilidade. O professor ressalta como os princípios fundamentais da inovação codificada a eticidade, a socialidade e a operabilidade, que transitam pela boa-fé; função social dos contratos e a facilitação interpretativa dos negócios, valores que já estão presentes no Código de Defesa do Consumidor e que ainda infundem um certo vacilo em quem trabalha com o Direito, como se viu acima.

Estes episódios que figuram na história recente servem bem para ilustrar a rapidez com que as transformações sociais influenciam as técnicas jurídicas de abordagem dos conflitos apresentados ao crivo do judiciário.

Parte porque os anseios de segurança interpretativa assim recomendam, parte porque os processos legislativos são materializados em dispositivos que refletem interesses de classes dominantes, os responsáveis pela aplicação do direito tendem a optar pela objetividade de regras estandarizadas, ao estilo do *dura lex sed lex*, em contraposição à consequência inevitável do *summum jus summa injuria*, levando os artesãos do fazimento de justiça para longe dos princípios sociais, em atendimento ao pragmatismo das prerrogativas individuais.

O enfoque do trabalho de Reh binder “...uma exposição rica em referência e contatos com outras disciplinas ...”, põe em evidência “...a substancial unidade do ordenamento jurídico e a finalidade prática da atividade do intérprete (ob. cit. XI).

Confirma-se, assim, abordagem explicativa do sentido da obra elaborada pelo tradutor (traduzida para o italiano) Salvattori Patti, na introdução destinada a seu país: “... Recentes tendências metodológicas trouxeram à luz, em diversas experiências jurídicas, a utilidade que ao teórico e ao assim chamado operador do direito deriva do aparato conceitual das ciências econômicas e sociológicas para uma melhor compreensão dos sistemas jurídicos, e em particular para decidir qual das soluções em hipótese de um problema seria preferível diante das diversas características do ordenamento evidenciadas diretamente da análise econômica e sociológica (ob. cit. IX).

O momento jurídico nacional passa por uma fase salutar em direção à prática dos princípios sociais na aplicação do direito, em defesa contra os excessos individualistas. No entanto, é importante lembrar que o exercício desta prática não corresponde a uma tendência moderna ou contemporânea. Em tese publicada, no fim da terceira década do século passado, Pedro Batista Martins, em competente dissecação da teoria do contrato social, ressalta aspectos didáticos sobre a preferência do direito geral - do Estado - limitadora dos “...direitos naturais equivalentes às suas faculdades e ao seu poder...” (**O Abuso do direito e o Ato Ilícito** - Pedro Batista Martins, Ed. Renato Americano, 1935, p. 3)

Lembra o autor que “...a rota evolutiva do direito é a da democratização, que não se opera nunca em virtude de concessões espontâneas das classes privilegiadas, senão, ao contrário, em consequência das conquistas realizadas pelos oprimidos através de lutas memoráveis ...”. E, como a fechar o pensamento em conclusão afirmativa da tese socializadora do direito, “ Uma vez que nem todos podem, a não ser em tese, gozar das prerrogativas

legais, usar de seus direito civis, é necessário que aqueles que se acham em posição de exercê-los não se prevaleçam deles para a satisfação de interesses egoísticos, nem desnaturem, de qualquer modo, a sua destinação econômica e social “ (ob. cit. p. 8 e 20).

Antes que os precisos conceitos e ajustadas lições da obra de Batista Martins sejam integralmente transcritos para este comemorativo (o que não seria de todo censurável, porque as realizações doutrinárias devem ser repetidas à exaustão, em vez de se quedarem virgens nas profundezas empoeiradas das bibliotecas, destinando a sua utilidade e o nome do autor ao esquecimento), só para solidificar a transcendência do socialismo no direito, vale reproduzir a lembrança da lição de Georges Cornil, em seu **Le Droit Privé**, segundo a qual “...o jurista Gaio formulava já uma teoria geral do abuso do direito, quando, para justificar a proibição de maltratar escravos, proclamava que não devemos usar mal de nossos direitos: “*male enim nostro jure uti non debemus*” (ob. cit. p. 14).

Portanto, não fora a presença, muitos séculos depois de Gaio e da teoria da limitação do Direito Romano ao exercício da propriedade, dos troncos de açoites dos negros africanos em terras brasileiras, os ensinamentos poderiam cair no vazio, parecendo desprovidos de potencial, contra os reflexos da possibilidade cíclica, ao estilo de sístoles e diástoles sociais, do retorno ao individualismo, na evolução do direito.

Estas e as outras manifestações doutrinárias e jurisprudenciais que presidiram o resumo ora exposto aos leitores são todas importantes lições, de teoria e de prática, confirmadoras de que a ciência/arte do direito estará ao dispor da sociedade, mantendo o equilíbrio entre o uso do direito e o abuso de sua prática, opção a que, sem sombra de dúvida, o sistema jurídico nacional, agora, se apegue de forma decidida e franca. ◆

A NOVA FAMÍLIA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, DA LEGISLAÇÃO E DO NOVO CÓDIGO CIVIL

CONCEIÇÃO A. MOUSNIER

Juíza de Direito do TJ/RJ

A família é o meio natural onde o projeto humano se desenvolve. O tema sugere que esta milenar instituição tenha mudado. E, de fato, a família mudou.

Mudou do ponto de vista estrutural, comportamental, conceitual, tendo nos dias atuais uma face social diferenciada, e via de consequência, o conjunto de leis que a regula sofreu alterações significativas.

Contudo, no que tange a sua essência, enquanto conjunto visível e invisível de exigências funcionais, materiais e espirituais que organiza o tecido social e fomenta a sementeira de todo o futuro, a família continua a mesma.

A evolução da estrutura familiar, parece em determinado momento histórico, se cristalizar na ideologia do patriarcado.

O modelo patriarcal atravessou incólume a maior parte da história da família:

- marcada por uma hierarquia vertical;
- centrada no matrimônio, união de duas famílias, determinada pela vontade das células originais;
- fundada na homogeneidade de crenças e costumes;
- fonte de procriação e concentração da propriedade;
- lastreada na rígida divisão dos papéis familiares.

A partir da década de sessenta intensificou-se o processo de mudança nos contornos da família, hoje denominada *moderna*, em contraposição à patriarcal:

- substituindo a hierarquia vertical por uma hierarquia solidária e compartilhada;
- centrada no afetivo e no pessoal, enquanto encontro de duas individualidades com liberdade de escolha;

- preocupada com a felicidade e com o planejamento da vinda dos filhos;
- marcada pela ambivalência dos papéis desempenhados por seus atores, permitindo a divisão do trabalho doméstico, na criação dos filhos, privilegiando o crescimento de todo o núcleo familiar.

O início dessa dinâmica de mutação deu margem a especulações por parte das ciências sociais, encontrando-se afirmações no sentido de que tais alterações dariam fim à família, tornando-se um campo sem regras por eleição.

O decurso do tempo, felizmente, veio demonstrar o contrário. Nunca a família foi objeto de tanta produção legislativa como agora, no afã de se dar aos indivíduos, o ordenamento jurídico que a modernidade reclama, posto ser o homem vocacionado para a normatividade.

Desde a mais embrionária estrutura organizacional observada na trajetória do homem sobre a Terra, vê-se o estabelecimento de padrões comportamentais. A determinados espaços de tempo, o complexo de normas vigentes deixa de atender às necessidades humanas. A massa crítica dos indivíduos, busca um novo código comportamental, capaz de atender ao desafio dos valores emergentes.

Compreender o significado das leis, é aprender sobre as etapas da evolução humana e o conseqüente aperfeiçoamento ético de suas diversas instituições.

E assim é no Direito de Família, exemplo de profundas alterações, permeando os seus diversos campos de incidência, refletindo o momento de extrema complexidade social.

A Constituição Federal de 1988 abriga dois artigos, de leitura aparentemente inocente, mas que operaram devastadoras conseqüências no ordenamento jurídico brasileiro.

Trata-se dos artigos 226 e 227, logrando ampliar o conceito de família, redimensionar a idéia de filiação, e preconizar a igualdade de direitos e deveres entre o homem e a mulher na sociedade conjugal.

A AMPLIAÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA: A UNIÃO ESTÁVEL

O artigo 226, § 6º da Constituição Federal anuncia:

*“Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a **união estável entre o homem e a mulher** como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento.”*

Intuíu, o legislador constituinte, a importância de institucionalizar a relação calcada no vínculo psicológico afetivo, capaz de gerar *projeto de vida em comum*, embora sem contrato de casamento.

A união estável é assim entendida como a convivência com vocação de permanência, por um tempo considerável (duradoura), pública e contínua, não eivada de ilegitimidade, entre homem e mulher, que se sentem reciprocamente comprometidos e como tal se apresentam em sociedade.

Levou em conta o preceito constitucional, o conteúdo comportamental entre os companheiros, prevalente sobre o conteúdo formal, encontrando-se na doutrina a expressão “*casamento por comportamento*”, como referência à união estável.

A nova ordem constitucional ao estabelecer a união estável como forma de constituição de família, deu margem a inúmeras conseqüências jurídicas, dentre as quais se destacam a possibilidade recíproca, entre os conviventes, de pleitear alimentos, e a participação nos bens amealhados no curso da convivência.

A redação inicial do ainda Projeto do Código Civil, no que tange a conceituação da união estável, foi alterada para melhor, suplantando a conceituação da Lei Extravagante (Lei nº 9.278/96, artigo 1º), conforme cotejo abaixo:

· Lei 9.278/92, art. 1º: “*É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família*”.

· Novo Código Civil, art.1.723: “*É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família*”.

Embora as letras das normas acima transcritas, possam parecer quase idênticas, as sutis modificações fazem grande diferença.

O artigo 1.723 reconhece como entidade familiar *a união estável*, ao passo que a Lei nº 9.278/96, reconhecia como entidade familiar *a convivência*. Essa alteração tem aspectos significativos, representando avanço em termos de qualidade legislativa e na compreensão do que é a união estável.

O fato jurígeno reconhecido como capaz de constituir família, é a união estável, entre o homem e a mulher. A configuração da união estável, aí sim, é a convivência, acompanhada dos seus requisitos essenciais de

publicidade, continuidade e durabilidade, com o objetivo de constituição de família.

O novo texto legal guarda total fidelidade com o artigo 227, § 3º da Constituição Federal, sendo vontade do legislador constituinte, reconhecer como outra forma de constituição de família, a união estável.

A redação do artigo 1.723 do C.C., revela a mesma beleza idiomática da Carta Republicana, ao definir como família a união estável entre o homem e a mulher.

O artigo 1.723, em seu §1º, estende à união estável os mesmos impedimentos ao casamento, indicando o reconhecimento da aplicabilidade da moral da família à união estável, posto ser a moral da família uma só, quer para a família fruto do casamento, quer para a família fruto da união estável, *in verbis*:

“A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521, não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato.”

A convivência ainda que pública, contínua e duradoura, jamais atingirá o status de união estável, existindo qualquer dos impedimentos elencados nos incisos do artigo 1.521.

O novo Código Civil aborda expressamente a figura do *convivente separado de fato*.

Ao excepcionar a incidência do impedimento previsto no inciso VI do artigo 1.521 (as pessoas casadas), vem pôr fim a controversa questão acerca da possibilidade de ser o separado de fato elegível para formação da união estável, embora minoritária a posição que militava a desfavor daquele. Neste aspecto, demonstra o moderno Código Civil, acurada sensibilidade social.

O PRIMADO CONSTITUCIONAL DE IGUALDADE ASSEGURADO À PESSOA DOS FILHOS

Doutrinadores de escol apontam quatro estados básicos a definir o universo jurídico da pessoa humana: o estado individual, familiar, político e profissional.

Profundo destaque inovador, mereceu o estado familiar na Constituição Federal de 1988, sendo elemento inerente ao projeto família, *a condição de filiação*, alçada em nível de direito fundamental da pessoa humana.

O artigo 6º do Estatuto ao estabelecer princípio norteador para sua interpretação, levando-se em conta os fins sociais a que ela se dirige, refere-se à criança e ao adolescente como “*peças em desenvolvimento*”.

O diploma da criança e do adolescente incorpora, com tal terminologia, noção basilar: aquela de que possuem, crianças e adolescentes, característica comum, qual seja, a *condição peculiar de peças em desenvolvimento*, precisando de assistência adequada em cada fase específica do crescimento humano.

A fonte inspiradora dessa definição é o artigo 227, § 3º, inciso V, da Constituição Federal, onde se encontra o conceito ontológico do ser bio-psi-co-sócio-cultural em formação.

A legislação infraconstitucional, o ECA, incorpora ainda, os postulados constitucionais de *absoluta prioridade na garantia dos direitos fundamentais*, preconizando o tratamento de *proteção integral* às crianças e adolescentes, sujeitos de direitos (artigo 227, caput, 203 e 204 da Magna Carta, e os artigos 3º e 4º do ECA).

Estando a criança e o adolescente em patamar privilegiado, altera-se o crivo jurídico de seu enquadramento no seio familiar.

O primado de igualdade à pessoa dos filhos, artigo 227, § 6º da Constituição Federal, afastou qualquer designação discriminatória à pessoa dos filhos, assegurando-lhes os mesmos direitos e qualificações.

Parecia-nos irrefutável, ter a isonomia assegurada pelo texto constitucional, revogado os artigos 358, 363 e 229 do Código Civil, manifestamente inconciliáveis com a letra do diploma fundamental da República, *in verbis*, respectivamente:

“*Os filhos incestuosos e adúlteros, não podem ser reconhecidos*”.
(artigo 358)

“*Os filhos ilegítimos de peças que não caibam no artigo 183, incisos de I a VI, têm ação contra os pais, ou seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação*”. (artigo 363)

“*Criando a família legítima, o casamento legítima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos (artigos 352 à 354)*”. (art. 229)

Antes do vô alçado pela Constituição Federal de 88, leis temperadoras vinham pouco a pouco, assegurando direitos aos filhos advindos de relações extramatrimoniais, conforme relação abaixo:

a. Decreto-Lei 4.737/42 - liberando o reconhecimento dos chamados filhos adulterinos, após a dissolução da sociedade conjugal mediante o desquite do pai.

b. Lei 883/49 - autorizando o reconhecimento dos filhos adulterinos após a dissolução da sociedade conjugal do genitor, mediante o evento morte.

c. Lei 6.515/70, a conhecida Lei do Divórcio, acrescentando parágrafo único ao artigo 1º da Lei 883/49 e conferindo nova redação ao artigo 2º do referido diploma legal, *in verbis*:

“Parágrafo único - Ainda na vigência do casamento, qualquer cônjuge poderá reconhecer o filho havido fora do matrimônio, em testamento cerrado, aprovado antes ou depois do nascimento do filho, e, nessa parte irrevogável.”

“Artigo 2º - Qualquer que seja a natureza da filiação, o direito à herança, será reconhecido em igualdade de condições.”

d. Lei 7.481 de 17-10-1989, portanto posterior à Constituição de 88, revogou expressamente o artigo 358 do Código Civil, que já havia sido tacitamente revogado pela lei maior.

Parece que o legislador não queria deixar pairar qualquer dúvida quanto ao Princípio da Igualdade entre os Filhos.

Todavia, o fato da lei ter feito menção ao artigo 358 do Código Civil apenas, pretenderam alguns a vigência integral do artigo 363 do diploma substantivo, e, desta forma, entendiam vedada a investigatória aos filhos adulterinos e incestuosos, admitindo-se apenas o reconhecimento voluntário.

Essa posição doutrinária, na contramão da evolução natural do pensamento acerca das relações familiares, insustentável e carente de coerência, não resistiu aos julgados em sentido contrário.

O Desembargador Renato Maneschy, de saudosa memória, como relator, enfrentou a questão em apelação junto à 1ª Câmara Cível do TJRJ, decidindo que em face do artigo 227, § 6º da Constituição Brasileira, e da Lei nº 7.841/89, não subsistiam vedações quaisquer à investigação de paternidade.

O Recurso Especial nº 7.631, para o STJ, que por unanimidade deixou de ser conhecido pela 4ª Turma, tendo como relator o Ministro Sávio Figueiredo, obteve a seguinte redação:

“O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça.”

O novo Código Civil, em consonância com os primados constitucionais e da legislação infraconstitucional, no Livro IV - Direito de Família, Capítulo II do Subtítulo II, ao cuidar da filiação, já expurga a expressão “legítima”, encontrada no Código Civil. No capítulo em que tratou da mesma matéria, não há mais distinção entre filiação legítima e ilegítima.

Filiação é filiação, sem adjetivos.

O artigo 1.596 do novo código, engloba os artigos 352 à 354 do antigo, abarcando todas as situações referentes a filiação e espancando quaisquer resquícios discriminatórios referentes a filiação, *in verbis*:

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

Ao tratar do reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, no Capítulo II, artigo 1.607 e seguintes, o novo diploma expurga a expressão ilegítima, contida no artigo 355 antigo Código Civil, e no artigo 1.609, *caput*, assevera ser tal reconhecimento de natureza irrevogável, criando outras hipóteses de reconhecimento não contempladas no Código de 1916, conforme cotejo abaixo:

Código Civil de 1916	Código Civil de 2002
Art. 355 - “O filho <i>ilegítimo</i> pode ser reconhecido pelos pais, conjunta ou separadamente”.	Art. 1607 - “O filho <i>havido fora do casamento</i> pode ser reconhecido pelos pais, conjunta ou separadamente”.
Art. 357 - “O reconhecimento voluntário do filho <i>ilegítimo</i> pode fazer-se no próprio termo de nascimento, ou mediante escritura pública, ou por testamento (art. 184 - parágrafo único)”.	Art. 1609 - “O reconhecimento dos filhos <i>havidos fora do casamento é irrevogável</i> e será feito: I - No registro de nascimento; II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório; III - por testamento, ainda que <i>incidentalmente</i> manifestado; IV - por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o <i>objeto único e principal</i> do ato que o contém.

Os incisos terceiro e quarto do artigo 1.609 da nova lei, afastam as dissensões acadêmicas nas matérias das quais tratam.

O artigo 26 do Estatuto da Criança e do Adolescente arrolou, parcialmente as hipóteses ora elencadas no moderno Código Civil, *in verbis*:

“Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação.”

A Lei de Investigação de Paternidade – Lei nº 8.560/92, influenciada pela nova ordem de idéias, que prioriza a figura do filho na relação de filiação, até então centrada no pai (pátrio poder), em seu artigo 40, assegura ao filho maior o direito de não consentir quanto ao reconhecimento, e ao filho menor, a impugnação ao reconhecimento dentro os quatro anos que se seguirem à maioridade ou emancipação.

Na esteira desse entendimento, se vê a letra alterada do artigo 362 do Código Civil de 1916, e o artigo 1.614 da nova codificação, a seguir:

“Artigo 362 - O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento, dentro nos 4 (quatro) anos que se seguirem à maioridade, ou emancipação.”

O artigo 1.614 do Novo Código Civil, repete a redação do artigo 362, acima transcrito.

É necessário agora abordar, a questão do filho incestuoso em separado.

Procedendo-se a análise das mais recentes leis brasileiras, resta claro que o filho incestuoso, também é contemplado com o inarredável direito à filiação, mormente em face do artigo 27 do ECA, *in verbis*:

“O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível, e imprescritível, podendo ser exercitado sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça.”

Cabe, pois, buscando inspiração no **Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente**, tecer algumas considerações quanto ao filho fruto de relação incestuosa de seus genitores.

A pergunta que não quer calar é: seria do interesse do filho, fruto de relação incestuosa, ficar declarada e atestada no seu registro de nascimento as circunstâncias da sua origem?

O Projeto de Código Civil, artigo 1.625, admitia o reconhecimento por sentença da filiação incestuosa, mas não tecia qualquer consideração, que revelasse a preocupação quanto ao interesse do filho no reconhecimento, *in verbis*:

“A filiação incestuosa, reconhecida por sentença irrecorrível, não provocada pelo filho, ou quando comprovada em confissão ou declaração escrita do pai, faz certa a paternidade.”

Sua redação truncada, provocaria outra acirrada atividade interpretativa, dando margem à nova tentativa de retrocesso, pois a frase “*não provocada pelo filho*”, poderia ressuscitar o velho entendimento, de que não seria possível a investigatória deflagrada pelo filho, em se tratando de filiação incestuosa.

O novo Código Civil, em sua redação final, optou por não fazer qualquer menção expressa a filiação incestuosa, deixando para a atividade jurisdicional a solução para essa delicada questão.

Buscando socorro na legislação comparada, encontra-se no Código Civil da França a imposição da filiação em relação somente a um dos progenitores, sempre que existir impedimento para o casamento destes, em razão de parentesco.

O Código Civil Italiano só permite o reconhecimento dos filhos incestuosos por ambos os pais, se ao tempo da concepção ignorassem o vínculo existente entre eles. Se apenas um dos pais estiver de boa-fé, só em relação a ele se estabelecerá a filiação.

O reconhecimento, de qualquer forma, prescindirá sempre da autorização do juiz que levará em consideração o interesse do filho, objetivando evitar qualquer prejuízo para a prole.

O Código Civil da Espanha, com melhor compreensão da complexidade dos aspectos atinentes à filiação decorrente de relações incestuosas, denota grande preocupação no resguardo dos interesses dos filhos menores e incapazes.

A legislação espanhola dispõe que no caso de ser menor ou incapaz o filho proveniente do relacionamento incestuoso de seus pais, o estabele-

cimento da filiação dependerá da prévia autorização do magistrado, com intervenção do Ministério Público, atinando-se sempre para os interesses da pessoa do filho.

Na hipótese de filho maior e capaz, somente ele tem legitimidade para decidir acerca do estabelecimento ou não, da sua dupla ascendência biológica.

No que tange a filho maior e capaz, há disposição similar no direito positivo brasileiro. Trata-se do artigo 4º da Lei 8.560 de 29/12/92, dispondo que o filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento. A referida norma tem redação de ampla abrangência, nela se incluindo filhos maiores e capazes cujos pais tenham ou não, impedimento para o casamento em razão de parentesco.

A lei brasileira de Investigação de Paternidade, portanto, oferece parcial solução à questão da dupla filiação decorrente de ligação incestuosa.

A técnica legislativa adotada na Espanha, remetendo de forma expressa, ao prudente arbítrio do juiz, no caso de incapazes, e remetendo ao arbítrio íntimo do filho capaz, o estabelecimento da dupla filiação, mostra-se boa, contudo deixando a descoberto outros ângulos dessa riquíssima e difícil questão.

Tomando-se por referência, unicamente a pessoa do filho, podem coexistir interesses conflitantes, uns a recomendar o reconhecimento da dupla filiação e outros não.

Supondo que a conveniência psicológica, social, religiosa e moral do filho recomende o não estabelecimento da filiação incestuosa, havendo em contrapartida uma real conveniência de ordem material, assistencial e patrimonial clamando pelo reconhecimento. Como resolver o conflito?

Zeno Veloso, em sua obra **Direito Brasileiro da Filiação e Paternidade**, Malheiros Editora, apresenta solução conciliatória a saber: o Oficial, no livro A, de registro de nascimento, faria constar a filiação em relação a ambos os pais, contudo ao expedir a certidão de nascimento, nela constaria, apenas, o nome de um deles.

Quando fosse necessário ao filho fazer prova da sua descendência, auferindo direitos decorrentes da filiação, o Oficial do Registro, mediante autorização prévia do magistrado, forneceria a certidão de inteiro teor.

Até agora a análise da conveniência do estabelecimento da dupla filiação, esteve centrada na pessoa do filho, tomando por base o seu exclusivo interesse.

Não se pode esquecer, porém, o relevante aspecto do interesse público na questão. A não publicidade do estado de filiação, sua origem, pode ferir inúmeros interesses de terceiros, tomando como exemplo, aquela pessoa que tenha pretensões matrimoniais com outra pessoa, cuja origem seja decorrente de união incestuosa.

Não constando da certidão de nascimento a dupla filiação, por força do melhor interesse do filho, como resguardar o interesse público, como garantir àquele que venha a contrair matrimônio com o filho incestuoso, o conhecimento desse fato, que poderá, inclusive, trazer conseqüências quanto à higidez física e mental dos filhos advindos da formação dessa nova família, sendo cediço que a prole advinda de consangüíneos exacerba o risco da herança de doenças geneticamente transmissíveis?

Seria caso de inserção, na Lei de Registros Públicos, de dispositivo que exigisse certidão de nascimento de interior teor, de ambos os nubentes, para instrução do processo de habilitação ao casamento.

Há, pois, longo caminho a percorrer, tornando possível ao Direito oferecer soluções para os múltiplos aspectos da delicada e complexa questão da filiação incestuosa, atinando para os interesses peculiares do filho, sem todavia levantar óbices ao direito de filiação, como também se descuidar do interesse público.

AMPLIAÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA. A MONOPARENTALIDADE

Define-se a família como sendo monoparental quando o adulto, homem ou mulher, encontra-se desacompanhado, sem o cônjuge ou companheiro, vivendo apenas com os filhos.

As causas da monoparentalidade são:

- .a maternidade solteira;
- .a adoção por pessoas celibatárias;
- .a separação e o divórcio;
- .a viuvez;
- .negativa de paternidade com anulação de registro.

A banalização desse fenômeno social, que sempre existiu, fez com que a monoparentalidade viesse a ser objeto de preocupação e de previsão legal.

O crescimento assustador da família monoparental, e os impactos inevitáveis sobre a coletividade presente e futura, de ordem econômica, jurídica e psico-social, não permite medir com clareza, no presente momento, a modelagem dessa outra modalidade de família.

Nesse tema da monoparentalidade, muitos aspectos riquíssimos podem ser trazidos a reflexão, tais como o aumento da opção pelo celibato, em contraposição ao desejo de ter filhos (a famosa produção independente).

A Constituição Federal, no artigo 226, § 4º, define a monoparentalidade, *in verbis*:

“Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

A separação dos casais é uma das causas da monoparentalidade. Os filhos advindos da união matrimonial ou extramatrimonial, são sinais vivos da existência daquela, e quando ocorre a ruptura do convívio entre os progenitores, a prole é levada ao enfrentamento da separação de seus pais.

O Código Civil de 1916, e o novo Código Civil, respectivamente, em seus artigos 231, inciso IV, e, 1.566 inciso IV, destacam como deveres dos pais, o sustento, guarda e educação dos filhos.

Quando do desfazimento da vida em comum de pai e mãe, a quem caberá a guarda e educação dos filhos?

A melhor solução seria o consenso e o concurso entre os pais, mas nem sempre tal atitude sensata e salutar para a saúde emocional das crianças, é possível. É caso, então, de submeter a questão da guarda ao Poder Judiciário.

Estudos interdisciplinares concluíram não existirem filhos da separação, e sim, filhos do conflito.

O que isto quer dizer: os pais unidos ou separados têm o dever, ambos, de zelar pelo desenvolvimento dos filhos, afastando-os dos desencontros existentes entre eles, pais, nada se alterando, em razão do desfazimento do casal, as relações entre pais e filhos.

É o que assegura, também o texto do novo Código Civil:

“Art.1.632: A separação judicial não altera as relações entre pais e filhos, senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.”

O dispositivo legal em questão, há de ser compreendido em consonância com o artigo 227 da Constituição Federal, e com o artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que assegura aos filhos o direito à

convivência familiar e comunitária.

O direito à convivência familiar dá origem a uma série de indagações e a compreensão das mesmas, referentes à guarda e ao exercício da visitação.

O eixo da questão se desloca, face da nova ótica constitucional, dos atores pai e da mãe, centrando-se na figura do filho, sendo a guarda e a regulamentação de visita conferidas em conformidade com **a Teoria do Melhor Interesse da Criança**, passando a definição do melhor interesse, em cada caso concreto individual, pelo juízo de avaliação do magistrado, agindo com a exigida cautela e discernimento, visando atender e garantir os prevalentes direitos do filho, *dotado da condição especial de pessoa em formação*.

A IGUALDADE DE GÊNEROS

A igualdade de gêneros é assegurada pela Constituição Federal no artigo 5º, inciso I e no artigo 226, § 5º, estabelecendo-se a paridade dos direitos e deveres do homem e da mulher, quer em termos gerais, quer no que diz respeito à sociedade conjugal.

O papel da mulher na família, na sociedade, no mundo das relações como um todo, bem como o efetivo exercício dos seus direitos, sempre estiveram embricados ao Direito de Família.

O estudo, portanto, analítico das questões de gênero, repousa diretamente na evolução, aplicação e interpretação do conjunto de leis referentes ao Direito de Família.

As diferenças históricas e socialmente construídas entre os sexos, permaneceram por muitos séculos justificadas pela ideologia do patriarcado e pela divisão sexual do trabalho, sendo abaladas por movimentos importantes tais como:

- Liberalismo - Ideologia de igualdade e liberdade, que alcançou o seu ápice na Revolução Francesa, trazendo no seu bojo a idéia de que todos os homens são naturalmente iguais, porque nascem livres e dotados de razão.

- Industrialização - A revolução industrial operada nos séculos XVIII e XIX, foi caracterizada pelo declínio do trabalho artesanal e doméstico, dando início ao êxodo rural em direção aos centros urbanos, e devido a grande necessidade de mão de obra, abriu o mercado de trabalho para as mulheres.

- Sufrágio Universal - Ao longo dos três últimos séculos do segundo milênio firmou-se o direito de voto, culminado no Princípio do Sufrágio Universal, garantindo a cada homem um voto. Foi árdua a luta para derru-

bar as resistências ao voto dos pobres e das mulheres, tachados como sem condições culturais para procederem à escolha dos seus representantes.

· O Pós-Guerra - A Segunda Guerra Mundial convocou aos postos de trabalho deixados vagos pelos homens envolvidos no conflito, as mulheres, de forma maciça, e uma vez terminada a conflagração, as profundas alterações dos valores sociais vigentes, não permitiu à volta ao *status quo* de total interiorização das mulheres ao cotidiano das relações domésticas.

Neste contexto histórico, a Declaração de Direitos do Homem, pela ONU, em 1948, declarou “a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade dos direitos dos homens e das mulheres, e no progresso social e melhor condição de vida, com mais liberdade”.

Os anos sessenta marcaram o surgimento dos movimentos organizados de militância feminina, questionando as raízes culturais da desigualdade de gênero, denunciando a mística do “eterno feminino”, calcada na crença da inferioridade natural da mulher, predestinada à função de procriadora, atada ao universo restrito do lar, afastada dos papéis de comando, cuja destinação era exclusiva do elemento masculino.

A ONU nas últimas décadas do milênio passado, em várias resoluções, recomendou a adoção de efetivas medidas para eliminação da discriminação:

- 1954 - Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher;
- 1958 - Convenção sobre a Nacionalidade da Mulher;
- 1964 - Convenção sobre a Idade Mínima e Registro de Casamento;
- 1980 - Convenção para Eliminação de todas as formas de discriminação contra a Mulher.

No Brasil, a luta pelo direito de voto feminino colocou em evidência o problema da discriminação de sexo. A ampliação dos direitos políticos daria às mulheres maior destaque na sociedade, capaz de escolher os membros do legislativo, compromissados com a luta da reivindicação feminina.

O Código Eleitoral de 1832 materializou a conquista feminina na questão sufragista, e a Constituição de 1934 incorporou esse direito.

O Estatuto da Mulher Casada, Lei nº 4.121 de 27.08.62, afastou a condição servil a qual estava relegada a mulher, à luz do direito positivo até então vigente.

A Constituição Federal de 1988 estabelece a igualdade entre homem e mulher, em todos os níveis.

A IGUALDADE NATURAL

A igualdade natural é estipulada no artigo 5º, inciso I:

“Todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza.”

O Brasil, por força do Decreto-lei nº 26 de 22/06/94, adotou a Convenção de eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher.

Código Civil de 1916, e, seu artigo 6º, com a redação anterior ao EMC, considerava a mulher casada “relativamente incapaz”, enquanto que as solteiras, maiores de vinte e um anos, eram emancipadas.

A nova redação conferida ao artigo em questão pelo EMC, retirou do elenco dos relativamente incapazes a mulher casada, mas um vasto caminho ainda seria percorrido pela mulher para fazer valer os seus direitos e garantir o seu justo papel na sociedade.

O EXERCÍCIO DE PROFISSÃO

O artigo 242 do C. Civil/1916, em sua redação original, proibia a mulher casada de exercer profissão sem autorização do marido.

Após o Estatuto da Mulher Casada, o exercício de profissão, bem como outras situações, tais como aceitar ou repudiar herança ou legado, aceitar tutela, curatela, ou outro múnus público, litigar em juízo civil ou comercial, foram retiradas do elenco do artigo em epígrafe e a mulher passou a realizar tais atos independentemente de autorização do cônjuge varão.

O Código Civil de janeiro de 2002, adotando lógica oposta, dispõe sobre os atos que tanto o marido quanto a mulher podem livremente praticar, encabeçando o rol do artigo 1.642, no inciso I, o exercício de profissão:

“Art.1.642 - Qualquer que seja o regime de bens, tanto o marido quanto a mulher podem livremente:

I- praticar todos os atos de disposição e de administração necessários ao desempenho de sua profissão, com as limitações estabelecidas no inciso I do artigo 1.647.”

O ERRO ESSENCIAL SOBRE A PESSOA - VIRGINDADE

Não dá ensejo a pedido de anulação de casamento pelo cônjuge varão, o fato de não ser virgem a mulher que desposou.

A hipótese arrolada no inciso IV do artigo 219 do Código Civil, foi retirada do elenco do artigo 1.557 do diploma novo, ao catalogar as modalidades de erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge.

O Código Civil de 2002, dá sinais inequívocos de estar na senda do humanismo, sendo vontade do legislador abolir a discriminação contra a mulher, calcada na ideologia do patriarcado, responsável pelo duplo padrão de educação dos sexos.

Nesse tema, de sensibilidade, é importante frisar que a boa-fama, a honra e a respeitabilidade, de ambos os cônjuges, continuam prestigiados pela lei, posto que o inciso I do artigo 1.556 do novo diploma substantivo, repete na íntegra, o inciso II do artigo 219 do velho Código Civil.

A moral da família, a ética comportamental de seus pilares, marido e mulher, não foi alterada. A grande mudança foi a tomada de consciência quanto aos reais contornos dos conceitos de dignidade e honra da mulher e da família, não atrelados, com toda certeza, ao estado de virgindade da virago.

O PODER FAMILIAR DA MÃE E DO PAI SOBRE A PESSOA DOS FILHOS

Antes do Estatuto da Mulher Casada, o exercício do pátrio poder sobre a pessoa dos filhos, era conferido apenas ao pai. O artigo 380 do Código Civil de 1916, teve sua redação alterada com o EMC, a seguir transcrito:

*“Durante o casamento, compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com **a colaboração da mulher**. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará outro cônjuge a exercê-la com exclusividade.”*

A mulher, mãe, passa a ser colaboradora do homem, pai, e em caso de divergência prevaleceria a decisão do pai, abrindo-se à mãe a possibilidade de recorrer ao judiciário, conquistas que já representaram um progresso, dispondo o parágrafo único do referido artigo, com a redação que lhe dera o EMC:

*“Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, **prevalecerá a decisão do pai**, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz, para solução da divergência.”*

O Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei nº 8.069/90, tornou obsoleta a letra do artigo 380 do Código Civil e seu parágrafo único, ao estabelecer, *in verbis*:

“O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.”

Pai e mãe passaram a exercer o pátrio poder em igualdade de condições, e em caso de discordância, sem que haja qualquer prevalência da opinião do pai, ambos terão o direito de recorrer ao juiz.

O novo Código Civil fala em poder familiar, ao invés de pátrio poder, em seus artigos 1.630 e 1.631:

“Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.”

“Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.”

Contempla o novo Código Civil, no parágrafo único do artigo 1.631, a hipótese de discordância entre os pais, no exercício do poder familiar, podendo, conforme já previsto no ECA, qualquer um deles recorrer ao judiciário:

“Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução de desacordo.”

Ao abandonar a expressão *pátrio poder* (pater vindo de pai), o moderno Código Civil se adequou perfeitamente aos postulados constitucionais, na clara intenção de sujeitar a prole ao poder familiar exercido em igualdade de condições pelo pai e pela mãe.

O artigo 393 do diploma substantivo de 1916, antes do Estatuto da Mulher Casada, continha punição a viúva que contráísse novas núpcias, impondo-lhe a perda do pátrio poder quanto aos filhos do leito anterior.

A redação do referido dispositivo, alterada pelo EMC, aboliu tal punição:

“A mãe que contrair novas núpcias não perde, quanto aos filhos do leito anterior, os direitos ao pátrio poder, exercendo-os sem qualquer interferência do marido.”

O novo Código Civil, artigo 1.636 *caput*, e em seu parágrafo único, consoante a ótica constitucional, amplia o artigo 393, *in verbis*:

“O pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro.”

Vê-se que o artigo 1.636, *caput*, tem a preocupação de fazer menção expressa a pessoa do pai. Abolida a desigualdade de gêneros, é necessário garantir a ambos os direitos de preservação do poder familiar sobre os filhos do relacionamento anterior. A quebra da presunção absoluta de que ao pai, homem, tudo era permitido, podendo se casar sem perder o pátrio poder sobre os filhos do leito anterior, enquanto à mãe, mulher, tal direito, em face de um novo casamento, foi uma tenaz luta, só finda com o advento do Estatuto da Mulher Casada, resta muito claro no novo texto legal.

O dispositivo de lei menciona *as novas núpcias* e o *estabelecimento de união estável*, de forma feliz, posto ser o casamento por comportamento uma outra forma de constituição de família, não podendo quer o novo cônjuge, quer o novo companheiro, interferir junto ao seu par, no que tange aos direitos do poder familiar referente aos filhos do relacionamento anterior.

A letra do novo Código Civil é perspicaz, atinando com a *monoparentalidade* no parágrafo único do artigo 1.636, garantindo ao pai ou a mãe solteiros, que vierem a contrair núpcias ou estabelecer união estável, o pleno exercício do poder familiar quanto aos filhos do relacionamento anterior:

“Igual preceito ao estabelecido neste artigo aplica-se ao pai ou à mãe solteiros que se casarem ou estabelecerem união estável.”

A CHEFIA DA SOCIEDADE CONJUGAL

A Constituição Federal, no artigo 226 § 5º, consagrou o Princípio da Isonomia entre o Marido e a Mulher, quanto ao exercício da chefia da sociedade conjugal.

Inicialmente, o artigo 233 do Código Civil do início do século passado, conferia a chefia da sociedade conjugal, única e exclusivamente ao marido.

A lei do divórcio, artigo 50, item 5, abrandou o rigor dessa centralização, rotulando a mulher como “colaboradora” do marido nos encargos de família, *in verbis*:

“O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos.”

No moderno Código Civil, a direção da sociedade conjugal é exercida pelos cônjuges em conjunto, colaboradores que são entre si, conforme a letra do artigo 1.567:

“A direção da sociedade conjugal será exercida em colaboração pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos.”

O artigo do novo Código suprimiu a expressão “comum”, que acompanhava o interesse, posto ser evidentemente comum o interesse do casal.

O parágrafo único do artigo 1.567, implicará em juízo de valoração do magistrado.

“Havendo divergência, qualquer dos cônjuges poderá recorrer ao juiz, que decidirá tendo em consideração aqueles interesses.”

DOMICÍLIO CONJUGAL

Era do varão o direito de fixar o domicílio conjugal, antes da Constituição cidadã.

A redação do inciso III do artigo 233 do Código Civil de 1916, já havia sido modificada pelo Estatuto da Mulher Casada, inovando com uma certa dose de abertura, ao ressaltar a possibilidade de recorrer, o cônjuge -mulher ao judiciário, no caso de deliberação que lhe trouxesse prejuízo, segundo transcrito:

“O direito de fixar o domicílio da família, ressalvada possibilidade de recorrer a mulher ao juiz, no caso de deliberação que a prejudique.”

O novo Código Civil, em conformidade com a igualdade de gênero preconizada pela Constituição e atinando para o maciço número de mulheres que estão no mercado de trabalho em condições paritárias com o homem, estabeleceu no artigo 1.569:

“O domicílio do casal será escolhido por ambos os cônjuges, mas um e outro podem ausentar-se do domicílio conjugal para atender

a encargos públicos, ao exercício de sua profissão, ou a interesses particulares relevantes.”

Em caso de desentendimento, convocado será o judiciário a promover a harmonização do conflito, valorando as circunstâncias específicas do artigo 1.569, autorizadas do afastamento de qualquer um dos cônjuges do domicílio do casal.

O APELIDO DOS NUBENTES

Era cogente a adoção dos apelidos do marido pela mulher, consoante a letra do artigo 240 do Código Civil ultrapassado.

A lei 6.515/77, a conhecida Lei do Divórcio, acrescentou parágrafo único ao artigo 240, tornando opcional a adoção dos apelidos do marido pela mulher:

*“A mulher **poderá** acrescer aos seus os apelidos do marido.”*

A igualdade de gêneros estabelecida pela Constituição Federal trouxe à lume a questão, fartamente alardeada, de que ao varão deveria se facultar também a opção pela adoção dos apelidos da mulher.

A moderna codificação substantiva estabeleceu expressamente essa possibilidade facultada, no §1º do artigo 1.565, a qualquer dos nubentes:

“Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescer ao seu o sobrenome do outro.”

Resta claro, portanto, que hoje não só à mulher se permite adotar o apelido do marido, podendo o homem, também, adotar o apelido da mulher. O que deve ser indagado nesse campo é quanto a dúlice possibilidade de adoção dos apelidos, ou seja: os nubentes adotarem concomitantemente os nomes de família um do outro.

A letra do artigo em epígrafe, ao que parece permite interpretação, no sentido de permitir a adoção bilateral. Melhor dirá a construção pretoriana a se estabelecer quanto a essa matéria.

O novo diploma substantivo é voltado para o papel de pacificador do Poder Judiciário, mormente em matéria de família, Livro IV, no qual a todo momento se vê a referência de que em caso de litígio fica assegurado o direito de recorrer ao magistrado, referência aparentemente óbvia e por-

tanto dispicienda.

À luz do novo diploma alarga-se a responsabilidade do judiciário, convocado pelo legislador, de forma expressa e proposital, a acomodar com prudência, razão e sensibilidade, as novas relações no âmbito familiar, devido ao salto quântico empreendido pelo Direito de Família. ◆

A REPERCUSSÃO DO NOVO CÓDIGO CIVIL SOBRE A AQUISIÇÃO DE BENS IMÓVEIS PELO PODER JUDICIÁRIO

JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR

Desembargador do TJ/RJ e Professor da EMERJ

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos vinte anos, o Poder Judiciário brasileiro tem recebido número crescente de demandas, em função, sobretudo, de dois fatores, que, de tão conhecidos e notórios, dispensam demonstração: (a) as desigualdades sócio-econômico-culturais que fomentam conflitos de toda sorte, fenômeno universal que se mostra mais agudo em sociedades como a nossa, onde mais complexa e difusa é a desigualdade; (b) a criação ou o alargamento de direitos subjetivos e suas respectivas garantias instrumentais, introduzidos na ordem jurídica pela Constituição da República de 1988, fato nacional que refletiu tendência do constitucionalismo contemporâneo, atraindo aos tribunais pleitos que, antes, bem ou mal, encontravam outras vias de composição, ou não geravam disputas, ou simplesmente não eram formulados, constituindo o que tem sido chamado de “demanda reprimida por prestação jurisdicional”.

A pressão por mais justiça, em seu sentido de pacificação social e garante de ordem e estabilidade públicas, tem suscitado respostas de variada política, que passam (a) pela instituição de vias alternativas de resolução privada dos conflitos (como o juízo arbitral), que presume a incapacidade do Estado de ampliar e tornar mais rápida a atuação da Justiça pública; (b) pela ampliação dos serviços das organizações judiciárias tradicionais (multiplicação de órgãos prestadores de jurisdição, em primeiro e segundo graus), que se contrapõe àquela presunção; (c) pela criação de modelos diferenciados de prestação jurisdicional, com forte apelo aos recursos da comunidade (como os juizados especiais e seus quadros de conciliadores leigos), traduzindo a busca de solução eclética, capaz de amalgamar esforços

do Estado e da Sociedade; e (d) por reformas da legislação processual, no propósito de simplificar e racionalizar ritos e instâncias, de que é exemplo o conjunto de leis extravagantes que, desde a segunda metade da década de 90, vem modificando o código de processo civil promulgado em janeiro de 1973. As vertentes não se excluem e, sob a ótica da eficiência, apresentam certos pontos de contato, tal como o da imperiosa necessidade de contarem com meios informatizados, sob administração gerencial qualificada, com aptidão para responder à massificação dos serviços.

O foco do presente estudo concentra-se em questão que se situa no âmbito das respostas que os administradores dos Tribunais de Justiça têm proposto por meio da ampliação de seus próprios serviços e estruturas, a partir de leis que criam Fundos Especiais providos de receitas vinculadas ao custeio da prestação jurisdicional, de modo a desonerar os respectivos erários estaduais e a ensejar o exercício da autonomia administrativa e financeira que o art. 99 da CF/88 outorgou aos Tribunais de Justiça.

A ampliação de serviços e estruturas conhece limites físicos evidentes em relação às disponibilidades de recursos financeiros, humanos e materiais. Por isto que qualquer esforço de ampliação deve ser precedido de planejamento e acompanhado de avaliação, ambos, planejamento e avaliação, submetidos a quadro regulador que lhes pavimente os caminhos da legalidade, da legitimidade, da economicidade e da eficiência. De sorte que, no campo da aquisição de bens que sirvam à ampliação, deve o gestor judiciário pautar-se segundo finalidades previamente fixadas, com vistas a obter resultados que correspondam à eficácia de objetivos e metas de melhoria na entrega da prestação jurisdicional, que é, em última análise, o que dele esperam os jurisdicionados.

Surge o primeiro desafio conceitual que impende desde logo enfrentar na introdução do tema: a relação entre eficiência e eficácia, sob a perspectiva das organizações e tendo em conta que a Emenda Constitucional nº 19/98 incluiu a eficiência entre os princípios que o art. 37, *caput*, considera regentes da Administração Pública brasileira, aí incluído, expressamente, o Poder Judiciário, seja na esfera da União ou dos Estados.

O resumo de Alzemerí Martins, ilustre Procuradora do Estado da Bahia, estabelece tal relação com didática clareza, *verbis*:

“Os conceitos de eficiência e eficácia têm na Ciência da Administração o seu nascedouro e em Max Weber o seu decodificador, através da

Teoria da Burocracia... Para Weber, eficácia é a obtenção do resultado esperado. Para existir eficácia, necessário traçar um fim e alcançá-lo. Eficiência, diversamente, é a qualidade de realizar uma atividade de modo correto, obedecendo padrões estabelecidos. É, como a eficácia, uma medida normativa de utilização de recursos no processo produtivo, mas está voltada à melhor forma de realizar a atividade. Disto se conclui que a eficácia se centraliza no para quê as coisas são feitas e a eficiência em como são feitas.”

“Eficiência..., em termos econômicos, é uma relação entre custos e benefícios... está voltada para a melhor maneira (the best way) pela qual as coisas devem ser feitas ou executadas (métodos), a fim de que os recursos (pessoas, máquinas, matérias-primas) sejam aplicados da forma mais racional possível. Dessa forma, a eficiência preocupa-se com os meios, com os métodos e procedimentos mais indicados, que precisam ser devidamente planejados e organizados, com o fito de assegurar a otimização da utilização dos recursos disponíveis (observa-se que a nota característica do conceito de eficiência, para a Ciência da Administração, é o controle dos meios, que devem ser utilizados para alcance das finalidades).”

“Eficácia ... refere-se à capacidade de satisfazer uma necessidade da sociedade através do suprimento de seus produtos – bens ou serviços. O alcance dos objetivos visados não entra na esfera da competência da eficiência; é um assunto ligado à eficácia. Em suma: a eficiência dá ênfase nos meios, a eficácia nos resultados. Enquanto a eficiência se preocupa em como as coisas são feitas e de que maneira deverão ser executadas, a eficácia se preocupa em para quê as coisas são feitas, quais os resultados que elas trazem e quais os objetivos que visam alcançar.”

“A consequência direta da eficiência – frise-se, no modelo burocrático – é a produtividade, que pode ser definida como a produção de uma unidade produtora por unidade de tempo, isto é, o resultado da produção de alguém por um determinado período de tempo. Quanto maior é a eficiência, maior é a produtividade.”

“... Burocracia, no sentido weberiano, não tem o significado pejorativo de uso popular, mas um sentido técnico voltado para a racionalidade (adequação dos meios aos fins) e para a eficiência ... Em suma, eficiência e eficácia, ao contrário do caráter inovador que se pretende imprimir nos dias atuais, são conceitos antigos na Administração. O primeiro, voltado para os métodos, meios e procedimentos. O segundo, para a obtenção de resultados ...”

“... o princípio constitucional da eficiência – que abarca as noções de eficiência e eficácia da Teoria Burocrática – ter-se-á por uma norma constitucional voltada à Administração Pública, que lhe impõe a melhor realização possível da atividade que lhe é cometida por lei. E como os princípios são integrados de valores, compõem a eficiência, principalmente, a economicidade, a celeridade, a vedação ao ritualismo estéril e a qualidade...”

“A eficiência administrativa não admite a mera correção de procedimentos, em detrimento dos resultados, daí ganhar corpo a afamada teoria da convalidação de atos irregulares... A complementaridade entre o princípio da eficiência e o princípio da legalidade, que, frise-se, não são antinômicos, vai de encontro ao efficientismo vazio e ao legalismo estéril ... a atividade administrativa apenas se contentará com a eficiência obtida em obediência ao comando legal. Mas nem por isso chego ao extremo de afirmar que a eficiência é a face material da legalidade, como querem uns, ou um plus à legalidade, como querem outros. Comungo, sim, com a tese daqueles outros que vêem no princípio da eficiência um princípio autônomo com valores próprios ...” (Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia, 26:85-112, jan./dez. 2000).

Estabelecida a relação entre a eficiência e a eficácia, e percebida a fusão de seus respectivos conteúdos econômicos e administrativos quando convertidas no princípio constitucional da eficiência, a incorporação de bens imóveis ao patrimônio gerido pela administração judiciária é questão necessariamente vinculada ao procedimento da aquisição, que deve ser eficiente a ponto de assegurar que o respectivo investimento de capital produza resultado eficaz quanto à essência institucional do Poder Judiciário, que é a

de entregar, com adequação e em tempo razoável, a prestação que as partes demandam do Estado-juiz.

Em outras palavras, o Judiciário não adquire imóveis para ampliar o seu patrimônio com o fim de proporcionar maior conforto ou comodidade a magistrados e serventuários. Fá-lo para abrigar, condignamente, serviços e instalações onde ou por meio dos quais possa entregar à população as prestações especializadas que esta lhe demanda. Daí ser imperioso que se consagrem tais bens, de imediato, às finalidades próprias dessa prestação, vedada qualquer outra.

Como garantir-se que assim ocorra, em cada aquisição de bens pelo Judiciário, notadamente os imóveis, é o propósito deste estudo, levando em conta as modificações que o novo Código Civil introduziu no tratamento dos bens públicos. Modificações discretas na aparência, todavia relevantes em contraste com a ordem jurídica fundada pela Constituição Federal de 1988.

2. OS BENS PÚBLICOS NA LEI CIVIL

A presença, no Livro II (Dos Bens), de um Capítulo (III) dedicado a classificar os bens em públicos e particulares suscitou não pouca crítica durante a tramitação do projeto do Código Civil de 1916. Empenharam-se em debates parlamentares Clóvis Beviláqua, Júlio Santos, Andrade Figueira, Azevedo Marques e Coelho Rodrigues, este autor de substitutivo que discriminava os bens que deveriam caber a cada ente político.

Clóvis a tanto se opunha por lhe parecer que “essa atribuição de bens à União, aos Estados e Municípios é mais um assunto de Direito Público e Administrativo do que de Direito Civil ... Como, porém, se apelou para necessidades práticas, pus de lado as minhas considerações, que poderiam parecer teóricas”, mas insistia em que, para evitar omissões inevitáveis no rol desses bens, convinha que se adotasse “a disposição genérica do projeto primitivo”. Os comentadores pósteros concordam em que “Escapa à órbita do Direito definir quais os bens públicos, pois tal matéria se compreende no âmbito do Direito Constitucional ou mesmo dentro da alçada do Direito Administrativo. Com efeito, é na Constituição e noutras leis de direito público que se encontra a enumeração de referidos bens” (Sílvio Rodrigues, **Direito Civil**, v. I, parte geral, p. 147. Ed. Saraiva, 18ª ed., 1988).

Predominou a separação: ao direito público cabe discriminar quais os bens da União, dos Estados e dos Municípios; ao direito privado incumbe

classificar os bens públicos, para estreimar o perfil de seu regime jurídico do regime jurídico dos demais. É a síntese que se acha em ambos os Códigos, em seus arts. 65 e 98, respectivamente: definidos os bens públicos, “todos os outros são particulares”.

Também se ponderava acerca da distinção entre bens públicos, de uso comum e de uso especial. Para Andrade Figueira, era “distinção científica que não deve constar da lei, porquanto há bens de uso comum que por um decreto podem tornar-se de uso especial, como podem entrar para a classe dos bens patrimoniais ... A lei precisa confirmar o princípio da inalienabilidade porque os bens, quer sejam da União, dos Estados ou dos Municípios, que são declarados inalienáveis, não estão sujeitos à penhora. Os Municípios e os Estados, que, segundo dizem, estão muito endividados, precisam dessa garantia. A um aparte de Clóvis, perguntando se assim é quando o Estado exerce uma indústria, responde que ... se exerce uma indústria, possui um fundo, como qualquer particular. Cessa a relação de direito público. Se o Estado é proprietário, para comprar, ele não o faz por meio de uma escritura, como qualquer particular? Não deve obedecer à lei que rege a aquisição de imóveis? Está sujeito ao direito privado. Mas agora trata-se de bens públicos ...”.

Acabou por prevalecer, como registra o **Manual do Código Civil Brasileiro**, coletânea dos primeiros comentários editados sobre o Código de 1916, sob a coordenação de Paulo de Lacerda, redação que, proposta por Ruy, “estabelecia com clareza a distinção entre os bens de uso comum, especiais e dominiais, classificando-os e enumerando-os por espécie” no art. 66. Sá Freire, que assina os comentários enfeixados no volume II, parte geral, da coletânea, aludia a conceitos que, como se verá, permanecem e presidiram a redação do art. 99 do novo Código, que corresponde ao art. 66 do antigo.

Seguem excertos que vale a pena transcrever, não apenas porque interessam aos objetivos deste estudo, mas, também, porque a vetusta fonte rareia nas bibliotecas e livrarias e tende a ser ainda mais olvidada na medida em que se venham a suceder os comentários sobre o novo Código. O fato deste atualizar a disciplina da matéria em face da ordem constitucional sugerirá, aos que impulsionam o propósito de esmaecer os paradigmas romanistas de nossos institutos de direito comum, que o novo Código teria rompido o elo com suas origens, o que não é verdadeiro.

Eis o texto de Milcíades Mário de Sá Freire: “O Código, discriminando os bens públicos, menciona no nº I do art. 66 os de uso comum do

povo e exemplifica: tais como os mares, rios, estradas, ruas e praças... as coisas comuns são as que não se podem tornar propriedade exclusiva de pessoa alguma: o ar, o mar, a água corrente. Todos têm igual direito de gozar dessas coisas, mas de nenhum modo elas podem fazer parte do patrimônio exclusivo de quem quer que seja. Noção esta que deriva do direito romano, que denominava **res publica** o conjunto das coisas que formavam o domínio privado do Estado, como as vias públicas, os teatros, os rios, os portos etc. O direito sobre as coisas de uso público é a forma inferior da faculdade de gozar, e não era garantido senão por ação de **injurias**...

*“Berthélemy diz que a expressão domínio, em direito administrativo, se aplica ao conjunto de bens utilizados ou explorados pela coletividade ou para a coletividade de cidadãos. Divide esses bens em duas categorias: uns servem a todos, como os cursos d’água, os caminhos, os portos, e, pela sua natureza ou pelo seu destino, se assemelham às **res communes**, cuja apropriação não se concebe. Outros não se distinguem materialmente dos bens ordinários: uma escola pública não se distingue, pela vista, de uma escola particular; um presbitério não se distingue de qualquer outra casa de habitação; a floresta dominial não se distingue da mata particular..*

*“A essas duas categorias de bens se aplicam regras de direito diferentes. Aos bens de todo semelhantes, aos que entram na composição dos patrimônios particulares, se aplicam, **mutatis mutandis**, as regras do direito civil. Esses são os bens que, entre nós, formam o domínio privado da União, dos Estados e dos Municípios. Quanto aos outros bens, os que de modo algum se assemelham aos dos particulares, os que são de uso de todos, quer por sua natureza, como os rios, quer por um destino cujo caráter ou fim os desnatura, como as estradas, regras especiais lhes são aplicadas, porquanto esses bens constituem o domínio público. Se é verdade que está sujeita a controvérsia a natureza dos direitos que, sobre essa parte do domínio, exercem as pessoas administrativas, um ponto nunca foi posto em dúvida: a indisponibilidade do domínio público, enquanto conserva essa qualidade. Observa, finalmente, o professor da Faculdade de Paris: ‘O domínio público é inalienável*

e imprescritível. Tanta basta para mostrar qual o interesse prático que apresenta a determinação de um critério pelo qual se reconheça se um bem dominial é dependência do domínio público ou elemento do domínio privado’...

“Encontra-se segura interpretação... no voto vencido do Ministro Edmundo Lins, onde se lê: ‘Cumpre, antes do mais, observar que o Código não diz que são bens públicos os do uso comum do povo etc., mas que os bens públicos são os de uso comum do povo etc. A diferença é grande entre as duas sentenças: pela primeira, todos os bens do uso comum do povo seriam públicos, ao passo que pela segunda, não. O Código apenas definiu uma das classes dos bens públicos, a saber, os do uso comum do povo. Nem poderia ser de outro modo. Na verdade, bens há que são particulares, mas que os proprietários deixam, por algum tempo, para o uso comum do povo. Na cidade de Diamantina, por exemplo, houve um capitalista que destinou uma de suas casas para o uso comum do povo, que vinha de outros lugares e precisava de hospedagem: lá ficava, sem pedir licença, e o tempo que queria. Com a sua morte, os herdeiros acabaram com esse hotel gratuito e deram ao prédio outro destino. Nesta cidade, particulares há que deixam terrenos abertos para o uso do povo, que neles estabelece campos de futebol, enquanto o proprietário não fecha os ditos terrenos ou neles não edifica’...

*“Da classificação do Código resulta manifesta a diferença entre bens de uso comum (fora do comércio) e os outros dois que se equiparam, classificação legal que não anula e nem se opõe à divisão clássica dos bens do domínio nacional em duas classes: bens do domínio público do Estado e bens do domínio privado do Estado... Clóvis dá noção perfeita dos bens de uso comum, de uso especial e dominicais: ‘Os primeiros são os que pertencem a todos (**res communes omnium**). O proprietário desses bens é a coletividade, o povo. À administração pública estão confiadas a sua guarda e gestão. Podem utilizar-se deles todas as pessoas, respeitadas as leis e os regulamentos. Os segundos são propriedade da União, do Estado ou do Município, porém aplicados a determinada ordem de serviço público. Os terceiros são patrimoniais. Sobre eles a União, o Estado ou o Município exerce*

poderes de proprietário, segundo os preceitos do direito constitucional e administrativo” (*Manual* cit., v. II, p. 523-567. Ed. Jacintho Ribeiro dos Santos, Rio de Janeiro, 1930).

A evocação aos septuagenários comentários, cuja essência o passar do tempo não alterou, tem, dentre outras, uma destacada utilidade, qual seja a de responder à pergunta, que já então se fazia e que hoje ainda ecoa: por que, nada obstante a resistência de Clóvis, prevaleceu o entendimento em favor da inserção, no Código Civil, de normas concernentes a bens públicos, que, nessa qualidade, sujeitam-se a disciplina de direito público, em princípio derogadora e exorbitante do direito comum?

A resposta é matizada, desafiando item específico para o seu desenvolvimento, ainda que breve, como se segue.

3. O REGIME JURÍDICO DA AQUISIÇÃO DE BENS PELOS ENTES PÚBLICOS

Do ponto de vista de sua finalidade, os bens não ingressam no patrimônio público, nem são aí geridos, do mesmo modo. Conforme se trate de móvel ou imóvel, diversa é a via e seus respectivos procedimentos.

Quanto aos móveis, sua aquisição estará sempre vinculada a uma utilidade de interesse da Administração, previamente fixada. A aquisição dos imóveis poderá estar ou não desde logo atrelada a uma destinação específica.

A compra de bens móveis – gêneros, equipamentos, aparelhos e produtos em geral, sejam classificáveis como material permanente ou de consumo – depende, sempre, de prévia especificação, que consiste na definição, pelos órgãos competentes, das características quantitativas e qualitativas que o material deve reunir para bem atender ao uso a que será destinado.

A Lei nº 8.666, de 21.06.93, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, instituindo normas para licitações e contratos da Administração Pública, timbra de rigor ao estabelecer que “Nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa”. Seu art. 15, § 7º, arremata que “Nas compras deverão ser observados, ainda: I – a especificação completa do bem a ser adquirido, sem indicação de marca; II – a definição das unidades e das quantidades a serem adquiridas em função do consumo e utilização prováveis, cuja estimativa será obtida, sempre que possível,

mediante adequadas técnicas quantitativas de estimação; III – as condições de guarda e armazenamento que não permitam a deterioração do material”.

Fica evidente que por especificação de objeto deve ser entendida a relação de adequação entre as características do bem e as necessidades administrativas que deverá suprir, e que tal especificação é ato prévio à aquisição. A lei considera-o requisito de validade da compra, já que comina nulidade para aquela que se fizer “sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento”. Curial que a previsão orçamentária depende da especificação, posto que esta é que define as características que o bem deverá ter para servir às necessidades da Administração. E tais características é que propiciarão a verificação dos preços que o mercado pratica com respeito aos produtos delas portadores, verificação essa indispensável a que se estime o valor a ser reservado dentre as verbas orçamentárias pertinentes e disponíveis para a futura aquisição. De sorte que, quando esta se aperfeiçoa, a Administração sabe, de antemão, a que destino e usos remeterá o bem adquirido, posto que este terá sido o primeiro passo dado ao início dos procedimentos tendentes à contratação, com ou sem licitação. Resulta ser ilegal qualquer compra de bem móvel que a Administração promova sem previamente saber, com exatidão, a que finalidade o destinará. A consagração dos móveis a fins previamente traçados é da essência da compra administrativa.

O mesmo não ocorre, sempre, com a aquisição de imóveis. Há hipóteses em que a especificação prévia é indispensável, tal como naquela em que o art. 24, X, da mencionada Lei nº 8.666/93 autoriza a contratação direta (vale dizer, com dispensa de licitação) de compra ou locação de “imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípua da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia”. Quando inaplicável for essa regra de contratação direta, por ausente qualquer daqueles requisitos, e exigível for a licitação, a situação enquadra-se na regra geral do art. 14, procedendo-se à adequada especificação do imóvel em relação às finalidades para as quais será utilizado, antes de proceder-se ao devido certame licitatório.

A aquisição por modo originário também poderá pressupor a consagração do imóvel a determinada finalidade, previamente ao aperfeiçoamento da transmissão do domínio. É o que ocorre nas desapropriações, cujo processo administrativo inaugura-se com o ato-condição que declara a utilidade ou

necessidade pública, ou o interesse social, ou agrário, ou urbanístico, a que o imóvel expropriando deverá atender uma vez que dele se aposse a Administração. Também aqui haverá consagração do bem a determinada finalidade, previamente à sua aquisição.

Mas os modos de aquisição originária (desapropriação) ou derivada (compra) de imóveis, supra ilustrados, não esgotam a pauta de possibilidades de ingresso desses bens no patrimônio estatal. Aquisições haverá em que o imóvel ingressará desvinculado de qualquer finalidade, cabendo à Administração verificar, ao depois, qual o uso que dele fará, a exemplo do que ocorre com os imóveis que ingressam no patrimônio mediante dação em pagamento de tributos ou contribuições devidos à Fazenda.

Extraí-se que, na aquisição de imóveis, a Administração Pública pode ou não saber de antemão a que uso remeterá o bem. Em caso afirmativo, e tratando-se de uso que corresponda a interesse público ou administrativo específico, o imóvel ingressará sob o sinete da indisponibilidade, posto que desde logo vinculado àquela destinação. Serão os bens de uso comum do povo e os bens de uso especial. Em caso negativo, o imóvel permanecerá, mesmo depois de incluído no patrimônio estatal, quase, *modus in rebus*, como qualquer bem se apresenta no patrimônio particular, ou seja, disponível para que o proprietário dele faça o que lhe aprouver, quando lhe aprouver. No caso dos bens de uso comum e de uso especial, a Administração Pública não exerce, indiscriminada e indistintamente, os atributos inerentes ao domínio. Será, em verdade, mera gestora do bem, zelando por que se mantenha em condições de servir ao uso comum ou ao uso especial. No caso dos bens disponíveis, também chamados de patrimoniais ou dominicais, a Administração, ao geri-los, estará equiparada ao proprietário privado, tanto que o art. 17, I, da citada Lei nº 8.666/93 contempla várias hipóteses de alienação de imóveis com dispensa de licitação.

Fica claro que sobre os bens de uso comum do povo e de uso especial da administração incide regime jurídico de direito público, integral e exclusivamente. Por isto importa que o Código Civil exclua tais bens da tutela do direito privado. E que sobre os bens dominicais incide regime jurídico que segue princípios e normas gerais de direito público, convivendo, porém, com o direito privado nos negócios jurídicos de que tais bens venham a ser objeto, segundo institutos de aquisição típicos, tais como, além da compra e venda e da dação em pagamento retro aludidas, a doação e a permuta.

Sob a perspectiva da ampliação da base física das instalações do

Poder Judiciário, o foco deve concentrar-se nos bens de uso especial, que ingressam no patrimônio público com destinação predefinida, excludente de qualquer outra em que qualquer outro setor da Administração Pública possa ter interesse.

4. AS MODIFICAÇÕES INTRODUZIDAS PELO NOVO CÓDIGO CIVIL NO TRATAMENTO DOS BENS PÚBLICOS

O novo Código Civil trata dos bens públicos nos arts. 98 a 103. Confrontados com os arts. 65 a 68 da lei deroganda, ressaltam as modificações que a seguir se apontam.

4.1 - A identificação da esfera do domínio nacional em que gravitam os bens públicos não mais se define pela nomeação da União, dos Estados e dos Municípios. Segundo o novo texto, são públicos os bens que pertençam às pessoas jurídicas de direito público interno. E estas, nos termos do art. 41, são a União, os Estados, o Distrito Federal, os Territórios, os Municípios, as autarquias e demais entidades de caráter público criadas por lei.

A nova ordem certifica que somente as pessoas mencionadas no art. 41 ostentam personalidade jurídica que as habilita ao exercício de direitos e obrigações, inclusive, portanto, quanto aos modos originário e derivado de aquisição de bens, móveis ou imóveis. Consagra-se a teoria de imputação, de largo e vetusto trânsito no direito público, segundo a qual são despersonalizados os órgãos integrantes da estrutura em que se decompõem, administrativamente, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por isto que os atos desses órgãos devem ser imputados ao ente público a que respectivamente se subordinam, que por eles responde.

O mesmo raciocínio conduz à conclusão de que são igualmente despersonalizados os órgãos integrantes da estrutura do Poder Judiciário. E este, como os demais Poderes constituídos, confunde-se, sob a perspectiva da personalidade jurídica, com a União ou o Estado em cuja estrutura institucional se situe. A mesma teoria da imputação remeterá ao domínio e à responsabilidade da União ou do Estado também as conseqüências dos atos administrativos negociais, bem como dos contratos administrativos, que os órgãos do Judiciário pratiquem. Segue-se que os bens imóveis que venham a ser adquiridos com recursos autônomos do Poder Judiciário ingressam, em verdade, no patrimônio da União (se se tratar de tribunal federal) ou do Estado (se se tratar de tribunal estadual).

4.2 – Instigante questão decorre do parágrafo único do mencionado

art. 41, que admite a existência de pessoa jurídica de direito público “a que se tenha dado estrutura de direito privado”, regendo-se tal pessoa, então, no que couber, quanto ao seu funcionamento, pelas normas da lei civil. Teria a regra por destinatárias, entre outras, as fundações instituídas pelo Poder Público com personalidade de direito privado? Ou as chamadas “organizações sociais”? A essas pessoas faltaria a premissa de serem, por natureza, pessoas jurídicas de direito público. Ao contrário, as fundações e as organizações sociais são, por índole, pessoas jurídicas de direito privado, a que a lei atribui função pública ou, eventualmente, classifica, como no caso de certas fundações, como de direito público. Por outro lado, seria possível moldar como de direito privado a estrutura de uma autarquia, pessoa tipicamente de direito público interno, e, então, submeter o seu funcionamento ao Código Civil? A interpretação da norma carece de aprofundamento, indispensável para que se evitem aberrações.

Seja qual for o sentido da ressalva, serão dominicais, vale dizer, disponíveis, os bens dessas pessoas de direito público com estrutura de direito privado, salvo se a lei dispuser em contrário. De vez que o art. 101 consente que os bens públicos dominicais sejam alienados, observadas as exigências da lei, segue-se que os bens dessas pessoas são alienáveis, o que inova o regime do antigo art. 67, que considerava inalienáveis todos os bens públicos e remetia à lei a definição dos casos e circunstâncias de perda da inalienabilidade, que rotulava como de seu “peculiar” regime.

Decerto que se agitará discussão sobre a penhorabilidade desses bens. Recorde-se que o art. 649, inciso I, do CPC declara a impenhorabilidade absoluta dos bens inalienáveis. Uma vez que os bens dominicais podem ser alienados, inverteu-se a premissa. A regra geral passou a ser a alienabilidade, cumpridas as exigências da lei. Logo, se esta não as formular, os bens dominicais serão alcançáveis pela constrição, somente descabida em relação aos bens inalienáveis por definição e natureza, os quais, na dicção do art. 100, são os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial. A novidade está na expressa exclusão da inalienabilidade, destarte da impenhorabilidade, como característica dos bens dominicais. No regime derogado, este acompanhava os bens de uso comum do povo e os de uso especial quanto à inalienabilidade. Agora, os bens dominicais são em regra alienáveis, observados os requisitos da lei.

4.3 – O fato do art. 100 estabelecer que os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, “enquanto conservarem

a qualificação, na forma que a lei determinar”, traduz fórmula superior àquela que lhe corresponde no art. 67 da lei antiga. É que fica claro, agora, que a afetação desses bens a seus respectivos usos específicos admite conversão. Como se verá adiante, ditos bens podem ter sua categoria alterada, transformando-se a sua qualificação, para usar a expressão do novo texto, mediante afetações e desafetações sucessivas.

Em outras palavras, os bens de uso comum do povo e os de uso especial da administração mantêm-se inalienáveis enquanto forem, respectivamente, bens de uso comum do povo ou bens de uso especial da administração. Se perdem tais qualidades, tornando-se dominicais pela desafetação, transmudam-se em alienáveis, pela singela razão de que, enquanto afetados, fora do comércio estavam, o que cessa com a desafetação.

Não se pode afirmar que o novo Código seja inovador. Os primeiros comentadores do Código de 1916 já percebiam a conversibilidade entre as categorias de bens públicos, tanto que ressaltavam que “Peculiar não significa imutável, irrevogável; mas sim exprime uma qualidade própria, que pode ser dispensada por quem a criou, isto é, pelo legislador” (*Manual* cit, p. 568). O que a aplicação da lei civil veio esclarecer é que a desafetação, como se evidenciará a seguir, não dependerá sempre da lei, podendo resultar de ato jurídico ou de fato jurígeno.

4.4 – O art. 102 traz novidade apenas formal em relação ao sistema do antigo Código, e nem isto em face do sistema inaugurado pela Constituição de 1988. Ao declarar que os “bens públicos não estão sujeitos a usucapião”, o novo Código enuncia expressa proteção contra a chamada prescrição aquisitiva em favor de todas as categorias de bens públicos, o que inclui os dominicais. Curioso quanto a estes: são alienáveis, porém imprescritíveis.

Acompanha a CF/88, cujos arts. 183, § 3º, e 191, parágrafo único, repetem, como eco: “Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião”. A repetição de idêntico dispositivo em dois artigos da Carta Fundamental indica que a vedação abrange tanto os imóveis localizados em áreas urbanas (art. 183) quanto rurais (art. 191).

Todavia, nenhuma inovação substancial decorre do art. 102. O verbete 340, da Súmula do Supremo Tribunal Federal, proclamava que “Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião”, o que Clóvis também sustentava desde os primeiros comentários sobre o monumento codificado de 1916, por razões que dispensam reprodução, nos limites destas reflexões.

5. O FATO JURÍGENO DA AFETAÇÃO

O novo Código Civil mantém, como se deduz a olho nu, a classificação dos bens públicos em três categorias: os de uso comum do povo, os de uso especial, e os dominicais ou patrimoniais.

Os bens de uso comum são aqueles postos ao uso e gozo por qualquer pessoa, desde que de modo compatível com a respectiva destinação. A segunda parte da definição é relevante. Imagine-se a praça pública, cuja destinação é a de servir ao lazer. O fato de ser bem de uso comum não autoriza a que alguém ali estenda um varal de roupas para secarem ao sol. A destinação dos bens de uso comum expõe-se a manipulações eventuais. É juridicamente clara a impossibilidade de a Administração pública tolerar que esses bens sejam utilizados para fins incompatíveis com aquela destinação, o que equivale a dizer-se que camelôs só podem ocupar ruas, praças, avenidas ou praias, para a venda de mercadorias, mediante permissão expedida pela autoridade competente. É que, embora tais bens sejam franqueados ao uso indistinto de qualquer do povo, é defeso que o uso por alguns desnature a finalidade própria do bem. Se a autoridade administrativa considerar que a atividade privada proposta compatibiliza-se com o interesse público e a destinação do bem, expedirá a permissão; convencendo-se do oposto, indeferirá o pedido do particular e coibirá o uso não consentido.

Os bens de uso comum do povo integram o respectivo domínio dos entes públicos políticos maiores (União, Estados-membros, Municípios e Distrito Federal), tal como separados na Constituição. São bens indisponíveis, enquanto afetados à destinação pública. Eis noção fundamental em matéria de bens públicos, a da afetação. Se a destinação que flui da afetação for no sentido de uma fruição genérica, configura-se o bem de uso comum; se no sentido do uso restrito, trata-se de bem de uso especial.

Os bens de uso especial são destinados à execução dos serviços administrativos, utilizáveis apenas pelo Poder Público, único titular dos serviços públicos (CF/88, art. 175). Pertencem aos entes públicos ou autárquicos. Os bens das autarquias também podem ser afetados, uma vez que de direito público é a personalidade jurídica destas. São bens públicos de uso especial os prédios em que têm sede repartições públicas, tais como escolas e hospitais da rede oficial, delegacias policiais, foros judiciais etc.

Nos bens de uso comum do povo, viu-se que o uso é indistintamente oferecido a todos, bastando que se preserve a fruição genérica da destinação própria do bem. Nos bens de uso especial, há afetação a um uso específico e

restrito. Assim, v.g., uma escola pública está destinada ao uso de seus alunos e dos servidores que ali desempenharão funções docentes ou administrativas; logo, não é a qualquer povo. Em consequência, a diretora da escola pode fixar critérios para o ingresso de terceiros, identicamente podendo proceder o diretor de hospital público ou o juiz diretor do foro.

O que há de unívoco entre esses bens é que, enquanto afetados, são indisponíveis. O Poder Público não lhes pode dar outra destinação que não aquela correspondente, respectivamente, ao uso comum do povo ou ao uso especial. Afetação e indisponibilidade induzem-se mutuamente.

Há bens públicos que não são afetados. Integram o patrimônio disponível dos entes públicos e das autarquias, os quais estão para esses bens como o particular para o bem de sua propriedade. Há uma relação patrimonial de domínio. Porque não afetados a uso comum ou especial, esses bens são administráveis para a obtenção de receita, como são os bens privados. Por isto esses bens públicos são chamados de dominicais ou patrimoniais. A consequência jurídica da não afetação é a disponibilidade. Daí esses bens serem também rotulados como disponíveis, podendo ser objeto de alienação, locação, cessão, oneração.

Deduz-se que afetação é a destinação do bem a um fim determinado de interesse público, seja para uso geral ou especial. Desafetação é a liberação do bem dessa destinação, com ou sem substituição por outra.

É possível converter-se a afetação para uso comum do povo em afetação para uso especial e vice-versa. O mesmo raciocínio preside a afetação dos bens dominicais. Estes não são afetados, mas podem vir a sê-lo. Imagine-se um prédio dominical que a administração mantenha locado a particular e que se torne propício à instalação de ambulatório de saúde pública. Na medida em que vinculado a este uso especial, o prédio deixará o patrimônio disponível e somente poderá ser utilizado para atender à destinação específica a que foi afetado.

A afetação e a desafetação podem decorrer de ato administrativo ou legislativo. Interessante divergência reside na possibilidade de um fato ser capaz de afetar ou desafetar um bem. Recorde-se que a ação de desapropriação indireta significa o reconhecimento de que o Poder Público esbulhou a propriedade privada por meio de uma afetação de fato, já que sequer expedira o decreto declaratório de utilidade ou necessidade pública para o fim de desapropriar. Outros inadmitem a afetação por um fato, ao fundamento de que este sempre dependerá de ato administrativo, atacável

quanto aos vícios em seus elementos estruturais, mas de toda sorte um ato jurídico. Com respeito à desafetação provir de um fato, não parece haver dúvida quanto a tal possibilidade. Imagine-se o terremoto que destrói a escola pública; o prédio, ao ruir, é desafetado de sua destinação por um fato da natureza, capaz de gerar nova situação jurídica para o bem. Daí o rótulo genérico de fato jurígeno.

Duas conclusões soam certas quanto às figuras de que nos ocupamos:

(a) jamais haverá afetação ou desafetação em virtude de um ato do administrado; são elas geráveis por ato administrativo ou legal; também, em termos, por um fato; mas jamais por ato do particular; ilustre-se com a invasão de terras: o interesse que a move é o dos invasores, logo privado, ainda que de conotação social; sabendo-se que a afetação e a desafetação só se justificam em face de finalidade de interesse público, segue-se que não podem resultar de ato privado do administrado;

(b) a destinação específica do bem somente se constitui, ou se altera, mediante fato ou ato que produza nova afetação ou desafetação.

No caso da aquisição de imóvel, o ato do negócio jurídico pode não coincidir com a afetação do bem a fim específico. E usualmente não coincide. É que, tratando-se de modo derivado de aquisição, a compra e venda se aperfeiçoará entre os contraentes e *erga omnes* com a só inscrição do respectivo instrumento público no registro imobiliário competente. Não é necessário, nesse momento, para o fim de operar-se a transmissão da propriedade, que o ente público adquirente explicita a destinação do bem. Em outras palavras, este poderá ingressar no patrimônio público na qualidade de dominical, vale dizer, sem afetação a destinação específica.

Se, como se viu, o titular da propriedade, do ponto de vista patrimonial, é o ente público provido de personalidade jurídica que o habilite a contratar, e se o preço será pago por Fundo Especial do Poder Judiciário, na premissa de que o bem a este se destina, ocorrerá de o Judiciário empenhar suas receitas na aquisição de bem e este ser inscrito no patrimônio do Estado, que, em tese, a ele pode dar outra destinação. A menos que da escritura pública já constasse cláusula que, desde logo e expressamente, afetasse o imóvel ao Judiciário, em caráter permanente, e somente admitida desafetação mediante lei específica, firmado o instrumento por quem represente o Judiciário e por quem represente o patrimônio do Estado.

6. CONCLUSÃO

A aquisição de bens móveis e imóveis pela Administração Pública, qualquer que seja o órgão incumbido de efetivá-la, no âmbito de qualquer dos Poderes, qualquer que seja a esfera da Federação, se faz mediante contratos sujeitos a regime jurídico especial. É o que se extrai da CF/88, art. 37, XXI, e da Lei nº 8.666/93.

Tal regime especial não afasta, no direito brasileiro, o fato de a aquisição de imóvel somente se aperfeiçoar e produzir efeitos mediante a transcrição no registro imobiliário competente. Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel. São as regras dos arts. 1.245 a 1.247 do novo Código. Cuidando-se de coisa móvel, a propriedade não se transfere pelo negócio jurídico antes da tradição, nos termos dos arts. 1.267 e 1.268 do novo Código.

Em princípio, os contratos administrativos de compra de bens são precedidos de completa e adequada especificação das características desses bens, vinculantes de sua destinação, tal como previsto na legislação regente das licitações e contratações da Administração Pública. Todavia, tratando-se de imóvel, nem sempre a especificação prévia coincidirá com o uso a que o bem deverá ser afetado.

Somente as pessoas jurídicas de direito público interno são providas de personalidade que as habilita a incorporar, como públicos, os bens que adquirem. Os órgãos administrativos subordinados a essas pessoas são despersonalizados e, ainda quando disponham de receita própria, adquirem os bens em nome daquelas pessoas, que os registram nos respectivos patrimônios, inviabilizada, destarte, a transcrição do título de propriedade em nome do órgão.

Para o fim de vincular-se o imóvel adquirido com recursos próprios do Poder Judiciário à exclusiva utilização pelos serviços judiciários convém que se lavre o instrumento público com cláusula expressa de afetação imediata do bem a tal destinação, sugerindo-se a seguinte redação: “O imóvel objeto do presente título fica, desde já, nos termos da Lei n ..., que instituiu o Fundo Especial ..., afetado permanentemente ao Tribunal de Justiça do Estado ..., somente podendo ser desafetado mediante lei específica”.

Os recursos empenhados na aquisição de imóvel que abrigará serviços judiciários, sendo provenientes de receitas próprias de Fundo do

Poder Judiciário, por si só justifica a imediata afetação, dado que essas receitas são vinculadas e não podem ser utilizadas para finalidade diversa daquela prevista em lei, sob pena de desvio de finalidade e violação do princípio da legalidade. ◆

BREVE HISTÓRIA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

NAGIB SLAIBI FILHO

Desembargador do TJ/RJ. Professor – EMERJ e UNIVERSO

1. INTRODUÇÃO

O controle de constitucionalidade e os efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade são temas que somente podem ser suficientemente apreendidos mediante a verificação do curso da História, a sua lenta evolução aqui e alhures; o método histórico mostra-se eficiente para afastar dos incautos as afirmações, quase sempre equivocadas, de que o Direito tem conteúdo cerebrino, despreza os fatos e inadmite a lenta evolução que flui naturalmente do modo de ser de todas as coisas.¹

Neste tema, não se mostra adequado o vezo que tanto nos ocorre de atribuir a evolução à importação obtusa de modelos estrangeiros que exterminaria o que muitos consideram o imprescindível caráter de nacionalismo que deveria impregnar nossas instituições.

Em tema de controle de constitucionalidade, o que se pode observar é que nosso país tem desenvolvido um complexo sistema cujos elementos foram importados de outras plagas, embora aqui sejam aperfeiçoados de modo absolutamente peculiar, a introduzir uma síntese que surge como característica original do nosso Direito Constitucional.

2. O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE NOS ESTADOS UNIDOS

A Constituição americana de 18 de setembro de 1787 representou o primeiro texto constitucional consolidado de um país, embora algumas das antigas colônias já dispusessem de documentos escritos com esta denominação.

¹ Ensina o **Dicionário Houaiss**, na sua versão eletrônica, sobre o significado, entre outros, da palavra empirismo: “*Rubrica: filosofia. Doutrina segundo a qual todo conhecimento provém unicamente da experiência, limitando-se ao que pode ser captado do mundo externo, pelos sentidos, ou do mundo subjetivo, pela introspecção, sendo geralmente descartadas as verdades reveladas e transcendentais do misticismo, ou apriorísticas e inatas do racionalismo. Obs.: p. opos. a racionalismo*”.

Surgiu do difícil consenso nascido entre os povos das antigas colônias que se viram relutantemente conduzidos a unir lentamente os seus esforços, desde a Declaração continental de Independência, em 4 de julho de 1776; para tal, realizaram inicialmente uma confederação conjugando os esforços comuns na luta contra a antiga Metrópole, mas mantendo, assim, cada uma delas a soberania duramente conquistada (tanto é assim que cada integrante da confederação manteve o direito de secessão, isto é, de se separar da União).

Os laços confederativos, no entanto, mostraram-se insuficientes para as lutas em face dos inimigos comuns, razão pela qual estreitaram os laços que os uniam através da Constituição de 1787, que pela primeira vez instituiu a forma federativa de Estado, esta a inadmitir a secessão que existia no regime confederativo anterior e assim conduzindo a instituição de uma estrutura de poder que pudesse oferecer meios, de um lado, para garantir a independência em face das potências estrangeiras e, de outro, que mantivesse unido o povo das antigas colônias.

Daí a adoção – no que eles foram pioneiros – de diversos institutos regulando o exercício do poder:

a) a própria existência da *Constituição escrita*, cristalizando o relacionamento entre os agentes do Poder, como produto de um consenso arduamente conquistado e expresso em texto de forma a assegurar a sua permanência, assim em atenção ao velho brocardo romano *verba volant scripta manent* (as palavras voam e o escrito se mantém);

b) o caráter de *constituição rígida*, isto é, garantindo o consenso político das decisões fundamentais com um grau superior de normatividade, imune às influências das maiorias eventuais que ordinariamente integram o Congresso, pois a elaboração dos atos normativos infraconstitucionais deveria atender a um processo legislativo diferenciado, e com menos solemnidade, do que o processo de reforma da própria Lei Maior;

c) a instituição do *regime presidencialista de governo*, em que cada Poder do Estado mantinha a sua relativa autonomia no exercício de suas funções específicas, embora devesse atuar harmonicamente com os demais ramos governamentais, assim realizando a separação de poderes que Montesquieu vislumbrou no célebre *O Espírito das Leis*, aprimorando o modelo que Aristóteles somente pudera perceber pela diferenciação de funções na antiga Grécia;

d) a *forma federativa* de organização do Estado, de modo a distribuir as atividades entre o governo central, a União, e dos governos estaduais,

transformando as antigas colônias em Estados-membros, assim a colaborar na formação da vontade do órgão central, e lhes garantindo a existência pela preservação de atribuições próprias (os poderes residuais ou remanescentes²), expressando a natural desconfiança quanto à atuação dos agentes da União; e

e) a *declaração dos direitos individuais*, representando meios de interdição de atuação do poder estatal – da União e dos Estados-membros – em face do indivíduo, providência que não constava do texto promulgado em 18 de setembro de 1787, mas que se integrou ao texto original através de dez emendas promulgadas em 1788 e 1789.

Não consta no texto, em momento algum, a atribuição a qualquer órgão federal do poder de zelar pela guarda da Constituição, nem pensou em atribuir tal poder ao próprio Congresso, pois ele mesmo tinha o encargo de elaborar as leis e iniciar o processo de emenda da Constituição, que ainda hoje exige a ratificação do texto aprovado pelo Congresso por um expressivo número de Assembléias Estaduais.

A ascendência do Parlamento sobre os outros setores do governo – os quais no regime parlamentar dele são derivados, inclusive os tribunais – não serviu de paradigma para os Estados Unidos, mas modelo de sua reação pela original adoção do regime presidencialista, em que cada Poder do Estado atua separadamente.

Antes mesmo da promulgação da Constituição de 1789, os juízes tinham proclamado que, nos casos que lhes fossem submetidos, poderiam deixar de aplicar a lei incompatível com as leis de maior importância (New Jersey, em 1780; Virgínia, 1782, North Carolina, 1787).

Os juízes seguiam aí precedentes decorrentes do fato de que, no estabelecimento das colônias na América, a metrópole inglesa concedia aos fundadores o poder de elaborar normas coloniais próprias, desde que não atentassem contra as normas que regiam a sua formação. Note-se, daí, a idéia de hierarquização das leis – as leis coloniais postas em patamar inferior, submetidas às normas, superiores, que autorizavam a formação da colônia – que foi o padrão imposto na constituição rígida e do qual derivou o controle de constitucionalidade das leis.

Em 1803, no célebre caso *William Marbury vs. James Madison*, pela voz do *Chief Justice* John Marshall, a U. S. Supreme Court criou o precedente de deixar de aplicar a lei infraconstitucional contrária à ***Paramount Law***.

² Ou, como nós herdamos dos americanos, na dicção do art. 25, § 1º, da Constituição de 1988: “são reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição”.

Em face do princípio vinculativo herdado do sistema britânico – *stare decisis quieta movere* –, tal precedente se tornou obrigatório não só para a própria Suprema Corte com também para os demais tribunais.

Ressalte-se: no controle incidental de constitucionalidade o reconhecimento da inconstitucionalidade implica simplesmente que a lei apontada vulneradora da Lei Maior deixa de ser aplicada no caso em julgamento, devendo o juiz ou tribunal se socorrer dos outros meios cabíveis para o julgamento da causa.³

No caso *Marbury vs. Madison* o reconhecimento da inconstitucionalidade verteu sobre a validade da lei federal de organização judiciária de 1789, que concedia à Suprema Corte competência que não lhe fora deferida pela Constituição.

O que deu notoriedade a tal reconhecimento foi o sistema do *stare decisis* que, de um lado, tornou obrigatório o precedente para todos os órgãos judiciais e, de outro, permitiu que a mais Alta Corte criasse o precedente de carrear para si e para os demais tribunais a atribuição de expressar o significado da Lei Maior, através do seu poder de verificar a compatibilidade das leis em face da Constituição, ou dos atos dos demais ramos do Poder (Legislativo e Executivo) em face da *Paramount Law*.

Com o passar dos tempos, o poder da Suprema Corte neste aspecto chegou a tal magnitude que passou a verificar não só a compatibilidade formal da lei ou do ato em face da Constituição como, até mesmo, os aspectos materiais, chegando a deixar de aplicar a lei que se entendeu contrária, dita desarrazoada, aos princípios implícitos que se extraem do texto da Lei Maior.⁴

Ao apreciar a constitucionalidade de uma lei, o tribunal atua em dimensão muito além do que simplesmente expressar o significado possível da lei no sistema jurídico: expressa, na verdade, o significado da Constituição, e, mais do que simplesmente dizer que tal é o significado, acaba por insti-

³ Neste aspecto e para o nosso sistema jurídico, veja-se o comando que está no disposto no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, reproduzido no art. 126 do Código de Processo Civil: “o juiz não se exime de sentenciar ou despachar, alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

⁴ Tal poder da Suprema Corte chegou a um nível tão impressionante que o seu antigo Presidente, Charles Evans Hughes, podia proclamar, antes mesmo de meados do século XX, que: “*We are under the Constitution, but the Constitution is what we say it is*”, a merecer a seguinte tradução livre: nós (o povo dos Estados Unidos) vivemos sob a Constituição, mas ela é o que nós (os juizes da Suprema Corte) dizemos que é...

tuir, como se constituinte fosse, a norma de conduta que predominará sobre todas as outras normas pelo caráter de supremacia imanente à Constituição.

Então o patamar de atuação do aplicador constitucional está muito além da técnica jurídica, pois expressa a vontade política, o modo de ser, os valores que realmente importam na sociedade, pois estes são os ilimitados horizontes do poder constituinte.

3. O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL IMPÉRIO

A Constituição que D. Pedro I outorgou em março de 1824 (praticamente idêntica a que também outorgou a Portugal em 1826, como D. Pedro IV) atendia ao pensamento constitucionalista predominante na Europa no início do século XIX, a considerar que o poder provinha simultaneamente de Deus e do povo, com ascendência Daquela, mas sem esquecer que o rei deveria atender também ao desejo dos cidadãos.⁵

Tal era a linha liderada por Benjamim Constant, mestre de Estraburgo, e que depois os pensadores denominaram de reinos de *democracia temperada*, fase de transição entre o autoritarismo real e a democracia burguesa, mitigando os excessos que alarmavam a todos desde a carnificina que legitimou a Revolução Francesa.

A Constituição imperial de 1824, assim, introduzia a separação dos Poderes,⁶ pois *a divisão e harmonia dos Poderes Políticos é o princípio conservador dos direitos dos cidadãos, e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias que a Constituição oferece* (art. 9º), *os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador; o Poder Executivo, e o Poder Judicial* (art. 10), *os representantes da Nação brasileira são o Imperador e a Assembléia Geral* (art. 11) *e todos estes Poderes no Império do Brasil são delegações da Nação* (art. 12).

Atribuiu-se à Assembléia Geral, com a sanção do Imperador, segundo o art. 13 da Constituição, *fazer as leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las* (inciso VIII) *e velar na guarda da Constituição, e promover o bem*

⁵ Daí se explica o título que se concedeu a D. Pedro: Dom Pedro I, por graça de Deus e unânime aclamação dos Povos, Imperador constitucional e Defensor perpétuo do Brasil.

⁶ Proclamava o art. 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que sem a garantia dos direitos individuais e sem a separação dos Poderes não haveria Constituição.

geral da Nação (inciso IX).

Vê-se que o controle da constitucionalidade das leis no Império era exercido pelo próprio Poder Legislativo, o qual deveria interpretar as leis (em interpretação dita autêntica, como fez na Lei de Interpretação, de 1840, que limitou o alcance do Ato Adicional de 1834, este a única emenda formal à Carta de 1824) e até mesmo legislar sem receio de que a lei fosse dita “irrazoável”, como foi no caso da Lei da Maioridade, também de 1840, que declarou que o jovem Pedro de Alcântara, então com 14 anos, passava a ser maior, assim preenchendo o requisito constitucional de que o Imperador deveria contar, ao menos, com 18 anos para que subisse ao Trono e, desta forma, cessando a anarquia que caracterizou os períodos de Regência...⁷

Ressalte-se que o controle legislativo da constitucionalidade da lei implantado na Carta do Império se de um lado mostrou-se inoperante e permitiu uma certa promiscuidade entre o legislador ordinário e o legislador constituinte, por outro lado não excluiu da Lei Maior o seu caráter de constituição rígida, pois distinguia os procedimentos de elaboração das leis e de emendas constitucionais.

Importante também constar que o papel institucional do Imperador, exercendo o Poder Moderador, dito a *chave da abóbada* do sistema jurídico, com poder de veto suspensivo sobre os atos da Assembléia Geral e de até mesmo dissolvê-la, também servia de contraponto e freio às incursões do Parlamento nas áreas política e jurídica.

4. O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE NA REPÚBLICA VELHA

A República Velha abandonou o padrão francês da organização política do Império e acolheu com entusiasmo o modelo estadunidense, como já antes fizeram os nossos vizinhos latinos.

Adotou a Constituição de 24 de fevereiro de 1891, sob a inspiração de Rui Barbosa, não só denominação similar para o País (Estados Unidos do Brasil) como as instituições da república, federação, presidencialismo e até mesmo o modelo, típico do sistema do ***Common Law***, da jurisdição universal (***judicial review***), este a permitir ao juiz a mais ampla cognição,

⁷ Não causa estranheza tal poder de dizer maior quem não o era, pois ao Parlamento britânico, considerado como a *Constituição viva* em face de inexistência de texto constitucional consolidado, e ao menos até meados do século XX, aplicava-se o brocardo *o Parlamento pode tudo, até mesmo transformar homem em mulher*.

aos tribunais comuns se submetendo todas as causas,⁸ diversamente do sistema francês que, até hoje, separa a jurisdição comum da administrativa e que, no Império, deferia ao Conselho do Estado o poder de processar e julgar as causas públicas.

A demonstrar que não basta a existência de Constituição escrita para que os institutos nela implantados possam vicejar como poderiam esperar os seus criadores, mostraram-se os juizes republicanos, na esmagadora maioria vindos do antigo regime, avessos ao controle da constitucionalidade pelo modelo estadunidense, o que levou Rui Barbosa, ao contribuir na elaboração da Lei de Organização Judiciária da Justiça Federal, em 1891, a fazer constar no art. 13, § 10, surpreendentemente, que *os juizes obedecerão à Constituição e às leis, nesta ordem...*⁹

E mesmo assim, Rui Barbosa não se viu bem-sucedido na sua empreitada reformista, pois os juizes – e até aqueles que integravam o Excelso Pretório – recusavam tal controle sobre os outros Poderes da República.

Rui, ele mesmo, foi impetrante de célebre *habeas corpus* contra ato do Presidente da República que o Supremo Tribunal Federal denegou com o frustrante argumento de que não podia exercer tal controle em face da natural imunidade perante os tribunais dos atos do Chefe do Estado e do Governo.¹⁰

A República velha teve a honra de introduzir em nosso sistema o controle judicial de constitucionalidade, como herança do padrão estadunidense de organização do Poder. Mas esse controle, naquele período, foi

⁸ Como está no art. 5º, XXXVI, da Constituição de 1988.

⁹ Veja-se a diferença histórica: nos Estados Unidos a *U.S. Court* trouxe para si o poder de controlar a constitucionalidade das leis; no Brasil, foi o próprio Poder Legislativo que deferiu aos órgãos do Poder Judiciário tal atribuição, pois o referido dispositivo legal representou a solene declaração do legislador de que cabe ao controle judicial examinar a eventual incompatibilidade de seus atos com a Lei Maior, ou, o que é muito mais grave, a declaração de que cabe ao Poder Judiciário expressar o significado da Constituição.

¹⁰ Embora a Constituição de 1891 tenha adotado o princípio republicano, que tem como pressuposto a igualdade de tratamento entre os cidadãos, tal não foi facilmente assimilado pelos agentes do poder da época. Neste aspecto, destaque-se que a grande maioria dos juizes do Supremo Tribunal de Justiça do Império foi incorporada ao novo Supremo Tribunal Federal, entre eles dois ministros que, mesmo depois, continuaram a usar os títulos nobiliárquicos que receberam do Imperador, como, já no início do século XX, fez o Ministro das Relações Exteriores, o grande diplomata Barão de Rio Branco. E, a despeito de tudo, dispunha o art. 72, § 2º, da Constituição de 1891, “que todos são iguais perante a lei. A República não admite privilégio de nascimento, desconhece foros de nobreza, e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho”. Quanto a este último, os adversários de Rui pejorativamente o chamavam de Conselheiro, título que lhe fora dado no Império...

muito restrito, quase inexistente, não só pela formação privatística do juiz acostumado ao sistema jurídico do *Civil Law*,¹¹ como pela falta de instrumentos jurídicos que permitissem aos tribunais – e principalmente o Supremo Tribunal Federal – a plena efetividade de tais funções.

Ao Supremo Tribunal Federal cabia processar e julgar em grau de recurso as causas decididas pelos juízes e tribunais federais (Constituição de 1891, art. 59, 2) e, quanto às justiças estaduais, dispunha no mesmo art. 59, §§ 1º e 2º:

“Art. 59. Ao Supremo Tribunal Federal compete:

(. . .)

§ 1º Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

a) quando se questionar sobre a validade ou aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra ela;

b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

§ 2º Nos casos em que houver de aplicar leis dos Estados, a justiça federal consultará a jurisprudência dos tribunais locais, e vice-versa, as justiças dos Estados consultarão a jurisprudência dos Tribunais federais, quando houverem de interpretar leis da União.

Art. 61. As decisões dos juízes ou tribunais dos Estados, nas matérias de sua competência, porão termo aos processos e às questões, salvo quanto a:

1º habeas corpus,

2º espólio de estrangeiro, quando a espécie não estiver prevista em convenção, ou tratado.

Em tais casos haverá recurso voluntário para o Supremo Tribunal Federal.”

Veja-se, assim, quão restrita a cognição pelo Supremo Tribunal Federal no controle dos atos da Justiça estadual, que assim podia exercer com plenitude as suas funções, embora sacrificando o caráter nacional da aplicação da Constituição e dos tratados e de leis federais.

¹¹ *Civil Law* é a denominação dada ao sistema jurídico predominante na Europa continental, em que a lei positiva é a fonte principal (como está no art. 126 do Código de Processo Civil e art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil) em contraposição ao *Common Law*, que é o sistema jurídico originado na Inglaterra e que foi levado para suas antigas colônias, em que a fonte principal do direito são as regras preexistentes na comunidade (os costumes) e onde a lei escrita tem caráter suplementar.

Tal frouxidão constitucional quanto ao controle de validade da Lei Maior permitiu na República Velha as conhecidas crises federativas e a prevalência das oligarquias estaduais sobre o Governo Central, o que, aliás, decorria do acordo de vontade entre os dois maiores Estados – São Paulo e Minas Gerais – na aliança que ficou conhecida como a *política do café com leite* e cujo idealizador foi o paulista Prudente de Moraes, o primeiro civil ocupante do cargo de Presidente da República.

Arthur Bernardes, que governou de 1922 a 1926 sempre em regime de estado de sítio, providenciou a Emenda de 5 de setembro de 1926, dando ao Supremo Tribunal Federal o poder de dirimir os conflitos entre os juizes federais e dos Estados, bem como conhecer dos recursos das decisões dos juizes e tribunais federais, cabendo a estes processar e julgar as causas em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal.

Tais alterações, no entanto, tiveram pouco tempo de vida útil, pois logo em 1930 veio a denominada Revolução Liberal que levou Getúlio Vargas ao poder, o qual baixou, com força de Constituição, o Decreto nº 19.398, de 11 de novembro de 1930, dispondo em seu art. 3º que “*o Poder Judiciário Federal, dos Estados, do Território do Acre e do Distrito Federal continuará a ser exercido na conformidade das leis em vigor, com as modificações que vierem a ser adotadas de acordo com a presente e as restrições que desta mesma lei decorrerem desde já*”.

5. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1934

Curto foi o império da vigência da Constituição de 1934, embora duradoura a sua influência.

Surgiu a Constituição promulgada em 16 de julho de 1934 no bojo da imensa crise de reformulação da sociedade e do Estado, causada pelos novos processos econômicos e sociais que por si só sepultaram os postulados liberais do século anterior, a conduzir a estulto absentismo do Poder Público.

A Constituição mexicana de 1917, a Constituição da União Soviética de 1918 e a Constituição alemã de 1919, promulgada na pequena cidade de Weimar,¹² implantaram novas soluções políticas e jurídicas e impressionaram o nosso legislador constituinte de 1934, que, mesmo não abandonando

¹² O terrível regime nacional-socialista, sob a férrea liderança de Adolf Hitler, se não respeitou, ao menos não teve a coragem de tentar revogar a Constituição de Weimar, a qual ficou nominalmente mantida embora repetidamente violada.

de todo o paradigma estadunidense, começou a caminhar em direção às constituições parlamentaristas européias.

Assim, foi mitigado o modelo federativo, concentrando-se mais poder no governo central, e, em conseqüência, foi alterado profundamente o Poder Judiciário, que não só recebeu a Justiça eleitoral instituída em 1932, criando-se o mandado de segurança como instrumento célere para a proteção dos direitos não tutelados pelo *habeas corpus*, alterando-se a denominação do mais Alto Tribunal, que passou a se chamar *Corte Suprema*, e introduzindo-se o recurso extraordinário como instrumento de controle da prevalência da Constituição e das leis federais quanto às causas decididas em única ou última instância pela Justiça estadual.

Alteração que diretamente nos interessa foi a introdução da representação para intervenção da União no Estado-membro como instrumento jurídico para a execução de ordens e decisões dos juízes e tribunais federais e, principalmente, também assegurar a observância dos princípios constitucionais da forma republicana representativa, independência e coordenação dos Poderes, temporariedade das funções eletivas, autonomia dos Municípios, garantias do Poder Judiciário e do Ministério Público estaduais, prestação de contas da administração, possibilidade de reforma constitucional e competência do Poder Legislativo para decretá-la e representação das profissões nos órgãos legislativos segundo o padrão federal.

Assim, como até hoje está nos arts. 34 a 36 da Constituição de 1988, introduziram-se mecanismos de intervenção a serem efetivados através de processo judicialiforme instaurado perante o Supremo Tribunal, mediante representação do Procurador Geral da República¹³ em caso de vulneração dos princípios constitucionais que depois Raul Machado Horta denominou de *princípios constitucionais sensíveis*, além de se prever a intervenção material por descumprimento de decisão judicial.

Ressalte-se o esforço do legislador constituinte, pela adoção da representação para a intervenção,¹⁴ de transformar a questão política de ingerência

¹³ Constituição de 1934, art. 12, § 2º: “Ocorrendo o primeiro caso do n. V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade”.

¹⁴ A doutrina denominou a representação para intervenção de ação declaratória de inconstitucionalidade, pois a Corte Suprema simplesmente declarava a inconstitucionalidade, procedendo a comunicação ao Presidente da República para que este viesse com o decreto de intervenção, como até hoje está no art. 36, § 3º, da Constituição de 1988, inclusive a dispensar o decreto da apreciação pelo Poder Legislativo.

da União nos Estados em questão jurídica, a ser decidida por fundamentos técnicos expostos em decisão da Corte Suprema, alçada, assim, a um papel político e não mais de aplicador jurisdicional do Direito.

A representação para intervenção, em caso de violação dos princípios constitucionais sensíveis, constitui processo de natureza objetiva, independentemente da existência de efeitos concretos da lei impugnada, legitimando ativamente o chefe do Ministério Público federal e passivamente os órgãos que elaboraram a lei impugnada.

Até então, o controle de constitucionalidade realizado pelos tribunais brasileiros, na República Velha, adotava o modelo estadunidense e, a partir de 1934, com a representação para intervenção, passou também a adotar padrão de controle de constitucionalidade que herdamos da Europa continental, com o modelo elaborado por Hans Kelsen para a Constituição austríaca de 1922, com a criação de tribunal ou corte constitucional como órgão vinculado ao Parlamento.

A Áustria, que até 1920 adotava o modelo francês, aperfeiçoou o seu modelo, criando uma Corte Constitucional para, de modo concentrado e unicamente por via de ação direta, exercitar o controle de constitucionalidade. Com a reforma de 1929, admitiu-se que os órgãos de segunda instância da justiça remetessem à Corte Constitucional a decisão de questões incidentais de inconstitucionalidade, com pronúncia *ex tunc*; os órgãos judiciais de primeira instância são obrigados a cumprir a lei, ainda quando parem dúvidas sobre a sua compatibilidade com a Constituição. É o modelo adotado pela Alemanha, Itália, Espanha, Turquia, Chipre, Grécia e Bélgica.

Sobre Kelsen e sua colaboração para a criação da Corte Constitucional austríaca, veja-se o seguinte trecho de artigo denominado “Hans Kelsen – vida e obra (anotações sobre o livro de Rudolf Aladár Métall)”, de Márcia Latgé Mannheimer e Letácio Jansen:¹⁵

“No final de outubro de 1918, o Dr. Karl Renner (Staats-Kanzler do Governo provisório alemão-austríaco) incumbiu Kelsen de trabalhar na elaboração da Constituição da República. Em 1919, Kelsen publica um texto comentado da Constituição da república austro-alemã, onde ele critica a técnica legislativa da Constituição provisória, e que teve grande influência para o futuro texto constitucional definitivo. O Dr. Karl Renner, ocupado com a difícil situação econômica do País, pouco podia trabalhar

¹⁵ Revista Forense, n° 339, p. 113 e segs.

nas questões constitucionais, limitando-se a dar a Kelsen as diretivas políticas essenciais.

O texto constitucional consagrava uma democracia parlamentarista, de estados autônomos, mas sem esvaziar muito a competência do Governo Central, utilizando como modelo, na medida do possível, a Constituição de Weimar, porém com uma definição mais democrática do Executivo do que a adotada naquela Carta. A tendência pessoal de Kelsen era elaborar um texto tecnicamente correto, sem defeitos, criando, com isto, garantias eficazes para assegurar a constitucionalidade da atuação estatal.

A Corte Constitucional, prevista no texto, foi a primeira na história do Direito Constitucional. Quanto aos direitos fundamentais, e no tocante às garantias de liberdade, o texto praticamente repete o da Constituição Federal de 1867. Em 1º de outubro de 1920, é promulgada a Constituição, aprovada pelo Parlamento sem modificações essenciais no texto de Kelsen. A criação, que lhe dava tanto orgulho, sobre a jurisdição constitucional, não sofreu qualquer modificação no Parlamento.”

A Corte Suprema, com a representação para intervenção, ganhou do constituinte brasileiro, pela primeira vez, uma competência que a fazia se aproximar do modelo europeu de Corte Constitucional.

Ressalte-se a grande diferença: a Corte Suprema, como o atual Supremo Tribunal Federal, era órgão judiciário, integrante do Poder Judiciário, e os seus ministros são juízes vitalícios; os juízes da Corte Constitucional européia, em geral, exercem mandato com prazo certo, mesmo porque a Corte Constitucional é órgão auxiliar do Parlamento que os designa.

Ainda assim, na linha de orientação lembrada por Rui Barbosa de que aos tribunais não cabe o conhecimento das questões políticas, caracterizadas estas pelo conteúdo das decisões típicas de cada um dos Poderes, dispunha a Constituição de 1934, no art. 68, que “*é vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas*”, disposição repetida no art. 94 da férrea Constituição de 1937.

De qualquer forma, iniludível o caráter político da decisão a ser proferida em sede de representação para intervenção ainda que o processo seja judicialiforme (com forma ou aparência dos processos jurisdicionais) e a decisão seja a síntese resultante do contraditório, que é a grande característica legitimadora do processo judicial.

Outra grande criação da Constituição de 1934 foi amortecer o regime presidencialista de governo (que se caracteriza pela nítida divisão das funções entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário), através da instituição de órgãos de coordenação dos Poderes, como o do Senado Federal:

Art. 88. Ao Senado Federal, nos termos dos arts. 90, 91 e 92, incumbe promover a coordenação dos poderes federais entre si, manter a continuidade administrativa, velar pela Constituição, colaborar na feitura de leis e praticar os demais atos de sua competência.

Entre as inovações, de nítido caráter parlamentarista, destacam-se:

“Art. 91. Compete ao Senado Federal:

I. colaborar com a Câmara dos Deputados na elaboração de leis sobre: ...;

II. examinar, em confronto com as respectivas leis, os regulamentos expedidos pelo Poder Executivo, e suspender a execução dos dispositivos ilegais;

III. propor ao Poder Executivo, mediante reclamação fundamentada dos interessados, a revogação de atos das autoridades administrativas, quando praticados contra a lei ou eivados de abuso de poder;

IV. suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário; ...”

O inciso II deferia, assim, ao Senado Federal o poder de velar pela legalidade dos regulamentos expedidos pelo Poder Executivo e o inciso III, o poder de propor ao mesmo Poder a revogação de atos administrativos, quando ilegais ou eivados de abuso de poder.

Já o inciso IV trouxe o que hoje está no art. 52, X, da Constituição de 1988, qual seja, o poder do Senado Federal de suspender a execução (ou coarctar os efeitos) de lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário.¹⁶

Veja-se que o sistema da Constituição de 1934 conferia ao Senado Federal o papel de coordenador dos Poderes federais (Legislativo, Executivo e Judiciário). Nesse papel, as funções de zelar pela legalidade e legitimidade

¹⁶ Até hoje está no art. 178 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, embora com remissão à Constituição de 1967, a seguinte disposição: *“Declarada incidentalmente a inconstitucionalidade, na forma prevista nos arts. 176 e 177, far-se-á a comunicação, logo após a decisão, à autoridade ou órgão interessado, bem como, depois de trânsito em julgado, ao Senado Federal para os efeitos do art. 42, VII, da Constituição”*.

dos atos administrativos e dos regulamentos de leis, conduzindo, assim, à atribuição de suspender a execução do ato normativo declarado inconstitucional, fossem eles federais e, por que estamos em sistema federativo, também os estaduais e municipais, desde que assim fossem reconhecidos pelo órgão judiciário encarregado de tal atribuição, no caso, a Corte Suprema.

Também o princípio da reserva de plenário, chamado por Pontes de Miranda de *quorum mínimo para julgamento de inconstitucionalidade de regra jurídica*, foi criado entre nós pela Constituição de 1934, no título VIII, dedicado às disposições gerais, no art. 179: “*Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juizes, poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do poder*”.

Tal regra tem nítido conteúdo processual, adentrando por si só nos ordenamentos jurídicos estaduais (pois o Código nacional de Processo Civil somente entrou em vigor em 1939) e nos regimentos internos dos Tribunais, entre eles, e principalmente, a Corte Suprema, a quem se conferiu, pela mesma Constituição de 1934, o poder de processar e julgar o recurso extraordinário para a preservação das normas constitucionais.

Embora o anteprojeto de Constituição exigisse o quorum de 2/3 (dois terços),¹⁷ na redação final ficou na maioria absoluta da totalidade dos membros do pleno do Tribunal; isto é, mais da metade dos integrantes do tribunal acolhem o mesmo fundamento para o reconhecimento da incompatibilidade do ato normativo em face do texto constitucional.

6. O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1937

O caráter autoritário e centralizador da Carta de 10 de novembro de 1937, outorgada por Getúlio Vargas em momento extremo da política nacional, foi avesso ao controle da constitucionalidade das leis, mesmo porque durante a sua vigência não se elegeram os integrantes do Parlamento, ficando autorizado o Chefe do Executivo a dispor sobre todas as matérias, inclusive emendas constitucionais, através de decretos-leis.

¹⁷ Interessante observar que tal *quorum* qualificado retornou ao controle de constitucionalidade através da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, art. 27: “*Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado*”.

Além do mais, quanto ao princípio da reserva de plenário, assim constava: “*Art. 96. Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juízes poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade da lei ou de ato do Presidente da República.*”

Parágrafo único. No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento; se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.”¹⁸

Observe-se que o *caput* passou a restringir o controle de constitucionalidade sobre atos do Presidente da República, figura que ganhou tanto relevo naquela Carta que sequer se referia a Poder Executivo, mas a Presidente da República, centro da política nacional, do relacionamento entre os Poderes do Estado e do regime federativo.

7. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1946

A redemocratização do País, em decorrência do triunfo dos Aliados sobre os Estados totalitários do nazismo e do fascismo, conferiu à Constituição promulgada em 18 de setembro de 1946 caráter político-liberal, descentralizador em reação ao centralismo da Constituição de 1937, federativo, garantidor dos direitos individuais, repristinando as inovações trazidas pela Constituição de 1934, sem permitir, no entanto, a solução das crises institucionais que se tornaram constantes.¹⁹

Mas o caráter liberal da Constituição de 1946, fruto de consenso entre as diversas correntes ideológicas que podiam se manifestar logo após o término da Segunda Guerra Mundial, e simultaneamente impressionadas pelo poderio presidencialista estadunidense e pelas lições da Europa

¹⁸ Somente com a redemocratização e através da Lei Constitucional nº 18, de 11 de dezembro de 1945, foi revogado tal parágrafo único que, na verdade, introduzia uma verdadeira emenda constitucional para caso concreto, alterando a decisão do Tribunal. Contudo, desde logo, se vê aí a idéia, que muito mais adiante vingou, no sentido de que o precedente criado pelo reconhecimento incidental da inconstitucionalidade passaria a ter efeitos *erga omnes*, extrapolando dos estreitos limites subjetivos da coisa julgada.

¹⁹ Basta se ver que, no período entre 1946 e 1964, o único Presidente da República civil que, eleito, entregou o Governo a outro Presidente civil também eleito foi o grande mineiro Juscelino Kubitschek, embora o seu sucessor, Jânio Quadros, tenha inexplicavelmente renunciado oito meses depois...

continental parlamentarista, conservou diversos institutos no controle da constitucionalidade:

a) a representação para intervenção da União no Estado e deste no Município (arts. 7º e 23), excluído o Distrito Federal cujo Prefeito era nomeado e demissível *ad nutum* pelo Presidente da República;

b) o poder do Senado de suspender, no todo ou em parte, a execução de leis ou decretos achados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (art. 64);

c) o recurso extraordinário das causas decididas em única ou última instância por outros tribunais e juízes (art. 101, III); e

d) o princípio da reserva de plenário (art. 200).

7.1. O controle de constitucionalidade após 1965

No bojo de reforma tributária engendrada pelos Ministros Otavio Bulhões e Roberto Campos, desta forma alterando profundamente o sistema tributário nacional através da Emenda Constitucional nº 18, promulgada em 1º de dezembro de 1965, veio também a Emenda Constitucional nº 16, promulgada em 26 de novembro do mesmo ano, alterando, entre outros, a redação de diversos dispositivos da Constituição de 1946:

“Art. 101. Ao Supremo Tribunal Federal compete:

I – processar e julgar originariamente:

...

k) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República;

...

Art. 124 (sobre a Justiça estadual)...

...

XIII – a lei poderá estabelecer processo, de competência originária do Tribunal de Justiça, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do Município, em conflito com a Constituição do Estado.”

A representação para intervenção, ou ação declaratória de inconstitucionalidade, foi criada pela Constituição de 1934 como instrumento de controle concentrado de constitucionalidade nos casos de alegada ofensa aos princípios constitucionais sensíveis que hoje estão no art. 34, VII, da

Carta de 1988. Com a Emenda Constitucional nº 16, de 1965, vieram os seus primeiros frutos, ampliando o seu objeto para alcançar a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual em face da Carta da República; e de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição estadual.

A representação para intervenção, antes e até agora, é instrumento de ingerência constitucional da União no Estado, ou do Estado no Município, em que o tema de inconstitucionalidade do ato era declarado em ação perante as Cortes máximas da União ou do Estado, ensejando, em caso de intervenção material (atual art. 34, VI) ou intervenção normativa (atual art. 34, VII) a requisição ao Chefe do Executivo que então viria com o decreto operando a intervenção.

Seu procedimento é regulado na Lei federal nº 4.337, de 1º de junho de 1964, e na Lei nº 5.778, de 16 de maio de 1972,²⁰ inclusive prevendo o procedimento do Procurador-Geral da República quando receber requerimento do interessado em que ele ingresse com a representação para intervenção.

A representação para inconstitucionalidade, hoje a atual ação direta de inconstitucionalidade (ADIn) e cujo procedimento é regulado na Lei nº 9.868/99, é instrumento de controle de constitucionalidade de lei federal ou estadual em face da Constituição da República perante o Supremo Tribunal Federal, e de lei estadual ou municipal em face da Constituição do Estado perante o Tribunal de Justiça do Estado. A prática instaurada no Supremo Tribunal Federal, em face da disposição que hoje está no art. 52, X, da Carta de 1988, mandava que, declarada a inconstitucionalidade, fosse a mesma comunicada ao Senado Federal pelo Supremo Tribunal Federal e, por simetria, à Assembléia Legislativa pelo Tribunal de Justiça quando este fosse o processante.

Insista-se: a atual ADIn é herdeira da representação para intervenção normativa, ampliando-se o seu legitimado ativo (antes o Procurador-Geral da República e agora ele e mais diversos outros órgãos públicos e entidades públicas e privadas), o seu objeto (antes para fins de intervenção por vulneração dos princípios constitucionais sensíveis e hoje para qualquer inconstitucionalidade, inclusive por omissão de legislar).

²⁰ Theotonio Negrão entende que tais leis foram revogadas pela Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, que regula o processo da ação direta de inconstitucionalidade e da ação direta de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal (cf. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**, 33ª ed., São Paulo, Saraiva, nota 1 ao art. 31 da mesma lei, p. 1.021). Contudo, este autor ousa contestar tal entendimento, pois as mencionadas leis dispõem sobre alguns temas que não são tratados na legislação de 1999.

8. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1967

No regime da Constituição de 1967, assim como na vasta reforma empreendida através da Emenda Constitucional nº 1/69, foram mantidos, com mínimas alterações redacionais, os dispositivos constitucionais encontrados na Constituição de 1946 com a alteração da Emenda Constitucional nº 16/65 referentes ao controle de constitucionalidade.

A grande alteração que se deu no controle de constitucionalidade foi, antes de tudo, a mudança da prática do Supremo Tribunal Federal.

Como se debatia durante quase toda a década de 70 no processo administrativo 4.477/72, do Excelso Pretório, presentiu-se a necessidade de alterar o regimento interno para obviar situação que se tornava intolerável e desgastante das instituições de controle de constitucionalidade.

A Suprema Corte comunicava a declaração de inconstitucionalidade ao Senado Federal, para que este resolvesse sobre a resolução hoje prevista no art. 52, X, da Carta de 1988, tanto em casos de controle incidental (pois o reconhecimento da inconstitucionalidade ficava restrito como prejudicial da decisão que, aí sim, alcançava os denominados limites subjetivos da lide e a resolução do Senado operava *erga omnes* nas esferas normativas federal, estadual e municipal) como de controle concentrado (pois reconhecimento da inconstitucionalidade na respectiva representação tinha conteúdo declaratório, necessitando da resolução senatorial para suspender *erga omnes* os efeitos da norma inconstitucional).

Mas o Senado Federal nunca se viu obrigado a automaticamente baixar a resolução suspensiva dos efeitos da norma impugnada, a despeito da prévia decisão sobre o tema pelo Supremo Tribunal Federal. Embora alguns doutrinadores já na época insistissem sobre tal vinculação, o certo é que o Senado somente o fazia quando achava conveniente, pois a sua deliberação, aí, tem nítido conteúdo político, nem se poderia dizer que a Alta Casa fosse mera homologadora das decisões do Supremo Tribunal Federal, para cujos membros, aliás, é o tribunal que processa e julga os crimes funcionais através de ação penal popular (Constituição de 1988, art. 52, II; Lei nº 1.079/50).²¹

E aí ocorria situação que se mostrava terrivelmente gravosa: a despeito de reconhecer a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, não só incidentalmente como através do controle concentrado, o Supremo Tribunal

²¹ O Senador Accioly Filho, antigo Presidente da Comissão de Constituição e Justiça do Senado, foi saudoso político e constitucionalista que muito tratou do tema, inclusive na **Revista Legislativa do Senado**.

Federal se via obrigado a fazer a comunicação ao Senado Federal, que, por sua vez, se omitia – não importam aqui os motivos tópicos – de suspender a execução da norma impugnada.

Assim, milhares de demandas, através de recurso extraordinário e até mesmo através da medida cautelar referida no art. 800, parágrafo único, do Código de Processo Civil, continuavam chegando na Suprema Corte e por ela deviam ser individualmente julgadas, ainda que se tratassem de ações repetidas, geralmente sobre tributos ou atos da Administração Pública, em que somente mudavam as partes. O papel do Supremo Tribunal Federal era, assim, meramente declaratório da constitucionalidade, cabendo ao Senado atribuir carga *erga omnes* à eficácia da norma impugnada.

Já na década de 60, ainda na vigência da Constituição de 1946, nas Representações para intervenção de nº 466 e 467, relatadas, respectivamente, pelos Ministros Ary Franco e Vitor Nunes,²² o Supremo Tribunal Federal deferira liminar, suspendendo a eficácia dos atos impugnados, o que representou, na prática, adiantar, pela via cautelar, ato que não era da Corte mas que por ela seria requisitado, a final, ao Poder Executivo.

Note-se, no entanto, a grande diferença, pois na representação da intervenção o ato interventivo seria requisitado (e não solicitado!) pelo Supremo Tribunal ao Chefe do Executivo, enquanto na representação de inconstitucionalidade a comunicação ao Senado Federal não tinha caráter requisitório, mas meramente deflagrador do respectivo processo legislativo, pois a suspensão dos efeitos do ato impugnado somente ocorreria com a edição da resolução pela Câmara Alta.

Ocorre que em 15 de março de 1975, como estatuído na Lei Complementar federal nº 20/74, aconteceu a fusão entre os antigos Estados da Guanabara e do Rio de Janeiro, criando-se o atual Estado do Rio de Janeiro pela inserção, neste, das estruturas orgânico-funcionais de poder dos Estados fundidos, o que representou hercúleo esforço sob a execução do então Governador Faria Lima, escolhido pelo Presidente Ernesto Geisel, que tomara para si a responsabilidade histórica por tal empreendimento.

Em decorrência da fusão, foi necessário proceder à integração entre os antigos Tribunais de Justiça dos Estados, fundidos para compor o Tribunal de Justiça do novo Estado, o que compreendia unificar duas carreiras de magistratura que eram diferentes quanto às respectivas entrâncias.

²² Revista Trimestral de Jurisprudência nº 23, p. 1

Nos termos do art. 144, § 5º, da Emenda Constitucional nº 1/69, que era o texto constitucional em vigor na época, o Tribunal de Justiça baixou a Resolução nº 1, de 21 de março de 1975, dispondo tanto sobre a organização judiciária como sobre a carreira da magistratura, o que regeria as determinações administrativas de remoção e promoção que logo deveria fazer para suprir as lotações de cargos vagos e assim impedir a paralisação dos serviços judiciários.

Os juízes do antigo Estado do Rio de Janeiro, reunidos na Associação Fluminense dos Magistrados, e nos termos do disposto no art. 119, I, “1”, da Constituição, através de requerimento elaborado por Gusmar Visconti de Araújo, dirigiram-se ao então Procurador da República, clamando pelo ajuizamento da representação e argüindo a urgência que indicava o deferimento de liminar pelo Excelso Pretório.

Na esteira da prática implantada por Themistocles Brandão Cavalcanti desde o final da década de 50, quando exerceu com proficiência o mesmo cargo, o Procurador-Geral da República capeou o requerimento dos juízes com a sua petição inicial, sem se alongar nos fundamentos das alegadas inconstitucionalidades sobre diversos dispositivos da resolução, reservando-se para manifestação mais densa e profunda quando chegasse o momento de atuar como *custos legis*, a final.

A representação tomou o nº 933, sob o relato do Ministro Thompson Flores, que logo a submeteu ao Plenário para apreciação da medida liminar, convencidos todos da urgência da situação, mas controvertida a plausibilidade, pois a Suprema Corte não estava expressamente autorizada pela Constituição a conceder cautelar em representação por inconstitucionalidade, mesmo porque o provimento final seria declaratório, necessitando do *referendum* do Senado Federal através da resolução prevista hoje no art. 52, X, da Carta de 1988.

O Ministro José Geraldo Rodrigues de Alckmin assim votou:

“Senhor Presidente, com a devida vênia, acompanho o eminente relator, entendendo que há um poder geral de acautelamento inerente ao próprio exercício da função jurisdicional: nenhum juiz deve proferir uma sentença ou ser compelido a fazê-lo ciente de que esta não deva produzir seus efeitos, ou dificilmente venha a produzi-los. Daí esse poder acautelador e geral, que é inerente ao próprio exercício da função, um dos tipos fundamentais de tutela jurídica,

como a execução, como o processo de conhecimento.

...

Vamos separar as questões: do cabimento da medida ou da oportunidade e conveniência da medida, que são questões diferentes. Mesmo que se trate de uma ação direta de inconstitucionalidade, entendo que há possibilidade de remédio cautelar, desde que a parte formal que propõe a ação alegue que tem necessidade do provimento cautelar, para que, afinal, a decisão não venha encontrar situação que impossibilite a eficácia da decisão tomada. Não vejo impedimento a que se atenda a este pedido.

Observa Vossa Excelência que seria, de certa forma, incabível a medida, porque aí se trata de lide em que não se fixam interesses concretos para justificá-la. É um pedido de declaração em abstrato de inconstitucionalidade de uma lei. Mas temos que reconhecer que se admite este tipo de ação, há uma parte formal que está intitulada a propô-la. A esta parte formal caberá dizer se há interesse na medida da cautela.

Para conservarmos os princípios processuais, temos que admitir que o legitimado a pedir uma proteção no processo de conhecimento também está legitimado a pedir a proteção no processo cautelar.”

Em posição adversa, o Ministro Eloy da Rocha afirmou que, na ação direta de inconstitucionalidade, a prestação judicial finda com a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade e que não cabe ao Poder Judiciário suspender a execução, competência precípua que a ordem constitucional então vigente concedia ao Senado Federal, no seu art. 42, X:

“Na ação direta de inconstitucionalidade, para declaração de inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo federal ou estadual, a prestação jurisdicional se exaure nessa declaração. Em caso concreto, seja em qualquer ação, seja na ação de mandado de segurança quando se argúi e reconhece a inconstitucionalidade de lei ou de ato do poder público, a sentença nunca suspende, em tese, a execução da lei ou do ato. A sentença assegura o direito subjetivo violado ou ameaçado, declarando a inconstitucionalidade da lei ou do ato, que, em consequência, não terão aplicação, tão só, em relação ao titular do direito.”

Nessa vertente do pensamento, entendia que deveria ser denegada a medida cautelar antecipatória, pois, a seu ver, o provimento final (a decisão judicial declaratória) não teria o condão pretendido na cautelar, qual seja, antecipar o provimento senatorial que, este sim, teria efeitos *erga omnes* e *ex nunc*, a partir daí suspendendo os efeitos (mas não revogando!) da lei ou do ato impugnado.

No entanto, sob o impressionante peso do pensamento de que o poder acautelar é inerente ao poder de decisão, a maioria concedeu a liminar, antecipando o Tribunal, assim, a tutela própria da resolução senatorial.

Mas se o Supremo Tribunal Federal poderia conceder cautelar antecipando os efeitos da resolução de órgão legislativo, desde logo se viu desnecessário que nas representações de inconstitucionalidade fosse a decisão comunicada ao Senado Federal, ficando, assim, reservada a comunicação ao órgão legislativo somente para os casos de reconhecimento incidental de inconstitucionalidade.

Aliás, nesse sentido, respaldando a posição que a Suprema Corte tomou na Representação nº 933, ao conceder a cautelar, dois anos depois veio a Emenda Constitucional nº 7, outorgada por Ernesto Geisel em 13 de abril de 1977, dispondo sobre o que se denominou de *Reforma da Justiça*, instituindo regime nacional único para a Magistratura através da *Lei Orgânica da Magistratura Nacional*, somente editada em 1979, e alterando a competência do Supremo Tribunal Federal com nova redação do art. 119, I, destacando-se o seguinte:

“l) a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou de ato normativo federal ou estadual;

...

o) as causas processadas perante quaisquer juízos ou Tribunais, cuja avocação deferir, a pedido do Procurador-Geral da República, quando decorrer imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, para que se suspendam os efeitos da decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide lhe seja devolvido; e

p) o pedido de medida cautelar nas representações oferecidas pelo Procurador-Geral da República.”

Enfim, pela célebre decisão cautelar proferida na Representação de Inconstitucionalidade nº 933, pela única e exclusiva vez em toda a história, até então, do controle de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal transcendeu o seu caráter de órgão jurisdicional para alcançar o patamar legislativo e, assim, adentrar em tarefa que não era típica da função jurisdicional.

De fato, ao julgar a inconstitucionalidade incidentalmente, a Corte o faz no seu papel de órgão jurisdicional, aplicando o Direito ao caso concreto para dirimir o conflito de interesses. Declarando a inconstitucionalidade incidentalmente, e após o trânsito em julgado da decisão definitiva, o Excelso Pretório fazia a comunicação ao Senado Federal para os fins do art. 52, X, da atual Constituição, e tal resolução, se emitida pelo órgão legislativo, teria nítido caráter legislativo, operando *erga omnes*, alcançando quem não fora parte na causa judicial, adentrando, conforme o ato impugnado, nas esferas normativas federal, estadual ou municipal.

No entanto, o apontado precedente representou para o Supremo Tribunal Federal a travessia do Rubicão entre as suas funções jurisdicionais (do caso concreto) e as funções legislativas (de dispor *erga omnes*, com eficácia de lei); de órgão do Poder Judiciário para funções do Poder Legislativo, de função até então considerada como de “técnica de julgamento” para função de amplo campo político, de discricionariedade ou conveniência.

É certo que a tal foi compelido pelo império das circunstâncias e pelo fato de que recebera, pela Emenda Constitucional nº 16/65, o poder de julgar a ação direta de inconstitucionalidade, embora, até então, não tivesse a Suprema Corte autoridade própria para fazer cessar os efeitos da norma impugnada, o que dependia de resolução senatorial.

Do modelo estadunidense da U. S. Court, com atribuição de processar e julgar os casos concretos, concretizando individual e concretamente a norma para as partes, e que só tem poder vinculativo dos demais órgãos judiciais pelo sistema tradicional do *stare decisis quieta movere*, caminhou-se (a passos tímidos, é forçoso reconhecer...) para o modelo continental europeu da Corte Constitucional como órgão do Parlamento e, assim, desinibidamente atuando como legislador, dispondo para todos através de norma que visa regular os casos futuros.

Há quem diga que o momento político, em 1975, era o adequado para que a Corte Suprema avançasse do estágio técnico e jurisdicional para o nível legislativo e político, pois a força do Governo Militar, naquele momento

histórico, constrangia e infirmava o Congresso Nacional. Contudo, e como se demonstra neste breve esboço histórico do controle de constitucionalidade, a evolução foi lenta mas duradoura.

A Emenda Constitucional nº 7/77 não só respaldou o precedente ao conceder formalmente ao Supremo Tribunal Federal o poder de processar e julgar *o pedido de medida cautelar nas representações oferecidas pelo Procurador-Geral da República*, como a função, tipicamente legislativa, de proceder à interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual.

Ressalte-se a enorme distância entre as funções legislativas na representação de inconstitucionalidade e na representação para interpretação: naquela se trata de função legislativa negativa, pois se extrai a eficácia pela suspensão dos efeitos da norma impugnada; nesta se trata de função legislativa positiva, pois se agrega à norma genérica e abstrata uma nova qualificação jurídica, uma inovação normativa.

É certo que razões históricas somente permitiram ao Supremo Tribunal Federal processar poucas representações para interpretação, entre elas se destacando o conhecido e controvertido julgamento quanto ao Decreto-lei nº 2.019, que tratava de matérias referentes à remuneração dos magistrados, entendendo-se que alguns dispositivos alcançavam todos os magistrados, federais e estaduais, e outros – justamente aqueles referentes à remuneração – somente beneficiavam os magistrados federais.

Quanto à advocatária,²³ que também, introduzida pela Emenda Constitucional nº 7/77, poucas vezes foi utilizada pela Suprema Corte, mesmo porque o Procurador-Geral da República, que acumulava as funções que hoje estão separadas entre o Ministério Público Federal e a Advocacia Geral da União, a poucas incursões nesta área se aventurou.

²³ Notem-se os específicos fundamentos e fins da advocatária: “quando decorrer imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, para que se suspendam os efeitos da decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide lhe seja devolvido”. Contudo, desde a lei que primeiro regulou o processo do mandado de segurança, a Lei nº 191, de 16 de janeiro de 1936, substituída depois pela Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, esta complementada pela Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, temos a ação cautelar denominada de *suspensão de segurança*, como estatui o art. 4º desta última lei, do seguinte teor: “quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o Presidente do Tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de cinco dias, contados da publicação do ato”. Daí se vê por que a advocatária foi poucas vezes

De qualquer forma, o pêndulo da História alcançou os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte de 1987/1988 com a idéia de que seria possível se transformar, sem grandes rupturas do sistema até então existente, o Supremo Tribunal Federal da matriz americana para Corte Constitucional de matriz européia.

9. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituinte de 87/88, como não podia deixar de ser, por se tratar de assembléia debatendo o exercício do Poder, muito discutiu sobre o Poder Judiciário e sobre a sua estrutura e funções no Estado Democrático de Direito, muitas vezes partindo da ferrenha e desarrazoada crença de que poderiam os tribunais, por si só, redimir os pecados do sistema político.

Ao fim de tantos debates, acabou ficando o Poder Judiciário, salvo poucas alterações, com o mesmo formato que oferecia nos tempos últimos da ditadura militar, inclusive quanto às funções do Supremo Tribunal Federal, que, se perdeu as atribuições de velar pela legislação federal, o que passou para o Superior Tribunal de Justiça, ganhou maiores atribuições no papel de guardião da Constituição, como passou a constar no *caput* do art. 102 da Constituição promulgada, em 5 de outubro de 1988, pelo velho político liberal Ulysses Guimarães.

A ação direta de inconstitucionalidade ganhou muitos legitimados ativos e não mais só o Procurador-Geral da República, como constava no antigo art. 119, I, 1, da ordem constitucional derogada.

A multidão de legitimados ativos levou à construção de uma nova técnica de seleção, passando-se a exigir o que se denominou de *pertinência subjetiva* entre o legitimado constante dos incisos do art. 103 com o tema em debate na ação direta de inconstitucionalidade. Daí somente o Presidente

requerida pelo Procurador-Geral da República, pois a suspensão de segurança tinha a mesma capacidade de produzir efeitos sem o deletério efeito de carrear para o mais Alto Tribunal a cognição plena da lide, em instância única. Sobre o tema, consultar Cristina Gutiérrez, **Suspensão de liminar e de sentença na tutela do interesse público**, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2000, notando o precedente estabelecido por José Nery da Silveira quando Presidente do antigo Tribunal Federal de Recursos, a destacar o conteúdo amplo de discricionariedade do Presidente do Tribunal na apreciação do requerimento, em face da ampla normatividade dos conceitos indeterminados de ordem, saúde, segurança e economia públicas.

da República, as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e os partidos políticos dispõem de interesse processual para ofertar ação direta de inconstitucionalidade sobre qualquer tema, enquanto os demais legitimados não de demonstrar, em cada ajuizamento, tal interesse, como, por exemplo, a Associação dos Magistrados Brasileiros, entidade de classe de âmbito nacional, que somente poderá ofertar ação impugnando lei ou ato normativo cujo conteúdo tenha relação com os seus associados.²⁴

Instituiu-se expressamente a possibilidade da ação direta de inconstitucionalidade por omissão legislativa (art. 102, § 2º), instrumento do controle concentrado, a par do mandado de injunção, instrumento do controle incidental de constitucionalidade, que, no entanto, ainda não mereceu jurisprudencialmente o devido tratamento que viabilizasse a sua utilização.

O Procurador-Geral da República passou a ter o dever de atuar em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal e, para a defesa do ato impugnado no controle concentrado, passou o art. 102, § 3º, a exigir a prévia citação do Advogado-Geral da União.

No plano estadual, instituiu-se a ação direta de inconstitucionalidade local, como proclamou o art. 125, § 2º: *“cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais*

²⁴ ADIMC 913/DF (medida cautelar na ADIn 913/DF), relator o Ministro Moreira Alves, julgada pelo Pleno em 18 de agosto de 1993, DJU de 05/05/1995: *“Ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros. Art. 1º da Emenda Constitucional nº 3/93, na parte em que altera os arts. 102 e 103 do texto original da Constituição. Pedido de liminar. Já se firmou nesta Corte o entendimento de que as entidades de classe de âmbito nacional para legitimação para propor ação direta de inconstitucionalidade têm de preencher o requisito objetivo da relação de pertinência entre o interesse específico da classe, para cuja defesa essas entidades são constituídas, e o ato normativo que é argüido como inconstitucional (cf. as ADIns 77, 138 e 159). No caso, trata-se de questão interna do Poder Judiciário, cujo pretensão interesse da magistratura é colocado em termos de contraposição de poderes entre seus órgãos sob a alegação de que os acrescidos a um – que é o seu órgão-cúpula – coartam a independência dos que lhe são hierarquicamente inferiores. Questões dessa natureza, que dizem respeito, lato sensu, à organização do Poder Judiciário, sem lhe coartarem a independência e as atribuições institucionais, não têm pertinência com as finalidades da autora, quer encarada estritamente como entidade de classe, quer encarada excepcionalmente como entidade de defesa do Poder Judiciário, porque, no caso, quanto a ele em si mesmo, nada há que defender por lhe ter a emenda constitucional impugnada ampliado o âmbito do controle concentrado da constitucionalidade dos atos normativos. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida, porque não tem a autora, por falta de relação de pertinência, legitimidade para propô-la”*.

ou municipais em face da Constituição estadual, vedada a atribuição de legitimação para agir a um único órgão”.

A criação da representação de inconstitucionalidade em nível estadual ofereceu, desde logo, uma grande dificuldade em face das *normas reproduzidas*, isto é, as normas constantes da Constituição estadual que não inovam mas simplesmente reproduzem o que está na Carta da República, pois o âmbito normativo constituinte do Estado-membro, em nossa federação, está limitado, como se vê no art. 25: “*os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição*”.

Ciente de sua impossibilidade de atuar diretamente no controle de constitucionalidade sobre as leis e os atos normativos dos atuais 27 Estados e 5.500 municípios, resolveu o Supremo Tribunal Federal que o filtro ficaria com as Cortes estaduais, cabendo recurso extraordinário das decisões proferidas nas representações de inconstitucionalidade, o que não parece consentâneo com o seu caráter legislativo negativo e com o efeito devolutivo do recurso.²⁵

E tudo assim caminhou no período entre 1988 e 1993, cristalizando-se na comunidade jurídica que o papel da Suprema Corte deveria ficar restrito ao controle jurisdicional da constitucionalidade de forma incidental às causas que lhe fossem admitidas, e que o seu controle concentrado ficaria restrito ao papel de legislador negativo, suspendendo os efeitos da norma considerada inconstitucional, bem como declarando a omissão legislativa.

9.1. O papel de legislador positivo do Supremo Tribunal Federal

A questão tributária foi o fundamento da *Magna Charta Libertatum*, de 1215, instrumento de garantia que os senhores feudais arrancaram do

²⁵ Reclamação 358/SP, Relator o Ministro Moreira Alves, DJ de 08/06/01: “*Reclamação. Ação direta de inconstitucionalidade julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. - A ação direta de inconstitucionalidade em causa foi, afinal, julgada procedente exclusivamente com base em dispositivos constitucionais estaduais, ainda que de reprodução de dispositivos constitucionais federais de observância obrigatória pelos Estados-membros. - Ora, esta Corte, desde o julgamento da Reclamação 383, por seu Pleno, firmou o entendimento de que é admissível a propositura da ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça local sob a alegação de ofensa a dispositivos constitucionais estaduais que reproduzem dispositivos constitucionais federais de observância obrigatória pelos Estados-membros – e, portanto, por via de consequência, seu julgamento por esses Tribunais com base nesses dispositivos constitucionais estaduais –, com possibilidade de recurso extraordinário se a interpretação da norma constitucional estadual que faz essa reprodução contrariar o sentido e o alcance da norma constitucional federal reproduzida. Reclamação julgada improcedente”.*

soberano inglês para que não fossem depois por ele cobrados em prévia anuência (*no taxation without representation*).

No Brasil, e especificamente no controle de constitucionalidade, salvo quanto às inovações da Constituição de 1934, de evidente conteúdo político-ideológico pela crise então existente sobre os fins e a natureza do Poder Público, a questão tributária foi o grande impulso, como vimos na edição da Emenda Constitucional nº 16, de 1965, e pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993. Aquela surgiu em momento de transição da política nacional, com o poder militar conferindo ao Governo central força suficiente para ultrapassar os pendores oligárquicos estaduais; esta também surgiu em momento de transição nacional, pela instabilidade política que se seguiu ao *impeachment* de Fernando Collor e pelo consenso das forças políticas em torno do Presidente Itamar Franco, buscando soluções para o solapamento do sistema econômico pelo fenômeno da inflação, então crônico, de mais de quarenta anos, cujas causas estariam no descontrole do Poder Público.²⁶

No que mais diretamente nos interessa neste momento, a Emenda Constitucional nº 3, proposta pelo Poder Executivo e rapidamente aprovada pelo Congresso Nacional, alterou a redação de diversos dispositivos constitucionais, entre os quais, citam-se:

- no art. 102, acrescentou-se à competência originária do Supremo Tribunal Federal, na alínea “a”, do inciso I, “*a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal*”, passando o parágrafo único do mesmo artigo a ser o § 1º, com o acréscimo de novo parágrafo, dizendo que “*as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo;*” e

- no art. 103, foi acrescentado o § 4º, dispondo que “*a ação declaratória de constitucionalidade poderá ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República*”.

Evidente o conteúdo legislativo positivo da ação declaratória de constitucionalidade, pois através do provimento de procedência agrega-se ao ato normativo a qualidade ou eficácia de imunizá-lo ao controle incidental de

²⁶ Veja-se, sobre a crise brasileira e a Emenda Constitucional nº 3/93, deste autor, o capítulo I de **Ação declaratória de constitucionalidade**, 2ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2000.

constitucionalidade; isto é, a decisão da Suprema Corte na ação declaratória de constitucionalidade tem o impressionante efeito de impedir que juizes e administradores públicos neguem aplicação à norma infraconstitucional sob o fundamento de ser a mesma incompatível com a Lei Maior.

Aliás, pela ação declaratória de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal ganhou um poder que nem mesmo dispõe o próprio Poder Legislativo, pois este, em face da Constituição rígida, não consegue imunizar os seus atos, ainda que emenda constitucional, ao controle de constitucionalidade incidental ou concentrado.

O surgimento da ação declaratória de constitucionalidade propiciou reações de diversos setores da sociedade, mas tais manifestações foram vencidas pelo próprio Supremo Tribunal Federal, que proclamou a constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 3/93, no tocante à ação declaratória de constitucionalidade, em decisão plenária de 27 de outubro de 1993, na questão de ordem suscitada pelo Relator Ministro Moreira Alves na ADC nº 1-1/DF, posta pelo Presidente da República e pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, cujo objeto era o reconhecimento da constitucionalidade da própria ação declaratória de constitucionalidade...

Outra importante decisão sobre o controle concentrado foi a proferida pela Suprema Corte no julgamento da ADCm nº 4, julgada em 11 de fevereiro de 1998, sob o relato do Ministro Sidney Sanches, citando o precedente da Representação 933, de 1975, e assim admitindo medida liminar – a despeito da Constituição somente se referir a ADIn no art. 102, I, “p” – em ação declaratória de constitucionalidade, com referência ao art. 1º da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI Nº 9.494, DE 10.09.1997, QUE DISCIPLINA A APLICAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. MEDIDA CAUTELAR: CABIMENTO E ESPÉCIE, NA A.D.C. REQUISITOS PARA SUA CONCESSÃO. 1. Dispõe o art. 1º da Lei nº 9.494, de 10.09.1997: “Art. 1º. Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil, o disposto no art. 5º e seu parágrafo único e art. 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 09 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992”. 2. Algumas instâncias ordinárias

*da Justiça Federal têm deferido tutela antecipada contra a Fazenda Pública, argumentando com a inconstitucionalidade de tal norma. Outras instâncias igualmente ordinárias e até uma Superior - o S.T.J. - a têm indeferido, reputando constitucional o dispositivo em questão. 3. Diante desse quadro, é admissível Ação Direta de Constitucionalidade, de que trata a 2ª parte do inciso I do art. 102 da C.F., para que o Supremo Tribunal Federal dirima a controvérsia sobre a questão prejudicial constitucional. Precedente: A.D.C. nº 1. Art. 265, IV, do Código de Processo Civil. 4. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzem eficácia contra todos e até efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, nos termos do art. 102, § 2º, da C.F. 5. Em Ação dessa natureza, pode a Corte conceder medida cautelar que assegure, temporariamente, tal força e eficácia à futura decisão de mérito. E assim é, mesmo sem expressa previsão constitucional de medida cautelar na A.D.C., pois o poder de acautelar é imanente ao de julgar. Precedente do S.T.F.: RTJ-76/342. 6. Há plausibilidade jurídica na argüição de constitucionalidade, constante da inicial (“fumus boni iuris”). Precedente: ADIMC - 1.576-1. 7. Está igualmente atendido o requisito do “periculum in mora”, em face da alta conveniência da Administração Pública, pressionada por liminares que, apesar do disposto na norma impugnada, determinam a incorporação imediata de acréscimos de vencimentos, na folha de pagamento de grande número de servidores e até o pagamento imediato de diferenças atrasadas. E tudo sem o precatório exigido pelo art. 100 da Constituição Federal, e, ainda, sob as ameaças noticiadas na inicial e demonstradas com os documentos que a instruíram. 8. **Medida cautelar deferida, em parte, por maioria de votos, para se suspender, “ex nunc”, e com efeito vinculante, até o julgamento final da ação, a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494, de 10.09.97, sustando-se, igualmente “ex nunc”, os efeitos futuros das decisões já proferidas, nesse sentido.***

Atente-se para a parte posta em **negrito**: em sede cautelar, com efeito vinculante, e até o julgamento final da ação, foram suspensos os efeitos das concessões de tutela antecipada contra a Fazenda Pública – evidentemente que somente as que tivessem por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494/97 –, bem como – o que é mais extraordinário – foram suspensos os efeitos futuros das decisões já proferidas nesse sentido!

Em outras palavras, se a antecipação de tutela mandava pagar determinada quantia ao autor da demanda, o que já tinha sido pago não seria pedido de volta (aguardando-se, ao menos, a decisão final...), mas se ainda se estivesse pagando, a publicação da decisão da Suprema Corte tinha o extraordinário efeito de bloquear a continuação desses pagamentos, ainda que já tivessem precluído os respectivos meios de impugnação.

Evidente aí o caráter normativo – legislativo para alguns, constitucional para outros²⁷ – da decisão cautelar na referida ação declaratória de constitucionalidade, pois não só imunizou o art. 1º da Lei nº 9.494/97 do controle incidental de inconstitucionalidade, como, até mesmo, suspendeu os efeitos das decisões anteriores que tivessem por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do mesmo dispositivo legal.

Note-se que a decisão suprema incidia sobre cautelares concedidas pelos juízes, decisões tipicamente provisórias, ainda que já tivessem se esgotados os meios recursais de impugnação.

A partir daí passou-se a aceitar, com certa tranquilidade, o papel legislativo, até mesmo positivo, do Supremo Tribunal Federal, através de leis ordinárias que concediam efeitos vinculantes às decisões não só do mais alto Tribunal como até mesmo dos demais Tribunais Superiores.

Típica dessa vinculação foi a nova redação que se imprimiu ao disposto no art. 557 do Código de Processo Civil:

“Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. (Redação dada pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998.)

²⁷ Teve caráter constitucional porque expressou a vontade da Constituição, a norma de conduta dela originada, regulando os efeitos da mesma norma constitucional perante o ordenamento jurídico.

§ 1º-A. *Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998.)*

§ 1º. *Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998.)*

§ 2º. *Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998.)”*

Ressalte-se: criou-se uma vinculação não só com súmula mas até mesmo com a jurisprudência dominante não só no Supremo Tribunal Federal como em outro Tribunal Superior; o relator negará (é comando imperativo) seguimento ao recurso que afrontar precedente ou, até mesmo, dará provimento ao recurso se a decisão impugnada afronta o mencionado precedente.

Vê-se, assim, que a decisão do Supremo Tribunal Federal, ainda que aprecie incidentalmente o tema de constitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, em qualquer das esferas governamentais (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), passou a ter dois níveis ou planos de efeitos: a) o nível interno, com função jurisdicional, no caso concreto, sobre as partes para as quais foi pronunciada a decisão, e b) o nível externo, com efeitos *erga omnes et ex nunc* (a partir do ato), com função legislativa, e efeitos indeterminados e abstratos.

Por este último efeito, que poderíamos denominar de *pan-processual* (porque alcança outros processos que não aquele em que foi proferido o precedente) ou até mesmo de *efeito normativo* ou *efeito legislativo* (posto que alcança sujeitos indeterminados prevendo condutas hipotéticas), as decisões do Supremo Tribunal Federal, proclamando a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual, distrital ou municipal, passaram a dispensar não só a comunicação ao Senado Federal, como exigido no art.

178 do seu Regimento Interno, como a própria resolução a que se refere o art. 52, X, da Constituição, dispositivo que, a partir daí, se tornou *letra morta*, como gostavam de dizer os antigos.

Há outros casos de vinculação às decisões do Supremo Tribunal Federal criados pela lei ordinária, como se vê quanto à arguição de inconstitucionalidade nos tribunais como procedimento de instrumentalização do princípio da reserva de plenário contido no art. 97 da Lei Maior:

“Art. 480. Argüida a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara, a que tocar o conhecimento do processo.

Art. 481. Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno.

Parágrafo único. 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. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998.)

Art. 482. Remetida a cópia do acórdão a todos os juízes, o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento.

§ 1º O Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o requererem, poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade, observados os prazos e condições fixados no Regimento Interno do Tribunal. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.868, de 10.11.1999.)

§ 2º Os titulares do direito de propositura referidos no art. 103 da Constituição poderão manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação pelo órgão especial ou pelo Pleno do Tribunal, no prazo fixado em Regimento, sendo-lhes assegurado o direito de apresentar memoriais ou de pedir a juntada de documentos. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.868, de 10.11.1999.)

§ 3º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.868, de 10.11.1999.)”

Veja-se o comando contido no parágrafo único do art. 481 do Código de Processo Civil, ao vedar aos órgãos fracionários a remessa ao Pleno, ou órgão especial, quando o tema já tiver sido objeto de anterior deslinde (em um ou outro sentido) não só pelo próprio Pleno ou pelo Supremo Tribunal, por seu plenário.

Mais se assemelha hoje o processo de controle de constitucionalidade nos tribunais com o processo legislativo realizado pelas Casas legislativas, pois, como se vê nos parágrafos do antes transcrito art. 482, poderão terceiros – e não só aqueles titulares da propositura de ação direta de inconstitucionalidade – se manifestar nos autos da argüição de inconstitucionalidade perante o pleno de Tribunal.

Frutos de tal compreensão do processo de controle de constitucionalidade foram a Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, dispondo sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, e a Lei nº 9.882, de 3 de dezembro seguinte, sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental.

A Lei nº 9.868/99 conferiu aos procedimentos da ação direta de inconstitucionalidade e da ação direta de constitucionalidade nítido caráter legislativo, tomando como paradigma as normas regimentais das casas legislativas sobre a instrução dos projetos de leis e as normas gerais sobre a validade e eficácia das leis, como se vê em diversas disposições:

- no art. 11, mandando que a medida cautelar de ação direta de inconstitucionalidade seja publicada em seção especial do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça da União;

- no art. 11, §§ 1º e 2º, as determinações de que a medida cautelar é dotada de eficácia *erga omnes* e *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa (e antes se considerava que as leis não podiam retroagir...);

- no art. 20, § 1º, como se fosse a instrução por comissão legislativa, declarou-se o poder do relator de até mesmo *fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria*;

- no art. 27, a possibilidade de concessão de efeitos diferidos no tempo da decisão que der pela inconstitucionalidade;

- no art. 28, *caput*, a determinação de publicar a parte dispositiva do acórdão nos Diários Oficiais da União e da Justiça; e

- no art. 28, parágrafo único, a concessão de eficácia *erga omnes* e de efeitos vinculantes em relação aos órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública em todos os níveis federativos à *declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição*²⁸ e a *declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto*.²⁹

A Lei nº 9.882/99, no mesmo diapasão e a despeito do caráter incidental da argüição de descumprimento de preceito fundamental, prevê:

- no art. 5º, § 3º, embora respeitando a coisa julgada, que a liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental;

- no art. 6º, § 1º, a mesma redação do art. 20, § 1º, da Lei nº 9.868/99; e

- no art. 11, a mesma redação do art. 27 da Lei nº 9.868/99.

10. CONCLUSÃO

Trata-se de um breve histórico do controle da constitucionalidade e a conclusão ainda não merece ser escrita pois continua o impressionante fluxo da realidade política e social sobre as normas jurídicas.

O que se pode ver, até agora, é que no Brasil, como em outros países,

²⁸ O texto legal autoriza o Supremo Tribunal Federal a proceder à interpretação conforme a Constituição em sede de ADIn ou de ADC, o que o Excelso Pretório faz, em casos tais, com supedâneo na expressa ordem do art. 126 do Código de Processo Civil de que os juízes devem aplicar as normas legais, e, não as havendo, a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito. Então, pela analogia, poderá o próprio Supremo Tribunal Federal, assim como os demais órgãos judiciais, inclusive os juizes monocráticos, na resolução das lides, utilizar a técnica da interpretação conforme a Constituição.

²⁹ O Chefe do Executivo somente pode opor veto parcial a texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea (Constituição, art. 66, § 2º)

o controle da constitucionalidade das leis passou a ser a grande arena em que se digladiam os interesses que movem a sociedade moderna, desconfiada aqui e alhures do positivismo jurídico e muito mais confiante nos valores que são indicados pela Constituição e pelas leis, mas que não se esgotam na letra fria do texto legal. ◆

O PROBLEMA DA VIOLÊNCIA DEFENSIVA

FELIPPE AUGUSTO DE MIRANDA ROSA

Desembargador aposentado do TJ/RJ. Professor

Na preparação do texto do livro “Violência – Um Processo Global”, em vias de publicação, deparamo-nos com algumas considerações, aparentemente banais, a respeito de fatos que indicam uma relação estreita entre os comportamentos individuais, grupais e da sociedade em geral. As razões disso estão nas raízes sociológicas do direito e de toda a normatividade humana. As regras de comportamento são formuladas socialmente em vários níveis e sob diversos aspectos, incluindo especialidades.

Entretanto, nem todas as medidas aplicadas na vida social correspondem aos objetivos colimados. É bem próprio da falibilidade humana imaginar certas providências para enfrentar determinados problemas, providências essas, que, no entanto, levam a resultados diferentes daqueles que foram planejados.

Tal realidade é muito clara nos fenômenos jurídicos, sua construção teórica, e sua efetiva existência, uma vez criadas as normas pelos organismos sociais a isso destinados. As leis, por exemplo, algumas vezes têm resultados não previstos ou mal previstos. Em conseqüência, essa normatividade estimula por vezes os males e problemas que se quer com elas combater. A conseqüência perversa aludida confunde então os legisladores e planejadores do direito, pela diferença entre o pretendido e o provocado. O fato é bem conhecido e origem de copiosa matéria teórica e doutrinária, em que especialistas se empenham no objetivo de explicar incongruências aparentes e verdadeiras.

Isso é particularmente sensível no estudo das tendências para o agravamento das punições previstas no Código Penal para a prática dos crimes nele capitulados.

Existe periodicamente um fenômeno curioso a respeito. Em fases particularmente exacerbadas de criminalidade violenta, ou de tipologia freqüente, a sociedade cultiva uma espécie de ideologia punitiva em que as

penas são agravadas. Nessas ocasiões aparecem também novos tipos delituosos, então incluídos na ordem jurídica. Multiplicam-se dessa maneira os exemplos de práticas, então muito comuns, que vestem a roupagem do direito penal. A constatação evidente disso pode ser encontrada no elenco de novos crimes previstos na lei penal e nos casos de redefinição de alguns delitos como os “crimes hediondos”, muito em voga atualmente. Eventos chocantes de natureza recente causam um e outro resultado. As penas pre-existentes são agravadas e outras mais severas são criadas para os casos novos definidos na legislação.

Por outro lado, voltam os estudiosos da matéria a insistir na adoção de punições mais pesadas e modelos de penas dessa espécie. O debate a respeito da eventual adoção da pena de morte exemplifica muito bem a volta da velha discussão, sobre o uso ou não desse castigo extremo para certos crimes. É evidente que em tais casos cuida-se de ilícitos especialmente chocantes, ofensivos à vida e à saúde das vítimas ou em que as conseqüências sociais imediatas mostram-se assustadoras. Os veículos de comunicação de massa então, muito sensíveis a tais situações abordam essa matéria com grande destaque, veiculando opiniões de pessoas que preconizam a pena de morte para os crimes mais graves, visto sob o prisma da repercussão pública. Fatos chocantes são então expostos aos leitores pela chamada mídia, tornando as controvérsias a respeito muito populares. A reação emocional das pessoas entrevistadas ou citadas ou dos próprios profissionais da imprensa sobe de ponto. O evento deixa de ser noticiado ou comentado com objetividade e passa a ser emocionalmente descrito e avaliado.

Os argumentos de que determinados países aplicam a penalidade máxima, são usados como paradigmas a serem observados, principalmente nos países qualificados como “emergentes”, supostamente então, atrasados em relação àqueles. Os mestres estariam indicando o caminho aos alunos. Essa idéia de degraus diferentes de civilização é de evidente inconveniência. “Atrasados” e “Adiantados” seriam tipos sociais a que se aplicaria um tratamento específico exemplificado como acima descrito.

Tanto esse raciocínio como o outro, apoiados nas realidades estatísticas diversas, ou seja, no mundo real, devem ser objeto de uma reflexão fria. É que nos países tidos como mais avançados, muito copiados habitualmente, a pena de morte não impede um elevado grau de criminalidade, inclusive e

particularmente a criminalidade violenta.

O objetivo de intimidação que a pena máxima teria com a ameaça da execução do criminoso, não impede precisamente a prática de homicídios revoltantes, ou sem razão plausível como acontece nos países líderes da civilização ocidental, onde a ameaça de punição com a morte é inócua. Bom lembrar que morrer todos nós vamos e os criminosos sabem bem disso. Há mesmo quem entenda, aliás com boas razões, que as penas de longa reclusão são mais assustadoras para o candidato a punição. Os argumentos psicológicos a respeito são importantes e freqüentam o debate.

Também valiosos são os argumentos daqueles que lembram a “vida curta” normal dos assassinos contumazes e outros tipos de bandidos, pelas mãos dos seus rivais de outras “gangues”. O exemplo é insistentemente mencionado a propósito das quadrilhas que operam no mundo do tráfico de drogas, como a heroína, a cocaína, o ópio e as ervas do tipo da maconha; em relação a essa última discute-se por vezes fortemente uma suposta inexistência de efeitos anti-sociais. A descriminalização do seu uso é matéria habitualmente veiculada com argumentos em um e outro sentido.

A matéria traz à reflexão o tema da criminalidade defensiva. A figura jurídica no caso, é uma construção racional da previsão dos atos de defesa, de que a legítima defesa é o exemplo típico. Trata-se de justificação de certos atos cometidos na previsão lógica do ataque adversário. O quadro, no caso, envolveria medidas preventivas tomadas pela vítima iminente, configurando os elementos característicos do delito penal, mas que, na realidade, envolvem freqüentemente situações de legítima defesa efetiva ou putativa. A futura vítima antecipando-se a ação criminosa contra ela, age para evitá-la. O eventual engano na previsão do ataque adversário constitui um problema clássico de direito penal. Os tribunais têm decidido a respeito, “com os pés no chão”, avaliando minuciosamente as condições em que atuam as partes. Fatos notórios são mencionados na crônica dos eventos de interesse da justiça criminal, como, por exemplo, a confusão pelo ameaçado, de um gesto do suposto agressor que parece com o de sacar uma arma de fogo. O encontro eventual entre desafetos já causou alguns exemplos desse tipo.

A lesão temida, para cuja ocorrência aja alguém com o objetivo de evitá-la, enquadra-se na situação acima descrita. Aquele que está ameaçado de morte é normalmente submetido a uma tensão altíssima produzida pelas circunstâncias do momento, suscetível de fazer antecipar-se ao suposto agressor.

É interessante examinar os aspectos macrossociais e macropolíticos das circunstâncias mencionadas e que constituem uma possibilidade indesejável e ameaçadora na conjuntura mundial em que vivemos. O caso pode configurar-se na esfera internacional principalmente. Um país, ou países, ou povos, que vivem sob a ameaça de agressão externa ou que estão em um processo de rivalidade diante de agressões possíveis de outra nação ou de outro país, correm o risco de pretender antecipar-se ao adversário, atacando-o preventivamente com as armas mais poderosas ao seu dispor, inclusive as da mais moderna tecnologia. A ameaça nuclear paira em consequência da disseminação das armas atômicas hoje cada vez mais em poder das potências grandes, médias e pequenas, o que desequilibra fortemente, em tese, as relações de poder na escala internacional. Esse risco de uma agressão destruidora de natureza preventiva está pairando nas relações entre governos que, por motivos históricos, econômicos, religiosos ou outros, competem em nosso planeta.

O caso é de uma extrapolação do fenômeno da criminalidade defensiva. Vários países, nos diversos continentes, detêm já o poder nuclear. Outros, temerosos, estão no caminho de consegui-lo. O perigo de conflitos mesmo que circunscritos a algumas regiões, é apontado pelos especialistas em relações internacionais e suas derivações como uma verdadeira projeção do tipo defensivo da agressão. Isso nos mostra que certas reações humanas, quando ampliadas e transferidas às sociedades e aos grupos sociais pode vir a significar desastres consideráveis e talvez irreparáveis na vida da Terra. Não se trata de terrorismo intelectual, o que aqui se está dizendo. Hannah Arendt mencionou a possibilidade em seu livro **Sobre a Violência**, no qual referiu-se perigos nos quais muitos não pensam.

A ameaça, no caso, pode ser parecida com a de uma possível colisão de grande asteroide ainda nos primórdios do século XXI noticiada com certo estardalhaço a partir de declarações de cientistas respeitados e cuja probabilidade é negada por outros cosmólogos. Não se está fazendo pilhérias, insistimos, mas apenas tocando de passagem em algo que pode configurar acontecimentos de evolução imprevisível ou talvez previsível embora indesejável. As sociedades humanas correm o risco de, em certas circunstâncias especiais, comportar-se da mesma forma que os indivíduos eventualmente criminosos ou apenas muito agressivos.

O paradigma nuclear é na verdade uma transposição do paradigma do revólver. Ataque e defesa do indivíduo ou da sociedade devem ser admitidos

como possíveis e até racionais. O individual e o global podem ser vistos como duas faces dos mesmos problemas e dos mesmos riscos.

As raízes sociológicas de todos os atos e comportamentos humanos são, pois, muito claras. A autopreservação de homens e grupos sociais constitui um processo único, o mesmo exemplo dos procedimentos que povos e pessoas adotam. Essa realidade não deve ser esquecida. O direito criminal, como todo o conjunto de normas sociais, é uma consequência dos valores, dos interesses, das idéias, dos anseios de homens e mulheres. Uns e outros condicionam a maneira de ser dos povos e dos seres que o constituem. Essa visão holística da sociedade e seus componentes pode ser útil na análise dos problemas jurídicos e das consequências dos atos de todos nós. ◆

A IMPUTABILIDADE INFRACIONAL (JUVENIL) E IMPUTABILIDADE PENAL (ADULTA). CRITÉRIOS PARA SUA FIXAÇÃO TEMPORAL

GUARACI DE CAMPOS VIANNA

Juiz de Direito da 2ª Vara da Infância e da Juventude/RJ

Este texto se propõe a contribuir ao debate sobre as propostas de emenda à Constituição tendentes a redução da imputabilidade penal para 16 (dezesesseis) anos.

De início, convém afastar de plano qualquer tentativa de alteração da imputabilidade penal, via legislação ordinária, em razão do artigo 228 da C.F.

Como se sabe, a imputabilidade penal submete-se ao critério Bio-psicológico, dispondo o art. 27 do Código Penal que “*os menores de 18 anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial*”.

A exposição de motivos da nova Parte Geral do Código Penal justifica a manutenção da idade de 18 anos como referencial com base em critérios de política criminal, argumentando que, por ser o menor de 18 anos um ser incompleto, o reajustamento do processo de formação do caráter deve ser cometido à educação e não à pena criminal (item 23 da E.M. 0211, de 09.05.83).

Considera o Código Penal também inimputável aquele que por doença mental ou desenvolvimento mental retardado era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de autodeterminar-se, havendo redução da pena se houver relativa incapacidade (art. 26 e seu parágrafo único do C.P.)

Para o doente mental completo, no lugar das penas, aplicam-se as medidas de segurança (internação ou tratamento ambulatorial, conforme arts. 96 e 97 do C.P.), pelo prazo mínimo de 1 a 3 anos, por período indeterminado.

Talvez todas as correntes de pensamento favoráveis a redução da imputabilidade penal para 16 anos entendam que a Legislação Tutelar atribua ao menor de 18 anos tratamento equivalente ao que é dado ao doente

mental, equiparando as medidas de segurança, na sua finalidade, às medidas socioeducativas. *Data vênia*, uma coisa não tem nada de semelhante a outra.

Fugindo das discussões inerentes a outras ciências sociais, como a psicologia, psiquiatria, dentre outras, ninguém nega a existência de alarmantes índices de violência. Mas é preciso destacar que a violência, uma vez desencadeada, se rege por uma dinâmica própria. Diante dela, ou a sociedade se deixa dominar, entrando no jogo, ou reage enquanto é tempo para restabelecer valores, recobrar o seu equilíbrio e fazer prevalecer a nacionalidade e o primado dos direitos humanos.

Mas não é pelo Direito Penal que vamos eliminar a violência. Ele ajuda a combatê-la, mas nunca ataca as suas causas. Diante do grave quadro, cabe a pergunta: é possível mudar ?

É bom deixar bem claro que a violência da injustiça social não obriga a tolerância com a violência contra a segurança do cidadão. Mas isso não pode conduzir a excessos.

O que não pode haver é uma desproporcionalidade entre a gravidade do ato cometido pelo adolescente e a ação dos órgãos responsáveis pela segurança.

Prevalecem sempre o preconceito e a discriminação. O fato de um menino ou menina estar mal vestido, sujo, sem ocupação, era suficiente para privá-lo da liberdade, confinando-o nas instituições totais. A suposta intenção de fazer justiça resultou numa ação violenta, autoritária e de injustiça sobre cidadãos que são culpabilizados pelo fato de serem pobres.

Os dois tratamentos extremistas de vítima ou de agressor precisam ser evitados. É preciso considerar sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e garantir-lhe um tratamento sereno, mas consistente o suficiente para que ele possa tomar consciência de que existem formas mais eficientes de garantir suas necessidades básicas e de que a exigência dos seus direitos precisa acontecer de forma organizada e socialmente viável.

A Lei 8.069/90 cuidou disso, mas é preciso que não se tenha o mesmo comportamento que Phaetonte, filho de Apolo, que recebeu um dia de seu pai permissão de dirigir o carro do sol. Fê-lo porém com tal desejo, que o sol abrasou tudo, incendiando as cidades, seus templos e seus palácios.

Como solução para o problema, grande massa de opinião popular deseja a redução da imputabilidade penal para os dezesseis anos, o que, *data vênia*, é irreal, pois hoje qualquer adolescente (maior de doze anos) é imputável. Portanto, há uma inversão de ótica demonstrando um aparente

desconhecimento de causa, na verdade não se vai reduzir e sim aumentar a maioridade penal.

Imputabilidade, como demonstra De Plácido e Silva em seu Vocabulário Jurídico, seja nos domínios do Direito Civil, Comercial ou Penal, revela a indicação da pessoa ou do agente, a quem se deva atribuir ou impor a responsabilidade ou a autoria de alguma coisa, em virtude de fato verdadeiro, que lhe seja atribuído, ou de cujas conseqüências seja responsável.

Neste sentido, o *adolescente é imputável*. Não tem a capacidade de ser responsabilizado criminalmente como adulto (outro perfil da imputabilidade), mas isso não quer dizer que não se possa atribuir aos menores de 18 anos a causa eficiente da infração culposa ou dolosa de certa norma penal. A inimputabilidade a que se referem a Constituição Federal (art. 228) e o Código Penal (art. 27) não significa irresponsabilidade. Refere-se, isto sim, à não sujeição às penas previstas na parte especial (ou leis extravagantes) do Código Penal. Daí a expressão imputabilidade infanto-juvenil utilizada por Wilson Donizeti Liberati, em seus **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente** (2ª edição, São Paulo, Malheiros Editora, p. 71).

A *imputatio facti* não deixa de existir por causa da menoridade. O que difere a menoridade penal da inimputabilidade penal é única e exclusivamente a conseqüência jurídica do descumprimento da norma ou de um dever típico: se o agente for maior de 18 anos, ser-lhe-á imposta uma pena, se menor, uma medida socioeducativa. Na realidade, por mais que se aspire ao contrário, as diferenças entre uma (pena) e outra (medida) não são notadas na prática e pode-se dizer que são meramente terminológicas.

Terminológica também é a diferenciação entre crime e ato infracional. Adolescentes praticam atos legalmente previstos como crimes e contravenções. O que ocorre, na verdade, é que a Lei chamou os atos delituosos da criança e do adolescente de *atos infracionais*. O art. 103 da lei 8.069/90 é explícito em dizer que se considera ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção. Assim, afirmar-se que “menor” não pratica crime, pode representar uma heresia jurídica, se não for feita a ressalva de que pratica ato infracional e que o ato infracional é uma conduta tipificada como crime ou contravenção.

O mesmo ocorre com relação à possibilidade de o adolescente ser preso. Se a prisão é ato pelo qual o indivíduo é privado da liberdade de locomoção em virtude de infração da norma legal ou por ordem da autoridade competente (**Vocabulário Jurídico**, Iêdo Batista Neves, APM Editora), o

“menor” pode e deve ser preso.

Tanto isso é certo que o art. 106 da Lei 8.069/90 é textual em afirmar que o adolescente pode ser privado de sua liberdade na hipótese de flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.

Entretanto, a Lei Estatutária (nº 8.069/90), por convenção terminológica e sem aparente ou explícita motivação jurídica, chamou a “prisão” de adolescente de *apreensão* (v.g. arts. 107, 171 e 172). Na prática, inexistem diferenças entre a prisão e a apreensão, a não ser pelo fato de os adultos serem presos e os adolescentes apreendidos.

Finalmente, quanto à possibilidade de um adolescente ser condenado, muito não se precisa dizer para concluir-se que se a condenação for uma sentença que impõe ao autor de um delito uma pena, a resposta é negativa. Mas se por condenação entender-se a responsabilidade ou imputabilidade de um delito ou contravenção (ou ato infracional, se preferirem), em virtude do que se lhe é imposta uma medida como reparação ao mal praticado, então o adolescente pode ser condenado, sim.

Dessa forma, ao aplicar ao adolescente uma das medidas socioeducativas previstas para o autor de um ato infracional (art. 112 da Lei 8.069/90) o Juiz está emitindo um decreto condenatório.

Relembrando a imagem do pintor Champaigne, o delito, a privação da liberdade, a imputabilidade, a condenação e a consequência jurídica que a Lei atribui ao criminoso representam a figura do Cardeal Richelieu ao centro. Aos lados, de perfil, temos o crime e a contravenção de frente para o ato infracional, a prisão de frente para a apreensão, a sujeição às penas do Código Penal em frente à sujeição às medidas socioeducativas previstas no E.C.A. Se bem que seja uma coisa só, dependendo do ângulo de visão, pode-se pensar que estamos diante de figuras diferentes. Uma análise mais detida nos revela, entretanto, que, na maioria das vezes as diferenças existentes, sob a ótica criminal, entre o adulto e o adolescente são meramente terminológicas.

Na verdade, existe um aparente desconhecimento da Lei e um real descumprimento da mesma. Adolescentes podem ser presos tanto quanto os adultos podem ser presos. As medidas podem ser, em alguns casos, mais brandas. Mas aí não é solução reduzir a imputabilidade penal e sim agravar as medidas. Penso ser esta a discussão viável. O resto parece ser coisas que melhor seriam debatidas no Reino Bizâncio.

Há que se registrar, entretanto, a similitude substancial e na maioria das vezes terminológica, entre as penas e as medidas socioeducativas. Basta uma singela comparação entre a advertência e o *sursis*, a reparação do dano e prestação de serviços à comunidade (homônimos), a liberdade assistida e o regime inicial aberto, a semiliberdade e o regime semi-aberto e a internação com o regime fechado. Há, ainda, outras medidas alternativas (vide arts. 112 e 101 da Lei 8.069/90. As diferenças básicas entre o sistema penal e o socioeducativo são a competência jurisdicional e que neste último, ao contrário do sistema penal, não há prévia delimitação legal da medida correspondente ao fato praticado, ou seja, não há uma prévia correlação entre o fato e a pena ou medida, o que fica a cargo do Juiz, de acordo com critérios um pouco mais elásticos estabelecidos na Lei específica (E.C.A.). É recomendável que façam alguns ajustes, mas não sem que antes se conheça o que está sendo ajustado, como açodadamente pretendem alguns.

Entretanto, convém assinalar, ainda que em breve escorço, que as finalidades das penas e das medidas socioeducativas não são as mesmas. Além de diferentes, o modo de execução, a instituição e os personagens, a medida socioeducativa tem por finalidades preponderantes a prevenção e a reeducação.

Outro instrumento de retaliação primitiva, vingança purificada, conservação social, defesa social indireta, expiação ou restabelecimento da ordem externa, nas concepções de Conte, Kant, Carrara e outros, passou a ser um instrumento para preservar o pacto social (Rousseau), para prevenir delitos futuros, para inspirar temor ou para corrigir (pena-remédio), com fundamento na periculosidade, sendo também um instrumento de retribuição, passou a pena a ter uma finalidade *preventiva e repressiva*.

Mas as medidas socioeducativas são preventivas, no sentido de *evitar a reiteração da prática infracional*. Neste campo há que se perquirir os fatores dessa espécie de reincidência. Os principais são: hipossuficiência financeira da família, personalidade psicopática e a criminalidade habitual e profissional. Embora sem tempo e espaço para aqui aprofundar o tema, sem o enfrentamento desses fatores não há como tornar pessoas imunes à cooperação ilícita e à sedução para o caminho do mal, não importando a idade.

Não se pense que estamos num navio sem rumo. Os caminhos para se chegar ao sucesso das medidas socioeducativas, atingindo à sua outra finalidade, que é a reeducação, são : 1) tornar os estabelecimentos de correção capazes de impedir que os internos se tornem mais perigosos do que já

eram, preenchendo *todos* os espaços com atividades pedagógicas; 2) fixar limites mínimos para a execução das medidas, mas deixar indeterminado, embora com reavaliações periódicas, o termo final de execução; 3) dar apoio moral ao egresso, pois ele, ao sair, encontra ambiente hostil, cheio de prevenções, em parte, justificada pelos péssimos métodos recuperativos; 4) impedir a exploração do egresso pela própria polícia e conter os abusos policiais; 5) utilizar metodologia diferenciada, caso a caso, para tratar do adolescente segundo a sua patologia ou causa ou carência, o que reduz a produção de reincidentes virtuais.

Tudo é possível com a Legislação atual, aplicada ao adolescente, onde é possível a harmonização da decisão judicial com a execução.

Por outro lado, a idéia equivocada de que a imputabilidade penal tem que ser compatível com o discernimento não merece acolhida na legislação brasileira. O jovem pode votar e poderia responder criminalmente, é o que se diz por aí. E os analfabetos quando não votavam, não poderiam responder por crimes? A capacidade política plena só se adquire após os 35 anos (quando se pode ser eleito Presidente da República). Então aos 34 anos o sujeito não responde a determinados crimes? Ora, quem não vota (os maiores de 65 anos podem ser dispensados do voto) não tem discernimento? E quem não pode ser votado, tem?

Pode-se admitir falhas na Lei, mas veja que não há anomalia alguma no fato de alguém, ao praticar uma ação contra a integridade física de outrem responder, dependendo do elemento subjetivo e do resultado, perante Leis diferentes, penas diferentes e Juízos e procedimentos diversos. Se for a conduta tipificada como 129 do C.P., *caput*, Lei 9.099/95, Juizado Especial Criminal; se 129, § 3º, Cód. de Proc. Penal, Juízo Criminal Comum; se 121, *caput*, Tribunal do Júri. O raciocínio é o mesmo, se o autor for menor de 18 anos, Juizado da Infância e Juventude, medidas socioeducativas.

Convém, ainda, ressaltar que, na esteira da melhor doutrina, no sistema constitucional vigente, não é possível o acolhimento da redução da imputabilidade penal uma vez que o art. 228 da C.F. faz parte do núcleo irreformável da Constituição, cláusula pétrea, *ex vi* do art. 60 § 4º, IV da C.F., sendo este outro tema que merece uma abordagem mais detalhada em outra oportunidade.

Sem a pretensão de esgotar o assunto, mas de, como dito, contribuir para o debate, esperamos que, ao final, prevaleça a idéia de que pode haver

uma necessidade de aprimoramento da Lei 8.069/90, por exemplo, aumentando-se os prazos de execução das medidas socioeducativas e limitando ou regrido o arbítrio judicial na imposição das mesmas, mas sem que se altere o patamar de 18 anos como referencial para imputabilidade penal, pois isso, com todas as vênias de estilo, longe de resolver, agravaria a questão social e eliminaria dos jovens, todas as oportunidades de ressocialização. ◆

ESPECIALIZAÇÃO NO SERVIÇO JUDICIÁRIO

DÉCIO XAVIER GAMA
Desembargador do TJ/RJ

Desde os primeiros tempos se procurou ampliar o número de órgãos de realização da justiça, com o objetivo naturalmente de torná-los mais eficientes e, tanto possível, próximos dos núcleos populacionais. Os litígios se multiplicam, com maior freqüência, entre pessoas físicas ou jurídicas da mesma cidade ou de regiões vizinhas e a atividade jurisdicional não deve se dar muito distante delas, porque será quase sempre necessária a presença das partes em Juízo na instrução dos processos, para as audiências, os depoimentos e as possíveis conciliações, ou, em alguns casos, para os julgamentos. Naturalmente, que o crescimento do número de órgãos judiciários e de agentes do Estado na prestação jurisdicional deve ocorrer na proporção do aumento de pedidos para solução de litígios, ou seja, de processos em curso.

II

Na fase do Brasil colônia e mesmo com a independência, não se cuidou de criar órgãos especializados de justiça, porque o número de conflitos não justificava a multiplicação de órgãos judiciais na mesma cidade. Muito menor devia ser o interesse ou a possibilidade de o cidadão sair em busca da proteção ou defesa de seus direitos.

Os primeiros passos da implantação da Justiça na colônia brasileira se deram ainda no regime que se seguiu ao das Capitânicas hereditárias. Nesse regime, de Governador Geral, que nasceu com o Regimento de D. João III em 1548, era designado um Ouvidor Geral para assistir ao Governador na aplicação da Justiça e com poderes extraordinários em última instância. O primeiro Ouvidor Geral foi Pero Borges, que se orientava por um Regimento próprio para decidir sobre litígios e questões entre pessoas, inclusive infrações de caráter criminal.

A Relação do Estado do Brasil, instalada na Bahia em 1609 (embora criada em 25 de setembro de 1587), foi o primeiro Tribunal Superior para reexame recursal dos conflitos oriundos do serviço judiciário de primeira instância. Situada a Relação em Salvador, ali ficava a primeira Capital da Colônia, cuja população cresceu já com sonhos de se tornar um País, tal a distância em que se situava a metrópole. Portugal, no sudoeste do continente europeu, era de dimensões diminutas ante a imensa área territorial da nova terra. A expansão da economia e da população do Brasil, mostrava o caminho da separação ocorrida só em 1822.

O crescimento populacional ao sul e ao norte da Bahia ensejou posteriormente a criação de idênticos órgãos de justiça recursal em outras regiões, à feição de tribunais existentes em Lisboa e no Porto. Eram as assim denominadas Relações com a competência sobre vastíssimas áreas onde se delineavam as futuras províncias do Império.

Os primeiros juizes-de-fora foram nomeados também, naquele ano de 1609, para as três principais vilas da colônia: Rio de Janeiro, Salvador e Olinda. Eram magistrados tradicionais do Sistema judiciário português, que passaram a dividir a jurisdição naquelas regiões com os juizes ordinários eleitos pela Câmara Municipal.

A Relação no Rio de Janeiro foi criada pelo Alvará de 13 de outubro de 1751, do Rei Dom José I e se instalou em 15 de julho do ano seguinte, com 10 desembargadores. Seu primeiro presidente foi o próprio Governador da Capital no Rio de Janeiro, Gomes Freire de Andrada. Sua jurisdição ficava ao sul da Bahia e até a fronteira no Sul do Brasil. Essa segunda Relação de Justiça, que recebeu também a denominação de Relação da Corte porque instalada no Rio de Janeiro, era o órgão que, passando por diversas denominações e culminando com a atual de Tribunal de Justiça, teve sempre a competência de reexaminar os julgamentos de primeira instância ao longo desses últimos 250 anos no Estado do Rio de Janeiro.

A partir da presença do governo português no Brasil com D. João VI, e com o crescimento da população, de aglomerações urbanas, da atividade comercial e da grande exportação de produtos brasileiros, era natural que fossem designados novos Juizes de Direito para Comarcas ainda com amplíssima jurisdição.

Na Primeira Constituição brasileira (1824), houve a previsão, de funcionamento de um Supremo Tribunal de Justiça na Capital, que só veio a ser criado em 1828 e, afinal, instalado em 1833. Nesse mesmo ano baixou-

se o Regulamento das Relações do Império conforme previsão do art.158 da Constituição, quando já se achavam também instaladas as Relações das Províncias de Pernambuco e do Maranhão.

Por Alvará de 10 de maio de 1808, do Príncipe Regente Dom João, VI, foi elevada a Relação do Rio de Janeiro à condição de Casa de Suplicação do Brasil, com a mesma alçada da Casa de Suplicação de Lisboa. Em sua substituição e para desempenhar as suas funções, foi que se instalou, em 1833, o Supremo Tribunal de Justiça (primeira denominação do atual S.T.F.), ocasião em que se restabeleceu o funcionamento da Relação do Rio de Janeiro, como órgão superior da justiça local.

No Império, eram nomeados juízes municipais com competência limitada a questões de valor reduzido ou para atos em inventários ou processos orfanológicos, bem como para simples instrução de processos. Essa função de juízes de competência limitada, persistiu por alguns anos na República, sendo extinta formalmente em 1906, embora alguns estados a mantivesse por alguns anos mais.

Vale registrar que no Estado do Rio de Janeiro a Justiça estadual instalada a partir da Proclamação da República, abrigou considerável número de magistrados notabilizados pelas suas obras na literatura, na poesia e na escultura, chegando alguns a serem eleitos membros da Academia Brasileira de Letras. Foram juízes municipais e depois alguns se tornaram Juízes de Direito, os acadêmicos, em Cantagalo, Raymundo Correia, autor do famoso soneto “As Pombas”; em Parati, também juiz municipal foi Sylvio Romero, diplomata posteriormente e sociólogo; em Campos de Goytacazes, foi juiz municipal o escritor Graça Aranha, ainda no Império (em 1889). De Campos, Graça Aranha se transferiu, já em plena República (agosto de 1890), para Santa Leopoldina, a 80 quilômetros de Vitória (ES), onde, apesar de Juiz por 3 meses e meio apenas, se inspirou, em processo judiciário, para escrever o romance CANAÃ, editado pela primeira vez em 1902. Desembargadores chegaram a ser Ataulpho de Paiva, Ademar Tavares e Pontes de Miranda, este último autor, de longe, da mais extensa obra jurídica brasileira.

A Justiça Municipal no Império era uma das denominações de juízes anteriores à independência e advindas da estrutura judiciária portuguesa. Os Juízes da Terra eleitos pelo povo como os Vereadores, assim como os Juízes de Órfãos, eleitos ou nomeados, eram vinculados um e outro ao Município, ao contrário dos Juízes de Fora que eram designados pelo poder central.

De grande pertinência para o Brasil daquela época, a Justiça Municipal sobreviveu até os primeiros anos da República, sendo extinta formalmente em 1906, pelo menos no que toca aos juízes nomeados ainda segundo leis do Império. Como a Constituição de 1891 estabeleceu que cada Estado organizaria a Justiça comum, alguns deles, como se deu com o antigo Estado do Rio de Janeiro, ainda persistiram com a nomeação de juízes assim chamados municipais, porque tinham a competência restrita, de cujas decisões cabiam recursos para o Juiz de Direito em exercício na mesma, ou em outra Comarca. Os primeiros passos da administração da Justiça no tocante à ampliação da prestação do serviço judiciário foram dados com a dificuldade natural imposta pelas distâncias que deveriam ser percorridas e por precário meio de transporte.*

III

Feita essa digressão, cujos dados se devem a levantamento histórico permanente do nosso MUSEU DA JUSTIÇA (Rua Dom Manoel, 29, 3º andar, Rio de Janeiro), voltamos ao nosso tema, da necessidade ou conveniência de se ter uma justiça especializada, a par da necessidade de haver distribuição por vários juízes de igual competência para observância do princípio processual da paridade.

Para dirimir litígios, nos primeiros séculos, era o Juiz competente para todas as questões, não se imaginando distribuição de tarefas por matéria, salvo a limitação da competência para os juízes municipais. De início, era o juiz único para uma, ou mais de uma cidade ou Comarca. Nas Comarcas de população reduzida, persiste até hoje o regime de Comarca de Juízo único competente para toda a matéria inclusive a trabalhista. A divisão já começa no momento em que o volume de trabalho é superior à capacidade de um só magistrado de executá-lo.

No Império tivemos, em certo tempo, os Tribunais do Comércio, em razão de maior distinção feita à época do processo cível e do comercial. O comércio marítimo era intenso e o número de litígios levados a Juízo seria maior que o das questões puramente cíveis. Os conflitos do incipiente comércio terrestre passaram a ser absorvidos na solução pelo juízo cível.

Andando o tempo, a matéria cível subdividiu-se em outras como a de Família, Órfãos e Sucessões, Menores, Acidentes do Trabalho, Falências

* A respeito da Justiça Municipal, ver **Revista da EMERJ**, Nº 6, p. 132/141 e Nº 14, p. 95/106.

e Concordatas etc. Na área criminal, chegamos a ter varas especializadas em infrações penais de menor porte ou de menor poder ofensivo, como eram as Varas de Contravenções Penais, cujos processos se iniciavam com depoimentos e prova de acusação nas Delegacias Policiais.

Em certo momento na Justiça do Estado do Rio de Janeiro, chegou-se a fazer incursão no terreno do procedimento para dividir e distribuir as competências da Justiça. Algumas das 22 Varas cíveis na Capital, desdobradas em 44 no início da década de 80 (hoje já são 50), passaram a ter competência para apenas os feitos de procedimento sumaríssimo, outras de locação e algumas outras de execução. A competência residual cível perdurou com as varas restantes.

Contudo, ficou evidenciado que a subdivisão extrema em espécies da matéria cível, levava a desvantagem de uma atividade repetida e idêntica para o juiz, sem que se lograsse êxito significativo na solução dos litígios em geral. Os magistrados se sentiam entregues a uma seguida e muito repetida atividade representada pelo mesmo tipo de processo, ou de causa a ser examinada, com falta de reciclagem permanente de conhecimentos. Assim, se a especialização dos atos judiciais proporciona maior rendimento da atividade judicial, será bom, também, que os magistrados possam manter variada experiência em áreas diversas.

Prevaleceu no Estado do Rio de Janeiro, afinal, a idéia de não se avançar na criação de novas divisões de competências com base em ritos processuais na área cível e se alterou a lei de organização judiciária para afastar a competência cível exclusiva para procedimento sumaríssimo, para execução e para locação.

É certo que a vantagem da especialização se mostra igualmente vantajosa no processamento das demandas, ou melhor, na atividade dos serventuários processantes, que se familiarizam com a rotina da prática de atos judiciais e obtém, com isto, maior rendimento do serviço. De fato, um processamento e uma instrução com atos semelhantes repetidos em muitos processos importam em acelerado andamento com solução, portanto, mais rápida. Contudo, dentro de cada uma das áreas do Direito, em que devem ser solucionados os conflitos, podem ser encontradas novas formas de simplificação processual, seja na prática dos atos, seja na dispensa de serem realizados outros. Caminhos de aceleração das demandas judiciais sempre foram encontrados com a experiência de anos, até mesmo com a modificação de leis. Ganham, com isto, os envolvidos no conflito e o Estado, com a maior rapidez na prestação de qualquer serviço público. ◆